

AUSGABE 1/2016

S. 1 - 82

11. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

**Für eine freie Entscheidung über den eigenen Tod
Ein Nachruf auf die straflose Suizidbeihilfe**

Von Jun.-Prof. Dr. Elisa Hoven, Köln

1

**Die Heimtücke – ein unzeitgemäßes und moralisierendes
Mordmerkmal**

**Unter Berücksichtigung des Abschlussberichts der von
Justizminister Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission**

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Maren Beck, Münster

10

**Die Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs durch das
Kirchenrecht am Beispiel der Untreue**

Von Robert Gmeiner, Halle (Saale)

19

Europäisches Strafrecht

**The legality of criminal law and the new competences
of the TFEU**

By Dr. Krisztina Karsai, Szeged

24

Völkerstrafrecht

**La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal
Internacional**

De Prof. Dr. Alejandro Kiss, La Haya

40

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14

**(Untreue durch gesetzeswidrige Wahlkampffinanzierung
– Konzept „Wahlsieg 2006“)**

(Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel)

67

Völkerstrafrecht

BGH, Urt. v. 21.05.2015 – 3 StR 575/14

**(Völkermord in Ruanda – zum Merkmal der
Zerstörungsabsicht)**

(Dr. Lars Berster, Köln)

72

BUCHREZENSIONEN

Kriminologie

**Lena Hildebrand, Die Bekämpfung der Zwangsheirat in
Deutschland, 2015**

(Prof. Dr. Klaus Laubenthal, Würzburg)

75

VARIA

Tagungsbericht

**Tagungsbericht: Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler
– Einheit der Prozessrechtswissenschaften?**

18./19. September 2015 an der Universität zu Köln

Von Wiss. Hilfskraft Corinna Ujkašević,
Wiss. Mitarbeiterin Renate Vollhardt, Köln

79

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. 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
Böhlinger

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Jaime Winter Etcheberry

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Für eine freie Entscheidung über den eigenen Tod

Ein Nachruf auf die straflose Suizidbeihilfe

Von Jun.-Prof. Dr. Elisa Hoven, Köln*

„Wenn mir die Last der Schmerzen, des Elends und der Verachtung unerträglich wird, warum will man mich hindern, meinem Leiden ein Ende zu machen, und mich grausam eines Heilmittels berauben, das ich in den Händen habe?“¹
(Montesquieu, 1721)

I. Die aktuelle Diskussion um die Sterbehilfe

In welchen Grenzen der Mensch seinem Leben ein selbstbestimmtes Ende setzen darf, ist eine der zentralen rechtlichen, philosophischen und ethischen Grundfragen unserer Zeit. In einer alternden Gesellschaft kommt der Entscheidung über Verbot oder Erlaubnis von Sterbehilfe² erhebliche Bedeutung zu. Nun hat sich auch der Deutsche Bundestag der drängenden Fragen angenommen. Vier Gesetzesentwürfe lagen den Abgeordneten zur Abstimmung vor.³ Wie hart in der Diskussion grundlegende Wertevorstellungen aufeinander treffen, offenbarte sich nicht zuletzt in der Aufhebung des Fraktionszwanges bei der Erarbeitung der Vorschläge. Drei der Entwürfe gingen allerdings in die gleiche Richtung: sie forderten, in unterschiedlichen Nuancen, die Einführung einer Strafbarkeit der Suizidbeihilfe.⁴ Die Befürworter der strafbaren Suizidassistenten sahen sich in der Verantwortung, auf die Tätigkeit von Sterbehilfeorganisationen – wie dem Verein „Sterbehilfe Deutschland“ – zu reagieren. Auch die Stellungnahme zahlreicher deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer, die eine Ausweitung der Strafrechts auf den Bereich der Suizidassistenten als verfassungswidrigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen kritisierte,⁵

vermochte die Abgeordneten nicht umzustimmen: Am 6. November 2015 beschloss der Bundestag das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung.⁶

Die Entscheidung des Gesetzgebers entspricht einem unseligen Trend der jüngeren Vergangenheit: Wird – nicht selten aufgrund öffentlichkeitswirksamer Einzelfälle – ein vermeintliches gesellschaftliches Problem identifiziert, so erfolgt zunehmend reflexhaft der Ruf nach einer Schaffung oder Verschärfung strafrechtlicher Vorschriften.⁷ Dabei gerät aus dem Blick, dass ein Strafrecht, das zu einem alltäglichen Mittel politischer Konfliktlösung und sozialer Konsensbildung instrumentalisiert wird, sein besonderes Gewicht als exzeptionelle staatliche Intervention gegenüber schwersten Bedrohungen des sozialen Zusammenlebens verliert.

Vorbehaltlich einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung des § 217 StGB sind also zunächst die Würfel zugunsten einer Strafbarkeit der Suizidassistenten gefallen. In dem vorliegenden Beitrag soll gleichwohl für ein gegenläufiges Regelungsmodell geworben werden: die (partielle) Entkriminalisierung der Sterbehilfe. Es geht dabei im Kern um die Frage, ob der Gesetzgeber dazu berechtigt ist, den Menschen strafbewehrte Vorgaben für die Entscheidung über den eigenen Tod zu machen. In einem Ausblick wird auch die konkrete Regelung des § 217 StGB auf den Prüfstand gestellt – mit negativem Ergebnis.

II. Autonomie und Lebensschutz

Mit der Einführung einer Strafbarkeit der Suizidbeihilfe beschränkt der Staat die Freiheit des Menschen, nach seinen eigenen Vorstellungen über den Weg in den Tod zu entscheiden. Da ein gesetzliches Verbot der Suizidassistenten in die Rechtspositionen des Sterbewilligen und seiner Helfer eingreift, erstaunt die Aussage der ehemaligen Bundesrichterin *Rissing-van Saan*, eine generelle Strafbarkeit der Teilnahme an einer Selbsttötung sei „ohne weiteres möglich“; schließlich sei „es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers [...], den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen“.⁸ Auch wenn dem Strafgesetzgeber bei der Bestimmung legitimer

* Die Verf. dankt Herrn Professor Dr. Thomas Fischer und Herrn Professor Dr. Thomas Weigend für interessante und weiterführende Gespräche zum Thema sowie Herrn Professor Dr. Günther Jakobs, Frau Professorin Dr. Anne Ruth Mackor (Groningen) und Herrn Professor Dr. Tonio Walter für überaus hilfreiche Anregungen zu dem vorliegenden Text.

¹ *Charles-Louis de Secondat*, Baron de la Brède et de Montesquieu, *Lettres persanes* 1721, Lettre 76. Im französischen Original heißt es: „Quand je suis accablé de douleur, de misère, de mépris, pourquoi veut-on m’empêcher de mettre fin à mes peines, et me priver cruellement d’un remède qui est en mes mains?“

² Zur terminologischen Vereinfachung werden unter dem Begriff der Sterbehilfe sämtliche Handlungen zur Unterstützung der Lebensbeendigung (und damit auch die Suizidbeihilfe) verstanden.

³ Künast, Sitte, Gehring u.a., BT-Drs. 18/5375; Hintze u.a., BT-Drs. 18/5374; Brand, Griese u.a., BT-Drs. 18/5373, sowie Sensburg, Dörflinger u.a., BT-Drs. 18/5376.

⁴ Eine (lobenswerte) Ausnahme stellt der Entwurf von Hintze u.a. dar, der die Suizidbeihilfe durch Ärzte zivilrechtlich regeln möchte, BT-Drs. 18/5374.

⁵ Stellungnahme der deutschen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe, abrufbar unter:

https://www.jura.uni-augsburg.de/lehrende/professoren/rossenau/aktuelles/resolution_sterbehilfe.html (24.11.2015).

⁶ Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, BGBl. I S. 2177.

⁷ Man denke an die Reaktionen auf die Vorfälle in der Silvesternacht 2015/16 auf der Kölner Domplatte. Wenngleich keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich waren, dass eine Verurteilung der Täter an gesetzlichen „Lücken“ scheitern würde, forderte (und realisierte) die Politik umgehend eine Verschärfung des Sexualstrafrechts.

⁸ *Rissing-van Saan*, Stellungnahme v. 23.9.2015, S. 8, abrufbar unter:

http://www.bundestag.de/blob/387620/d86b50a3fe9d9b834127889ce5da3677/rissing_van-saan-data.pdf (24.11.2015).

Regelungszwecke ein weiter Spielraum zugestanden wird, bleibt er doch an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Dieser gebietet, so das Bundesverfassungsgericht, „dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient“.⁹ Wer ein Verbot der Suizidbeteiligung fordert, muss daher erklären können, welches rechtlich geschützte Interesse derjenige verletzt, der einem Sterbewilligen das tödliche Mittel reicht.

Als zu schützendes Interesse kommt hier zunächst das Leben des Suizidenten in Betracht. Ein strafrechtliches Verbot wäre also darauf gerichtet, das Rechtsgut Leben gegen den Willen seines Trägers zu verteidigen. Ein solcher Schutz ist immer dann berechtigt und geboten, wenn der Sterbewillige nicht frei entscheidet – sei es, dass er als Kind noch nicht entscheidungsfähig ist, sei es, dass er zeitweise oder auf Dauer durch Krankheit in seiner psychischen Freiheit beeinträchtigt ist. In diesen Fällen dürften andere auch durch staatliche Verbote daran gehindert werden, die Ausführung eines unfrei gefassten Sterbewunsches zu unterstützen. Die Verhinderung der Selbstschädigung *freiverantwortlicher* Personen ist hingegen keine Aufgabe des Strafrechts.¹⁰ Wem ein Rechtsgut zusteht, der darf es grundsätzlich auch preisgeben.¹¹ Die Dispositionsbefugnis des Einzelnen über seine Rechte ist Ausdruck seiner persönlichen Autonomie und berührt damit den Kern individueller Freiheitsausübung, die eine liberale Rechtsordnung respektieren muss. *Weigend* bezeichnet die selbstbestimmte Verfügungsmacht des Trägers daher sogar als die „Essenz“ des Rechtsguts.¹²

Anders lägen die Dinge nur dann, wenn der Einzelne nicht exklusiv für sein Rechtsgut zuständig wäre, sein Leben also nicht nur ihm gehörte. Ein solcher Gedanke schwingt mit, wenn in der öffentlichen Diskussion von der „Unantastbarkeit“ des Lebens die Rede ist. Diese Formulierung überrascht, da das Grundgesetz allein die Menschenwürde für unantastbar erklärt, den Schutz des Lebens hingegen den Schranken des Art. 2 Abs. 2 GG unterwirft. Dass die Rechtsordnung kein absolutes „Tötungstabu“¹³ kennt, zeigen bei-

spielhaft die Erlaubnis einer Tötung in Notwehr oder die Zulässigkeit eines gezielten polizeilichen Todesschusses.¹⁴

Tatsächlich ist die Idee der „Unantastbarkeit“ des Lebens (auch für die betroffene Person selbst) nicht im Grundgesetz, sondern in der Doktrin der christlichen Religion verwurzelt.¹⁵ Danach ist das Leben ein Geschenk Gottes, über das der Mensch nicht frei verfügen darf.¹⁶ Bereits *Thomas von Aquin* bezeichnete daher den Selbstmord als einen unberechtigten und sündhaften Eingriff in die „göttliche Machtbefugnis“.¹⁷ Forderungen nach einem strengen Verbot von Sterbehilfe werden denn auch überwiegend von religiös-konservativen Kreisen erhoben (wenn auch selten mit einer explizit theologischen Begründung).¹⁸ In einem säkularen Staat kann indes kein Zweifel daran bestehen, dass die religiöse Überzeugung von der göttlichen Gabe des Lebens keine tragfähige Begründung für ein strafrechtliches Verbot darstellt.¹⁹ Gläubige Menschen mögen sich zu einem Verzicht auf Selbsttötungen entschließen; anderen diese Entscheidung durch ein gesetzliches Verbot aufzudrängen, wäre jedoch in hohem Maße intolerant gegenüber abweichenden weltanschaulichen Vorstellungen. Stellungnahmen von Kirchen und Glaubensgemeinschaften, die dem Menschen die freie Entscheidung über Leben und Tod absprechen,²⁰ können daher für ihre Anhänger verbindlich sein; in der Diskussion über ein allgemeingültiges Verbot der Suizidassistenten dürfen sie allerdings keine Rolle spielen.²¹

Eine Einschränkung der autonomen Dispositionsbefugnis des Menschen könnte hingegen mit einem kollektiven Interesse an der Erhaltung menschlichen Lebens begründet werden. So wird vereinzelt vertreten, dass die Gesellschaft die Grundbedingungen ihrer physischen Existenz nicht in das Belieben des Einzelnen stellen dürfe.²² Um ihre Funktionsfä-

⁹ BVerfGE 120, 244 (239) = NJW 2008, 1137 (1138).

¹⁰ *Roxin*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 571 (572). Auch *Jakobs*, in: Haft u.a. (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 459 (467), verneint die Zulässigkeit einer Bestrafung der Suizidbeihilfe, da sich der Teilnehmer den Zielen des Sterbewilligen unterordne und damit keine „Organisationsanmaßung“ begehe.

¹¹ So bspw. *Schmidhäuser*, in: Bockelmann (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 433 (452); *Roxin*, ZStW 85 (1973), 76; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 32. Zur Diskussion ausführlich *Weigend*, ZStW 98 (1986), 44 (46).

¹² *Weigend*, ZStW 98 (1986), 44 (63).

¹³ *Hirsch*, in: Stratenwerth (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1994, S. 775 (789).

¹⁴ So z.B. *Fischer*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, S. 557 (560).

¹⁵ Wie sehr die Vorstellung von der Unantastbarkeit des Lebens religiös geprägt ist, zeigt ein Blick auf die englische Terminologie. Wenn dort mit der „sanctity of life“ argumentiert wird, werden die Ideen von Unantastbarkeit und Heiligkeit auch sprachlich verbunden.

¹⁶ *Kaufmann*, ZStW 83 (1971), 251.

¹⁷ v. *Aquin*, Summa Theologiae, Secunda pars secundae partis, Quaestio 64 ad 5.

¹⁸ So bspw. die Stellungnahme von Kardinal *Lehmann* auf der Bischofskonferenz 2014, abrufbar unter:

<http://www.welt.de/politik/deutschland/article132624538/Katholische-Kirche-lehnt-Sterbehilfe-deutlich-ab.html> (24.11.2015).

¹⁹ So überzeugend *Schmitt*, in: Schröder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, S. 113 (118). Ausdrücklich gegen den Schutz reiner Moralvorstellungen: *Saliger*, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 143.

²⁰ So bspw. die Stellungnahme von Kardinal *Lehmann* (Fn. 18).

²¹ So auch *Duttge*, NJW 2016, 120 (121, 124).

²² *Schmidhäuser*, in: Stratenwerth (Fn. 13), S. 817; *Schmitt* (Fn. 19), S. 117. Ähnlich *Eser*, in: Eser (Hrsg.), Suizid und

higkeit zu wahren, sei die Gesellschaft auf das Fortleben ihrer Mitglieder angewiesen und dürfe sich vor deren Verlust schützen. Wenngleich diesen Erwägungen aus einer kollektiv-utilitaristischen Perspektive eine gewisse Logik nicht abzusprechen ist, erscheint die Vorstellung, das Leben des Einzelnen „gehöre“ auch seinem Staat, heute fremd. Ein Verständnis von Leben als Rechtsgut der Allgemeinheit reduziert den Bürger auf eine staatliche Ressource und steht in offenkundigem Widerspruch zu den Grundsätzen unseres freiheitlich-individualistischen Wertesystems.²³ Mit dem Hinweis auf einen biophysischen Bestandsschutz ließe sich letztlich auch der Grenzzaun der ehemaligen DDR zur Durchsetzung eines generellen Ausreiseverbots legitimieren. Zudem ist das Argument eines gesellschaftlichen Bestandsschutzes nicht mehr als ein theoretisches Postulat und beschreibt keine reale Gefahr. Der biologische Selbsterhaltungstrieb und die Freude der meisten Menschen an ihrem Leben bilden hinreichende Gewährleistungen für die Existenz der Gemeinschaft; dazu bedarf es nicht des Strafrechts. Daher kritisiert *Kubiciel* zu Recht, dass eine „solch schwache Begründung ein derart weit in die personale Freiheit einschneidendes Verbot nicht zu tragen“ vermöge.²⁴

Damit bleibt festzuhalten, dass sich ein Lebensschutz gegen den Willen des Rechtsgutsträgers in einer säkularen und liberalen Gesellschaft nicht legitimieren lässt. Ebenso wie andere Individualrechtsgüter unterliegt das Rechtsgut Leben der ausschließlichen Dispositionsfreiheit des Einzelnen. Wenn der Suizident aufgrund autonomer Entscheidung aus dem Leben scheiden möchte, verletzt er damit keine fremden Interessen, die Vorrang vor seinem Willensentschluss beanspruchen könnten. Daraus muss zugleich folgen, dass das Strafrecht einen Dritten nicht daran hindern darf, den freiverantwortlichen Wunsch des Suizidenten zu respektieren und ihm bei der Durchführung seines Vorhabens zu unterstützen. Dies gilt in gleicher Weise für eine gewerbs- oder geschäftsmäßige Suizidbeihilfe. Wie *Merkel* zutreffend bemerkt, wird die zulässige Unterstützung einer freiverantwortlichen Selbsttötung weder durch ihre Wiederholung noch durch ihre Kommerzialisierung zu lebensverletzendem Unrecht.²⁵ Auch eine Deutung des Verbotes als abstraktes Gefährdungsdelikt begegnet durchgreifenden Bedenken. So erscheint die Annahme eines erhöhten Risikos unfreier Suizide aufgrund der Gewinninteressen eines gewerbsmäßigen Anbieters bereits praktisch fernliegend.²⁶ Es mag moralisch anstößig erscheinen, wenn Suizidbeihilfe von einem Wirtschaftsunternehmen

mit dem Ziel der Gewinnmaximierung (und mit entsprechendem Werbeaufwand) organisiert wird. Doch kann gegen solche Phänomene mit dem mildereren – und zugleich effektiveren, da präventiv wirkenden – Mittel vereins- und gewerbe-rechtlicher Regelungen vorgegangen werden.²⁷ Allerdings sollte dabei bedacht werden, dass die derzeitige Weigerung der Bundesärztekammer, ärztliche Suizidbeihilfe zu ermöglichen, einen Bedarf der Patienten nach privaten Anbietern entstehen lässt.

III. Zur Notwendigkeit einer partiellen Legalisierung der Tötung auf Verlangen

Führt man den Gedanken persönlicher Autonomie im Bereich des Lebensschutzes konsequent fort, so kann auch das Verbot der Tötung auf Verlangen in § 216 StGB in seiner geltenden Fassung keinen Bestand haben. Die Autonomie des Menschen, auf ein ihm zustehendes Rechtsgut zu verzichten, umfasst auch die Freiheit, die Modalitäten dieses Verzichts selbst zu bestimmen. Dies zeigt sich im Institut der Einwilligung, das eine Strafbarkeit bei Einverständnis des Rechtsgutsträgers mit der Verletzungshandlung grundsätzlich ausschließt. Der Einzelne darf sich also nicht nur selbst schädigen, sondern auch einen anderen dazu ermächtigen, ihm Schaden zuzufügen. Da jeder Mensch allein über sein Leben verfügen kann, müssen die Grundsätze der rechtfertigenden Einwilligung hier ebenso gelten wie bei jedem anderen Individualrechtsgut.²⁸ Das Verbot der Tötung auf Verlangen stellt daher in seiner derzeitigen Form, wie *Schmitt* treffend bemerkt, eine nicht zu begründende Systemwidrigkeit im Strafbuch dar.²⁹

1. Die Untauglichkeit der naturalistischen Differenzierung zwischen Suizidbeihilfe und Tötung auf Verlangen

Diese Systemwidrigkeit führt sowohl in der Theorie als auch in der rechtlichen und medizinischen Praxis zu unhaltbaren Ergebnissen. Ist die Suizidbeihilfe straflos, die Tötung auf Verlangen hingegen strafbewehrt, so kommt der Grenzziehung zwischen einer Unterstützung fremden Suizids und der eigenen Ausführung einer Tötungshandlung entscheidende Bedeutung zu. Die überwiegende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung trifft diese Differenzierung grundsätzlich anhand des Kriteriums der Tatherrschaft; hiernach soll maßgeblich sein, wer den Vollzug des letzten irreversiblen Geschehensakts in den Händen hält.³⁰ Die Anknüpfung an das rein äußerliche Merkmal der Tatherrschaft kann jedoch eine unterschiedliche Bewertung des Verhaltensunrechts normativ nicht erklären und wird den elementaren Fragen des Lebensschutzes nicht gerecht.³¹ Wird die strafrechtliche

Euthanasie als human- und sozialwissenschaftlichen Problem, 1976, S. 392 (397).

²³ Zu weiteren Einwänden siehe *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008, S. 132 ff.

²⁴ *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 189.

²⁵ *Merkel*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung am 23. September 2013 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, S. 3, abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/blob/388404/ad20696aca7464874fd19e2dd93933c1/merkel-data.pdf> (24.11.2015).

²⁶ *Saliger* (Fn. 19), S. 185.

²⁷ Zutreffend *Merkel* (Fn. 24), S. 4.

²⁸ So bereits *Ortmann*, GA 25 (1877), 104 (105 f.).

²⁹ *Schmitt* (Fn. 19), S. 118; *ders.*, JZ 1985, 366.

³⁰ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. 2015, S. 569 f.; *Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1999, S. 37 f. m.w.N.; BGHSt 19, 135 (140).

³¹ *Weigend*, ZStW 98 (1986), 44 (68).

Würdigung auf eine naturalistische Feststellung reduziert, bleibt die Grenzziehung zwischen strafbarem und straflosem Verhalten in normativer Hinsicht willkürlich.³² Zu welchen abseitigen Konsequenzen ein solches Verständnis des § 216 StGB führt, zeigen Versuche, das Tötungsverbot mit Hilfe von „Selbstmord-Maschinen“ zu umgehen, die auf Knopfdruck ein tödliches Gift injizieren.

Für die Strafbarkeit des Helfenden käme es zudem entscheidend auf die von den Zufälligkeiten des konkreten Krankheitsverlaufs abhängige Situation des Sterbewilligen an. Einige Patienten sind bereits infolge ihrer gesundheitlichen Verfassung nicht in der Lage, frei zwischen einer Selbsttötung und der Einwilligung in eine Fremdtötung zu wählen. Ein ausnahmsloses Verbot der Tötung auf Verlangen trifft damit vor allem Suizidwillige, die sich aufgrund der Schwere ihrer Erkrankung nicht eigenhändig das Leben nehmen können und für die Durchsetzung ihres Willens auf fremde Hilfe angewiesen sind. Für bewegungsunfähige Patienten ist der Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit nicht selten der einzige Weg, dem eigenen Leben ein selbstbestimmtes Ende zu setzen. Durch das absolute Tötungsverbot werden Patienten nicht nur in einen grausamen, sondern auch in einen möglicherweise verfrühten Suizid gedrängt; wer eine rapide Verschlechterung seines Gesundheitszustandes zu befürchten hat, wird sich töten, solange ihm dies noch eigenhändig möglich ist. Auf das willkürliche und vordergründige Kriterium der Tatherrschaft kann es für die Frage nach einer Strafbarkeit des Helfenden also nicht ankommen.

2. Zur Unhaltbarkeit des Dammbruch-Arguments

Zur Begründung sowohl eines strikten Verbots der Tötung auf Verlangen als auch der Suizidbeihilfe wird in der rechtspolitischen Debatte gebetsmühlenartig das Argument des „Dammbruchs“ wiederholt. Eine Enttabuisierung von Fremdtötung und Suizid schwäche, so die Kritiker, die Achtung vor dem Leben und führe zu einem „Dammbruch“ ethischer Hemmschwellen.³³ Der Präsident der Bundesärztekammer *Montgomery* warnt zudem vor einem psychischen Druck, der von einer Legalisierung der Sterbehilfe ausgehe.³⁴ Alte und kranke Patienten könnten sich zu einer Einwilligung in eine aktive Sterbehilfe gedrängt sehen, um ihren Angehörigen oder der Allgemeinheit nicht zur Last zu fallen.³⁵

Die Gegner einer liberalen Regelung der Sterbehilfe berufen sich damit auf die Möglichkeit einer gesellschaftlichen Entwicklung, für die es keinerlei empirische Anhaltspunkte

gibt.³⁶ Gegen die Gefahr eines „Dammbruchs“ spricht vielmehr, dass weder die Straflosigkeit der Suizidassistenten noch die Erweiterung der zulässigen ärztlichen Sterbehilfe auf Fälle des aktiven Behandlungsabbruchs³⁷ zu einer Minderung der Wertschätzung menschlichen Lebens geführt haben.³⁸ Umgekehrt ist bei einer rechtsvergleichenden Betrachtung nicht erkennbar, dass die Achtung vor dem menschlichen Leben in Ländern, in denen die Suizidteilnahme unter Strafe steht (wie etwa Österreich, Italien, England oder der Schweiz), grundsätzlich höher wäre als in Deutschland. Die Sorge vor einer generelleren Relativierung des Lebensschutzes³⁹ bleibt daher eine Mutmaßung ohne rationale Basis, die – trotz des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums – zur Legitimation eines (straf-)gesetzlichen Verbotes nicht ausreichen kann.⁴⁰ In den Worten *Merkels*: Der Gesetzgeber darf zwar kollektive Risiken definieren und unterbinden; „erfinden darf er sie aber nicht“.⁴¹ Der Rückzug auf bloße Spekulationen über einen Verfall ethischer Grundwerte legt eine Vermutung nahe, die bereits *Hoerster* angedeutet hat: weltanschaulich motivierte Ansichten sollen unter dem Deckmantel einer scheinbar rechtlichen Argumentation Eingang in die Debatte finden.⁴²

Das „Dammbruch“-Argument vermag allerdings auch aus materiellrechtlichen Erwägungen nicht zu überzeugen. Eine allgemeine Verhaltensnorm („Du sollst niemanden ohne dessen freie Zustimmung töten!“) darf nicht auf Kosten der Freiheit einer Person, die die Regel selbst nicht verletzt hat, stabilisiert werden.⁴³ Wie *Hassemer* richtig bemerkt, würde eine Einschränkung individueller Autonomie zum Schutze gesellschaftlicher Normen zu einer nicht hinnehmbaren „Funktionalisierung“ des Einzelnen führen.⁴⁴

3. Zur fehlenden Ernsthaftigkeit des Sterbewunsches

Die Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung in die eigene Tötung sieht sich noch einem weiteren Einwand ausgesetzt: Wer den Schritt vom Leben in den Tod nicht selbst vollziehe, offenbare damit Zweifel an der Ernstlichkeit seines Sterbewunsches.⁴⁵ Nur mit der eigenhändigen Vornahme der

³² *Fischer* (Fn. 14), S. 571.

³³ *Hirsch* (Fn. 13), S. 775, 779; *Dölling*, GA 1984, 71 (86); *Duttge*, GA 2006, 573 (576); *Ingelfinger*, JZ 2006, 823; *Schroth*, GA 2006, 562 m.w.N.

³⁴ Siehe z.B. *Ärzte Zeitung* online, 17.10.2014, abrufbar unter: http://www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/sterbehilfe_begleitung/article/871318/sterbehilfe-aerztechef-lehnt-aerztlich-assistierte-selbsttötung-weiter-ab.html (24.11.2015).

³⁵ Hierzu ausführlich *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 19 ff. Zu Recht kritisch *Fischer* (Fn. 14), S. 575, der die Sorge als „nicht sehr nahe liegend“ beschreibt.

³⁶ *Saliger* (Fn. 19), S. 185; *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108 (113).

³⁷ BGH, Urt. v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09 = NJW 2010, 2963.

³⁸ So auch *Kubicieł*, der zu Recht betont, dass die Tötung längst kein „absolutes Tabu“ mehr darstelle; *Kubicieł* (Fn. 23), S. 188.

³⁹ *Höfling* nimmt an, dass das Selbstbestimmungsrecht stets „unter Verdacht“ stehe, sobald Dritte in den Sterbeprozess einbezogen würden; *Höfling*, in: *Kment* (Hrsg.), Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem Öffentlichem Recht, Festschrift für Jarass, 2015, S. 195 (203).

⁴⁰ *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108 (113 f.).

⁴¹ *Merkel* (Fn. 25), S. 3.

⁴² *Hoerster*, NJW 1986, 1786.

⁴³ *Kubicieł* (Fn. 24), S. 188; *ders.* JA 2011, 86 (90).

⁴⁴ *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 231 f.

⁴⁵ *Dreier* JZ 2007, 329; *Duttge*, GA 2006, 573 (576 f.); *Roxin* (Fn. 10), S. 577; *Schroth*, GA 2006, 562 (563).

tödlichen Handlung dokumentiere der Suizident in hinreichender Weise die Freiverantwortlichkeit seiner Entscheidung.⁴⁶ Das Verbot der Fremdtötung garantiere daher den Schutz des Menschen vor übereilten und damit letztlich unfreien Entschlüssen.⁴⁷ Es gibt jedoch wenig Gründe für die Annahme, dass die Bitte um eine Fremdtötung stets einen inneren Vorbehalt oder eine mangelnde Reflexion des eigenen Sterbewillens indiziere. Ein würdevolles und zuverlässiges Sterben ohne Gefährdung anderer ist für den medizinischen Laien, der in der Regel weder über Waffen noch Giftstoffe verfügt, nicht problemlos zu realisieren. In der hochsensiblen und beängstigenden Situation einer Selbsttötung liegt es nahe, einen Experten mit der Ausführung zu beauftragen. Deshalb ist es gut nachvollziehbar, dass manche Menschen eine schmerzlose und professionelle Umsetzung ihres Sterbewunsches durch einen Arzt vorziehen. Bei bewegungsunfähigen oder sehr schwachen Patienten kann sogar die physische Möglichkeit fehlen, den tödlichen Akt selbst vorzunehmen. Die Entscheidung für eine Fremdtötung kann also nicht per se Zweifel am Sterbewillens des Suizidenten auslösen. Dem Schutz vor übereilten Entschlüssen kann und muss deshalb auf andere Weise als durch ein pauschales und ausnahmsloses Verbot der konsentierten Fremdtötung Rechnung getragen werden.⁴⁸

4. Paternalistischer Lebensschutz?

Trotz ihrer empirischen und dogmatischen Schwächen werfen die Einwände der Kritiker die Frage nach den Schranken der Autonomie im Zusammenhang mit der Beendigung des eigenen Lebens auf. Eine Ausweitung von Freiheit kann sich, wenn sie ohne begrenzende Sicherungen erfolgt, in ihr Gegenteil verkehren. Würde faktisch nur noch eine Form der Freiheitsausübung akzeptiert (bspw. die Wahl des Suizids anstelle einer kostenintensiven palliativmedizinischen Behandlung), so wäre die Entscheidung des Einzelnen zwar nicht rechtlich determiniert, wohl aber durch die Erwartungen des Umfeldes mitbestimmt.

Mit der Sorge um einen möglichen Verlust tatsächlicher Entscheidungsfreiheit in Einzelfällen lässt sich die gänzliche Verweigerung einer freien Entscheidung über das Lebensende durch ein strafrechtliches Verbot allerdings nicht rechtfertigen. Man wird daher im Grundsatz die Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung auch in die Tötung eines Menschen anerkennen müssen. Angesichts der hohen Bedeutung des Rechtsguts Leben und der Irreversibilität eines Eingriffs kann es jedoch notwendig sein, die Voraussetzungen einer selbstbestimmten Entscheidung besonders sorgfältig zu prüfen.⁴⁹

a) Materieller Paternalismus

Nach einer Auffassung soll die Einwilligung des Sterbewilligen nur dann akzeptiert werden, wenn sie auf rationalen Er-

wägungen beruht.⁵⁰ Um den Lebensmüden vor unvernünftigen und übereilten Entschlüssen zu schützen, müsse sein Todeswunsch nach materiellen Kriterien im Rahmen gesellschaftlich akzeptierter Maßstäbe beurteilt werden.⁵¹ Jakobs fordert eine rechtliche Kontrolle der „objektiven Vernünftigkeit“ des Sterbewunsches, um eine Vollzugsreife des Entschlusses sicherzustellen.⁵² Als Beispiele für einen unvernünftigen Todeswunsch nennt Jakobs „Liebeskummer“ oder „Verstimmungen“, während „schwere Schmerzen“ oder eine „irreversible schwere Hinfälligkeit“ eine Tötung auf Verlangen rechtfertigen könnten.⁵³ Kubiciel zieht die Grenzen noch enger und möchte allein die Schmerzfreiheit des Patienten als legitimes Ziel ärztlicher Sterbehilfe anerkennen.⁵⁴ Die von Jakobs und Kubiciel formulierten Unterscheidungen beruhen offensichtlich auf der Annahme, dass der Wunsch zu sterben stets die Unvernunft des Suizidenten indiziere, sofern die Person nicht bereits dem nahen Tode geweiht ist.

Ob ein Leben noch als lebenswert empfunden wird, hängt jedoch von dem Sinn ab, den der Einzelne seinem Dasein gibt. Welche Umstände eintreten müssen, damit seine Existenz mehr Leid als Freude bedeutet, ist eine zutiefst individuelle Frage, die kein anderer als der Betroffene selbst beantworten kann. Im Camusschen Existentialismus ist der Selbstmord eine adäquate Antwort auf das Absurde des menschlichen Daseins. Der Mensch, der das Absurde seiner Existenz begriffen hat, muss sich entscheiden, ob er mit dieser Einsicht leben kann „oder ob die Logik es verlangt, daß wir daran sterben“.⁵⁵ Der Suizid ist Zustimmung und zugleich Auflösung des Absurden; er ist nach Camus Ausdruck von „Logik und Redlichkeit“⁵⁶ und entzieht sich damit einer Bewertung nach dem Maßstab der Rationalität. Aus eigenem Willen zu sterben ist hiernach nicht weniger vernünftig als am Leben zu bleiben. Aus dieser philosophischen Perspektive hat die Existenz des Einzelnen nur dann einen Wert, wenn er sich – aus welchen Erwägungen auch immer – positiv für sie entscheidet. Es ist daher nicht Aufgabe des Staates, den Menschen durch das Erfordernis vermeintlich objektiver Vernunftserwägungen an ein Leben zu binden, das dieser nicht führen möchte.⁵⁷

Ein materieller Paternalismus, der die Motive des Lebensmüden einer „objektiven“ Wertung unterzieht, stellt daher einen gravierenden Eingriff in die Autonomie des Einzelnen dar. Wie Murmann zu Recht kritisiert, maßt sich der Staat damit an, besser als der Betroffene zu wissen, was die für ihn richtige Entscheidung ist.⁵⁸ Dabei schützt die Menschenwürde, wie Hufen überzeugend darlegt, den Menschen

⁵⁰ Jakobs (Fn. 35), S. 35; Kubiciel (Fn. 24), S. 210.

⁵¹ Kubiciel (Fn. 24), S. 210.

⁵² Jakobs (Fn. 35), S. 35.

⁵³ Jakobs (Fn. 35), S. 31, und ders. (Fn. 10), S. 471.

⁵⁴ Kubiciel, JA 2011, 86 (91).

⁵⁵ Camus, Der Mythos des Sisyphos, Der philosophische Selbstmord, Ausgabe Rowolth März 2003, S. 67.

⁵⁶ Camus (Fn. 55), S. 67.

⁵⁷ Duttge, NJW 2016, 120 (121).

⁵⁸ Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 264. Das sieht auch Kubiciel (Fn. 24), S. 210.

⁴⁶ Freund/Rostalski, GA 2012, 491 (495).

⁴⁷ So auch Jakobs (Fn. 10), S. 470.

⁴⁸ So schon Weigend, ZStW 98 (1986), 44 (67 f.).

⁴⁹ Kubiciel (Fn. 24), S. 203.

auch davor, Objekt der Menschenwürdedefinition eines anderen zu werden.⁵⁹ Der materielle Paternalismus geht somit von der grundlegend falschen Prämisse aus, dass die Entscheidung über Leben und Tod einer objektiven Überprüfung und Bewertung zugänglich sei. „Vernunft“ und „Rationalität“ sind jedoch keine Kategorien, in die sich die hochkomplexe menschliche Entscheidung über Leben und Tod einordnen lässt.⁶⁰

Der Liebeskummer eines jungen Mannes mag kaum nicht als ausreichender Grund für einen Freitod erscheinen. Doch wie steht es mit der kinderlosen Ehefrau, die in hohem Alter ihren Mann verliert und die letzten Jahre ihres Lebens nicht in Einsamkeit verbringen möchte? Wie ist die Situation einer Mutter zu bewerten, deren einziges Kind gestorben ist und die auch nach Jahren des Leidens keinen neuen Sinn in ihrem Leben zu finden vermag? Es wäre anmaßend, in diesen Fällen ein Urteil über die Legitimität des Sterbewunsches zu treffen. Und letztlich ist dem Menschen auch die Freiheit zuzubilligen, eine objektiv unvernünftige Entscheidung zu treffen. Es widerspräche dem Wesen der Autonomie, wenn sie sich allein in den Bahnen eines gesellschaftlichen Konsenses vollziehen dürfte.

Hinter diesem Grundsatz sollte auch das verständliche Anliegen zurücktreten, einen Liebeskranken von einem übereilten Freitod abzuhalten. Zum einen lässt sich mit der Berufung auf einen Extremfall keine umfassende Einschränkung persönlicher Autonomie rechtfertigen. Darüber hinaus ist die Ablehnung einer „objektiven“ Rationalitätskontrolle auch deshalb zu verantworten, weil einem Todeswunsch aus temporärer und überwindbarer Verzweiflung auch durch prozedurale Vorgaben begegnet werden kann.

b) Prozeduraler Paternalismus

Der Gedanke eines prozeduralen Paternalismus verfolgt das Anliegen, die Bedingungen für eine tatsächlich selbstbestimmte Entscheidung des Sterbewilligen durch verfahrensrechtliche Vorgaben zu sichern.⁶¹ Das Strafrecht stellt demnach keine materiellen Anforderungen auf, sondern fordert allein die Einhaltung eines staatlich geregelten Verfahrens. Legitime Kriterien einer Überprüfung können dabei das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit (die Person leidet an keiner pathologischen Störung), das Fehlen von Willensmängeln (sie handelt nicht auf Druck von anderen) sowie die Überlegtheit der Entscheidung (der Entschluss erfolgt nicht aus einer spontanen Stimmung heraus) sein. Eine solche Kontrolle sichert die Grundlagen selbstbestimmter Entscheidungen, ohne sie materiellen Einschränkungen zu unterwerfen.

Der hohe Wert des Rechtsguts Leben rechtfertigt es, den Betroffenen schon zu seinem eigenen Schutz den Mühen eines staatlichen Verfahrens zu unterwerfen. Möglichkeiten zu einer konkreten Ausgestaltung des prozeduralen Konzepts können hier nur angedeutet werden. So lassen sich die Fähigkeit zur Einwilligung und die Freiheit von Willensmängeln durch psychologische oder psychiatrische Gutachten belegen.

Eine Hürde vor übereilten Entschlüssen (und zugleich ein Schutz vor nicht konsentierten Tötungen unter Berufung auf eine angebliche Einwilligung⁶²) könnte – für Fälle außerhalb des medizinischen Bereichs – durch das Erfordernis einer notariellen Beurkundung der Einwilligung errichtet werden. Drohen dem Betroffenen nicht unmittelbar physische Schmerzen, könnte die Einführung einer Karenzzeit, ggf. verbunden mit einer Therapieauflage, Freitode aus vorübergehenden Situationen der Hoffnungslosigkeit verhindern.

In der Diskussion um die Entkriminalisierung ärztlicher Sterbehilfe bei schwerem körperlichen Leid wurden verschiedene Vorschläge zur Gewährleistung einer selbstbestimmten Entscheidung des Betroffenen unterbreitet; sie reichen von der Verpflichtung zu einem Aufklärungsgespräch bis zur Genehmigung durch eine Ethikkommission.⁶³ Einen möglichen Weg zeigt hier das niederländische Recht⁶⁴ auf, das den Gedanken eines prozeduralen Paternalismus weitgehend umsetzt. So erkennen die Niederlande die Möglichkeit einer wirksamen Einwilligung in die eigene Tötung und damit eine gerechtfertigte aktive Sterbehilfe grundsätzlich an, unterwerfen den behandelnden Arzt jedoch einer Reihe von Sorgfaltspflichten. Insbesondere hat der Arzt zu prüfen, ob der Sterbewillige psychisch gesund ist, die zur Verfügung stehenden Optionen hinreichend bedacht hat und unter starkem Leidensdruck steht. Vor Durchführung der Sterbehilfe muss der Arzt einen unabhängigen Konsiliararzt zu Rate ziehen, der seine Einschätzung hinsichtlich des Vorliegens der Einwilligungsvoraussetzungen dokumentiert. Nach dem Tod des Patienten wird der Vorgang einer Kontrollkommission zur Prüfung vorgelegt, der Mediziner, Juristen und Ethiker angehören. Das Wissen um die nachträgliche Untersuchung sowie um die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung bei mangelnder Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen soll die involvierten Ärzte zu besonderer Sorgfalt veranlassen und damit den präventiven Schutz des Patienten stärken. Andererseits berücksichtigt die niederländische Regelung den Umstand, dass manche Patienten unter so starken Schmerzen leiden, dass sie ihren alsbaldigen Tod wünschen und nicht ein langwieriges Genehmigungsverfahren abwarten möchten oder können; daher ist die umfassende externe Prüfung aller Voraussetzungen auf die Zeit nach der Durchführung der Sterbehilfe verlagert.

IV. Die missglückte Regelung des § 217 StGB

Anstatt die rechtlichen Möglichkeiten für eine selbstbestimmte Entscheidung über ein menschenwürdiges Lebensende auszuloten, hat der Gesetzgeber Freiheit und Autonomie des Einzelnen durch die Einführung des § 217 StGB weiter ein-

⁶² Dazu *Jakobs* (Fn. 35), S. 19 ff.

⁶³ Zu diesen Vorschlägen *Roxin*, in *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 75.

⁶⁴ Siehe den *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act v. 1.4.2002* (englische Fassung abrufbar unter:

<http://www.eutanasia.ws/documentos/Leyes/Internacional/Holland%20Ley%202002.pdf> (24.11.2015).

⁵⁹ *Hufen*, NJW 2001, 849 (851).

⁶⁰ So im Ergebnis auch *Roxin* (Fn. 10), S. 575.

⁶¹ Hierzu ausführlich *Kubiciel* (Fn. 24), S. 207 f.

geschränkt. Der neue Tatbestand der „Geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ lautet:

- (1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

1. Die Voraussetzungen der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe

Mit der Neuregelung wird jeder nicht gänzlich ungeeignete Beitrag im Vorfeld eines potentiellen Suizids kriminalisiert,⁶⁵ sofern er „geschäftsmäßig“ erfolgt. Angelehnt an das Begriffsverständnis in § 206 StGB i.V.m. § 4 Nr. 4 PostG und § 3 Nr. 10 TKG sind hierunter Tätigkeiten zu verstehen, die „nachhaltig“ betrieben werden, also auf eine gewisse Dauer und Regelmäßigkeit angelegt sind.⁶⁶ Nicht erforderlich ist hingegen eine Erwerbs- oder Gewinnerzielungsabsicht des Suizidhelfers. Absatz 2 nimmt Angehörige und nahestehende Personen, die selbst nicht geschäftsmäßig handeln, von einer Teilnahme strafbarkeit aus.

2. Grundlegende Kritik am Entwurf

Die Strafbarkeit einer geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe ist in der Strafrechtswissenschaft nahezu einhellig auf Kritik gestoßen.⁶⁷ Die Inkriminierung der Teilnahme an einer nicht rechtswidrigen „Haupttat“ wird zu Recht als systemwidriger Fremdkörper im Beteiligungsrecht des StGB kritisiert, die dem Gedanken der Akzessorität widerspricht.⁶⁸ Der dogmatische Einwand offenbart gleichzeitig das Fehlen eines legitimen Schutzinteresses: Da der Sterbewillige freiwillig und selbständig über sein Leben disponiert – was ihm die Rechtsordnung nicht verbietet –, verletzt der Suizidteilnehmer kein schützenswertes Rechtsgut. Indem er sich dem Willen des Suizidenten anschließt, lässt er dessen Rechtssphäre unangestastet und ermöglicht ihm, von seiner Freiheit zum Tode Gebrauch zu machen.⁶⁹

Auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll die Teilnahme an einer Selbsttötung grundsätzlich strafflos bleiben; untersagt ist nur die „geschäftsmäßige“ Unterstützung. Wes-

halb jedoch eine an sich legale Handlung durch bloße Wiederholung zu strafwürdigem Unrecht werden sollte, ist nicht überzeugend begründbar.⁷⁰ Das vom Gesetzgeber ins Feld geführte Argument eines „Dammbruchs“ durch die Darstellung der Suizidbeihilfe als „normale Therapieoption“⁷¹ hat sich als nicht haltbar erwiesen.⁷² Der pauschale Hinweis der Gesetzesbegründung auf Entwicklungen im europäischen Ausland ist, wie *Saliger* treffend bemerkt, angesichts der strukturellen und rechtlichen Unterschiede zwischen den Ländern „gänzlich untauglich“.⁷³ Der Gesetzgeber hat es jedoch nicht nur versäumt, das Vorliegen einer abstrakten Gefahr unüberlegter oder gar unfreiwilliger Selbsttötungen zu plausibilisieren.⁷⁴ Bereits das Konzept einer geschäftsmäßigen Suizidassistenz kann die postulierte Zwecksetzung, autonomiegefährdende Interessenkonflikte zu vermeiden, nicht schlüssig umsetzen. Denn selbst wenn eine abstrakte Gefahr bestünde, wäre die auf geschäftsmäßiges Verhalten beschränkte Strafnorm zu ihrer wirksamen Bekämpfung nicht geeignet. Ein Erwartungsdruck auf alte und kranke Menschen, der Umwelt die Last ihres Fortlebens zu nehmen, geht schließlich nicht von der Existenz von Suizidhilfevereinigungen, sondern allenfalls von dem – emotional wie auch finanziell besonders betroffenen – familiären Umfeld aus.⁷⁵ § 217 Abs. 2 StGB nimmt aber diesen Personenkreis, der am ehesten ein eigenes Interesse an der Selbsttötung hat, von einer Strafbarkeit aus.

3. Strafbarkeit von Ärzten nach § 217 StGB?

§ 217 StGB wirft eine Vielzahl von Auslegungsfragen und Abgrenzungsschwierigkeiten auf. Unsicherheit besteht vor allem im Hinblick auf die Strafbarkeit von Ärzten, die einen Patienten in seinem Sterbeprozess begleiten. Es ist nicht anzunehmen, dass Mediziner durch das Erfordernis der Geschäftsmäßigkeit per se vom Anwendungsbereich des § 217 Abs. 1 StGB ausgeschlossen sein sollen.⁷⁶ Dem subjektiven Merkmal der Geschäftsmäßigkeit lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, dass der behandelnde Arzt „nach außen als ‚professionelle[r] Suizidhelfer‘“⁷⁷ auftreten, also etwa sichtbar Werbung betreiben muss. Ob ein Arzt, der beispielsweise in einer palliativmedizinischen Einrichtung wiederholt Suizidassistenz leistet, die Voraussetzung einer nachhaltigen und auf Dauer angelegten Tätigkeit erfüllt, ist somit eine offene Frage.⁷⁸

Das ohnehin begrenzte Restriktionspotenzial der „Geschäftsmäßigkeit“ wird durch die Möglichkeit einer Teilnahme an der Suizidbeihilfe weiter eingeschränkt. Für den be-

⁶⁵ *Duttge*, NJW 2016, 120 (121).

⁶⁶ Siehe zu § 206 StGB bspw. *Weidemann*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar StGB, 2015, § 206 Rn. 4; *Altenhain*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2012, Band 4, § 206 Rn. 15 ff.

⁶⁷ *Saliger* (Fn. 19), S. 159 ff; *Duttge*, NJW 2016, 120; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 2016, Anm. 1. Zu einem vergleichbaren Entwurf der Länder bereits *Neumann/Saliger*, HRRS 2006, 280 (288); *Schreiber*, NStZ 2006, 473 (478); *Schroth*, GA 2009, 549 (570) m.w.N.

⁶⁸ *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108 (111).

⁶⁹ *Duttge*, NJW 2016, 120 (123). Anderer Ansicht *Höfling*, (Fn. 39), S. 195 (202).

⁷⁰ *Saliger* (Fn. 19), S. 159.

⁷¹ BT-Drs. 18/5373, S. 17.

⁷² Siehe oben unter III. 2.

⁷³ *Saliger* (Fn. 19), S. 163.

⁷⁴ *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 108 (113 f.).

⁷⁵ *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 2016, Anm. 1.

⁷⁶ Hierfür *Oğlakcioğlu*, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 66), § 217 Rn. 25.

⁷⁷ *Oğlakcioğlu* (Fn. 76), § 217 Rn. 25.

⁷⁸ In der Tendenz für eine Strafbarkeit *Jäger*, JZ 2015, 875 (882); *Saliger* (Fn. 19), S. 159 f.

handelnden Arzt hat dies zur Folge, dass auch jenseits eines geschäftsmäßigen Handelns eine Strafbarkeit als Gehilfe in Betracht kommt (s. unten).

4. Entgrenzte Teilnahme strafbarkeit

Liegt das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit in der Person des Unterstützers selbst nicht vor, so kann er sich gleichwohl wegen Beihilfe zu der Suizidassistenten eines anderen strafbar machen (§ 28 Abs. 1 StGB). Die Strafbarkeit einer solchen „Kettenbeihilfe“ führt aber dazu, dass bereits geringfügige Unterstützungshandlungen im Vorfeld des Suizids den Tatbestand erfüllen, ohne dass hierfür ein kriminalpolitisches Bedürfnis erkennbar wäre. Ermutigt etwa ein Bekannter den Suizidenten dazu, die Dienste eines ausländischen Sterbehilfevereins in Anspruch zu nehmen, so macht er sich nach §§ 217, 27 StGB strafbar. Dass die Suizidassistenten am ausländischen Tatort straflos bleibt, ist dabei gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 StGB für den Teilnehmer nicht von Bedeutung. Damit hat der Gesetzgeber den Bereich des Strafwürdigen weit überdehnt, selbst wenn man sein grundsätzliches Anliegen für berechtigt hielte.

Mit dem Strafausschlussgrund in § 217 Abs. 2 StGB sollten allerdings solche Teilnehmer straflos gestellt werden, die „allein aus Mitleid in einer singulären Situation Hilfe zur Selbsttötung“ leisten wollen.⁷⁹ Diese Absicht hat der Gesetzgeber durch die Beschränkung der Ausnahmeregel auf Angehörige und nahestehende Personen indes nur unzureichend umgesetzt. Eine „singuläre Situation“ liegt für jede hilfsbereite Person vor, die mit dem Suizidwunsch eines Anderen konfrontiert wird und nicht geschäftsmäßig Sterbehilfe leistet. Gleichwohl macht sich der Gehilfe in einem solchen Falle strafbar; der Umstand, dass er selbst nicht geschäftsmäßig handelt, führt lediglich zu einer Strafmilderung nach §§ 28 Abs. 1 i. V. m. 49 Abs. 1 StGB.

Für Ärzte hat dies die Konsequenz, dass sie sich auch durch eine nur im Einzelfall erfolgende und indirekte Unterstützung eines Suizids – etwa den Hinweis auf die Möglichkeit des assistierten Suizids durch einen „geschäftsmäßig“ handelnden Kollegen – dem Risiko einer Strafbarkeit aussetzen. Wie Systematik und Entstehungsgeschichte zeigen, gilt der in § 217 Abs. 2 StGB formulierte Strafausschlussgrund für den Mediziner gerade nicht. Angesichts der offensichtlichen Sachnähe und des sich aufdrängenden Regelungsbedürfnisses lässt der Verzicht auf eine explizite Aufnahme des Arztes in den Katalog des § 217 StGB den Schluss auf einen gegenteiligen Willen des Gesetzgebers zu. Zudem werden in der Gesetzesbegründung etwa Lebensgefährten oder enge Freunde, nicht hingegen behandelnde Ärzte, als „nahestehende Personen“ aufgeführt.⁸⁰

5. Zwischenfazit

Die Neuregelung in § 217 StGB erweist sich als wenig durchdachte Reaktion des Gesetzgebers auf das – vermeintliche – Problem organisierter Suizidassistenten. Das konturlose

Merkmal der Geschäftsmäßigkeit sowie die lückenhafte Formulierung des Strafausschlussgrundes führen zu einer übermäßigen Inkriminierung, über deren Voraussetzungen und Grenzen noch dazu erhebliche Unsicherheiten bestehen. Von der unklaren Rechtslage besonders betroffen sind behandelnde Ärzte sowie diejenigen, die in dem sensiblen Bereich der Hospiz- und Palliativmedizin tätig sind. Die Sorge vor einer eigenen strafrechtlichen Verantwortlichkeit dürfte manchen Mediziner dazu veranlassen, sich einem vertrauensvollen Gespräch über den Todeswunsch eines Patienten zu verweigern.⁸¹

Letztlich kann jedoch bereits der Regelungsansatz nicht überzeugen, der § 217 StGB zugrunde liegt. Während eine fachkundige und professionelle Suizidassistenten strafrechtlich sanktioniert wird, bleibt eine laienhafte Unterstützung ohne verlässliche Aufklärung über mögliche Alternativen zulässig. Die Gefahr der übereilten Selbsttötung oder eines „Brutal“-Suizids⁸² wird durch die Intervention des Gesetzgebers also nicht gebannt, sondern – im Gegenteil – weiter erhöht.⁸³ Die in § 217 StGB umgesetzte Lösung ist somit ungeeignet, das selbst gesteckte Ziel des optimalen Lebensschutzes zu erreichen. Die derzeitige Dämonisierung von Sterbehilfeorganisationen erscheint daher bei nüchterner Betrachtung nicht nur irrational, sondern mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch verfassungsrechtlich problematisch. Selbst wenn man eine Eignung annähme, wäre § 217 StGB nicht das erforderliche Mittel zur Bekämpfung der angeblichen Gefahren von Sterbehilfevereinen. Die präventiven Regelungen des Vereins- und Verwaltungsrechts bieten effektive und zugleich mildere Steuerungsmöglichkeiten, um die Voraussetzungen für eine tatsächlich freie Entscheidung des Suizidenten sicherzustellen. Es erstaunt daher nicht, dass bereits Verfassungsbeschwerden gegen die Neuregelung vorbereitet werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Vergangenheit eine erstaunliche Zurückhaltung gerade in dem besonders eingriffsintensiven Bereich des Strafrechts an den Tag gelegt. Gleichwohl bleibt zu hoffen, dass das Gericht dieses Mal die Chance nutzen wird, dem Strafgesetzgeber die vom Grundgesetz gebotenen Grenzen bei der Einschränkung von Freiheit und Autonomie des Einzelnen deutlich zu machen.

V. Fazit

Die Autonomie des Menschen umfasst grundsätzlich auch seine Freiheit, in die Tötung durch einen anderen einzuwilligen. Auf die willkürliche Abgrenzung strafbaren und straflosen Verhaltens anhand des Kriteriums der „Tatherrschaft“ kommt es daher nicht an. Ein strafrechtliches Verbot kann allein darauf abzielen, das Vorliegen einer autonomen und überdachten Einwilligung zu gewährleisten. Eine materielle Bewertung des Sterbewunsches anhand objektiv-rationaler Maßstäbe ist dem Strafgesetzgeber hingegen verwehrt. Prozedurale Vorgaben haben die Bedingungen freier Entscheidungsfindung zu sichern, nicht jedoch ihr Ergebnis.

⁷⁹ BT-Drs. 18/5373, S. 19.

⁸⁰ BT-Drs. 18/5373, S. 20.

⁸¹ Duttge, NJW 2016, 120 (124).

⁸² Rosenau/Sorge, NK 2013, 108 (116).

⁸³ Duttge, NJW 2016, 120 (123).

Der hier vorgeschlagene Weg widerspricht dem derzeit herrschenden politischen Klima. Der Gedanke an den Tod löst offenkundig bei vielen Menschen Ängste aus, die ein Bedürfnis nach staatlicher Regulierung auch um den Preis einer starken Beschränkung der individuellen Autonomie hervortreten lassen. Hinzu tritt eine diffuse und oft religiös motivierte Vorstellung von der „Unantastbarkeit“ des Lebens, die von einem Unbehagen gegenüber der Unterstützung eines autonomen Sterbewunsches begleitet wird. In einer schnell alternden Gesellschaft werden sich die Interessen jedoch zunehmend zugunsten einer freien und selbstbestimmten Gestaltung des Lebensendes verschieben. Der neue § 217 StGB weist daher nicht nur rechtlich, sondern auch politisch in die falsche Richtung. Anstatt die Suizidassistenten zu kriminalisieren, sollten die Modalitäten zumindest einer zulässigen ärztlichen Sterbehilfe gesetzlich geregelt werden.⁸⁴ Dabei könnte das niederländische Recht dem deutschen Gesetzgeber als Vorbild für eine Minimallösung zum Schutz der Autonomie des Sterbewilligen dienen.

⁸⁴ Insoweit geht der Vorschlag von *Künast u.a.* (Fn. 3) in die richtige Richtung.

Die Heimtücke – ein unzeitgemäßes und moralisierendes Mordmerkmal

Unter Berücksichtigung des Abschlussberichts der von Justizminister Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Maren Beck, Münster*

I. Einführung

„Das typische Unrecht des Totschlags wird nicht durch den edlen Ritter realisiert, der nach Ansage der Fehde dem Gegner Zeit gewährt, sich entsprechend zu rüsten. [...] Damit ist es aber noch die typische, dem Totschläger eigene Gefahr, daß er eine Handlungssituation sucht, die ihm die größte Erfolgschance bietet.“¹ Diese berechtigte Kritik am Mordmerkmal der Heimtücke übte Otto bereits im Jahre 1994. Doch bietet die Veröffentlichung des Abschlussberichts der von Justizminister Heiko Maas am 20.5.2014 zur Ausarbeitung von Reformvorschlägen der Tötungsdelikte eingesetzte Expertenkommission² erneut Anlass, dieses Mordmerkmal genauer zu betrachten. Schwerpunktmäßig soll dabei seiner historischen Wurzel nachgegangen und überprüft werden, inwieweit eine historische Auslegung bei der Reform des Mordparagrafen für die heutige Auslegung noch Erkenntnisse bietet.

II. Abschlussbericht der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission

Die Expertenkommission erhielt 2014 den Auftrag, begründete Empfehlungen für eine Reform der Tötungsdelikte auszuarbeiten.³ Die Arbeit der Gruppe soll nun – so Maas – als Grundlage für eine wissenschaftliche und rechtspolitische Diskussion zur Neugestaltung der §§ 211 ff. StGB dienen.⁴ Ziel der Kommission war also keineswegs die abschließende Ausarbeitung eines Reformvorschlages. Die Kommission hat sich neben grundlegenden Fragen zur Terminologie, der lebenslangen Freiheitsstrafe und dem Verhältnis von Mord und Totschlag selbstredend auch mit den einzelnen Mordmerkmalen der *lex lata* beschäftigt, um deren Tauglichkeit für die Neufassung der Tötungsdelikte auf den Prüfstand zu stellen. Im Folgenden sollen die Referate, die sich überwiegend mit der Heimtücke beschäftigen, kurz geschildert und anschließend – vor allem unter dem Blickwinkel einer historischen Auslegung – einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

Schneider hält das Mordmerkmal der Heimtücke aus rechtspolitischen Gründen für unverzichtbar.⁵ Eine Tötung, die von vornherein Verteidigungsaktivitäten des Opfers ausschalte, kennzeichne sich durch eine besonders gemeingefährliche Begehungsweise, weshalb es sachgerecht sei, eine solche Tötung als Mord zu qualifizieren.⁶ Die Kritik, die Heimtücke benachteilige den Schwachen, der wegen seiner körperlichen Unterlegenheit zum Mittel der List greifen müsse, geht nach *Schneider* fehl.⁷ Denn in der Konsequenz bedeute dies, jeder müsse das Recht haben, einen Menschen zu töten, ohne dabei „Mörder“ zu sein. Das Mordmerkmal müsse demnach beibehalten, allerdings in seinem Randbereich einer restriktiven Auslegung unterzogen werden.⁸ So müsse insbesondere nicht jede überraschend von vorn durchgeführte Tötung dem Mordmerkmal der Heimtücke zugeordnet werden.⁹ Allerdings müssten die Tötung eines überraschten Opfers von hinten, eines Schlafenden und die Tötung mittels Giftes – da diese sich nach dem Rechtsbewusstsein der Bevölkerung als höchststrafwürdig erwiesen hätten – als Mord eingestuft werden.¹⁰ In diesen Konstellationen unterlaufe der Täter die bei einer offenen Konfrontation zu erwartenden Abwehrreaktionen des Opfers und mache sich diese Selbstschutzdefizite für seine Tat zu Eigen, was die Tat besonders gefährlich mache.¹¹ Die genannten Fälle könnten in der Neufassung des Mordtatbestandes enumerativ benannt werden.¹² Ferner entspreche es der Systematik des Gesetzes, ein listiges Vorgehen strafscharfend zu berücksichtigen, was an § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB deutlich werde.¹³ Ein solches Vorgehen aus dem Kreis der Mordtaten auszuschließen, ginge an den gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen kategorial vorbei.¹⁴

Deckers übt zahlreiche Kritik an der widersprüchlichen Rechtsprechung zur Arg- und Wehrlosigkeit einerseits und zum Ausnutzungsbewusstsein andererseits.¹⁵ Allein aus diesem Grund sei das Mordmerkmal der Heimtücke äußerst problematisch. Ferner finde ein Großteil der Tötungen im sozialen Nahraum statt; die Taten würden demnach in aller Regel in Konflikten und Krisenlagen entstehen.¹⁶ Der Gesetzgeber habe diesem Geschehen mit der Heimtücke, indem

* Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht von Prof. Dr. Michael Heghmanns, Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

¹ Otto, Jura 1994, 141 (147).

² Abschlussbericht der von Heiko Maas eingesetzten Expertenkommission, abrufbar unter:

http://www.bmjjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.html (26.10.2015).

³ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 12.

⁴ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 12.

⁵ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40; ebenso *Rieker-Müller und Reinhard*, vgl. S. 143.

⁶ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 87.

⁷ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 878.

⁸ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40.

⁹ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 88.

¹⁰ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 88, 878 f.

¹¹ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 864, 873.

¹² Abschlussbericht (Fn. 2), S. 88.

¹³ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 877.

¹⁴ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 879.

¹⁵ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 443 ff.

¹⁶ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40 f., 450.

ausschließlich auf die Begehungsweise der Tat abgestellt wird, einen Fremdkörper übergestülpt, welcher der Dramatik der meisten Fälle nicht gerecht werde. *Deckers* bezeichnet die Heimtücke als ein Korsett, auf welches de lege ferenda zu verzichten sei.¹⁷

Ignor hält die schwerpunktmäßig opferorientierte Auslegung der Heimtücke für problematisch.¹⁸ Zum einen habe dies – da die Gerichte auch auf die Gesinnung (feindliche Willensrichtung, Ausnutzungsbewusstsein) oder die Handlungsweise (besondere Tücke bei Hinterhalts- und Erpresserfällen) abstellten und damit zumindest auch täterorientierte Kriterien heranzögen – eine widersprüchliche Rechtsprechung zur Folge.¹⁹ Zum anderen könne die starke Opferbezogenheit auf einen unterschiedlichen Lebensschutz hinauslaufen, da nicht zum Argwohn fähige Personengruppen ohne hinreichenden Grund für diese Differenzierung nur dem Schutz des § 212 StGB unterfielen und von vornherein keine tauglichen Mordopfer darstellen könnten.²⁰ Nach *Ignor* drohen für den Fall der Streichung der Heimtücke zwar nicht ohne weiteres Strafbarkeitslücken, da in zahlreichen Fallkonstellationen weitere Mordmerkmale vorlägen.²¹ Eine mittels Hinterlist erfolgte Tötung, beispielsweise der Meuchelmord, sei allerdings nicht bereits durch andere Mordmerkmale abgedeckt, weise aber „höchststrafwürdiges“ Unrecht auf.²² Hieran möchte *Ignor* in einer täterorientierten Betrachtungsweise ansetzen und das erhöhte Handlungsunrecht der Hinterlist akzentuieren.²³ Daher sei es angebracht, die Heimtücke durch das engere Merkmal „mittels eines hinterlistigen Überfalls“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu ersetzen.²⁴ Töte der Täter – um dem Opfer die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren – sein Opfer unter planmäßiger Verbergung seiner Tötungsabsicht, verletze er in besonderem Maße das Sicherheitsvertrauen des Opfers.²⁵ Dagegen würden künftig sowohl der plötzliche Angriff von hinten als auch das bloße Ausnutzen eines Überraschungseffekts nicht länger als Mord qualifiziert.²⁶ In der Abstimmung der Experten fand diese Auffassung in ähnlichem Gewand – einem „hinterhältigen Angriff“ – durchaus eine Mehrheit.²⁷

III. Historische Auslegung des Heimtückemordes

Diese Referate zeigen anschaulich die lebhafte und sehr zwiespältige Diskussion auf, welche den Heimtückemord und seine Existenzberechtigung dem Grunde nach seit seiner Einführung begleiten. Seit jeher definiert der BGH die heimtückische Tötung im Kern²⁸ als das bewusste Ausnutzen der

auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers.²⁹ Die unrechtserhöhende Wirkung der anderen beiden objektiven Mordmerkmale – die grausame Tötung und die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln – leuchtet recht schnell ein, geht doch die Tötungshandlung entweder in Intensität oder Quantität über das zur Tötung erforderliche Maß hinaus. Wieso aber soll eine Tötung zum Mord qualifiziert und demnach mit der absoluten Strafe bedroht sein, wenn sich der Täter bei der Tötungshandlung der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers bedient? Tötet der Täter sein unbewaffnetes und damit in der Verteidigung äußerst eingeschränktes Opfer in offen feindseliger Haltung mit einer Schusswaffe, liegt lediglich ein Totschlag vor. Auch begeht keinen heimtückischen Mord, wer sein Opfer zunächst ohne Tötungsvorsatz fesselt und sich später doch zur Tötung des – aufgrund der Fesselung – nun vollkommen wehrlosen Opfers entschließt.³⁰ Tötet der körperlich überlegene Täter sein aufgrund von Alter, Krankheit oder Verletzung konstitutionell wehrloses Opfer, macht er sich ebenfalls nur gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar.³¹ Damit das Tötungsvorhaben gelingt, wird sich der Täter – was diese Beispiele anschaulich aufzeigen – in der Regel eines Vorteils bedienen wollen, liegt dieser Vorteil nun in der Verwendung einer Waffe, der Fesselung oder der konstitutionellen Schwäche des Opfers. Um es mit *Ottos* Worten zu sagen: „Damit ist es aber noch die typische, dem Totschläger eigene Gefahr, daß er eine Handlungssituation sucht, die ihm die größte Erfolgchance bietet.“³² Bei der Suche nach Ursachen für die Wehrlosigkeit des Opfers sind der Fantasie keinerlei Grenzen gesetzt. Wieso also wird die Tö-

²⁹ BGHSt 8, 216 (219); 19, 321 (322); 23, 119 (120); 32, 382 (383 f.); 39, 353 (368); BGH NStZ 1997, 490 (491); BGH NStZ 2006, 338 (339); BGH NStZ 2009, 30 (31); BGH NStZ 2010, 270 (271); BGH NStZ 2010, 450.

³⁰ BGHSt 32, 382 (388). Der BGH diskutiert zwar, ob – wie bei einem Schlafenden (vgl. BGHSt 8, 216 [218]; 23, 119 [120]; 32, 382 [386]; BGH NStZ 1997, 490 [491]; BGH NStZ 2006, 338 [339]) – eine Vorverlagerung der Arglosigkeit auf den Zeitpunkt der Fesselung möglich ist. Im Ergebnis verneint der BGH indes die Vergleichbarkeit. Zwar habe sich das Opfer der Wehrlosigkeit durch die Fesselung hingegeben, ähnlich wie sich der Schlafende dem wehrlos machenden Schlaf hingibt. Doch bestehe ein entscheidender Unterschied in der Aufrechterhaltung der Wahrnehmungsfähigkeit. Denn das gefesselte Opfer sei – im Gegensatz zu einem schlafenden Opfer – weiterhin zum Argwohn fähig. Ferner sei eine Vorverlagerung, wie sie in den sogenannten Hinterhaltsfällen (vgl. BGH NStZ 1989, 364; BGH NStZ 2008, 273 [275]; BGH NStZ 2010, 450 [451]) von der Rechtsprechung vorgenommen wird, nicht möglich, weil die Angeklagte weder listig vorgegangen sei, noch das Opfer in eine Falle gelockt habe, vgl. BGHSt 32, 382 (387).

³¹ Diesbezüglich besonders kritisch *Mitsch*, JuS 2013, 783 (787). *Mitsch* spricht sich dafür aus, die Tötung bestimmter Opfergruppen – wie beispielsweise bei Kindern oder Kranken – als Mord zu qualifizieren.

³² *Otto*, Jura 1994, 141 (147); zustimmend *Kargl*, Jura 2004, 189 (193).

¹⁷ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 144.

¹⁸ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 516.

¹⁹ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40, 516.

²⁰ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 520.

²¹ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 521 f.

²² Abschlussbericht (Fn. 2), S. 522.

²³ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 522.

²⁴ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 40.

²⁵ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 522.

²⁶ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 523.

²⁷ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 44.

²⁸ Zu Restriktionsversuchen vgl. Fn. 78 ff.

tung als Mord qualifiziert, wenn der Täter das Opfer tötet, welches aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos ist? Ist die Tötung eines unbewaffneten oder gefesselten Opfers nicht gleichermaßen „gefährlich“? Wieso räumt der Gesetzgeber unter den zahlreichen Gründen für die Wehrlosigkeit des Opfers ausgerechnet der durch Arglosigkeit geschwächten Verteidigungsposition eine derartige Sonderstellung ein? Die Antworten auf diese Fragen lassen sich letztlich nur mittels einer historischen Auslegung finden.

Nachdem Mord und Totschlag – aufgrund der prägenden Vorstellung eines rational kalkulierenden Täters i.S. *Feuerbachs* – im preußischen StGB von 1851³³ und im Reichs-StGB von 1871³⁴ über das Kriterium der Überlegung abgegrenzt wurden,³⁵ führte der Gesetzgeber 1941 den Mordparagraphen in seiner uns heute bekannten Fassung ein³⁶. Die Vorschrift ist seitdem – mit Ausnahme der Abschaffung der Todesstrafe und des minder schweren Falls – unverändert geblieben. In der aktuellen Diskussion über die Notwendigkeit einer Reform wird nun teilweise buchstäblich die „Nazikeule“³⁷ geschwungen und vertreten, der Mordparagraph müsse allein deshalb reformiert werden, weil die Vorschrift aus dem Jahre 1941 stamme.³⁸ Schon der Oberste Gerichtshof für die britische Zone und ihm folgend der BGH nahmen hingegen an, der historische Gesetzgeber habe sich an einem Schweizer Gesetzesentwurf von 1894 orientiert, die Vorschrift sei demnach nicht nationalsozialistisch gefärbt und

müsse daher auch nicht geändert werden.³⁹ In der Literatur wird hierzu kritisch angemerkt, diese Rechtsprechung stelle einen „Persilschein“⁴⁰ aus. Auch wenn ein Gesetz nicht zwingend ein Schlechtes sein muss, nur weil es 1941 erlassen wurde, muss die Jahreszahl Gesetzgeber und Rechtsprechung zu einer kritischen historischen Prüfung bewegen.

1933 erhielt der Reichsjustizminister *Gürtner* von Hitler den Auftrag, eine amtliche Kommission zur Erneuerung des Strafrechts zu bilden, die sich auch mit der Neufassung der Tötungsdelikte beschäftigte.⁴¹ Die Entwürfe orientierten sich schnell – zumindest bezüglich der Mordmerkmale – an den Schweizer Entwürfen⁴². Der erste bedeutungsvolle Unterschied war allerdings die Klassifizierung der Täter als „Totschläger“ oder „Mörder“.⁴³ Der zweite Unterschied lag darin, dass in die ersten Entwürfe nicht die heimtückische, sondern eine hinterlistige Tötung aufgenommen wurde.⁴⁴ Letztlich entschied man sich mit folgender Begründung für die Aufnahme der Heimtücke: „Mit dem Wort heimtückisch will der Entwurf mehr bezeichnen als nur hinterlistiges Handeln. Heimtückisch ist nach allgemeinem Sprachgebrauch in aller Regel die Tötung, bei der Falschheit und Verschlagenheit, oft empfunden aus persönlicher Feigheit des Täters, der Tat das

³³ Vgl. § 175 pStGB von 1851.

³⁴ Vgl. § 211 StGB von 1871.

³⁵ *Müssig*, Mord und Totschlag, Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts, 2005, S. 37 ff.; *Thomas*, Die Geschichte des Mordparagraphen, Eine normgenetische Untersuchung bis in die Gegenwart, 1985, S. 174.

³⁶ RGBI. I 1941, S. 549. Das Kriterium der Überlegung sei inhaltlich nicht ausreichend bestimmt. Ferner müsse die Überlegung kein Zeichen gesteigerter und ihr Fehlen kein Zeichen geringerer Strafwürdigkeit sein, vgl. *Graf Gleispach*, 20. Sitzung der Strafrechtskommission, 16.4.1934, S. 3, und *Freisler*, 20. Sitzung der Strafrechtskommission, 16.4.1934, S. 5, abgedruckt in: Schubert/Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, NS-Zeit (1933-1939), Strafgesetzbuch, Bd. 2.1, 1988, S. 503, 505; Gesetzesbegründung der Amtlichen Kommission von Juli 1936, S. 245, abgedruckt in Schubert/Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, NS-Zeit (1933-1939), Strafgesetzbuch, Bd. 1.2, 1990, S. 245; *Graf Gleispach*, in: *Gürtner* (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 1936, S. 372.

³⁷ *Mitsch*, ZRP 2014, 91 (91).

³⁸ So möchte die Justizministerin aus Schleswig-Holstein *Anke Spoorendonk* den Begriff „Mörder“ aus § 211 StGB verbannen. Vgl. dazu *Jüttner*, Spiegel Online v. 8.11.2013, vgl. <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/mord-und-totschlag-spoorendonk-will-ns-paragrafen-reformieren-a-932317.html> (26.10.2015). Kritisch hierzu *Mitsch*, ZRP 2014, 91 (91).

³⁹ OGHSt 1, 90 (90 f.); BGHSt 9, 385 (387); kritisch *Linka*, Mord und Totschlag (§§ 211-213 StGB), Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, 2008, S. 195: „Die Mord- und Totschlagskonzeption der §§ 211 ff. StGB [...] ist originär mit dem Täterstrafrecht verbunden, und dies ist ihre bis heute fortwirkende Hypothek“.

⁴⁰ *Thomas* (Fn. 35), S. 288.

⁴¹ DJ 1936, S. 1699; Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2007, S. 73; zum Arbeitsbereich und den Mitgliedern der Kommission vgl. *Linka* (Fn. 39), S. 159.

⁴² Vgl. hierzu v.a. *Stooss*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, Im Auftrag des schweizerischen Bundesrates, S. 38, 147 f. *Stooss* definierte die einzelnen Mordmerkmale allerdings nicht weiter. Er ging davon aus, es sei für den Richter nicht schwer, zwischen Mord und Totschlag zu unterscheiden, denn die Merkmale des Mordes seien aus den Umständen des Falles leicht zu erkennen.

⁴³ Gesetzesbegründung der Amtlichen Kommission von Juli 1936 (Fn. 36), S. 246. Im *Stooss'schen* Entwurf (Fn. 42), S. 34, heißt es „Tötet der Thäter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoff oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft“. Der Entwurf sprach also neutral vom „Thäter“ und nahm keine Klassifizierung als „Totschläger“ oder „Mörder“ vor.

⁴⁴ Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs der amtlichen Strafrechtskommission, zweite Lesung 1935/1936, zusammengestellt nach den Vorschlägen der Unterkommission – nach dem Stand vom 1.2.1936, abgedruckt in: Schubert/Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, NS-Zeit (1933-1939), Strafgesetzbuch, Bd. 1.1, 1988, S. 266.

Gepräge geben“⁴⁵. Selbst in der Kommission wurde diese Definition wegen ihrer Unschärfe kritisiert. *Gürtner* beendete die Diskussion letztlich mit der Äußerung: „Richtungsgebend für eine Verurteilung aus § 414⁴⁶ wird doch stets sein, ob jemand hingerichtet werden soll“.⁴⁷ Sowohl die Gesetzesbegründung als auch die Äußerung *Gürtners* und die Klassifizierung der Täter als „Totschläger“ oder „Mörder“ legen anschaulich dar, dass das bisher angewandte Tatstrafrecht – also ein Strafrecht, welches an tatbestandlich umschriebene Handlungen anknüpft – zu einem Täterstrafrecht umgebildet werden sollte. Hierbei richtet sich der strafrechtliche Vorwurf an die Persönlichkeit des Täters. Im Zuge dieser Umbildung wurden zahlreiche Regelungen auf normative Tätertypen gestützt.⁴⁸ Die Prüfung des Verbrechens erfolgte demnach keinesfalls abschließend aufgrund der Verwirklichung des Tatbestandes, sondern durch die Zuordnung des Beschuldigten zu einem Tätertypen. Durch die Aufnahme solcher Typen sollte verdeutlicht werden, dass der Richter die Tat vor allem nach der Gesamtpersönlichkeit des Täters beurteilen und den Täter nach den vermeintlich im Volk empfundenen Rechtsvorstellungen als „Mörder stempeln“ sollte.⁴⁹ Mit den vom Volk empfundenen Rechtsvorstellungen waren selbstverständlich die nationalsozialistischen Vorstellungen gemeint.

Die heimtückische Tötung war demnach Sinnbild von Falschheit und Feigheit, also von subjektiven Eigenschaften des Täters. Die Heimtücke sollte folglich primär einer Charakterzuschreibung dienen und nicht in objektiver Hinsicht die besondere Gefährlichkeit der Tat beschreiben.⁵⁰ Indem

die Rechtsprechung heute auf die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers – also auf die objektive Opfersituation⁵¹ – und nicht auf subjektive Eigenschaften des Täters abstellt, erfolgt die Zuordnung zum Mord diametral zum Willen des historischen Gesetzgebers. Das Abstellen auf bestimmte Täterbegriffe sollte demgegenüber eine „bewegliche Technik“ bei der Verurteilung von Mord oder Totschlag ermöglichen.⁵² Je nachdem, ob der Täter wegen seiner Gesamtpersönlichkeit dem „Mörder“ oder dem „Totschläger“ zugeordnet wurde, konnte eine entsprechende Verurteilung trotz des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Mordmerkmals ausfallen. Die Mordmerkmale waren demnach weder abschließend noch zwingend, sondern dienten vor allem der Konkretisierung des Mördertypen.⁵³ Der „Mörder“ war durch subjektive Eigenschaften gekennzeichnet, die sich von dem „ehrhaften“⁵⁴, in der Verbindung von „Blut und Ehre“⁵⁵ liegenden, „mannhaften“⁵⁶, „heldenhaften“ und „wehrhaften“⁵⁷ Geist als Ideal weit entfernten. Als ein solches Ideal der Konfliktbewältigung wurde der regelgeleitete und von Waffengleichheit geprägte Zweikampf angesehen.⁵⁸ Schon im Entwurf des pStGB von 1829 steht, es bestehe „ein wesentlicher Unterschied zwischen der rechtlichen und moralischen Strafbarkeit desjenigen [...], der seinen Gegner im verabredeten [...] Zweikampfe verwundet oder getötet hat, und zwischen demjenigen, der seinen Feind, ohne dessen Vorbewußt und Willen, und ohne sich selbst dabei irgend einer eigenen Gefahr bloß zu stellen, vielleicht plötzlich, und mit Hinterlist ange-

⁴⁵ Gesetzesbegründung der Amtlichen Kommission von Juli 1936 (Fn. 36), S. 246; Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs der amtlichen Strafrechtskommission (Fn. 44), zweite Lesung 1935/1936, zusammengestellt nach den Vorschlägen der Unterkommission – nach dem Stand vom 1.7.1936.

⁴⁶ Also wegen Mordes.

⁴⁷ *Gürtner*, in: Schubert/Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, NS-Zeit (1933-1939), Bd. 2, Teil 4, 1994, S. 491.

⁴⁸ Diese Lehre geht auf *Dahm*, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940, und *Wolf*, Vom Wesen des Täters, 1932, zurück. Bestes Beispiel für die Ausrichtung des Strafrechts im Nationalsozialismus an bestimmten Tätertypen ist das Gesetz für gefährliche Gewohnheitsverbrecher, welches härtere Strafen zuließ, vgl. RGBI. I 1941, S. 549; umfassend *Kelker* (Fn. 41), S. 78 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 6 Rn. 1 ff.

⁴⁹ *Freisler*, 20. Sitzung der Strafrechtskommission (Fn. 36), 16.4.1934, S. 6; Gesetzesbegründung der Amtlichen Kommission von Juli 1936 (Fn. 36), S. 246. Unklar und in der Literatur streitig ist die Frage, ob die Tätertypenlehre und eine Zuordnung des Täters zu den Täterbegriffen „Totschläger“ und „Mörder“ entsprechend der Gesamtpersönlichkeit wirklich inhaltsgleich sind. Diese Frage ist letztlich nicht ausschlaggebend, da § 211 StGB jedenfalls nicht abschließend konzipiert war, vgl. umfassend *Morris*, Die normative Restriktion des Heimtückebegriffs auf Basis der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen, 2010, S. 61 f., 69 ff.

⁵⁰ *Linka* (Fn. 39), S. 181; *Morris* (Fn. 49), S. 89.

⁵¹ BGHSt 11, 139 (144); *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 144, spricht von einer viktimologischen Komponente; kritisch *Rengier*, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 477; ablehnend *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 211 Rn. 48.

⁵² *Graf Gleispach* (Fn. 36 – Das kommende deutsche Strafrecht), S. 373 f. Der Richter sei nicht gezwungen, „den Täter als Mörder oder als Totschläger zu erklären, wenn auch ein Umstand vorliegt, der als regelmäßiges Kennzeichen des einen oder anderen Typus aufgeführt ist. Denn andere Umstände können ausnahmsweise das Gesamtbild wesentlich verändern. [...] Die bewegliche Technik, die vorgeschlagen ist, ermöglicht es, auf alle Hilfstatbestände, sogen. geschärfte oder privilegierte Fälle von Tötungsdelikten, zu verzichten.“ Vgl. dazu *Geilen*, JR 1980, 309 (311); *Morris* (Fn. 49), S. 67 ff.

⁵³ *Graf Gleispach* (Fn. 36 – Das kommende deutsche Strafrecht), S. 373 f.; *Frommel*, JZ 1980, 559 (560); *Jescheck*, JZ 1957, 385 (387); *Linka* (Fn. 39), S. 177, 183 ff., 189.

⁵⁴ Ehrenordnung der SA der NSDAP vom 12.12.1933; Schieds- und Ehrengerichtsordnung der SS vom 9.11.1935.

⁵⁵ *Freisler*, in: *Gürtner* (Hrsg.), Das kommende Deutsche Strafrecht, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Zweikampf, 1936, S. 548.

⁵⁶ Ehrenordnung der SA der NSDAP vom 12.12.1933.

⁵⁷ *Freisler* (Fn. 55), S. 552.

⁵⁸ Besonders umfassend hierzu *Thomas* (Fn. 35), S. 240 f.

griffen [...] hat“.⁵⁹ Während der regelgeleitete Zweikampf traditionell zu einer Strafmilderung führte,⁶⁰ wollte *Freisler* ihn als ideale Konkretisierung des Völkischen Rechts sogar völlig straffrei stellen.⁶¹ Nach der Schieds- und Ehrenordnung der SS hatte jeder „SS-Mann das Recht und die Pflicht seine Ehre im Zweikampf mit der Waffe zu verteidigen“⁶² und in der Ehrenordnung der NSDAP hieß es „Die Ehre ist das höchste Gut. Sie zu bewahren und zu beschützen muss jedem Deutschen Wesentlicher sein als das Leben [...]. Deutsche Ehre ist Soldatenehre und deshalb gebunden an Vaterlandsliebe, Treue, Mannhaftigkeit, Kameradschaft und Ehrlichkeit“.⁶³ *Freisler* nahm an, ein ehrenhaftes Verhalten könne niemals Schuld beinhalten und nur auf Schuld könne Strafe und Sühne folgen.⁶⁴ Bei einem Duell stehe gerade nicht die Körperverletzung oder die Tötung des Gegners im Vordergrund, sondern die Gefährdung der eigenen körperlichen Integrität als Einsatz für die Ehre.⁶⁵ Der Zweikampf sollte nach der Schieds- und Ehrenordnung der SS, sofern es die Ehre wiederherzustellen galt, selbst mit Waffen eine Pflicht des Mannes darstellen. Das staatliche Gewaltenmonopol stehe dem nicht entgegen, sei es doch keinesfalls das Wesen des Zweikampfes, eine strafende Gerechtigkeit herzustellen.⁶⁶ Das Wesen des Duells liege vielmehr in der Verbindung von Blut und Ehre begründet und solle selbst dann nicht strafbar sein, wenn ein tödlicher Ausgang von Anfang an für möglich gehalten wurde.⁶⁷ Es handele sich um ein altgermanisches Rechtsinstitut, das in großen Teilen der deutschen Volksgemeinschaft als unter Umständen allein geeignetes Mittel zur Wahrung oder Wiederherstellung der Ehre taue. Das Strafrecht könne nicht unter Strafe stellen, was tief im Volkstum wurzele. Ein solcher Zweikampf sollte zwar aus sittlichen Gründen, nicht aber aus Feigheit des Herausgeforderten abgelehnt werden können.⁶⁸ Der Nationalsozialismus stellte demnach den ehrhaften, mannhaften Zweikampf der Feigheit gegenüber. Der Streiter, der heimtückisch vorgeht und die Waffengleichheit durch eine heimtückische Ausführungsart

vermeidet, entfernt sich drastisch von dem Ideal des zweikampfgerechten und waffengleichen Kampfes.⁶⁹ Auch wenn es geradezu als „Ironie der Geschichte“⁷⁰ erscheint, dass ausgerechnet Hitler am Ende den Zweikampf verbot⁷¹, wird an der Ehrenordnung der NSDAP, der Schieds- und Ehrenordnung der SS und vor allem an den Ausführungen *Freislers* – dessen tragende Rolle in der Justiz im Dritten Reich kaum in Abrede gestellt werden kann – die besondere Abwertung von Falschheit und Feigheit deutlich. Auch lag Hitlers Beweggrund, den Zweikampf letztlich zu verbieten, unter anderem auch in dem Verlust einiger seiner „besten Leute“ durch das Duell, denn im Krieg wäre für „solche Sachen kein Verständnis und keine Zeit. Der Nation ist damit nicht gedient.“⁷²

IV. Folgen der Abkehr von der Tätertypenlehre

Doch was bedeutet diese historische Auslegung für uns heute? Wie schon erwähnt, wurde nach dem Krieg von der Rechtsprechung eine Verbindung des Mordparagraphen mit nationalsozialistischem Gedankengut geleugnet.⁷³ Die Formulierung „Mörder“ und „Totschläger“ sei ein Relikt des Nationalsozialismus ohne materielle Auswirkungen. In der Sache völlig zu Recht kehrte der Gesetzgeber in der Nachkriegszeit überwiegend zu einem Tastschuldrecht zurück und auch die Rechtsprechung legte die Mordmerkmale nicht mehr mittels einer Bewertung der Täterpersönlichkeit aus. Erfreulicherweise spricht sich nun auch die vom Bundesjustizminister beauftragte Expertenkommission einhellig dafür aus, die bisherige Fassung des Gesetzes durch eine an die Tathandlung anknüpfende Terminologie zu ersetzen.⁷⁴ Doch blieb bei der Abkehr vom Kriegsstrafrecht bislang unberücksichtigt, dass die Tätertypenlehre auch als Korrektiv fungierte und eine wesentliche Einschränkungsfunktion besaß, konnte die Verurteilung wegen Mordes doch trotz heimtückischer Ausführungsart aufgrund der Zuordnung zum Tätertypen „Totschläger“ abgewendet werden.⁷⁵ Mit der Ablehnung der Tätertypenlehre wurde demnach zwar ein wesentlicher Schritt der Entnazifizierung gegangen, aber der Mordparagraph zugleich seines einzigen Korrektivs beraubt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Mordtatbestand abschließend und zwingend konzipiert.⁷⁶ Für eine Berücksichtigung von Motiven und Beweggründen des Täters oder anderen Wertungen besteht demnach bei Subsumtion unter die objektiven Mordmerkmale praktisch kein Raum. Folgerichtig verbleibt durch die Ablehnung der Tätertypenlehre ein viel zu weit gefasster

⁵⁹ *Baumgarten*, Zweikampf, §§ 201-210 a.F. StGB, Reformdiskussion und Gesetzgebung von 1870 bis zur Aufhebung der Zweikampfbestimmungen, 2002, S. 79 mit Verweis auf Motive zu dem Entwurf von 1829, abgedruckt in: Regge (Hrsg.), Gesetzesrevision, Bd. 1, 1981, S. 730 f.

⁶⁰ So die §§ 164 ff pStGB von 1851.

⁶¹ *Freisler* (Fn. 55), S. 547; *Gürtner/Freisler*, Das neue Strafrecht, Grundsätzliche Gedanken zum Geleit, Zweikampf, 2. Aufl. 1936.

⁶² Schieds- und Ehrengerichtsordnung der SS vom 9.11.1935.

⁶³ Ehrenordnung der SA der NSDAP vom 12.12.1933.

⁶⁴ *Freisler* (Fn. 55), S. 547.

⁶⁵ *Freisler*, 41. Sitzung der amtlichen Strafrechtskommission vom 13.9.1934, S. 4, abgedruckt in: Schubert/Regge (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, NS-Zeit (1933-1939), Strafgesetzbuch, Bd. 2.2, 1989, S. 424.

⁶⁶ *Freisler* (Fn. 55), S. 548.

⁶⁷ *Freisler* (Fn. 55), S. 548, 551, 554; vgl. auch die Diskussion in der 41. Sitzung der amtlichen Strafrechtskommission vom 13.9.1934 (Fn. 65).

⁶⁸ *Freisler* (Fn. 65), S. 3.

⁶⁹ *Thomas* (Fn. 35), S. 253.

⁷⁰ *Baumgarten* (Fn. 59), S. 221.

⁷¹ *Baumgarten* (Fn. 59), S. 218 f.

⁷² *Picker*, Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier, 1976, S. 85 f.; vgl. auch *Baumgarten* (Fn. 59), S. 221.

⁷³ OGHSt 1, 90 (90 f.); BGHSt 9, 385 (387).

⁷⁴ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 16, 21, 27.

⁷⁵ Vgl. Fn. 53.

⁷⁶ BGHSt 9, 385 (389); kritisch *Morris* (Fn. 49), S. 83. *Morris* legt anschaulich dar, dass die Begründung des BGH, der Mord sei abschließend konzipiert und die Lehre von der Typenkorrektur daher abzulehnen, nicht einer historischen Auslegung entspricht.

Anwendungsbereich des objektiven Mordmerkmals der Heimtücke.⁷⁷ Ihn vermögen auch die bezeichnenderweise zahlreichen Restriktionsversuche in Rechtsprechung und Literatur – sei es die Forderung nach einer feindlichen Willensrichtung⁷⁸, oder einem verwerflichen Vertrauensbruch⁷⁹, die positive oder negative Typenkorrektur⁸⁰, Normativierungsversuche der an sich deskriptiv zu bestimmenden Arglosigkeit⁸¹ oder die Rechtsfolgenlösung⁸² – ebenso wenig einzudämmen wie die enorme und nicht mehr zu überblickende Einzelfallkasuistik. Die Bezeichnung der Heimtücke als „Korsett“⁸³ – so *Deckers* im Abschlussbericht der Expertenkommission – ist demnach durchaus passend; ein Korsett, welches in einer zu weitreichenden opferorientierten Betrachtungsweise eine hinreichende Berücksichtigung von Beweggründen des Täters abschnürt.

⁷⁷ *Morris* (Fn. 49), S. 90 f.

⁷⁸ BGHSt 9, 385 (390); 11, 139 (143); 32, 382 (383); BGH NStZ 2006, 338 (338 f.); BGH NStZ 2010, 270 (271); BGH NStZ 2010, 450 (450); kritisch *Küper*, JuS 2000, 740 (746). Nach *Küper* erfasst der BGH hierdurch nur einen Bruchteil schuld mindernd zu berücksichtigender Motivationslagen des Täters. Ablehnend *Schneider* (Fn. 51), § 211 Rn. 145, weil dieser „Fremdkörper“ im Ergebnis auf die Durchführung einer Typenkorrektur hinauslaufe.

⁷⁹ *Hassemer*, JuS 1971, 626 (630); *Jakobs*, JZ 1984, 996; *Meyer*, JR 1979, 441 (485), stellt auf den Missbrauch sozialpositiver Verhaltensmuster, also einer freundlichen Kommunikation ab. Ablehnend BGHSt 7, 218 (221); 28, 210 (211 f.); 30, 105 (116); *Geppert*, Jura 2007, 270 (271 f.); *Neumann* (Fn. 51), § 211 Rn. 49; *Rengier*, MDR 1980, 1 (4 f.); *Roxin*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 741 (749), da § 211 StGB das Rechtsgut Leben und nicht die Kommunikation schütze.

⁸⁰ *Eser*, JR 1981, 177 (183 f.); *Geilen*, JR 1980, 309; *Jeschek*, JZ 1957, 385 (387); *Riess*, NJW 1968, 628 (630 f.); ablehnend BGHSt 30, 105 (115); *Roxin* (Fn. 79), S. 745.

⁸¹ BGHSt 48, 207 = NStZ 2003, 425. In diesem Fall befand sich der Täter in einer Notwehrlage, überschritt aber mit der (heimtückischen) Tötung die Grenzen der erlaubten Notwehrhandlung. Obwohl das Opfer tatsächlich arglos war, hätte es nach dem BGH argwöhnisch sein müssen. Es müsse ein Wertungsgleichklang mit dem Notwehrrecht hergestellt werden, weshalb der BGH die Arglosigkeit nicht psychologisch deskriptiv, sondern normativ bestimmte. Zustimmend *Widmaier*, NJW 2003, 2788 (2791): „hohe gedankliche Eleganz“; *Otto*, NStZ 2004, 142 (143); *Roxin* (Fn. 79), S. 749. Nach *Roxin* ist die Arglosigkeit grundsätzlich ein deskriptiver Begriff, welcher aber im Randbereich normativer Präzision bedürfe; ablehnend *Küper*, GA 2006, 310 (312); *Schneider* (Fn. 51), § 211 Rn. 157; *Schneider*, NStZ 425 (431), da eine zunehmende Normativierung der Arglosigkeit eine Viktimodogmatik zur Folge habe, womit der BGH die „Büchse der Pandora“ geöffnet habe.

⁸² BGHSt 30, 105 (119).

⁸³ Vgl. Fn. 18.

V. Die Gefährlichkeitsrechtsprechung des BGH

Nachdem eine Qualifizierung zum Mord aufgrund subjektiver Eigenschaften des Täters nach dem Krieg abgelehnt wurde, ist der BGH zu einer Gefährlichkeitsrechtsprechung übergegangen.⁸⁴ Der Täter überrasche das Opfer bei der heimtückischen Tötung in einer hilflosen Lage und hindere es so daran, sich zu verteidigen, zu fliehen oder Hilfe zu rufen. Wer derart Verteidigungsmöglichkeiten eindämme, könne ein fremdes Leben vereinfacht vernichten, denn im Gegensatz zu einem offen geführten Angriff sehe das Opfer keinen Anlass zu Selbstschutzmaßnahmen, was den Angriff gefährlicher mache.

Diese Gefährlichkeitsrechtsprechung des BGH ist in der Literatur völlig zu Recht auf Kritik gestoßen: Die Verletzung des Rechtsguts Leben ist bzgl. des Erfolgintritts, im Gegensatz zu z.B. einer Körperverletzung bei einem hinterlistigen Überfall i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB, nicht graduierbar.⁸⁵ Allein aus diesem Grunde ist die Forderung, die Heimtücke durch das Merkmal eines hinterlistigen Überfalls zu ersetzen, problembehaftet. Ist das Opfer gestorben, hat sich die Gefährlichkeit der Tat im Erfolg – dem Tod des Opfers – verwirklicht. Dieser Erfolgintritt, also die Realisierung der Gefahr, ist allerdings bereits dem einfachen Totschlag immanent. Auch kann der Tötungshandlung als solcher keine besondere Gefährlichkeit zugesprochen werden. Es besteht keine Unrechtsdifferenz zwischen einer heimtückischen – die Gegenwehr von vornherein ausschließenden – Tötung und einer Tötung trotz erfolgloser Gegenwehr.⁸⁶ Denn wäre die Gegenwehr erfolgreich gewesen, spiegelt das nur den Unterschied zwischen Versuch und Vollendung wider und nicht den Unterschied zwischen Mord und Totschlag.⁸⁷ Letztlich würde auf Basis der Gefährlichkeitskonzeption des BGH dem aufgrund von Arglosigkeit wehrlosen Opfer in einer generalisierenden Betrachtungsweise eine erfolgreiche Gegenwehr

⁸⁴ BGHSt 2, 60 (61 f.); 11, 139 (143); 23, 119 (121); 30, 105 (116); 39, 353 (368); BGH NStZ-RR 1997, 294 (295); BGH NStZ 2003, 146 (147); BGH NStZ 2006, 338 (339); z.T. zustimmend *Murmann*, HRRS 2014, 442 (444 f.). Der heimlich vorgehende Täter laufe – im Gegensatz zum offen feindseligen Täter – eher Gefahr, sein Tötungsvorhaben aufgrund eigener Gewissensbisse wieder aufzugeben, wodurch eine besondere Gefährlichkeit der heimlichen Begehungsweise begründet werden könne; *Schneider* (Fn. 51), § 211, Rn. 144. Nach *Schneider* liegt die das Tötungsrecht steigernde Gefährlichkeit der Tat in einer „besonders großen Erfolgssicherheit durch Effektivierung der Tathandlung“. Dem kann man allerdings – wie *Roxin* (Fn. 79), S. 743 – entgegenhalten, der Täter einer jeden absichtlichen Straftat, also auch einer absichtlichen Tötung, werde diese immer so planen, dass sie gelingt. Wenn dies aber für eine absichtliche Tötung typisch ist, solle dies nicht den schwersten Fall der Tötung begründen.

⁸⁵ *Neumann* (Fn. 51), § 211 Rn. 48; *Kelker* (Fn. 41), S. 619; nach *Küper*, JuS 2000, 740 (742), sind Eigenart und Logik der Gefährlichkeitskonzeption bislang kaum deutlich geworden; besonders kritisch *Otto*, Jura 1994, 141 (147).

⁸⁶ *Neumann* (Fn. 51), § 211 Rn. 48.

⁸⁷ *Neumann* (Fn. 51), § 211 Rn. 48.

zugesichert, „quasi rechtlich garantiert“, obwohl dies bei anderen wehrlosen Opfern nicht erfolgt.⁸⁸ Denn tötet der Täter sein unbewaffnetes, gefesselter oder konstitutionell schwächeres Opfer, trifft er es aufgrund des gewählten Tatplans in einer hilflosen Lage an, dämmt damit Verteidigungsmöglichkeiten ein und kann ein fremdes Leben ebenfalls vereinfacht vernichten. Dennoch findet dies bei der Abgrenzung von Mord und Totschlag grundsätzlich keinerlei Beachtung – außer im Spezialfall der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit. Deshalb vermag das Argument *Schneiders*, die überraschende Tötung des Opfers von hinten, sowie die Tötung Schlafender oder mittels Giftes müsse de lege ferenda weiterhin strafschärfend berücksichtigt werden, weil die Tatbegehung aufgrund der eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers besonders gefährlich sei,⁸⁹ nicht zu überzeugen.

Zudem erscheint es insbesondere fraglich, ob die Auslegung des BGH nicht die Grenze zulässiger Auslegung überschritten hat. Gemäß Art. 103 Abs. 2 GG ist die Grenze einer jeden Auslegung der Wortlaut. Der BGH stellt heute auf die gesteigerte Gefährlichkeit der Tatausführung und die Arg- und Wehrlosigkeit, also auf die objektive Opfersituation ab. Nach ständiger Rechtsprechung muss der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit weder herbeigeführt noch instrumentalisiert haben.⁹⁰ Es reicht aus, wenn er um die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers weiß und sie für sein Tötungsvorhaben ausnutzt. Worin in einem solchen Vorgehen das vom Wortlaut geforderte Tückische liegt, ist nicht ersichtlich.⁹¹ Auch liegt im Umkehrschluss immer dann ein Totschlag vor, wenn der Täter in einer offenen Auseinandersetzung einem argwöhnischen Opfer gegenübertritt.⁹² Ist das Opfer dem Täter aller-

dings zufällig rücklings zugewandt, wird das Opfer aufgrund des in aller Regel vorliegenden Vertrauens in das Legalverhalten der Mitmenschen arglos sein.⁹³ Um in solchen Fällen nicht heimtückisch zu handeln, müsste der Täter das Opfer absurderweise zunächst warnen und es über sein Tötungsvorhaben informieren, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, in bewusster Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit gehandelt zu haben. In dem Nichtbeseitigen der Arglosigkeit liegt im Kern letztlich ein Unterlassungsvorwurf.⁹⁴ Tötet der Täter das Opfer ohne diese Aufklärung, wird das Vertrauen des Opfers in das Legalverhalten der Mitmenschen enttäuscht, was aber bei einem Totschlag gleichermaßen erfolgt und demnach die unrechtssteigernde Wirkung nicht zu begründen vermag.⁹⁵

Ferner liegt in der Gefährlichkeitsrechtsprechung eine Umdeutung des historischen Ursprungs. Denn ursprünglich liegt der Grund für das gesteigerte Unrecht in der Abwertung von Feigheit und Falschheit des Täters. Konflikte sollten ehrhaft, mannhaft und auf Basis von Waffengleichheit ausgetragen werden. Dieses Konzept von Waffengleichheit mag in der Konfliktbewältigung von Soldaten – also ähnlich starken Männern – sinnhaft gewesen sein. Das Bild eines wehrhaften zum Duell geforderten Gegners kann allerdings heute auf einen Großteil ziviler Auseinandersetzungen schlichtweg nicht übertragen werden und versagt in jedem Fall schon dann, sobald Täter und Opfer konstitutionell nicht gleich stark sind.⁹⁶ Damit beruht die Regelung – wie *Thomas* völlig zu Recht bereits 1985 ausführte – auf einem „längst überholten Konfliktregelungsmechanismus“.⁹⁷ Dies ist logische Konsequenz einer historischen Auslegung und keinesfalls – wie es *Schneider* im Abschlussbericht der Expertenkommission vertritt – ein „rhetorischer Kniff“, der von den Besonderheiten des Mordmerkmals ablenke.⁹⁸ Folgerichtig muss festgehalten werden, dass nur ein Täter, der im Affekt handelt, sich gegen einen übermächtigen Gegner stellen wird, ohne sich einen Vorteil für die Tatausführung zu Nutze machen zu wollen. In aller Regel aber wird der konstitutionell Schwächere, der sich keiner körperlichen Übermacht bedienen kann, einen anderen Vorteil für seine Tat suchen.⁹⁹ Was aber den Regelfall der Tötung darstellt, sollte in den Anwendungsbereich des Totschlags fallen und nicht mit der absoluten Strafe für gesteigertes Unrecht oder besondere Schuld bedroht sein.¹⁰⁰ Außerdem bleibt es fragwürdig, warum nun bei einer typischen Tötung durch einen Schwachen, der sich der Arglosigkeit des Opfers bedient, mehr Unrecht vorliegen

⁸⁸ *Küper*, JuS 2000, 740 (742).

⁸⁹ Vgl. Fn. 6.

⁹⁰ BGHSt 8, 216 (219); 32, 382 (384); BGH NStZ 2006, 338 (339).

⁹¹ Nach *Murmann*, HRRS 2014, 442 (444), und *Neumann* (Fn. 51), § 211 Rn. 72, kann der nach dem Wortlaut erforderlichen Tücke zumindest nicht nur durch einen Überraschungsangriff auf ein ahnungsloses Opfer genüge getan werden; ein tückisch verschlagenes Vorgehen fordern *Spendel*, JR 1983, 269 (271 ff.); *ders.*, StV 1984, 45 (46); *Köhne*, Jura 2009, 748 (750); *Lackner*, NStZ 1981, 344 (349); ablehnend BGHSt 11, 139 (144 f.); *Schneider* (Fn. 51), § 211 Rn. 158, da der Begriff der Tücke wertungsoffen und unscharf sei und auf eine Typenkorrektur hinauslaufe.

⁹² Die Rechtsprechung erkennt hier allerdings eine Ausnahme an. Das Opfer könne auch bei einem offen feindseligen Angriff arglos sein, wenn es die drohende Gefahr erst im letzten Augenblick erkennt, wodurch jede Möglichkeit zur Gegenwehr vereitelt wird, vgl. BGH NStZ-RR 1997, 168. In diesem Fall rief der Täter unmittelbar vor dem Schuss noch „Hey“, weshalb sich das Opfer umdrehte, vgl. auch BGH NStZ 2003, 146 (147); BGH NStZ-RR 2005, 201 (202). Nach *Zorn*, Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB, Ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal?, 2013, S. 30, hingegen hat in diesen Fällen typischerweise die Versuchsphase bereits begonnen. Die Arglosigkeit

liege demnach zum Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens vor, weshalb keine Ausnahme von der „Zeitregel“ anzunehmen ist.

⁹³ *Murmann*, HRRS 2014, 442 (446).

⁹⁴ *Murmann*, HRRS 2014, 442 (446).

⁹⁵ *Murmann*, HRRS 2014, 442 (446).

⁹⁶ *Thomas* (Fn. 35), S. 270.

⁹⁷ *Thomas* (Fn. 35), S. 241.

⁹⁸ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 877.

⁹⁹ *Roxin* (Fn. 79), S. 743; *Grünewald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 125 f.

¹⁰⁰ *Roxin* (Fn. 79), S. 743.

sollte als bei der Tötung durch einen Starken, der sich seiner Übermacht bedient und die Arglosigkeit des Opfers gerade wegen seiner Übermacht schlicht zur Tötung nicht braucht.¹⁰¹ Der konstitutionell Schwächere wird in einem Großteil der möglichen Fallgestaltungen entweder heimtückisch oder eben gar nicht töten. Die Heimtücke erweist sich damit als „anachronistisches Mordmerkmal“.¹⁰² Nach *Schneider* hingegen bedeute diese Überlegung – wie bereits eingangs dargelegt – konsequent zu Ende gedacht, jeder müsse das Recht haben, einen Menschen zu töten, ohne „Mörder“ zu sein.¹⁰³ Die hier vorgetragene Kritik richtet sich jedoch im Kern an den Gesetzgeber, welcher de lege ferenda davon absehen sollte, in einer archaischen Betrachtungsweise den offenen Kampf zweier Männer zu bevorzugen. Dies bedeutet im Umkehrschluss keinesfalls reflexartig, jeder müsse dann das Recht auf Tötung ohne Verwirklichung des Mordtatbestandes haben. Allerdings weist das Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit gegenüber der Tötung eines auf anderen Ursachen beruhenden wehrlosen Opfers schlicht keine erhöhte Gefährlichkeit und keinen gesteigerten Unrechtsgehalt auf, weshalb der enorme Sanktionssprung, der – bislang – mit der Erfüllung des Mordtatbestandes einhergeht, nicht zu rechtfertigen ist.¹⁰⁴ Eine Tatausführungsart aufgrund ihres untugendhaften – von „Falschheit“ und „Feigheit“ dominierten – Gepräges strafscharfend zu berücksichtigen, weist moralisierende Züge auf, für die heute kein Raum mehr bestehen sollte.

VI. Praktische Auswirkungen des Verzichts auf das Heimtückemordmerkmal

Zuletzt stellt sich noch die Frage, wie es sich praktisch auswirken würde, sollte der Gesetzgeber bei der zu erwartenden Reform der Tötungsdelikte auf das Mordmerkmal der Heimtücke verzichten. Wie bereits eingangs erwähnt, sind nach *Ignor* nicht ohne weiteres Strafbarkeitslücken zu erwarten, da in zahlreichen Fallkonstellationen weitere Mordmerkmale vorlägen.¹⁰⁵ Beispielsweise läge bei der Tötung eines Kindes nach vorangegangenen Misshandlungen und Vernachlässigungen regelmäßig auch das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht beziehungsweise der Grausamkeit vor, während der „Autobahnmörder“ zugleich das Merkmal der Verwendung gemeingefährlicher Mittel verwirkliche.¹⁰⁶ Der klassische Auftragsmörder wird wohl in aller Regel durch das Mordmerkmal der Habgier erfasst. Eine Schutzlücke für den Fall der Streichung der Heimtücke ist daher nach *Ignor* primär nur in Fällen zu erwarten, in denen das listige Vorgehen des Täters dominiert und der Täter kein weiteres Mordmerk-

mal verwirklicht.¹⁰⁷ Hieran möchte er in einer täterorientierten Betrachtungsweise ansetzen und die Heimtücke durch das engere Merkmal „mittels eines hinterlistigen Überfalls“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB ersetzen.¹⁰⁸ Verberge der Täter planmäßig seine wahren Absichten, erschwere er die Abwehr des Opfers und enttäusche das Sicherheitsbewusstsein des Opfers. Diese Auffassung ist aus den bereits genannten Gründen problematisch: Jeder Täter eines Tötungsdelikts enttäuscht das Sicherheitsvertrauen des Opfers. Diese Enttäuschung ist demnach gleichermaßen bei jedem Totschlag gegeben und eignet sich daher keinesfalls als ausschlaggebendes Differenzierungskriterium zwischen Mord und Totschlag. Außerdem wird sich jeder Täter für seine Tat eine Schwäche des Opfers zu Nutze machen wollen. Es kann keinen Unterschied machen, ob sich der Täter bei der Tat einer Waffe, der Fesselung, der konstitutionellen Schwäche des Opfers oder eben einer List bedient. Würde die Heimtücke durch ein irgendwie geartetes listiges Vorgehen¹⁰⁹ ersetzt, würde der Gesetzgeber abermals in einer moralisierenden Betrachtungsweise die Feigheit des Täters strafscharfend berücksichtigen. Macht sich der Gesetzgeber hingegen von einer moralisierenden Betrachtungsweise frei, darf es keinen Unterschied mehr machen, ob der Täter das Opfer beispielsweise mittels einer Waffe oder eben mittels List tötet. In beiden Fallvarianten wird sich das Opfer nicht effektiv verteidigen können. Konnte sich das Opfer jedoch gegen den Angriff zur Wehr setzen, liegt darin – wie bereits dargelegt – der Unterschied zu einem versuchten Tötungsdelikt. Die Täter, denen kein anderes Mordmerkmal zur Last gelegt werden kann, sollten demnach künftig in den Anwendungsbereich des § 212 StGB fallen. Dies erweist sich keineswegs als „Strafbarkeitslücke“, sondern als überfällige Befreiung von einer moralisierenden Betrachtungsweise höchststrafwürdigen Unrechts.

VII. Fazit

Wie bei jeder Deliktsbegehung ist es auch für den Täter eines Totschlags typisch, dass er eine Begehungsweise wählt, die ihm die größten Erfolgchancen einräumt. Dabei ergibt sich kein Unterschied, ob er ein aufgrund von waffentechnischer Unterlegenheit, Fesselung oder Konstitution oder eben ein aufgrund von Arglosigkeit wehrloses Opfer tötet. Der historische Gesetzgeber hatte der heimtückischen Tötung dennoch eine Sonderstellung eingeräumt, weil Feigheit und Falschheit der Tat das Gepräge gaben. Diese subjektiven Täreigenschaften standen dem nationalsozialistischen Ideal eines heldenhaften und waffengleichen Kampfes entgegen. Die Einordnung der heimtückischen Tötung als Mord erweist sich demnach als nicht mehr zeitgemäß. Derselbe Vorwurf trifft die Forderung, die Heimtücke durch eine irgendwie geartete listige Begehungsweise zu ersetzen. Die von der Rechtspre-

¹⁰¹ *Jescheck*, JZ 1957, 385 (387), bezeichnet die Heimtücke als Waffe des Schwachen gegen den Stärkeren.

¹⁰² *Thomas* (Fn. 35), S. 241. *Thomas* bezieht sich allerdings keinesfalls nur auf die Heimtücke, sondern auf den Mordtatbestand insgesamt.

¹⁰³ Vgl. Fn. 7.

¹⁰⁴ So auch *Müssig* (Fn. 35), S. 301.

¹⁰⁵ Vgl. Fn. 21.

¹⁰⁶ Abschlussbericht (Fn. 2), S. 522.

¹⁰⁷ Vgl. Fn. 22.

¹⁰⁸ Vgl. Fn. 24

¹⁰⁹ Die Expertenkommission diskutierte darüber, ob die Heimtücke durch „Hinterlist“, einen „hinterlistigen Überfall“ oder einen „hinterhältigen Angriff“ ersetzt werden soll. Letzteres fand bei zahlreichen Enthaltungen eine Mehrheit, vgl. Abschlussbericht (Fn. 2), S. 44.

chung vorgenommene Umdeutung, Strafgrund der heimtückischen Tötung sei die besondere Gefährlichkeit der Tatbegehungsweise, ist mit zahlreichen Problemen und Wertungswidersprüchen behaftet. Verschärft wird die Problematik zudem durch die Abschaffung der Täterartenlehre. Diese war zwar auf der einen Seite Dreh- und Angelpunkt der Entnazifizierung, doch nahm sie dem Mordparagrafen zugleich sein einziges Korrektiv. Ohne eine sinnhafte Restriktion – die bislang nicht gefunden wurde – bleibt ein zu weit reichender und im Hinblick auf die absolute Strafandrohung verfassungsrechtlich bedenklicher Tatbestand zurück. Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber bei der ausstehenden Reform der Tötungsdelikte lediglich einzelne kleine Änderungen vornimmt oder den 16. Abschnitt des Strafgesetzbuchs einer Gesamtreform unterwirft, sollte er die heimtückische Tötung nicht länger als Mord qualifizieren.¹¹⁰

¹¹⁰ So i.E. ebenfalls: Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, 193 (241 ff.); Kargl, Jura 2004 189 (193); Morris (Fn. 49), S. 91; Roxin (Fn. 79), S. 744; Grünewald/Merkel/Krüger/Deckers/König, in: Abschlussbericht (Fn. 2), S. 127, 138 f.

Die Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs durch das Kirchenrecht am Beispiel der Untreue

Von Robert Gmeiner, Halle (Saale)*

Die Staatsanwaltschaft von Limburg stellte ein Ermittlungsverfahren gegen den früheren Bischof Tebartz-van Elst mit der Begründung ein, bei dem untersuchten Vorfall handele es sich um rein innerkirchliche Angelegenheiten; er sei deshalb der staatlichen Strafbarkeit entzogen.¹ In der Literatur wurde dem zum Teil widersprochen.²

Es ist nicht Ziel dieses Beitrags eine gutachterliche Strafbarkeitsprüfung sämtlicher Tatbestandsmerkmale des § 266 Abs. 1 StGB vorzulegen. Es ist ebenfalls nicht das Ziel, sich ausführlich mit den einzelnen dogmatischen Problemen der Untreuestrafbarkeit auseinanderzusetzen. Vielmehr kommt es darauf an, das Verhältnis von kirchlichem Binnenrecht und staatlichem Strafrecht am Beispiel des Falls Tebartz-van Elsts darzustellen.

I. Einleitung

Der ehemalige Limburger Bischof Franz-Peter Tebartz-van Elst ließ sich das neue „Diözesane Zentrum St. Nikolaus“ mit einer bischöflichen Wohnung in unmittelbarer Nähe zum Dom bauen. Die Baukosten wurden zunächst mit 5,5 Millionen Euro veranschlagt. Tatsächlich fielen insgesamt Kosten von 31 Millionen Euro an. Diese Kosten beziehen sich allerdings auf die reinen Baumaßnahmen an dem „Diözesanen Zentrum“. Weitere Kosten in Millionenhöhe könnten noch hinzukommen. Besondere Kritik wurde allerdings an der luxuriösen Inneneinrichtung geübt: So befinden sich in der bischöflichen Wohnung ein Badezimmer im Wert von 15.000 Euro, Kunstwerke für 450.000 Euro, Schreinerarbeiten für 350.000 Euro, Fenster für 100.000 Euro, eine Gartenanlage für 783.000 Euro und Säulen im Innenhof mit einem Wert von 2,3 Millionen Euro.³

Darüber hinaus sollen auch innerkirchlich erforderliche Genehmigungen des Konsultatorenrats und des Vermögensverwaltungsrats sowie des Heiligen Stuhles nicht eingeholt worden sein. Insbesondere wird angezweifelt, ob der Stiftungszweck des aufgelösten St. Georgswerks als „Diözesanwerk für Wiederaufbau und Wohnungsbau in der Diözese

Limburg“ auch den Bau bischöflicher Wohnungen umfasste und daher die Mittel in zulässiger Weise verwendet wurden.⁴

Die Staatsanwaltschaft Limburg verneinte eine Strafbarkeit des Bischofs Tebartz-van Elst. Zwar lägen mehrere innerkirchliche Rechtsverstöße vor, diese würden allerdings nicht in den Bereich des außerkirchlichen Rechts fallen. Aufgrund des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV sei die staatliche Strafgewalt nicht zuständig.⁵

II. Kirchliches Vermögen

1. Zweck kirchlichen Vermögens

Kirchliches Vermögen ist kein Selbstzweck. Neben dem liturgisch-pastoralen und sakramentalen Bereich⁶ gehören nach dem kirchlichen Selbstverständnis auch Aufgaben im Bereich des sozial-karitativen und der Kultur zum Sendungsauftrag der Kirchen.⁷ Die Kirchen treten deshalb auch als Träger von Krankenhäusern, Altenheimen, Sozialstationen, Kindergärten, Schulen und anderen Bildungseinrichtungen auf.⁸ Das Vermögen der katholischen Kirchen steht allein im Dienst dieser Sendungsaufträge⁹ und dient damit zur Finanzierung sowohl liturgisch-pastoraler als auch karitativer Angelegenheiten¹⁰. Die kirchliche Vermögensverwaltung muss deshalb „ihre Aufgaben im Namen der Kirche“ erfüllen, can. 1282 CIC.

2. Vermögensarten

Das kirchliche Vermögen lässt sich in zwei Arten aufteilen: das Stammvermögen (*patrimonium stabile*) und das frei verfügbare Vermögen (*patrimonium liberum*).

Das Stammvermögen ist „das widmungsgemäß für die dauerhafte Vermögensausstattung einer kirchlichen juristischen Person und daher zur Aufbewahrung und Erhaltung bestimmte Kirchengut.“¹¹ Kennzeichnend für das Stammvermögen ist seine besondere Zweckbindung.¹²

Kirchliches Vermögen, welches kein Stammvermögen ist, ist frei verfügbares Vermögen. Dieser Begriff ist missver-

* Der Verf. ist Student an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Er dankt der Studentischen Vereinigung für juristische Publikationen für die Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags.

¹ Presseerklärung der Staatsanwaltschaft Limburg v. 2.7.2014, abrufbar unter:

https://www.bistumlimburg.de/fileadmin/redaktion/Portal/Meldungen/2014/Causa_TVE/Presseerkl%C3%A4rung_der_Staatsanwaltschaft.pdf (27.6.2015).

² Rostalski, Rechtswissenschaft 2015, 1.

³ Abschlussbericht über die externe kirchliche Prüfung der Baumaßnahme auf dem Domberg in Limburg, S. 81 ff., abrufbar unter:

http://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/pr%C3%9Cse_2014/2014-050b-Abschlussbericht-Limburg.pdf (27.6.2015).

⁴ Abschlussbericht (Fn. 3), S. 13 f., 22 f., 24 ff., 30 ff.

⁵ Presseerklärung (Fn. 1).

⁶ Zilles/Kämper, NVwZ 1994, 109.

⁷ BVerfGE 46, 73 (85 f.); 53, 366 (391); 57, 220 (242); 70, 138 (162).

⁸ Zilles/Kämper, NVwZ 1994, 109.

⁹ Vgl. Isele, in: Listl/Müller/Schmitz (Hrsg.), Grundriß des nachkonziliaren Kirchenrechts, 1980, S. 687; Pree, in: Listl/Schmitz (Hrsg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 2. Aufl. 1999, S. 1041.

¹⁰ Pree (Fn. 9), S. 1041; Bier, Die Rechtsstellung des Diözesanbischofs nach dem Codex Iuris Canonici von 1983, 2001, S. 243.

¹¹ Pree (Fn. 9), S. 1051.

¹² Pree/Primetshofer, Das kirchliche Vermögen, seine Verwaltung und Vertretung, 2. Aufl. 2010, S. 55.

ständig, denn er impliziert einen ungebundenen Vermögenseinsatz. Aber das frei verfügbare Vermögen ist nicht wirklich frei im Sinne einer zweckfreien Verfügungsbefugnis, sondern unterliegt ebenfalls einer Zweckbindung. Das freie Vermögen dient zur Fruchtbarmachung des Stammvermögens. Dazu gehören beispielsweise die Finanzierung des Lebensunterhalts der Beschäftigten, aber auch Gebäuderenovierungen.¹³

3. Arten der Vermögensverwaltung

Das Vermögen einer Diözese, welches unmittelbar für die Nutzung durch den Bischof bestellt wurde, wird durch den bischöflichen Stuhl verwaltet. Dabei handelt es sich um einen vom Bischofsamt und Diözese rechtlich klar zu unterscheidenden Vermögensrechtsträger,¹⁴ welcher allerdings von dem Diözesanbischof vertreten und verwaltet wird.¹⁵

Bei der Veräußerung von freiem Kirchenvermögen ist zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Verwaltung zu unterscheiden. Zwar definiert der CIC diese Begriffe nicht selbst, er lässt aber erkennen, was man unter der „außerordentlichen Verwaltung“ zu verstehen hat: „Geht [...] der Umfang [des kirchlichen Verwaltungsaktes] über das hinaus, was der reguläre, alltägliche Verwaltungsablauf an mehr oder regelmäßigen Akten mit sich bringt, liegt außerordentliche Verwaltung vor.“¹⁶ Aufgrund dieser Überlegungen hat die Deutsche Bischofskonferenz die Gegenstände der außerordentlichen Verwaltung in der Partikularnorm Nr. 18 (wohl abschließend) konkretisiert.

III. Die Veruntreuung durch einen Bischof

Der Untreuetatbestand des § 266 Abs. 1 StGB kennt zwei Tatalternativen: die Missbrauchs- und die Treuebruchuntreue. Die Grundstrukturen dieser beiden Alternativen sind sich ähnlich: Es geht um den Missbrauch einer Obhutsherrschaft für ein fremdes Vermögen, dem dadurch ein Nachteil zugefügt wurde.¹⁷ In der Rechtsprechung des BGH wird die Frage, ob eine Missbrauchs- oder Treuebruchuntreue vorliegt deshalb regelmäßig offengelassen,¹⁸ weshalb eine strenge Trennung auch nachfolgend als entbehrlich erscheint.

Der Täter muss für die Vermögensbetreuung des (potenziell) Geschädigten eine besondere Verantwortung für das ihm anvertraute, fremde Vermögen übernommen haben.¹⁹

Für Stiftungen übernimmt die Vertretungsfunktion nach §§ 86 S. 1, 26 Abs. 1 S. 2 BGB der Vorstand. Für das Vermögen des Bischöflichen Stuhls ist der Bischof verantwortlich und daher Vermögensbetreuer im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB.²⁰

a) Untreue durch Missbrauch der Verfügungsbefugnis

Charakteristisch für die Veruntreuung nach § 266 Abs. 1 StGB ist, dass die rechtlich eingeräumte Verfügungsbefugnis durch ein rechtsgeschäftliches oder hoheitliches Handeln missbraucht wird.²¹ Ein untreuetauglicher Missbrauch liegt vor, „wenn der Täter im Rahmen seines rechtsverbindlich wirkenden Könnens die Grenzen des im Innenverhältnis einzuhaltenden Dürfens bewusst überschreitet.“²²

Auf die Einzelheiten der Vermögensveräußerung braucht hier nicht näher eingegangen werden. Für den nachfolgenden Gang der Untersuchung ist es ausreichend festzuhalten, dass dem Bischof die Kompetenz für Angelegenheiten mit besonderer finanzieller Bedeutung bestritten wird.²³

In Bezug auf die katholische Vermögensverwaltung liegt ein untreuetauglicher Missbrauch vor, wenn der nach can. 393 CIC unbegrenzt vertretungsberechtigte Diözesanbischof die erforderlichen Zustimmungen nicht einholt. Reguläre Geschäfte kann der Bischof noch ohne die Beteiligung anderer kirchlicher Verwaltungsorgane abschließen. Für Geschäfte, welche für die Vermögenslage der Diözese von größerer Bedeutung sind, ist sowohl der Vermögensverwaltungsrat als auch das Konsultorenkollegium zu hören, can. 1277 S. 1 Hs. 1 CIC. Handelt es sich dagegen um Geschäfte der außergewöhnlichen Verwaltung, ist deren Zustimmung erforderlich, can. 1277 S. 1 Hs. 2 CIC. Wegen der besonderen Zweckbindung des Stammvermögens bedarf dieses Vermögen eines besonderen Schutzes.²⁴ Das CIC sieht daher in den can. 1290 ff CIC, welche ausschließlich für das Stammvermögen gelten,²⁵ besondere Sicherungsmechanismen in Form von Anhörungs- und Zustimmungserfordernissen vor. Am strengsten sind daher die Anforderungen an die Veräußerung von Stammvermögen oberhalb der Obergrenze, welche durch die Partikularnorm Nr. 19 festgelegt wurde: dann ist nach can. 1292 § 2 CIC die Zustimmung des Heiligen Stuhles erforderlich.

Fehlt es an einer der notwendigen Beteiligungen, führt das nach dem innerkirchlichen Recht zur Nichtigkeit der

¹³ Pree/Primetshofer (Fn. 12), S. 55.

¹⁴ Pree (Fn. 9), S. 1064; das CIC erwähnt den bischöflichen Stuhl nicht mehr ausdrücklich, er besteht aber nach can. 4 CIC fort.

¹⁵ de Wall/Muckel, Kirchenrecht, 4. Aufl. 2014, § 23 Rn. 5, bezeichnen den bischöflichen Stuhl als „das mit Vermögensmasse ausgestattete Amt des Bischofs.“

¹⁶ Pree/Primetshofer (Fn. 12), S. 59.

¹⁷ Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 29.

¹⁸ BGH wistra 2006, 306 (307); BGH NJW 2015, 1618 (1623); ebenso OLG Karlsruhe, NZG 2013, 1261 (1264).

¹⁹ BGHSt 55, 288 (298).

²⁰ Rostalski, Rechtswissenschaft 2015, 1 (4).

²¹ Schünemann (Fn. 17), § 266 Rn. 45.

²² Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 37. Aufl. 2014, Rn. 753; BGHSt 5, 61 (63); BGH JR 1985, 28 (m. Anm. Otto); Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 20 Rn. 39; Rotsch, ZJS 2008, 610 (611); Seier/Martin, JuS 2001, 874 (876); krit. Schünemann, ZIS 2012, 183 (186 f.).

²³ Bier (Fn. 10), S. 245.

²⁴ Puza, in: Listl/Schmitz (Hrsg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 2. Aufl. 1999, S. 1104 f.; ders., in: Listl/Müller/Schmitz (Hrsg.), Grundriß des nachkonziliaren Kirchenrechts, 1980, S. 737.

²⁵ Pree/Primetshofer (Fn. 12), S. 122; vgl. auch Partikularnorm Nr. 19 der Deutschen Bischofskonferenz.

Verfügung. Durch die fehlende Beteiligung der anderen Institutionen fehlt dem Bischof die Legitimation im Innenverhältnis; zivilrechtlich ist der Vertrag aber wirksam.²⁶ Der Bischof hat gehandelt, obwohl er nicht hätte handeln dürfen. Es ist also denkbar, dass ein Bischof bei fehlender Beteiligung anderer Verwaltungsorgane oder des Heiligen Stuhles eine Untreue begeht.

b) Stiftungsuntreue bzw. zweckwidrige Mittelverwendung

Eine weitere Möglichkeit, den Untreuetatbestand zu verwirklichen, ist die zweckwidrige Verwendung der anvertrauten Mittel.²⁷ Der Mitteleinsatz ist dann „zweckwidrig [...], wenn er nicht jener öffentlichen Gesamtaufgabe dient, die der Vermögensträger bestimmungsgemäß zu verfolgen hat.“²⁸ Dies gilt auch für Stiftungen.²⁹ Von einer Stiftung wird erwartet, dass die Mittelverwendung „der Stiftung [...] daher in objektiv geeigneter Weise ernsthaft auf die Erfüllung der Satzungszwecke gerichtet [...], ist; sie darf keinen anderen als den satzungsmäßigen Zweck – auch keinen anderen gemeinnützigen Zweck – oder einen zusätzlichen satzungsfremden Zweck verfolgen.“³⁰ Worin dieser Zweck liegt, kann und ggf. muss auch gerichtlich nachgeprüft werden. Die richterliche Nachprüfung beschränkt sich dabei nicht auf eine bloße Vertretbarkeitsprüfung, sondern es findet eine selbstständige Auslegung der Satzung durch das Gericht statt.³¹ Die Förderung des Stiftungszweck erfolgt aus den Stiftungserträgen, nicht aber aus dem Stiftungsvermögen.³² Wird die Stiftung aufgelöst und ist bereits ein Empfänger oder eine Mittelverwendung nach § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO durch die Satzung bestimmt, so ist auch das Stiftungskapital zweckgebunden.

Dem Bischof *Tebartz-van Elst* wurde vorgeworfen, die Stiftung „St. Georgswerk“ aufgelöst zu haben und das Stiftungskapital zweckwidrig verwendet zu haben. Das St. Georgswerk war das „Diözesanwerk für Wiederaufbau und Wohnungsbau in der Diözese Limburg“. Es stellte sich die Frage, ob der Stiftungszweck „Wohnungsbau“ sich nur auf sozial-karitative Baumaßnahmen bezog oder auch auf bischöfliche Bauvorhaben. Wäre der Stiftungszweck im ersten Sinn zu verstehen, dann wäre der Einsatz des Stiftungskapitals für den Bau des „Diözesane Zentrums“ mit einem Badezimmer für 15.000 Euro und Säulen für den Innenhof für mehr als zwei Millionen Euro zweckwidrig erfolgt und es läge ein Fall der Stiftungsuntreue vor.

²⁶ Ein wirksamer Vertrag ist Voraussetzung für § 266 Abs. 1 StGB: *Wittig* (Fn. 22), § 20 Rn. 34.

²⁷ Jüngst BGH NJW 2015, 1618 (1619).

²⁸ *Saliger*, JA 2007, 326 (331).

²⁹ *Lassmann*, Stiftungsuntreue, 2008, S. 39 ff., diskutiert, ob aufgrund des „guten Willens“ und den meist ehrenamtlichen Mitarbeitern überhaupt ein Strafbedürfnis bestehe, was er dann auch zu Recht bejaht.

³⁰ *Lassmann*, NSTZ 2009, 473 (475); *ders.* (Fn. 29), S. 78.

³¹ BGH NJW 1957, 708; BGH NJW-RR 1998, 745 (747); BAG NJW 1962, 555 (556).

³² *Lassmann* (Fn. 29), S. 127.

IV. Das Verhältnis von Staat und Kirche

1. Allgemeines Wertungsverbot

Nach Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 1 WRV besteht keine Staatskirche. In Zusammenschau mit der Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG, ist der Staat zur religiösen und weltanschaulichen Neutralität verpflichtet.³³ Damit ist gleichsam ein Wertungsverbot verbunden.³⁴ Dem Staat und all seinen Organen ist es untersagt, die theologischen Aussagen einer Religionsgemeinschaft und von Gläubigen inhaltlich zu bewerten.³⁵ Um dennoch rechtliche Aussagen treffen zu können, hat der Staat deshalb das Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaften zu beachten: „Selbstverständnisse gehören zur Menge der bei einer Entscheidung von Rechts wegen zu beachtenden Prämissen.“³⁶

Die Kirchen müssen, um ihrem Sendungsauftrag nachkommen zu können, auch im Bereich der Vermögensverwaltung vom Staat gelöst sein.³⁷ „Die Kirche bestimmt [deshalb] selbst nach Art. 137 Abs. 3 WV/140 GG, was zu ‚ihrer Angelegenheit‘ gehört“³⁸. Wofür und wie die Religionsgemeinschaften ihre Mittel verwenden, muss ihnen selbst überlassen werden. Bei der Vermögensverwaltung handelt es sich daher um „eigene Angelegenheiten“ im Sinne von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.³⁹ Ein Eingriff in dieses Selbstbestimmungsrecht ist nur unter strengen Voraussetzungen möglich, denn „[t]rifft das Gesetz die Kirche nicht wie Jedermann, sondern in ihrer Besonderheit als Kirche härter, ihr Selbstverständnis, insbesondere ihren geistig-religiösen Auftrag beschränkend [...], dann bildet es insoweit keine Schranke.“⁴⁰ Da, wie oben ausgeführt, das Vermögen der katholischen Kirche zweckgebunden für liturgisch-pastorale und theologisch begründete sozial-karitative Angelegenheiten ist, darf der Staat in die interne Vermögensverwaltung nicht eingreifen. Andernfalls könnten die Religionsgemeinschaften

³³ *Mager*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 3; *Jarass*, in: Jarass/Pierroth, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 4 Rn. 5.

³⁴ *Michael/Morlok*, Grundrechte, 4. Aufl. 2014, Rn. 182.

³⁵ BVerfGE 102, 370 (394); *Gärditz*, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 5 Rn. 38; BVerfGE 12, 1 (4) = NJW 1961, 211: der weltanschaulich neutrale Staat „[k]ann und darf [...] den Inhalt dieser Freiheit nicht näher bestimmen, weil er den Glauben oder Unglauben seiner Bürger nicht bewerten darf [...]“.

³⁶ *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 38.

³⁷ BFHE 95, 310 (313) = NJW 1969, 2031 (2032); *Krall*, Kirchenvermögen – Nachhaltigkeit – Wirtschaftsethik, 2009, S. 80.

³⁸ *Heckel*, VVDStRL 26 (1968), 5 (41); a.A. *Quaritsch*, Der Staat 1 (1962), 175 (190 f.), und *Jurina*, Der Rechtsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften, 1972, S. 61: Bestimmung durch die Verfassung.

³⁹ BFHE 95, 310 (313) = NJW 1969, 2031 (2032); *Jurina* (Fn. 38), S. 64; *Zilles/Kämper*, NVwZ 1994, 109.

⁴⁰ BVerfGE 42, 312 (344); a.A. *Morlok* (Fn. 36), S. 434.

ihrem Sendungsauftrag nicht nach ihrem Selbstverständnis nachkommen.

2. Kirchliche Streitigkeiten und staatliche Gerichtsbarkeit

Nimmt die Kirche mit Außenbeziehungen am allgemeinen Rechtsverkehr teil, z.B. durch zivilrechtliche Kaufverträge, ist sie selbstverständlich dem staatlichen Recht und der staatlichen Gerichtsbarkeit unterworfen.⁴¹

Dass rein theologische Fragen nicht Gegenstand eines staatlichen Gerichtsverfahrens sein können,⁴² ist wohl evident und bedarf keiner weiteren Ausführungen.

Fraglich ist allerdings, wie mit kirchenrechtlichen Organisationsnormen umzugehen ist. Das kirchliche Recht gilt nicht nur im innerkirchlichen Bereich, sondern auch im weltlichen Bereich.⁴³ Der Staat muss das kirchliche Recht nicht nur zur Kenntnis nehmen, sondern er muss auch deren Erfüllbarkeit gewährleisten. Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass staatliche Bestimmungen den kirchlichen Vorschriften nicht entgegenstehen.⁴⁴ Im Verhältnis zwischen kirchlichem und staatlichem Recht gilt, dass „[d]ie Letztentscheidungsbefugnis [...] durch den Staat, vermittelt seiner unabhängigen und im Rahmen der Verfassung judizierenden Gerichte [erfolgt].“⁴⁵

a) Allgemeines Auslegungsverbot

Umstritten und uneinheitlich wird in der Rechtsprechung die Frage beantwortet, ob staatliche Gerichte auch kirchenrechtliche Normen auslegen dürfen. Zum Teil wird vertreten, dass die staatlichen Gerichte hierzu berechtigt seien.⁴⁶ Dem muss widersprochen werden. „Ob innerkirchliche Maßnahmen rechtmäßig sind, haben [...] staatliche Gerichte nicht zu prüfen.“⁴⁷ Die Ansicht, dass der innerkirchliche Bereich aus staatlicher Sicht solange justizfrei ist, solange er keine unmittelbaren Berührungspunkte zum staatlichen Recht aufweist, hat sich in der Rechtsprechung mittlerweile zu Recht durchgesetzt.⁴⁸ Der weltliche Richter eines religiös und weltan-

schaulich neutralen Staates darf das kirchliche Recht wegen seiner bekenntnismäßigen Durchdringung nicht kennen und damit auch nicht anwenden.⁴⁹

b) Sind kirchenrechtliche Gutachten zulässig?

Zum Teil wurden von der Rechtsprechung verschiedene Rechtsgutachten zur Lösung kirchenrechtlicher Streitigkeiten herangezogen.⁵⁰ Kirchenrechtliche Rechtsgutachten dürfen allerdings nicht von staatlichen Stellen verwertet werden. Eine Verwendung externer Daten ohne eigene Prüfung der Sach- und Rechtslage wäre mit der verfassungsrechtlichen Pflicht zur Erforschung der objektiven Wahrheit im Strafverfahren⁵¹ unvereinbar. Der Staat selbst hat jedoch keine rechtlichen Möglichkeiten kirchenrechtliche Verstöße festzustellen. Bedient er sich hierzu Außenstehender, bspw. sachkundiger und anerkannter Kirchenrechtler, so gibt er seine Pflicht zur Amtsermittlung aus der Hand. Dass ein Gericht in anderen Fällen auch Gutachter zu Rate zieht, kann dem nicht entgegen gehalten werden. Denn aus dem Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folgt eine richterliche Überprüfungspflicht sachverständiger Gutachten.⁵² Der Richter muss das Gutachten auf seine Überzeugungskraft hin überprüfen. Um ein Gutachten im Prozess verwenden zu können, muss es vollständig, schlüssig und nachvollziehbar sein, sodass keine wesentlichen Zweifel an der Richtigkeit bestehen können.⁵³ Im Gegensatz zu einem medizinischen oder bautechnischen Gutachten, deren Richtigkeit oder zumindest Vertretbarkeit objektiv feststellbar ist, besteht bei theologischen und kirchenrechtlichen Gutachten wiederum die Gefahr der Verletzung des religiösen Selbstverständnisses, wenn der Staat hier die Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit an weltlichen Maßstäben misst.⁵⁴ Denn ob ein theologischer Vortrag schlüssig und nachvollziehbar ist, darf der Staat jedenfalls dann nicht beurteilen, wenn sich die Rechtsfragen allein auf das Innenverhältnis ohne Außenwirkung beziehen.⁵⁵

⁴¹ Listl, DÖV 1989, 409 (411).

⁴² Scheuner, DÖV 1967, 585 (591); Kästner, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit, 1991, S. 196.

⁴³ Kästner (Fn. 42), S. 180; Imdahl, Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Kirche und seine Bedeutung für die Geltung kirchlichen Rechts im weltlichen Bereich, 1971, S. 152.

⁴⁴ Imdahl (Fn. 43), S. 169. Erfüllbarkeit darf jedoch nicht mit Durchsetzbarkeit gleichgesetzt werden; Imdahl (Fn. 43), S. 153. Die Grenzen der Erfüllungspflicht bestimmen sich nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.

⁴⁵ Kästner (Fn. 42), S. 148.

⁴⁶ OVG Lüneburg DVBl 1967, 1027 (1029); Weber, NJW 1989, 2217 (2221). Auch Solte, Theologie an der Universität, 1971, S. 127, und Sachs, DVBl 1989, 487 (495), nehmen eine staatliche Auslegungsbefugnis kirchenrechtlicher Normen an, wenn die Kirchen „Interpretationshilfe“ leisten.

⁴⁷ OVG Koblenz DÖV 1986, 115.

⁴⁸ BVerfG NJW 1980, 1041 (m. Anm. Weber); BVerfG NJW 1980, 1041; BVerfG NJW 1983, 2570; BVerfG NJW 1983, 1269 f.; BVerfG DÖV 1984, 974 (975); BVerwG NJW 1990, 2079 (2080); VGH Kassel DÖV 1980, 459 (1. Leitsatz);

BAGE 33, 14 (22 ff); 51, 238 (242); VGH München DVBl 1985, 1073; OVG Koblenz DÖV 1986, 115. Dagegen fordert Kästner (Fn. 42), S. 266, eine stärkere Differenzierung.

⁴⁹ Isak, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften, 1994, S. 155.

⁵⁰ So BayLSG, KirchE 13, 102; ArbG Würzburg KirchE 17, 227 (233 f.); Kästner (Fn. 42), S. 184.

⁵¹ BVerfGE 133, 168 (226) = NJW 2013, 1058 (1067); Heger, Strafprozessrecht, 2012, Rn. 7; Kröpil, JuS 2015, 509 (510): objektive Wahrheit als Voraussetzung der Gerechtigkeit.

⁵² Vgl. BGH NJW-RR 2004, 1679 (1680); BGH NStZ 1998, 83; Müller, JuS 2015, 33 (34); Heger (Fn. 51), Rn. 369.

⁵³ Müller, JuS 2015, 33 (34).

⁵⁴ Die Sorge hat auch Sachs, DVBl. 1989, 487 (495), der den Gerichten dennoch erlaubt, kirchenrechtliche Entscheidungen zu treffen.

⁵⁵ Vgl. Fn. 35. Eine andere Frage ist, ob die Organisation zur Glaubensverwirklichung dient; dies darf und muss der Staat überprüfen, jüngst BVerfG NZA 2014, 1387 = NVwZ 2015, 517 = JZ 2015, 188 (3. Leitsatz). Diese Frage stellt sich hier allerdings nicht.

3. Beurteilungsverbot des Untreuetatbestands durch den Staat im kirchenrechtlichen Kontext

Soweit es um die Anwendung oder Beurteilung des kirchlichen Rechts geht, darf der Staat weder eine eigene Auslegung vornehmen, noch Rechtsgutachten kirchenrechtlicher Sachverständiger zuziehen. Für § 266 Abs. 1 StGB folgt daraus:

a) Missbrauch durch fehlende Beteiligung kirchlicher Gremien

Die Staatsanwaltschaft darf das Auseinanderfallen zwischen dem rechtlichen Dürfen und dem rechtlichen Können nach den obigen Maßstäben nicht bewerten. Wie oben gezeigt wurde, hängen die Zustimmungserfordernisse für die Vermögensveräußerung von der jeweiligen Vermögensart ab. Während bei der Veräußerung von Stammvermögen über die Obergrenze hinaus die Zustimmung des Heiligen Stuhls nach can. 1292 § 2 CIC erforderlich ist, reicht das Anhören des Vermögensverwaltungsrates und Konsultorenkollegiums aus, wenn es sich um ordentliche Verwaltungsakte handelt, die für die Vermögenslage der Diözese von größter Bedeutung sind. Wann das Stammvermögen betroffen ist, darf der säkulare Staat jedoch nicht feststellen, weil er sonst dazu Stellung beziehen müsste, ob das betroffene Vermögen in irgendeiner Weise kirchlich gewidmet ist und auch der Widmung entsprechend verwendet wurde. Der Staat darf aber auch nicht feststellen, ob ein Akt zur außerordentlichen Verwaltung zählt. Nach dem katholischen Selbstverständnis gehören auch der Bau von Schulen, Altenheimen und Krankenhäusern zu ihrer Aufgabe. Dabei handelt es sich um kostenintensive Bauvorhaben, die in einer Diözese durchaus ab und zu anfallen können. Der Staat darf deshalb nicht die Wertung vornehmen, dass der Bau eines bischöflichen Wohnhauses aus kirchlicher Sicht anders zu werten ist als der Bau eines Kindergartens, denn auch der Bau eines bischöflichen Wohnhauses kann eine „Wohltat“ darstellen, die durch die Kirche regelmäßig erfolgt und daher zu den zustimmungs- und anhörungsfreien Rechtsgeschäften gehört. Der Staat würde durch solche Wertungen das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften verletzen.

Betrachtet man die Aufzählung der außerordentlichen Verwaltungsakte in der Partikularnorm Nr. 18 der Deutschen Bischofskonferenz, scheint es sich um einen Verweis auf das staatliche Privatrecht (z.B.: „Abschluss von Kauf- und Werkverträgen sowie der Erwerb von Grundstücken, soweit der Wert von 500.000,- Euro im Einzelfall überschritten ist“) zu handeln. Man könnte daher auf den Gedanken kommen, dass der Staat deshalb die Partikularnorm anwenden dürfte. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der materielle Inhalt der Vorschrift sich zwar auf privatrechtliche Verhältnisse bezieht. Die Anordnung selbst, also die Partikularnorm, ist aber wiederum kirchliches Recht, welches der Staat nicht beachten darf.

b) Zweckwidrige Verwendung von Stiftungsvermögen

Jede Stiftung muss nach § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 BGB einen Stiftungszweck haben. Das Stiftungsvermögen muss dabei zur Verwirklichung dieses Stiftungsgeschäfts verwendet

werden.⁵⁶ Ob die Mittel tatsächlich für den Stiftungszweck verwendet wurden, muss nach dem objektiven Stifterwillen in der Weise festgestellt werden, dass die Mittelverwendung für die Gerichte nachvollziehbar ist.⁵⁷ Da der Vermögenseinsatz der kirchlichen Stiftung auch zur religiösen Glaubensverwirklichung dient,⁵⁸ darf der Staat nicht beurteilen, inwieweit dem Stiftungszweck entsprochen wurde. Wenn es dem Staat verboten ist, die Inhalte der Religionsgemeinschaften zu bewerten,⁵⁹ dann darf er konsequenter Weise auch nicht die Art und Weise der Zweckverwirklichung bewerten. Bei den kirchlichen Stiftungen kommt es allein auf die theologischen Ergebnisse an. Mag daher eine kirchliche Stiftung nach weltlichen Maßstäben noch so unvernünftig mit dem Vermögen umgehen, wenn damit aus religiöser Sicht der theologische Zweck erreicht wird, kann und darf gegen die Mittelverwendung seitens des Staates nichts eingewendet werden.⁶⁰

V. Zusammenfassung und Fazit

Nach der hier vertretenen Auffassung darf die Staatsanwaltschaft eine Veruntreuung von Kirchenvermögen nicht prüfen. Würde sie dies dennoch tun, würde sie sich anmaßen, die theologischen Zweckbindungen des Vermögens beurteilen zu können. Dies wäre, wie die Staatsanwaltschaft Limburg zutreffender Weise angenommen hat, eine Verletzung des kirchlichen Selbstverständnisses und damit auch ein Verstoß gegen Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.

Es liegt auch kein Wertungswiderspruch vor, wie *Rostalski* annimmt, wenn die Staatsanwaltschaft Diebstahlshandlung nicht unter die „Privilegierung“ der Kirchenangelegenheit nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 GG subsumiert.⁶¹ Die Schutzrichtung der beiden Strafnormen ist nämlich nicht identisch. Beim Diebstahl (und der Unterschlagung) geht es um den Schutz fremder Sachen, während es bei der Untreue um das Schutz des Vermögens gegen Angriffe von innen heraus geht.⁶² Auf (kirchen-)rechtliche Rechtsbeziehungen kommt es beim Diebstahl überhaupt nicht an. In diesen Fällen ist der Staatsanwalt nicht gehindert zu ermitteln.

⁵⁶ Krumm, JA 2010, 849.

⁵⁷ Lassmann, NSTZ 2009, 473 (475); vgl. auch die Nachweise in Fn. 31.

⁵⁸ Pieroth/Görsch, JuS 2002, 937 (939).

⁵⁹ Vgl. Fn. 35.

⁶⁰ Dies gilt zumindest für das Strafrecht. Ob dieser Maßstab auch für das Steuerrecht, insbesondere für die Anerkennung als steuerbegünstigte Vereinigung gilt, ist eine andere, hier nicht zu erörternde Frage.

⁶¹ Rostalski, Rechtswissenschaft 2015, 1 (11), Bezug nehmend auf Presserklärung (Fn. 1), S. 1 a.E.

⁶² Lassmann (Fn. 29), S. 47.

The legality of criminal law and the new competences of the TFEU

By Dr. Krisztina Karsai, Szeged

I. Introduction – A Dogmatic Approach in Domestic Law

The last twenty years in the history of European Criminal Law (ECL) began with the demonstration of a dynamic development by first labeling “traditional forms” of mutual cooperation in criminal matters as “European” ones, then subsequently beginning to elaborate on new – singular and independent – forms of cooperation. Simultaneously, a new philosophy of cooperation emerged and began gaining strength in the field of criminal law, which came to be followed in present-day legislation and in applying the law. This philosophy reworked several “old” principles in this field – in a more precise manner – through the addition of new elements. Furthermore, the philosophy created new principles to this “European” criminal law, such that are considered to be inevitable and essential for the everyday functioning of this field of criminal law, as well as for future developments. The primary goal of this manuscript is to present the changing face of the legality principle with regard to the impacts of European integration on the criminal law systems.

In 2009, the Treaty of Lisbon came into force, and with this, the regulation of the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) in the Treaty on the Functioning of the European Union (Art. 67-89 TFEU) became part of the rules on European Criminal Law.

Today there is no doubt concerning the concept of ECL: this branch of European law contains every legal norm issued on the legal basis of the third pillar and of its successor, the AFSJ. The counterparts of ECL rest in various sets of domestic criminal law, which constantly deal with having to accommodate to the impact and developments brought about by the European movement – in the form of “harmonized criminal law”. Establishing a definition for this new legal terrain was initially difficult, due to the uncertainty of the Member States and the political implications of the question of whether the followed approach is proper and suitable.

By now, the basic framework of ECL has crystallized, and the twenty busy years of developing an originally indefinite legal phenomenon have now uncovered clear paths into the near future of ECL. In the last ten years, the early “soft definitions” have toughened and the existence of “European Criminal Law”, whatever it might be, is no longer disputed.

II. Legality

Legality is the preeminent, most fundamental principle in modern criminal justice systems – and is also a pillar of the rule of law. Legality has played a central role in understanding the rule of law in Europe. The principle is comprised of two interconnected maxims: *nullum crimen sine lege* (“[there exists] no crime without a pre-existing penal law establishing such crime”) and *nulla poena sine lege* (“[there exists] no punishment without a pre-existing penal law establishing such punishment”).¹

¹ The legality principle in a procedural sense is not subject to discussion in this study.

As *Hall* stated “the principle of legality is a summation of the form of all the penal laws, of what distinguishes them as positive laws from all other rules; and it qualifies and is presupposed by everything else in penal theory.”² *Nagy*, in line with other European scholars influenced by German doctrine³, distinguishes four elements of legality:

- (i) non-retroactivity of unfavorable criminal law (*nullum crimen sine lege praevia*),
- (ii) prohibition of analogy (*analogia in malam partem*) and unfavorable extensive application of law (*nullum crimen sine lege stricta*),
- (iii) certainty (*nullum crimen sine lege certa*),
- (iv) requirement of written norms in criminal law (*nullum crimen sine lege scripta*).

In many legal systems, legality is considered to comprise the interdiction of customary criminal provisions, requiring that criminalization results from a written law that can be traced back to the legislator. Therefore, the latter element is not a part of the general international concept of legality. Notably with respect to common law states⁴ and international criminal law, none of the international conventions prohibits the application of customary criminal law as determined by es.⁵ The importance of the principle embodies the potential of limiting states’ power on individuals (or legal entities) in the very sensitive field of criminal justice and the possibility of offering a moral choice for individuals. As *Fletcher* summarized: “individuals have a right to know what could make a moral difference in their choosing to engage in the action or not”⁶ and they have a right to know what the “law” is “at the time when they are said to violate it.”⁷

On the European level, the principle of legal certainty has not yet been defined either in primary or in secondary law; it is classified as a general principle based on ECJ case law. The answer as to what is meant by the principle of legal certainty in EU law⁸ may vary depending on the methods and

² *Hall*, *General Principles of Criminal Law*, 2nd ed. 1960, Reprint 2005, p. 27.

³ *Gropp*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4th ed. 2015, § 3 para. A; see also *Gellér*, *Legality on Trial*, 2002, p. 37 ff. Regarding Hungarian developments *Nagy/Szomora*, in: *Jakab/Tatham/Takács* (eds.), *Transformation of Hungarian Legal Order 1985-2005*, 2007, p. 193.

⁴ See further *Ashworth*, *Principles of Criminal Law*, 1995, p. 59 ff.

⁵ *Kreß*, in: *Wolfrum* (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 7. Band, 2012, *Nulla poena nullum crimen sine lege*, para. 899-908; see also *The Manifesto on European Criminal Policy* by the European Criminal Policy Initiative. First published in *ZIS* 2009, 707.

⁶ *Fletcher*, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, p. 13.

⁷ *Fletcher* (fn. 6), p. 213.

⁸ For this paper, the use of “EU law” also covers the former Community law.

viewpoints chosen. According to *Raitio*,⁹ in Community law, the principle refers to the principle of non-retroactivity, protection of legitimate expectations, protection of vested rights, issues of procedural time limits and immediate application of law, as well as the use of comprehensible language in the administration of the Community. However, “EU membership has created a situation in which the State is no longer the only source of legality. Apart from other factors (such as the development of the Welfare State aimed at protecting citizens from welfare risks), it is the multiplicity of legal orders claiming simultaneous validity and application that has arguably contributed to the diminished role of the principle of legality.”¹⁰

Examining legal certainty as projected onto the domain of criminal law, a connection between the two is evident in the principle of legality.¹¹ Therefore, an unavoidable and necessary consequence of the general acceptance of the legal certainty principle is that it strengthens the criminal law aspect of certainty, i.e. legality. This principle is also laid down in Art. 49 of the Charter of Fundamental Rights (CFR), as no one shall be held guilty of any criminal offense on account of any act or omission which did not constitute a criminal offense under national law or international law at the time when it was committed. The rule – similarly to the national legal (and fundamental rights) framework – contains as many components as required. One of these is the *nullum crimen/nulla poena sine lege parlamentaria* component. In domestic legal systems, the traditional legal structures and legal development constitute

- (i) either the need for parliamentary legislation in criminal matters or
- (ii) that the legislator should abstain from regulation.

However, in most European countries *lex parlamentaria* is required to regulate criminal law. On the European level, the exclusivity of *lex parlamentaria* is not conceivable, due to the unique and original legislative matrix and to the different meaning of democratic legitimacy¹² in the Union. Nonetheless, true democratic functioning is the essential facet of this system, even if democracy may – at least partially – have other requirements. As stated in the Manifesto:

⁹ *Raitio*, The Principle of Legal Certainty in EC Law, 2003, p. 382.

¹⁰ *Besselink/Pennings/Prechal*, The Eclipse of the Legality Principle in the European Union, 2011, p. 4.

¹¹ In Hungary for example: The Fundamental Law of Hungary, Art. XXVIII, para. 4 sets forth the principle of legality as follows: “No one shall be held guilty of or be punished for an act which at the time when it was committed did not constitute a criminal offence under Hungarian law or, within the scope specified in an international treaty or a legal act of the European Union, under the law of another State.”

¹² *Szilágyi*, *Kitekintő* 1996, 95; *Schmidt*, *Journal of Common Market Studies* 2004, 975.

“In order to achieve a satisfactory level of democratic legitimacy in regard of secondary legislation with criminal law implications, and to ensure wide acceptance of such measures, the institutions involved in the legislative process must make sure that the national Parliaments are informed in any case (also now after the changes provided for by the Lisbon Treaty have come into effect) as early and as thoroughly as possible. This will enable the Member States to actually influence the final form and content of the instruments (and the voting of their representatives in the Council). Before legislative decisions are made, an equal co-operation between the Member States and the European institutions and among Member States is necessary for installing a sufficient level of democratic control.”¹³

III. European Criminal Law Legislation and Legality

In the realm of the legality principle, the question may arise as to under which “domestic or international law”¹⁴ the above provision of the Charter of Fundamental Rights demands, and under what type of interpretation it may be enforced in EU law itself. EU law comprises international legal norms (e.g. treaties), and considering the international legal characteristics of EU law, it shall not be ruled out that this provision – if relevant – be applied to EU norms as well. Could punishability according to EU law in itself be enough for the enforceability of legality? In connection with this, a significant issue has arisen with regard to the sustainability of indirect criminal legal responsibility deriving from EU law. Aside from all of this, the Charter further provides a broad meaning to the principle of legality in that compared to punishability according to internal, Member States law, (the EU) requirement provides for optional application of punishability according to international law.

The *nulla poena sine lege* principle can gain significance in the “area of freedom, security, and justice”, in the realm of legislation effecting shared competence. As such, for example, this could not be a point of reference in cases where in one Member State, a final verdict is brought in a criminal procedure, which, in comparison to if criminal proceedings were to have been initiated in another Member State, a more lenient punishment would have awaited the accused. This provision cannot be enforced for the prohibition of the *nebis in idem* principle (and the enforcement of this upon Member States regulations).

The prerequisites of legality anchored truly in criminal law shall be fulfilled at the level of the EU law if the Union will use its divisions of *ius puniendi*.¹⁵ The use of the powers

¹³ *Ibid* fn. 5 – Manifesto I Sect. 4c.

¹⁴ For example, “which did not constitute a criminal offence under national law or international law” and “nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war”.

¹⁵ The notion itself is a broad concept and comprises a bundle of (several) competences in criminal law which are generally applied in domestic criminal law (particularly in continental legal families; see more in *Packer*, *The Limits of Criminal Sanctions*, 1986, p. 19 ff.), while others are determinative for

defined by the TFEU has different consequences for postulating legality.

The principle of legality sets certain demands both in terms of legislation and administration of justice, and also introduces prohibitions.

Only two of the above mentioned and herein acknowledged aspects of legality (*lex scripta* and *lex certa*) oblige the legislator by enforcing the principle at the European level. Despite the already mentioned characteristics of international criminal law, EU law in criminal matters cannot work without formal regulations, e.g. written norms. The accepted non-written sources of European law (the general principles themselves and the few rules of international public law) are not able to establish and “carve out” ECL content (*ius puniendi*, aspects of responsibility, sanctions, etc.). Therefore, it can be stated that in the case of issuing legal acts defined by the TFEU and the respective Community competences, the *lex scripta* requirement is fulfilled by the European legislator.

The second adhesive *condicio sine qua non* is the *lex certa* requirement, which might often be (or assumed to be) interfered with if the EU uses its divisions of *ius puniendi* – in particular that of the “power to define”. In the case of directives, the process of domestic implementation ensures the required degree of certainty (etc.), the European norm does not dispose of the same degree of legality as the national criminal legal norm.

Despite this, it is possible that the directive contains not only the regulatory aims (i.e. it obliges the MS to achieve certain results, but leaves them freedom to determine the means), but it is issued setting forth clear definitions, without leaving any margin of appreciation for the national legislators of MS. In this case, e.g. if the European legislator used its

the framework of international criminal law. The question of international *ius puniendi* has arisen in connection with international crimes, with the universal jurisdiction in criminal matters, with the criminal responsibility of individuals upon international law and with the existence of the supranational criminal tribunals. See more in *Nyitrai, Nemzetközi és európai büntetőjog*, 2006; *Bassiouni*, *International Criminal Law*, 1999. In a domestic (national) context, in my opinion, *ius puniendi* means the public power to punish: a) the power to choose: choice between values and interests which should be protected (“whether to punish”); b) the power to use criminal law: decision to use power to punish in order to protect above-mentioned values or interests (“why to punish”); c) the power to define crime and punishment in two aspects: aa) on the one hand, the decision about the threshold of protection (what is punishable behavior and “normal” behavior); and the decision about other prerequisites of punishment (age, justification, excuse etc.) in close connection with the former (“what to punish”); and, on the other hand, bb) decision about the limitations of punishment; d) the power to be severe: decision about the severity of the punishment, choice between (theoretically infinite) possibilities of punishment (“how to punish”); e) the power execute punishment: performance of punishment, i.e. the entire process of penal execution.

“power to define”, the same requirements of legality shall be met as if the MS’s legislator would have exercised such “power” under domestic criminal law. Also the eventual normative framework created via regulations shall bear close resemblance with this method of legislation. In case of framework decisions already in effect, this issue concerning “power to define” is also apparent, but without any implication of direct application, as will be evidenced later.

“Although the subsidiary character of harmonisation work at EU-level necessarily requires that the Member States have a certain degree of latitude in drafting the details of implementation (which implies a certain degree of vagueness as regards European legislative acts), the *lex certa* requirement is nevertheless important for EU legal instruments as a general principle of law and a fundamental element of any criminal law system based on the rule of law. The smaller the margin of freedom at the level of implementation, the more important it is that the European legislative acts satisfy the *lex certa* requirement. If a certain European legal instrument seeks to fully harmonise the proscriptions in the Member States, it should satisfy the *lex certa* requirement in the same way as if it were a criminal law provision.”¹⁶

Furthermore, the ECJ¹⁷ clearly pointed out that framework decisions shall not meet the threshold set by the legality principle under Member States law. In the case of *Advocatenvoor de Wereld*, the question was nothing of lesser importance than whether the regulation of “catalogue-offences”¹⁸ in the Framework Decision on the European Arrest Warrant shall meet the standards set by the certainty requirement, with regard to criminal legality. The *ratio decidendi* was based on

¹⁶ Ibid fn. 5 – Manifesto I Sect. 1c.

¹⁷ Many times, the ECJ had the opportunity to decide on references for preliminary ruling concerning underlying criminal procedures. In these decisions the principle of legality was oftentimes mentioned thus granted with a kind of “European validity”. It is important to note that the ECJ did/does not apply criminal law in these cases, it is merely entitled (and obliged) to interpret the rules of the EU law even in cases where the preliminary question arises in connection with domestic criminal procedure. Through the several decisions of the ECJ that I mention herein, I do not intend to focus on the general legal principles of the EU law, I only direct my attention to the principle of legality in connection with criminal law, when relevant.

¹⁸ Council Framework Decision 2002/584/JHA, OJ EU 2002 No. L 190, p.1, on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States. The offences listed in Art. 2 (herein referred to as “catalogue-offences”) give rise to surrender pursuant to a European arrest warrant, without verification of the double criminality of the act, if they are punishable in the issuing Member State by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least three years and as they are defined by the law of the issuing Member State.

the unavoidable necessity of implementation and also the exclusion of any direct application of a framework decision.

“The Framework Decision does not seek to harmonize the criminal offences in question in respect of their constituent elements or of the penalties which they attract. [...] It follows that, in so far as it dispenses with verification of the requirement of double criminality in respect of the offences listed in that provision, Article 2(2) of the Framework Decision is not invalid on the ground that it infringes the principle of the legality of criminal offences and penalties.”¹⁹

This might be true, but the picture is more colorful on the level of the MS through the implementation of vague concepts in connection with listed offenses (labeled as “cartoons of the statutory elements of any offenses”²⁰). There are countries where the implementation was carried out with a simple takeover of the opaque catalogue of the framework decision, and others which implemented the list by establishing direct connections to national statutory offenses (e.g. Hungary). How the principle of legality (in Member States terms) could be enforced in such a different legal ambiance shall be subject to further comparative research.

As already stated, the ECJ was very clear with regard to the acceptance of legality, already in its initial decisions, as early as 1996, as the following example illustrates.

“Where it is necessary to determine the extent of liability in criminal law arising under legislation adopted for the specific purpose of implementing a directive, the principle that a provision of the criminal law may not be applied extensively to the detriment of the defendant, which is the corollary of the principle of legality in relation to crime and punishment and more generally of the principle of legal certainty, precludes bringing criminal proceedings in respect of conduct not clearly defined as culpable by law.”²¹

IV. Application of European Criminal Law

1. Basics

If we look for the implications of the legality principle on the level of the administration of justice (i.e. in relevant jurisprudence), the first important distinction shall be made concerning the addressee of the inflicting demands of the legality in criminal law. The Union itself cannot – yet – enforce criminal law; it does not exercise the “power to execute”. Enforcement of EU law (in this regard) is a duty of the courts of the MS. This means that national criminal courts (and constitutional courts) shall apply and interpret the norms of EU law, where relevant. Which norms of EU law with criminal law content

can gain legal force in the legal order of MS, through application in national criminal procedures, and if so, how exactly? In relation to this dilemma, the following distinction shall be clarified:

- There are cases where the direct application of EU law norms by the national criminal court is necessary, and
- There are cases where the decisive factor is the indirect effect of EU law norms that leads the court to depart from its previous jurisprudence and re-interpret the regulatory content of national norms in accordance with EU law.

Obviously these instances have different legal character, but their common feature is the combination of national vs. European level of legislation, application and interpretation of law. Theoretically, the principle of legality could surface under both scenarios. In the first above described case, the eventual recognition of *lex stricta* and *lex scripta* rooted in EU law will take place in the national criminal procedure. The second one is the “infamous” legal consequence of European integration; however, in this case it can be traced how the influence of EU law norms affects the interpretation of principles rooted in national law. During the layout of research findings, special attention will be given to the *lex praevia* rule and its European context.

2. *Lex mitior*

Before plunging into the depths of academic debate, the *lex praevia* aspect needs to be mentioned, i.e. the non-retroactivity of unfavorable criminal law (*lex mitior*) and the requirement of pre-existing regulation before the perpetration of a criminal act or the imposition of a sanction.

The *lex mitior* principle is recognized by all Member States, but there are differences with regard to its normative status, especially pertaining to the question of whether the principle is of a constitutional character. The ECJ held in 1983 that “non-retroactivity of penal provisions is common to all the Member States and enshrined in Art. 7 of the ECHR. It is one of the general principles of EC law.”²² However we may recall that the ECJ repeatedly held that

“the principle of legal certainty requires that a regulation should not be applied retroactively, regardless of whether such an application might produce favorable or unfavorable effects for the person concerned, unless a sufficiently clear indication can be found either in the terms of the regulation or in its stated objectives which allows the conclusion to be drawn that the regulation was not merely providing for the future”.²³

This interpretation was upheld as the Court stated that (i) EU law does not contain any principle equivalent to that of im-

¹⁹ ECJ, Judgment of 3.5.2007 – C-303/05 (Advocaten voor de Wereld VZW), ECR I-3633, 52 ff.

²⁰ Hefendehl, ZIS 2006, 231.

²¹ ECJ, Judgment of 12.12.1996 – C-74/95, C-129/95 (Criminal proceedings against X), ECR I-6609.

²² ECJ, Judgment of 20.4.1983 – Case 63/83 (Regina/Kent Kirk), ECR 1984, 2689.

²³ ECJ, Judgment of 29.1.1985 – Case 234/83 (Gesamthochschule Duisburg vs. Hauptzollamt München-Mitte), ECR 327, 20.

mediate application of the more lenient criminal provisions (*lex mitior*), and that (ii) in the absence of rules to harmonize penalties for breach of Community law, it is up to the domestic legal system of each Member State to determine them. The Court nonetheless considers that the Community-law principle of equivalence does not preclude breaches of Community law from being penalized under substantive and procedural conditions analogous to those applicable to infringements of national law of a similar nature and importance.²⁴

Nonetheless, as regards implications for criminal law, there is a need to underline their specificity; the retroactive application of the more lenient penalty was also confirmed by the Court as part of the common constitutional heritage of the MS:

“It follows that this principle must be regarded as forming part of the general principles of Community law which national courts must respect when applying the national legislation adopted for the purpose of implementing Community law and, more particularly in the present cases, the directives on company law.”²⁵

Moreover, in *Goicoechea*, the *avocat general* Kokott emphasized another important element of *lex praevia*:

“The principle does not apply to the procedural aspects of criminal law. A person may thus have applied to him procedural provisions introduced or amended after the date of the offence he is charged with without the principle *nulum crimen, nulla poena sine lege praevia* being breached.”²⁶

We shall not fail to point out – as it is also relevant – that in this regard, it is not the “mere labeling” of the norm by the legislator that is determinative, but the objective targeted by the norm is a more relevant factor, if the rule – which might be set forth in a procedural code – contains substantive requirements of criminal responsibility (or of punishment), that must be considered as pertinent to the *lex praevia*, where relevant.²⁷ Further implications of the *lex praevia* requirement are highlighted below.

²⁴ See more in Opinion of *avocat general* Léger delivered on 16 July 1998 (Case C-230/97, Criminal proceedings against *Ibiyinka Awoyemi* [1998], ECR I-06781).

²⁵ ECJ, Judgment of 3.5.2005 – C-387/02, C-391/02, C-403/02 (Criminal proceedings against *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell’Utri and others*), ECR I-3565, 68 f.

²⁶ View of *avocat general* Kokott delivered on 6 August 2008 (C-296/08 PPU, Extradition proceedings against *Ignacio Pedro Santesteban Goicoechea*. [2008], ECR I-06307, 45).

²⁷ The domestic doctrinal differentiating between substantive or procedural requirements of the criminal responsibility might diverge in the different Member States of the Union, for example the consequences of the statute of limitation. In Germany, the postponing enlargement of the necessary period for the statute of limitation does not fall under the ban of

3. Legality and Direct Effect

Definition of clear rules allows for the option of the direct application of directives due to the jurisdiction of the ECJ. The issue of direct application/effect of EU law with criminal law content is not a simple one. A directive has vertical direct effect once the deadline for implementation has passed; in this case a person (be it natural or legal) may rely on the text against a Member State in court. The ECJ has established²⁸ several conditions so that an individual may be able to refer to a directive before the courts, specifically:

- (i) if the provisions of a directive are unconditional and sufficiently precise, and
- (ii) if the directive has not yet been or not correctly implemented by the pre-determined deadline.

This means first of all, that the direct application of EU law directives with criminal law content needs to meet the threshold established by the content of the (national) legality principle, because in the case of applying the provisions of a directive in a domestic criminal procedure, the directive becomes part of the criminal law framework only in relation to the disputed issue of fact or law. Theoretically, the same is true for regulations, therefore the requirement of civil law systems for written penal provisions is fulfilled, and the court is bound to those as well. Furthermore, this legal construction initially excludes the possibility of introducing customary or judge-made law (*lex scripta*) in criminal procedures.

The *lex stricta* aspect of legality contains the prohibition of unfavorable analogy. This, however, cannot be applied, not even in the case of comparable EU law norms due to the fact that there is no special European (legal) interest which could overwrite the traditional meaning of legality.

However, in comparing EU law requirements and the principle of legality, a genuine European limitation can be detected in terms of direct application of EU law with criminal law implications, one that is not covered by the herein detailed and reaffirmed four aspects of legality. It can also be labeled as an exception from applying written (criminal) law, even though there is statutory law in effect. This is the one aspect of the direct application of directives, where only the person concerned may rely on the directive exclusively in order to gain legal advantage with regard to adjudication. Projecting it on criminal law, the ECJ stated:

“A national authority may not rely, as against an individual upon a provision of a directive whose necessary im-

retroactivity (see *Lenckner/Eser/Stree/Eisele/Heine/Perron/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29th ed. 2014, § 2 para. 1, 42), whereas it does in Hungary (see *Nagy, A magyar büntetőjog általános része*, 2010, p. 183 f.). Though the probability of any preliminary ruling is rather rare concerning this issue, it could have a unification effect with regard to the interpretation of Art. 49 CFR.

²⁸ In particular: ECJ, Judgment of 19.1.1982 – 8/81 (*Becker vs. Finanzamt Münster-Innenstadt*), ECR 1982, 53.

plementation in national law has not yet taken place. In applying its national legislation, a court of a member state is required to interpret that legislation in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189 of the Treaty but a directive cannot, of itself and independently of a law adopted for its implementation, have the effect of determining or aggravating the liability in criminal law of persons who act in contravention of the provisions of that directive.”²⁹

In 1982, express *ius puniendi* was not imaginable as a determinative power of the Community; therefore, it was almost necessary to exclude any form of interpretation touching upon issues surrounding criminal responsibility. Today, directives can be issued on the authority of Art. 82, 83 TFEU, just as directives and regulations under Art. 325 TFEU within the scope of the EU’s “power to define” (i.e. a split of *ius puniendi*).

a) Legislation on Minimum Rules

In the case of directives under Art. 82 or 83 TFEU, the aim of the EU is to establish *de minimis* rules with respect to definitions of criminal offenses and sanctions in the areas of particularly serious crimes that usually have a cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offenses or from a special need to combat them on a common basis. Issuing a directive, the Union can define the minimum statutory elements of certain offenses and the minimum rules for the imposition of sanctions.

In the possible direct application of principles aimed at criminal responsibility, the most important question is how this can be effectively applied in criminal proceedings, and how the legal status of the person concerned – the person under prosecution – is affected by direct application. This is dependent upon what the regulative minimums – which the state did not or did not properly integrate into its own legal system – pertained to exactly. In this analysis, several factors must be considered:

- Whether the EU minimum affects the positive or negative element of criminal responsibility
- Whether the national law (without amendments/or brought into effect without appropriate transposition) contains responsibility more or less stringent in comparison to the directive
- In certain cases, whether there is an explicit directive prohibiting criminalization (perhaps prohibition that can be expanded through legal interpretation)
- In certain cases, whether the directive provides room for discretion.

In my opinion, from the combined impact of these factors, the following situations could arise (Table 1, p. 37).

²⁹ ECJ, Judgment of 8.10.1987 – Case 80/86 (Criminal proceedings against *Kolpinghuis Nijmegen BV*), ECR 1987, 3969.

If minimum rules are absent from the domestic criminal code, the above mentioned European limitation restricts the consequences of relying on the directive, namely EU law on its own cannot establish (or aggravate) criminal responsibility in the context of a national criminal procedure. The special structure of criminal law (e.g. prohibitions) and the non-exclusionary competence of the Union in the field of ECL have placed minimum-regulation into a special legal framework. If the directive – as a norm of orientation about what shall be punishable at least – only contains minimum standards and the Member States did not implement these or did, albeit, not properly – then the person affected cannot obtain a favorable or an advantageous legal position by relying on the directive. Namely, the minimum elements of statutory offenses offered by the EU law norm are not to establish the threshold for non-punishing i.e. the upper limit (cap) of punishability. The Commission defines the minimum rules on offenses as follows:

“the definition of the offences, i.e. the description of conduct considered to be criminal, always covers the conduct of the main perpetrator but also in most cases ancillary conduct such as instigating, aiding and abetting. In some cases, the attempt to commit the offence is also covered. All EU criminal law instruments include in the definition intentional conduct, but in some cases also seriously negligent conduct. Some instruments further define what should be considered as “aggravating” or “mitigating” circumstances for the determination of the sanction in a particular case.

Generally, EU legislation covers offences committed by natural persons as well as by legal persons such as companies or associations. The latter can be important in many areas, e.g. concerning responsibility for oil spills. However, in existing legislation, Member States have always been left with the choice concerning the type of liability of legal persons for the commission of criminal offences, as the concept of criminal liability of legal persons does not exist in all national legal orders³⁰

One might argue that the regulatory level of ECL – fortunately – is far from that applied in the MS; i.e. this means that the EU is not entitled to design the absolute thresholds of criminal responsibility in an exclusionary manner. Therefore, where directives contain minimum regulation (of statutory elements), it is then not possible to directly apply this, because it would be unreasonable in comparison to the existing Member States criminal framework.

³⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council. The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 20.9.2011, Towards an EU Criminal Policy, Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law, COM (2011) 573 final, p. 9.

The EU source of law on trafficking of human being provides a specific regulatory example,³¹ in which Art. 2 para. 4 states that “the consent of a victim of trafficking in human beings to the exploitation, whether intended or actual, shall be irrelevant, where any of the means set forth in paragraph 1 has been used.” Here, dogmatic questions about the relevance of the consent of the victim are not part of the subject of the investigation, therefore in this sense, it is worth emphasizing that in the case of violence (force) effecting the free will of the victim, consent of the victim inherently cannot be taken into consideration, but a majority of the listed circumstances are such that consent could be legally effective (with regard to the criminal responsibility of the perpetrator). This is what the directive precludes, and thus, in comparison to all such Member States regulation that provides some sort of “mitigating” sanction for consent of the victim shall be considered more stringent, and thus, in the absence of transposition cannot be applied directly.

An example of the second main category shall follow: in the case of child pornography,³² Art. 5 para. 7 and 8 of the Directive set forth that Member States have the discretion to decide whether or not to criminalize cases involving child pornography where the person on the pornographic material appears to be a child, but is in fact over 18 years of age; and furthermore, in cases where the recording was produced and is possessed solely for private use. The Hungarian Criminal Code does not punish the former, but as for the latter, under § 204 of the Criminal Code it is merely factual, as the purpose of production or possession is immaterial. However, in this case the directive regulation clearly states that here, MS have free discretion in deciding punishability, thus the effected persons would not be able to rely on “improper” transposition.

A different type of constellation is evident in the regulation of illicit drug trafficking³³ Art. 2 para. 2 provides exclusion from the scope of the Framework Decision if the conduct involving production, cultivation, etc. is committed by the perpetrator exclusively for personal use. Assuming that the framework decision will soon be replaced by a directive, in which the exclusion would remain, then in cases where the conduct involved (production for) personal consumption, the question could arise as to whether for Member States punishability, the perpetrator could rely on “improper” transposition and “extort” unpunishability. Based on interpretation of the

text, it does not extend to cover material scope, and thus does not collide with EU expectations.

Minimum-regulation does not mean such a strict regulation, compared to which MS-level differences would not be permitted – as can be seen in the above summary. Because of the above, it can also be said that the indirect effect of directives will be less likely to prevail in the case of criminal law regulation, since the limitations are narrowed by two sources: limitations from both European law and criminal law prevail.

Although in the above – moving ahead a bit – I assumed it to be evidenced that, in connection with other conditions of criminal responsibility, the question must be answered as to whether these are contained in the above conceptual scope of the Treaty on the Functioning of the European Union, and thus can, for example, legal age of punishability, illegality/provisions on grounds for exemption from criminal responsibility, statutory limitations, the concept of threat (etc.) can be subject to minimum-regulation.

If broadly interpreted, the indirect effect application of the directive may be exposed, the enforcement of punishability limitation not known in national law may bring about favorable change in the legal situation of the person undergoing criminal proceedings

If narrowly interpreted, only specific description of conduct could be brought into the scope of the term of “facts” in the Treaty on the Functioning of the EU, the approximation of law could only be applied to the scope of the special part. This in itself could be correct. However, in many cases the “facts” of the directives define separate punishability limitations for certain scopes of crime. Additionally, they also contain general part regulations (complicity, stages). These are all contrary to narrow interpretation, even if from the Member States perspective, the tendency would be to follow this.

b) Legislation on Minimum Sanctions

This situation is also true of minimum rules of sanctioning established by a directive under Arts. 82 or 83 of the TFEU. Setting the minimum standards does not prohibit the imposition of other or more severe sanctions, and it shall also be obvious that an eventual reliance of a private person on a non-implemented directive cannot amount to a favorable procedural standing in respect of minimum sanctions. According to the Commission:

“Regarding sanctions, EU criminal law can require Member States to take effective, proportionate and dissuasive criminal sanctions for a specific conduct. Effectiveness requires that the sanction is suitable to achieve the desired goal, i.e. observance of the rules; proportionality requires that the sanction must be commensurate with the gravity of the conduct and its effects and must not exceed what is necessary to achieve the aim; and dissuasiveness requires that the sanctions constitute an adequate deterrent for potential future perpetrators. Sometimes, EU criminal law determines more specifically, which types and/or levels of sanctions are to be made applicable. Provisions concerning confiscation can also be included. It is not the primary

³¹ Directive 2011/36/EU of 6.4.2011, OJ EU 2011 No. 101/1, on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA.

³² Directive 2011/92/EU of 13.12.2011, OJ EU 2011 No. L 26, on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA.

³³ Council Framework Decision 2004/757/JHA of 5.10.2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking.

goal of an EU-wide approximation to increase the respective sanction levels applicable in the Member States but rather to reduce the degree of variation between the national systems and to ensure that the requirements of “effective, proportionate and dissuasive” sanctions are indeed met in all Member States.”³⁴

If we ask ourselves why specifically minimum sanctions are included in the Commission’s communication, it becomes clear that the objective is to unify protections: similar values shall be protected in (almost) similar ways, but not below the threshold defined by the EU (the majority of MS). *Prima facie*, such regulation might be convincing, but the oversight of this regulation can be detected without difficulty. If the minimum level is set as equivalent to the MS-minimums already in place, then the instrument will add – to put it delicately – “a big nothing” to the system of protections.³⁵ If, however, the EU minimum threshold is set above the existing minimum threshold within the MS, this indeed provides added value. On the other hand, this does not amount to a favorable trend in my view, because it can be argued that this will result in an increased level of repression throughout Europe.

In connection with the consequences of mutual recognition, an increase in repression would be capable of “traumatizing” the national systems of criminal law, and of bringing about several disturbances or dysfunctions in domestic frameworks.

However, one field does exist, in which these suggestions are valid, although in an opposing manner: it remains unclear from the dogmatic approaches examined whether other requirements of criminal responsibility (required legal age of punishability for any offense in the directive; grounds of justification or excuse; rules on statute of limitation; etc.) belong to the statutory elements of an offence under national law, on top of the statutorily forbidden conduct. In case of a broad interpretation, the possibility of (a favorable) direct application of a directive is open, since in case of these said statutory elements – if they are at all defined as such – the EU law norm would offer circumstances for mitigating or erasing criminal responsibility. In connection with these elements, favorable reliance of a person on the directive could become a legal reality. On the contrary, as a first step, I hereby argue for a narrow interpretation (i.e. that statutory elements of an offence should not include other requirements of criminal responsibility), since it would allow for a bigger enthusiasm on the part of MS to accept such norms, if they are not obstructed by the EU law norm in applying Member States criminal law untouched by aforementioned minimum legislation. It would be better if the “traumatization” of national criminal laws through such directives would progress at a slower pace. Having allowed enough time to pass, we might be able to see how national criminal laws can adapt to and survive a reality interwoven with directives relevant to criminal law. Only then would I support the application of a broad

interpretation, enabling the next phase of criminal law integration to begin.

However, no similar minimum standards can be discovered under Art. 325 para. 4 of the TFEU. This means that if the European legislator will issue the necessary measures (directive or regulation) preventing and combating fraud affecting the financial interests of the Union, the TFEU itself allows the creation of criminal standards and even the enactment of a relevant directive or regulation. In this case, the eventual restrictions which flow from the special character of the minimum-legislation and from the required implementation will not establish original, *sui generis* limitations countering the use of *ius puniendi* at the EU level. Recently the ECJ has stated this interpretation with its new judgement in *Ivo Taricco and Others* case.³⁶

4. Legality and Indirect Effect

A distinguished legal phenomenon of European legal integration is the indirect effect of EU law norms, which leads to the judicial interpretation of national norms in accordance with EU law.³⁷ This is the principle and obligation of conforming interpretation (or of “harmonious interpretation” cf. de Búrca) which is of particular importance regarding directives and – yet existing – framework decisions. As the ECJ stated in *Pupino*:

“the obligation on the national court to refer to the content of a framework decision when interpreting the relevant rules of its national law is limited by general principles of law, particularly those of legal certainty and non-retroactivity. In particular, those principles prevent that obligation from leading to the criminal liability of persons who contravene the provisions of a framework decision from being determined or aggravated on the basis of such a decision alone, independently of an implementing law. The obligation on the national court to refer to the content of a framework decision when interpreting the relevant rules of its national law ceases when the latter cannot receive an application which would lead to a result compatible with that envisaged by that framework decision.”³⁸

In order to properly analyze whether and how legality can be examined in the case of indirect effect, the following aspects shall be examined. What are the temporal requirements for indirect effect and which legal acts of EU law are granted such indirect effect? What does it mean if the interpretation of a criminal norm changes and what might be the consequences of such change? And finally, could the changing EU law result in a changing interpretation of national criminal

³⁴ *Ibid.* fn. 30 p. 9.

³⁵ *Asp*, The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU EuCLR 2011/1, p. 50.

³⁶ Judgment of 8.9.2015 – Case C-105/14.

³⁷ Leading judgment: ECJ, Judgment of 10.4.1984 – Case 14/83 (*Von Colson and Kamman vs. Land Nordrhein Westfalen*), ECR 1984, 1891. In-depth analysis in *Craig/de Búrca*, EU Law, Text, Cases and Materials, 5th ed. 2011, p. 200 ff.

³⁸ ECJ, Judgment of 16.6.2005 – C-105/03 (*Criminal proceedings against Maria Pupino*), ECR I-5285, 41 ff.

law, and does the latter impact the prohibition of retroactivity?

a) Temporal (and formal) Requirements of Indirect Effect

In the re-structuring of the Union, the FD was abolished from among the legal acts and as for the still effective ones, a targeted legislation process has been started, through which the Commission intends to replace every FD with directives. Until the end of this process, an FD continues to bind the Member States and they can be relied on as presented above. The ECJ, in *Pupino*, constitutes the indirect effect of a FD similarly to that of directives. This judgment predicted the direction of the development of ECL already in 2005. Nonetheless, the direct effect (similar to that of directives) was not extended for FD; hence, the direct application of FD was expressly excluded under Art. 34 para. 2 Nr. b (ex) TEU. Despite this, one question remains, namely, what is the legal nature of directives and FD before the deadline for their implementation expires. This question is of essential importance in the scope of obliging MS to interpret their own national norms in the light of EU law.

Directives and FD enter into force on the day of their publication in the Official Journal of the European Union (OJ) or on a later date as defined by the directive/FD itself (e.g. it shall enter into force on the twentieth day following publication). These legal acts shall also contain rules on transposition or implementation which sets the exact deadline for the enactment of Member States legislation in compliance with the content of these legal acts; real-life practice is very colorful – such deadlines might vary between one year to five years³⁹ or more, depending on the expected difficulties of the implementation process. These legal acts shall bring the Member States legislator to issue the implementing norms or to amend the existing legal framework if it is necessary for the completion of requirements which flow from EU law. If the transposition deadline expires, the direct application of the directive opens; meanwhile, it is also clear that the indirect effect of both directives and FD is acknowledged and enforced by the ECJ.

Prima facie, we might be of the opinion that these secondary norms do not have a substantial effect on the national administration of justice (only on national legislation) during the implementation period. However, this is not the case. The ECJ unveiled important aspects of this issue step by step, and recognized some important factors. The ECJ has made it clear that directives may have an impact even before the implementation period has passed. In 1997, *Inter-Environnement Wallonie* held:

“[A] directive has legal effect with respect to the Member State to which it is addressed from the moment of its notification. [...] Since the purpose of such a period [for implementation] is, in particular, to give Member States the necessary time to adopt transposition measures, they cannot be faulted for not having transposed the directive into

their internal legal order before expiry of that period. Nevertheless, it is during the transposition period that the Member States must take the measures necessary to ensure that the result prescribed by the directive is achieved at the end of that period. Although the Member States are not obliged to adopt those measures before the end of the period prescribed for transposition, it follows from the second paragraph of Article 5 in conjunction with the third paragraph of Article 189 of the Treaty and from the directive itself that during that period they must refrain from taking any measures liable seriously to compromise the result prescribed. It is for the national court to assess whether that is the case as regards the national provisions whose legality it is called upon to consider. In making that assessment, the national court must consider, in particular, whether the provisions in issue purport to constitute full transposition of the directive, as well as the effects in practice of applying those incompatible provisions and of their duration in time.”⁴⁰

This obligation applies to all state entities, including national courts, which must refrain from action before the implementation period has passed from interpreting national law so as to prejudice the attainment of the objectives of the directive.⁴¹ The ECJ fortified its standpoint on the issue in *Mangold* (2005):

“[i]nterpretation cannot be affected by the fact that, when the contract in question was concluded, the period prescribed for transposition into domestic law of Directive 2000/78 had not yet expired. During the period prescribed for transposition of a directive, the Member States must refrain from taking any measures liable seriously to compromise the attainment of the result prescribed by that directive. In this connection it is immaterial whether or not the rule of domestic law in question, adopted after the directive entered into force, is concerned with the transposition of the directive.”⁴²

As *Dannecker* points out accurately: if the European legislator issues a list of certain legal concepts that should be applied in Member States law as defined by the EU legislator, these should indeed be considered, notwithstanding the fact that the implementation deadline has not yet expired. Summarily, it can be concluded that relevant provisions of national law in contradiction with these aforesaid concepts, will be considered undesirable (*unerwünscht*) from the date of entry into force of the directive in question.⁴³

Lastly, *Adelener* (2006) shall also be mentioned at this point, where the ECJ summarized its jurisprudence on this

³⁹ E.g. in case of the 2001/220/JHA Council Framework Decision of 15.3.2001 on the standing of victims in criminal proceedings, OJ EU No. L 082, p. 1 ff.

⁴⁰ ECJ, Judgment of 18.12.1997 – C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie ASBL vs. Région wallonne*), ECR I-7411.

⁴¹ See more in *Ibid.* fn. 35. p. 43.

⁴² ECJ, Judgment of 22.11.2005 – C-144/04 (*Werner Mangold vs. Rüdiger Helm*), ECR 2005, 9981.

⁴³ *Dannecker*, ZIS 2006, 316.

issue, and emphasized a further important element concerning the belated transposition of the EU law norm:

“In accordance with the Court’s settled case-law [...] during the period prescribed for transposition of a directive, the Member States to which it is addressed must refrain from taking any measures liable seriously to compromise the attainment of the result prescribed by it. In this connection it is immaterial whether or not the provision of national law at issue which has been adopted after the directive in question entered into force is concerned with the transposition of the directive. Given that all the authorities of the Member States are subject to the obligation to ensure that provisions of Community law take full effect, the obligation to refrain from taking measures, as set out in the previous paragraph, applies just as much to national courts. It follows that, from the date upon which a directive has entered into force, the courts of the Member States must refrain as far as possible from interpreting domestic law in a manner which might seriously compromise, after the period for transposition has expired, attainment of the objective pursued by that directive.”⁴⁴

“Where a directive is transposed belatedly, the date on which the national implementing measures actually enter into force in the Member State concerned does not constitute the relevant point in time. Such a solution would be liable seriously to jeopardize the full effectiveness of Community law and its uniform application by means, in particular, of directives.”⁴⁵

Accordingly, the obligation of conforming interpretation has a certain priority over other “traditional” methods of interpretation following the implementation deadline, because if conforming interpretation were ignored, the special legal features of EU law (primacy, direct effect, and non-compliance procedure) will otherwise “enforce” the true objectives of the norm in question. Accepting that the directive (or FD) influences the interpretation of national law before the expiration of the implementation deadline, it shall be pointed out that the obligation is only to consider the content of the directive already at the time when Member States legislature is already in motion with regard to implementation.⁴⁶

5. Changing Interpretation and *Lex Praevia*?

The application of any norm requires judicial interpretation of the legal text. The application of codified penal provisions requires interpretation to reveal and formulate the immanent meaning of the legal norm (*ratio legis*). There is no applica-

tion of a statute without prior interpretation. Since the wording of a legal norm determines the scope of its applicability, questions concerning interpretation and the principle of legality arise. There are many ways to interpret criminal law and the legality principle sets the boundaries for any such interpretation: judicial discretion in analyzing *ratio legis* may not be detrimental to the person subjected to the judicial process.

The case of changing interpretation (e.g. when diverging practices followed by different local courts unified by decisions of a higher court or of a constitutional court or by judicial reflection to changing societal values) is a delicate one. In such a setting, a question regarding the non-retroactivity of unfavorable criminal law and relevant judicial interpretation must be answered. When the result of the new interpretation unfavorably affects the persons in the justice system, there is a real collision between principle and interpretation. It is therefore important to see that legality does require the rejection of detrimental “content” in the norm; although not based on the rationale of the prohibition of retroactivity, but because a new law has not been issued. The real grounds for refusal shall be based on the principle of *lex stricta*, meaning that the judge cannot establish a broader scope of criminal responsibility than as is prescribed by law. In the particular case where the text of the norm allows for both narrow (former) and broad (new) interpretations (without these being *contra legem*), then legality is not affected and the application of the law with the new “content” is justified.⁴⁷

6. Consequences for Criminal Law

Because under legal interpretation the limitations of criminal responsibility may be extended, and considering that EU legislation provides for indirect effect – which may have an effect on Member States judicial legal interpretation activities –, the question legitimately as to whether retroactively effective adverse legal interpretation in this unique legal constellation is precluded by the principle of legality arises. In the legal constellations that are the subject of the investigation, a criminal procedure is before a Member States court for a criminal act for which the EU has issued a legally approximating framework decision, but the deadline for its transposition has not yet expired.

In relation to conforming interpretation, the core issue is: what are the requirements that flow from *lex praevia*, and from the prohibition of unfavorable retroactive criminal law?

The context we are moving in is the following:

- (i) the national criminal court tries an offence with already – at least partially – harmonized statutory elements⁴⁸; and

⁴⁴ ECJ, Judgment of 4.7.2006 – C-212/04 (Konstantinos Adeneler and Others vs. Ellinikos Organismos Galaktos [ELOG]), ECR I-6057, p. 121 ff.

⁴⁵ ECJ, Judgment of 4.7.2006 – C-212/04 (Konstantinos Adeneler and Others vs. Ellinikos Organismos Galaktos [ELOG]), ECR I-6057, p. 116 (*Adeneler*).

⁴⁶ Partly similarly, see *Auer*, NJW 2007, 1109.

⁴⁷ See *Lenckner/Eser/Stree/Eisele/Heine/Perron/ Sternberg-Lieben* (fn. 27), § 2 para. 7, for more details on the German doctrine.

⁴⁸ The terms “harmonized offence” and “harmonized statutory elements” are used for criminal law norms of a Member States that were influenced by EU law (through either a directive or a framework decision).

- (ii) the national legislator is bound to implement the EU law norm into the domestic legal order.

Legality (*nullum crimen/nulla poena sine lege praevia*) prescribes the application of the law in force and effect at the time of perpetration, and the relevant rule of *lex mitior* allows for the application of newer provisions, if such application would result in a favorable outcome for the offender. Applicable law does not matter in this scenario; because national law shall be applied (the direct application of any European norm is not open), but then the question arises of how to take any directive or framework decision that might be in the “background” into consideration. EU law norms shall be taken into consideration in the interpretation of national law and the duty of conforming interpretation is binding from the date of publication of the EU law norm.

In a temporal setting, there are five theoretic sub-scenarios dependent both on the time of perpetration and of the judgment. A common feature of these scenarios is that domestic criminal law shall apply in adjudication; EU law does not intrude the texture of national law, but might have real impact via the duty of conforming interpretation. In all of these scenarios, I will examine whether directives or FD (accepted and implemented in the meantime) could ever lead to a more lenient content of national criminal law and whether the retroactivity of the newer laws can be applied.

Scenario 1⁴⁹: The offense is committed at a time when the directive (or framework decision) has not yet been issued. The court shall decide before the expiration of the implementation deadline (p. 37).

In this scenario, domestic law has not changed after perpetration, but there is already an EU law norm (i) which shall be implemented later than the time of the adjudication and (ii) which could have a substantive connection with the relevant norms of domestic criminal law. As suggested above, directives (FD) have a real impact on the jurisdiction of the Member States before the implementation deadline expires.

In this case, the judge has the following options:

- a) s/he must interpret national law in accordance with the aims and justifications of the EU law norm, because the Member States cannot enforce “undesirable” legal norms if such enforcement would be in a (yet) contextual contradiction with EU law. If this interpretation resulted in a more lenient content than the interpretation not taking into account the indirect effect of the specific EU law norm, then the former shall be applied. In reaching a contradicting conclusion, the decisive factor is that the offense was perpetrated before the issuance of the EU law norm, and the court cannot incorporate new “more rigorous content” in its interpretation because as of perpetration there was no such content available.

- b) if s/he is aware of the fact that there is a new law being enacted implementing the EU law norm or that a new domestic law will enter into force later on, and if the new law brings about changes in the scope of criminal responsibility (or sanctioning), then s/he could wait for the entry into force of said new law. Obviously, this option is a vagabond one, but in the case of doubt in complicated cases, might lead to better outcomes. If the new domestic law implements the EU law norm properly, the *lex praevia* requirement can be incorporated in the adjudication without difficulty.

It is necessary to remind ourselves that even if the EU law norm set forth minimum standards, more rigorous national criminal provisions do not lead to automatic contradiction with the EU law norm.

Scenario 2: The time of perpetration is the same as in Scenario 1, but the court has to decide after the expiration of the implementation deadline (p. 38).

In this scenario, b) (*supra*) is the only option the judge has since there is already a new law (or modification) in effect concerning the offence in question.

If the implementation is not proper or the implementation deadline expired without transposition, the possibility of direct application opens. Finally, if the EU law norm cannot be applied directly, the “loyalty obligation” of the national court is activated in order to ensure the goals of the regulatory schemes concerned until the national legislator issues the proper implementing norm.

Scenario 3: In this scenario, both the perpetration and the decision take place within the “twilight zone”, i.e. when the EU law norm already exists, but the deadline for implementation has not yet expired (p. 38).

This scenario requires a resolution similar to that presented under Scenario 1, without taking into account the commission of the offence before the issuance of the EU law norm.

Scenario 4: In this case the offence is perpetrated after the issuance of the EU law norm to be implemented, and the court shall decide after the expiration of the implementation deadline (p. 39).

The fourth scenario is a simple one: there is a new domestic law implementing the EU law norm. If the new domestic law has properly implemented the EU law norm, the general commands of the *lex praevia* can be observed. It is not difficult to realize that proper implementation shall mean that the result of an eventual conforming interpretation before the implementation deadline expires (with regard to the time of perpetration) and the content of the new law shall overlap with one another. It can be taken for granted that if the implementation is not proper or the deadline has expired without transposition, the same consequences arise as mentioned

⁴⁹ C/UL norm = community law norm or union law norm.

under Scenario 2 (i.e. the loyalty obligation of the national courts is triggered).

Scenario 5: The clearest scenario is the last one: both the perpetration and the adjudication follow the expiration of the implementation deadline (p. 39).

In this case the influence of EU law norm on national criminal law can be enforced only in the case of a failure to implement or in the case of improper implementation.

7. The Berlusconi Case

As the Berlusconi case, in 2005, hit the fan of European news media, it became clear that there is another modality of temporal changing criminal law governed by the interaction of legality and the process of European legal integration.

Scenario Berlusconi: The Berlusconi-case brought particular attention to this very special modality: How the law should react if criminal law has already been rendered compatible with the relevant directive (that is, if the statutory regulation of the offense or the punishment in question is harmonized) at one point, but then it was changed after the perpetration and the new law is not in conformity with the relevant EU law norm (p. 39).

In this case, if the former norm was more lenient, the enforcement of *lex praevia* is unobstructed, as well as the application of the law in force at the time of the perpetration. Nonetheless, under the Berlusconi Scenario, that was not the case: the new provisions of the Italian regulation of criminal responsibility were more lenient than the former rules which rendered applicable a manifestly more rigorous punishment, and which were in force at the time when the prosecuted criminal acts were committed.

In order to learn about the case, the following analysis shall be laid out: The first question is: what is the law applicable to the offense at hand here? National criminal law contains harmonized offenses (due to the EU law norm) and the temporal dimension of legality prescribes that new laws can be applied if they are more lenient than the applicable law governing adjudication of the case at hand. However, doubts surfaced as some held that the implementation of the EU law norm was improper; and therefore violates EU law and the application of the transposing norm, and thus, should be blocked. In case we affirm this assertion, the application of the harmonized statutory offense will be at risk and it would result in a knock-on effect on the relevant rule of *lex mitior*. It shall be recognized that it is not insignificant who submits such claims of improper implementation and what is the subject of such claims, e.g. whether is it in favor of the individual (defendant) or it is rather unfavorable regarding his/her status. According to well-established ECJ case law, reliance on (i.e. claiming) improper implementation is allowed only for the individuals; Member States authorities or the Member States itself are not entitled to rely on admitting legislative omissions against the defendant. Even in this case, only EU law norms with a possible favorable effect can claim

to have been improperly implemented. In Berlusconi, the claim was submitted by the public prosecutor; therefore the ECJ was not compelled to test impropriety.

“[I]t is, however, unnecessary to resolve that question for the purpose of the disputes in the main proceedings as the Community rule in issue is contained in a directive on which the law-enforcement authorities have relied against individuals within the context of criminal proceedings.”⁵⁰

In order to close the remaining gaps, it is necessary to make a further remark: in case a claim is admissible, the next level of analysis is the issue of direct application: if the EU law norm affected by the claim can be applied directly, the national court shall apply it in such a manner as part of its obligations under EU law.

In summation of the legal arguments, the following shall be added, as the ECJ held:

“[...] should the national courts conclude that the new law does not satisfy the Community law requirement that penalties be appropriate, it would follow, that the national court would be required to set aside, under their own authority, those new articles without having to request or await the prior repeal of those articles by way of legislation or any other constitutional procedure.”⁵¹

This means that the domestic court shall test the propriety of implementation and in the case of a negative outcome, the national legislator shall be compelled to comply with its obligations under EU law. Otherwise, the Union itself is well within its rights to enforce the proper implementation via a non-compliance procedure initiated against the Member States in violation of its obligations.

In the case at hand, under the Berlusconi Scenario, more lenient criminal law was applied against the defendant who was a public figure. Regardless, the ECJ did not answer the question as to whether the principle of the retroactive application of the more lenient punishment applies to the case, in which such punishment is at variance with other rules of Community law. It can be argued that the codification of the legality principle in the CFR creates a special constitutional safeguard. However, no details are elaborated herein, since the facets of this special safeguard will be shaped in the future.

V. Summary

Legality is a conductive force on both the European and the national levels. “Codification” – in the CFR – of the principle at the European level is indeed an important new development. Through the CFR, the principle was attributed a special constitutional character besides being a general principle of EU law.

The original limitations of *ius puniendi* uncovered herein make for a special case in terms of enforcing legality in do-

⁵⁰ Ibid. fn. 25 – Berlusconi, p. 71.

⁵¹ See inter alia ECJ – Case 106/77 (Simmenthal), ECR 1978, 629, No. 21.

mestic criminal law: the interference between national criminal law and EU law norms could lead to a special constellation, where the relevant norm is to be disregarded in the application of the law, despite its legal force and existence.

The prerequisites arising from the fact that EU law norms can simultaneously be considered as sources of criminal law constitute for the courts an obligation of conforming interpretation, although this obligation shall also respect legality as defined under national law.

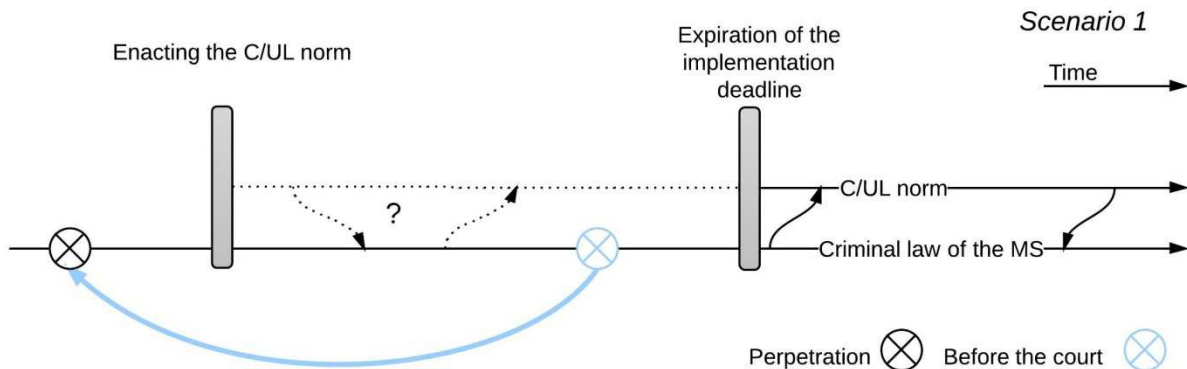
However, to this date, it remains unclear whether legality has primacy in case of its collision with other EU law norms.

From a theoretic standpoint, the argument can be made that granting “true” *ius puniendi* to the European legislator could lead to a changing concept as regards the “limitations” of EU law norms with criminal law content, by intruding upon national criminal law systems. If the European *ius puniendi* is once acknowledged, the exclusion of establishing criminal responsibility in a Member States based solely on EU law norms shall be abolished.

Table 1

Minimum content governed in EU sources of law	MS legislation not harmonized by the agreed deadline	Consequences	Legal reasoning
the <i>positive</i> elements of criminal responsibility ¹	less stringent ²	no indirect effect	internal limitation of indirect effect of the directive ³
	more stringent	no indirect effect	characteristic of minimum regulation
the <i>negative</i> elements of criminal responsibility ⁴	less stringent ⁵	no indirect effect	internal limitation of indirect effect of the directive ⁶
	more stringent	no indirect effect	characteristic of minimum regulation
explicit criminalization <i>prohibition</i> ⁷	more stringent	indirect effect	the conditions of indirect effect are met
transfer to MS <i>discretion</i> (factors aggravating or mitigating responsibility)	(not relevant)	no indirect effect	directive

Scenario 1


¹ E.g. more criminal conduct.

² E.g. the given criminal conduct is not punishable.

³ The claim would establish or would increase criminal responsibility, thus the state would claim this at the detriment of the individual.

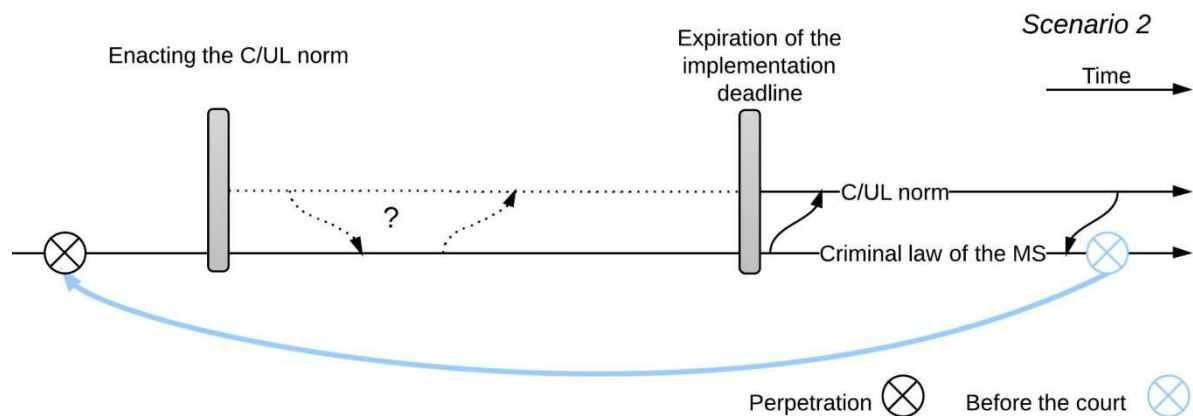
⁴ E.g. defining reasons for exclusion of illegality, in the case of illicit goods, establishing minimum boundaries and other factual element limitations.

⁵ E.g. the conditions for exclusion of illegality are of a wider scope.

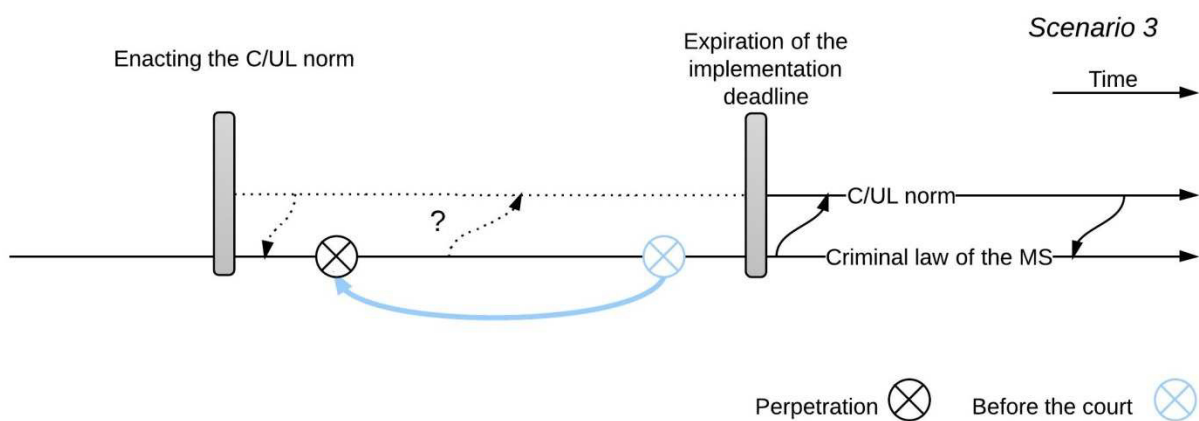
⁶ The claim would establish or would increase criminal responsibility, thus the state would claim this at the detriment of the individual.

⁷ I currently do not know of such directive provision.

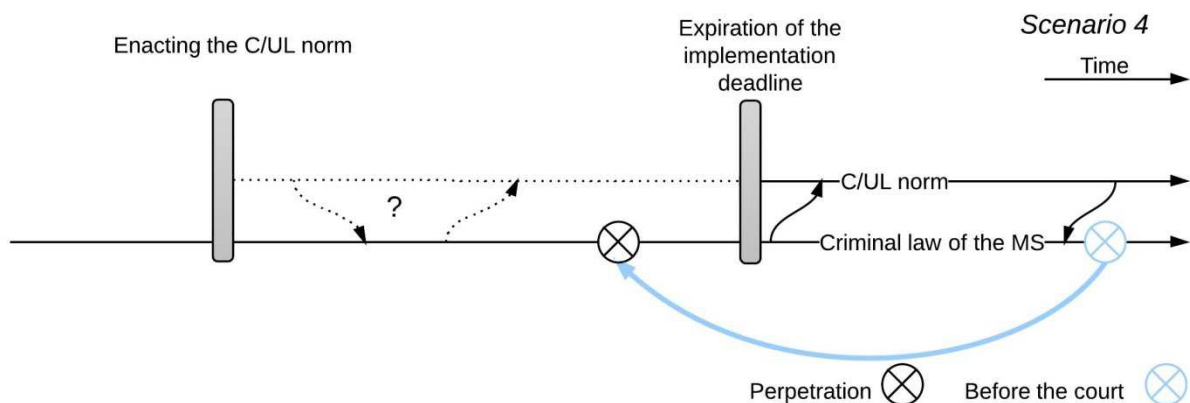
Scenario 2



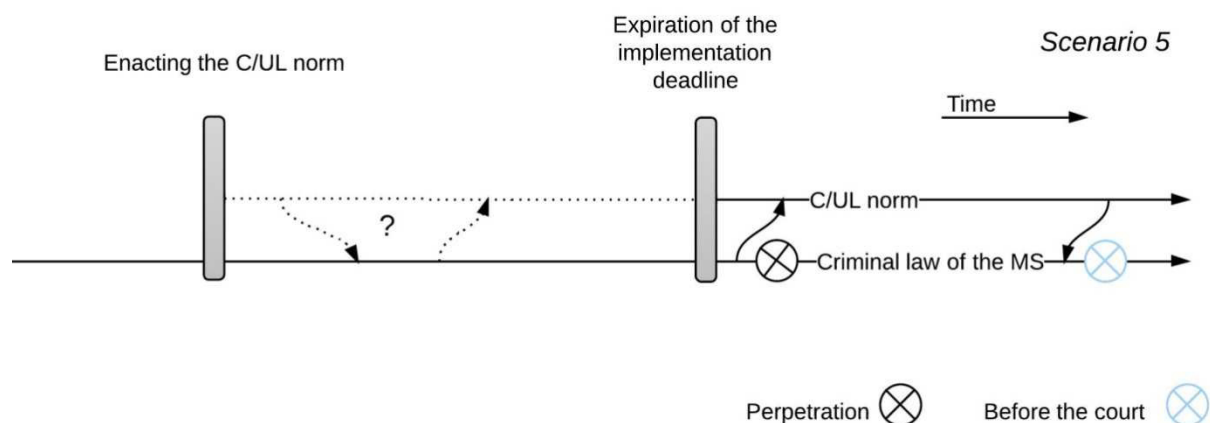
Scenario 3



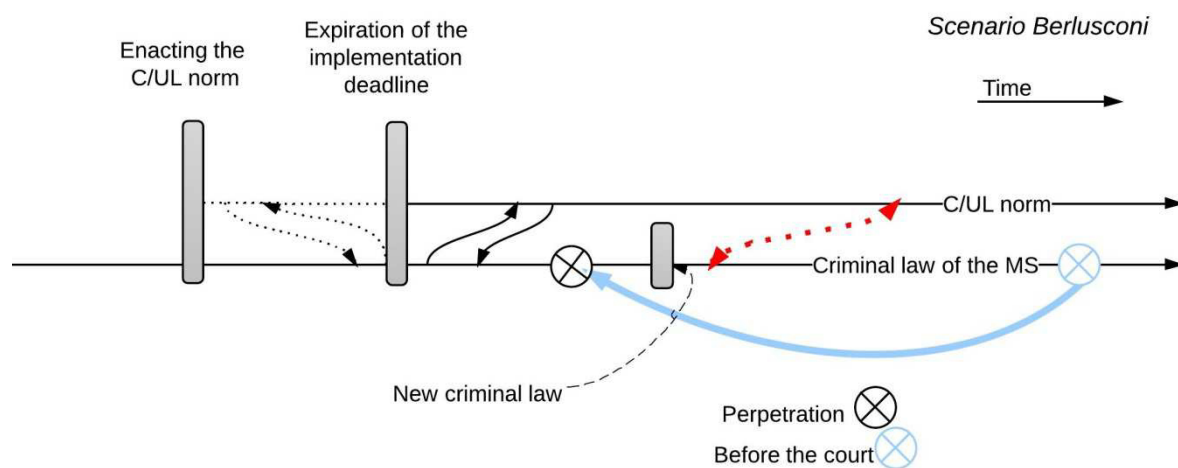
Scenario 4



Scenario 5



Scenario Berlusconi



La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional

De Prof. Dr. Alejandro Kiss, La Haya*

El modelo de imputación penal denominado “responsabilidad del superior” ha sido concebido con la finalidad de cubrir ciertos casos que, a pesar de que no podrían ser criminalizados bajo las formas ordinarias de autoría y participación, merecerían una sanción penal. En este sentido, el modelo representa una extensión de la responsabilidad penal hacia conductas que de otro modo no serían punibles en el ámbito de los Tribunales internacionales. Esta constatación justifica los renovados esfuerzos tanto en la literatura específica como en la jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc y recientemente la Corte Penal Internacional por explicar su naturaleza, sus elementos y características. A pesar de estos esfuerzos, todavía gobierna al respecto una preocupante falta de claridad. En este artículo me propongo analizar los aspectos que plantean las mayores consecuencias prácticas, entre ellos: la relación entre el superior y el subordinado incluyendo el requisito de control efectivo, los deberes que se les imponen a los superiores, el requisito de causalidad y el elemento subjetivo.

I. Introducción

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la interpretación de los conceptos y nociones que explican la atribución de responsabilidad penal en el ámbito del derecho humanitario y el derecho penal internacional alcanzó un punto de inflexión. Los conceptos jurídicos con los que se operaba hasta ese momento no habían sido concebidos para tratar crímenes masivos cometidos por individuos en altas posiciones de poder. Es cierto que, en verdad, los parámetros para definir y diferenciar entre autores instigadores y cómplices no ofrecen soluciones claras ni siquiera con relación a la criminalidad ordinaria y esta dificultad persiste cuando se intenta aplicarlos en el ámbito de los delitos internacionales. A las dificultades propias de la materia se agrega la naturaleza predominantemente indirecta de la intervención, la complejidad de los delitos internacionales y la extensión del daño que resulta de éstos. Esta situación volvió necesario repensar estos conceptos lo que condujo a numerosos esfuerzos en el ámbito judicial y en el ámbito académico con la intención de definir sus contornos de una manera que favorezca una jurisprudencia coherente y justa. Es entendible, entonces, que las construcciones legales que han resultado de estos intentos sean sofisticadas.

La doctrina de la responsabilidad penal del superior ha evolucionado de forma paralela a esos esfuerzos. El diseño de esta forma de atribución de responsabilidad responde a las limitaciones que presentan los conceptos de autoría y participación para captar la responsabilidad del superior. A pesar de que existen numerosos precedentes jurisprudenciales en el ámbito de los tribunales Ad-hoc y una prolífera literatura académica¹ que se ocupa de sus aspectos más salientes,

todavía gobierna una preocupante falta de claridad al respecto. Esto justifica redoblar esfuerzos por definir sus contornos. Un método que se presenta como especialmente fructífero en este sentido es el de separar sus elementos y analizarlos uno por uno, sin perder de vista la función que detenta esta norma en el sistema de atribución de responsabilidad individual. Es lo que se intenta a continuación luego de un breve análisis de sus antecedentes y su evolución.

II. Antecedentes y evolución de la responsabilidad del superior

Existen antecedentes remotos² de este modo de responsabilidad que han contribuido a forjar sus características más salientes de una manera que, a pesar del paso del tiempo, todavía es perceptible en la actualidad.³ Tales antecedentes

Universidad de Münster, Alemania y Abogado (hon.), Universidad de Buenos Aires. E-Mail:

kiss_alejandro@yahoo.com

Las opiniones que se expresan en este artículo deben ser atribuidas al autor y no reflejan necesariamente las de la Corte Penal Internacional ni las de ninguna otra institución. Le agradezco a Chantal Meloni sus observaciones y comentarios sobre este trabajo.

¹ Meloni, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 619; Bonafé, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 599; Cassese, International Criminal Law, 3^o ed. 2013, p. 200 ss.; Arnold/Triffterer, en: Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2^o ed. 2008, p. 795; Ambos, en: Cassese/Gaeta/Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. 1, 2002; existe una versión en español en ADPCP 52 (1999), 527 (disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298290.pdf> [30.10.2014]). Ver también, del mismo, La parte general del derecho penal internacional, traducción de Ezequiel Malarino, 2005, p. 295 ss.

² En “El arte de la guerra”, escrito por Sun Tzu en China en el 500 AC existen referencias a una forma rudimentaria de la responsabilidad del jefe militar; ver Parks, Military Law Review (1973), 1 (3).

³ En 1439, el Rey de Francia Charles VII de Orleans, llamado “el victorioso”, promulgó una ordenanza que reflejaba algunos de los aspectos que pueden observarse en los artículos 86 y 87 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del año 1977. Estas reglas, a la vez, han constituido pilares importantes en la evolución hacia el artículo 28. La ordenanza establecía lo siguiente: “El rey ordena que el Capitán o Teniente es responsable de los abusos, los daños y los delitos que cometan los miembros de su compañía y que tan pronto como reciba una queja de cualquier tipo relativa a un abuso debe poner al presunto delincuente ante la justicia para que sea castigado de una manera proporcional a su delito, según estas

* Alejandro Kiss es Letrado de la Corte Penal Internacional y Profesor Adjunto de Derecho Penal Internacional de la Universidad de La Haya. Es Doctor en Derecho y Master por la

han afirmado que el superior puede ser responsabilizado por no haber prevenido los delitos cometidos por sus subordinados⁴ y que debe responder como si él mismo hubiese cometido los crímenes.⁵

ordenanzas. Si omite hacerlo, oculta el delito o demora la acción, o si, por causa de su negligencia u otras razones, el delincuente se fuga evadiendo así el castigo, el capitán se considerará responsable de la infracción como si él mismo la hubiese cometido y será castigado de la misma manera en que lo habría sido el delincuente". *Green*, *Naval War College Review* 50 (1997), 26.

⁴ La omisión de prevenir como fundamento de la responsabilidad penal puede ya encontrarse en precedentes antiguos como el del juicio contra Peter von Hagenbach, de 1474, que se llevó a cabo por los delitos de asesinato, violación, perjurio y crímenes contra las leyes de dios y el hombre ante un Tribunal Ad-hoc compuesto por veintiocho jueces del Sacro Imperio Romano. Peter von Hagenbach fue condenado por delitos que él, como caballero que era, tenía la "obligación de prevenir". *Gordon*, *The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling history, historiography, and International Criminal Law* (2012), *passim*;

<http://ssrn.com/abstract=2006370> (30.10.2014) o

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2006370> (30.10.2014).

⁵ La posibilidad de responsabilizar a un individuo en una posición de autoridad por la comisión de un delito ejecutado por otro individuo era conocida ya en el Derecho Romano. Según una de las reglas de Ulpiano, el compilador, quienes ordenaban la comisión de un asesinato debían ser responsabilizados como si lo hubiesen cometido ellos mismos ("mandator coedis pro homitida habetur"). Si un esclavo cometía un crimen que le ordenaba su amo debía considerarse que ambos lo habían perpetrado (*Mommsen*, *El Derecho Penal Romano*, p. 208). En el "Fuero Juzgo", una traducción del "Liber Iuridicum" que regía en la Península Ibérica durante la dominación visigoda, Libro VI.V. número XII indicaba que quienes le ordenaban a un sirviente que cometiera un crimen debían ser castigados con mayor gravedad que el sirviente que ejecutaba el asesinato: "[...] el que manda o conseia fazer omezillio, es mas enculpado que aquel que lo faze de fecho, por ende establecemos especialmiente que si el siervo dize que so sennor le mandó matar [...] deve recibir c.c. azotes [...] é los seniores que lo mandaron fazer devenverr descabezados [...]" (*Dobranich*, *El Derecho Penal en el Fuero Juzgo*, 1924, p. 63). Tal como se indicó más arriba, en 1439 una ordenanza promulgada por el Rey de Francia indicaba que: "el capitán se considerará responsable de la infracción, como si él mismo la hubiese cometido y será castigado de la misma manera en que lo habría sido el delincuente". Además, en 1775 el Código Militar de los EE.UU. establecía en el artículo XII: "Todo oficial que esté al mando [...] deberá mantener el buen orden y, en la medida de lo posible, corregir todos los abusos o desórdenes que cometa cualquier oficial o soldado bajo su mando: si recibe una queja de que sus oficiales o soldados han golpeado o maltratado de cualquier otra forma a una persona, o han cometido alborotos que hubiesen atemorizado

Entre estos precedentes, el artículo 3 de la (IV) Convención de La Haya de 1907 relativa a "las leyes y costumbres de la guerra terrestre" es de particular importancia. Esta disposición, que no estaba reflejada en la versión de 1889 de la Convención de La Haya, estableció el principio de mando responsable, según el cual "La parte beligerante [...] será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada".⁶ Además, el artículo 1 (1) del Reglamento Concerniente a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre requería del ejército, las milicias y los cuerpos de voluntarios "[t]ener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos".⁷ Como se verá más adelante, esta Convención constituye un hito importante en la evolución de la responsabilidad del superior.

Tal como se ha dicho en un trabajo académico que me parece especialmente cuidadoso y bien documentado "el jefe militar siempre ha sido considerado responsable, sin embargo, hay pocos ejemplos registrados antes del final de la Segunda Guerra Mundial en los que la responsabilidad haya tenido naturaleza penal o internacional".⁸ En verdad, la situación no cambió de manera sustancial inmediatamente luego de la Segunda Guerra. Es cierto que en aquel momento ocurrieron significativos avances en relación con el establecimiento del derecho penal internacional y la codificación del derecho humanitario internacional. El Estatuto de Núremberg, la Convención de Ginebra de 1949 y la Convención contra el Genocidio de 1949 establecieron la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y ya se puede advertir en esta etapa un principio de delineación de sus contornos. Sin embargo, estos instrumentos no preveían la responsabilidad penal del jefe militar y otros superiores.⁹ También es notable que no se haya mencionado la responsabilidad del jefe militar en los antecedentes del Estatuto de la CPI elaborados, en el marco de la Comisión de Derecho Internacional, entre 1949 y 1954.

Tanto los juicios de Núremberg como los procesos que le siguieron han resaltado que los crímenes contra el derecho internacional dan lugar a la responsabilidad individual.¹⁰

a los habitantes y se niega u omite tomar las medidas para que se haga justicia sobre el agresor o agresores y se repare a la parte o a las partes damnificadas en la medida en que lo permitan los salarios del agresor será, si ello se prueba debidamente con anterioridad, castigado según lo que ordene una corte marcial como si él mismo hubiese cometido los crímenes o faltas de los que recibió queja". *Journals of the Continental Congress 1774-1779*, Vol. 2, 1905, p. 111 ss.; http://avalon.law.yale.edu/18th_century/contcong_06-30-75.a_sp (30.10.2014).

⁶ Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18.10.1907.

⁷ Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre – Sección I, Beligerantes, Capítulo 1 Calidad de Beligerante.

⁸ *Parks*, *Military Law Review* (1973) 1 (19).

⁹ *Arnold/Triffterer* (nota 1), p. 803.

¹⁰ *Ambos*, *Revista Penal* 7 (2001), 5, disponible en:

Excepto por un puñado de casos, los jefes militares no fueron sancionados por no haber controlado a sus subordinados o no haber tomado medidas para prevenir los crímenes. Como se mencionó anteriormente, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg ni siquiera contenía una disposición explícita sobre la responsabilidad del jefe militar, y, en los contados ejemplos en los que se aplicó este modo de imputación los tribunales recurrieron a la Convención de La Haya de 1907 y su Reglamento que, como se dijo más arriba, establece que “La parte beligerante [...] será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada”.¹¹ La jurisprudencia de los Tribunales de Núremberg se va a analizar con mayor detalle más adelante. Por ahora basta con decir que, después de Núremberg, la responsabilidad del jefe militar principalmente se consideró relevante en los casos en que no pudiera establecerse ninguno de los modos tradicionales de responsabilidad penal.¹²

El antecedente más prominente en el que se refleja este tipo de responsabilidad en el terreno internacional¹³ es el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del año 1977 (“PAI”). El artículo 86 del PAI crea la obligación reprimir y hacer que cesen las infracciones graves a la Convención, cuando éstas resulten del incumplimiento de un deber de actuar. El Protocolo también estipula que el hecho de que la infracción haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria a sus superiores si éstos sabían, o poseían información que les permitiera concluir en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción. Según el artículo 87, los jefes militares tienen la obligación de impedir, reprimir y denunciar infracciones ante las autoridades competentes. Con el fin de impedir y reprimir tales infracciones, los jefes han de tomar medidas para asegurar que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de los Convenios y el Protocolo. Si el jefe tiene conocimiento de que sus subordinados van a cometer o han cometido una infracción tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para impedirlos, y, cuando fuera necesario, está obligado a promover una acción disciplinaria o penal.

Los principios enunciados en los artículos 86 y 87 del PAI se ven reflejados en el ECPI y, por cierto, en términos

<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/95/90> (30.10.2014); Kiss, Indret 2013, 23, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/964.pdf> (30.10.2014)

¹¹ Arnold/Triffterer (nota 1), p. 810.

¹² Arnold/Triffterer (nota 1), p. 814.

¹³ Con anterioridad, la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad reconoció en lo que respecta a “los representantes de la autoridad del Estado” la responsabilidad penal, más allá de las modalidades de participación tradicionales, en tanto “toleren su perpetración” aceptando así la responsabilidad por omisiones.

mucho más explícitos que sus antecedentes de los tribunales Ad-hoc, los cuales establecen la responsabilidad de los jefes militares con un texto prácticamente idéntico.¹⁴

El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo había hecho, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los autores.

Los tribunales Ad Hoc han tenido varias oportunidades de interpretar este modo de atribución de responsabilidad. Se ha desarrollado una jurisprudencia conteste en cuanto a que los siguientes elementos son requeridos:

- (i) una relación de superior-subordinado,
- (ii) el superior debía saber o tener razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo había cometido,
- (iii) el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los autores.¹⁵

III. El jefe militar y las fuerzas; los superiores y los subordinados

El Estatuto de Roma no criminaliza como superior a toda persona que omita prevenir un crimen a pesar de tener la capacidad para hacerlo. Además de la capacidad de prevenir se requiere detentar una posición especial con respecto a los bienes jurídicos protegidos, que se denomina “posición de garante”. Esta idea se ha expresado en los siguientes términos en la jurisprudencia de la Tribunales Ad-hoc:

“[L]a capacidad material de prevenir y castigar también puede existir fuera de las relaciones entre superior-subordinado que son relevantes para el artículo 7 (3) del Estatuto. Por ejemplo, un oficial de policía puede ser ca-

¹⁴ Ver el apartado 3 del artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (“TPIY”), el apartado 3 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“TPIR”) y el apartado 3 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (“SCSL”). Existe una versión castellana, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm> (30.10.2014). El artículo 3 (2) del Estatuto para la Corte Especial de Sierra Leona presenta algunas diferencias adicionales.

¹⁵ TPIY, Appeal Judgment de 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaskic), párr. 484. Ver ICTR (Appeals Chamber), Judgment de 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana et al.), párr. 484; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 12.11.2009 – IT-98-29/1-A (Prosecutor v. Milošević), párr. 280.

paz de ‘prevenir y castigar’ crímenes bajo su competencia pero esto en sí mismo no lo convierte en superior (en el sentido del artículo 7 [3] del Estatuto) en relación con quienes comenten hechos en el ámbito de su jurisdicción”.¹⁶

La posición de garante es tradicionalmente entendida en dos sentidos. En primer lugar, puede ocurrir que el garante tenga una obligación especial de asegurar la inocuidad de ciertos intereses, personas y objetos frente a diversos ataques. Si estos bienes jurídicos se ven menoscabados quien detenta la posición de garante puede incurrir en responsabilidad penal. En segundo lugar, el garante puede estar encargado de supervisar determinados objetos o personas que constituyen una fuente de peligro para los bienes jurídicos de terceros. Quien detenta la posición de garante puede incurrir en responsabilidad penal si de estas fuentes de peligro emergen daños para los derechos de terceros.¹⁷

Se ha dicho que los jefes militares y los superiores jerárquicos son sujetos pasivos de este tipo de obligaciones en los dos sentidos indicados aquí arriba. En primer lugar, se les imponen obligaciones en razón de la experiencia de que sus subordinados constituyen una fuente de peligro¹⁸ y esto podría volverlos garantes según la primera modalidad estipulada más arriba. En cuanto a la segunda modalidad, existe jurisprudencia en el ámbito internacional según la cual el superior es garante de la protección de intereses (es decir, no sólo con respecto a ciertas fuentes de peligro). En los casos de “ocupación militar”, se ha sostenido, el jefe militar tiene la obligación de mantener la paz, castigar la comisión de delitos y proteger la vida y la propiedad de las personas en la zona bajo su mando dentro del territorio ocupado.¹⁹

El artículo 28 especifica quiénes están obligados, en virtud de su posición, a realizar la acción mandada por el deber. El jefe militar o el que actúe efectivamente como tal es garante, de conformidad con el artículo 28 párrafo (a), con respecto a los crímenes cometidos por fuerzas bajo su control. La responsabilidad de quienes se encuentren en una relación superior/subordinado distinta de las descritas en el párrafo (a), comúnmente llamados superiores civiles o no-militares, está gobernada por el párrafo (b) según el cual el superior es responsable por los delitos cometidos por los subordinados bajo su control.

¹⁶ ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 16.10.2007 – IT-01-48-A, (Prosecutor v. Halilović), párr. 59.

¹⁷ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, p. 283 ss., existe una traducción al español de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo publicada por la editorial Marical Popns en 2006.

¹⁸ Arnold/Triffterer (nota 1) p. 825; Ambos, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 159 (177); Ambos, Treatise on International Criminal Law, Foundation and General Part, Vol. 1, 2013, p. 207.

¹⁹ US Military Tribunal Nuremberg, Judgment de 19.2.1948, (Hostage Case) = in Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Volume XI/2, p. 1271.

La distinción entre jefes militares, personas que actúen efectivamente como tales y otros superiores puede ser un tema de vital importancia en el marco del ECPI. La responsabilidad de los superiores no militares presenta elementos subjetivos y objetivos más exigentes que la de los jefes militares y las personas que actúan efectivamente como tales. Como se señala más adelante, la razón reside en que en los ámbitos militares existe un sistema de castigo estricto que le garantiza al superior un mayor grado de control sobre los subordinados.²⁰ Por lo general no existe un sistema de castigo semejante en el ámbito civil y esto reduce el grado de autoridad que se puede asumir respecto de los superiores no militares.²¹

A la hora de determinar si los superiores revestían la capacidad de mando necesaria la jurisprudencia de los Tribunales de Tokio y de Núremberg, así como la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, estimaron que lo decisivo era la posición que el superior detentaba de jure.²² Por el contrario, los Tribunales Ad-hoc se concentran más bien en la capacidad de mando real de los superiores y el control que detentan sobre los subordinados.²³ La posición que el superior detenta de jure es considerada, a lo sumo, como un indicio de control efectivo.²⁴

El “jefe” es la persona que, en el marco de una organización jerárquica, posee la capacidad estructural de darles órdenes a otras personas quienes, debido a esta estructura jerárquica, están obligados a cumplir con las órdenes.²⁵ Un

²⁰ Este sistema se ha inspirado en una propuesta de EE.UU. durante la redacción del ECPI.

²¹ Karsten, Journal of International Criminal Justice 7 (2009), 983 (988 ss.).

²² Ambos (nota 1), p. 831.

²³ ICTY, Appeals Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. [Čelebići case]), párr. 300.

²⁴ La Sala de Apelaciones del TPIY ha indicado que, en el precedente Čelebići, no se ha revertido la carga de la prueba. Por el contrario, se reconoció que la existencia de una posición de autoridad de jure constituye prueba prima facie de que el superior tenía control efectivo sobre el subordinado y se insistió en que la carga de la prueba la tiene la fiscalía; ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 22 April 2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 21. Ver también ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 9.5.2007 – IT-02-60-A, (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), párr. 302; ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 16.10.2007 – Case No. IT-01-48-A, (Prosecutor v. Halilović), párr. 85. En la jurisprudencia del TPIY, lo decisivo no es si la capacidad de mando emana de una posición de jure o de facto sino que el jefe, en virtud de su posición dentro de una estructura jerárquica formal o informal, haya sido un “superior” del autor del hecho y que haya ejercido sobre él un control efectivo. ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 16.10.2007 – Case No. IT-01-48-A, (Prosecutor v. Halilović), párr. 59. Ver también ICTY, Appeals Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A, (Prosecutor v. Delalic et. al. [Čelebići case]), párrs. 192 a 197.

²⁵ Burghardt, ZIS 2010, 695 (705), p. 169 ss.; Ambos (nota 18 – Treatise), p. 209. Según una decisión del Superior

jefe “militar” es una persona dentro de una organización militar que tiene el poder de darle órdenes a las fuerzas bajo su mando, que están obligadas a obedecer.²⁶

En la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, el término “jefe militar” se le aplica a las personas designadas formalmente o conforme la ley para llevar a cabo la función de mando militar (llamados, los jefes militares de jure).²⁷ A la vez, en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional se ha interpretado que la noción de persona que “actúa efectivamente como jefe militar” se aplica a quienes no son elegidos por ley para llevar a cabo esa función pero, sin embargo, la desempeñan de facto.²⁸ Estos sujetos deben “actuar efectivamente” como jefes militares y no sólo desempeñar “funciones similares”.²⁹

Está claro que, para calificar a las fuerzas como “militares”, no es necesario que formen parte de las fuerzas armadas regulares de un Estado. Los grupos paramilitares e irregulares, así como los movimientos de liberación nacional pueden ser considerados “militares”. En efecto, durante los trabajos preparatorios del ECPI se aceptó expresamente que la letra del Estatuto incluye a personas que controlan las fuerzas irregulares.³⁰ Aún cuando estos grupos actúan al margen de la ley pueden designar formalmente, de conformidad con sus reglas o no escritas, un jefe militar.

La responsabilidad del jefe militar alcanza a los superiores en los máximos niveles de liderazgo, así como también a los comandantes con sólo unos cuantos hombres bajo su mando.³¹ La relación entre el superior y el subordinado no termina en el superior inmediato sino que puede extenderse atravesando distintos rangos y niveles en la jerarquía hasta alcanzar a aquellos en los niveles más encumbrados.³² Desde luego, el superior puede a la vez ser el subordinado de otro jefe militar.³³ Como resultado, puede existir una cadena de

responsabilidad sobre la cual sustentar la imputación de todos aquellos que no hayan cumplido con sus responsabilidades.³⁴ Al final de esa cadena estará el subordinado/ejecutor del delito. No es necesario, desde luego, identificar a las personas que ejecutaron los crímenes.³⁵ Lo único que es necesario es establecer que pertenecían al grupo que actuaba bajo el mando y el control efectivo del jefe militar.³⁶

No es inusual, en estos ámbitos, que el mando sea delegado en otro jefe. Sin embargo, quien delega el mando no elude automáticamente la responsabilidad penal. Se ha dicho que tal delegación tiene que ser parcial, precisa y específica y las personas en quienes se delega el mando deben estar realmente en condiciones de cumplir las funciones delegadas.³⁷ Además, para eximirse de responsabilidad, quien delega el mando debe conferirle autoridad a la persona en quien ese mando se delega y debe rescindir, mediante la delegación, su competencia para ejercer el control efectivo sobre los subordinados. De lo contrario, quien delega el mando todavía puede ser considerado responsable.

En ciertos casos puede ser dificultoso diferenciar entre jefes militares, personas que actúan efectivamente como tales y superiores no militares. El hecho de que el superior detente un rango militar no es por sí mismo determinante. En efecto, una persona sin rango militar puede actuar efectivamente como jefe militar. A la vez, detentar tal posición no conduce necesariamente a la responsabilidad como jefe militar con-

Tribunal Federal de Alemania son jefes militares quienes pueden, fáctica y legalmente, emitir órdenes vinculantes y asegurar su cumplimiento. BGH, decisión del 17.6.2010 – AK 3/10.

²⁶ *Meloni*, Command Responsibility in International Criminal Law, 2010, p. 155.

²⁷ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (de aquí en adelante “Bemba Confirmation Decision”), párr. 408. La palabra “ley” en esta jurisprudencia debe interpretarse en su contexto. Las regulaciones o las prácticas de los grupos armados no gubernamentales están incluidas.

²⁸ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párrs. 408 ss.

²⁹ Diferente – *Arnold/Triffterer* (nota 1), p. 824.

³⁰ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, 22.6.1998, A/CONF.183/C.1/WGCP/L.7.

³¹ ICTY, Judgement de 22.2.2001 – IT-96-23-T (Prosecutor v. Kunarac et al.), párr. 398. Ver también el comentario al artículo 87 del PAI, párr. 3553;

<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750113?OpenDocument> (30.10.2014).

³² *Ambos* (nota 1), p. 856.

³³ *Ambos* (nota 1), p. 856.

³⁴ Esta situación genera una serie de dificultades con relación a la comprobación de la (cuasi) causalidad. La causalidad requiere que se establezca que los delitos no se habrían cometido si se agregase mentalmente la acción mandada por el deber. Si el mando es ejercido por un órgano colegiado o deviene confuso, tal como ocurre usualmente en un conflicto armado, puede ocurrir que los crímenes pudieran haber sido cometidos a pesar de que algunos de los superiores cumplieran con sus obligaciones. Si se le aplica este test a cada superior por separado ninguno de ellos sería responsable de los delitos cometidos como resultado de su omisión de ejercer control efectivo. Este problema, que es bien conocido en relación con los delitos de omisión, podría ser resuelto por aplicación de las reglas de la atribución mutua cuando se cumplen los requisitos de la coautoría. Pero no está claro que pueda recurrirse a la coautoría en casos de responsabilidad del jefe lo cual, combinando los artículos 25 (3) (a) y 28, crearía algo así como una co-responsabilidad de los superiores.

³⁵ ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 9.5.2007 – Case No. IT-02-60-A (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), párr. 287; ICTY (Trial Chamber), Judgement de 15.9.2008 – Case No: IT-04-83-T, (Prosecutor v. Delić), párr. 56; ICTY (Trial Chamber), Judgement de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 305; ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 35.

³⁶ ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 35.

³⁷ *Ambos* (nota 1), p. 859.

forme el párrafo (a) del artículo 28.³⁸ Ello así, pues los delitos pueden ser cometidos por subordinados que no califiquen como “fuerzas” bajo el mando de un individuo que reviste un estatus militar. Es más, un superior puede ser responsable como jefe militar y como no militar, incluso con respecto a los mismos delitos base, si por ejemplo son cometidos conjuntamente por fuerzas bajo su mando y subordinados bajo su control.

En la doctrina se ha propuesto que entre los indicadores a tomar en cuenta para decidir si se trata de un “jefe militar” o un “superior no militar” hay que atender a la naturaleza de la institución, unidad y la organización en la cual el superior detenta su posición. Ciertas organizaciones o entidades pertenecen indiscutiblemente a las fuerzas armadas, como ser las milicias oficiales de un Estado. Otras instituciones realizan funciones que por naturaleza son claramente no militares, como ser los partidos políticos o los órganos administrativos y burocráticos del Estado y empresas privadas (como por ejemplo una estación privada de radio). Estos ejemplos dan lugar a responsabilidad como superiores civiles.³⁹

Esta idea proporciona un criterio cuya utilidad práctica es limitada. Sin embargo, las dificultades para caracterizar ciertos ejemplos no desaparecen, incluso con respecto a algunos que no son inusuales en el ámbito de la responsabilidad de los superiores tales como los guardias de campo y la policía civil. Según esta tesis, es relevante considerar si la entidad u organización:

- (i) tiene por finalidad participar en un conflicto armado; o bien
- (ii) plantea un riesgo de degenerar en crímenes internacionales.⁴⁰

³⁸ Karsten, *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 983 (992 ss.).

³⁹ Ambos (nota 1), p. 848; en cuanto a la responsabilidad de los líderes de un partido político ver el fallo ICTR (Trial Chamber), *Judgement de 3.12.2003 – ICTR-99-52-T* (Prosecutor v. Nahimana et al.), párr. 976. Se sostuvo que en los partidos políticos, a diferencia del gobierno, las fuerzas armadas, o una empresa no existe una sujeción de sus miembros en el sentido de que están gobernados por el órgano que toma las decisiones del partido. Entonces, en principio, los líderes no son responsables de los delitos que cometan los afiliados. Sin embargo, cuando y en la medida en que los miembros actúen en cumplimiento de las instrucciones del partido quienes emitan las instrucciones son responsables de su implementación. Esta condena fue revocada en apelación pero, aparentemente, por razones que no tuvieron que ver con esta interpretación del Tribunal de Juicio; ICTR (Appeals Chamber), *Judgement de 28.11.2007 – ICTR-99-52-A* (Prosecutor v. Nahimana et al.), párrs. 636, 858.

⁴⁰ Ronen, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 43 (2010), 313 (349, 353), disponible en: <http://www.vanderbilt.edu/jotl/manage/wp-content/uploads/Ronen-cr1.pdf> (30.10.2014); Karsten, *Journal of International Criminal Justice* 7 (2009), 983 (1002).

Es dudoso que el primer criterio sea útil para la calificación de los casos difíciles. En la jurisprudencia de la CPI, quienes detentan autoridad sobre la policía civil, que no tiene por finalidad participar en un conflicto armado, se han considerado jefes militares.⁴¹ El segundo aspecto, a mi modo de ver, ni siquiera posee un valor indicativo ya que encierra una tautología: si estas organizaciones efectivamente cometieron crímenes internacionales ello va a haber estado precedido, necesariamente, por un riesgo de que se cometan esos delitos.⁴²

Otra forma de encarar esta distinción es observando la calificación de quienes ejecutan los crímenes. Los jefes militares son responsables por su omisión de prevenir o reprimir los delitos cometidos por las “fuerzas” a su mando mientras que, en cuanto a los superiores no militares, los crímenes son cometidos por “subordinados”. Las “fuerzas” bajo el mando del jefe militar son un subgrupo dentro de la noción de “subordinados”. El término “fuerzas” no está definido en el ECPI ni en los elementos de los crímenes. Un instrumento valioso para acuñar esta definición es el I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, del año 1949.⁴³ De

⁴¹ ICC, *Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408* (Bemba Confirmation Decision), párr. 410, la noción de jefes militares se aplica a quienes detentan autoridad y control sobre las fuerzas regulares del gobierno tales como la unidades de policía armada o fuerzas irregulares (fuerzas no gubernamentales) incluyendo los grupos rebeldes y unidades paramilitares así como movimientos de resistencia armada y milicias que detentan una estructura militar o una cadena de mando.

⁴² Kiss, *El delito de peligro abstracto*, 2011, p. 60 ss.

⁴³ El artículo 13 de la Convención, al definir a las “personas protegidas”, establece que existen “miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas”. Estos se distinguen de los miembros de las otras milicias y los miembros de los otros cuerpos de voluntarios incluidos los movimientos de resistencia organizados en tanto reúnen las siguientes condiciones: a) estar comandados por una persona que responda por sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. A la vez la convención menciona a (4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte de ellas, tales como los miembros civiles de las tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan; (5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se benefician de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional; (6) la población de un territorio no

acuerdo con esta idea, por ejemplo, la ausencia de medidas para prevenir delitos cometidos por las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte de ellas no generaría responsabilidad de mando. Lo mismo podría en principio aplicarse a los delitos cometidos por la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares incluso cuando lleven las armas a la vista.

Aun cuando existen ejemplos ya en la jurisprudencia de Núremberg,⁴⁴ nunca ha sido fácil probar la existencia de una relación suficiente de subordinación en el ámbito civil.⁴⁵ Hay pocos ejemplos de veredictos condenatorios de los Tribunales Ad-hoc que reflejen a este tipo de constelaciones.⁴⁶ En la jurisprudencia del TPIY se ha insistido en que la responsabilidad del superior no militar requiere que éste ejerza un grado de control similar al de los jefes militares.⁴⁷ Se ha reconocido que la capacidad de castigar es inherente a la capacidad de emitir órdenes y que los civiles no detentan un poder disciplinario semejante al de los militares. Sin embargo, se ha sostenido que la capacidad de castigar no es esencial cuando de lo que se trata es de la responsabilidad del superior no

militar. Como sucedáneo, se ha considerado suficiente la habilidad de transmitir informes a las autoridades.⁴⁸

El precedente más representativo es el del caso Nahimana del TPIR. El acusado era un ex profesor universitario, Director del Ministerio de información de Ruanda y fundador y director de una emisora de una radio privada (RTL). Fue condenado a treinta años de prisión por no prevenir o castigar la “incitación directa y pública al genocidio” llevada a cabo en radiodifusiones de la RTL. La radio se conocía como “Radio Machete”. En esas emisiones se exhortaba al auditorio a tomar medidas contra el enemigo.⁴⁹

Un ejemplo reciente de estas constelaciones en la jurisprudencia de la CPI aparece en la en la Decisión de Confirmación de Cargos de Bosco Ntaganda. Allí se analizó y se afirmó la responsabilidad de Bosco como jefe militar con respecto a ciertos delitos cometidos por “civiles”. Estos civiles acompañaban a los miembros del UPC/FPLC en todas o casi todas las operaciones militares. Cumplían tareas de transporte de provisiones y “quemaban las casas y sustraían sus techos” bajo órdenes de los jefes del UPC/FPLC. Bosco proporcionó armas a algunos de estos civiles y les ordenó “ir a matar [...] Lendus”.⁵⁰ Se afirmó que el imputado tenía mando y control sobre los civiles en razón de que tenía la capacidad de ordenarles que tomaran parte en las hostilidades.⁵¹

IV. Mando, autoridad y control efectivos

Conforme el artículo 28(a), el jefe militar o la persona que actúa efectivamente como tal deben detentar un mando (y control) efectivos o una autoridad (y control) efectivos. El artículo 28(b), a la vez, estipula que el superior debe poseer autoridad (y control) efectivos.

El “control efectivo” se define como la capacidad material de prevenir o sancionar la comisión de un delito.⁵² Se ha considerado que un estándar inferior de control, como ser la capacidad de ejercer influencia, no puede considerarse suficiente incluso cuando tal influencia pueda ser sustancial.⁵³ El “control efectivo” es un elemento determinante en la responsabilidad del superior, un individuo que detenta de jure la posición de jefe militar no incurre en responsabilidad penal a menos que posea además control efectivo sobre sus subordi-

ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y costumbres de la guerra.

⁴⁴ *Ambos* (nota 1), p. 829 s. En el caso *Phol et. al* uno de los acusados que resultó condenado era un civil y en el caso *US vs. Brandt et. al* se dijo que los civiles pueden ser considerados responsables como superiores. En el fallo del Tribunal Militar de Tokio se mencionó que los miembros del gobierno civil también poseen responsabilidad de mando.

⁴⁵ El grado de control sobre los subordinados en los ámbitos no militares tiene que ser similar al que ejercita el jefe militar; ICTY (Trial Chamber), Judgment de 16.11.1998 – IT-96-21-T (TCProsecutor v. Delalic et al.), párr. 355. Además, es especialmente importante distinguir en este contexto entre la “autoridad” y la “capacidad de convencer o influenciar”; ver *Mettraux*, *The law of command responsibility*, 2012, p. 183.

⁴⁶ *Ronen*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 43 (2010), 313 (324 ss.) indica que en el ámbito del TPIY no existen precedentes de esta clase. En cuanto a las dificultades probatorias ver *Bonafé*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 599 (610).

⁴⁷ ICTY (Trial Chamber), Judgment de 16.11.1998 – IT-96-21-T (TCProsecutor v. Delalic et al.), párr. 378; ICTR, Judgment de 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Bagilishema), párr. 42 revocado por la Sala de Apelaciones en tanto el control que ejerce el superior tiene que revelar el mismo grado aunque no necesariamente la misma naturaleza; ver ICTR, Judgment de 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Bagilishema), párr. 55.

⁴⁸ ICTY, Judgment de 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (Aleksovski), párr. 78.

⁴⁹ ICTR (Appeals Chamber), Judgment de 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana et al.), párr. 822.

⁵⁰ ICC, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, del 9.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309, párr. 18.

⁵¹ ICC, Decision de 9.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Decision Pursuant to Article 61 [7] [a] and [b] of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda), párr. 166.

⁵² ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decisión), párr. 415.

⁵³ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decisión), párr. 415; ICTY (Appeals Chamber) Judgment de 22.4.2008, – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 214.

nados. A la vez, un individuo que sí posee control efectivo incurre en responsabilidad penal a pesar de que detente la posición de jefe tan sólo de facto.⁵⁴

El “control” se ha concebido como un concepto “de recogida” que incluye a los de autoridad y mando.⁵⁵ Según la decisión de Confirmación de cargos en el caso Bemba, el par de conceptos alternativo “autoridad” y “control” no le adjudica ningún significado diferente al texto de la ley.⁵⁶ El término “mando efectivo” se ha interpretado como “autoridad efectiva” en razón de que, en el diccionario, el término “mando” se define como “autoridad, especialmente sobre fuerzas armadas”.⁵⁷ Así, el concepto de “autoridad efectiva” se ha interpretado como la modalidad, manera o naturaleza conforme la cual un jefe ejerce control sobre sus fuerzas o subordinados.⁵⁸

A efectos de distinguir entre la noción de “control” y las de “mando” y “autoridad”, es útil recordar los múltiples modos que se emplean en la vida social para expresar el deseo de que otra persona haga o se abstenga de hacer algo. Ese deseo puede expresarse a través de una orden, una solicitud, un pedido, un ruego, una advertencia, etc. Por ejemplo, el imperativo “entrégame el dinero o te disparo” describe una situación en la que el ladrón coacciona a la víctima cuya suerte está en las manos del ladrón. Para asegurar el cumplimiento, el ladrón amenaza con llevar a cabo algo que una persona normal consideraría dañino volviendo menos atractiva la opción de quedarse con el dinero. Lo que subyace a un pedido como éste es una amenaza y ello es muy diferente de lo que subyace a una orden emitida por un individuo que ocupa una posición de preeminencia – el típico ejemplo es el ejército o un grupo de seguidores o discípulos. En esta segunda categoría de “órdenes”, lo que subyace al imperativo no es, principalmente, una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad.⁵⁹ La utilidad de esta consideración se vuelve evidente cuando se recuerda que la jurisprudencia de la Corte, para definir y distinguir el concepto de “comisión” de un delito con respecto al de “participación”, ha recurrido invariablemente al concepto de “dominio del hecho”, una noción que ha sido convalidada por la Sala de Apelaciones.⁶⁰ El dominio del hecho está caracterizado por la capacidad de

decidir el “sí” y el “cómo” del hecho.⁶¹ Es aceptado que se puede detentar dominio del hecho a través del dominio sobre la voluntad del ejecutor, por ejemplo en casos en que éste actúa bajo error, coacción o insania.⁶² Ciertamente, el ejecutor puede bien ser un “subordinado” que actuó bajo el “control efectivo” del superior, quien lo indujo a cometer un ilícito bajo error o coacción. Sin embargo, en tales situaciones, la actuación del subordinado no estaría motivada en una apelación a la autoridad (o mando) del superior y por lo tanto no daría lugar a su responsabilidad como tal.

En cualquier caso, aun cuando se puede detentar “control efectivo” a través de mecanismos a los que no subyace una apelación a la autoridad o al mando, lo cierto es que la responsabilidad del superior se sustenta en la relación de subordinación que tiene que existir entre él sus subordinados. Por lo tanto, es decisivo si el superior tiene el poder de emitir órdenes e instrucciones hacia los subordinados, la naturaleza de las órdenes que tiene la capacidad de emitir, así como si sus órdenes son efectivamente obedecidas.⁶³ Esta relación es tan determinante que ha detonado absoluciones tanto en la jurisprudencia temprana de Núremberg⁶⁴ como en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc.⁶⁵

⁶¹ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1003.

⁶² ICC, Decision de 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Kanganda and Ngujolo), párrs. 488 and 495 párrs. 488, 495.

⁶³ ICTY, Judgment de 17.7.2008 – IT-01-42-C, párr. 254.

⁶⁴ Un ejemplo en el cual los superiores fueron absueltos de responsabilidad en razón de que los crímenes fueron cometidos por individuos que no estaban bajo su control o dirección se presenta en el caso Paul Rostock, un funcionario alemán, Jefe de la Unidad de ciencia médica e investigación del Tercer Reich. La fiscalía alegó que se realizaban experimentos con la Malaria y otras enfermedades sobre los reclusos. Sabiendo esto, Rostock continuó trabajando en proyectos de investigación relacionados que daban lugar a nuevos experimentos con seres humanos. La fiscalía alegó que él omitió ejercer su autoridad para impedir los experimentos. El Tribunal concluyó que los experimentos fueron realizados por personas y organizaciones que no estaban bajo el control o dirección de Rostock. Por consiguiente, Rostock fue absuelto y puesto en libertad; Trials of War Criminals before the Nuremberg Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. 2, The Medical Case, p. 208 ss.

⁶⁵ Recientemente, la Sala de Apelaciones del TPIY revocó una condena y dispuso una absolución en razón de que no se había demostrado que el acusado tuviera un “control efectivo”. Se trata del oficial de mayor rango del ejército Yugoslavo, General Perišić, acusado de no haber prevenido y castigado los crímenes cometidos en el contexto del bombardeo de Zagreb, ejecutado en mayo de 1995. Los jueces sostuvieron que existía evidencia contradictoria acerca de si Perišić detentaba control efectivo. Había prueba de que estuvo involucrado en procesos disciplinarios con respecto a esos soldados, de que podía influir en la promoción y democión de los soldados e influir en las operaciones de la SVK (114). Sin embargo, otras pruebas indicaban que no

⁵⁴ ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalić et. al., “Čelebići case”), párr. 197. Ver también ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T, párr. 363.

⁵⁵ *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 210; ver también *Ambos* (nota 1), p. 857.

⁵⁶ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decisión), párr. 412.

⁵⁷ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decisión), párr. 413.

⁵⁸ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decisión), párr. 413.

⁵⁹ Hart, *The Concept of law*, 1961, p. 18 ss.

⁶⁰ ICC, Judgment de 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red (on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, Situation in the Democratic Republic of Congo, “Lubanga Appeals Judgment”), párr. 472; Ver también ICC, Judgment de 23.1.2012 – ICC-01/09-01/11-373, párr. 291.

La existencia de “control efectivo” debe establecerse caso por caso. Según la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso Bemba, los siguientes son factores indicativos:

- (i) el sospechoso detentaba una posición oficial;
- (ii) tenía poder para emitir órdenes;
- (iii) tenía capacidad de garantizar el cumplimiento de sus órdenes;
- (iv) su posición dentro de la estructura militar y las tareas que efectivamente llevaba a cabo;
- (v) su capacidad para ordenar las fuerzas o unidades bajo su mando inmediato o en niveles inferiores a participar en las hostilidades;
- (vi) su capacidad para re-subordinar unidades o hacer cambios en la estructura de mando;
- (vii) su poder para promover, reemplazar, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas; y
- (viii) su autoridad para enviar y retirar a las fuerzas de los lugares donde se desarrollan las hostilidades.⁶⁶

Según ciertas opiniones doctrinarias, el “control efectivo” tiene que provenir de una estructura jerárquica u organización a la cual pertenezcan el superior y el subordinado.⁶⁷ Esa “or-

tenía un control efectivo sobre los subordinados. De hecho, el bombardeo de croatas fue realizado por las fuerzas bajo el mando de un subordinado suyo (Sr. Celeketić). Perišić le dio instrucciones a su subordinado de que no bombardeara Zagreb y él, en cambio, decidió cumplir con las órdenes que recibió del Martić quien le instruyó que sí efectuara el bombardeo. Según la Sala de Apelaciones, considerado aisladamente, el incumplimiento de una orden emitida por Perišić podría ser concebido como un ejemplo excepcional de desobediencia o rebelión. Sin embargo, no había prueba más allá de duda razonable de la emisión de ninguna orden a uno de esos soldados con anterioridad al bombardeo de Zagreb. Tampoco había prueba concluyente del ejercicio de facultades disciplinarias. Una interpretación alternativa de las pruebas del caso, que la Sala consideró razonable, es que Perišić podía influir pero no poseía un control efectivo sobre los responsables del bombardeo. Por lo tanto, la existencia de control efectivo no era la única inferencia razonable que podía trazarse tomando en cuenta la totalidad de la evidencia. Sobre esta base, se revirtió la condena del acusado.

⁶⁶ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 418; En la jurisprudencia del TPIY estos factores han sido enunciados en varias decisiones, como por ejemplo: ICTY, Judgment de 16.10.2007 – IT-01-48-A (Halilović), párr. 207; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párrs. 393 ss., 406, 408, 411, 413; ICTY, Judgment de 17.7.2008 – IT-01-42-C (Strugar), párr. 256; ICTY, Judgment de 12.11.2009 – IT-98-29/1-A (Milošević), párr. 280; ICTY, Judgment de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Orić), párr. 159.

⁶⁷ Karsten, Journal of International Criminal Justice 7 (2009), 983 (994), argumenta que no cabe la responsabilidad como jefes de los líderes de grupos vinculados de manera demasiado laxa o espontánea pues la entidad a la que

ganización” se define como una realidad social que ha de estabilizar o cristalizar las relaciones interpersonales entre sus miembros más allá de la situación específica.⁶⁸ Según la jurisprudencia internacional, allí donde no se pueda probar la existencia de esta estructura, se rechaza la responsabilidad de los superiores con base en que no tienen un control efectivo sobre subordinados sino a lo sumo cierto grado de influencia.⁶⁹ Este parece ser el enfoque correcto. Si bien es cierto que normalmente ha de existir en este contexto una organización jerárquica, lo que interesa es la existencia de control efectivo y no la organización misma. Esto es compatible con la idea, a la que me referiré más adelante, de que puede haber control efectivo con respecto a una conducta aun cuando no esté estrictamente cubierta por un marco organizativo. En estas circunstancias, no habría razón para negar la responsabilidad del superior si tuvo capacidad de prevenir.⁷⁰

Suele sostenerse que en el ámbito militar los subordinados están permanentemente de servicio y sujetos a sistemas disciplinarios. En cambio, con respecto a los civiles, se afirma que están sujetos a la autoridad y el control de los superiores sólo en el marco de sus actividades laborales⁷¹ y no más allá de éstas.⁷² Esa idea reclama tener apoyo en que la ley, en el artículo 28 (b) (ii), especifica que los crímenes deben guardar relación con actividades bajo la responsabilidad y control efectivo del superior. Esto me parece, sin embargo, un entendimiento excesivamente estrecho de la posición de garante. En primer lugar, la comisión delitos internacionales va a ocurrir necesariamente por fuera del marco de

pertenecen precisa tener cierto grado de estabilidad; ver también Sivakumaran, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1129 (1135, 1137); Burghardt, ZIS 2010, 695 (705).

⁶⁸ Burghardt, ZIS 2010, 695 (705).

⁶⁹ Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2008, p. 160.

⁷⁰ Los individuos que ocupan posiciones de preeminencia pueden utilizar grupos de guerrilleros o subcontractistas privados para imponer sus objetivos políticos. Si estos individuos no pertenecen al grupo o son parte de la empresa sub-contratista, su autoridad y control efectivo no podría predicarse sobre la base de la estructura organizacional. Sin embargo, no hay ninguna razón para denegar su responsabilidad si, no obstante, ejercían autoridad y control efectivo sobre los ejecutores. Arnold/Triffterer (nota 1), p. 795 (826, en relación con las autoridades estatales). Creo que esta noción puede extenderse a líderes o dirigentes no estatales, como por ejemplo los líderes de un cartel de drogas que utilizan milicias subcontractadas, guerrillas o grupos paramilitares a los cuales no pertenecen.

⁷¹ Ronen, Vanderbilt Journal of Transnational Law 43 (2010), 313 (340 ss.).

⁷² Wu/Kang, Harvard International Law Journal 38 (1997), 272 (295); Vest, Völkerrechtsverbrecher verfolgen, Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft, 2011, p. 258 s.; Ambos (nota 18 – Treatise), p. 212; Arnold/Triffterer (nota 1), p. 841 argumenta que estas actividades escapan a la órbita de responsabilidad del superior.

lo que constituye el objeto legítimo de una relación laboral amparada en la ley. Sobre esto no hay dudas. Pero más allá de ello, existen situaciones en las que una relación laboral, de culto, sindical etc. puede estar acompañada de un lazo de fuerte dependencia entre el empleado o subordinado y el superior.⁷³ Esta dependencia puede asegurarle al superior un grado de control que se manifieste, por ejemplo, en la capacidad de intimar a los empleados a participar en manifestaciones políticas y movilizaciones organizadas e incluso constituirlos en “fuerzas de choque”. Esa dependencia se intensifica cuando la autoridad estatal está ausente, corrompida o implicada. Quienes, aprovechando estas circunstancias, tienen la capacidad de inmiscuirse y dirigir aspectos de las vidas de sus subordinados que están por fuera de los estrictos límites de la relación laboral, siempre y cuando tengan la capacidad material para prevenir la comisión de los delitos, son responsables como superiores.

Del mismo modo, en los contextos militares, bajo el argumento de que las fuerzas están permanentemente de servicio se sostiene acriticamente que los superiores tienen control efectivo sobre sus subordinados en todo momento. Este argumento es excesivamente formalista y no lo encuentro persuasivo. El control que se requiere debe ser “efectivo”, por contraposición a “formal”.

Por último, se han propuesto dos posiciones en relación con el momento en que el superior debe haber tenido un control efectivo sobre sus subordinados. Según una opinión, el factor determinante es el momento de la comisión del delito. Otra opinión considera que el momento decisivo es cuando el superior omitió tomar medidas para impedir o castigar el delito. Este tema fue discutido arduamente en la jurisprudencia de los tribunales Ad Hoc.⁷⁴ En el marco del ECPI, la pregunta parece haber encontrado una respuesta definitiva en texto de la ley. El control efectivo debe haber existido antes⁷⁵ o al menos durante la comisión de los crímenes. La consecuencia inevitable de esta postura, que tiene importantes repercusiones prácticas, es que si el superior perdió el control efectivo sobre sus subordinados en cualquier etapa anterior al momento en que se proponían cometer el delito el superior no puede ser responsabilizado. Este punto se aborda con mayor detalle más adelante.

V. Naturaleza y contenido de las obligaciones a cargo de los jefes militares y otros superiores

En el marco de la jurisprudencia más reciente de los tribunales Ad-hoc, el superior es responsable de una “omisión propia”.⁷⁶ Su responsabilidad se limita a una omisión pura que se agota en el quebrantamiento de su deber de tomar medidas. Tal como ha sido establecido en la jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc no es necesaria una relación de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes cometidos por los subordinados.⁷⁷ La responsabilidad del superior es diferente de la del subordinado que comete el delito⁷⁸ y no es sancionado como si hubiera cometido el delito él mismo.⁷⁹

La letra del ECPI no permite elaborar interpretaciones concluyentes sobre la naturaleza de este modo de responsabilidad. Por un lado, el artículo 28 establece que el jefe responde “por los crímenes [...] cometidos por sus fuerzas”. Si realmente él respondiese “por los crímenes” como un “autor” no se explica por qué su responsabilidad es accesoria. Además, si se lo considerase responsable de los crímenes, debería requerirse que el superior detente la intención específica que pudiera plantear el crimen cometido por sus subordinados. Como ser *vera* más adelante, esto no se requiere. Luego de esta frase, el ECPI aclara que esos crímenes deben haber sido cometidos por sus subordinados “en razón de [en la versión inglesa dice ‘como resultado de’] no haber ejercido [el jefe] un control apropiado”. Aquí se resalta la omisión y la causalidad, esta última por lo menos en la versión inglesa del ECPI. Con todo, como se explicará más adelante, la causalidad es un requisito explícito en el artículo 28 del ECPI y ello afecta la naturaleza misma de este modo de responsabilidad y lo distingue de sus contrapartes en los Tribunales ad hoc.

La Sala de Apelaciones de la CPI ha sostenido que los “actos que constituyen una mera contribución en la comisión de un crimen son dependientes de ‘si el autor actúa’ y por tanto solo accesorios al acto principal de ‘comisión de un crimen’”.⁸⁰ Estas características aparecen ambas en la responsabilidad del superior, en tanto: (i) él contribuye en la comisión del delito, debe ser “cuasi-causal”; y (ii) no hay responsabilidad del jefe si el subordinado no actúa, no existe la tentativa de responsabilidad como superior. Así, aplicando esta jurisprudencia, el superior detentaría una responsabilidad de naturaleza accesoria. Esta interpretación me parece correcta aunque conviene adelantar aquí un punto importante. Como lo detallaré más abajo, en mi opinión, quienes participan

⁷³ Entrarían en consideración contextos de violencia masiva, de extrema pobreza, de ausencia de autoridad estatal como por ejemplo en casos de territorios dominados por el narcotráfico.

⁷⁴ Ver, con más referencias, ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – Case No. IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 335.

⁷⁵ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 419.

⁷⁶ ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 78.

⁷⁷ TPIY, Judgment de 29.7.2004 – IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaskić), párr. 77; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 22.4.2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 40.

⁷⁸ ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 78.

⁷⁹ ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 293.

⁸⁰ ICC, Judgment de 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red (Lubanga Appeals Judgment), párrs. 467 and 468.

en el delito no responden “por el delito” sino por su participación en el delito cometido por otra persona.⁸¹

Estas cuestiones son de gran relevancia⁸² y deben tenerse en cuenta al estudiar y separar las formas básicas de la responsabilidad de mando. Éstas se han distinguido de manera convincente, en la literatura específica, de la siguiente manera:

- (1) omisión intencional de prevenir;
- (2) omisión imprudente de prevenir;
- (3) omisión intencional de castigar; y
- (4) omisión imprudente de castigar.⁸³

El análisis que sigue tiene en cuenta esta distinción pero procede, metodológicamente, analizando las obligaciones que el ECPI le plantea a los superiores bajo:

- (a) el deber de ejercer control apropiado,
- (b) el deber de prevenir,
- (c) el deber de reprimir o remitir.

2. Responsabilidad en razón de “no haber ejercido un control apropiado”

La estructura del artículo 28 revela dos tipos de deberes en cabeza de los superiores que deben ser claramente diferenciados. En primer lugar existe un deber más bien “general” que exige un control apropiado sobre las fuerzas y los subordinados. En segundo lugar, existe una obligación más “específica” que resulta vulnerada cuando se omite prevenir, reprimir los crímenes o someter el asunto a las autoridades competentes.

Se ha argumentado que a pesar de que el deber general se encuentra fuertemente arraigado en la costumbre internacional⁸⁴ es difícil y confuso distinguir entre las medidas que son relevantes para cumplir, por un lado, con el deber general, y, por el otro, aquellas pertinentes para satisfacer las obligaciones específicas de prevenir y reprimir.⁸⁵ Es cierto que existe una engorrosa superposición parcial entre estas medidas. Sin embargo, en el marco del ECPI, es preciso tener en cuenta esta distinción. Ello así, pues existe un requisito explícito de omisión de ejercicio de “un control apropiado”.

⁸¹ *Jakobs*, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 11 et seq.

⁸² Deben reflejarse adecuadamente en el tenor del veredicto condenatorio (que indica qué se le reprocha al condenado) y en la pena que impone como consecuencia de ese reproche; ver *Olásolo*, *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, 2013, p. 825 ss.

⁸³ *Meloni*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 619 (633 ss.); *Nerlich*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 665 (668 ss.); *Meloni* (nota 26), p. 197.

⁸⁴ TPIY (Appeals Chamber), *Judgement de 16.10.2007 – IT-01-48-A* (Prosecutor v. Halilović), párr. 63.

⁸⁵ TPIY (Appeals Chamber), *Judgement de 16.10.2007 – IT-01-48-A* (Prosecutor v. Halilović), párr. 63 and 64 and ICTY (Appeals Chamber), *Judgement de 3.7.2008 – IT-03-68-A* (Prosecutor v. Orić), párr. 177.

Tal como se expone a continuación, estos deberes están interrelacionados y en algunos escenarios se conectan formando un “continuo”. Cuando el superior tiene la competencia, la capacidad y los conocimientos necesarios para prevenir un delito y se abstiene de hacerlo habrá quebrantado la obligación general de ejercer un control apropiado sobre sus subordinados. Es más, tal incumplimiento entraña la manifestación más sintomática de la omisión de ejercer control apropiado. Por el contrario, cuando de lo que se trata es del deber específico de reprimir la diferenciación entre la obligación general y la específica es crucial. Si el superior, aun cuando no pueda atribuírsele un quebrantamiento de la obligación de prevenir, sí incumplió con su deber general y no ejerció un control apropiado todavía puede ser considerado responsable si posteriormente omitió reprimir o someter el asunto a las autoridades. En cambio, al parecer, el legislador ha considerado que la (mera) omisión de reprimir, si no se incumplió también por lo menos el deber general, no es suficientemente grave como para detonar la responsabilidad del superior en el ámbito internacional.⁸⁶

La obligación de ejercer un control apropiado es operativa incluso antes de que los subordinados estén cometiendo o se propongan cometer los delitos. Existe una serie de factores que han sido considerados indicativos al respecto, como ser si el superior tomó medidas para:

- (i) informar, educar, vigilar y controlar a sus subordinados;⁸⁷
- (ii) promover el conocimiento de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales;⁸⁸
- (iii) establecer las líneas necesarias de comunicación y presentación de informes entre los distintos eslabones de la cadena de mando;⁸⁹
- (iv) afianzar un régimen de disciplina interna.⁹⁰

2. El deber de “prevenir” la comisión de los delitos

En la acepción que aquí interesa, “prevenir” significa: “Prevenir, evitar, estorbar o impedir algo”.⁹¹ El incumplimiento de la obligación de prevenir no se produce exclusivamente a través de la falta de acción. Una omisión no es simplemente “falta de acción”. Si, por ejemplo, la ventana de una habitación está cerrada uno no puede lógicamente ni cerrarla ni abstenerse de cerrarla. Además, con respecto a aquello que está por fuera de la capacidad humana, las personas no pueden hacer lo imposible del mismo modo que no pueden abstenerse de hacerlo.⁹² Por consiguiente, la omisión no debe confundirse con la falta de acción.

⁸⁶ *Nerlich*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 665 (678); de otra opinión *Meloni* (nota 26), p. 166, 175.

⁸⁷ *Triffterer*, en: *Triffterer* (nota 1), p. 22.

⁸⁸ Ver el artículo 87 (2) de; PAI y el párr. 3558 del comentario.

⁸⁹ *Meloni* (nota 26), p. 169 y nota 140.

⁹⁰ Comentario al artículo 87 del PAI, párr. 3549.

⁹¹ *Diccionario de la Real Academia Española*, 2001.

⁹² *v. Wright*, *Norma y acción, una investigación lógica*, 1979, p. 62.

Lo que necesita ser evitado o impedido es la comisión de delitos por parte de los subordinados. Como se indica en un informe de la Comisión de Derecho Internacional, un jefe militar puede contribuir directamente a la comisión de delitos por sus subordinados cuando les ordena llevar a cabo un acto criminal, como ser matar a un civil desarmado. También le puede ordenar a su subordinado que se abstenga de llevar a cabo un acto que el subordinado tiene el deber de realizar, como ser abstenerse de proporcionar alimentos o cuidados médicos a los prisioneros causándoles la muerte⁹³ o bien puede omitir dar la orden de proveer esos alimentos. En estos casos, el delito podría evitarse tanto si el superior emite como si se abstiene de emitir las órdenes en cuestión. Sin embargo, este tipo de contribuciones constituyen supuestos de participación delictiva⁹⁴ o tal vez autoría. Cuando, en cambio, la contribución se agota en no prevenir o sancionar la conducta ilícita estamos en el terreno de la responsabilidad de mando. La cuestión es, desde luego, altamente controversial en los casos límite. Se reconoce que, a excepción de “ordenar”,⁹⁵ todos los modos de participación pueden ser satisfechos por omisión.⁹⁶ Por consiguiente, el dato ontológico de la falta de acción no predetermina la responsabilidad de mando. Esto lleva a complicados problemas de delimitación, en particular entre la complicidad por omisión y responsabilidad de mando.⁹⁷ En la jurisprudencia más reciente de los Tribunales Ad-

hoc no se acepta la condena cumulativa (concurso ideal) por intervención en el delito base más la omisión, como superior, de prevenir ese mismo delito base.⁹⁸ Esto aumenta la relevancia práctica de una correcta delimitación.

La Corte ha abordado esta problemática en la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso contra Laurent Gbagbo. La Sala confirmó diferentes modos de atribución de responsabilidad, autoría y participación, de manera “alternativa”.⁹⁹ Sin embargo, no se confirmó su responsabilidad como superior. Los jueces encontraron que la descripción de los hechos del caso no sustentaba una atribución de responsabilidad basada en su mera omisión de prevenir.¹⁰⁰ Si bien, se sostuvo, había prueba de que Gbagbo omitió prevenir y reprimir los delitos, esta abstención fue un factor inherente a sus esfuerzos deliberados por retener el poder a cualquier costo, incluyendo la comisión de delitos.¹⁰¹ La Sala de Cuestiones Preliminares parece haber aplicado una forma de “concurso aparente”.¹⁰²

conducta del acusado asciende a un aquiescencia oficial del delito lo cual reviste una contribución sustancial.

⁹⁸ ICTY, Judgment de 17.12.2004 – IT-95-14/2-A (Kordić and Čerkez), párrs. 34 s.; Judgment de 23.5.2005 – ICTR-98-44A-A (Kajelijeli), párr. 81; anteriormente, por ejemplo, en ICTR, Judgment de 19.10.2000 – ICTR 97-23-A (Kambanda), IV. Verdict, la condena cumulativa se había aceptado. En cambio, en la jurisprudencia reciente la responsabilidad de mando se considera una circunstancia a ser tenida en cuenta para el establecimiento de la pena. En el ECPI, el artículo 28 comienza con la frase “Además de otras causales de responsabilidad penal”. La intención que tuvo el legislador al incluir esta frase en el ECPI no es clara y la historia de la redacción del artículo 28 no ofrece ninguna luz al respecto. A mi modo de ver, el texto del artículo 28 no se opone a una condena acumulativa. No puedo dedicarme a este punto con mayor profundidad en este trabajo. El párrafo 9 de la introducción general de los Elementos de los crímenes especifica que “[u]na determinada conducta puede configurar uno o más crímenes” lo cual refleja una aceptación explícita del concurso ideal de delitos en el marco del ECPI. La plausibilidad de la condena acumulativa debe determinarse sobre la base del principio de cosa juzgada enunciado en el artículo 20, que debe ser interpretado de una manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (según el artículo 21 [3]).

⁹⁹ ICC, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo del 12.6.2014 – ICC-02/11-01/11-656-Red, párrs. 227 s.

¹⁰⁰ ICC, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo del 12.6.2014 – ICC-02/11-01/11-656-Red, párrs. 227 s.

¹⁰¹ ICC, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo del 12.6.2014 – ICC-02/11-01/11-656-Red, párrs. 227 s.

¹⁰² Conforme las reglas del concurso de leyes, en términos generales, la forma más grave de intervención en el hecho desplaza a la menos grave. La participación es desplazada por la de la autoría y la complicidad por la inducción; ver *Jakobs*,

⁹³ 1996 Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, A/CN.4/SER.A/1996/Add. I, 24.

⁹⁴ 1996 Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, A/CN.4/SER.A/1996/Add. I, 24.

⁹⁵ ICTY, Judgment de 30.11.2006 – IT-98-29-A (Galić), párr. 176.

⁹⁶ Ver el análisis de *Olásolo* (nota 82), p. 760 ss.

⁹⁷ *Meloni* (nota 26), p. 216 ss.; *Olásolo* (nota 82), p. 760 ss.; *Burghardt*, ZIS 2010, 695 (698 ss.). La omisión de prevenir un delito o “no interferencia” ha sido considerado como aprobación o incitación del delito. La aprobación tácita o incitación puede considerarse complicidad cuando de ello resulta una contribución sustancial en el delito. En los casos en que se ha aplicado este modelo el acusado detentaba una posición de autoridad, estaba físicamente presente en la escena del crimen y su no-intervención fue considerada como una aprobación tácita y estímulo; ver ICTY, Judgment de 25.6.1999 – IT-95-14/1-T (Aleksovski), párr. 87; ICTY, Judgment de 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Furundžija), párr. 232, “A pesar de que, según puede decirse, todo espectador alienta el espectáculo – ya que la audiencia es un elemento necesario del espectáculo – el espectador sólo es cómplice si su presencia tuvo, en los autores del hecho, un efecto legitimador y alentador significativo”. La autoridad de los acusados combinada con su presencia en (o muy cerca de) la escena del crimen, especialmente si se considera junto con su conducta anterior, permiten la conclusión de que la

Esta jurisprudencia está en línea con la decisión (posterior) de la Sala de Apelaciones en el caso Lubanga. En este fallo, la Sala de Apelaciones indicó que la diferenciación entre responsabilidad principal y accesoria es predominantemente “objetiva” y guiada por el peso del aporte en el delito.¹⁰³ Este pensamiento también se puede aplicar a la diferenciación entre la responsabilidad del superior y los distintos tipos de imputación accesoria que conoce el ECPI. No hay que olvidar que el ECPI emplea en este sentido cuatro términos diferentes: “facilitar”, ser “cómplice”, “colaborar de algún modo” y “contribuir de algún otro modo”.¹⁰⁴ Así, la distinción entre estos cuatro y la responsabilidad del superior tiene que estar sustentada en el peso del aporte.

La omisión intencional de prevenir, se produce cuando el superior sabe que los subordinados se proponen cometer o están cometiendo los crímenes y no toma todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenirlos.¹⁰⁵ Ésta se ha considerado asimilable a:

- (i) la responsabilidad como “autoría”;¹⁰⁶
- (ii) un delito omisión propia;¹⁰⁷ y

Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, 2. ed., p. 1060; Jescheck/Weigend, Tratado de Derecho Penal, Parte General, 2002, p. 792. Acerca del concurso entre la acción y la omisión, ver las agudas observaciones de Kaufmann (nota 17), p. 239, nota 363.

¹⁰³ ICC, Judgment de 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red (Lubanga Appeals Judgment), párrs. 467 and 468.

¹⁰⁴ Kiss, Indret 2013, 19.

¹⁰⁵ El tipo subjetivo de la responsabilidad del superior se abordará con detalle más adelante.

¹⁰⁶ Se han enunciado más arriba algunos ejemplos remotos de esta interpretación, ver nota 5. En realidad, la responsabilidad del superior no involucra casos de comisión por omisión. Tampoco casos de coautoría o autoría mediata, ya que la omisión de adoptar medidas para prevenir los delitos no agota todos los elementos que requieren estas formas de intervención (entre ellos, el acuerdo de voluntades en la coautoría y las condiciones de intermediación en la autoría mediata). La coautoría requiere una contribución esencial en el plan común. Es la actuación de todos los intervinientes en su conjunto, por contraposición a cada contribución por separado, lo que debe haber causado el delito. En principio, cuando la contribución del superior se agota en no prevenir y los subordinados saben que el superior que no ha de tomar ninguna medida para detener los crímenes puede existir una “contribución psicológica”. Estas contribuciones, consideradas de manera aislada, son por regla insuficientes para satisfacer el requisito de “contribución esencial”. Los conceptos de autoría mediata y control sobre la organización, tal como han sido adoptados en la jurisprudencia de la CPI, requieren dominio del hecho a través del dominio del ejecutor; ver ICC, Decision de 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Katanga and Ngudjolo), párr. 497 ss. La responsabilidad del superior no incluye estos elementos.

¹⁰⁷ Según *Ambos*, los crímenes cometidos por los subordinados no constituyen un elemento típico ni una condición

- (iii) la complicidad.¹⁰⁸

Tal como lo mencionan otros comentaristas, la responsabilidad del superior por su omisión de prevenir se asimila más a la complicidad que a los otros modos de atribución.¹⁰⁹ Cabe destacar, sin embargo, que a los cómplices no se les imputan “los crímenes” sino su participación en los crímenes cometidos por otra persona (el autor).¹¹⁰ Sostener que el cómplice es responsable del delito sugiere un “concepto extensivo de autor”. De acuerdo con esta noción, todos los que aportan una condición para un resultado son tenidos como responsables del resultado y las normas relativas a la complicidad y la instigación operan para restringir el alcance de esa responsabilidad individual. En la literatura jurídica, sin embargo,

objetiva de punibilidad del superior. En cambio, constituyen un “punto de referencia” con respecto a la omisión del superior – lo cual explica por qué debe existir una relación causal, *Ambos* (nota 1), p. 851. El superior comete un delito de omisión propia, que surge del incumplimiento de su deber de control; *Ambos*, Tratado (nota 18), 207. Crítica, *Meloni* (nota 7), p. 198 y 299. Según *Ambos*, el superior es responsable por su omisión de ejercer control. Sin embargo, no es sólo castigado por esto sino también por los delitos de sus subordinados – lo cual combina una responsabilidad directa y una mediata. Sin embargo, la idea de que la responsabilidad del superior refleja una omisión propia, en el marco del ECPI debe rechazarse ya que como se ha dicho el tipo requiere “causalidad” entre la omisión y los crímenes cometidos por los subordinados. Además, como argumento colateral, es difícil conciliar la posición de *Ambos* con el texto de la norma 145 del Reglamento de procedimiento y prueba. Según ésta, la pena privativa de libertad debe reflejar la culpabilidad de la persona condenada. No puede imponerse un castigo en razón de circunstancias de las cuales el superior no es responsable.

¹⁰⁸ *Meloni* (nota 26), p. 198; *Nerlich*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 665 (673).

¹⁰⁹ *Nerlich*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 665 (673); *Olásolo* (nota 82), p. 829; *van Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law, 2012, p. 200. Un informe de la comisión de derecho internacional indica que cuando el superior tiene conocimiento actual de que sus subordinados están cometiendo delitos o se propone cometerlos puede ser considerado “un cómplice en el delito según principios generales de derecho penal relacionados con la complicidad”. General Assembly, Official Records, Fifty-first Session, Supplement No. 0 (A/51/10) 38. Uno de los informes del Comité preparatorio y el Zutphen draft proponían el siguiente texto: “además de otros (tipos de complicidad, modos de participación) en los delitos de este Estatuto, el superior también es penalmente responsable (como cómplice) de los delitos cometidos por las fuerzas bajo su control [...]”; Preparatory Committee on the establishment of the International Criminal Court, A/AC.249/1 85 (UK Proposal); A/AC.249/L.4 (propuesta de Canada), p. 15.

¹¹⁰ *Jakobs* (nota 81), p. 11 et seq.

predomina una interpretación diferente conocida como “concepto restrictivo de autor”. Conforme esta interpretación, el delito se le reprocha tan sólo a quien lo “comete”. Si se responsabiliza a otras personas, además del autor, lo es sobre la base de normas específicas que criminalizan su comportamiento (las reglas de complicidad, instigación, etc.). La responsabilidad de estos intervinientes es “accesoria” y depende de si el autor finalmente “actúa”.¹¹¹ La responsabilidad del superior también es accesoria ya que depende del comportamiento del autor del hecho, esto es, depende de que el autor del hecho por lo menos se proponga cometerlo. No se le imputan entonces los delitos sino que responden por los delitos cometidos por sus subordinados en razón de no haber ejercido un control apropiado. Hay que tener en cuenta que si en verdad se le imputasen los delitos debería ser necesario, cuando el crimen requiriese una intención específica, que el superior actúe u omita con tal intención.

Tal como se ha especificado más arriba, la omisión de prevenir también puede cometerse de manera imprudente.¹¹² En estos supuestos, la naturaleza y la extensión de la responsabilidad del superior han sido discutidas arduamente en especial sobre la base de lo que sería legítimo atribuirle al superior sin violentar el principio de culpabilidad.¹¹³

¹¹¹ ICC, Lubanga Trial Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, párr. 998.

¹¹² En relación con la omisión “imprudente” de prevenir hay que examinar por lo menos dos puntos. En primer lugar, una omisión imprudente de prevenir un delito no contribuye en el delito en el mismo grado, desde una perspectiva objetiva, que la omisión intencional de prevenir el delito. En efecto, cuando los subordinados saben que el superior no les impide cometer los crímenes aun cuando es consciente de que los están cometiendo el superior coopera psicológicamente en el delito. Cuando en cambio la omisión es imprudente, esta contribución no se produce. En segundo lugar, existen antiguas teorías en derecho penal según las cuales una contribución imprudente en un delito doloso no puede considerarse “causal” del delito, ya que la intervención de un agente doloso rompe el nexo causal (esta teoría es conocida como “prohibición de regreso” o “Regressverbot”). Ver notas en *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1993, 24/7; *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. 1, 6. ed. 2011, § 15 párr. 70. Una persona que es responsable de una condición negligente, por ejemplo, al dejar una pistola cargada sobre la mesa, no es responsable del asesinato cometido por alguien que le roba el arma de su casa; *Stratenwerth/Kuhlen* (en el lugar ya citado), § 15 párr. 71. Sin embargo, si el delito es cometido por el propio hijo de la persona, dado que se verifica una posición de garante, la respuesta penal puede ser diferente; ver *Bacigalupo*, *Principios de Derecho Penal*, 4. ed. 1997, p. 192.

¹¹³ *Nerlich*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 665 (672 ss.) ha propuesto el desarrollo científico más innovador en este contexto. En su opinión, lo que se le atribuye al superior no es la conducta de los subordinados sino el resultado de esas conductas. *Van Sliedregt* (nota 109), p. 200, 206, considera esta propuesta como “una solución de

En cuanto a las medidas específicas el superior está llamado a tomar, se ha dicho e insistido que dependen de las circunstancias particulares de cada caso y que plantean cuestiones probatorias más que requisitos sustantivos.¹¹⁴ Para decidir si una medida específica es necesaria y razonable, se ha indicado, hay que tomar en cuenta que:

- no se le puede requerir al superior que haga lo imposible o que tome todas las medidas imaginables de evitación sino sólo aquellas que son necesarias, razonables y están a su alcance ;
- en la determinación de cuáles son sus capacidades, hay que estar al control efectivo que tenga el superior sobre la conducta de sus subordinados en el momento en que se presenta la situación generadora del deber de actuar;
- mientras más graves o inminentes sean los delitos más atenta y más expeditiva debe ser la reacción del superior.¹¹⁵

La doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc ofrecen nutridos ejemplos de medidas específicas que se han requerido de los superiores, las cuales incluyen: la obtención de informes acerca de si las operaciones militares se han llevado a cabo de conformidad con el derecho internacional;¹¹⁶ la emisión de órdenes requiriendo el cumplimiento del derecho humanitario;¹¹⁷ medidas más activas que la simple

compromiso”; *Ambos* llega a la misma conclusión (en nota 18 – Treatise), p. 220. A mi modo de ver, independientemente de si el aislamiento de la conducta del subordinado es un recurso legítimo para solucionar el problema de imputación, el lenguaje del Artículo 28 (a) (ii) y (b) (iii) hace difícil la adopción de esta tesis. La ley dice que el superior debe haber omitido adoptar medidas para prevenir la “comisión”; no dice en cambio: prevenir “las consecuencias” o bien “los delitos”.

¹¹⁴ ICTY (Trial Chamber), Judgement de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 329; ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 177.

¹¹⁵ ICTY (Trial Chamber), Judgement de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 329; ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 177.

¹¹⁶ ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374; ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153. Ver también Judgment de 19.2.1948 (United States of America v. Wilhelm List et al.), en: *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 11/2, p. 1290.

¹¹⁷ ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374. Ver también Judgment de 19.2.1948 (United States of America v. Wilhelm List et al.), en: *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 11/2, p. 1311.

emisión de órdenes de rutina;¹¹⁸ emitir órdenes específicas, protestar y criticar la comisión de delitos;¹¹⁹ tomar medidas disciplinarias¹²⁰ y reportar e insistir ante las autoridades superiores a efectos de que se tomen medidas inmediatas.¹²¹ Pueden existir medidas capaces de evitar los delitos que no tengan que ver con la emisión de órdenes. Por ejemplo, el superior podría postergar o aplazar operaciones militares, suspender, excluir o redistribuir a los subordinados que sean violentos y llevar a cabo operaciones militares de un modo que reduzca el riesgo de delitos específicos o las oportunidades para su comisión.¹²²

En principio, el hecho de que los subordinados no cumplan las órdenes indica una falta de control efectivo. Sin embargo, las órdenes tienen que ser “genuinas” y tienen que ser aplicadas de manera consistente. En particular, cuando los subordinados actúan bajo una cultura de la impunidad, el superior no habrá adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir los delitos si emite órdenes formales de no cometer delitos mientras que, al mismo tiempo, lleva a cabo una práctica que es abiertamente contradictoria con lo que ordena.

El fallo Lubanga presenta un ejemplo de dicha situación. Aunque la responsabilidad del acusado se analizó con respecto a la coautoría, prevista en el artículo 25 (3) (a), se ha discutido y rechazado un planteo de la defensa acerca de que el acusado se opuso al reclutamiento de niños menores de quince años en la UPC y tomó medidas para garantizar que los niños fueran desmovilizados. Se planteaba que Lubanga prohibió formalmente la práctica de reclutamiento de niños, emitió órdenes para impedirlo¹²³ y llevó a cabo un seguimiento de dichas órdenes en tanto solicitó informes sobre su cumplimiento¹²⁴ y emitió decretos suplementarios de desmovilización.¹²⁵ La Sala concluyó que no había prueba, ni siquiera prima facie, de que estas órdenes se hayan emitido con la

finalidad de ser implementadas.¹²⁶ A pesar de estas órdenes, los niños continuaron siendo reclutados y re-reclutados durante el período de los cargos. La UPC no cooperó con las ONGs que trabajan en el área de la desmovilización de niños y hasta existieron casos de amenazas contra sus propios colaboradores. El acusado utilizaba niños menores de quince años como sus guardaespaldas y participó en discursos y reuniones a las que asistían reclutas menores de quince años.¹²⁷ Se concluyó que las órdenes de no reclutar niños y desmovilizar aquellos presentes en las milicias no fueron emitidas con la una intención real de implementarlas.¹²⁸

3. El deber de reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento

El contenido del deber de reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento (de aquí en más, el deber de “remitir”) ha encontrado un amplio tratamiento en la jurisprudencia de los Tribunales Ad- Hoc, bajo el concepto de “deber de castigar”. Cuando existe una sospecha razonable de que un subordinado cometió un delito¹²⁹ el superior está obligado a investigar (u ordenar una investigación)¹³⁰ y tomar medidas activas para garantizar que los responsables sean llevados ante la justicia.¹³¹ Una vez convencido de la existencia de los hechos, si el superior está facultado para sancionar a los responsables, debe hacerlo.¹³² Si, en cambio, él no es la autoridad competente,¹³³ debe poner el asunto en conocimiento de esa autoridad.¹³⁴

¹¹⁸ ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374.

¹¹⁹ ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374.

¹²⁰ ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374.

¹²¹ ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 331; ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 153 ss.; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 374; ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 89.

¹²² Olásolo (nota 82), p. 1140.

¹²³ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1281.

¹²⁴ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1304 ss.

¹²⁵ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1313 ss.

¹²⁶ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1321.

¹²⁷ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1346 ss.

¹²⁸ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1348.

¹²⁹ ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 336.

¹³⁰ ICTY, Judgment de 27.9.2007 – IT-95-13/1-T (Mrkšić et al.), párr. 568; ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 376.

¹³¹ Judgment de 27.10.1948 (United States of America vs Wilhelm von Leeb et al.), en: Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Vol. 11/1) p. 623. ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 100. Por lo menos debe asegurar que el hecho sea investigado, (párr. 97) y transmitir un informe a las autoridades competentes para que efectúen investigaciones; ICTY, Judgment de 1.9.2004 – IT-99-36-T (Brđanin), párr. 279; ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párrs. 97, 100.

¹³² Con respecto al tipo de sanciones que pueden imponerse, ver Sivakumaran, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1129 (1143).

¹³³ En principio, el superior no puede ser encontrado responsable por haber omitido castigar y remitir el mismo asunto a las autoridades competentes. Ello así, pues si tiene competencia para castigar entonces es él quien debe aplicar

Hay ciertos requisitos que tienen que cumplirse para que se genere la obligación de castigar. En primer lugar, el subordinado tiene que haber cometido un crimen de la competencia de la CPI. Por ejemplo, la planificación de un delito no es en sí misma punible con arreglo al Estatuto de Roma – salvo por el delito de agresión (con respecto al cual la CPI no puede ejercer su competencia aún). Así, la omisión de castigar la mera planificación de un crimen no puede dar lugar a responsabilidad en virtud del artículo 28. En segundo lugar, esta conducta debe ser punible con arreglo al derecho interno que el superior está llamado a aplicar. Ello así, pues si la legislación nacional no la tipifica como delito el superior no será capaz de castigarla.

Es aceptado que el superior debe tener control efectivo de los subordinados al momento en que tiene que tomar medidas de investigación y de castigo en su contra.¹³⁵ En cambio, se ha discutido mucho si tal conexión es necesaria al momento en que los subordinados cometieron los delitos ya que los superiores pueden tener la capacidad de castigar delitos cometidos con anterioridad al momento en que fueron investidos como superiores.¹³⁶ Si, por ejemplo, tras la comisión de un delito hubiese tenido lugar un cambio de mando ¿tiene el nuevo superior obligación de castigar? Esta situación se produjo en el caso Hadžihasanović ante el TPIY. La Sala de Primera Instancia condenó al imputado como jefe militar por haber omitido castigar a los responsables pero la decisión fue revocada en apelación. La Sala de Apelaciones sostuvo que, en cuanto al deber de castigar, el superior debe haber tenido control sobre los autores tanto en el momento en que debió tomar medidas para castigarlos como en el momento, anterior, en que éstos cometieron el delito.¹³⁷ El ECPI refleja en su texto esta misma interpretación. Según los párrafos (a) y (b) del artículo 28, el superior es responsable de los crímenes

cometidos “en razón de” (la versión inglesa del ECPI utiliza la fórmula “as a result of”) la ausencia de control apropiado. Por lo tanto, es necesario que el superior haya ejercido control tanto en el momento en que sus subordinados se proponían cometer los delitos o bien los estaban cometiendo como en el momento en que desatendió su obligación de castigarlos. Si, con posterioridad a la comisión de los delitos un nuevo superior asume el mando éste podría tener una obligación de castigar derivada del derecho doméstico o del derecho internacional humanitario. Pero el incumplimiento de este deber no puede fundar una responsabilidad penal conforme el ECPI.¹³⁸ En otras palabras, el escenario conocido como “superior subsecuente” no da lugar a atribución de responsabilidad de mando en el ECPI.¹³⁹

El Estatuto de Roma criminaliza la omisión de “reprimir” el crimen. De acuerdo con la decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, el deber de “reprimir” abarca dos momentos diferentes. En primer lugar, incluye el deber de detener o interrumpir los crímenes en curso. En segundo lugar, impone la obligación de castigar a las fuerzas después de la comisión de delitos.¹⁴⁰ En relación con la primera acepción, se ha dicho que la interrupción de los delitos ha de ocurrir en el período entre su prevención (el “antes”) y el castigo (el “después”) de los delitos, en un momento “durante” la comisión.¹⁴¹ Yo creo que es preferible considerar la “interrupción” como la intervención durante la ejecución de crímenes con el fin de evitar que la tentativa de delito evolucione hacia la consumación o de que cese la situación delictiva que es característica de los delitos de ejecución continuada o los permanentes.¹⁴² Así, la obligación de reprimir se orientaría hacia un juicio de reproche con respecto a un hecho pasado y no involucraría la prevención de ese hecho pasado. Esto clarifica el ámbito de aplicación de los conceptos y determina el tipo y el alcance de las medidas que se esperan de los superiores en cumplimiento del deber de reprimir - por ejemplo, adoptar medidas para interrumpir el suministro de

ese castigo y no es suficiente con remitir el asunto a un órgano incompetente para tomar a cargo la investigación y el castigo. Pueden haber, sin embargo, aspectos de la conducta de sus subordinados que él puede castigar legítimamente y otros aspectos sobre los que no tiene competencia.

¹³⁴ ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 16.10.2007 – IT-01-48-A (Prosecutor v. Halilović), párr. 182; ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párrs. 97, 100; ICTY, Judgment de 27.9.2007 – IT-95-13/1-T (Mrkšić et al.), párr. 568.

¹³⁵ ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párrs. 194 ss.

¹³⁶ ICTY, Judgment de 26.2.2004 – IT-95-14/2-T, TC (Kordić and Čerkez), párrs. 418 and 421. Ver también las opiniones disidentes de los Judges Shahabuddeen y Hunt en ICTY, Decision de 16.7.2003 – IT-01-47-AR72 (Hadžihasanović et al.), Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, párr. 1; Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt, párrs. 7 ss.

¹³⁷ ICTY, Decision de 16.7.2003 – IT-01-47-AR72 (Hadžihasanović et al.), párrs. 37 ss., 51, decidido por mayoría; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 16.10.2007 – IT-01-48-A (Prosecutor v. Halilović), párr. 67; ICTY, Judgment de 28.2.2013 – IT-04-81-A (Perišić), párr. 87.

¹³⁸ Una concepción diferente en *van Sliedregt* (nota 109), p. 192 ss., quien argumenta que no existe una laguna de punibilidad. En su opinión, el artículo 28 sí se aplica al superior subsecuente ya que no es necesario que el superior detente control efectivo en el momento del delito base cuando de lo que se trata es del deber de remitir (198). En mi opinión, la exigencia de control apropiado al momento en que los delitos fueron cometidos resulta del texto del artículo 28 – los crímenes deben ser el resultado de no haber ejercido un control apropiado. Este requisito se aplica sin distinciones a la omisión de prevenir, de reprimir y de remitir. No veo cómo sustentar tal diferenciación en el texto de la ley.

¹³⁹ *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 219 ss.; *Olásolo* (nota 82), p. 787 ss., analiza y descarta que una omisión de esta naturaleza pueda considerarse bajo los Artículos 25 (3) (c) y (d) del ECPI.

¹⁴⁰ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 439.

¹⁴¹ *Sivakumaran*, *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), 1129 (1143).

¹⁴² *Arnold/Triffterer* (nota 1), p. 820.

insumos para las tropas no sería idóneo a los efectos de reprimir los crímenes en curso, sino en todo caso para prevenir su continuación o su consumación. Como se decía más arriba, los Estatutos de los Tribunales Ad-hoc no contienen el término “reprimir” sino el binomio “prevenir” y “castigar”. El lenguaje del ECPI proviene de los artículos 86 y 87 de la API (que contienen los términos “prevenir”, “reprimir” y “suprimir”). La interpretación que propongo es más cercana a la interpretación que se le ha dado a los términos “prevenir” y “reprimir” en el comentario a la API, según el cual los delitos “que se están cometiendo” son alcanzados por el deber de prevenir y la obligación de reprimir se asocia a la “obligación de castigar”.¹⁴³

Las nociones de “competencia” y “autoridad” tienen profundas raíces en la filosofía del derecho. La competencia para investigar y juzgar un delito tiene que surgir de una regla que invista a la persona de competencia. Tales reglas establecen que la persona en cuestión tiene la facultad de ejercer competencia sobre los casos, y, siguiendo un conjunto de formalidades, emitir decisiones. Estos preceptos son constitutivos de la autoridad judicial, en el sentido de que ninguna persona puede legalmente investigar, procesar o juzgar si no es en virtud de una norma de este tipo y con el alcance que determina la norma.¹⁴⁴ Sin embargo, en el contexto de los grupos armados irregulares, la pregunta sobre quién es la autoridad competente presenta rasgos particulares. Existe jurisprudencia en el sentido de que si había un sistema disciplinario disponible que podría haber sido empleado por el superior dentro de la fuerza irregular, éste proporcionaría un medio adecuado para el castigo del delito aun cuando ese sistema no sea avanzado en el sentido de no estar codificado y sancionado formalmente por las autoridades competentes.¹⁴⁵ Se ha considerado poco realista interpretar que estos grupos deberían remitir a quienes delinquen a las autoridades del Estado que no reconocen o contra el cual están luchando.¹⁴⁶ De hecho, bajo estas circunstancias, se podría interpretar que esas medidas no son “razonables” o bien que no son “necesarias” ya que existe un sucedáneo del sistema disciplinario Estatal dentro de las fuerzas irregulares.

4. Adoptar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance

El artículo 28 no impone una obligación “de resultado”, en el sentido de que el incumplimiento se verificaría automáticamente si los delitos de hecho ocurren o no son reprimidos. Lo que el jefe está obligado a hacer es “tomar medidas” para prevenir los delitos. También está obligado a tomar medidas para castigar los delitos, es decir, el calificativo de “tomar medidas” no modifica sólo a la obligación de prevenir sino también a la de reprimir.¹⁴⁷ El superior no está obligado a realizar lo imposible,¹⁴⁸ tan sólo está obligado a adoptar todas las medidas que sean necesarias, razonables y estén a su alcance.

La cuestión de qué medidas cumplen con este estándar dependerá eminentemente de las circunstancias del caso.¹⁴⁹ Las medidas exigidas deben ser “adecuadas para que el superior cumpla su obligación (demostrando que realmente trató de impedir o castigar)” y deben “caer razonablemente dentro de las competencias materiales de la superior”.¹⁵⁰ El hecho de que las medidas sean disciplinarias, penales, o una combinación de ambas, no es por sí solo determinante para decidir si el superior ha cumplido con su deber.¹⁵¹

Puede haber medidas que son necesarias pero no suficientes, por sí solas, para prevenir o sancionar los crímenes. Al exigir que se tomen todas las medidas necesarias la ley tiene por objeto garantizar que haya un conjunto de condiciones necesarias que, acumulativamente, sean suficientes para garantizar que los delitos no se produzcan o que van a ser castigados.

Una medida no sería razonable si fuera desproporcionado exigirla. En la determinación de la proporcionalidad hay que tener en cuenta al menos dos dimensiones. En primer lugar, se debe contemplar la probabilidad de que ocurran los delitos y la capacidad real de las medidas en cuestión para prevenirlos o disminuir sus consecuencias. En segundo lugar, se deben tener en cuenta las consecuencias que puedan surgir, en una situación de conflicto, de la ejecución de las medidas necesarias, incluyendo las desventajas estratégicas que ello acarrearía en una situación de combate. No hay que perder de vista que la obtención de ventajas militares con la finalidad de ganar ciertas batallas puede constituir un paso necesario para la protección de los subordinados, los civiles o los valores que llevan a la confrontación armada. Estas consideracio-

¹⁴³ Comentario del artículo 86 del PAI, párr. 3548. Incluso cuando el artículo 86 del PAI se refiere a las nociones de “prevención” y “represión”, el concepto de represión se vincula con el “castigo”. Además se infiere del comentario que, preferentemente, la omisión de tomar medidas apropiadas cuando los crímenes se están cometiendo está captada por la omisión de prevenir y no de castigar.

¹⁴⁴ *Alchourrón/Bulygin*, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, 1987, p. 239.

¹⁴⁵ SCSL, Judgment de 20.6.2007 – SCSL-04-16-T, TC II (Brima et al.), párr. 1739.

¹⁴⁶ *Sivakumaran*, Journal of International Criminal Justice 10 (2012), 1129 (1146).

¹⁴⁷ Ver el Comentario al PAI, párr. 3548.

¹⁴⁸ ICTY, Judgment de 29.7.2009 – IT-95-14-A (Blaškić), párr. 417.

¹⁴⁹ ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 22.4.2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 142.

¹⁵⁰ ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 177; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 16.10.2007 – IT-01-48-A (Prosecutor v. Halilović), párr. 63.

¹⁵¹ ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 22.4.2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 33.

nes no pueden ser soslayadas y deben ser parte de esta ecuación.

Las medidas que el superior pueda “tener a su alcance” no se limitan a aquéllas que tiene permitido ejecutar por ley. No es necesario que el superior tenga la “capacidad jurídica explícita” de adoptar las medidas sino que basta con la capacidad de material de adoptarlas.¹⁵²

5. Los crímenes “cometidos” por las fuerzas o subordinados

Los jefes y los superiores son responsables por los crímenes “cometidos” por los subordinados. Esto plantea la cuestión de si la responsabilidad sólo se aplica en relación con los delitos “cometidos” (en sentido estricto) o bien, en una interpretación más amplia del término “comisión”, la atribución de responsabilidad también puede efectuarse en tanto los subordinados soliciten, induzcan o colaboren en el delito cometido por otro.

La Sala de Apelaciones del TPIY adoptó la interpretación de que la responsabilidad del jefe alcanza los supuestos en que sus subordinados planifiquen, instiguen, ordenen, cometan o sean cómplices en el delito.¹⁵³ La cuestión no es meramente teórica. En el caso Krnojelac ante el TPIY se analizó la responsabilidad del superior por los actos de los guardias de un campo de detención que permitieron que individuos ingresasen desde fuera del campamento y golpearan a los detenidos con lo cual (los subordinados) fueron cómplices del maltrato. El acusado resultó condenado como superior.¹⁵⁴

Algunos comentaristas opinan que una interpretación como la elaborada por el TPIY es aceptable en el marco del Estatuto de Roma,¹⁵⁵ otros exigen que los subordinados hubieran desempeñado un “rol esencial”,¹⁵⁶ y, finalmente, otros sostienen que los subordinados deben haber “perpetrado” los crímenes.¹⁵⁷ Es cierto que el término “comisión” se utiliza en el Estatuto tanto de una manera general¹⁵⁸ como de

manera restrictiva.¹⁵⁹ Conceptualmente, cuando los subordinados no “comenten” stricto sensu los crímenes, ellos no deciden si y cómo se cometen los crímenes (dominio del hecho). La consecuencia de ello es que, en principio, cuando los subordinados fueran instigadores o cómplices y los autores fueron terceros (civiles, por ejemplo) entonces el jefe: (i) carecería de la capacidad material para prevenir dichos delitos;¹⁶⁰ y (ii) su omisión no sería causal del resultado. En estas circunstancias, en principio no se puede mantener que el superior es responsable del delito en razón de que omitió prevenirlo. Sin embargo, es cierto que un interviniente puede contribuir en el delito de manera “esencial” y sin embargo no ser autor ni coautor. El superior de este interviniente, que aunque no es autor si es “esencial”, sí tendría la capacidad material para prevenir los delitos y su omisión podría ser “causal”. Si se adoptan estas limitaciones, es legítimo responsabilizar al superior a pesar de que el subordinado no haya “cometido” el hecho en sentido estricto.

En la regulación del tipo subjetivo se estipula que el superior tiene que saber que los subordinados están cometiendo o se proponen cometer el delito. Es tentador interpretar la fórmula “se proponen cometer los delitos” como refiriéndose a “actos que supongan un paso importante en la ejecución del delito” siguiendo la redacción del artículo 25 (3) (f) y las nociones que sustentan esta disposición.¹⁶¹ En relación con el deber de reprimir es evidente que, dado que la conducta del subordinado debe constituir un crimen de la competencia de la Corte, los subordinados deben por lo menos haber cometido una tentativa para que el jefe pueda ser considerado responsable. Sin embargo, esta misma consideración no se aplica necesariamente al “deber de prevenir”.¹⁶²

Esta cuestión es importante sobre todo porque si perdiera el control efectivo sobre sus subordinados en cualquier etapa anterior al momento en que los subordinados “se proponían cometer” los delitos, el superior no puede ser considerado responsable. Cabe destacar que las diferentes versiones lingüísticas del Estatuto no son idénticas en este punto. La versión en inglés sostiene “about to commit the crime” que en una traducción textual significa “a punto de cometer el delito”. Esto indica que la comisión “comenzará pronto” o

¹⁵² ICTY, Judgment de 15.9.2008 – IT-04-83-T (Delić), párr. 56.

¹⁵³ Debe entenderse que el concepto de “comisión”, conforme el artículo 7 (3), abarca todos los modos de responsabilidad incluidos en el artículo 7 (1); ver ICTR (Appeals Chamber), Judgment de 28.11.2007 – ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana et al.), párrs. 485 s.; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 21; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 9.5.2007 – IT-02-60-A (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), párr. 280 ss.

¹⁵⁴ ICTY, Judgment de 15.3.2002 – IT-97-25-T, TC II (Krnojelac), párr. 319.

¹⁵⁵ Nerlich, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 665 (669).

¹⁵⁶ Meloni (nota 26), p. 151.

¹⁵⁷ Ambos (nota 18 – Treatise), p. 214.

¹⁵⁸ En las definiciones de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra el Estatuto emplea el verbo “cometer” – a diferencia de los Elementos de los crímenes, donde mayormente se usa la palabra “perpetrar”. Por ejemplo, en la exclusión de la competencia de la CPI sobre las personas menores de dieciocho años de acuerdo con el artículo 26 se emplea un entendimiento general de “comi-

sión”. Lo mismo puede decirse de las reglas del tipo subjetivo según el artículo 30 (1), así como en relación con la “obediencia debida” regulada en el artículo 33. En cuanto a las normas procesales, la orden de detención según el artículo 58 (1) (a) y la Confirmación de cargos en virtud del artículo 61 (7) proceden con respecto a una persona que “cometió” un crimen. Esto refleja, sin duda, un entendimiento general de la noción de “comisión”.

¹⁵⁹ En el artículo 25, salvo quizás por el párrafo (2), y, podría argumentarse, también el (3) (e).

¹⁶⁰ Ver el análisis de van Sliedregt (nota 109), p. 189 ss.

¹⁶¹ Hay quienes opinan que la tentativa de cometer un delito no está cubierta por este modo de responsabilidad, ver Mettraux (nota 45), p. 79; Arnold/Triffterer (nota 1), p. 827.

¹⁶² Arnold/Triffterer (nota 1), p. 820 opina que en tanto la ley contiene dos formulaciones diferentes no puede dárseles el mismo significado.

que es “inminente” lo cual centra la atención en elementos objetivos – la proximidad temporal o la existencia de condiciones suficientes (inminencia) para el resultado, es decir los crímenes de los subordinados. La versión española dice “se proponían cometerlos”. Esta versión destaca el elemento subjetivo, basta con que las fuerzas tengan la intención o el propósito de cometer los delitos. No se requiere en cambio ni una proximidad temporal ni inminencia. A su vez, la versión francesa no refleja ningún tipo de limitaciones objetivas o subjetivas específicas. Dice: “allaient commettre”.

VI. La causalidad

Una de las cuestiones más importantes que plantea la responsabilidad del superior en el ECPI es la relación entre su omisión y los crímenes de los subordinados. En particular, surge la cuestión de si es necesaria una relación de causalidad. La causalidad requiere que la conducta sea “conditio sine qua non” del resultado. Una conducta es causal de un resultado si suprimida mentalmente el resultado no habría ocurrido.¹⁶³ Cuando de lo que se trata es de una omisión, la fórmula reza: si el individuo no hubiese omitido su acción, el resultado no habría ocurrido.¹⁶⁴ En el ámbito académico, se ha discutido mucho si la causalidad es un requisito en los delitos de omisión.¹⁶⁵ Algunos autores creen que el resultado puede ser

atribuido a pesar de la falta de causalidad – la atribución se guía por consideraciones normativas.¹⁶⁶ Otros reformulan la noción de la causalidad de una manera que la vuelve aplicable en los casos en que, a su modo de ver, se debe confirmar la atribución. Se refieren, en los casos de omisión, a la cuasi-causalidad, causalidad hipotética y causalidad posible o potencial.¹⁶⁷

A diferencia de la relación de causalidad entre una acción y un resultado, respecto de los cuales en la mayoría de los casos se puede determinar con certeza si la acción causó el resultado, en los delitos de omisión la relación de causalidad es hipotética. Esto se debe a que la relación implica el ejercicio mental de imaginar una acción que no ha sido ejecutada, que habría detonado un curso de acontecimientos que no ha tenido lugar para evitar un resultado que en verdad sí ocurrió.¹⁶⁸ Al respecto, no puede emitirse ningún juicio de certeza sino tan sólo un juicio de (mayor o menor) probabilidad. La causalidad hipotética estaría verificada si la conducta que el individuo omitió ejecutar habría hecho posible que no se produzca el resultado no deseado, en el sentido de que habría reducido el riesgo de producción.¹⁶⁹ Dicho de otro modo, la omisión del jefe debe haber incrementado el riesgo de producción del resultado.¹⁷⁰ En cuanto al nivel de riesgo requerido, existen quienes opinan que es suficiente con que la conducta hubiese reducido el riesgo;¹⁷¹ quienes exigen una probabilidad rayana en la certeza de que el resultado no se habría producido;¹⁷² y quienes exigen certeza.¹⁷³

¹⁶³ Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 25. Dado que todas las condiciones, de conformidad con esta noción, son equivalentes una conducta que ha producido el resultado de una manera extremadamente remota, inusual y casual debe ser considerada una causa. Sin embargo, aun cuando se satisfaga el test de la *conditio sine qua non* ello no es suficiente para afirmar la atribución penal. Se ha propuesto que es necesario identificar entre todas las condiciones que son necesarias para causar un resultado aquellas más “eficientes”, “próximas” “facilitadoras” (por contraposición a aquellas que dificultan la producción del resultado) y tener por causa solo a éstas; ver *Samson*, *Cursos causales hipotéticos en Derecho Penal*, una contribución sobre la causalidad de la complicidad, 2003, p. 14 s. En el common law americano este problema se discute bajo la denominación de “causa próxima” y en el derecho alemán, los casos de efectos remotos se han tratado bajo la doctrina de la “adecuación social” e “imputación objetiva”. Según la doctrina moderna, la atribución de un resultado depende de consideraciones normativas además del test de la *conditio sine qua non*, ver *Frister*, *Causalidad riesgo e imputación*, 2009, p. 501 ss.

¹⁶⁴ *Fletcher*, *Rethinking criminal law*, Oxford University Press, 2000, p. 371.

¹⁶⁵ *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 53 (2000), 29 (41 ss., ver sus referencias en nota 25). Se ha argumentado que la relación de causalidad requiere la “aplicación de energía” y ello está ausente en los delitos de omisión. Una versión de esta teoría, denominada teoría de interferencia, proponía que en la omisión sí existe aplicación de energía. Se trata de una energía interna que el omitente aplica para inhibir o reprimir los impulsos de ejecutar la acción que habría evitado el resultado. Esta interpretación, llamada “teoría de la

interferencia” (defendida por *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. 2, p. 516 ss.) ya no tiene seguidores. Aun cuando ha sido objeto de interesantes debates durante más de 200 años, esta discusión ha sido etiquetada como una de las más estériles en la ciencia del derecho penal; ver *Kaufmann* (nota 17), p. 76.

¹⁶⁶ *Jakobs* (Fn. 104), 7/26. *Kaufmann* (nota 17), p. 76.

¹⁶⁷ *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vol. 2, 2003, § 13 párr. 52.

¹⁶⁸ *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 53 (2000), 29 (50).

¹⁶⁹ *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 112), § 13 párr. 54.

¹⁷⁰ *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 215.

¹⁷¹ *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 112), § 13 párr. 54. En contra de esta teoría se indica que, frente a la constatación de que era posible que el resultado se produjese incluso si el acusado cumplía con su deber, se extraen conclusiones desfavorables al acusado. Esto infringe el principio *in dubio pro reo* y transforma un delito de lesión en un delito de peligro; ver *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 53 (2000), 29 (68 ss.).

¹⁷² Ver la discusión en *Greco*, *ZIS* 2011, 674. Esta es la posición predominante en academia y en la jurisprudencia de Alemania; ver por ejemplo *BGH NSTZ* 1985, 27. En contra de esta interpretación se pueden formular argumentos similares a los resaltados en la nota anterior. También se ha sostenido que cuando la evitación del resultado depende, en última instancia, de la intervención de un tercero hay que tomar en cuenta que el comportamiento humano es impredecible y por tanto no se puede establecer cómo hubiese actuado ese tercero; ver *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 53 (2000), 29 (52). Sin embargo, tal como se ha argumentado en

A mi modo de ver, el requisito de “certeza” es prácticamente imposible de cumplir y la mera elevación, aunque sea mínima, del riesgo es demasiado poco para afirmar la “causalidad”. Es preferible requerir una probabilidad lindante con la certeza o por lo menos una probabilidad preponderante. Obviamente, esto no quiere decir que el superior tan solo esté obligado a tomar aquellas medidas cuyas perspectivas de éxito sean casi seguras – de lo que se trata aquí es de examinar la relación de causalidad y no de los presupuestos de concreción de la norma en deber.¹⁷⁴ Sin embargo, si el requisito de causalidad se interpretase de manera restrictiva tanto el quebrantamiento de la obligación como la causalidad resultarían satisfechas con el incremento del riesgo. Esto atenuaría una diferenciación que el marco del ECPI el legislador ha hecho explícita; como se indica más adelante: no existe responsabilidad del superior por tentativa de omisión de prevenir los delitos.

Cuando se acepta que la responsabilidad del jefe requiere “causalidad” hay que admitir una línea posible de defensa sobre la base de que, incluso si el superior hubiese cumplido su obligación de actuar, los delitos se habrían producido. Sin embargo, esto tiene que tomar en cuenta las diferentes interpretaciones de las nociones de “resultado” y “causalidad”. Una comprensión abstracta define el “resultado” desde un punto de vista estrictamente conceptual, esto es: la muerte de una persona, el incendio de una vivienda. Por consiguiente, si ya existen suficientes condiciones para que la víctima muera o la casa arda en llamas quienes añaden condiciones a un grupo ya suficiente de factores casuales (administran más veneno o añaden más leña al fuego) no habrán “causado” el resultado. Una comprensión concreta de la noción de “resultado”, que refleja la posición predominante en la literatura jurídica,¹⁷⁵ atiende más bien a las circunstancias concretas dejando fuera de la ecuación sólo aquellos factores que son colaterales y no esenciales. En consecuencia, aun cuando en una situación ya existieran condiciones suficientes para que ocurra un resultado una modificación en el curso de los acontecimientos, de la cadena causal que conduce al resultado, se puede considerar una “causa”. Una interpretación “concreta” de estas nociones vuelve innecesario, en relación con los delitos de omisión, establecer que el resultado habría desaparecido si la persona cumpliera con su deber. Cuando se aplica esta verificación al artículo 28 surge que no necesariamente falla la causalidad cuando, en abstracto, se habrían producido

contrario, no pude esgrimirse como un argumento para rechazar la cuasi-causalidad que un tercero habría actuado de manera contraria a la ley; *Puppe*, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Vol. 1, 4. ed. 2013, anterior al § 13n. 119.

¹⁷³ *Mezger*, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 3. ed. 1949, p. 138; *Herzberg*, *MDR* 1971, 881 (883). En contra de esta noción se argumenta que toda vez que la casualidad es hipotética no puede hablarse de “certeza” sino simplemente de probabilidad; ver *Gimbernat Ordeig*, *ADPCP* 53 (2000), 29 (64).

¹⁷⁴ Correctamente en este sentido *Greco*, *ZIS* 2011, 674 (676).

¹⁷⁵ *Jakobs* (nota 104), 7/15.

delitos del mismo tipo incluso si el superior tomaba las medidas que decidió omitir.

Hay un argumento que sugiere que, con independencia de la discusión teórica sobre la causalidad en los delitos de omisión, el texto del artículo 28 lo establece como requisito. Toda vez que la ley exige que los delitos hayan sido cometidos “en razón” (“como resultado” en una traducción literal de la versión inglesa del ECPI) de la ausencia de control apropiado es la ley misma la que requiere una relación causal.¹⁷⁶ En el ámbito de los Tribunales Ad-hoc, la responsabilidad de mando se ha interpretado como una omisión propia¹⁷⁷ para la cual basta con la omisión de medidas para prevenir y castigar.¹⁷⁸ Sin embargo, en los Estatutos de los Tribunales Ad-hoc, a diferencia del ECPI, la ley no requiere causalidad y tal requisito no se ha integrado mediante interpretación legal.

Otra interpretación de la ley, que es plausible desde un punto de vista gramatical, vincula el término “en razón de” con el concepto “el jefe militar será penalmente responsable”.¹⁷⁹ En esta conceptualización, la causalidad entre la omisión de prevenir y los crímenes cometidos por los subordinados no es un requisito explícito. En esta lectura, la ley indica que la responsabilidad penal del superior (y no necesariamente el delito base) surge de la ausencia de un control apropiado. Sin embargo, esta interpretación no ha sido discutida o prevista durante las negociaciones del Estatuto de Roma. De hecho, un examen de las diferentes redacciones que esta disposición ha reflejado durante la historia de las negociaciones del ECPI tiende a rechazar esta interpretación.¹⁸⁰

¹⁷⁶ *Ambos*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 159 (178); *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 215; *Nerlich*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 665 (675); *Meloni* (nota 26), p. 193.

¹⁷⁷ Los crímenes cometidos por el subordinado se consideran relevantes al solo efecto de evaluar la gravedad de la omisión; ver ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 54; ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párras. 75, 191. Ver también ICTY (Trial Chamber), Judgment de 30.6.2006 – IT-03-68-T (Prosecutor v. Orić), párr. 293.

¹⁷⁸ ICTY, Judgment de 16.11.2005 – IT-01-48-T (Halilović), párr. 54. “La gravedad de la omisión de prevenir y castigar depende en parte de la gravedad de los delitos subyacentes, cometidos por los subordinados”, ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. “Čelebići case”), párr. 741.

¹⁷⁹ ICC-01/05-01/08-406, párr. 39: Amicus curiae observations on superior responsibility submitted pursuant to Rule 103 of the Rules of procedure and evidence 20.4.2009.

¹⁸⁰ Esto surge del language empleado en varias de las propuestas elaboradas por el Comité Preparatorio y el proyecto Zutphen, en las que es más claro que el par de conceptos “criminally responsible” se vincula con “crimes committed by forces” ya que dice lo siguiente: “In addition to other (types of complicity) (modes of participation) in crimes under this Statute, a commander is also criminally responsible (as an aider or abettor) for such crimes committed by forces under his command as a result of his failure to exercise prop-

Por lo tanto, la interpretación según la cual se requiere “causalidad” es preferible.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que toda vez que este lenguaje está incluido en los párrafos (a) y (b) del artículo 28, si la causalidad es un requisito lo es con respecto a todas las modalidades de responsabilidad allí estipuladas. Por tanto, la relación entre el deber general de ejercitar un control apropiado y la obligación específica de prevenir, castigar y remitir el asunto debe explicarse de un modo que evite la inaceptable conclusión de que la omisión de reprimir un crimen pudo haber causado ese crimen. Ciertamente, toda vez que la omisión de castigar es necesariamente posterior a la comisión de delitos, no sería correcto exigir una relación de causalidad entre estos dos.¹⁸¹

Como se ha dicho anteriormente, el deber de ejercer control apropiado debe ser claramente distinguido de los deberes de prevenir, reprimir y remitir. Es importante destacar que el deber general de ejercer un control apropiado no se relaciona de manera equivalente con los deberes específicos de prevenir por un lado y de reprimir por el otro lado.¹⁸² De hecho,

er control where [...]”; Preparatory Committee on the establishment of the International Criminal Court, A/AC.249/1 85 (UK Proposal); A/AC.249/L.4 (Canadian Proposal), p. 15. Lo mismo se puede inferir del Zutphen draft: “[In addition to other forms of responsibility for crimes under this Statute, a [commander] [superior] is criminally responsible] [A [commander] [superior] is not relieved of responsibility] for crimes under this Statute committed by [forces] [subordinates] under his or her command [or authority] and effective control as a result of the [commander’s] [superior’s] failure to exercise properly this control where [...]”; Report of the Inter-session meeting from 19.-30.1.1998 in Zutphen, The Netherlands, A/AC.249/1998/L.13 4.2. 1994, p. 55.

¹⁸¹ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 424; *Meloni* (nota 26), p. 173, 175.

¹⁸² Se ha argumentado que la omisión de control adecuado desencadena un curso causal que puede ser interrumpido a través de medidas para prevenir y reprimir el delito. Si estas medidas no se toman, se confirma y se refuerza la conexión causal; *Triffner*, Leiden Journal of International Law 15 (2002), 179 (196). Esta interpretación tiene por finalidad solucionar los problemas que surgen al requerir causalidad entre el delito y la omisión de castigar. El argumento no me parece persuasivo, la omisión de castigar no confirma ni fortalece la causación de delitos ya cometidos; *Meloni* (nota 26), p. 173 s. Otra interpretación propone que la causalidad no debe establecerse entre la omisión del jefe y los crímenes de los subordinados sino entre tal omisión y la impunidad de los subordinados; *Mettraux* (nota 45), p. 89. Sin embargo, en esta interpretación, el resultado de la omisión no sería la comisión de delitos (como lo requiere el texto del artículo 28) sino la impunidad de los autores. Por consiguiente, es dudoso que esta sea una interpretación conforme el uso normal del lenguaje (véase *Mettraux* [nota 45], p. 85) que aparece en la parte introductoria del artículo 28.

existe un continuo entre la omisión de ejercer un control apropiado y la ausencia de medidas para prevenir los delitos.¹⁸³ A mi modo de ver, la omisión de medidas razonables y necesarias para prevenir los delitos que estaban al alcance del superior es la manifestación más grave de ausencia de control adecuado.¹⁸⁴ Este continuo se interrumpe cuando de lo que se trata es de reprimir los delitos, lo cual surge sólo después de que se hayan cometido los crímenes. La omisión de reprimir no informa para nada acerca de la omisión anterior, de ejercer un control apropiado. Por lo tanto, es necesario establecer estas dos omisiones por separado y, según el lenguaje de la ley, los delitos deben ser el resultado de la omisión de ejercer un control apropiado y no el resultado de la omisión de reprimir.

Por último, hay que señalar que los comandantes y superiores no pueden ser criminalizados por su “tentativa de omisión” de prevenir los delitos de los subordinados. Si, por ejemplo, el superior tenía la percepción equivocada de que sus tropas estaban cometiendo crímenes y no hizo nada para prevenirlos, él no puede ser considerado responsable. En el marco del Estatuto de Roma, sólo aquellos que intentan “cometer” un crimen pueden incurrir en responsabilidad por tentativa – los casos de responsabilidad de mando no están cubiertos.

VII. Requisitos subjetivos

En cuanto al tipo subjetivo, el artículo 28 hace referencia a tres niveles diferentes:

- (i) hubiere sabido,
- (ii) hubiere debido saber y
- (iii) deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente.

¹⁸³ Por consiguiente, no sería necesario demostrar que el incumplimiento del deber de ejercer control adecuado disparó, ya con anterioridad a la desatención de la obligación específica de prevenir los crímenes, un curso casual suficiente.

¹⁸⁴ La conclusión “a contrario” se ha rechazado. Se ha concluido que la capacidad de prevenir los delitos no es un requisito necesario para demostrar control efectivo. El superior pudo haber sido incapaz de prevenir el delito, y, sin embargo, haber mantenido control efectivo sobre los subordinados. Ver ICTY, Judgment de 28.2.2013 – IT-04-81-A ((Perišić), párr. 88. Es cierto que la misma Sala de Apelaciones define control efectivo como la capacidad material de prevenir y castigar; ver por ejemplo, ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 3.7.2008 – IT-03-68-A (Prosecutor v. Orić), párr. 20. A primera vista, parece existir una contradicción en estos postulados. Sin embargo, pueden existir situaciones en las que por ejemplo el superior haga todo lo que tiene a su alcance para prevenir los delitos y no lo consiga. En esos casos, él pudo haber sido incapaz de prevenir los delitos pero ello no significa necesariamente que haya perdido control efectivo sobre sus subordinados.

Los actos y las conductas realizadas por los subordinados y los resultados que producen son, en relación con el superior, una “consecuencia” de su omisión.¹⁸⁵ El artículo 30(1) exige que los elementos materiales del crimen se realicen con intención y conocimiento y el “conocimiento” se define, en el artículo 30(3), como la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Sin embargo, tal como se especifica en el artículo 30(1), la intención y el conocimiento son requeridos “salvo disposición en contrario”. El artículo 28 contiene justamente una disposición en contrario ya que reduce el requisito subjetivo con relación a un elemento típico: el crimen cometido por las fuerzas o los subordinados. A este respecto, basta con que el jefe hubiere debido saber o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que lo indicase claramente. Esto implica necesariamente que el artículo 28 también tiene una disposición en contrario en cuanto al aspecto subjetivo del elemento “causalidad”. Pues sería absurdo no requerir el conocimiento de los crímenes cometidos por los subordinados pero si requerir el conocimiento de que la omisión habría de ser (cuasi) causal esos crímenes. Más allá de ello y excepto por una salvedad que se tratará debajo (dolo eventual), los restantes elementos enunciados en el artículo 28 no establecen ninguna otra “disposición en contrario”. Por lo tanto, según el artículo 30(1), estos elementos deben ser cometidos con intención y conocimiento.

Es posible que el delito base requiera una intención específica. El ejemplo más emblemático es el delito de genocidio. Esto quiere decir que nadie puede ser autor de genocidio si no actúa (u omite) con esa intención. Tal como se anticipó más arriba, cuando de lo que se trata es de la responsabilidad del superior, no es necesario que él posea la intención específica de destruir al grupo sino que basta con que haya sabido (o debiera haber sabido) que los subordinados estaban actuando con esta intención.¹⁸⁶ Esto es compatible con un concepto restrictivo de autoría, al que ya me he referido, según el cual “el delito” sólo se le atribuye a los autores mientras que los cómplices son culpables por su participación en el delito - los jefes son responsables de los crímenes que cometen sus subordinados en razón de haber desatendido su deber de ejercer un control apropiado.

Como se indicó con anterioridad, la distinción del artículo 28 entre los militares y no militares se basa en el entendimiento de que los requisitos subjetivos para la responsabilidad de los líderes civiles son más exigentes que sus homólogos militares. Según una propuesta que hizo EE.UU. durante las negociaciones del Estatuto de Roma,¹⁸⁷ la responsabilidad de los jefes militares debía satisfacerse con un estándar de negligencia (hubiere debido saber) mientras que, para los superiores no militares, lo que se requería es conocimiento.¹⁸⁸ Una contrapropuesta de compromiso de Argentina, Canadá y Alemania abrió un camino intermedio entre el conocimiento

y el estándar de negligencia que luego de algunas discusiones terminó con el lenguaje actual del artículo 28 (b) (i).¹⁸⁹ La interpretación que desarrollo más adelante de las nociones “hubiere debido saber” y “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente” tiene en cuenta esta evolución legislativa.

Por último, es importante considerar si el superior debe poseer conocimiento de los elementos contextuales. Por ejemplo, en los crímenes de lesa humanidad y en los crímenes de guerra quien comete el delito debe obrar, respectivamente, con: “conocimiento del ataque” y “conocimiento de las circunstancias fácticas que establecían la existencia de un conflicto armado”.¹⁹⁰ Hay que resaltar que la Introducción general a los elementos del delito indica que sus elementos, incluyendo el de intencionalidad, se aplican *mutatis mutandi* a todos aquellos cuya responsabilidad penal pueda subsumirse en los artículos 25 y 28. El superior es responsable cuando supo o debió haber sabido que su subordinado estaba cometiendo un crimen o se proponía cometerlo. Los crímenes de los que supo o debió haber sabido son aquellos “de la competencia de la Corte”, es decir, desde luego, precisan el elemento contextual. Así, cuando el superior es responsable por haber sabido que sus subordinados cometían un crimen de la competencia de la CPI entonces habrá conocido necesariamente el elemento de contexto. En cambio, cuando el superior no supo sino que solo “hubiere debido saber” de esos crímenes no es necesario que se demuestre su conocimiento del elemento contextual.

1. Conocimiento

El dolo o “elemento de intencionalidad” como aparece definido en el artículo 30 refleja una diferenciación entre la conducta, las consecuencias y las circunstancias. De conformidad con el artículo 30 (2) (a), una persona tiene la intención con respecto a una conducta si “se propone incurrir en ella”. En virtud del artículo 30 (2) (b), que se refiere a las consecuencias, es suficiente con que el individuo sea “consciente de que [la consecuencia] se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. Por último, el artículo 30 (3) define el “conocimiento” como “conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”.¹⁹¹

Como ya se ha indicado, los jefes y superiores pueden incurrir en responsabilidad penal cuando conocen que sus fuerzas o sus subordinados están cometiendo crímenes o se proponen cometerlos. Las conductas realizadas por los subordinados y los resultados de estos son, en relación con el superior, considerados como “consecuencias”. El “conocimiento” en relación con una consecuencia sólo puede predicarse una

¹⁸⁵ Kiss, Indret 2013, 23.

¹⁸⁶ Ambos (nota 18 – Treatise), p. 221.

¹⁸⁷ Ambos (nota 1), p. 848.

¹⁸⁸ Ambos (nota 1), p. 848.

¹⁸⁹ UN Doc. A/CONF183/C.1/WGPP/L.7 (1998). El requisito de que la información indique “claramente” la comisión de delitos fue introducido con posterioridad.

¹⁹⁰ Artículo 7 (1) del ECPI e Introducción a los elementos de los crímenes de guerra, párrafo (c).

¹⁹¹ ICC, Judgment of 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1007.

vez que ésta ya se ha producido.¹⁹² En cuanto a la omisión de prevenir, es necesario que el delito no se haya consumado o agotado al momento en que el superior omitió las medidas para evitarlo. Al tiempo en que el individuo actúa u omite la ley no requiere más que la conciencia, basada en el conocimiento acerca de cómo los acontecimientos normalmente se desarrollan, de que la consecuencia se producirá en el futuro. El conocimiento de que una consecuencia se producirá en el futuro implica un pronóstico, basado en las reglas de la causalidad y la experiencia general, que afirme que si un individuo actúa o deja de actuar y los eventos siguen su curso normal la consecuencia se producirá. La Sala de Apelaciones ha clarificado que nunca puede existir certeza absoluta acerca de hechos que se producirán en el futuro y que el estándar que hay que aplicar es “certeza virtual”.¹⁹³ Sería un error exigir certeza en esta ecuación, porque ello requeriría tener en cuenta no sólo “el curso normal de los acontecimientos” sino también circunstancias excepcionales y anormales. Ello así, a menos que la certeza se requiera con relación a una consecuencia que “se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. Pero esta última conceptualización implicaría una “certeza” sobre la existencia de una probabilidad lo cual no es de ninguna manera diferente del “conocimiento de una probabilidad”.

En los orígenes de esta forma de responsabilidad la comprobación de que el comandante sabía de los crímenes se basaba en dos factores:

- (a) su posición oficial de autoridad; y
- (b) el carácter notorio y generalizado de los crímenes.

Bastaba con que se hubiese cometido un gran número de delitos y que un hombre razonable no podría haber llegado a otra conclusión que la existencia de delito para afirmar “conocimiento constructivo” en cabeza del jefe. Este fue el criterio establecido en la sentencia en el caso de EE.UU. vs Soemu Toyoda del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.¹⁹⁴ Hoy en día, se rechaza “conocimiento

constructivo” como fórmula para afirmar el conocimiento.¹⁹⁵ La jurisprudencia más reciente se inclina por considerar que el superior debe poseer conocimiento actual con respecto a todos los elementos típicos. Tal conocimiento puede ser establecido por medio de prueba directa o indiciaria.¹⁹⁶ En cierta medida, algunos de los elementos que se tomaban en cuenta para construir una “presunción” de conocimiento se demuestran todavía hoy como útiles para probar el conocimiento por “indicios”. Con todo, la prueba indiciaria debe ser distinguida de las “presunciones”¹⁹⁷ – que son inadmisibles¹⁹⁸ por implicar una inversión de la carga de la prueba e imponer sobre el acusado la carga de presentar contrapruebas.

La decisión de confirmación de cargos en Bemba ha enumerado una serie de factores que pueden considerarse indicativos de que el superior tenía conocimiento:

“Estos factores incluyen el número de delitos, su extensión, si su comisión es generalizada, la magnitud de tiempo durante el cual los delitos se llevaron a cabo, el tipo y número de las fuerzas involucradas, los medios de comunicación disponibles, el modus operandi que se siguió en actos similares, el alcance y la naturaleza de la posición de la superior y su responsabilidad dentro de la estructura jerárquica, el sitio donde se encontraba el superior cuando se cometieron los delitos su ubicación geográfica. También puede probarse el conocimiento a través del hecho de que el jefe militar es parte de una estructura organizada que cuenta con sistemas de reporte y vigilancia. Estos factores se han considerado instructivos, en el contexto del artículo 28 del Estatuto, a los efectos de decidir si el superior tenía conocimiento”.¹⁹⁹

En la jurisprudencia de la Corte viene ganando adeptos la idea de que una interpretación literal de la ley, en particular el uso de las palabras “se producirá” en el artículo 30 (2) (b) excluye el concepto de dolo eventual del marco del ECPI.²⁰⁰ Se ha interpretado que no es suficiente con la percepción de

¹⁹² Kiss, Indret 2013, 23.

¹⁹³ ICC, Judgment de 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121-Red (Lubanga Appeals Judgment), párr. 472; ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1012.

¹⁹⁴ El Tribunal concluyó que en ausencia de prueba suficiente de que el acusado ordenó la comisión de delitos la responsabilidad de mando requiere: (i) que las atrocidades haya sido realmente cometidas; y (ii) conocimiento de que su comisión. Ese conocimiento puede consistir en: (i) un conocimiento real, como en el caso de un acusado que percibe los delitos o es informado poco después sobre su comisión; (ii) un conocimiento constructivo, en el sentido de que dado el gran número de delitos cometidos ningún hombre razonable podría haber concluido algo diferente de que el acusado debió haber sabido de la comisión de los delitos o de que se cometían rutinariamente lo cual era entendido y reconocido; International Military Tribunal for the Far East, 6.9.1949 – (case of US vs Soemu Toyoda) Vol. 39, p. 5005 ss.

¹⁹⁵ Ambos (nota 18 – Treatise), p. 221; Meloni (nota 26), p. 181.

¹⁹⁶ ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 368; ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 94. Ver también ICTY, Judgment de 1.9.2004 – IT-99-36-T (Brđanin), párr. 278; ICTY, Judgment de 16.11.1998 – IT-96-21-T, TC (Delalić et al.), párr. 383.

¹⁹⁷ Kiss (nota 42), p. 95 ss.

¹⁹⁸ ICTY, Judgment de 31.1.2005 – IT-01-42-T (Strugar), párr. 368; ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 94. Ver también ICTY, Judgment de 1.9.2004 – IT-99-36-T (Brđanin), párr. 278.

¹⁹⁹ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 434.

²⁰⁰ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1007; ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 364 ss.

un riesgo bajo de producción del resultado.²⁰¹ Estas consideraciones, que se han efectuado con respecto a los delitos de comisión, son desde luego aplicables a los delitos de omisión.

Este aspecto, debe distinguirse de la cuestión (objetiva) de (cuasi) causalidad. Se ha dicho más arriba que la omisión es (cuasi) causal con respecto a un resultado si ha aumentado el riesgo de que acaezca ese resultado.²⁰² Siguiendo la opinión mayoritaria, es necesario un grado probabilidad rayana en la certeza de que el resultado no habría ocurrido si el garante hubiese actuado.²⁰³ Pero esto describe el lado objetivo del vínculo hipotético entre la omisión y el crimen e involucra una verificación por parte de un observador externo y no necesariamente quien tiene posición de garante.²⁰⁴ En cuanto al aspecto subjetivo, si el garante percibe una probabilidad baja de que su omisión tendrá por consecuencia la comisión de delitos fracasaría el dolo de omisión.

Creo que es problemático, por un lado, aceptar que el superior puede detentar responsabilidad imprudente pero sostener que el dolo eventual es insuficiente. El rechazo de dolo eventual abre una brecha asistemática en el continuo entre negligencia, negligencia consciente, el dolo eventual, dolo directo de segundo y de primer grado con respecto a los delitos cometidos por los subordinados. En teoría, esta “laguna” podría ser rellenada mediante la aceptación del dolo eventual para los casos de responsabilidad del superior. No hay que olvidar que el artículo 30 (2) y (3) define el elemento de intencionalidad tan solo “[a] los efectos del presente artículo” y toda vez que esta norma se aplica “salvo disposición en contrario” existe suficiente margen para que el intérprete decida si el artículo 28 incluye un régimen diferente de dolo, no solo imprudencia. Otra interpretación plausible, que privilegia la certidumbre sobre la coherencia, sería tratar los casos de dolo eventual como supuestos de imprudencia.

Finalmente, el individuo tiene que conocer los siguientes elementos típicos: su posición, ya sea como jefe militar, como persona que actúa como tal o como un superior; y los factores que justifican su mando, autoridad y/o control efectivos sobre sus fuerzas o subordinados y la ausencia de un control apropiado. Estos elementos materiales son todos “circunstancias” en el sentido del artículo 30 (3) y por lo tanto el superior debe ser consciente de su existencia.

Si el superior hace un análisis erróneo de la información que tiene a su disposición y concluye equivocadamente que sus fuerzas no están cometiendo crímenes no puede ser considerado responsable, en virtud del artículo 28, por haber omitido a sabiendas. Sin embargo, este error puede dar lugar a una responsabilidad imprudente. Es lo que se pasa a analizar.²⁰⁵

²⁰¹ ICC, Judgment de 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga), párr. 1012.

²⁰² Ambos (nota 18 – Treatise), p. 215.

²⁰³ Stratenwerth/Kuhlen (nota 1122), p. 165.

²⁰⁴ El observador externo debería identificar una regla general de la naturaleza o de la experiencia que explique cuál hubiese sido el impacto de la acción omitida en la consecuencia no deseada.

²⁰⁵ Ambos (nota 1), p. 870.

2. Jefe militar: “hubiere debido saber”

El estándar “hubiere debido saber” que emplea la ley se corresponde la noción de imprudencia. En el delito imprudente, sea éste cometido por acción u omisión, la persona no percibe un riesgo a pesar de que debió haberlo percibido. La falta de percepción del riesgo compromete por lo menos tres escenarios, en los cuales el superior:

- (i) poseía información sobre la base de la cual debería haber inferido tal riesgo;
- (ii) no poseía esa información, pero si tenía datos que le advertían la necesidad de investigar si existía el riesgo;
- (iii) ni siquiera poseía información que le advirtiera sobre el riesgo.

Como observación preliminar, hay que decir que siguiendo la jurisprudencia de Núremberg y del TPIY la información sólo tiene que haberle sido proporcionada o estar disponible para el jefe. No se requiere en cambio que realmente la conozca, en el sentido de que por ejemplo haya leído los reportes que se le cursaron.²⁰⁶ Esto es consistente con la interpretación que se le ha dado al artículo 86 (2) de la API. De acuerdo con el comentario al API: el superior no puede escudarse en que desconocía los informes que se le habían dirigido o invocar como excusa una ausencia temporal de sus oficinas.²⁰⁷

En el caso Los rehenes, el Tribunal Militar de EE.UU. sentenció a prisión perpetua a Wilhelm List, un militar alemán que devino la autoridad máxima de las fuerzas armadas de Alemania en los Balcanes durante la ocupación de Yugoslavia y Grecia. La ocupación produjo un movimiento de resistencia de guerrillas, que torturaban y mutilaban prisioneros alemanes y realizaron actos de sabotaje los cuales fueron incrementando hasta el punto de amenazar la posición alemana. List ordenó tomar medidas “despiadadas e inmediatas contra los insurgentes, sus cómplices y sus familias incluyendo ahorcamiento, incendio de sus pueblos, toma de rehenes, deportación de familiares, etc., hacia los campos de concentración”.²⁰⁸ Uno de sus subordinados (Franz Boehme) ordenó que por cada soldado alemán muerto debían ser fusi-

²⁰⁶ ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. “Čelebići case”), párr. 239. United States Military Tribunal, 8.7.1947 to 19.2.1948, Trial Of Wilhelm List And Others, Law Reports Of Trials Of Major War Criminals, Vol. 8 (Caso Los rehenes), p. 34, disponible en: <http://lawofwar.org/List%20Case.htm> (30.10.2014).

²⁰⁷ Commentary to Article 86 of the API, párr. 3545 con cita del caso Los rehenes, United States Military Tribunal, 8.7.1947 to 19.2.1948, Trial Of Wilhelm List And Others, Law Reports Of Trials Of Major War Criminals, Vol. 8, disponible en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750113?OpenDocument> (30.10.2014).

²⁰⁸ Caso Los rehenes, United States Military Tribunal, 8.7.1947 to 19.2.1948, Trial Of Wilhelm List And Others, Law Reports Of Trials Of Major War Criminals, Vol. 8, p. 34 (disponible en: <http://lawofwar.org/List%20Case.htm> [30.10.2014]).

lados, en represalia, 100 prisioneros y por cada soldado alemán herido debían ser fusilados 50 prisioneros. List adujo que no sabía del asesinato de civiles inocentes ya que se había ausentado del cuartel. El Tribunal sostuvo que List era el general al mando de un territorio ocupado y como tal tenía la obligación de mantener la paz, castigar delitos y proteger las vidas y la propiedad dentro del área bajo su mando. Además, estaba obligado a permanecer “informado de los sucesos que ocurren en [el territorio de bajo su mando]” para lo cual tenía la facultad de exigir:

“Informes de todo lo que ocurre el territorio bajo su mando y si dichos informes fueran incompletos o inadecuados está obligado a requerir informes complementarios que le notifiquen los hechos pertinentes. Si omite requerir y obtener información completa, el quebrantamiento de ese deber es culpa suya y no puede invocar su propia negligencia como una defensa”²⁰⁹.

Según éste y otros precedentes en la jurisprudencia de Núremberg, el comandante tiene el deber de investigar²¹⁰ y el deber de conocer,²¹¹ lo cual supone el deber de recabar la información acerca de la posible comisión de delitos. La falta de conocimiento que resulte de su omisión de recabar tal información no puede invocarse para rechazar la responsabilidad penal.

“Los informes que se dirigen a los comandantes generales son preparados en su beneficio particular. La omisión de familiarizarse del contenido de los reportes o solicitar reportes adicionales, cuando la falta de adecuación es evidente, constituye un incumplimiento de sus obligaciones que no puede usarse en su beneficio propio”.²¹²

La jurisprudencia de Núremberg también revela precedentes donde la obligación en cabeza de los comandantes ha sido interpretada de una manera menos exigente. En el caso conocido como Alto mando, el Tribunal insistió en que el superior

debe haber incumplido personalmente las obligaciones a su cargo. La omisión de ejercer una adecuada supervisión debe ser tan grave que equivalga a un desprecio o desinterés por lo que estaba ocurriendo, comparable con la aquiescencia o consentimiento.²¹³

El artículo 86 (2) de API parece haber establecido un umbral que es más parecido al sentado en los párrafos citados del caso del Alto mando que el de Los rehenes. La norma exige que los superiores, por lo menos “poseyeran información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento” que el subordinado estaba cometiendo un delito.²¹⁴ Durante la redacción del API, una propuesta de uno de los Grupos de Trabajo contenía la siguiente redacción: “tenían la posibilidad de conocer en las circunstancias del momento”.²¹⁵ Cuando se confronta esta propuesta, que no fue aprobada, con el texto actual del 86 (2) se vuelve evidente que, lo que se requiere, es que el superior esté en posesión de información que le permita concluir que los crímenes se estaban cometiendo. No es suficiente con tener información que advierta la necesidad de efectuar mayores investigaciones. Esto es consistente con la mención, en el comentario al API, que reitera la jurisprudencia en el caso Alto mando en los siguientes términos “la negligencia debe ser tan grave que sea equivalente a una intención maliciosa”.²¹⁶

En los Estatutos del TPIY, TPIR y TESL el estándar es: “tenía razones para saber”. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, es suficiente con que, en el momento crítico, el comandante tenga información general que lo notifique de posibles actos ilegales cometidos por sus subordinados.²¹⁷ No es necesario que el superior perciba un “riesgo importante”.²¹⁸ Basta con que posea información suficientemente alarmante como para justificar una investigación ulterior.²¹⁹ El superior no incurre en responsabilidad penal por no adquirir conocimiento acerca de los actos de sus

²⁰⁹ Caso Los rehenes, United States Military Tribunal, Judgment of 19.2.1948 –Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Vol. 11/2, p. 1271.

²¹⁰ General Tribunal of the Military Government of the French Zone of Occupation in Germany, Judgment of 30.6.1948 (case versus Hermann Roechling and others charged with Crimes Against Peace, War Crimes and Crimes Against Humanity) = Trials of War Criminals, Vol. 14, Appendix B, p. 1088.

²¹¹ Superior Military Government Court of the French Occupation Zone in Germany, Judgment of 25.1.1949 – (case versus Hermann Roechling and others charged with Crimes Against Peace, War Crimes, and Crimes Against Humanity) – Trials of War Criminals, Vol. 14, Appendix B, p. 1106, decision on writ of appeal against the Judgment of 30.6.1948.

²¹² Caso Los rehenes, Judgment of 19.2.1948 –Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Volume 11/2, p. 1271.

²¹³ U.S.A. v. Wilhelm von Leeb et al., Law Reports Of Trials of War Criminals, Vol. 11, p. 543 s., 603.

²¹⁴ Existen diferencias entre la versión en idioma inglés y en francés. La versión en inglés dice: “information which should have enabled them to conclude” y la francesa dice “des informations leur permettant de conclure”. Ambos textos son igualmente auténticos según el artículo 102 del PAI. Existe jurisprudencia que indica que la versión en idioma francés es más acorde con el objeto y el propósito de la Convención; ver ICTY (Trial Chamber), Judgment de 3.3.2000– IT-95-14-T (Prosecutor v. Blaskic), párr. 326.

²¹⁵ CDDH, Official Records, Vol. 10, CDDH/I/321/Rev.1, 21.4.-11.6.1976, p. 153.

²¹⁶ Ver el comentario al PAI, párr. 3541.

²¹⁷ ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. “Čelebići case”), párr. 235, 238. ICTY, Judgment de 17.7.2008 – IT-01-42-C (Strugar), párr. 298; ICTY (Appeals Chamber), Judgment de 22.4.2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párr. 28.

²¹⁸ Ver ICTY, Judgment de 17.7.2008 – IT-01-42-C (Strugar), párr. 304.

²¹⁹ ICTY, Judgment de 17.7.2008 – IT-01-42-C (Strugar), párr. 298.

subordinados, a menos que tuviera a disposición información suficientemente alarmante.²²⁰ El Tribunal ha dado ejemplos de los tipos, fuentes y grados de especificidad de la información requerida.²²¹

En el Estatuto de Roma, el estándar con respecto a los jefes militares es “hubiere debido saber”. De acuerdo con la Decisión de Confirmación de Cargos en Bemba, los umbrales aplicables ante el TPIY y la CPI no son idénticos.²²² Se diferencian en que el ECPI impone a los superiores un deber más activo, de tomar las medidas necesarias para obtener información sobre la conducta de sus fuerzas e investigar, independientemente de si la información estaba disponible en ese momento.²²³ En la literatura académica las opiniones están divididas.²²⁴

Creo que el Estatuto de Roma ha establecido un deber más oneroso que los estatutos de los tribunales Ad-hoc. Una lectura conjunta del artículo 28 (a) (i) y (b) (i) indica que el comandante no puede eludir su responsabilidad sobre la base de que la información de la que dispone no indica con claridad que sus fuerzas están cometiendo crímenes o que su desconocimiento de la información no fue deliberado. Según

²²⁰ ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. “Čelebići case”), párr. 232. Ver también ICTY, Judgment de 15.3.2006 – IT-01-47-T (Hadžihasanović and Kubura), párr. 96.

²²¹ El conocimiento, por parte del superior, de que los subordinados habían cometido delitos en el pasado y que omitió castigarlos no es, por sí mismo, suficiente para concluir que el jefe militar sabía que los mismos autores podrían cometer delitos similares en el futuro. Sin embargo, esto puede jugar un papel importante como información que indica la cognoscibilidad de las circunstancias fundamentadoras de peligro. La sala de Apelaciones del ICTY ha sostenido que no es necesario contar con información sobre la comisión de actos ilícitos específicos “Por ejemplo, si un jefe militar posee información de que algunos de los soldados bajo su mando tienen un carácter violento o inestable, o han estado bebiendo antes de ser enviados a una misión, se puede considerar que ha tenido el conocimiento necesario”; ICTY, Judgment de 20.2.2001 – IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalic et. al. “Čelebići case”), párr. 235. El conocimiento sobre crímenes pasados puede indicar que el superior tenía “razones para conocer” ya que puede calificar como información que exige llevar a cabo investigaciones adicionales, ver ICTY (Appeals Chamber), Judgement de 22.4.2008 – IT-01-47-A (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura-A), párras. 30 ss.

²²² ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 432.

²²³ ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 433.

²²⁴ Algunos autores sostienen que los dos estándares (“hubiere debido saber” y “tuvo razones para saber”) se corresponden, ver *Ambos* (nota 18 – Treatise), p. 224. Otros indican que existe una diferencia sustancial entre los dos estándares; ver *Meloni* (nota 26), p. 184 s.; *Vetter*, Yale Journal of International Law 25 (2000), 89.

el Estatuto de Roma, los comandantes tienen la obligación de clarificar la información disponible y no pueden excusarse en que desconocieron la información cuando esto es resultado de su propia negligencia. Hay que recordar que tienen el deber de crear o mantener un sistema de información y vigilancia - el incumplimiento de este deber que redundaría en la indisponibilidad de la información no puede beneficiarlos.²²⁵

Con todo, cuando a pesar de la existencia y funcionamiento de un sistema de información y vigilancia no existe siquiera información que alarme sobre la comisión de delitos surge la cuestión de si la omisión todavía puede ser considerada imprudente. Esto trae a consideración un tema que, en la teoría del delito, se estudia ya hace más de 200 años bajo el rótulo de “la punibilidad de la imprudencia inconsciente”. Desde antaño se han alzado voces en la literatura académica en contra de la criminalización de la imprudencia inconsciente sobre la base del carácter ultima ratio de la sanción penal, la innecesariedad de castigo ante ciertas manifestaciones del delito imprudente y la inevitabilidad del error humano.²²⁶ También son antiguos los argumentos en defensa de la criminalización de esta forma delictiva. No cabrían objeciones desde el principio de culpabilidad cuando se hubiesen omitido esfuerzos, necesarios y posibles, cuya realización habría evitado el daño.²²⁷ Incluso se ha insistido en que la imprudencia inconsciente no es per se menos grave que la imprudencia consciente. Quien actúa bajo imprudencia consciente percibe el peligro que implica su comportamiento pero efectúa un (mero) pronóstico erróneo acerca de la evitabilidad del resultado no deseado.²²⁸ En la imprudencia inconsciente, en cambio, la ignorancia se sustenta en la indiferencia frente a los intereses jurídicamente protegidos.²²⁹

Por último es necesario recordar que durante la redacción del artículo 28 se incluyó como complemento de la fórmula “hubiere debido saber” el requisito de que los crímenes fueran generalizadas: “debido a la comisión generalizada de delitos”.²³⁰ Sin embargo, el texto del artículo 28 no contiene este requisito.²³¹ La jurisprudencia de la Corte, con toda

²²⁵ *Meloni* (nota 26), p. 184 s.

²²⁶ Ver la excelente recopilación de *Koch*, ZIS 2010, 175 (175, 177), citando a *Karl Ferdinand Hommel* 1722-1781.

²²⁷ *Koch*, ZIS 2010, 175 (180), con referencia la obra de *Ernst Ferdinand Klein* 1744-1810.

²²⁸ *Koch*, ZIS 2010, 175 (181).

²²⁹ *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 112), § 13 párr. 31.

²³⁰ Preparatory Committee on the establishment of the International Criminal Court, A/AC.249/1 85 (UK Proposal); A/AC.249/L.4 (Canadian Proposal), p. 15; A/AC.249/1997/WG.2/CRP.3; A/AC.249/L.5 p. 23; A/AC.249/L.13 p. 55; A/CONF.183/2/Add.1 51.

²³¹ La fiscalía, en el caso Yamashita, alegó que “los crímenes eran [cometidos de manera] tan amplia y generalizada, tanto en cuanto al tiempo como el territorio, que tienen que haber sido permitidos deliberadamente o bien ordenados secretamente”. El Tribunal sostuvo: “es absurdo, sin embargo, considerar que un comandante es un asesino o un violador porque uno de sus soldados ha cometido un crimen o una violación. Sin embargo, cuando el asesinato y la

razón, ha señalado que este factor es en todo caso un indicador de conocimiento²³² (o falta de éste) pero no un elemento típico.

totalidad. Por ello es necesario redoblar esfuerzos por definir sus contornos de una manera que favorezca una jurisprudencia coherente y justa.

3. Superiores no militares: “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente”

Tal como se detalló más arriba, los requisitos subjetivos para la responsabilidad de los líderes civiles son más exigentes que sus homólogos militares. En efecto, los jefes militares y las personas que actúan efectivamente como tales pueden ser responsabilizadas independientemente de si:

- (i) percibieron que sus subordinados se proponían cometer delitos o los estaban cometiendo; y
- (ii) efectivamente leyeron los informes que se referían a esos delitos.

En cambio, la responsabilidad de los superiores no militares depende de que la persona haya hecho caso omiso, deliberadamente, de información que indicase claramente que se cometían delitos. Esto significa que debe existir información que indique “claramente” la comisión de delitos. Si la información es general, a pesar de que pudiera ser suficiente como disparador del deber de llevar a cabo más investigaciones en relación con los jefes militares, no sería en cambio suficiente para los superiores no militares en virtud del artículo 28 (b) (i). Además, dicha información debería ser descartada “deliberadamente”. A diferencia de los jefes militares, no es suficiente que la información estuviera a disposición del superior ya sea inmediatamente o como consecuencia de aplicar esfuerzos y así conseguirla – él, deliberadamente, debe haber hecho caso omiso de la información.

VIII. Conclusión

Tal como resulta del análisis de sus elementos, mucho queda por decir sobre la responsabilidad de los superiores. Es muy temprano todavía para pronosticar qué interpretación le dará la CPI a sus requisitos objetivos y subjetivos. Sin embargo, toda vez que involucra varios de los puntos más debatidos en la parte general del derecho penal (tales como la omisión, imputación, causalidad, dolo e imprudencia) las decisiones que se tomen en cuanto a la responsabilidad del superior van a afectar el sistema de atribución de responsabilidad en su

violación y los actos de depravación o venganza son generalizados y el comandante no hace ningún intento eficaz por descubrirlos y controlarlos, el comandante puede considerarse responsable, incluso penalmente, por los actos de sus tropas, dependiendo de su naturaleza y las circunstancias que rodean los ilícitos”. Ver United States Military Commission, 8.10.-7.12.1945, Trial of General Tomoyuki Yamashita, Case No. 21, IV Law Reports of Trials of War Criminals 1;

<http://lawofwar.org/Yamashita%20Commission.htm> (30.10.2014).

²³² ICC, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párr. 434.

Entscheidungsanmerkung

Untreue durch gesetzeswidrige Wahlkampffinanzierung – Konzept „Wahlsieg 2006“

Da der Untreuetatbestand den Zweck hat, das dem Treupflichtigen anvertraute fremde Vermögen zu schützen, ist die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 Abs. 1 StGB zwar in der Regel nicht verletzt, wenn der Vermögensinhaber sein Einverständnis mit der vermögensschädigenden Pflichtverletzung erklärt hat; eine nachträgliche Genehmigung genügt dagegen nicht. (Leitsatz des Verf.).

StGB §§ 46, 203, 266 Abs. 1

BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14¹

I. Einführung

Die folgende Anmerkung widmet sich nur einem Teilaspekt der sehr ausführlichen und in vielerlei Hinsicht beachtlichen Entscheidung. Behandelt werden soll die im oben angegebenen Leitsatz des Verf. – wörtlich dem Urteil entnommene (Rn. 31) – ausgeführte temporale Voraussetzung an ein tatbestandsausschließendes Einverständnis. Die hier interessierende Passage droht in der Fülle der vom 3. Strafsenat des BGH behandelten Fragen schier unterzugehen, reaktualisiert aber eine seit langem diskutierte Frage, welcher hier erneut nachgegangen werden soll, insbesondere unter Einbeziehung von – in der Entscheidung nicht enthaltenen – Berührungspunkten zur rechtfertigenden Einwilligung und rechtfertigenden Genehmigung sowie zum Strafzumessungsrecht.

Hingegen hier nicht näher vertieft, sondern nur kurz in ihrer Bedeutung hervorgehoben werden sollen die Ausführungen des BGH zum subjektiven Tatbestand des Betrugs (Rn. 66), zur mitbestraften Nachtat (Rn. 60), zur Vermögensbetreuungspflicht eines Fraktionsvorsitzenden einer Landtagsfraktion (Rn. 25 ff.) und zur Pflichtverletzung i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB (Rn. 29), zur Vermögensrelevanz der Pflichten nach PartG (Rn. 38 ff.) sowie zum Vermögensnachteil (Rn. 48 ff.) und zur Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB bzgl. der Vermögensbetreuungspflicht (Rn. 63). Die Zweifelhafteit der Verneinung eines mutmaßlichen Einverständnisses unter Hinweis auf die „eindeutigen gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben“ erläutert Altenburg.²

¹ Das Urteil ist online abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=28a56b5c07fde951be64c6d411abee46&nr=70781&pos=0&anz=1> und abgedruckt in NJW 2015, 1618 (m. Anm. Altenburg, NJW 2015, 1624), sowie in StV 2015, 439 und wistra 2015, 311.

² Altenburg, NJW 2015, 1624.

II. Das tatbestandsausschließende Einverständnis i.R.d. § 266 Abs. 1 StGB

Das tatbestandsausschließende Einverständnis ist nach st. Rspr.³ und h.L.⁴ zu unterscheiden von einer (bloß) rechtfertigenden Einwilligung, auch wenn eine beachtliche Auffassung im Schrifttum⁵ jede Einwilligung als Tatbestandsausschluss einordnet. Diese Grundentscheidung ist angesichts der z.T. abweichenden Voraussetzungen von Einverständnis und Einwilligung⁶ auch nicht rein akademisch. Dass die Zustimmung des Rechtsgutsträgers zur Handlung des Vermögensbetreuungspflichtigen i.R.d. § 266 Abs. 1 StGB, wenn die noch zu erörternden Voraussetzungen vorliegen, bereits den objektiven Tatbestand entfallen lässt und nicht erst die Rechtswidrigkeit⁷, entspricht der st. Rspr.⁸ und der h.L.⁹ In der Tat wird durch ein Einverständnis i.R.d. Missbrauchstatbestands durch den Vermögensinhaber das rechtliche Dürfen an das rechtliche Können des Vermögensbetreuungspflichtigen angepasst; auch beim Treuebruchtatbestand lässt sich insofern nicht von einer Pflichtverletzung sprechen.

Eine andere Frage ist, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein wirksames Einverständnis angenommen werden kann. Grundsätzlich werden verlangt¹⁰: Disponibilität des Rechtsguts, Verfügungsberechtigung und ein natürlicher innerer und freier Wille zur Preisgabe des Rechtsguts, und zwar bei der Tathandlung. Rspr.¹¹ und h.L.¹² modifizieren diese allgemeinen Anforderungen bei § 266 Abs. 1 StGB jedoch: Zwar ist die Rechtsfolge eines Einverständnisses, allerdings müssen angesichts des bei § 266 StGB normativen und nicht nur tatsächlichen Charakters des Einverständnisses die strengereren Voraussetzungen der Einwilligung eingehalten werden. Dies betrifft v.a. die Willensmangelfreiheit¹³ (vgl. etwa eine mangelnde geschäftliche Erfahrung des Vermögensinhabers). Viel diskutiert sind die Gren-

³ Vgl. nur BGHSt 23, 1.

⁴ Siehe nur Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, Vor § 32 Rn. 3b; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 440 ff.

⁵ Siehe z.B. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 12 ff.

⁶ Zusammenfassend Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2015, Vor § 13 Rn. 168 ff.; 193 ff.

⁷ So aber noch BGHSt 9, 203; offengelassen in BGHSt 30, 247.

⁸ Vgl. OLG Hamm NJW 1986, 2653; BGHSt 34, 221; 34, 379; BGH NStZ 1997, 124; BGH NJW 1998, 2836; BGH NJW 2000, 154; BGH NJW 2003, 2996; BGHSt 49, 147 (Bremer Vulkan); 50, 331; 52, 323 (Siemens); 54, 52; BGH NJW 2009, 2225; BGHSt 55, 266 (Trienekens); BGH NStZ-RR 2012, 80; OLG Hamm NStZ-RR 2012, 374; BGH NJW 2013, 3590 (Hochseeschlepper).

⁹ Siehe nur Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 865; Fischer (Fn. 4), § 266 Rn. 92.

¹⁰ Vgl. Heinrich (Fn. 4), Rn. 444 ff.

¹¹ Siehe BGH NStZ 1997, 124.

¹² Siehe Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 758 ff.; Eisele (Fn. 9), Rn. 865.

¹³ Eisele (Fn. 9), Rn. 865.

zen des Einverständnisses aufgrund Gesetzes- oder Pflichtwidrigkeit.¹⁴ Besonders und nachgerade klassisch umkämpft ist die Dispositionsbefugnis der GmbH-Gesellschafter (insbesondere bei der Ein-Mann-GmbH).¹⁵ Bedenklich ist die mit der h.M. verbundene Anreicherung des durch den Untreueatbestand gewährleisteten Vermögensschutzes um Aspekte des Gläubigerschutzes („Existenzgefährdung“), dem die §§ 283 ff., 288 StGB dienen.¹⁶

III. Bedeutung der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) für die Straftatvoraussetzungen?

Dass der 3. Strafsenat in einer nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) kein tatbestandsausschließendes Einverständnis (und keine rechtfertigende Einwilligung) sieht, entspricht der bisherigen Rspr.¹⁷ und der ganz h.L.¹⁸

¹⁴ Zusammenfassend Fischer (Fn. 4), § 266 Rn. 92; aus der Rspr. vgl. BGHSt 31, 232; 50, 331 (Mannesmann); 52, 323 (Siemens); 55, 266 (Trienekens).

¹⁵ Hierzu Kindhäuser (Fn. 6), § 266 Rn. 56 ff.; Reiß, wistra 1989, 81; Hellmann, wistra 1989, 214; Muhler, wistra 1994, 283; Müller-Christmann/Schnauder, JuS 1998, 1080; Krekeler/Werner, StraFo 2003, 374; Piel, NStZ 2006, 550; Radtke, GA 2008, 535; Livonius, wistra 2009, 91; aus der Rspr. vgl. RGSt 42, 278; 71, 353; BGHSt 3, 23; 3, 32; 9, 203; 28, 371; 30, 127, BGH NStZ 1982, 465; BGH NStZ 1984, 118; OLG Hamm NJW 1986, 2653; BGHSt 34, 379; 35, 333; BGH NJW 1992, 250; BGH NJW 1993, 1278; OLG München NJW 1994, 3112; BGH NStZ 1995, 185; BGH NJW 1997, 66; BGH NJW 2000, 154; BGH NJW 2003, 2924; BGH NJW 2003, 2996; BGH NStZ 2003, 545; BGHSt 49, 147 (Bremer Vulkan) mit Anm. Rotsch, ZJS 2008, 610; BGH NStZ-RR 2005, 86; BGHSt 51, 29; BGH NStZ-RR 2007, 79; BGHSt 53, 24; 54, 52; BGH NJW 2009, 2225; BGH NStZ 2009, 153; BGHSt 55, 266 (Trienekens); BGH StV 2010, 80; BGH NJW 2012, 2366; BGH NStZ-RR 2012, 80; BGH NStZ 2013, 715; BGH NStZ-RR 2013, 345.

¹⁶ Ausführlich Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 123. Lfg., Stand: Juli 2010, § 266 Rn. 71 ff.

¹⁷ BGH, Urt. v. 26.7.1960 – 1 StR 248/60; BGH, Urt. v. 18.11.1975 – 1 StR 588/75; OLG Hamm NJW 1986, 2653; BGHSt 50, 331 (Mannesmann).

¹⁸ Z.B. Eisele (Fn. 9), Rn. 866; Hoyer (Fn. 16), § 266 Rn. 58; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 66; Dierlamm, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 143; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 10.9.2015, § 266 Rn. 21; Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 124, 198; Seier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 5. Teil, 2. Kap. Rn. 94; ausführlich zum Ganzen Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 189 ff.

Freilich wird der Unbeachtlichkeit einer Genehmigung mit gewichtigen Argumenten entgegengetreten,¹⁹ wenn auch auf anderer Ebene.

Weber weist insbesondere auf die ex-tunc-Wirkung der Genehmigung gem. § 184 Abs. 1 BGB hin („Die nachträgliche Zustimmung [Genehmigung] wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.“).²⁰ Er plädiert unter Hinweis darauf, dass die Genehmigung des Berechtigten der unbefugten Verfügung ihre Strafbedürftigkeit nehme, für die Anerkennung eines Strafaufhebungsgrundes.²¹ Ihm folgt Schramm²² u.a. aus folgenden Gründen: Erstens disponiere der Verletzte in strafrechtlich anzuerkennender Weise über den Strafanspruch; zweitens erweise sich die Tat ausweislich generalpräventiver, spezialpräventiver und retributiver Aspekte nicht (mehr) als sanktionsbedürftig. Drittens verweist er auf Parallelen zur behördlichen Genehmigung, hier hält er bei nachträglicher Genehmigung ebenfalls einen Strafaufhebungsgrund für einschlägig – ebenso bei Handeln gegen eine Anordnung oder Untersagung, welche nach Tatbegehung aufgehoben wird.

Freilich ist die Behandlung des wirksamen (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG: „Ein Verwaltungsakt bleibt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist.“), aber rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakts²³ im Umweltstrafrecht strittig.²⁴ Die h.M.²⁵ geht von einer strengen Verwaltungsakzessorietät aus und stellt auf die formale Wirksamkeit nach § 43 VwVfG ab. Die Gegenauffassung²⁶ kritisiert insbesondere die Pönalisierung des

¹⁹ Weber, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 243 (244, 250 ff.); Schramm (Fn. 18), S. 189 ff.

²⁰ Vgl. ferner die §§ 142 Abs. 1, 185 Abs. 2, 263 Abs. 2, 375, 389, 1923 Abs. 2 und 1953 Abs. 1 BGB.

²¹ Weber (Fn. 19), S. 250 ff.

²² Schramm (Fn. 18), S. 201 ff.

²³ Hierzu Otto, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2005, § 82 Rn. 10; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 16. Aufl. 2015, § 47 Rn. 17; monografisch Scheele, Zur Bindung des Strafrichters an fehlerhafte Genehmigungen im Umweltstrafrecht, 1993.

²⁴ Siehe Bock, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, Vor § 324 Rn. 21.

²⁵ Fischer (Fn. 4), vor § 324 Rn. 7; Dölling, JZ 1985, 461 (466); Laufhütte/Möhrenschrager, ZStW 92 (1980), 921; Rogall, GA 1995, 299 (309); vgl. auch BGHSt 23, 86 (93); BGHSt 31, 314 (315).

²⁶ Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, Vor § 324 Rn. 31; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 325 Rn. 9; Heghmanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, S. 312, 354; Otto (Fn. 23), § 82 Rn. 10, der für einen persönlichen Strafausschließungsgrund eintritt, wenn der Täter das Rechtsgut nicht beeinträchtigt und

bloßen Verwaltungsungehorsams: es würde kein sozialschädlicher Eingriff in Umweltrechtsgüter bestraft. Vor dem Hintergrund des auch sachlich begründeten administrativen Rechtsgutsaspekts der Umweltdelikte²⁷ besteht für eine solche vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Lockerung der Verwaltungsaktsakzessorietät aber kein hinreichender Anlass. Auch steht eine bloße Genehmigungsfähigkeit dem tatsächlichen Verwaltungsakt nicht gleich.²⁸ Dies gilt auch dann, wenn die Verwaltungsbehörde zur Erteilung der Erlaubnis verpflichtet war.²⁹ Anzuführen ist wiederum der sachlich begründbare administrative Rechtsgutsaspekt.

I.R.d. § 266 StGB liegt insofern aber eine gänzlich andere Lage vor, als die Norm dem Schutz des anvertrauten Individualvermögens dient³⁰ und daher nicht die Absicherung vorgeschriebener Verfahren, sondern die Privatautonomie in den Blick zu nehmen ist.³¹ Die für das Umweltstrafrecht nicht angängige Strafaufhebung gewinnt so bei einem Delikt gegen ein persönliches Rechtsgut an Überzeugungskraft, ist doch nicht zu verkennen, dass die nachträgliche Zustimmung einer unberechtigten Verfügung gerade die Privatautonomie verwirklicht: Der Inhaber bzw. Sachwalter des tangierten Rechtsguts bringt mit seiner Genehmigung zum Ausdruck, er bewerte das Verhalten des Täters nicht als so schwerwiegend, dass es nicht hingenommen werden könnte.³² Dass der Gedanke des Strafrechts als ultima ratio ohnehin für eine erstrecht-Berücksichtigung zivilrechtlicher ex-tunc-Wirksamkeiten spricht, versteht sich von selbst. Das zweifelhafte Strafbedürfnis dürfte in der Praxis in der Anwendung strafprozessualer Remeduren tagtäglich zum Ausdruck kommen.

IV. Bedeutung der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) für die Straftatrechtsfolgen

Die im Rahmen der ganz h.M. liegende lapidare Äußerung des BGH zur Irrelevanz der nachträglichen Zustimmung für die Straftatvoraussetzungsseite darf nicht den Blick dafür verstellen, dass eine solche dennoch unstrittig beträchtliche

materiellrechtliche Bedeutung hat, nämlich für die Rechtsfolgeenseite sub specie § 46 StGB (und § 267 Abs. 3 S. 1 StPO).

Die nachträgliche Zustimmung wirkt anerkanntermaßen – nicht nur bei der Untreue gem. § 266 StGB³³, sondern allgemeingültig für alle Delikte gegen Individualrechtsgüter³⁴ – jedenfalls i.R.d. § 46 StGB strafmildernd und gehört somit zu den Umständen, die für die Zumessung der Strafe (mit-) bestimmend sein müssen.

Die sachliche Richtigkeit des strafmildernden Charakters folgt aus der Nähe dieser Fallgestaltung zu einem anerkannten Rechtfertigungsgrund, nämlich der rechtfertigenden Einwilligung; entsprechendes hat erst recht für das tatbestandsausschließende Einverständnis zu gelten.³⁵ Die Einwilligung, auch wenn sie aufgrund ihrer zeitlich bedingten Unwirksamkeit nur *ex nunc* wirkt, mindert den Unrechtsgehalt der Rechtsgüterverletzung³⁶, die Langzeitwirkung der Rechtsgutsverletzung³⁷ entfällt dadurch, dass der Rechtsgutsinhaber das Geschehene nunmehr billigt.

Dies mindert erstens die Schuld i.S.d. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB, zweitens reduziert sich das spezial- und generalpräventive Einwirkungsbedürfnis nach Maßgabe des § 46 Abs. 1 S. 2 StGB. Mithin sind sämtliche Strafzwecke betroffen, gerade auch im Lichte des Rechtsgüter- und Opferschutzes. Jedenfalls handelt es sich bei der Genehmigung um einen Umstand, der i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 1 StGB für den Täter spricht. Der Katalog des § 46 Abs. 2 S. 2 StGB ist nicht abschließend, so dass es dahinstehen kann, ob die nachträgliche Zustimmung des Geschädigten bzw. seines Vertreters die „Auswirkungen der Tat“ betrifft oder ein Erwägungsgrund *sui generis*³⁸ ist.

Anerkannt strafmildernd wirkt die nachträgliche Genehmigung auch im Umweltstrafrecht³⁹, wo dies angesichts des verwaltungsakzessorischen Charakters von besonderer Bedeutung ist (was letztlich für alle Strafrechtsgebiete mit Zivil- oder Verwaltungsrechtsakzessorietät gilt).

Die strafmildernde Wirkung nachträglicher Zustimmung bei der Untreue bildet bei alledem nur einen Unterfall der Strafmilderung aufgrund unvollkommenen Einverständnisses bzw. unvollkommener Einwilligung. Der Unwirksamkeit aufgrund Nichterfüllung des zeitlichen Erfordernisses – Erklärung vor der Tat – stehen andere Wirksamkeitsmängel gleich. Im Bereich der Untreue betrifft dies v.a. das unwirk-

das auch wusste, bzw. einen Strafaufhebungsgrund nach Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsakts.

²⁷ Bock (Fn. 24), Vor § 324 Rn. 11.

²⁸ Bock (Fn. 24), Vor § 324 Rn. 33; BGHSt 37, 21 (28 f.); OLG Köln wistra 1991, 74; Ransiek, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 18), § 324 Rn. 27; Kindhäuser (Fn. 6), § 324 Rn. 11; Breuer, NJW 1988, 2072 (2079); Rogall, NSTZ 1992, 561 (565); Tiedemann/Kindhäuser, NSTZ 1988, 337 (343); a.A. Otto, Jura 1995, 134 (141); Brauer, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1998, S. 64, 118.

²⁹ Lackner/Kühl (Fn. 26), § 324 Rn. 10b; a.A. Saliger (Fn. 26), Vor § 324 Rn. 34; Schünemann, wistra 1986, 235 (241); Bloy, ZStW 100 (1988), 485 (505): Tatbestandsausschluss; Rudolphi, NSTZ 1984, 197 f: Rechtfertigung; Heinel/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 324 Rn. 19 f.: Strafaufhebung.

³⁰ Statt aller Eisele (Fn. 9), Rn. 855.

³¹ Vgl. auch Weber (Fn. 19), S. 252.

³² Weber (Fn. 19), S. 252; vgl. auch Schramm (Fn. 18), S. 201 ff.

³³ Dierlamm (Fn. 18), § 266 Rn. 299; Schünemann (Fn. 18), § 266 Rn. 198; Schramm (Fn. 18), S. 191, 194.

³⁴ Fischer (Fn. 4), § 46 Rn. 57; Lackner/Kühl (Fn. 26), § 46 Rn. 35; ausführlich Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 245 (auch m.w.N. aus der älteren Literatur); Maeck, Opfer und Strafzumessung, 1983, S. 68.

³⁵ Vgl. Fischer (Fn. 4), § 46 Rn. 57; Lackner/Kühl (Fn. 26), § 46 Rn. 35.

³⁶ Hillenkamp (Fn. 34), S. 245.

³⁷ Maeck (Fn. 34), S. 68.

³⁸ Vgl. nur Theune, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 46 Rn. 232.

³⁹ Siehe nur Bock (Fn. 24), Vor § 324 Rn. 34; Alt, in: Joecks/Miebach (Fn. 18), § 324 Rn. 122 m.w.N.

same Einverständnis des Vermögensinhabers einer juristischen Person.

BGH NSTZ 1995, 185 (186): „Die Zustimmung aller Gesellschaftler zu den Verfügungen des Geschäftsführers kann jedoch für die Strafzumessung bedeutsam sein.“

BGHSt 50, 331 (343; Mannesmann): „Das Einverständnis eines zukünftigen Alleinaktionärs ist somit für den Schuldanspruch ohne Bedeutung, kann aber – je nach den Umständen – als den Unrechtsgehalt erheblich mindernder Faktor die Strafzumessung beeinflussen.“

Dies entspricht auch der einhelligen Lehre.⁴⁰

Auch über die Untreue hinaus kommt der rechtlich unwirksamen Zustimmung des Geschädigten – sei es als Einverständnis oder als Einwilligung – in Rspr.⁴¹ und Lehre⁴² unstrittig strafmildernde Wirkung zu, da bei derart konsensual disponierendem Opferverhalten die Tat in milderem Licht erscheinen⁴³ muss, lässt sich doch bei einem teilweise verwirklichten Rechtfertigungsgrund⁴⁴ von einem geringeren Grad der Rechtswidrigkeit und somit von gemildertem Unrecht sprechen.

OLG Koblenz BA 39, 483: „Ein Mitverschulden oder eine (unwirksame) Einwilligung des Mitfahrers kann sich jedoch günstig bei der Strafzumessung und Prüfung einer Strafaussetzung zur Bewährung auswirken (Ls. 2).“ S. 484: „[...] hat die Generalstaatsanwaltschaft wie folgt Stellung genommen: Zwar ist die Strafzumessung Sache des Tatrichters, [...]. Dennoch ist der Tatrichter nicht völlig frei in seiner Wertung und der Niederlegung der Strafzumessungserwägungen in den Urteilsgründen. Er ist vielmehr verpflichtet, die der Zumessung zugrunde liegenden Erwägungen darzulegen. Erforderlich ist zwar keine Aufzählung sämtlicher Strafzumessungsgründe. Gemäß § 267 Abs. 3 StPO muss das Urteil jedoch die für die Strafe bestimmenden Umstände enthalten. Zu diesen Gründen gehört u.a. eine nicht unerhebliche Mitschuld des Verletzten oder eine Einwilligung, selbst wenn sie unwirksam ist [...]. Es ist auch nicht auszuschließen, dass das Schöffengericht bei Beachtung eines Mitverschuldens/Einwilligung zu einer für den Angeklagten günsti-

geren Strafzumessung gelangt wäre. Ein Mitverschulden/Einwilligung ist auch bei Beantwortung der Frage bedeutsam, ob die Verteidigung der Rechtsordnung die Vollstreckung einer verhängten Freiheitsstrafe gebietet [...]. Diese Ausführungen sind zutreffend. Der Senat schließt sich ihnen an und verweist ergänzend auf die höchstrichterliche Rechtsprechung [...].“

Ferner exemplifiziert sei dies an einer aufgrund § 228 StGB unwirksamen Einwilligung.⁴⁵

BGHSt 49, 166 (176 f. m.w.N.): „Darüber hinaus wird die zur Entscheidung berufene Schwurgerichtskammer bei einer Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge die Möglichkeit einer Strafmilderung auf Grund der nicht rechtfertigenden, aber tatsächlich immerhin vorliegenden Einwilligung zu bedenken haben.“

Selbst bei mangelnder Einverständnissfähigkeit darf die Einverständniserklärung bei der Strafzumessung nicht außen vor bleiben.⁴⁶

Drei Verknüpfungen zu anderen gesicherten Strafzumessungserwägungen verdeutlichen den evident strafmildernden und mithin erörterungspflichtigen Charakter der Genehmigung:

Erstens steht die nachträgliche Zustimmung in gewisser Nähe zu der ebenfalls anerkannt strafmildernden, da das Strafbedürfnis mindernden nachträglichen Aussöhnung oder Verzeihung⁴⁷, was auch dem Rechtsgedanken des § 46a StGB entspricht.

Zweitens lässt sich die nachträgliche Zustimmung einordnen in den Zusammenhang der Schadenswiedergutmachung⁴⁸, sorgt doch zwar nicht der Täter, aber der Geschädigte selbst dafür, dass der rechtlich missbilligte Zustand beendet wird. Gesichert ist, dass eine Schadenswiedergutmachung i.R.d. § 266 StGB – wobei dasselbe wie bei § 263 StGB gilt, aber auch bzgl. anderer Delikte – weder tatbestandsausschließend noch rechtfertigend wirkt.⁴⁹ Ebenso gesichert ist allerdings, dass die Schadensbeseitigung als zwingender Strafmilderungsgrund berücksichtigt werden muss, und zwar sowohl speziell i.R.d. § 266 StGB⁵⁰ als auch ganz allge-

⁴⁰ Siehe nur Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 29), § 266 Rn. 21a; Maeck (Fn. 34), S. 69 f.

⁴¹ BGHSt 49, 166 (176f.); BGH bei Dallinger, MDR 1969, 194; OLG Koblenz BA 39, 484; BGH NSTZ-RR 2009, 72.

⁴² Fischer (Fn. 4), § 46 Rn. 59 f.; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 334; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder (Fn. 29), § 46 Rn. 24; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 29), § 228 Rn. 24 sowie § 227 Rn. 10; Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, § 46 Rn. 64 und 185; Theune (Fn. 38), § 46 Rn. 232; Miebach, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 46 ? Rn. 138; Hillenkamp (Fn. 34), S. 240 ff.; Maeck (Fn. 34), S. 56 ff., insbesondere S. 69 f.; Geppert, ZStW 83 (1971), 947 (997 ff.); Dölling, GA 1984, 71 (92 f.).

⁴³ Vgl. BGH StV 1986, 149.

⁴⁴ Vgl. Jescheck/Weigend (Fn. 42), S. 334: „Strafmilderung bei nur teilweise gegebener Rechtfertigung“.

⁴⁵ Siehe nur Miebach (Fn. 42), § 46 Rn. 138; Stree/Kinzig (Fn. 42), § 46 Rn. 24; Jescheck/Weigend (Fn. 42), S. 334.

⁴⁶ Vgl. BGH NSTZ-RR 2009, 72 – Einverständnis eines Kindes in sexuelle Handlung –, zust. zitiert von Streng (Fn. 42), § 46 Rn. 64.

⁴⁷ Vgl. ausführlich Schramm (Fn. 18), S. 192 ff. m.w.N., u.a. mit Hinweis auf OGHSt 3, 140.

⁴⁸ Hierzu etwa Streng (Fn. 42), § 46 Rn. 57; speziell zur Untreue siehe auch Wittig (Fn. 18), § 266 Rn. 58; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl. 2012, Rn. 683 ff., 1700.

⁴⁹ Siehe nur Perron (Fn. 29), § 263 Rn. 120.

⁵⁰ Siehe BGH wistra 2007, 257 (258); BGH wistra 2007, 343 (344); BGH StV 2005, 426; BayObLG NJW 1995, 2120; Dierlamm (Fn. 18), § 266 Rn. 209, 299; Wittig (Fn. 18), § 266 Rn. 58; Schäfer/Sander/van Gemmeren (Fn. 48), Rn. 683 ff., 1700.

mein⁵¹. Dieser Rechtsgedanke lässt sich auch den §§ 46a und 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB sowie den Regelungen zur tätigen Reue (z.B. § 142 Abs. 4 StGB) entnehmen.⁵² Strafmildernd wirkt bereits das bloße Bemühen (§ 46 Abs. 2 S. 2 StGB, vgl. auch § 46a StGB⁵³), umso beträchtlicher ist das strafmildernde Gewicht bei teilweise und erst recht bei vollständiger Schadenswiedergutmachung, mindert doch die erfolgreiche Schadensbeseitigung den Erfolgsunwert der Tat.⁵⁴ Es handelt sich um eine Rückgängigmachung der „Auswirkungen der Tat“ i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 StGB. Ohne weiteres ist bei vollständigen Schadenswiedergutmachungen den Interessen des Rechtsgüter- und Opferschutzes Genüge getan, die Schuld i.S.d. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB ist deutlich verringert, das dem Präventionsgedanken geschuldete Einwirkungsbedürfnis reduziert sich beträchtlich, hat sich doch die Tat für den Täter ersichtlich nicht „gelohnt“. Angesichts des direkten Rechts- gutsbezugs einer Schadensminderung oder gar -aufhebung reduziert eine solche den Erfolgsunwert entscheidend.⁵⁵ Zu beachten ist dabei auch, dass derartige Schadenswiedergutmachungen in der Strafpraxis nicht eben häufig sind. Die Art und Weise der Schadenswiedergutmachung spielt für die Auswirkungen der Tat und damit das geminderte Erfolgsunrecht keine Rolle.

Drittens wird die Genehmigung bisweilen in einem Atemzug genannt mit dem Gesichtspunkt des Opfermitverschuldens bzw. der Opfermitverursachung (eine solche wirkt ebenfalls anerkanntermaßen strafmildernd⁵⁶). Beiden zu erörternden strafmildernden Erwägungen liegt zugrunde, dass das Tatopfer vor oder nach der Tat⁵⁷ ein Verhalten aufweist, welches die Tat weniger strafbedürftig erscheinen lässt, selbst wenn (entgegen vielfältigen viktimodogmatischen Bestrebungen der Lehre) die Strafbarkeit nicht entfällt. Wenn bereits Leichtsinns des Geschädigten strafmildernd wirkt⁵⁸, dann muss dies für eine ex-post-Aufhebung des Unrechtszustands, wie dies bei der nachträglichen Zustimmung der Fall ist, erst recht und in gesteigertem Maße gelten.

Prof. Dr. Dennis Bock, Kiel

⁵¹ BGH NStZ-RR 2006, 373; BGH NStZ 2008, 452 (453); BGH, Beschl. v. 16.10.2008 – 5 StR 482/08; BGH StV 1991, 549; *Theune* (Fn. 38), § 46 Rn. 214; *Streng* (Fn. 42), § 46 Rn. 57; *Miebach* (Fn. 42), § 46 Rn. 103.

⁵² *Fischer* (Fn. 4), § 46 Rn. 47; *Horn*, in: *Wolter* (Fn. 16), § 46 Rn. 143.

⁵³ Siehe auch *Theune* (Fn. 38), § 46 Rn. 214.

⁵⁴ Vgl. *Theune* (Fn. 38), § 46 Rn. 214.

⁵⁵ Vgl. v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 18), § 46 Rn. 52.

⁵⁶ *Fischer* (Fn. 4), § 46 Rn. 59 f.; vgl. auch *Wittig* (Fn. 18), § 266 Rn. 58; *Theune* (Fn. 38), § 46 Rn. 227 ff.; *Hillenkamp*, StV 1989, 532; *ders.*, StV 1989, 150.

⁵⁷ Vgl. *Theune* (Fn. 38), § 46 Rn. 229; *Stree/Kinzig* (Fn. 42), § 46 Rn. 24.

⁵⁸ Siehe nur *Fischer* (Fn. 4), § 46 Rn. 59.

Entscheidungsanmerkung

Völkermord in Ruanda – zum Merkmal der Zerstörungsabsicht

1. Die täterschaftliche Begehung eines Völkermords erfordert das zielgerichtete Wollen der teilweisen oder vollständigen Zerstörung einer von der Vorschrift geschützten Gruppe (Völkermordabsicht).
2. Eine Völkermordabsicht ist auch dann gegeben, wenn das Wollen des Täters auf die teilweise oder vollständige Zerstörung der Gruppe in ihrer sozialen Existenz abzielt.
3. Die Zerstörung ist auch dann beabsichtigt, wenn sie ein aus Tätersicht notwendiges Mittel zur Erreichung eines dahinter liegenden weiteren Zwecks darstellt.
(Leitsätze des Verf.)

StGB § 220a Abs. 1 a.F.

BGH, Urt. v. 21.05.2015 – 3 StR 575/14 (OLG Frankfurt a.M.)¹

I. Völkermordabsicht als *dolus directus* 1. Grades

Mit dem vorliegenden Urteil bekräftigt der 3. Senat seinen bereits in Entscheidungen aus den Jahren 1999 und 2001 eingenommenen Standpunkt, dass das spezielle subjektive Merkmal der Zerstörungsabsicht im Völkermordtatbestand im Sinne zielgerichteten Erfolgswillens zu deuten sei.² Diese im internationalen Schrifttum auch als „purpose-based approach“ bezeichnete Position teilt er mit dem Internationalen Gerichtshof (ICJ), dem Internationalen Strafgerichtshof (ICC) sowie den Ad-hoc-Tribunalen für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und Ruanda (ICTR) und befindet sich somit in Gesellschaft höchster völkerstrafrechtlicher Autoritäten.³ Gleichwohl krankt diese Interpretation seit jeher daran, von der Rechtsprechung stets nur apodiktisch festgestellt und nirgends eingehend begründet worden zu sein. Dies wiegt umso schwerer, als sich in der Literatur binnen der letzten 20 Jahre eine starke Gegenposition aufgebaut hat, die die Absichtsanforderungen an die Hierarchieebene des Beteiligten knüpft. Die führenden Planer und Drahtzieher der genozidären Gesamttat müssen danach mit zielgerichtetem Zerstörungswillen vorgehen und hierdurch der Kampagne selbst ihre zerstörerische Stoßrichtung verleihen, während für die Täterschaft von Chargen der unteren und mittleren Ebene

bereits direkter Vorsatz ausreichen soll (sog. „knowledge-based approach“).⁴ Für einen direkten Vorsatz dieser Art komme es auf das Wissen des Täters an, durch sein Verhalten einen Beitrag zu einer auf die Zerstörung einer geschützten Gruppe abzielenden und mit der realistischen Gefahr zumindest teilweiser Zerstörung einhergehenden makrokriminellen Kampagne zu leisten.⁵ Für diese Sichtweise spricht vor allem, dass sich mit ihrer Hilfe der Gesamtangriff auf eine geschützte Gruppe – wenngleich gespiegelt im Wissen des Täters – im Völkermordtatbestand verankern und ein Konnex zwischen Gesamttat und Einzeltat herstellen lässt, wodurch die individuelle Tat erst als „gegen die internationale Gemeinschaft als Ganzes“ (Art. 5 Abs. 1 ICC-Statut) gerichtetes Völkerrechts-Verbrechen greifbar wird.⁶ Hinzu kommt, dass die auf die mikrostrafrechtliche Einzeltat zutreffende Annahme eines typischerweise geringeren Beihilfeunrechts beim Makroverbrechen des Völkermords regelmäßig fehlt. Die Privilegierung der mangels eigener Absicht nur als Gehilfe strafbaren Ausführungsperson wird unplausibel, wenn etwa ein Untergebener aus falscher Befehlsstreue heraus Hunderte Menschen hinhaltet, ohne die Vernichtungsabsicht seiner Anweiser zu teilen. Auch durch den deutschen Gesetzeswortlaut „in der Absicht [...] zu zerstören“ wäre der Senat nicht gehindert gewesen, direkten Vorsatz ausreichen zu lassen. Im Gegenteil wird der gesetzliche Begriff der „Absicht“ in den meisten kernstrafrechtlichen Tatbeständen, die wie der Völkermord nur eine Fremdschädigung und nicht eine darüber hinausreichende Selbst- oder Drittbegünstigung umschreiben, überwiegend so verstanden, dass direkter Vorsatz ausreicht.⁷ Zur Stützung seiner Position hätte der Senat jedoch darauf verweisen können, dass immerhin zwei der fünf authentischen Sprachfassungen des Art. II der UN-Völkermordkonvention von 1948 (und drei der sechs Sprachfassungen des ICC-Statuts) ihrem eindeutigen Wortlaut gemäß ein zielgerichtetes Wollen des Täters erfordern.⁸ Wäre die Auslegung an diesen engeren Sprachfassungen zu orientieren,⁹ so verstieße die Verfolgung und Verurteilung des Angeklagten als Täter gegen das völkerrechtliche Interventionsverbot, wenn ihm nur direkter Vorsatz nachgewiesen werden kann.

¹ Das Urteil ist online abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=948cc610fd8d3a78e7ca8995d3be1665&nr=72189&pos=0&anz=2>.

² BGHSt 45, 64 (81, 88, 89); BGH NJW 2001, 2732 (2733).

³ IGH, Urt. v. 26.2.2007 (Bosnian Genocide case), Rn. 344; IGH, Urt. v. 3.2.2015 (Croatia v. Serbia), Rn. 136; ICC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 4.3.2009 – 02/05-01/09 (Prosecutor v. Al Bashir), Rn. 139, Fn. 154; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 19.4.2004 – IT-98-33-A (Prosecutor v. Krstić), Rn. 32; ICTR (Trial Chamber), Urt. v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Akayesu), Rn. 498.

⁴ Greenawalt, Columbia Law Review 1999, 2259 (2288 f.); Vest, Genozid durch organisatorische Machtapparate, 2002, S. 101, 107 ff.; Ambos, IRRC 2009, 833 (854 ff.); Kreß, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafbuch, Bd. 8, 2. Aufl. 2013, § 6 VStGB Rn. 78, 82 ff. m.w.N.; differenzierend Ambos, Treatise on International Criminal Law, Bd. 2, 2014, S. 34 ff.

⁵ Kreß (Fn. 4), § 6 VStGB Rn. 79, 82 m.w.N.

⁶ Kreß (Fn. 4), § 6 VStGB Rn. 13 ff., 87; Berster, in: Tams/Berster/Schiffbauer, Genocide Convention, 2014, Art. II Rn. 107.

⁷ Vgl. Fischer, Strafbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 164 Rn. 13; § 274 Rn. 9a.

⁸ Näher Berster (Fn. 6), Rn. 119 ff.

⁹ Zur Auslegung mehrsprachiger völkerstrafrechtlicher Übereinkommen vgl. Grover, EJIL 21 (2010), 543 ff.; Berster, in: Kreß (Hrsg.): 10 Jahre Arbeitskreis Völkerstrafrecht, 2015, S. 311 (333 ff.).

Angeichts der hiermit nur angedeuteten prominenten Debatte ist bedauerlich, dass der Anregungen aus der Wissenschaft gegenüber sonst so erfreulich offene 3. Senat die Gelegenheit zur argumentativen Absicherung seiner Position oder gar Änderung seiner Rechtsprechung ungenutzt gelassen hat.

II. Absicht sozialer Zerstörung

Eine zweite wichtige Festlegung des *Senats* ist darin zu erblicken, dass er nicht nur den auf die physische oder biologische, sondern auch auf die soziale Zerstörung gerichteten Willen als hinreichende Völkermordabsicht einstuft.¹⁰ Diese – von der internationalen Judikatur bislang nicht geteilte – Sichtweise ist begrüßenswert, spricht für sie doch bereits der vom spiritus rector der Genozidstrafbarkeit, *Raphael Lemkin*, genannte und von der UN-Generalversammlung bestätigte Kernzweck der Völkermordkonvention, die von den geschützten Gruppen repräsentierte kulturelle und spirituelle Vielfalt der Menschheit zu erhalten.¹¹ Hinzu kommt, dass ein rein physisch-biologischer Zerstörungsbegriff die Strafbarkeit derjenigen Völkermordhandlungen nur schwerlich erklären kann, die wie die „Zufügung schwerer seelischer Schäden“ (§ 220a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB a.F.) und die „gewaltsame Überführung von Kindern in eine andere Gruppe“ (§ 220a Abs. 1 Nr. 5 StGB a.F.) die körperliche Integrität der Gruppe unangetastet lassen.¹² Angemerkt sei jedoch, dass der soziale Zerstörungsbegriff ohne einschränkende Konkretisierung die Gefahr uferloser Ausweitung der Völkermordstrafbarkeit in sich birgt. Bestimmten indigenen Gruppen gegenüber etwa könnte bereits die Anordnung allgemeiner Schulpflicht eine sozial zerstörerische Wirkung entfalten, so dass eine vereinzelte Person, die das akkulturierende Ziel der staatlichen Schulpolitik teilt und z.B. durch die Zufügung eines schweren körperlichen Schadens an Gruppenmitgliedern eine Katalogtat des § 220 a Abs. 1 StGB a.F. verwirklicht, sich bereits des Völkermordes schuldig machte. Es liegt auf der Hand, dass das in derartigen Szenarien verwirklichte Unrecht weit hinter dem typischen Genozidunrecht zurücksteht, aufgrund dessen der Völkermord bisweilen als das „Verbrechen der Verbrechen“ apostrophiert wird, universelle Verfolgbarkeit nach sich zieht und nicht zuletzt entsprechend der Weltgipfelerklärung zur „Schutzverantwortung“ den UN-Sicherheitsrat zur Legitimierung eines Waffenganges ermächtigt. Auch im Hinblick auf die Gesellschaftspolitik der Bundesrepublik Deutschland erscheint eine eingrenzende Bestimmung des Zerstörungsbegriff wichtig, da die wachsende ethnische Diversität der deutschen Bevölkerung behutsame kulturelle Assimilierungspolitiken (wie etwa verbindliche sprachliche Früherziehung für Nichtmuttersprachler) notwendig werden lassen könnte, die bei weitem Begriffsverständnis als Ge-

samtat sozialer Zerstörung gedeutet werden mögen. Hier sollte der BGH beizeiten eine begriffliche Eingrenzung vornehmen, selbst wenn die derzeit judizierten Fälle hierzu noch keine zwingende Veranlassung geben. Dabei könnte eine mögliche Konkretisierung darin bestehen, nur solche sozial zerstörerischen Gesamttaten als tatbestandsgemäß zu erachten, die sich aus Katalogakten des § 220a StGB a.F. (bzw. § 6 Abs. 1 VStGB) zusammensetzen.¹³

III. Erstreckung der Absicht auf Zwischenerfolg

Von über den Völkermordtatbestand hinausweisendem Interesse ist der Hinweis des *Senats*, dass ein zielgerichteter Zerstörungswille des Angeklagten bereits angenommen werden dürfe, wenn die Vernichtung eines Gruppenteils ein aus Sicht des Angeklagten notwendiges Mittel zur Erreichung „des dahinter liegenden weiteren Zwecks“ darstellte, sich seine prominente Stellung im staatlichen System Ruandas zu erhalten. Diese Formulierung markiert eine deutliche Entfernung, wenn nicht gar die Aufgabe der seit BGHSt 16, 1 (6) geübten Rechtsprechung des BGH zur Absicht bei Zwischenerfolgen. Seinerzeit hatte der BGH den Standpunkt eingenommen, Zwischenerfolge seien nur dann vom zielgerichteten Streben des Täters mitumfasst, wenn sie „erwünscht“ seien, nicht jedoch, wenn er sie nur „als lästige Folge seines Handelns [...] hinnimmt, weil er glaubt, sonst sein Ziel zu verfehlen“¹⁴. Von dem hiernach entscheidenden Kriterium der Erwünschtheit oder Unerwünschtheit des Zwischenerfolges hatte der 3. Senat bereits in seiner auch im vorliegenden Urteil zitierten Entscheidung vom 11.12.2014 (3 StR 265/14) Abstand genommen und für ausreichend gehalten, dass ein Erfolg vom Täter „als notwendiges Mittel für einen dahinter liegenden weiteren Zweck erstrebt“ wird. Die dort gewählte Formulierung ist jedoch insoweit unscharf, als sie nicht sicher zum Ausdruck bringt, ob die Absicht allein logisch aus dem Charakter des Zwischenakts als (aus Tätersicht) notwendigem Mittel zur Erreichung des erstrebten Fernziels gefolgert werden darf oder noch zusätzlich positiv festgestellt werden muss. Leider schafft auch das gegenwärtige Urteil insoweit keine endgültige Klarheit. Denn die Formulierung, der Zwischenschritt müsse zur Erreichung des dahinter liegenden weiteren Zwecks notwendig sein, lässt sich auch dahingehend deuten, dass auch der Zwischenschritt vom Täter bezweckt und somit erstrebt worden sein muss. Ungeachtet dieser verbleibenden Restunsicherheit ist jedoch nicht zu übersehen, dass der 3. Senat sich der bislang vor allem im Schrifttum vertretenen Meinung annähert, wonach Zwischenerfolge immer bereits dann (mit-)beabsichtigt sind, wenn sie aus Tätersicht notwendige Zwischenschritte in dem zum erstrebten Endziel führenden Kausalverlauf bilden.¹⁵

¹⁰ Zuvor bereits BGHSt 45, 64 (81 ff.).

¹¹ General Assembly v. 11.12.1946 – Res. 96 (I); *Lemkin*, zit. *Moses*, in: Bloxham/Moses (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, 2010, S. 19 (23).

¹² Zu diesen und weiteren Argumenten vgl. *Berster*, JICJ 2015, 677 (686 ff.); *Ambos* (Fn. 4), S. 39 f.; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7. Aufl. 2016, § 16 Rn. 15.

¹³ Näher *Berster*, JICJ 2015, 677 (682 ff.).

¹⁴ Ähnlich auch noch BGH NSTz 2009, 506 (508).

¹⁵ *Gehrig*, *Absichtsbegriff*, 1986, S. 73 ff.; *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2012, § 5 Rn. 35; *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2015, § 14 Rn. 8; *Frister*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2015, Kap. 11 Rn. 14.

IV. Zerstörung eines substantiellen Gruppenteils

Bei der Anwendung seiner Vorgaben zur Absicht bei notwendigen Zwischenschritten dürfte dem *Senat* vorliegend indes ein Fehler unterlaufen sein. Von einer tauglichen Zerstörungsabsicht wäre nämlich nur dann auszugehen, wenn der Gruppenteil, dessen Tötung zur Erreichung des Endziels des Angeklagten erforderlich gewesen wäre, auch einen „substantiellen Teil“ der Gesamtgruppe der Tutsi ausgemacht hätte.¹⁶ Dies liegt jedoch fern. Der zur Endzweckverfolgung mitbeabsichtigte Zwischenschritt der Tötung konnte sich hier nur auf die Mitglieder der Tutsi erstrecken, die auf dem Kirchengelände von Kiziguro Schutz gesucht hatten, d.h. nach den gerichtlichen Feststellungen ca. 450 Personen. Selbst wenn die Gesamtpopulation der im Tatzeitpunkt noch lebenden Tutsi mit lediglich 500.000 zu beziffern wäre – eine äußerst geringe Schätzung, da die fraglichen Handlungen des Angeklagten bereits am fünften Tag des drei Monate währenden Genozids stattfanden –, hätte sich die Zerstörungsabsicht nur auf 0,09 % der Gesamtgruppe bezogen, die keinesfalls als „substantieller Teil“ betrachtet werden können.

V. Völkermordmotiv

Ein Defizit des Urteils liegt schließlich auch darin, dass der *Senat* nicht auf Erfordernis und Inhalt eines Motivmerkmals im Völkermordtatbestand eingegangen ist. Dieses Merkmal zählt zu den schillerndsten Voraussetzungen der Genozidstrafbarkeit und war bereits bei den Beratungen der Völkermordkonvention äußerst umstritten.¹⁷ In der internationalen Judikatur und Literatur sowie im deutschen Schrifttum wird es heute gleichwohl ganz überwiegend für erforderlich gehalten.¹⁸ Dabei wird das Motivmerkmal herrschend dahingehend verstanden, dass die geschädigten Gruppenmitglieder (zumindest auch) *wegen* ihrer Gruppenzugehörigkeit angegriffen werden müssen, d.h. dass die Tat durch Umstände motiviert worden sein muss, die gerade in der nationalen, ethnischen, rassischen oder religiösen Eigenart der Gruppe ihren Grund haben. Dissens besteht jedoch hinsichtlich der Frage, ob das genozidäre Motiv eine zwingende Voraussetzung für die täterschaftliche Beteiligung am Völkermord darstellt. Der oben genannte, nach Hierarchieebenen differenzierende „knowledge-based approach“ fordert das Motivelement nur für die auf Leitungsebene Beteiligten, durch welche die Gesamttat ihre diskriminierende Stoßrichtung erfährt,¹⁹ während auf Basis des vom BGH favorisierten

„purpose-based approach“ für eine solche Differenzierung kein Raum ist, und das Merkmal daher – sofern man es mit der h.M. überhaupt als Bestandteil des Völkermordtatbestands anerkennt – bei *jedem* Täter nachgewiesen werden müsste. Dass dem OLG Frankfurt a. M. nach der im vorliegenden Urteil ausgesprochenen Rückverweisung ein solcher Nachweis gelingen würde, war jedoch auf Grundlage der im Ausgangsurteil getroffenen Feststellungen unwahrscheinlich. Denn da hier die Wahrung seiner einflussreichen Stellung im Staatsgefüge Ruandas der handlungsleitende Beweggrund des Angeklagten gewesen sein könnte, dürfte nicht auszuschließen sein, dass er die Tötungen auch dann ins Werk gesetzt hätte, wenn anstelle der Tutsi etwa die Gruppe der Twa oder ein missliebiger Teil der eigenen ethnischen Gruppe der Hutu oder irgendeine andere Gruppe im Fokus der genozidären Kampagne gestanden hätte.

VI. Fazit

Das vorliegende Urteil stellte das erneut befasste OLG vor ein Trilemma: Es konnte (a) zur Begründung der Täterschaft die Existenz eines Motivmerkmals im Völkermordtatbestand ignorieren und eine Völkermordabsicht bejahen, obwohl sich der Zerstörungswille auf einen zahlenmäßig nicht substantiellen Gruppenteil bezog, (b) sich entgegen den Vorgaben des BGH auf die Seite des „knowledge-based approach“ schlagen und das Motivmerkmal für die Täterschaft des nicht zur Leitungsebene zählenden Angeklagten für entbehrlich erklären, oder (c) die Täterschaft des Angeklagten verneinen und ihn erneut als Gehilfen verurteilen. Dabei wäre jedoch zu bedenken gewesen, dass das Völkermordmotiv aufgrund der in ihm zutage tretenden diskriminierenden Gesinnung und seiner Nähe zum niedrigen Beweggrund des Rassenhasses i.S.d. § 211 Abs. 2 1. Gruppe StGB als strafbarkeitsbegründendes „besonderes persönliches Merkmal“ einzuordnen sein dürfte, so dass nur aus dem gem. §§ 28 Abs. 1, 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB doppelt geminderten Strafraumen zu strafen gewesen wäre, dessen Tat- und Schuldangemessenheit im vorliegenden Fall sehr zweifelhaft erscheint. Am 29.12.2015 traf das OLG seine Entscheidung. Obwohl die schriftlichen Urteilsgründe bei Abschluss des Manuskripts noch nicht vorlagen, lässt sich der Pressemitteilung²⁰ des Gerichts entnehmen, dass es sich für den vom BGH gewiesenen Weg entschieden und der erstgenannten Variante den Vorzug gegeben hat. Damit hat sich in der Rechtsprechung ein Völkermordverständnis etabliert, das auf die international anerkannten, einschränkenden Merkmale der Substantialität des angegriffenen Gruppenteils und des Völkermordmotivs verzichtet und sich daher – potentiell – außerhalb der völkerrechtlichen Grenzen deutscher Weltrechtspflege bewegt.

Dr. Lars Berster, Köln

¹⁶ Berster (Fn. 6), Art. II Rn. 132-138; Kreß (Fn. 4), § 6 VStGB Rn. 74; Ambos (Fn. 4), S. 41 ff.; Satzger (Fn. 12), § 16 Rn. 16.

¹⁷ Berster (Fn. 6), Art. II Rn. 26-28, 139.

¹⁸ Exemplarisch: ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 17.1.2005 – IT-02-60-T (Prosecutor v. Blagojević & Jokić), Rn. 669; ICJ, Urt. v. 26.2.2007 (Bosnian Genocide case), Rn. 187; ICTR (Appeals Chamber), Urt. v. 9.7.2004 – ICTR-16-14 (Prosecutor v. Niyitegeka), Rn. 53; Kreß (Fn. 4), § 6 VStGB Rn. 90; Amann, ICLR 2002, 93; Satzger, International and European Criminal Law, 2012, § 14 Rn. 15; Berster (Fn. 6), Art. II Rn. 141 ff.

¹⁹ Kreß (Fn. 4), § 6 VStGB Rn. 90.

²⁰ Die Pressemeldung ist online abrufbar unter:

https://olg-frankfurt-justiz.hessen.de/irj/OLG_Frankfurt_am_Main_Internet.

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

Lena Hildebrand, Die Bekämpfung der Zwangsheirat in Deutschland, Eine juristische Betrachtung der gesetzgeberischen Maßnahmen im Lichte des Opferschutzes, Schriften zur Kriminologie, Bd. 2, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015, 398 S., € 98,-.

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat vom 23.6.2011 wurden nicht nur Änderungen im Familien- und Aufenthaltsrecht vorgenommen. Der Gesetzgeber hat darüber hinaus das mit einer Zwangsverheiratung verbundene Unrecht, das seit 2005 als Nötigung im besonders schweren Fall, § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB a.F., geahndet worden war, mit § 237 StGB in einem eigenen Tatbestand erfasst. Der Norm, die bereits in dieser Zeitschrift Behandlung erfahren hat,¹ kommt damit ein starker symbolischer Gehalt zu, während (ober)gerichtliche Entscheidungen – soweit ersichtlich – zu ihr noch nicht ergangen sind. Deshalb überrascht es nicht, wenn sich die *Autorin* im juristischen Teil ihrer im Sommersemester 2014 angenommenen, von *Kölbel* betreuten Bielefelder Dissertation nicht auf die Betrachtung des Strafrechts beschränkt. Der juristischen Würdigung sind – nach einleitenden Vorbemerkungen (S. 13-16) – Begriffsklärung und Phänomenologie vorangestellt. Das erscheint schon deshalb sinnvoll, weil die kriminologischen Erkenntnisse sich eignen können, die Wirkmächtigkeit der rechtlichen Regelungen zu bewerten.

Im kurzen ersten Teil (S. 17-33) definiert die *Verf.* die Zwangsheirat unter Abgrenzung zur arrangierten Heirat als Verbindung, die „aufgrund der Ausübung von Zwang durch eine andere Person gegen den Willen der Betroffenen geschlossen wurde“ (S. 25). Wird damit ein struktureller Begriff von Gewalt bzw. Zwang, die danach in jeder sozialen Ungleichheit zu finden wären, verworfen, erscheint dies für eine Betrachtung des an individueller Verantwortlichkeit ausgerichteten und dem Bestimmtheitsgrundsatz unterworfenen Strafrechts nicht nur folgerichtig, sondern unabdingbar. Richtig findet sich ferner betont, dass unter Zwangsheirat nur die Eingehung der Verbindung zu verstehen bleibt, während die Aufrechterhaltung des Bundes unter Zwang präziser als Zwangsehe bezeichnet wird (S. 32 f.).

Der zweite, Phänomenologie betitelte Teil der Dissertation widmet sich kriminologischen Fragen und Erkenntnissen (S. 35-122). Eine eigene empirische Untersuchung hat *Hildebrand* nicht angestellt. Vielmehr wird einerseits – sorgfältig und weit ausgreifend – nach Art einer Metastudie der Forschungsstand in erster Linie für Deutschland, wenn auch unter kurzen Hinweisen auf Arbeiten aus anderen europäischen Staaten referiert (S. 37-95), andererseits anhand von schriftlich verfassten Erlebnisschilderungen, die eine Kriseninterventionsstelle zur Verfügung gestellt hat, eine Darstellung von Einzelfällen geleistet (S. 96-122). Es fällt allerdings auf, dass die rapportierten Erkenntnisse nicht mit speziell kriminologischen Erklärungsmustern in Verbindung gebracht

werden, obwohl die Arbeit in einer einschlägigen Schriftenreihe publiziert wurde. Die Kulturkonflikttheorie heranzuziehen hätte sich etwa angeboten im Zusammenhang mit der Feststellung, dass die Migrationssituation zu einer Verfestigung überkommener Vorstellungen bei den Eltern führt, während die Kinder mit den Freiheiten ihrer Mitschüler konfrontiert werden (S. 87-89).

Hinreichend valide Feststellungen zur Häufigkeit des Phänomens liegen nicht vor; es fehlt zumal an Versuchen zur Aufhellung des Dunkelfelds, so dass sich verlässlich nur die Zahl der Betroffenen, die sich an Beratungsstellen oder ähnliche Einrichtungen gewandt haben, ermitteln lässt (S. 43-49). An der üblichen Differenzierung zwischen verschiedenen Erscheinungsformen wie u.a. Heirat mit einer „Importbraut“, Heirat für ein Einwanderungsticket oder „Ferienverheiratung“ (im Ausland) kritisiert die *Autorin* sowohl mangelnde Trennschärfe als auch unzulängliche Berücksichtigung rechtlicher Auswirkungen (S. 49-54). Die Ergebnisse zu Geschlecht (i.d.R. weiblich), Alter (meist zwischen 16 und 21), Herkunft (vor allem aus der Türkei und dem Nahen Osten), Religion und sozioökonomischer Situation (eher schlecht) der Opfer bzw. ihrer Familien mögen z.T. verzerrt sein, etwa infolge der Ausrichtung von Betreuungsstellen, z.T. mit den Hauptherkunftsländern der Zuwanderer korrespondieren (S. 55-60). Wurde in den ausgewerteten Studien Gewalt als bedeutendstes Zwangsmittel hervorgehoben (S. 61-67), haben die Forscher darunter aber nicht nur sexuelle Gewalt oder Körperverletzungen verstanden, sondern auch Verhaltensweisen, die dem strafrechtlichen Gewaltbegriff nicht unterfallen, etwa (Be-)Drohungen oder Beschimpfungen. Die Wahl einer bestimmten Bewältigungsstrategie (akkomodativ, defensiv oder proaktiv) seitens der Opfer scheint einerseits mit früheren familiären Gewalterfahrungen und der Position im Geschwisterverband, andererseits mit finanzieller (Un-)Abhängigkeit sowie dem Vorhandensein oder dem Fehlen von Kenntnissen des rechtlichen und sozialen Systems zu korrelieren (S. 67-75). Damit dürfte Bildung auch insoweit eine wichtige Ressource für ein selbstbestimmtes Leben abgeben. Weitere Ausführungen betreffen das – bisweilen wohl durchaus vorhandene – Unrechtsbewusstsein bei den Zwang Ausübenden und die körperlichen, psychischen und sozialen Folgen von Zwangsheiraten sowie den mit ihnen verbundenen Gewalthandlungen (S. 75-79). Die Motive für den Zwang in die Ehe variieren von traditioneller Familienpolitik über Wahrung der Ehre, Beilegung von Streitigkeiten zwischen Familien und Erlangung eines Aufenthaltsrechts bis hin zum Wunsch nach Versorgung; oft liegen Motivbündel vor (S. 79-81). Einiges darunter gemahnt an die monarchisch-dynastische Heiratspolitik vergangener Jahrhunderte. Grundlegende Bedeutung erlangen ferner patriarchalische Familienstrukturen, die auf die Wahrung einer mit sexueller Enthaltsamkeit der unverheirateten weiblichen Mitglieder konnotierten Familienehre ausgerichtet sind, zudem die Unterordnung unter die Interessen eines Großfamilienverbands oder Clans. Zu Recht wird aber betont, dass die nähere Ausgestaltung des Ehrkonzepts regional und sogar familiär variiert (S. 81-89). Ebenfalls eine Rolle spielt (islamische) Alltagsreligiosität (S. 89-95). Bei der Einzelfalldiskussion (S. 96-122) wird insbeson-

¹ Siehe *Yerlikaya/Çakır-Ceylan*, ZIS 2011, 205; *Bülte/Becker*, ZIS 2012, 61.

dere die Bandbreite der zur Durchsetzung der angestrebten Ehe gewählten Strategien von Appellen an das familiäre Bewusstsein über Täuschung bis zu massiver körperlicher Gewalt deutlich, aber auch die von den Betroffenen eingeschlagenen Wege der Problembewältigung. Sind diese – u.U. nach anfänglicher Anpassung – letztlich als proaktiv einzustufen, erklärt sich dies schon daraus, dass die Schilderungen von einer Hilfsorganisation, an die sich die Frauen schließlich gewandt haben, zur Verfügung gestellt wurden.

Den Hauptteil der Dissertation machen die Überlegungen zu staatlichen Maßnahmen zum Schutz vor Zwangsheirat aus (S. 123-371). *Hildebrand* legt zunächst dar, dass diese u.a. gegen Art. 6 Abs. 1 GG in seiner negativen Ausprägung, weitere Gewährleistungen des Grundgesetzes, Art. 12 EMRK sowie andere supranationale Übereinkommen verstoße. In der Konsequenz werde die Schutzpflichtdimension der Grundrechte aktiviert (S. 125-130). Letzteres ist sicher ebenso zutreffend wie die Feststellung, dass dem Staat zur Erfüllung seiner Verpflichtung ein weiter Gestaltungsspielraum zustehe (S. 130); auf abweichende Auffassungen zur Reichweite des Schutzbereichs von Art. 6 Abs. 1 GG wird allerdings ohne jede Diskussion nur hingewiesen (Fn. 424 f.). In der Folge untersucht die *Autorin*, ob vom deutschen Gesetzgeber geeignete Maßnahmen getroffen worden sind. Dabei wendet sie sich nach einem Überblick über in der Vergangenheit ergriffene Initiativen (S. 131-135) speziell dem Zwangsheirats-Bekämpfungsgesetz zu (S. 136 ff.). Der Ausrichtung dieser Zeitschrift entsprechend soll das Augenmerk des *Rezensenten* insoweit in erster Linie den Ausführungen mit strafrechtlichem Bezug gelten, also denjenigen zum Tatbestand des § 237 StGB (S. 138-222).

Plausibel wirkt die Feststellung, mit dem Tatbestand verbinde sich nicht die Schaffung eines neuen Rechtsguts, sondern nur eine Konkretisierung der im Rahmen des § 240 StGB maßgeblichen Schutzgegenstände (S. 139 f.). Sodann wird § 237 StGB detailliert nach Absätzen kommentiert. Im Zusammenhang mit dem tatbestandlichen Erfolg gemäß Abs. 1, der Eingehung der Ehe, erörtert die *Verf.* die zivilrechtlichen Voraussetzungen hierfür unter Berücksichtigung von Aspekten des Internationalen Privatrechts sowie Sonderfällen wie Kinder- oder Stellvertreterehen² und nur unter Mitwirkung von Geistlichen eingegangenen Verbindungen (S. 141-157). Als tatbestandsmäßig i.S.d. § 237 Abs. 1 StGB bewertet die *Autorin* aber nur diejenigen Ehen, die entweder nach deutschem oder ausländischem Recht wirksam zustande gekommen sind (S. 157-164). Wird dieses Ergebnis auch nachvollziehbar begründet und zudem darauf verwiesen, die Erzwingung von Pseudo-Eheschließungen falle unter § 240 StGB (S. 164-166), führt das doch zu im Hinblick auf die geschützte Willensfreiheit nicht unbedenklichen Lücken bei der Anwendung von § 237 Abs. 2 StGB: Die listige Verlei-

tung zur Ausreise, um im Ausland eine rein religiöse oder traditionelle „Ehe“ zuwege zu bringen, bleibt dann straffrei; die erst im Ausland zu diesem Zweck ausgeübte Nötigung gem. § 240 StGB kann nur unter den Voraussetzungen von § 7 StGB nach deutschem Strafrecht geahndet werden. Insoweit schafft dann auch die Anwendbarkeit von § 237 StGB auf Auslandstaten nach § 5 Nr. 6 lit. c) StGB keine Abhilfe; letztere, erst mit dem 49. StÄG 2015 eingefügte Bestimmung konnte in der Arbeit generell noch keine Berücksichtigung finden. So sind die Ausführungen zum Strafanwendungsrecht (S. 198-201) teilweise schon überholt.

Zustimmung verdient die Feststellung, den Tatbestand erfülle nur die Eingehung der Ehe als solche, nicht aber deren zwangsweise Aufrechterhaltung (S. 166-169, auch zu den Konsequenzen für die Verjährung). Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass § 172 StGB trotz nicht ganz identischen Wortlauts entsprechend verstanden wird, indem allein das Führen einer Mehrehe für die Norm nicht genügt.³ Die Nötigungsmittel bei der Zwangsheirat entsprechen denjenigen des § 240 StGB, wobei Gewalt allerdings im Rahmen des § 237 StGB nur in seltenen Konstellationen ein taugliches Tatmittel bilden soll, weil das Abnötigen eines Duldens oder Unterlassens hier nicht ausreicht (S. 169-178). Im Hinblick auf vis compulsiva hätte man insoweit noch vertieft über das Kausalitätserfordernis einerseits, die Möglichkeit der Fortwirkung von Gewalt (S. 174) andererseits reflektieren können. Zudem wäre an Konstellationen zu denken, in denen dem Opfer Beruhigungs- oder Betäubungsmittel beigebracht werden, deren Wirkung noch bei der Trauungszeremonie andauert. Empfindliches Übel als Mittel der Drohung kann auch der Ausschluss aus dem Familienverband sein (S. 176 f.). Absicht bzgl. des Nötigungserfolgs wird in der Praxis regelmäßig vorliegen (S. 178). Die wörtlich § 240 Abs. 2 StGB entlehnte Verwerflichkeitsklausel in § 237 Abs. 1 S. 2 StGB erachtet *Hildebrand* nicht als entbehrlich, denn es könne Fälle geben, in denen mit einem per se zulässigen Verhalten gedroht werde; eine – vorrangig zu untersuchende – Rechtfertigung unmittelbar durch die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) komme aber nicht in Betracht (S. 179-184).

Bei der Eheverschleppung nach § 237 Abs. 2 StGB (S. 185-190) handelt es sich um ein § 234a StGB nachgebildetes abstraktes Gefährdungs- und Absichtsdelikt (S. 185), weshalb zur Auslegung auf die Rechtsprechung und Literatur zur Verschleppung zurückgegriffen wird. Im Lichte einer klaren dogmatischen Einordnung verwirrt es aber eher, bei dem Vorfelddelikt der Eheverschleppung von einer Vorverlagerung der Strafbarkeit „im Sinne der actio libera in causa“ zu sprechen (ebenfalls S. 185), umso mehr, wenn die *Autorin* die Norm nicht als subsidiär bewertet, sondern sie ggf. in Tatmehrheit zu Absatz 1 stehen lassen will (S. 190). Weitere Ausführungen betreffen die den allgemeinen Regeln folgenden Fragen von Täterschaft und Teilnahme (S. 191-193), die Anordnung von Versuchsstrafbarkeit (S. 193-195) – wobei die *Verf.* zwar die Ausdehnung der Strafbarkeit weit ins Vorfeld der Eheschließung namentlich in Verbindung mit Ab-

² Nicht nachvollziehbar bleibt hier der Versuch, mit einem Verweis auf Regelungen der Wehrmächts-Personenstandsverordnung 1942 zu belegen, der deutsche Gesetzgeber habe selbst die Einführung der Eheschließung durch einen Stellvertreter „während des Kalten Krieges“ in Erwägung gezogen (S. 151 mit Fn. 581).

³ Vgl. nur *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 172 Rdn. 4 m.w.N.

satz 2 erkennt, sich aber mit der Erwägung behilft, es werde in der Praxis schon wegen Nachweisschwierigkeiten nicht zu überzogener Kriminalisierung kommen, jedoch nicht bedenkt, ob (zumal aus Opferschutzgesichtspunkten) eine Regelung zur tätigen Reue ergänzt werden sollte –, sowie die Strafmilderung nach Absatz 4 unter besonderer Berücksichtigung der Prägung des Täters durch einen anderen Kulturkreis (S. 195-198). Irrig bleibt allerdings die Annahme, Normal- und Sonderstrafrahmen würden sich im Mindestmaß entsprechen (S. 197 unten); für den minder schweren Fall gilt kein erhöhtes Mindestmaß, sondern es hat mit der in § 38 Abs. 2 StGB formulierten Grundregel sein Bewenden. Vielleicht war gemeint, dass der Strafraum des minder schweren Falls der Zwangsheirat mit demjenigen der Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB identisch ist. Reflektiert *Hildebrand* darüber, warum in den Absätzen 1 und 2 von § 237 StGB keine Geldstrafe vorgesehen ist (S. 198 f.), bleibt auch dies angesichts der im Mindestmaß auf sechs Monate erhöhten Freiheitsstrafe sowie der allgemeinen Bestimmung des § 47 Abs. 2 StGB schwer nachvollziehbar; alternativ Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder Geldstrafe anzudrohen hätte schlicht einen Systembruch bedeutet.

Die anschließende zusammenfassende dogmatische Bewertung des Tatbestands beinhaltet Kritik an seiner Benennung, der Fokussierung auf die Zuwanderergesellschaft sowie der Übernahme der Nötigungsmittel des § 240 StGB mit der Folge, dass die Ausübung subtileren Drucks, die besonders bei jungen Opfern schon ausreichen mag, nicht erfasst ist (S. 201-205). Im Rahmen einer kriminalpolitischen Würdigung gelangt die *Verf.* zutreffend zum Schluss, das Schutzniveau habe sich im Vergleich zur alten Rechtslage nur unwesentlich erhöht (S. 206-209) und es sei auch nicht mit einer größeren Verfolgungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit zu rechnen (S. 210-213). In diesem Zusammenhang wurde nur die Polizeiliche Kriminalstatistik, nicht aber die Strafverfolgungsstatistik herangezogen. Bestehen zudem Zweifel an der Eignung der Norm zur Verhaltenssteuerung (S. 214-219), liegt der Schluss auf den Charakter von § 237 StGB als Ausdruck – wenn auch nicht illegitimer – symbolischer Gesetzgebung nahe (S. 220-222, 372 f.).

Nach einem Blick auf die Aufnahme von § 237 StGB in den Kreis der Nebenklagedelikte (S. 222 f.) handelt das Buch von im Zivilrecht (S. 223-234) wie im öffentlichen, namentlich im Aufenthaltsrecht – auch unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben – (S. 234-307) getroffenen bzw. unterlassenen (pointiert S. 373 f.) Maßnahmen zur Umsetzung der Schutzpflicht. Von besonderem Interesse mag insoweit die Regelung des § 55 Abs. 2 Nr. 11 AufenthaltG⁴ sein, der zufolge die Nötigung einer anderen Person zur Eingehung der Ehe oder der Versuch hierzu einen fakultativen Ausweisungsgrund darstellt (S. 301-306), wobei die *Autorin* sich allerdings nicht dazu verhält, dass hier – anders als in § 237 StGB – das Vorliegen bestimmter Nötigungsmittel nicht verlangt wird.

Im letzten Abschnitt des dritten Teils wendet sich *Hildebrand* Interventions- und Präventionsmöglichkeiten zu (S. 308-371). Über besondere Erfahrungen in Sachen Intervention verfügen auf Frauen und/oder Migranten spezialisierte Betreuungs- und Schutzeinrichtungen (S. 308 f.), wobei der Kontakt meist über Dritte, insbesondere auch Lehrer, hergestellt wird; zudem scheinen sich Telefon- und Online-Angebote bewährt zu haben (S. 309-314). Die besonderen Anforderungen an Schutzeinrichtungen schildert die *Autorin* am Beispiel zweier Institutionen (S. 314-321). Ferner werden die Leistungen des Kinder- und Jugendhilferechts für (nicht-deutsche) Minderjährige und junge Volljährige (S. 322-341) ebenso beschrieben wie sonstige Sozialleistungen (S. 341-344), aufenthaltsrechtliche Konsequenzen bei der Übersiedlung in ein Frauenhaus oder eine vergleichbare Zufluchtsstätte (S. 344-349), Möglichkeiten, die Erteilung von Auskünften aus dem Melderegister zu verhindern, in ein Zeugenschutzprogramm aufgenommen zu werden oder den Namen zu ändern (S. 349-357), sowie Anordnungen nach dem Gewaltschutzgesetz, denen nach Einschätzung der *Verf.* im vorliegenden Zusammenhang jedoch nur geringe Bedeutung zukommen dürfte (S. 358-361). Konfliktlösung im Wege der Mediation scheidet wegen der Dysfunktionalität des Konflikts in den meisten Fällen wohl ebenfalls aus (S. 361-364). Damit erlangen wirksame außerrechtliche Präventionsstrategien vorrangige Bedeutung; als solche finden sich insbesondere benannt Integrationsmaßnahmen wie Bildung und Eröffnung des Zugangs zum Erwerbsleben, Vermittlung von Sprachkompetenz sowie die Sensibilisierung in Schulen und anderen Behörden (S. 365-371).

1760 Fußnoten und ein 24-seitiges Literaturverzeichnis belegen den Fleiß der *Verf.* Entgegen der Aussage im Vorwort (S. 5) befindet sich Letzteres aber nicht durchgängig auf dem Stand von Juli 2014. In formeller Hinsicht wirkt es weiter etwas unglücklich, wenn im Inhaltsverzeichnis die drei Hauptteile nicht mit Seitenzahlen versehen wurden. Zudem wäre präziseres Korrekturlesen wünschenswert gewesen. Bereits auf den ersten Seiten stolpert man über leicht erkennbare Unzulänglichkeiten. Derlei Schnitzer setzen sich nach der Einleitung zwar nicht in vergleichbarer Häufung fort, sie finden sich bisweilen aber auch in den nachfolgenden Kapiteln. Zudem trifft man auf vereinzelte sogar sinnentstellende Ungenauigkeiten. Dies alles soll vorliegend allerdings nicht bis ins Einzelne vertieft werden.

Denn derlei Schwächen vermögen den prinzipiellen Wert des Buches nicht entscheidend zu beeinträchtigen. Insgesamt handelt es sich um eine umfassende Würdigung der mit dem Problemkreis Zwangsheirat verbundenen rechtlichen Fragestellungen. Die Arbeit eignet sich deshalb auch gut als Kompendium für Praktiker, die – in welchem Rechtsgebiet auch immer – mit den Folgen oder der Verhinderung erzwungener Eheschließung befasst sind. Stehen aufenthaltsrechtliche Fragestellungen im Raum, bleibt allerdings die partiell seit August 2015 bereits geltende, teilweise mit Beginn des Jahres 2016 in Kraft tretende Umgestaltung der Materie durch

⁴ Bzw. §§ 53 Abs. 1, 54 Abs. 2 Nr. 6 AufenthaltG i.d.F. ab 1.1.2016.

das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27.7.2015⁵ zu beachten.

Prof. Dr. Klaus Laubenthal, Würzburg

⁵ BGBl. I 2015, S. 1386.

Tagungsbericht: Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler – Einheit der Prozessrechtswissenschaften?

18./19. September 2015 an der Universität zu Köln

Von Wiss. Hilfskraft **Corinna Ujkašević**, Köln, Wiss. Mitarbeiterin **Renate Vollhardt**, Köln

Am 18. und 19. September luden PD Dr. Daniel Effer-Uhe, Jun.-Prof. Dr. Elisa Hoven, Dr. Simon Kempny und Luna Rösinger Nachwuchswissenschaftler¹ aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zur erstmals stattfindenden Tagung der jungen Prozessrechtswissenschaftler an die Universität zu Köln ein. Die Doktoranden, Habilitanden, Juniorprofessoren und Privatdozenten aus allen drei Prozessrechtsgebieten widmeten sich in diesen Tagen der spannenden Frage nach der Einheit der Prozessrechtswissenschaften. Den Einführungsvortrag hielt Prof. Dr. Thomas Fischer, der darin die These einer „Krise des Strafprozesses“ aufstellte und diese mit dem Hinweis auf verschiedene Herausforderungen untermauerte, denen sich der Strafprozess derzeit stellen müsse. So widmete sich Fischer insbesondere der illegalen Absprachenpraxis. Sie äußere sich beispielsweise in Schuldsprüchen, die den festgestellten Tatsachen nicht entsprächen, in der Missachtung von unverzichtbaren Verfahrensförmlichkeiten oder in der Verwertung von Geständnissen des Angeklagten, die das Gericht vorformuliert habe. Die Überlastung der Justiz und das Erfordernis der Verfahrensbeschleunigung könnten dieses Phänomen, das Fischer als „Schande der Justiz“ bezeichnete, nicht überzeugend begründen. So komme etwa als weitreichendste Folge einer überlangen Verfahrensdauer eine Entlassung des Beschuldigten aus der Untersuchungshaft in Betracht. Die mögliche Entlassung eines Unschuldigen aus der Untersuchungshaft sei jedoch kein Szenario, dass eine rechtsstaatswidrige Verfahrensbeschleunigung rechtfertige. Außer durch die Absprachenpraxis werde das Strafverfahren durch die verstärkte Relevanz der Wirtschaftskriminalität auf die Probe gestellt. So wiesen die Sachverhalte in diesem Bereich eine gesteigerte Komplexität auf und erschwerten folglich die Wahrheitsfindung. Die Angeklagten, die zudem regelmäßig mit gut organisierten Verteidigerteams ausgestattet seien, verfügten daher über ein stärkeres Druckpotenzial, um auf für sie günstige Absprachen hinzuwirken, als dies in anderen Kriminalitätsbereichen der Fall sei. Ein weiteres Krisensymptom sah Fischer in einem weit verbreiteten diffusen Bedrohungsgefühl, welches sich in immer weiter ausufernden Straftatbeständen manifestiere.

Im Anschluss an den Vortrag Fischers sprach PD Dr. Philipp Reimer zur Einheit und Vielheit der Verfahrensrechtswissenschaften aus rechtswissenschaftstheoretischer Sicht. Reimer identifizierte drei Wege zu einer Vereinheitlichung der Prozessrechtswissenschaften: Neben einer Homogenisierung des positiven Rechts durch höherrangige bzw. einheitlich geltende Normen (etwa aus dem Verfassungsrecht, dem Unionsrecht oder der Europäischen Menschenrechtskonvention) könne Einheit durch Erkenntnisse der Wirklichkeitswissenschaften – etwa solche der Verfahrenspsychologie zum Verhalten der Prozessbeteiligten – gestiftet

werden. Darüber hinaus lasse sich eine Einheit jedoch auch durch eine „juridische Verfahrenstheorie“ stiften, die insbesondere fähig sei, Verfahrensordnungen übergreifende Konzepte zu entwickeln. Thomas Grosse-Wilde widmete sich sodann der Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage im Revisionsrecht, hinsichtlich derer er sich dem Ansatz des Zivilprozessualisten Rüßmann anschloss. Eine Rechtsfrage liege danach vor, wenn eine Regel streitig sei, um eine nicht reversible Tatfrage handle es sich dagegen, wenn über eine singuläre Feststellung gestritten werde. Die Regelbildung würde von der Rechtsprechung allerdings häufig zugunsten einer „Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles“ vernachlässigt. Eine solche drohe die Unterscheidung zwischen der Feststellung einer Tatsache und ihrem Beweis zu ignorieren. Diese und das Universalisierbarkeitspostulat seien, wie Grosse-Wilde näher erläuterte, denkbarer Minimalkonsens einer verfahrensübergreifenden Revisionsrechtsdogmatik.

Nach dem vielversprechenden Tagungsauftritt durch die Vorträge Fischers, Reimers und Grosse-Wildes fanden bis zum gemeinsamen Abschluss der Veranstaltung am darauffolgenden Nachmittag jeweils drei Sitzungen parallel statt. Den Anfang machte André Bohn, der über den Stellenwert des Rechtskraftbegriffes in den verschiedenen Rechtsgebieten referierte. Weder der offene Rechtskraftbegriff des Grundgesetzes noch die von Bohn untersuchten einfachgesetzlichen Instrumente zur Durchbrechung der Rechtskraft in den verschiedenen Verfahrensordnungen rechtfertigten nach Ansicht des Referenten die in der Literatur vertretene Ansicht, dass der Rechtskraft im Zivilrecht eine generell größere Bedeutung zukomme als im Strafrecht. Gleiches gelte allerdings auch umgekehrt sowie im Verhältnis der beiden Rechtsordnungen zum Öffentlichen Recht. Im Anschluss an diesen Vortrag beleuchtete Dr. Susanne Lilian Gössl Aspekte der Anwendung ausländischen Rechts im Zivil- und im Strafprozess. Wenngleich die Ermittlung des anwendbaren Rechts bei der Klärung zivilrechtlicher Vorfragen zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung auch im Strafprozessrecht nach dem Internationalen Privatrecht erfolgen müsse, stünde einem vollständigen Gleichlauf das unterschiedliche Wesen beider Verfahren entgegen. So dürfte etwa eine fehlende Kooperation des Angeklagten bei der Ermittlung des Inhalts des ausländischen Rechts im Hinblick auf das Fehlen einer Prozessförderungspflicht und den nemo tenetur-Grundsatz anders als im Zivilprozess nicht zu einer Reduktion der gerichtlichen Ermittlungspflicht führen. Des Weiteren lasse es das Analogieverbot nicht zu, im Falle der ausnahmsweisen Nichtanwendbarkeit ausländischen Rechts auf ein sich zu Lasten des Angeklagten auswirkendes Ersatzrecht zurückzugreifen.

Toni Böhme referierte über Begriff und Häufigkeit des Fehlurteils im Strafprozess. Böhme definierte ein Fehlurteil im engeren Sinne als ein solches, welches – in den für die Entscheidung wesentlichen Punkten, insbesondere also hin-

¹ Aus Platzgründen wird auf die zusätzliche Verwendung der weiblichen Form verzichtet.

sichtlich strafzumessungs- und schuldpruchrelevanter Tatsachen – nicht der bei korrekter Anwendung des Prozessrechts ermittelbaren „forensischen Wahrheit“ entspreche oder rechtsfehlerhaft ergangen sei. Von einem Fehlurteil im weiteren Sinne sei zu sprechen, wenn das Gericht seine Feststellungen prozessordnungskonform getroffen habe und keinen Rechtsfehlern unterliege, der festgestellte Sachverhalt jedoch der historischen Wahrheit nicht entspreche. Ausgehend von seiner Annahme, dass sich ein Anhaltspunkt für die Häufigkeit von Fehlurteilen aus der Anzahl von Entschädigungen für Urteilsfolgen nach § 1 StrEG ergebe, gelangte der *Referent* zu dem Ergebnis, dass im Mittel von 13 Fehlurteilen im Jahr auszugehen sei. Dies betreffe jedoch nur das Hellfeld. An den Vortrag *Böhmes* schloss sich eine engagierte Panel-Diskussion zu Fehlurteilen im Strafprozess zwischen dem *Referenten* sowie Prof. Dr. Thomas Fischer und dem Journalisten und Juristen Dr. Thomas Darnstädt (Der Spiegel) an. Darnstädt, der das justizkritische Buch „Der Richter und sein Opfer“ verfasst hat, vermochte die positive Einschätzung *Böhmes* zur Anzahl von Fehlurteilen nicht zu teilen. Er skizzierte mögliche Ursachen von Fehlurteilen „im weiteren Sinne“. Die Hauptfehlerquelle sah er in der unzureichenden (soziologischen bzw. sozialpsychologischen) Ausbildung von Richtern, die diese nicht zu einer Beweiswürdigung nach rationalen Kriterien befähige. Zugleich überschätzten Richter ihre entsprechenden Fähigkeiten. Als weitere Fehlerquellen benannte Darnstädt etwa die Präjudizierung des Ergebnisses des Hauptverfahrens durch das Ermittlungsverfahren und eine fehlende „Fehlerkultur“ an den Gerichten. Fischer widersprach den Thesen Darnstädts vehement und legte dar, dass Gerichte durchaus aussagepsychologische Erkenntnisse berücksichtigten. Die Beweiswürdigung sei in den letzten Jahren „explodiert“. Auch die Annahme einer fehlenden gerichtlichen Fehlerkultur sei unzutreffend. Sie zeige sich bereits im Vorhandensein eines Instanzenzuges. Zuverlässige Aussagen über die Anzahl von Fehlurteilen ließen sich entgegen *Böhme* nicht treffen – Indiz dafür, dass kein Fehlurteil ergangen sei, sei jedoch eine fehlende Anfechtung. Aufgrund der begrenzten menschlichen Erkenntnisfähigkeit ließen sich Fehlurteile niemals gänzlich vermeiden.

Der Folgetag begann mit einem Vortrag von PD Dr. Jens Sickor, in dem dieser sich mit verfahrensbeendenden Absprachen im Strafprozess beschäftigte. Sickor vertrat die Auffassung, dass die in § 244 Abs. 2 StPO enthaltene Aufklärungspflicht des Gerichtes einer maßgeblich auf einem abgesprochenen Geständnis gestützten Verurteilung entgegenstehe. Hielten sich die Gerichte an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2013, die den Vorrang der gerichtlichen Wahrheitsermittlungspflicht betont habe, verlören die Absprachen für die Gerichte ihre Bedeutung als Instrument der Verfahrensverkürzung. In der Praxis dürfte dies – so Sickor – zu einer Vielzahl von Gesetzesumgehungen führen. Eine mögliche Lösung sah Sickor darin, das Verständigungsverfahren als eigenständiges, konsensual geprägtes Verfahren auszugliedern und etwa als Zwischenverfahren nach Anklageerhebung stattfinden zu lassen.

Dr. Kiyomi von Frankenberg befasste sich in ihrem Vortrag sodann mit der interessanten Thematik informalisierter

Entscheidungsfindung, wobei sie insbesondere auf unternehmensinterne Ermittlungen und auf Investor-Staat-Klagen einging. Unternehmensinterne Ermittlungen fänden mangels Bindung der ermittelnden Privatpersonen an Grundrechte oder die Strafprozessordnung in einem „rechtlichen Niemandsland“ statt. Weder gebe es Belehrungspflichten, noch verfügten die Befragten über ein Schweigerecht. Es drohe darüber hinaus eine Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung, sofern die Ermittlungsergebnisse von überlasteten Staatsanwaltschaften unesehen übernommen würden. Investor-Staat-Klagen seien jedenfalls dann problematisch, wenn sie in voll funktionsfähigen Rechtsstaaten stattfänden. Hier bewirkten sie gegenüber staatlichen Gerichtsverfahren einen Verlust an Rechtsstaatlichkeit etwa im Hinblick auf die Öffentlichkeit des Verfahrens oder auf die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel. Für Formen der informalisierten Entscheidungsfindung müsse darüber nachgedacht werden, wie sich die Gleichberechtigung der daran Beteiligten und eine hinreichende Kontrolle verwirklichen ließe.

Parallel zu den Vorträgen Sickors und von Frankenburgs eröffnete Kilian Wegner die Vortragsreihe durch einen Beitrag zum Haftgrund der Fluchtgefahr bei Beschuldigten, die ihren Wohnsitz im EU-Ausland nehmen. In diesem Zusammenhang wies er auf den möglichen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV hin und zog zum Beleg dessen die „Mund & Fester“-Rechtsprechung² – eine vergleichbare zivilprozessrechtliche Problematik – heran. Im Anschluss dazu widmete sich Dr. Nina Schallmoser dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und rückte dabei insbesondere dessen Auswirkungen auf das Strafrecht in den Fokus. Anders als im Zivil- und Verwaltungsrecht verstärke das Prinzip weniger die Durchsetzbarkeit von Rechten. Vielmehr Sorge es primär für Grundrechtsbeschränkungen – insoweit sprach Schallmoser von der „Verkehrsfähigkeit von Unfreiheiten“. Im Ergebnis bedürfe es daher eines Gegengewichts für die negativen Folgen, die das Prinzip für den Beschuldigten verursache. Einen solchen Ausgleich könne nur ein einheitlich hoher europäischer Grundrechtsstandard liefern.

Zwei weitere Vorträge nahmen nachfolgend die Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren in den Blick. Linda-Sue Blazko legte den Schwerpunkt ihres Vortrags auf die Medienöffentlichkeit im Strafverfahren. Blazko legte dar, dass die Ausgestaltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes der Medialisierung der Gesellschaft nicht Rechnung trage und daher reformbedürftig sei. Eine Neuausrichtung müsse wegen der in unterschiedlicher Intensität betroffenen Grundrechte und entgegenstehenden Interessen verfahrensspezifisch erfolgen. Im Bereich des Strafverfahrensrechts seien dabei wegen der zumindest auch dienenden Funktion des Strafverfahrens die Straftheorien zu berücksichtigen. Die von Blazko bevorzugte kommunikativ-retributive Straftheorie gebiete eine regulierte Öffnung der Medienöffentlichkeit. Es müsse das Strafübel kommuniziert werden, wegen der Fokussierung der retributiven Straftheorie auf die Tat sei jedoch eine in erster Linie den

² EuGH, Urt. v. 10.2.1994, Mund & Fester, Rechtssache C-398/92, Slg. 1994, I-467.

Täter in den Blick nehmende Berichterstattung nicht veranlasst. Im Anschluss an diese grundsätzlichen Überlegungen umriss *Blazko* denkbare Aspekte einer Erweiterung der Medienöffentlichkeit im Strafverfahren und sprach sich unter anderem für einen größtmöglichen Zugang von Medienvertretern zu Hauptverhandlungen aus, der ggf. auch mittels Videoübertragung in einen anderen Gerichtssaal zu gewähren sei. *Christian Trentmann* befasste sich sodann mit den praktischen Bezügen der prozessbegleitenden Medien- und Berichterstattung. *Trentmann*, der sich sowohl auf straf- als auch zivilrechtliche Verfahren bezog, beobachtete grundsätzlich eine zunehmende „Institutionalisierung und Professionalisierung der Medienkontakte“, die auch von Seiten der Gerichte bzw. der Staatsanwaltschaften stattfindet. Nachdem er daraufhin kurz die rechtlichen Rahmenbedingungen medialer Aktivitäten skizzierte, verwies *Trentmann* auf den weitaus unreglementierten Handlungsspielraum der Parteien. Im Ergebnis sei jedoch die Sorge um den Einfluss der Medien zu relativieren. Zwar spielten sie eine wesentliche Rolle innerhalb der öffentlichen Meinungsbildung – darüber hinaus aber könnten sie der „Souveränität der deutschen Justiz“ keinen Schaden zufügen.

Parallel zum Vortrag *Trentmanns* widmete sich *Dr. Anne Schneider* der Frage nach den Bausteinen eines guten Strafverfahrensrechts. *Schneider* näherte sich dieser Frage unter Rückgriff auf Aspekte der Gesetzgebungslehre und beleuchtete zunächst die Strafverfahrensrechtssetzungsmethodik. Dabei erörterte sie die Bedeutung einer Analyse des die Reformüberlegungen veranlassenden Problems, der Definition der gesetzgeberischen Zielvorstellungen und ihres „Rankings“ sowie der Maßnahmenfindung. Sodann wandte sich *Schneider* der Strafverfahrensrechtsetzungstechnik zu und griff hierbei die beiden wichtigen Aspekte der Systemgerechtigkeit sowie der Verständlichkeit der strafverfahrensrechtlichen Regelungen auf. In diesem Rahmen wies die *Referentin* auf diesbezüglich bestehende Missstände in der StPO und Möglichkeiten ihrer Behebung hin.

Den Nachmittag eröffnete *Dr. Frauke Rostalski*, die engagiert die Verfassungswidrigkeit des wahldeutigen Schuldspruchs anprangerte. Dieser verstoße gegen das Gesetzlichkeitsprinzip und müsse daher aufgegeben werden. Zur Untermauerung hob *Rostalski* die Bedeutung des Schuldspruchs als kommunikativen Akt hervor. Da die Täterin oder der Täter nur gegen eine bestimmte Norm verstoßen habe – sie oder er also nicht das Rechtssystem insgesamt infrage gestellt habe – müsse sich auch der Schuldspruch – der die Antwort auf die Infragestellung bilde – auf eine bestimmte Norm beziehen. Andernfalls sei eine Verurteilung „tatunspezifisch“ und laufe darauf hinaus, den Delinquenten wegen des Täterseins zu bestrafen. Darüber hinaus vollziehe der wahldeutige Schuldspruch eine künstliche Trennung zwischen den nicht sicher vorliegenden materiellen Tatvoraussetzungen und der dennoch erfolgenden prozessrechtlichen Verurteilung. Zur gleichen Zeit widmete sich *Dr. Ralph Zimmermann* den presse- und rundfunkrechtlichen Zeugnisverweigerungsrechten. Der Gesetzgeber sei angesichts des zunehmenden „Bürgerjournalismus“ dazu berufen, den aktuellen verfassungs- und europarechtlichen Anforderungen zu entsprechen und die

Zeugnisverweigerungsrechte diesen anzupassen. Diesen prekären Missstand habe nicht zuletzt auch die Cicero-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts³ offenbart.

Im weiteren Verlauf konnte Jun.-Prof. *Dr. Dr. Milan Kuhli* an *Grosse-Wildes* Referat des Vortages anschließen, indem er der noch ausstehenden Frage nach der Legitimierbarkeit richterlicher Beurteilungsspielräume nachging. Dabei setzte er sich insbesondere kritisch mit der „Gesamtwürdigung“ auseinander, die bei der Beurteilung des Merkmals der niedrigen Beweggründe vorgenommen wird. Insofern prangerte er die revisionsrechtliche Praxis an, Wertungen zwar unbeanstandet zu lassen, sodann aber die entgegengesetzte Wertung als „näherliegend“ zu bezeichnen.

Den finalen Veranstaltungsblock eröffnete sodann *Martin Luber* durch einen spannenden Vortrag zur nationalsozialistischen Beeinflussung des Prozessrechtswesens. Die NS-Diktatur hinterließ in allen drei Prozessrechtsgebieten ihre Spuren, obgleich das Strafverfahrensrecht am stärksten betroffen gewesen sei. Trotz der gesetzlich eingerichteten Institutionen – wie bspw. die NS-Scheingerichte – habe den Richtern ein gewisser Handlungsspielraum offen gestanden, den der Großteil jedoch nicht genutzt habe. Damit habe die Justiz einen erheblichen Beitrag zur Etablierung des Unrechtssystems geleistet. Zur gleichen Zeit machte *Dominik Brodowski* durch seinen Beitrag über präventive Richtervorbehalte darauf aufmerksam, dass in diesem Rahmen getroffene Entscheidungen in den meisten Fällen unkontrolliert blieben. Es mangle im Falle des FamFG oder der VwGO bereits an hinreichend bestimmten Verfahrensvorschriften. Darüber hinaus existierten auch im Strafverfahrensrecht nur unzureichende Überprüfungsmechanismen, die vor allem an fehlenden Anreizen für eine unmittelbare Rechtskontrolle und einem kaum vorhandenen (fach-)öffentlichen Diskurs litten. Parallel dazu ging PD *Dr. Mark Schweizer* der kontroversen Frage nach, ob für das Strafprozess- und das Zivilprozessrecht tatsächlich das gleiche Beweismaß gelten solle. Entgegen der herrschenden Lehre bedürfe es im Zivilprozessrecht eines anderen, tieferen Beweismaßes – *Schweizer* sprach sich insofern für ein Beweismaß der „überwiegenden Überzeugung“ aus.

Zum Abschluss der Veranstaltung fanden sich die Tagungsteilnehmer wieder zusammen und widmeten sich dem rechtsphilosophischen Vortrag *Jochen Links*. *Link* sprach über die Suche nach der Wahrheit und das Ziel der Gerechtigkeit in den unterschiedlichen Prozessordnungen. Dabei kam er zu dem Schluss, dass die Suche nach der Wahrheit nur bedingt erfolgreich sein könne und damit lediglich das sekundäre Ziel eines Verfahrens bilde. Primär gehe es darum, Ordnung herzustellen. Denn die Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit folge im Justizsystem einem prozessualen Wahrheitsbegriff, der vom erkenntnistheoretischen sowie vom historischen Begriff abweiche.

Die Tagung hat bei den Teilnehmern aufgrund der gelungenen Auswahl interessanter und vielseitiger Themen sowie der anregenden Diskussionen großen Anklang gefunden. Eine Fortsetzung im nächsten Jahr wäre daher überaus wün-

³ BVerfGE 117, 244.

schenswert und würde sicherlich auf ebenso großes Interesse stoßen wie die diesjährige Tagung. Die Manuskripte sämtlicher Vorträge können in einem Tagungsband, der Anfang 2016 erscheinen wird, nachgelesen werden.