

Inhalt

AUFSÄTZE

Europäisches Strafrecht

Die europäische Beweisanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln?

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn 152

Völkerstrafrecht

Justicia de Transición y Constitución

Análisis de la sentencia C-579 de 2013 sobre el Marco Jurídico para la Paz

De Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, John Zuluaga, LL.M., Gotinga 165

A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional

Estudo sobre sua admissibilidade e valoração
De Prof. Dr. Gustavo Badaró, São Paulo 177

Strafverfahrensrecht

Die auf Freisprechung des Angeklagten gerichtete Nebenklage – zulässig?

Von Rechtsanwalt Dr. Torsten Noak, LL.M., Rostock 189

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Mark Steinsiek, Terrorabwehr durch Strafrecht?

Verfassungsrechtliche und strafrechtssystematische Grenzen der Vorfeldkriminalisierung, 2012

(Wiss. Assistent Dr. Stefan Schick, Regensburg) 195

Völkerstrafrecht

Dietmar Deffert, Strafgesetzhlichkeit als völkerstrafrechtliches Legitimationsprinzip, 2011

(Wiss. Mitarbeiter Dr. jur. Dr. phil. Milan Kuhli, Frankfurt a.M.) 199

Kai Ambos, Treatise on International Criminal Law, Vol. I: Foundations and General Part, 2013; ders., Treatise on International Criminal Law, Vol. II: The Crimes and Sentencing, 2014

(Staatsanwalt Dr. Christoph Barthe, Karlsruhe) 202

Strafverteidigung

Jan Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 5. Aufl. 2012

(Richter Roland Kalkofen, Heilbronn) 208

Strafvollzugsrecht

Rita Haverkamp, Frauenvollzug in Deutschland – Eine empirische Untersuchung vor dem Hintergrund der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, 2011

(Juniorprof. Dr. Kirstin Drenkhahn, Berlin) 209

Strafrechtsgeschichte

Christina Wiener, Kieler Fakultät und „Kieler Schule“, Die Rechtslehrer an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Kiel in der Zeit des Nationalsozialismus und ihre Entnazifizierung, 2013

(Akad. Rat Dr. Lutz Eidam, LL.M., Tübingen) 212

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

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

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln?

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

Nach langen Verhandlungen haben sich Rat und Parlament auf die endgültige Fassung der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung (RL EEA) geeinigt und diese verabschiedet.¹ Die Richtlinie ersetzt gleichermaßen bestehende sekundärrechtliche Rechtsakte zur Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung (u.a. die Europäische Beweisverordnung²) und die bisher geltenden völkerrechtlichen Grundlagen der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit (EU-Rechtshilfe-Übereinkommen³) und schafft einen einheitlichen Rechtsrahmen für den strafprozessualen Beweistransfer zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union.⁴ Die Überwindung der „Rechtszersplitterung“⁵ in unterschiedliche Regelungen für einzelne Instrumente einerseits (z.B. Sicherstellung und Beschlagnahme⁶) und unterschiedliche rechtliche Handlungsformen (Rahmenbeschluss, Übereinkommen) andererseits ist für sich genommen sicherlich ein wichtiger Schritt; letztlich wird für die Bewertung des neuen Instruments aber maßgeblich sein, ob die in der Richtlinie enthaltenen Regelungen, insbesondere der vom Parlament durchgesetzten Änderungen der Kritik wirksam begegnen, dass mit der Europäischen Ermittlungsanordnung rechtsstaatliche und grundrechtliche Garantien nivelliert bzw. preisgegeben würden.⁷ Diese Kritik schließt einerseits an die seit der Einführung des Europäischen Haftbefehls geführte Diskussion um

das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung an⁸, greift aber andererseits in dem vorliegenden Zusammenhang das intricate Problem auf, dass die Erhebung und die Verwertung eines Beweises im Strafverfahren in einem unmittelbaren und funktionalen Zusammenhang stehen und die Anwendung unterschiedlicher Regeln auf die Erhebung einerseits und die Verwertung andererseits dadurch zu besonderen Verwerfungen führen kann.⁹

Der folgende Beitrag geht diese Fragen in drei Schritten an. Ausgangspunkt sind dabei zunächst einige Vorüberlegungen zum Schutz subjektiver Rechte im Rahmen der grenzüberschreitenden Strafverfolgung durch nationales und/oder supranationales Recht (I.). Sodann wird erörtert, ob und inwieweit die Europäische Ermittlungsanordnung als neues Instrument zur transnationalen Beweiserhebung diesen Schutz gewährleistet (II.) und abschließend über die Regelungen zum Rechtsschutz eine Brücke zur Begründung transnationaler Verwertungsverbote geschlagen (III.).

I. Der Schutz individueller Rechte im Rahmen grenzüberschreitender Strafverfolgung

In der Europäischen Union werden Strafverfahren nach wie vor vor nationalen Gerichten durchgeführt. Der Schutz der Grund- und Verfahrensrechte des Beschuldigten bei der Beweiserhebung und -verwertung bestimmt sich dabei im Ausgangspunkt nach der Rechtsordnung des Staates, in dem das Strafverfahren geführt wird (*forum regit actum*), d.h. es ist bereits bei der Beweiserhebung – unabhängig davon, ob diese im Inland oder Ausland erfolgt – zu gewährleisten, dass das erlangte Beweismaterial anschließend im Strafverfahren verwertet werden kann.¹⁰ Wird der Beweis für dieses Strafverfahren auf ein entsprechendes Ersuchen in einem anderen Mitgliedstaat erhoben, so ist dafür indes das Recht des ersuchten Staates maßgeblich, das für seine Justiz- und Strafverfolgungsorgane verbindlich ist (*locus regit actum*), denn mit Blick auf die rechtlichen Grenzen staatlicher Ermittlungseingriffe vermag das öffentliche Interesse an der Förderung eines ausländischen Strafverfahrens keine weitergehenden Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen als das inländische Strafverfolgungsinteresse.¹¹ Den deutlichsten Ausdruck fand die

¹ Rats-Dok. 7788/14 (Annahme im Rat am 14.3.2014), Rats-Dok. 7736/14 (Annahme im Parlament am 27.2.2014); siehe zu den Abänderungen des Parlaments PE 529.518/1 – A 7-0477/2013; siehe dagegen noch die allgemeine Ausrichtung des Rates, Rats-Dok. 18918/11, sowie die ursprüngliche Initiative von sieben Mitgliedstaaten, ABl. EU Nr. C 165 v. 24.6.2010, S. 22; siehe ferner das Grünbuch der Kommission zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat, KOM (2009) 624 endg. Einen Überblick über die Entwicklung der Diskussion gibt *Ahlbrecht*, StV 2013, 114.

² Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008 über die Europäische Beweisverordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABl. EU Nr. L 350 v. 30.12.2008, S. 72.

³ Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union v. 29.5.2000, ABl. EU Nr. C 197 v. 12.7.2000, S. 1.

⁴ Siehe im Einzelnen die in Art. 34 RL EEA genannten Rechtsakte und Übereinkommen; siehe insoweit den Überblick bei *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (57 ff.).

⁵ Vgl. die Präambel (Erwägungsgrund Nr. 5): „zu fragmentiert und zu kompliziert“; siehe auch *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (583).

⁶ Rahmenbeschluss 2003/577/JI v. 22.7.2003 über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln in der Europäischen Union, ABl. EU Nr. L 196 v. 2.8.2003, S. 45.

⁷ *Heydenreich*, StV 2012, 439; *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (61 ff.).

⁸ *Allegrezza*, ZIS 2010, 569 (572 ff.); *Ambos*, ZIS 2010, 557 (559); *Heydenreich*, StV 2012, 439 (440 f.); *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 f.

⁹ Siehe zu dem „Beweisverwertungs- bzw. -erhebungs-Dilemma“ *Burchard*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, S. 275 (280 ff.).

¹⁰ *Allegrezza*, ZIS 2010, 569 (578); *Burchard*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Fn. 9), S. 275 (280 f.); *Gleiß*, ZStW 125 (2013), 573 (593 f.); *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (96); *Spencer*, ZIS 2010, 602 (604 f.).

¹¹ *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit in der EU, 2007, S. 57; *Gleiß*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2013, § 16

ses Verständnis in der Rechtspflegelehre, welche in der Rechtshilfe einen integralen Bestandteil der (innerstaatlichen) Strafrechtspflege sah.¹²

Auf der anderen Seite ist die Rechtshilfe auf ein Strafverfahren in einem anderen Staat bezogen (dies betonte die Rechtshilfelehre).¹³ Sie kann an die dort bereits ergangenen Entscheidungen anknüpfen und diese der Anordnung und Vollziehung von Grundrechtseingriffen zu Grunde legen. So wird in der kontinental-europäischen Rechtshilfetradition auf eine Überprüfung des Tatverdachts anhand mit dem Ersuchen übermittelter Beweismittel verzichtet und auf die im Haftbefehl (bzw. der richterlichen Anordnung anderer Eingriffe) dokumentierte Prüfung vertraut (sog. formelles Prüfungsprinzip, vgl. § 10 Abs. 2 IRG).¹⁴ Dies beruht auf der Erwägung, dass ersuchender und ersuchter Staat in einem transnational-arbeitsteiligen Strafverfahren eine gemeinsame Verantwortung für die Wahrung der Grund- und Verfahrensrechte des Beschuldigten tragen, die Wahrnehmung dieser Aufgabe aber – wie die Strafverfolgung selbst – auch untereinander aufteilen können.¹⁵ Voraussetzung dafür ist allerdings ein gemeinsames Verständnis über grundlegende Anforderungen an die jeweilige Ermittlungsmaßnahme (hier: Vorliegen eines auf konkrete Tatsachen gestützten Verdachts).

Soweit diese Voraussetzung nicht gegeben ist, bleiben Vorbehalte des ersuchten Staates zum Schutz subjektiver Rechte nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts notwendig. Alternativ können auch unionsrechtliche Standards entwickelt und ihrerseits als Vorbehalte eingeführt werden.¹⁶ Wenngleich eine Vereinheitlichung des Strafverfahrensrechts zur Beweiserhebung und -verwertung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist, können Mindeststandards auf mittlere Sicht nationale Vorbehalte ersetzen.¹⁷ Mit Blick auf den *ordre public*-Vorbehalt ist dies inzwischen bereits geschehen (vgl. § 73 S. 2 IRG).

Der Schutz subjektiver Rechte im Rahmen der grenzüberschreitenden Strafverfolgung bewegt sich damit im Spannungsfeld von Anerkennung, Vorbehalt und Harmonisierung. Wie nun zu zeigen sein wird, finden sich diese Elemente auch in der Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung.

Rn. 39; *Lagodny*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, § 59 IRG Rn. 31.

¹² Siehe zur Diskussion um die Einordnung der Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtspflegelehre vs. Rechtshilfelehre) *Vogel*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 34. Lfg., Stand: Dezember 2013, Vor § 1 IRG Rn. 5.

¹³ Siehe insoweit *Vogel* (Fn. 12), Vor § 1 IRG Rn. 5.

¹⁴ *Vogel* (Fn. 12), § 10 IRG Rn. 8 ff., 62 ff.

¹⁵ *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Fn. 11), Einl. Rn. 112 ff., 134; einschränkend *Vogel* (Fn. 12), § 10 Rn. 10.

¹⁶ Vgl. im Zusammenhang mit der Beweisrechtshilfe *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (118); *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (585 ff.); *Heydenreich*, StV 2012, 439 (442).

¹⁷ Vgl. *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (604 f.).

II. Die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA)

Bei der grenzüberschreitenden Erhebung und Übermittlung von Beweismitteln sind Anordnungs- und Vollstreckungsstaat gemeinsam für die Wahrung der Grund- und Verfahrensrechte des Beschuldigten (bzw. betroffener Dritter) verantwortlich. Die Richtlinie setzt daher – zu Recht – sowohl dem Erlass als auch der Anerkennung und Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung Grenzen.

1. Schutz subjektiver Rechte durch den Anordnungsstaat

Bei dem Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung sind zunächst die Voraussetzungen und Schranken zu beachten, die auf einen vergleichbaren innerstaatlichen Ermittlungseingriff Anwendung finden (Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA). Eine Strafverfolgungsbehörde kann sich also nicht dadurch den Bindungen an das innerstaatliche Recht entziehen, dass sie einen anderen Staat um Vornahme einer nach der *lex fori* unzulässigen Maßnahme ersucht („Befugnis-shopping“).¹⁸ Darüber hinaus ist die Anordnungsbehörde gehalten zu prüfen, ob die Ermittlungsmaßnahme notwendig und verhältnismäßig ist (Art. 6 Abs. 1 lit. a RL EEA). Diese Regelung dürfte auf entsprechende Erfahrungen mit dem Europäischen Haftbefehl zurückgehen, in denen über einen offensichtlich unverhältnismäßigen Einsatz dieses Instruments bei der Verfolgung von Bagatelldaten berichtet wurde.¹⁹ In prozeduraler Hinsicht wurde diese Verpflichtung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip durch einen Justizvorbehalt abgesichert, d.h. die Europäische Ermittlungsanordnung kann nur von einem Richter, Ermittlungsrichter oder Staatsanwalt erlassen oder bestätigt („validiert“) werden (Art. 2 lit. c RL EEA). Mit der justiziellen Anordnung bzw. Validierung wird das Vorliegen der o.g. Voraussetzungen bestätigt. Dieser Justizvorbehalt ist insofern bemerkenswert, als er unter Umständen über die Anforderungen hinausgeht, die bei der innerstaatlichen Beweiserhebung zu beachten sind, und damit einen europäischen Mindeststandard für die (grenzüberschreitende) Beweissammlung statuiert.²⁰ Ob darin ein Äquivalent für einen Richtervorbehalt im Vollstreckungsstaat gesehen werden kann, ist damit allerdings keineswegs ausgemacht (siehe unten 2. c) dd). Die Verwertbarkeit des durch die Europäische Ermittlungsanord-

¹⁸ Siehe insoweit *Heydenreich*, StV 2012, 439 (441); *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (73); siehe dagegen *Bachmaier/Winter*, ZIS 2010, 580 (583 f.), wonach es sich um eine selbstverständliche (und damit nicht regelungsbedürftige) Voraussetzung für den Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung handelt.

¹⁹ Vgl. *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (116); siehe zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Vollstreckungsstaat (Frankreich, Niederlande, Deutschland): *Böse*, in: Albers/Beauvais/Bohnert/Böse/Langbroek/Renier/Wahl, Towards a common evaluation framework to assess mutual trust in the field of EU judicial cooperation in criminal matters, 2013, S. 334 (349 ff.).

²⁰ Weitergehend für einen (obligatorischen) Richtervorbehalt bei der Anordnung von Zwangsmaßnahmen *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (587); *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (98).

nung erlangten Beweismittels wird dadurch sichergestellt, dass die Anordnungsbehörde die Form- und Verfahrensvorschriften bezeichnet, die bei der Beweiserhebung von der Vollstreckungsbehörde zu beachten sind (Art. 9 Abs. 2 RL EEA). Die Vorschrift übernimmt die entsprechende Regelung in Art. 4 Abs. 1 EU-Rechtshilfe-Übereinkommen^{21,22}. Auf diese Weise kann beispielsweise die Anwesenheit und Mitwirkung des Verteidigers bei einer Vernehmung des Beschuldigten im ersuchten Staat (Vollstreckungsstaat) gewährleistet werden.²³ Durch derartige Vorgaben kann aber auch die Einhaltung gesetzlicher Schranken bei der Durchführung der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme (z.B. zum Schutz des unantastbaren Kernbereichs, vgl. § 100c Abs. 4 und 5 StPO) gewährleistet werden.

2. Schutz subjektiver Rechte durch den Vollstreckungsstaat

Ungeachtet der grundsätzlich bestehenden Pflicht zur Anerkennung und Vollstreckung (Art. 9 RL EEA) wird der Schutz des Einzelnen durch eine Reihe von Ausnahmen und Vorbehalten gewährleistet. Im Unterschied zu den Voraussetzungen für den Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung, die für die Anordnungsbehörde verbindlich sind („[...] darf nur dann eine EEA erlassen, wenn [...]“), sind diese nach ihrem Wortlaut nur fakultativ (Art. 11 Abs. 1 RL EEA: „[...] kann [...] die Vollstreckung [...] versagt werden, wenn [...]“).²⁴ Der Unionsgesetzgeber hat damit eine Chance vertan, ein Minimum an Schutz für den Betroffenen verbindlich festzuschreiben, indem er die Umsetzung dieser Vollstreckungshindernisse dem nationalen Gesetzgeber anheimgestellt hat. Die Gründe für die Ablehnung der Vollstreckung lassen sich dabei in drei Gruppen einteilen: traditionelle Rechtshilfehindernisse (a), unionsrechtliche Mindeststandards (b) und die entsprechende Anwendung rechtlicher Schranken für innerstaatliche Ermittlungseingriffe (c).

a) Traditionelle Rechtshilfehindernisse als Vollstreckungsgrenzen

Die erste Gruppe von Vollstreckungshindernissen geht auf traditionelle Rechtshilfehindernisse zurück, die auch in früheren Rechtsakten zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung (insbesondere zur Europäischen Beweisverordnung²⁵) übernommen wurden. Dies gilt etwa für den Vorbehalt zum Schutz öffentlicher Geheimhaltungsinter-

ressen (Art. 11 Abs. 1 lit. b RL EEA; vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. g RB EBA) und für den Aufschub der Vollstreckung im Hinblick auf ein (vorrangiges) inländisches Strafverfahren (Art. 15 Abs. 1 RL EEA, Art. 16 Abs. 2 RB EBA). Das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit stellt zwar grundsätzlich ein Vollstreckungshindernis dar, auf die Prüfung wird allerdings – wie bereits beim Europäischen Haftbefehl²⁶ – verzichtet, wenn die verfolgte Tat einer von 32 Deliktgruppen zuzuordnen ist (Art. 11 Abs. 1 lit. g RL EEA); anders als beim Europäischen Haftbefehl dürfte dieser Einschränkung jedoch kaum praktische Bedeutung zukommen, da die Vollstreckungsgrenzen aus dem innerstaatlichen Strafverfahrensrecht ebenfalls eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit gebieten (siehe unten c) cc). Darüber hinaus wird der (partielle) Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit dadurch relativiert, dass er nicht geboten ist, soweit der Anordnungsstaat im Ausgangsverfahren extraterritoriale Strafgewalt ausübt oder die zugrunde liegende Tat ganz oder zum Teil im Vollstreckungsstaat begangen worden ist (Art. 11 Abs. 1 lit. e RL EEA). Hier wird also das Territorialitätsprinzip mit dem Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit kombiniert und damit die Ablehnung der Vollstreckung ermöglicht, soweit die Strafverfolgung im Anordnungsstaat für den Betroffenen nicht vorhersehbar ist.²⁷ Der Vollstreckungsstaat kann damit den Wertungen seines Strafrechts Vorrang einräumen, sofern der Anordnungsstaat keinen engeren Bezug zu der verfolgten Tat geltend machen kann.

b) Vollstreckungsgrenzen nach Unionsrecht

Eine zweite Gruppe von Vollstreckungshindernissen nimmt Bezug auf unionsrechtlich garantierte Grund- und Verfahrensrechte. Im Unterschied zu einer Reihe anderer Rechtsakte zur Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung begnügt sich die Richtlinie nicht mit einem allgemeinen Hinweis auf die Grundrechte (Art. 1 Abs. 4 RL EEA), sondern nimmt einen europäischen ordre public-Vorbehalt explizit in die Ablehnungsgründe auf (Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA). Wenngleich Bestandteil des europäischen ordre public (Art. 50 GRC), wird der Grundsatz „ne bis in idem“ als eigenständiges Vollstreckungshindernis normiert (Art. 11 Abs. 1 lit. d, vgl. Art. 50 GRC) und dadurch besonders hervorgehoben. Mit dem unionsrechtlichen ordre public tritt ein europäischer Mindeststandard an die Stelle des nationalen Grundrechtsstandards, der über den „klassischen“ ordre public-Vorbehalt im internationalen Rechtshilfeverkehr garantiert wird. Wie die Rechtssache „Melloni“ für die Auslieferung eines in Abwesenheit Verurteilten gezeigt hat,²⁸ kann dies unter Umständen mit einer Absenkung des Schutzniveaus verbunden sein. Im vorliegenden Zusammenhang ist allerdings zu be-

²¹ Siehe oben Fn. 3.

²² Siehe auch den Hinweis im erläuternden Bericht zur Initiative für eine Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsanordnung, Rats-Dok. 9288/10 ADD 1, S. 9.

²³ Siehe insoweit das Beispiel bei *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (576), in Anlehnung an EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (*Stojkovic v. Frankreich und Belgien*).

²⁴ Dies gilt nicht für die Vollstreckungshindernisse, die auf die unionsrechtlich garantierten Grundrechte Bezug nehmen (Art. 11 Abs. 1 lit. d und f RL EEA), siehe unten c); kritisch zur fakultativen Ausgestaltung der Vollstreckungshindernisse: *Asp u.a.*, ZIS 2013, 412 (418).

²⁵ Siehe oben Fn. 2.

²⁶ Siehe insoweit bereits Art. 2 Abs. 2 RbEuHb und § 81 Nr. 4 IRG sowie dazu *Böse*, in: *Grützner/Pötz/Kreß* (Fn. 12), § 81 IRG Rn. 8 ff.

²⁷ *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (78); siehe auch *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92 (94, 96 f.); siehe ferner Art. 13 Abs. 1 lit. f RB EBA (Fn. 2).

²⁸ EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (*Melloni*) = NJW 2013, 1215 (1219 Rn. 55 ff.).

rücksichtigen, dass der Schutz des Beschuldigten bzw. Betroffenen nach dem Recht des Vollstreckungsstaates weitgehend erhalten bleibt (s.o.).

c) Vollstreckungsgrenzen nach dem Recht des Vollstreckungsstaates

Die mit Abstand bedeutsamste Beschränkung der Vollstreckungspflicht ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des innerstaatlichen Strafverfahrensrechts des Vollstreckungsstaats. Diese Vollstreckungshindernisse sollen gewährleisten, dass das für das innerstaatliche Strafverfahren geltende Schutzniveau auch bei der grenzüberschreitenden Beweissammlung (für die Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat) gewahrt bleibt (siehe oben 1.).

aa) Gleichbehandlung von inländischer und ausländischer Strafverfolgung

Die zentrale Vorschrift in diesem Zusammenhang ist Art. 10 RL EEA. Die Vorschrift regelt den Umgang mit einer Ermittlungsanordnung, wenn die angeordnete Maßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaates entweder überhaupt nicht vorgesehen (Art. 10 Abs. 1 lit. a RL EEA) oder in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zulässig ist, weil die dafür notwendigen Voraussetzungen nicht vorliegen (Art. 10 Abs. 1 lit. b RL EEA). Dies ist u.a. der Fall, wenn die Maßnahme nur zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten, nur gegen den Verdächtigen oder nur mit Zustimmung des Betroffenen zulässig ist (Präambel, Erwägung Nr. 10). Art. 10 RL EEA sieht für diesen Fall grundsätzlich den Rückgriff auf eine andere, nach dem Recht des Vollstreckungsstaates zulässige Maßnahme vor (Art. 10 Abs. 1 RL EEA); falls eine solche jedoch nicht zur Verfügung steht, kann bzw. – nach Maßgabe der innerstaatlichen Umsetzung der Richtlinie – muss der Vollstreckungsstaat die Vollstreckung verweigern (Art. 10 Abs. 5 RL EEA).²⁹ Aus diesem Grund ist die Bundesrepublik Deutschland nicht zur Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung verpflichtet, soweit dies den unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung verletzen würde (§ 100c Abs. 4 und 5 StPO).³⁰

bb) Minimum an verfügbaren Ermittlungsmaßnahmen (Effektivitätsgebot)

Allerdings enthält dieser Vorbehalt zugunsten des Rechts des Vollstreckungsstaates eine Ausnahme für weniger schwerwiegende Ermittlungsmaßnahmen, die für die grenzüberschreitende Beweissammlung durch eine Europäische Ermittlungsanordnung stets zur Verfügung stehen müssen (Art. 10 Abs. 2 lit. a bis e RL EEA):

- Herausgabe von vorliegendem Beweismaterial (allerdings mit der Maßgabe, dass dieses für ein innerstaatliches Strafverfahren oder durch Vollstreckung einer EEA hätte

erlangt werden können, sog. hypothetischer Ersatzeingriff; diese Grenze ist relevant für Informationen aus präventiv-polizeilichen Eingriffen, die im Strafverfahren unzulässig sind);

- Abfrage aus Datenbanken der Polizei und Justizbehörden, zu denen die Vollstreckungsbehörde im Rahmen eines Strafverfahrens Zugang hat (z.B. zu DNA-Profilen, Fingerabdrücken, Ermittlungsverfahren). Nicht erfasst werden Dateien, die von anderen Behörden geführt werden (z.B. das Verkehrszentralregister). Der Verzicht auf die im innerstaatlichen Strafverfahren geltenden Zugangsschwellen kann dabei durchaus zu einem geringeren Schutzniveau führen. So ist beispielsweise die grenzüberschreitende Übermittlung von DNA-Profilen nicht mehr auf die Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung beschränkt, wie es zum Teil für den Abruf zur Strafverfolgung im Inland verlangt wird (siehe aber die allgemeine Formulierung in § 81g Abs. 5 S. 3 StPO)³¹;
- Vernehmungen (insoweit gelten die Vorschriften für das innerstaatliche Strafverfahren entsprechend, insbesondere bleiben Auskunfts- und Zeugnisverweigerungsrechte anwendbar, siehe unten zu Art. 11 RL EEA und auch Art. 24 Abs. 5 lit. e RL EEA);
- nicht invasive Ermittlungseingriffe; nach der Präambel (Erwägung Nr. 16) sind dies beispielsweise Maßnahmen, die weder das Recht auf Schutz der Privatsphäre noch das Recht auf Eigentum nach dem nationalen Recht verletzen, d.h. Ausgangspunkt ist wiederum das nationale Recht (für Deutschland als Vollstreckungsstaat bietet sich als Maßstab die Ermittlungsgeneralklausel an, § 161 Abs. 1 StPO);
- Ermittlung eines Telefonanschlusses oder einer IP-Adresse. Dabei geht es um eine Anschlusskennung, deren Abruf für die innerstaatliche Strafverfolgung keiner besonderen Eingriffsschwelle unterliegt (§ 100j StPO i.V.m. § 111 ff. TKG). Das BVerfG hat zwar die Identifizierung dynamischer IP-Adressen wegen ihrer Nähe zu den jeweiligen Kommunikationsvorgängen als Verkehrsdaten (Verbindungsdaten) eingestuft, die dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) unterliegen.³² Durch § 100j Abs. 2 StPO hat der Gesetzgeber jedoch inzwischen ausdrücklich auf die Festlegung einer besonderen Eingriffsschwelle verzichtet, soweit es nur um die Erhebung der auf die IP-Adresse bzw. den jeweiligen Anschluss bezogenen Bestandsdaten geht.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die in Art. 10 Abs. 2 RL EEA angeführten Maßnahmen zwar ganz überwiegend keiner besonderen Eingriffsschwelle unterliegen. In bestimmten Fällen (DNA-Profile) kann der Verzicht auf die Prüfung der Zulässigkeit der Maßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaates jedoch dazu führen, dass für die

²⁹ Kritisch zu diesem allgemeinen und damit zu unbestimmten Vollstreckungshindernis *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (78 f.).

³⁰ Vgl. insoweit *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (118).

³¹ *Böse* (Fn. 11), S. 63 ff., 68; *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 81g Rn. 22; a.A. *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 1, 4. Aufl. 2014, § 81g Rn. 86 m.w.N.

³² BVerfG ZUM-RD 2012, 441 (451 f.).

grenzüberschreitende Beweissammlung das Schutzniveau gegenüber innerstaatlichen Ermittlungseingriffen abgesenkt wird. Dieser Widerspruch ließe sich nur um den Preis auflösen, dass auch für das inländische Strafverfahren erweiterte Zugriffsmöglichkeiten geschaffen werden.

cc) Spezifizierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Normiert Art. 10 RL EEA das allgemeine Prinzip, so enthalten die Ablehnungsgründe in Art. 11 Abs. 1 RL EEA weitere spezifische Ausformungen des Grundsatzes, dass das im Vollstreckungsstaat garantierte Schutzniveau für innerstaatliche Ermittlungseingriffe nicht unterschritten werden darf:

Dies gilt zunächst für den Schutz von besonderen Vertrauensverhältnissen, insbesondere zu Berufsgeheimnisträgern (Arzt, Rechtsanwalt, Journalist), und Immunitäten nach nationalem und internationalem Recht (Abgeordnete, ausländische Staatsoberhäupter), soweit diese Vorschriften die Vollstreckung unmöglich machen (Art. 11 Abs. 1 lit. a RL EEA).³³ Dies entspricht einer Ausnahme, die bereits für die vorläufige Sicherstellung von Beweismaterial und Vermögenswerten vorgesehen ist (s. § 94 Abs. 2 Nr. 1 IRG).³⁴ Ebenso kann die Vollstreckung abgelehnt werden, wenn die Ermittlungsmaßnahme nach dem Recht des Vollstreckungsstaates nur bei besonders schweren Straftaten bzw. Katalogtaten zulässig ist (Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA)³⁵ oder – wenn die Ermittlungsanordnung im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens erlassen worden ist – nur zur Verfolgung von Straftaten zulässig ist (Art. 11 Abs. 1 lit. c RL EEA).

Diese Ausnahmen zugunsten des Rechts des Vollstreckungsstaates sind auf den ersten Blick überflüssig, reformulieren und konkretisieren sie doch den allgemeinen, bereits in Art. 10 RL EEA niedergelegten Grundsatz, dass eine Maßnahme, die für ein inländisches Strafverfahren nicht ergriffen werden darf, auch zur Förderung eines ausländischen Strafverfahrens unzulässig ist (siehe oben aa). Infolge der in Art. 10 Abs. 2 RL EEA vorgesehenen Ausnahmen haben sie jedoch – zumindest teilweise – eigenständige Bedeutung: So sind bei Zeugenvernehmungen (Art. 10 Abs. 2 lit. c RL EEA) die nach dem Recht des Vollstreckungsstaates geltenden Zeugnisverweigerungsrechte zu beachten (Art. 11 Abs. 1 lit. a RL EEA, §§ 52 ff. StPO), und DNA-Profile dürfen nicht zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten übermittelt werden (Art. 11 Abs. 1 lit. c RL EEA). Demgegenüber ist die besondere Eingriffsschwelle (schwere Straftaten, Art. 11 Abs. 1 lit. h RL EEA) auf Maßnahmen i.S.d. Art. 10 Abs. 2 RL EEA nicht anwendbar (Art. 11 Abs. 2 RL EEA). Angesichts der allgemeinen Gleichstellungsklausel (Art. 10 Abs. 1 lit. b RL EEA) erweist sich die Regelung damit als überflüssig bzw. hat – wenn man es etwas freundlicher ausdrücken möchte –

lediglich klarstellende Funktion. Derartige Redundanzen finden sich auch in den Regelungen zu besonderen Ermittlungsmaßnahmen, wonach die Vollstreckung abgelehnt werden kann, wenn die Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde.³⁶ Sie dürften auf den Verlauf der Verhandlungen zurückzuführen sein, in denen die allgemeine und umfassende Gleichstellungsklausel (Art. 10 Abs. 1 RL EEA) erst am Ende eingefügt und eine Abstimmung mit den Sonderregelungen versäumt wurde.

Dieses Versäumnis hat jedoch – neben den in der Sache folgenlosen – Doppelungen die weitere Folge, dass die für das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit vorgesehenen Einschränkungen (Art. 11 Abs. 1 lit. e und g RL EEA) weitgehend aufgehoben werden.³⁷ Dies gilt insbesondere für den seit dem Europäischen Haftbefehl standardmäßig vorgesehenen Verzicht auf die Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit für 32 Deliktbereiche (Art. 11 Abs. 1 lit. g RL EEA), denn die Ermittlungsmaßnahme kann in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nur angeordnet werden, wenn der Sachverhalt Anlass zur Einleitung eines Strafverfahrens (bzw. Ordnungswidrigkeitenverfahrens) gibt. Kann das betreffende Verhalten nicht mit Strafe (oder Geldbuße) geahndet werden, liegt diese Voraussetzung nicht vor.³⁸ Diese Überlegungen werden dadurch bestätigt, dass das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit gerade in der „kleinen“ Rechtshilfe damit begründet wird, dass der mit der Rechtshilfe vorgenommene Grundrechtseingriff wie bei einem inländischen Ermittlungsverfahren einer entsprechenden Rechtfertigung bedarf.³⁹ Dies entspricht in der Sache der in Art. 10 Abs. 1 RL EEA angelegten Gleichbehandlung in- und ausländischer Strafverfolgungsinteressen (siehe oben aa).⁴⁰ Soweit das Erfordernis der beider-

³³ Siehe insoweit *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (118); *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (74 f.).

³⁴ Art. 7 Abs. 1 lit. b Rahmenbeschluss 2003/577/JI v. 22.7. 2003 über die Vollstreckung von Sicherstellungsentscheidungen (Fn. 6); siehe auch Art. 13 Abs. 1 sowie Erwägung Nr. 17 der Präambel RB EBA (Fn. 2).

³⁵ Siehe insoweit *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (73 f.).

³⁶ Art. 26 Abs. 5 S. 3, Art. 27 Abs. 5 S. 3 RL EEA (Erhebung von Informationen über Finanzkonten und -geschäfte); Art. 28 Abs. 1 RL EEA (Überwachung von Finanzgeschäften, kontrollierte Lieferungen); Art. 29 Abs. 3 lit. a RL EEA (verdeckte Ermittlungen); Art. 30 Abs. 5 S. 1 RL EEA (Telefonüberwachung).

³⁷ Vgl. auch zur Verfolgbarkeit der Tat *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (117).

³⁸ Dies entspricht im Ergebnis der Forderung, im Rahmen der Beweisrechtshilfe uneingeschränkt am Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit festzuhalten; *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (76 ff.); siehe auch *Bachmaier/Winter*, ZIS 2010, 580 (585); siehe ferner zur Europäischen Beweisverordnung *Esser*, in: M. Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Bd. 2, 2011, S. 1497 (1504).

³⁹ *Popp*, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2000, S. 138 f. (Individualschutzprinzip); siehe auch zum deutschen Rechtshilferecht: *Johnson*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Fn. 12), § 66 Rn. 27; *Lagodny* (Fn. 11), § 59 IRG Rn. 18.

⁴⁰ Dieses Ergebnis ließe sich nur vermeiden, wenn man für die Einordnung als „vergleichbarer innerstaatlicher Fall“ bei der Prüfung der allgemeinen Gleichstellungsklausel nicht den (ggf. sinngemäß umgestellten) Sachverhalt, sondern die Kriminalisierung des betreffenden Verhaltens durch den jeweils verfolgenden Staat ansehen wollte (vgl. *Böse* [Fn. 11], S. 58

seitigen Strafbarkeit mit dem Territorialitätsprinzip kombiniert wird (Art. 11 Abs. 1 lit. e RL EEA), bleibt diesem Vollstreckungshindernis insofern ein selbständiger Anwendungsbereich erhalten, als die Ermittlungsanordnung weniger schwerwiegende Ermittlungsmaßnahmen zum Gegenstand hat, die nicht der allgemeinen Gleichstellungsklausel (Art. 10 Abs. 1 RL EEA) unterfallen (Art. 10 Abs. 2 RL EEA). Dies gilt dagegen nicht für die Ausnahme in Bezug auf 32 Deliktsbereiche (Art. 11 Abs. 1 lit. g RL EEA), die auf derartige Maßnahmen keine Anwendung findet (Art. 11 Abs. 2 RL EEA).⁴¹

dd) Ausnahme: Verdachtsprüfung

Da die Anordnung einer strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme – zumindest nach deutschem Recht – den Verdacht einer Straftat voraussetzt, wäre die Vollstreckungsbehörde grundsätzlich gehalten, vor der Vollstreckung der Ermittlungsanordnung zu prüfen, ob auch insoweit die Voraussetzungen des innerstaatlichen Rechts gegeben sind (Art. 10 Abs. 1 RL EEA). Dies entspricht der gesetzlichen Regelung für die vertragslose „kleine“ Rechtshilfe in Deutschland, wonach diese geleistet werden kann, soweit die innerstaatlichen Voraussetzungen für die Vornahme der betreffenden Maßnahme gegeben sind (§ 59 Abs. 3 IRG; siehe auch § 77 Abs. 1 IRG). Daraus wird zum Teil gefolgert, dass auch das Vorliegen eines – ggf. qualifizierten – Tatverdachts zu prüfen ist.⁴²

Diese Feststellung steht jedoch in bemerkenswertem Gegensatz zu der kontinental-europäischen Tradition, wonach im Auslieferungsverfahren auf eine Schuldverdachtsprüfung verzichtet und der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit

f.). Dagegen spricht jedoch nicht nur der Wortlaut („Fall“, nicht: „Strafvorschrift“ o.ä.), sondern auch die einheitliche Verwendung dieser Formulierung, insbesondere auch bei der Regelung der besonderen Ermittlungsmaßnahmen (siehe oben Fn. 36), bei denen nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass bei einem Vergleich der Tatschwere von dem ausländischen Strafrahmen des Anordnungsstaates auszugehen ist. Im Übrigen werden durch diese Auslegung Wertungswidersprüche vermieden, die auftreten, wenn das betreffende Verhalten zwar nicht mit Strafe, aber dafür mit Geldbuße geahndet werden kann (Ablehnung nach Art. 11 Abs. 1 lit. c RL EEA), während bei einer fehlenden Ahndbarkeit mit einer Geldbuße die Ermittlungsanordnung vollstreckt werden müsste, soweit die verfolgte Tat einem der 32 Deliktsbereiche zuzuordnen ist.

⁴¹ Dies entspricht dem geltenden Rechtshilferecht, das bei weniger eingriffsintensiven Maßnahmen auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit verzichtet, siehe insoweit auch *Ambos*, ZIS 2010, 557 (560); *Bachmaier Winter*, ZIS 2010, 580 (584).

⁴² Siehe zur Telefonüberwachung nach Maßgabe der §§ 100a, 100b StPO OLG Hamm NStZ 2000, 666 (im Rahmen eines Auslieferungsverfahrens); *Brodowski*, JR 2009, 402 (410); *Schuster*, NStZ 2006, 657 (659); *Vogel/Burchard*, in: Grütznert/Pötz/Kreß (Fn. 12), § 77 IRG Rn. 30; siehe auch Nr. 77a Abs. 1 S. 2 RiVAST, unter Verweis auf § 77 IRG; siehe dagegen *Böse* (Fn. 26), Vorbemerkungen zum RbSich. III. A. 3.9 Rn. 16.

allein aufgrund der Sachverhaltsbeschreibung des ersuchenden Staates geprüft wird (formelles Prüfungsprinzip, siehe oben 1.). Auf diesem Verständnis beruht auch das deutsche Auslieferungsrecht, das nur ausnahmsweise eine Verdachtsprüfung vorsieht (§ 10 Abs. 2 IRG).⁴³ Die Regelung fügt sich nahtlos in das Modell der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung ein, das die Aufgabe der Verdachtsprüfung dem ersuchenden Staat zuweist und auf dem Vertrauen beruht, dass diese Prüfung nach rechtsstaatlichen Grundsätzen erfolgt und das Ergebnis daher anerkannt werden kann.⁴⁴ Diese Aufgabenverteilung ist auch sachlich gerechtfertigt, da die Ermittlungsbehörde bzw. der Ermittlungsrichter im ersuchenden Staat das bisherige Ergebnis der Ermittlungen vollständig überblickt und – anders als die zuständige Stelle im ersuchten Staat – nicht nur für die Anordnung einer einzelnen Ermittlungsmaßnahme zuständig ist.⁴⁵

Diesem Grundverständnis folgt auch die Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung, indem sie auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung von dem Vollstreckungsstaat verlangt, auf die Verdachtsprüfung durch die Anordnungsbehörde zu vertrauen und diese der Vollstreckung der angeordneten Ermittlungsmaßnahmen zu Grunde zu legen. Am Deutlichsten zeigt sich dies in der Regelung zum Rechtsschutz, wonach die Sachgründe für den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung nur im Anordnungsstaat angefochten werden können (Art. 14 Abs. 2 RL EEA). Diese Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle im Vollstreckungsstaat ist nur unter der Prämisse zu rechtfertigen, dass auch die Vollstreckungsbehörde nicht zu einer entsprechenden Überprüfung befugt ist, und durch die gerichtliche Kontrolle nicht in die Aufgabenverteilung zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat eingegriffen werden soll. Mittelbar ergibt sich eine solche Beschränkung des Prüfungsumfangs auch aus der Vorschrift über die mit der Europäischen Ermittlungsanordnung zu übermittelnden Angaben (Art. 5 Abs. 1 RL EEA): Ob ein Tatverdacht vorliegt oder nicht, wird sich nur anhand der bereits vorliegenden Beweise und Ermittlungsergebnisse beurteilen lassen, die jedoch von der Anordnungsbehörde nicht übermittelt werden müssen. Eine Verdachtsprüfung kann damit allenfalls mittelbar anhand der vom Anordnungsstaat angegebenen Begründung für den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung erfolgen.

Diese Aufgabenverteilung zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat beruht allerdings auf zwei Prämissen, nämlich im Wesentlichen gleichwertiger Standards bei der Verdachtsprüfung einerseits und vergleichbarer prozeduraler Sicherungen (Richtervorbehalt) andererseits. Während man bei der Auslieferung – nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c, Abs. 3 S. 1 EMRK – von einer „na-

⁴³ Siehe dazu *Vogel* (Fn. 12), § 10 IRG Rn. 12 ff.

⁴⁴ *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* (Fn. 15), Einl. Rn. 129, 134.

⁴⁵ *Clerinx/Brantegem/van den Bossche*, in: Vermeulen (Hrsg.), *Aspecten van Europees formeel strafrecht*, 2002, S. 301 (330); siehe auch den Entwurf bei Schünemann (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 2006, S. 1 (23 f. zu Art. 11 des Entwurfs).

türlichen“ Konvergenz der nationalen Standards in den Mitgliedstaaten ausgehen kann, erscheint dies angesichts der Vielzahl der von der Europäischen Ermittlungsanordnung erfassten Eingriffsmaßnahmen höchst zweifelhaft.⁴⁶ Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, dass der Unionsgesetzgeber den unterschiedlichen Eingriffsschwellen durch einen Vorbehalt zugunsten des innerstaatlichen Rechts des Vollstreckungsstaates Rechnung getragen hat (Art. 10 Abs. 1 RL EEA, siehe oben aa), während er beim Europäischen Haftbefehl auf ein entsprechendes Vollstreckungshindernis verzichtet hat.⁴⁷ Dementsprechend kann der für die Anordnung der jeweiligen Maßnahme erforderliche Verdachtsgrad zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat erheblich voneinander abweichen. Noch gravierender erscheinen aber die Unterschiede in Bezug auf den präventiven Rechtsschutz durch Richtervorbehalte; insoweit ist selbst bei „klassischen“ Ermittlungsmaßnahmen (z.B. Durchsuchung und Beschlagnahme) keine vergleichbare Konvergenz der nationalen Strafprozessordnungen festzustellen.⁴⁸ Sofern die vorzunehmende Ermittlungsmaßnahme im Ermittlungsstaat keinem Richtervorbehalt unterliegt, kann die Anerkennung der Verdachtsprüfung im Vollstreckungsstaat zu einer Verkürzung des präventiven Rechtsschutzes führen, wenn und soweit dem Richter dort die Prüfung des Tatverdachts entzogen wird.⁴⁹ Die im Anordnungsstaat vorgenommene Validierung der Ermittlungsanordnung ist kein gleichwertiger Ersatz für einen Richtervorbehalt, da sie auch von einem Staatsanwalt ausgestellt werden kann und somit nicht in gleicher Weise eine unabhängige Prüfung garantiert, dass der für die Anordnung der Maßnahme erforderliche Verdacht einer Straftat gegeben ist.⁵⁰

d) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Vollstreckungshindernis?

Die Unverhältnismäßigkeit der angeordneten Ermittlungsmaßnahme wird in Art. 11 RL EEA nicht als Ablehnungsgrund erwähnt. Angesichts der ausdrücklichen Verpflichtung der Anordnungsbehörde, die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu prüfen (Art. 6 Abs. 1 lit. a RL EEA) liegt auf den ersten Blick der Umkehrschluss nahe, dass es der Vollstreckungsbehörde versagt ist, die Vollstreckung der Ermittlungsanordnung unter Hinweis auf deren Unverhältnismäßigkeit zu verweigern.⁵¹ Eine solche Schlussfolgerung wäre jedoch vorschnell, denn ein näherer Blick auf einzelne Vorschriften

zeigt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch von der Vollstreckungsbehörde zu beachten ist.

So kann die Vollstreckungsbehörde ungeachtet des Umstands, dass die Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsanordnung bei deren Erlass von der Anordnungsbehörde zu prüfen ist, die Anordnungsbehörde konsultieren, wenn sie Grund zu der Annahme hat, dass die angeordnete Maßnahme nicht erforderlich oder unverhältnismäßig ist (Art. 6 Abs. 3 S. 1 RL EEA). Die Vorschrift setzt damit implizit voraus, dass die Vollstreckungsbehörde zumindest zu einer summarischen Prüfung befugt ist. Dieser Eindruck wird durch die nachfolgende Regelung bestärkt, wonach die Anordnungsbehörde die Ermittlungsanordnung nach der Konsultation zurückziehen kann (Art. 6 Abs. 3 S. 2 RL EEA).⁵²

Eine weitere Bezugnahme auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip findet sich in der Regelung über den Rückgriff auf eine andere, weniger eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahme (Art. 10 Abs. 3 RL EEA):⁵³ Danach kann die Vollstreckungsbehörde auf eine andere als in der Europäischen Ermittlungsanordnung angegebene Maßnahme zurückgreifen, wenn diese mit weniger einschneidenden Mitteln das gleiche Ergebnis erreicht. Diese Regelung entspricht der im Verhältnismäßigkeitsprinzip enthaltenen Prüfungsstufe der Erforderlichkeit (Verfügbarkeit eines mildereren, aber in gleicher Weise geeigneten Mittels). Im deutschen Strafprozessrecht hat dieses Erfordernis seinen deutlichsten Ausdruck in den sog. Subsidiaritätsklauseln gefunden (vgl. z.B. § 100a Abs. 1 Nr. 3 StPO). Auch insoweit ist die Vollstreckungsbehörde also befugt zu prüfen, ob und inwieweit die Vollstreckung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist.

Darüber hinaus lässt sich eine Bindung an das Verhältnismäßigkeitsprinzip aber auch in die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen hineinlesen, dass die angeordnete Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zur Verfügung stehen müsste (Art. 10 Abs. 1 lit. b RL EEA), denn ein Ermittlungseingriff, der nach dem Recht des Vollstreckungsstaates unverhältnismäßig ist, steht dort eben nicht zur Verfügung. Dies gilt nicht nur, soweit der Gesetzgeber bei der Festlegung der Grenzen für die jeweilige Ermittlungsmaßnahme ausdrücklich auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verweist.⁵⁴ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stellt – neben den gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen – eine (selbstverständliche) verfassungsrechtliche Grenze für die Anordnung und Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen dar und verlangt, dass der jeweilige Grundrechtseingriff in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der verfolgten Straftat und zur Stärke des Tatverdachts stehen muss.⁵⁵ Diese Anforderungen gelten nach der „Gleichstellungsklausel“ in Art. 10 Abs. 1 RL EEA grundsätzlich auch für die grenzüberschreitende Beweissammlung.

Soweit der Vollstreckungsbehörde damit aufgegeben wird, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die Stärke

⁴⁶ *Spencer*, ZIS 2010, 602 (603).

⁴⁷ Siehe aber zur Inhaftierung Art. 12 RbEuHb.

⁴⁸ Siehe zur körperlichen Durchsuchung und Untersuchung von Personen sowie zur Durchsuchung von Räumlichkeiten den rechtsvergleichenden Überblick bei *Böse*, in: Ligeti (Hrsg.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Bd. 2 (im Erscheinen).

⁴⁹ Pointiert *Heydenreich*, StV 2012, 439 (443: deutscher Richter als „Grüß-Gott-August“); siehe auch zur Europäischen Beweisanordnung: *Esser* (Fn. 38), S. 1497 (1501 ff.).

⁵⁰ *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (116); *Heydenreich*, StV 2012, 439 (443); *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (74).

⁵¹ Siehe die entsprechende Kritik bei *Heydenreich*, StV 2012, 439 (443); siehe auch *Allegrezza*, ZIS 2010, 569 (578).

⁵² Skeptisch insoweit *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (119).

⁵³ *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (116).

⁵⁴ Siehe etwa § 97 Abs. 5 S. 2 Hs. 2, § 160a Abs. 2 S. 1 StPO.

⁵⁵ Siehe zur Durchsuchung BVerfG NJW 1997, 2165 (2166); BVerfG NJW 2006, 3411 (3412).

des Tatverdachts zu berücksichtigen, steht dies freilich in einem Widerspruch zu der oben angenommenen Aufgabenteilung zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat, wonach das Vorliegen eines Tatverdachts allein bei dem Erlass, aber nicht bei der Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung geprüft wird. Zugleich hat aber die Kritik an der weitgehenden Rücknahme der Verdachtsprüfung gezeigt, dass die gerichtliche Kontrolle im Vollstreckungsstaat nicht entmaterialisiert werden darf (siehe oben c) dd). Dieses Spannungsverhältnis lässt sich über eine Einschränkung bzw. Modifikation der Aufgabenverteilung zwischen Anordnungs- und Vollstreckungsstaat auflösen, die bereits in der Regelung über den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung und die Bindung der Anordnungsbehörde an das Verhältnismäßigkeitsprinzip angelegt ist (siehe oben zu Art. 6 Abs. 3 RL EEA).

Danach obliegt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einschließlich des Tatverdachts in erster Linie der Anordnungsbehörde (Art. 6 Abs. 1 RL EEA). Da diese Voraussetzungen bei Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung in jedem einzelnen Fall zu prüfen sind (Art. 6 Abs. 2 RL EEA) und die Gründe für die Anordnung (und ihrer Verhältnismäßigkeit) an die Vollstreckungsbehörde zu übermitteln sind (Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b RL EEA), kann diese anhand der übermittelten Angaben nicht nur die Verhältnismäßigkeit der Vollstreckung nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts überprüfen, sondern zu diesem Zweck auch eine summarische Prüfung des Tatverdachts vornehmen und das Ergebnis in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einfließen lassen. Eine solche summarische bzw. mittelbare Prüfung des Tatverdachts entspricht – soweit ersichtlich – auch der bisherigen gerichtlichen Praxis.⁵⁶ Soweit die Vollstreckungsbehörde auf dieser Grundlage die Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßnahme nicht festzustellen vermag, insbesondere wenn angesichts der Intensität des Eingriffs besondere Anforderungen an die Stärke des Tatverdachts zu stellen sind, ist das Konsultationsverfahren nach Art. 6 Abs. 3 RL EEA einzuleiten und – sofern die Bedenken nicht ausgeräumt werden können – gegebenenfalls die Vollstreckung abzulehnen (Art. 10 Abs. 5 RL EEA).

Mit dieser Auslegung bleibt die primäre Zuständigkeit des Anordnungsstaates für die Prüfung des Tatverdachts auf der Grundlage der bisherigen Ermittlungen erhalten; es wird aber zugleich die Möglichkeit zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Vollstreckungsstaat eröffnet, soweit dessen Recht die Ermittlungsmaßnahme in formeller (Richtervorbehalt) oder materieller (Verdachtsgrad) Hinsicht an besondere Voraussetzungen knüpft. Für diese Auslegung spricht nicht zuletzt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zugleich Bestandteil des europäischen *ordre public* ist, der auch bei der Vollstreckung der Ermittlungsanordnung zu beachten ist (Art. 11 Abs. 1 lit. f RL EEA; siehe auch Präambel Erwägung Nr. 12).

⁵⁶ Siehe zur Telefonüberwachung OLG Hamm NStZ 2000, 666 (zur Prüfung des Tatverdachts aufgrund der über das Schengener Informationssystem übermittelten Unterlagen); vgl. ferner zur Herausgabe beschlagnahmter Unterlagen (§ 66 IRG) OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 156 (157).

III. Gerichtlicher Rechtsschutz und Verwertungsverbote

Sowohl gegen den Erlass als auch gegen die Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung ist im Anordnungs- bzw. Vollstreckungsstaat gerichtlicher Rechtsschutz zu gewährleisten (Art. 47 Abs. 1 GRC). Der Unionsgesetzgeber hat diese Anforderungen über das Gleichbehandlungsgebot präzisiert, d.h. es müssen insoweit die gleichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen wie gegen die entsprechenden innerstaatlichen Maßnahmen (Art. 14 Abs. 1 RL EEA). Die Gleichbehandlung mit innerstaatlichen Ermittlungsmaßnahmen erstreckt sich auch auf die Rechtsbehelfsbelehrung (Art. 14 Abs. 3 RL EEA), die Fristen für die Einlegung des Rechtsbehelfs (Art. 14 Abs. 4 RL EEA) und eine aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen (Art. 14 Abs. 6 RL EEA). Die jeweiligen Vorschriften müssen dabei zugleich so ausgestaltet sein, dass sie eine effektive Wahrnehmung der Rechtsbehelfe ermöglichen (Art. 14 Abs. 3, 4 RL EEA).

1. Rechtswegspaltung und Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz

Wie aus den vorstehenden Ausführungen zur Verdachtsprüfung bereits deutlich geworden ist, beruhen die Regelungen über den gerichtlichen Rechtsschutz auf dem sog. Trennungsmodell, wonach Rechtsschutz gegen den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung im Anordnungsstaat, Rechtsschutz gegen deren Anerkennung und Vollstreckung im Vollstreckungsstaat gewährt wird. Diese „Aufspaltung“ des Rechtsschutzes in der internationalen Rechtshilfe ist einerseits dem Grundsatz der Staatenimmunität geschuldet („*par in parem non habet iudicium*“) und beruht andererseits auf der pragmatischen Erwägung, dass das in dem jeweiligen Staat zuständige Gericht besser mit dem anwendbaren Verfahrensrecht vertraut ist als ein ausländisches Gericht.⁵⁷ Beide Erwägungen schließen jedoch eine inzidente Prüfung eines ausländischen Hoheitsaktes nicht aus,⁵⁸ wie sie regelmäßig bei der Auslegung und Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts (§ 73 IRG) vorgenommen wird.⁵⁹ Dies gilt insbesondere für die gerichtliche Überprüfung ausländischer Hoheitsakte auf ihre Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht, wie sie der BGH in seiner jüngsten Entscheidung zur Verwertbarkeit einer im Ausland durchgeführten Telefonüberwachung vorgenommen hat.⁶⁰

Die Rechtswegspaltung ist damit nicht im Sinne einer strikten Kompetenzbeschränkung, sondern einer sachangemes-

⁵⁷ *Harings*, Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen und Rechtsschutz in Deutschland, 1998, S. 223 f.

⁵⁸ Siehe zur Staatenimmunität *Harings* (Fn. 57), S. 245 f.; siehe auch *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, Bd. 1, 2007, S. 303, mit dem Hinweis, dass ein Verbot der rechtlichen Überprüfung eines ausländischen Hoheitsaktes auf eine Pflicht zur Anerkennung ausländischer Hoheitsakte hinauslaufe, die sich völkerrechtlich nicht begründen lässt.

⁵⁹ Siehe insoweit zum Prüfungsgegenstand (ausländische Strafverfolgung bzw. Strafvollstreckung) *Vogel* (Fn. 12), § 73 IRG Rn. 22.

⁶⁰ BGH StV 2014, 193 (194 ff.).

senen Aufgabenverteilung bei der grenzüberschreitenden Beweiserhebung und dem in diesem Zusammenhang zu gewährleistenden Rechtsschutz als Bestandteile der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung zu verstehen.⁶¹ Auf diesem Verständnis beruht auch die Ausgestaltung des Rechtsschutzes bei der Europäischen Ermittlungsanordnung: Danach können die Sachgründe für den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung (siehe oben zum Tatverdacht) nur im Anordnungsstaat angefochten werden (Art. 14 Abs. 2 Hs. 1 RL EEA); diese Aussage wird allerdings unter den Vorbehalt gestellt, dass die Grundrechtsgarantien im Vollstreckungsstaat davon unberührt bleiben (Art. 14 Abs. 2 Halbs. 2 RL EEA). Dieser Zusatz bestätigt noch einmal die oben begründete Befugnis der Vollstreckungsbehörde, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen (siehe oben II. 2. d), so dass sich die Gegenstände der gerichtlichen Kontrolle im Anordnungs- und Vollstreckungsstaat nicht unwesentlich überschneiden. Darin liegt keine Unstimmigkeit, sondern eine Konsequenz des mit der Richtlinie verfolgten Ansatzes, die grenzüberschreitende Beweissammlung sowohl den Anforderungen des Anordnungsstaates als auch denen des Vollstreckungsstaates zu unterwerfen (Grundsatz der Meistbegünstigung).

Ungeachtet der für den Einzelnen „günstigen“ Überschneidungen beim gerichtlichen Rechtsschutz ist das Trennungsmodell mit Blick auf das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf keineswegs unproblematisch, denn dass die Sachgründe für den Erlass der Ermittlungsanordnung nur im Anordnungsstaat angefochten werden können, macht es für den im Vollstreckungsstaat von der Maßnahme Betroffenen aufgrund der zu überwindenden räumlichen Distanz, fehlender Sprachkenntnisse und der mangelnden Vertrautheit mit einer fremden Rechtsordnung sehr viel schwerer, Rechtsschutz zu erlangen als in einem rein innerstaatlichen Kontext.⁶² Da sich die Richtlinie allein an den nationalen Regelungen zu vergleichbaren innerstaatlichen Fällen orientiert, kann sie diesen Problemen schon im Ausgangspunkt nicht wirksam begegnen. Die Garantie effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes muss zu diesem Zweck um eine transnationale Dimension erweitert werden, welche die besonderen Schwierigkeiten der grenzüberschreitenden Wahrnehmung dieses Rechts adressiert und durch Ausgleichs- bzw. Unterstützungsmaßnahmen kompensiert. Um den Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz im Anordnungsstaat zu erleichtern, kommen zwei Wege in Betracht:

Eine Möglichkeit bestünde in der Konzentration des Rechtsschutzes im Vollstreckungsstaat, d.h. das dort angerufene Gericht könnte in einem Verfahren über die Rechtmäßigkeit von Anordnung und Vollstreckung entscheiden; unter Umständen könnte dieser Entscheidung eine Vorlage an das

zuständige Gericht des Anordnungsstaates vorausgehen.⁶³ In der Tendenz kommt dieser Vorschlag der oben entwickelten restriktiven Auslegung des Art. 14 Abs. 2 RL EEA und der Annahme einer weiten Prüfungskompetenz des Gerichts im Vollstreckungsstaat nahe.

Ein anderer Weg bestünde darin, die Einlegung des Rechtsbehelfs im Vollstreckungsstaat zugleich als Anfechtung der Anordnung zu behandeln und an das zuständige Gericht des Anordnungsstaates weiterzuleiten.⁶⁴ Ein ähnlicher Mechanismus ist bereits für die grenzüberschreitende Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen durch Opfer von Straftaten vorgesehen.⁶⁵ Soweit die Vollstreckung nicht bereits aus anderen Gründen rechtswidrig ist, könnte das Gericht des Vollstreckungsstaates die gerichtliche Entscheidung im Anordnungsstaat abwarten und sodann auf dieser Grundlage über den Rechtsbehelf entscheiden.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die grenzüberschreitende Einlegung von Rechtsbehelfen gegenüber innerstaatlichen Verfahren ein gesteigertes Maß an rechtlchem Rat und Beistand erfordert. In den Verhandlungen zum Rahmenbeschluss über die vorläufige Sicherstellung von Beweismitteln hatte das Vereinigte Königreich eine Vorschrift vorgeschlagen, wonach der Anordnungsstaat angemessene Rechtsberatung und Beistand („adequate legal advice and assistance“) sicherstellen müsse.⁶⁶ Aus ähnlichen Erwägungen wird in grenzüberschreitenden Ermittlungsverfahren ein Recht auf „multinationale Verteidigerteams“ bzw. eine „doppelte Verteidigung“ gefordert, da eine effektive Verteidigung voraussetzt, dass rechtlich erhebliche Einwände vor dem jeweils zuständigen Gericht von einem in der jeweiligen Rechtsordnung vertrauten Rechtsbeistand vorgebracht werden können.⁶⁷

2. Ineffektivität des Rechtsschutzes vor nationalen Gerichten

Ein weiteres strukturelles Problem grenzüberschreitender Rechtsbehelfe ist der Umstand, dass die gerichtliche Entscheidung für den Betroffenen zu spät kommt, da die Ermittlungsmaßnahme bereits vollstreckt und das erlangte Beweismaterial an den Anordnungsstaat übergeben worden ist, für den die gerichtliche Entscheidung im Vollstreckungsstaat keinerlei Bindungswirkung entfaltet. Dieses Problem lässt sich nur dadurch lösen, dass die Übermittlung des Beweismaterials ausgesetzt wird, bis über den Rechtsbehelf im Vollstreckungsstaat entschieden worden ist (Art. 13 Abs. 2 S. 1 RL EEA). Ob von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird,

⁶³ Roger, GA 2010, 29 (41); Schönemann/Roger, ZIS 2010, 92 (97).

⁶⁴ Böse (Fn. 26), Vorbemerkungen zum Rahmenbeschluss über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln, III. A. 3.9 Rn. 17.

⁶⁵ Art. 5 und 6 der Richtlinie 2004/80/EG v. 29.4.2004 zur Entschädigung der Opfer von Straftaten, ABl. EU Nr. L 261 v. 6.8.2004, S. 15.

⁶⁶ Rats-Dok. 11579/01, S. 4.

⁶⁷ Ahlbrecht/Lagodny, StraFo 2003, 329 (335); JUSTICE report, European Arrest Warrants – Ensuring an effective defence, 2012, S. 13 f.

⁶¹ Siehe demgegenüber die grundsätzlichen Bedenken gegen eine Rechtswegspaltung unter Verweis auf Art. 13 EMRK bei Esser (Fn. 38), S. 1497 (1505 f.); zurückhaltender Gleß (Fn. 11), § 16 Rn. 32, 45 f.

⁶² Ahlbrecht, StV 2013, 114 (117); Heydenreich, StV 2012, 439 (444); Schönemann/Roger, ZIS 2010, 92 (97); Swoboda, HRRS 2014, 10 (18).

liegt jedoch – sofern dem Betroffenen keine schweren oder irreparablen Schäden drohen (Art. 13 Abs. 2 S. 2 RL EEA) – im Ermessen der zuständigen Behörde („kann [...] ausgesetzt werden“).⁶⁸ In der Regel wird diese Möglichkeit jedoch schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil die Ermittlungsmaßnahme häufig heimlich vorgenommen und der Betroffene erst nachträglich über den Eingriff informiert wird, so dass er auch erst nach der Übermittlung des Beweismaterials einen entsprechenden Rechtsbehelf einlegen kann.⁶⁹

Für eine solche Situation sieht die Richtlinie vor, dass der Anordnungsstaat eine erfolgreiche Anfechtung im Vollstreckungsstaat im Einklang mit seinem nationalen Recht „berücksichtigt“ (Art. 14 Abs. 7 S. 1 RL EEA). Durch den nachfolgenden Zusatz, wonach bei der Bewertung des erlangten Beweismittels im Strafverfahren die Verteidigungsrechte gewahrt und ein faires Verfahren gewährleistet werden muss (Art. 14 Abs. 7 S. 2 RL EEA), wird deutlich, in welchem Kontext diese Berücksichtigung erfolgen soll: Es geht um die Frage, ob und inwieweit die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung der Europäischen Ermittlungsanordnung im Anordnungsstaat ein strafprozessuales Verwertungsverbot begründet. Über die Annahme eines Verwertungsverbotes könnte also der gerichtlichen Entscheidung im Anordnungsstaat mittelbar zur Durchsetzung verholten werden.

Die vom Unionsgesetzgeber gewählte Formulierung („berücksichtigt“) lässt allerdings deutlich erkennen, dass die erfolgreiche Anfechtung der Beweiserhebung im Vollstreckungsstaat keineswegs automatisch zur Unverwertbarkeit des Beweismittels im Anordnungsstaat führt.⁷⁰ Die Regelung hält vielmehr an dem Grundsatz fest, dass sich die Verwertung nach dem Recht des Staates bestimmt, in dem das Strafverfahren geführt wird (*lex fori*). Mit der Berücksichtigungspflicht weicht der Unionsgesetzgeber allerdings von der – zumindest in Deutschland – herrschenden Ansicht ab, wonach die Einhaltung des ausländischen Verfahrensrechts bei der Beweiserhebung für die Verwertung des erlangten Beweismaterials in einem inländischen Strafverfahren nicht überprüft werden muss.⁷¹ Da das Gericht des Vollstreckungsstaats im Fall einer erfolgreichen Anfechtung die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung festgestellt hat, impliziert die Berücksichtigungspflicht zugleich, dass auch das Tatgericht im Anordnungsstaat von der Rechtswidrigkeit der Vollstreckung der Ermittlungsanordnung auszugehen hat – auch wenn sich die daraus zu ziehenden Konsequenzen für die Verwertbarkeit weiterhin aus der *lex fori* ergeben. Man kann die Berücksichtigungspflicht insoweit auch als eine Ausprägung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsentscheidungen bezeichnen. Ein deutsches Gericht hat also zu prüfen, ob die Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot begründet, und bei der Abwägung

Art und Umfang des im Vollstreckungsstaat festgestellten Rechtsverstoßes einzubeziehen.

Ausgehend vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ließe sich sogar noch ein weiterer Schritt in Erwägung ziehen, nämlich eine Anerkennung einer im Vollstreckungsstaat ergangenen gerichtlichen Anordnung, die erhobenen Beweismittel zurückzugeben oder zu vernichten.⁷² Auf diese Weise wäre dem Betroffenen ein wirksames Mittel an die Hand gegeben, den in der Richtlinie garantierten Standard der Meistbegünstigung auch gerichtlich durchzusetzen. Eine entsprechende Pflicht lässt sich dem Wortlaut der Richtlinie nicht entnehmen, wäre aber eine konsequente Fortentwicklung des Art. 47 Abs. 1 GRC und der in der Richtlinie leider nur ansatzweise enthaltenen Bemühungen, die strukturellen Defizite des transnationalen Rechtsschutzes zu überwinden.

3. Die Richtlinie zur EEA als Grundlage eines Verwertungsverbotes im Anordnungsstaat?

Die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung regelt die grenzüberschreitende Erhebung von Beweismaterial und dessen Übermittlung an den Anordnungsstaat. Zur Verwertung des auf diese Weise erlangten Beweismaterial im Anordnungsstaat enthält sie hingegen kaum Vorgaben, sondern überlässt diese Frage weitgehend dem im Anordnungsstaat geltenden Strafverfahrensrecht (vgl. Art. 14 Abs. 7 S. 2 RL EEA: „Unbeschadet der nationalen Verfahrensvorschriften [...]“; siehe oben 1.). Ungeachtet dessen stellt sich die Frage, ob ein Verstoß gegen die Richtlinie geeignet ist, im Strafverfahren des Anordnungsstaates ein unselbständiges Verwertungsverbot auszulösen. Nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH kann ein strafprozessuales Verwertungsverbot auch auf einen Verstoß gegen ein völkerrechtliches Rechtshilfe-Übereinkommen gestützt werden.⁷³ Diese Grundsätze können auf die unionsrechtlichen Grundlagen der strafrechtlichen Zusammenarbeit übertragen werden.⁷⁴

Der Beschuldigte kann sich allerdings nur dann zur Begründung eines Verwertungsverbotes auf die Richtlinie berufen, wenn diese zu seinen Gunsten unmittelbare Wirkung entfaltet. Dies setzt voraus, dass die betreffenden Bestimmungen inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, der Mitgliedstaat diese aber nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt hat.⁷⁵ In Bezug auf die Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung ist insoweit zu differenzieren.

⁶⁸ Siehe zu entsprechenden Änderungsvorschlägen des Parlaments *Ahlbrecht*, StV 2013, 114 (119).

⁶⁹ BGH StV 2014, 193 (194); siehe auch bereits BGH StV 2007, 627.

⁷⁰ Vgl. auch *Swoboda*, HRRS 2014, 10, die in der genannten Entscheidung Ansätze zu einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung erkennt.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 5.4.1979 – C-148/78 (Ratti) = Slg. 1979, 1629 (1642 Rn. 23); EuGH, Urt. v. 11.7.2002 – C-62/00 (Marks & Spencer) = Slg. 2002, I-6325 (6358 Rn. 25); EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – C-276/01 (Steffensen) = Slg. 2003, I-3735 (3770 ff. Rn. 42 ff.).

⁶⁸ Siehe zur Europäischen Beweisordnung *Esser* (Fn. 38), S. 1497 (1507).

⁶⁹ *Swoboda*, HRRS 2014, 10 (18); siehe auch *Heydenreich*, StV 2012, 439 (444).

⁷⁰ *Heydenreich*, StV 2012, 439 (444).

⁷¹ BGH StV 2014, 193 (196) m.w.N.

Was den Schutz durch die *lex loci* angeht, so verleiht die Richtlinie dem Betroffenen keinerlei Rechte, sondern begründet lediglich eine Befugnis der Vollstreckungsbehörde, die Vollstreckung der Europäischen Ermittlungsanordnung abzulehnen (Art. 11 Abs. 1 RL EEA: „kann [...] versagt werden“).⁷⁶ Es obliegt der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, diese Ablehnungsgründe als obligatorische oder fakultative Vollstreckungshindernisse auszugestalten. Eine unmittelbare Wirkung zugunsten des Betroffenen scheidet damit aus. Die allgemeine Gleichstellungsklausel (Art. 10 Abs. 1 RL EEA) ist weniger eindeutig formuliert, allerdings ergibt sich aus dem systematischen Kontext (siehe zur Prüfung der Erforderlichkeit Art. 10 Abs. 3 RL EEA: „kann [...] zurückgreifen“), dass die Richtlinie insoweit Handlungsmöglichkeiten eröffnet, aber keine entsprechenden Pflichten der Vollstreckungsbehörde begründen soll.⁷⁷ Die Ablehnungsgründe der Richtlinie i.V.m. der *lex loci* scheiden damit als Grundlage eines Verwertungsverbotes aus.

Demgegenüber werden die Voraussetzungen für den Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung (Zulässigkeit in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall, Verhältnismäßigkeit) eindeutig und verbindlich festgelegt (Art. 6 Abs. 1 RL EEA: „darf nur dann eine EEA erlassen, wenn [...]“). Die Vorschrift schützt die Grundrechte des Betroffenen, indem sie die Anordnungsbehörde an die nach der *lex fori* bestehenden Grenzen für innerstaatliche Ermittlungseingriffe und das Verhältnismäßigkeitsprinzip bindet, und lässt den Mitgliedstaaten insoweit keinerlei Umsetzungsspielraum. In ähnlicher Weise wird die Vollstreckungsbehörde an die *lex fori* gebunden, soweit sie die von der Anordnungsbehörde angegebenen Form- und Verfahrensvorschriften einzuhalten hat (Art. 9 Abs. 2 RL EEA). Die Einschränkung durch den *ordre public*-Vorbehalt (Art. 9 Abs. 2 a.E. RL EEA) ist ihrerseits hinreichend bestimmt und steht daher einer unmittelbaren Wirkung nicht entgegen.⁷⁸ Allerdings weist die vorliegende Konstellation die Besonderheit auf, dass die unmittelbare Wirkung nicht gegenüber dem Staat begründet wird, der seine Pflicht aus der Richtlinie verletzt hat (Vollstreckungsstaat), sondern gegenüber einem anderen Mitgliedstaat (Anordnungsstaat). Die Begründung einer unmittelbaren Wirkung im Anordnungsstaat ginge daher über die bisherige Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung hinaus. Die *ratio* der unmittelbaren Wirkung, wonach sich ein Mitgliedstaat gegenüber dem Einzelnen nicht darauf berufen können soll, dass er seiner Umset-

zungspflicht nicht nachgekommen ist,⁷⁹ lässt sich aber nach dem Grundsatz der international-arbeitsteiligen Strafverfolgung auf die vorliegende Konstellation übertragen: Der Anordnungsstaat muss sich den Richtlinienverstoß des Vollstreckungsstaates zurechnen lassen, da er diesen für ein inländisches Strafverfahren einschaltet.⁸⁰ Der Einwand, der Anordnungsstaat könne nicht mehr tun als auf eine Einhaltung der von ihm angegebenen Form- und Verfahrensvorschriften hinzuwirken,⁸¹ schließt eine solche Zurechnung nicht aus, da Anordnungs- und Vollstreckungsstaat gegenüber dem Beschuldigten gemeinsam für die Rechtmäßigkeit der grenzüberschreitenden Beweissammlung einzustehen haben.⁸² Für eine solche Auslegung spricht nicht zuletzt, dass der BGH Art. 4 Abs. 1 EU-Rechtshilfe-Übereinkommen – die Vorläuferregelung zu Art. 9 Abs. 2 RL EEA – bereits als geeignete Grundlage eines Verwertungsverbotes angesehen hat⁸³ und es kaum verständlich wäre, mit dem neuen Instrument hinter ein bereits erreichtes Schutzniveau zurückzufallen. Voraussetzung ist allerdings, dass die jeweilige Form- bzw. Verfahrensvorschrift auf die Begründung eines subjektiven Rechts gerichtet ist (z.B. Recht auf Verteidigung).

Wie bereits erwähnt, regelt das Unionsrecht grundsätzlich nicht, unter welchen Voraussetzungen ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist. Bei der Entscheidung darüber, ob der Richtlinienverstoß ein Verwertungsverbot begründet, sind allerdings in zweierlei Hinsicht unionsrechtliche Vorgaben zu beachten:⁸⁴

Zum Einen ergibt sich aus der Pflicht zur Umsetzung der Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV), dass das nationale Recht im Fall einer Verletzung des mit der Richtlinie eingeräumten Rechts die gleichen Schutzgarantien (Rechtsbehelfe, Verwertungsverbote) vorsehen muss wie bei vergleichbaren Verstößen gegen das innerstaatliche Recht (Gleichbehandlungsgebot) und die Ausübung des betreffenden Rechts nicht praktisch unmöglich machen oder wesentlich erschweren darf (Effektivitätsgebot).⁸⁵ Eine wichtige Ausprägung des Effektivitätsgebotes ist die Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes

⁷⁶ Aus dem Vorrang des Primärrechts dürfte dies nicht für den europäischen *ordre public*-Vorbehalt gelten (Art. 11 Abs. 1 lit. d und f RL EEA), d.h. insoweit besteht eine Pflicht, die Vollstreckung zu verweigern. Die spiegelbildlichen Rechte des Einzelnen ergeben sich indessen nicht aus der Richtlinie, sondern aus dem Primärrecht (Art. 6 Abs. 1 EUV i.V.m. der Grundrechte-Charta).

⁷⁷ Siehe insoweit auch Präambel Nr. 10 („Die Vollstreckungsbehörde ist befugt ...“).

⁷⁸ Siehe insoweit bereits EuGH, Urt. v. 4.12.1974 – 41/74 (van Duyn) = Slg. 1974, 1337 (1349 Rn. 13/14).

⁷⁹ *Biervert*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 29.

⁸⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (Stojkovic v. Frankreich und Belgien), Rn. 55; siehe auch zur Zurechnung von Auslieferungshaft im ersuchten Staat EGMR, Urt. v. 21.4.2009 – 11956/07 (Stephens v. Malta), Rn. 51 ff.

⁸¹ Vgl. für die Fälle, in denen keine Pflicht des ersuchten Staates besteht, den Vorgaben des ersuchenden Staates Folge zu leisten Böse, ZStW 114 (2002), 148 (168 f.).

⁸² *Vogel* (Fn. 12), Vor § 1 IRG Rn. 40; siehe auch *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2012, 619 (623). Dementsprechend erstreckt sich die zivilrechtliche Haftung des Vollstreckungsstaates auch auf Schäden, die von Beamten des Anordnungsstaates verursacht worden sind (Art. 18 Abs. 2 RL EEA).

⁸³ BGH StV 2007, 627.

⁸⁴ Siehe insoweit *Dannecker*, ZLR 2009, 606 (610 f.).

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – C-276/01 (Steffensen) = Slg. 2003, I-3735 (3774 ff. Rn. 60 ff.).

gegen eine (mögliche) Verletzung des garantierten Rechts.⁸⁶ Soweit dem Betroffenen daher im Vollstreckungsstaat kein effektiver Rechtsschutz gewährt wird, z.B. weil das innerstaatliche Recht keinen entsprechenden Rechtsbehelf (z.B. gegen eine bereits abgeschlossene Vernehmung) vorsieht, kann daher das Effektivitätsgebot verletzt sein, wenn das Tatgericht im Anordnungsstaat nicht inzident einen Verstoß gegen die Richtlinie prüft und auf dieser Grundlage über die Verwertung des erlangten Beweismaterials entscheidet.

Darüber hinaus ist das Gericht des Anordnungsstaates bei der Verwertung des erlangten Beweismaterials an die Grundrechte-Charta gebunden, insbesondere sind das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 47 Abs. 2 GRC) und die Rechte der Verteidigung (Art. 48 Abs. 2 GRC) zu gewährleisten (Art. 14 Abs. 7 S. 2 RL EEA). Diese zweite Grenze ist gerade dann zu beachten, wenn über die Frage zu entscheiden ist, ob aus einem Richtlinienverstoß bei der Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot abzuleiten ist.⁸⁷ Wird dem Angeklagten durch den Richtlinienverstoß die Möglichkeit genommen, wirksam Einwände gegen die Zuverlässigkeit des Beweismittels zu erheben, so kann darin ein Verstoß gegen den Fairnessgrundsatz liegen, der ein strafprozessuales Verwertungsverbot begründet.⁸⁸

Ob ein Verstoß gegen die *lex loci* ohne Rückgriff auf die Richtlinie ein Verwertungsverbot zu begründen vermag,⁸⁹ kann an dieser Stelle nicht mehr vertieft werden. Der BGH hat es kürzlich abgelehnt, die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung im Ausland am Maßstab der *lex loci* zu überprüfen und das Ergebnis dieser Prüfung der Entscheidung über die Verwertbarkeit zu Grunde zu legen.⁹⁰ Der BGH geht dabei davon aus, dass nach Völker- und Unionsrecht zu einer solchen Prüfung nur die Gerichte des ersuchten Staates befugt seien und verweist in diesem Zusammenhang ergänzend auf

den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung.⁹¹ Wie oben bereits festgestellt wurde, schließt der Prüfungsgegenstand (ausländischer Hoheitsakt) eine inzidente gerichtliche Überprüfung durch deutsche Gerichte nicht von vornherein aus (siehe oben 1.). Da deutsche Gerichte mitunter auch ausländisches Recht anzuwenden haben (siehe zur Strafbarkeit am Tatort § 7 StGB)⁹², erscheint es durchaus denkbar, dass auch im vorliegenden Zusammenhang ausländisches Verfahrensrecht zur Anwendung kommen könnte, ohne dass die Souveränität bzw. völkerrechtliche Immunität des ersuchten Staates dadurch verletzt würde.⁹³ Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung verbietet eine Prüfung ebenfalls nicht, da er – wie gerade die Europäische Ermittlungsanordnung zeigt (siehe oben II. 2.) – Ausnahmen und Vorbehalte zulässt.⁹⁴ Für die Auffassung des BGH sprechen gleichwohl die funktionalpragmatischen Erwägungen (Aufgabenteilung)⁹⁵, auf denen das bisherige Trennungsmodell beruht, das die gerichtliche Überprüfung der Beweiserhebung am Maßstab der *lex loci* dem ersuchten Staat zuweist (siehe oben 1.).⁹⁶ Den Rechtsschutzdefiziten, die mit diesem Modell einhergehen,⁹⁷ begegnet die Richtlinie zwar nur unzureichend (Art. 14 Abs. 7 S. 1 RL EEA, siehe oben 2.). Die Regelung spiegelt aber zugleich das vorherrschende Grundverständnis wider, wonach es – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung – nicht Aufgabe der Gerichte des ersuchenden Staates (Anordnungsstaates) ist, die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung am Maßstab der *lex loci* zu überprüfen.

IV. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Beweiserhebung und der Beweistransfer auf der Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung weitgehend den bisher geltenden Grundsätzen der internationalen Beweisrechtshilfe folgen. Der Schutz des Beschuldigten bzw. Drittbetroffenen gegenüber strafprozessualen Ermittlungseingriffen bleiben durch das Meistbegünstigungsprinzip (Schutz durch *lex fori* und *lex loci*) gewahrt. Die wesentlichen Neuerungen liegen damit in dem beschleunigten (Fristenregime, Art. 12 RL EEA) und standardisierten (Formular, Art. 5 i.V.m. Anhang A) Verfahren,⁹⁸ so dass zu erwarten ist, dass Umfang und Bedeutung der grenzüberschreitenden Beweiserhebung mit dem neuen Instrument zunehmen werden.⁹⁹ Diese Ent-

⁸⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – C-276/01 (Steffensen) = Slg. 2003, I-3735 (3776 Rn. 66); siehe zum völkerrechtlich garantierten Recht auf konsularischen Beistand (Art. 36 Wiener Konsularrechtsübereinkommen) und dem Zusammenhang von effektiver Gewährleistung, Rechtsschutz und der Begründung eines Verwertungsverbotes BVerfG StV 2008, 1 (4); BVerfG NJW 2011, 207 f.

⁸⁷ Siehe bereits EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – C-276/01 (Steffensen) = Slg. 2003, I-3735 (3777 ff. Rn. 71 ff.).

⁸⁸ Siehe zum Recht auf eine Zweitprobe als Grundlage eines Gegengutachtens bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im Lebensmittelrecht: EuGH, Urt. v. 10.4.2003 – C-276/01 (Steffensen) = Slg. 2003, I-3735 (3779 Rn. 78 f.); siehe auch zum Strafverfahren EuGH, Beschl. v. 19.5.2009 – C-166/08, (Weber) = Slg. 2009, I-4253 (4269 Rn. 32). In dem letztgenannten Fall hat das deutsche Gericht ein Verwertungsverbot angenommen, siehe OVG Münster, ZLR 2009, 370; ebenfalls für ein Verwertungsverbot Dannecker, ZLR 2009, 606 (611); Esser, StV 2004, 221 (227).

⁸⁹ Für Verstöße gegen die *lex fori* ist diese Frage unproblematisch, da die Verwertung des Beweismittels ohnehin der *lex fori* folgt und daher die allgemeinen Regeln zur Begründung unselbständiger Verwertungsverbote Anwendung finden.

⁹⁰ BGH StV 2014, 193 (196).

⁹¹ BGH StV 2014, 193 (196); siehe auch bereits BGH wistra 2005, 58 (60).

⁹² Gleß, ZStW 125 (2013), 573 (594 f.).

⁹³ Siehe auch Schuster, StV 2014, 198 (201).

⁹⁴ Schuster, StV 2014, 198 (201).

⁹⁵ Siehe insoweit die Beispiele bei Gleß, ZStW 125 (2013), 573 (596).

⁹⁶ Siehe dazu näher Böse, ZStW 114 (2002), 148 (150 ff.); ablehnend Schuster, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 105 ff.

⁹⁷ Siehe die entsprechende Kritik bei Schuster, StV 2014, 198 (200 f.).

⁹⁸ Siehe auch Ahlbrecht, StV 2013, 114 (120).

⁹⁹ Mit der Einführung des Europäischen Haftbefehls stieg die Zahl der von Deutschland bewilligten Auslieferungen an an-

wicklung macht es umso dringlicher, die bereits unter dem bislang geltenden Rechtsrahmen des Beweistransfers bestehenden Probleme, insbesondere im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz, anzugehen. Die Pflicht zur Berücksichtigung der erfolgreichen Anfechtung der Vollstreckung von Ermittlungsmaßnahmen (Art. 14 Abs. 7 S. 1 RL EEA) enthält erste Ansätze zu einer Modifikation des Trennungmodells, bleibt aber vage und unbestimmt. Die Rechtsschutzdefizite werfen zugleich ein Schlaglicht auf einen blinden Fleck der Diskussion über die Schaffung gemeinsamer Mindeststandards für die Rechte des Beschuldigten, die vor allem mit Blick auf das innerstaatliche Strafverfahren geführt wird,¹⁰⁰ ohne auf die spezifische Situation des Beschuldigten einzugehen, der sich grenzüberschreitenden Ermittlungen durch einen aus mehreren Mitgliedstaaten bestehenden Strafverfolgungsverbund ausgesetzt sieht.¹⁰¹ Eine der Herausforderungen für den Unionsgesetzgeber, aber auch für Wissenschaft und Praxis wird darin bestehen, die bestehenden Grund- und Verfahrensrechte um eine transnationale Dimension zu erweitern (siehe bereits Art. 50 GRC) und damit der besonderen Gefährdungslage des Beschuldigten in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit Rechnung zu tragen.¹⁰²

dere Mitgliedstaaten von 354 (2003) auf 1179 Fälle (2010) an, siehe *Wahl*, in: Albers u.a. (Fn. 19), S. 268 (283). Diese Zunahme lässt sich nicht (allein) mit der Abschaffung bzw. Einschränkung der traditionellen Auslieferungshindernisse (Auslieferungsverbot für deutsche Staatsangehörige sowie für politische, militärische und fiskalische Delikte, Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit) erklären.

¹⁰⁰ Siehe etwa *Cape/Namoradze/Smith/Spronken*, *Effective Criminal Defence in Europe*, 2010; *Polakiewicz*, *EuGRZ* 2010, 11; *Vogel/Matt*, *StV* 2007, 206.

¹⁰¹ Siehe aber bereits *Ahlbrecht/Lagodny*, *StraFo* 2003, 329 (333 ff.); siehe allgemein *F. Meyer*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Fn. 9), S. 87 (97 ff.), sowie zuletzt das Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht von *Asp u.a.*, *ZIS* 2013, 412 (427).

¹⁰² Siehe zusammenfassend *Böse*, in: *Europäisches Strafrecht* (Fn. 11), § 27 Rn. 17 m.w.N.

Justicia de Transición y Constitución*

Análisis de la sentencia C-579 de 2013 sobre el Marco Jurídico para la Paz

De Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, John Zuluaga, LL.M., Gotinga**

Este artículo pretende analizar la sentencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el Acto Legislativo 01 de 2012 o Marco Jurídico para la Paz. La sentencia C-579 de 2013 es un importante aporte para la comprensión de mecanismos de justicia transicional, incluso más allá del caso colombiano. A esos fines, primero se presenta el contexto normativo, o sea, el Acto Legislativo 01 de 2012 que reformó la Constitución colombiana y estableció los parámetros legales para orientar procesos de paz y de justicia transicional en Colombia. Segundo, se describen los principales contenidos de la sentencia C-579 de 2013 que evaluó la constitucionalidad de dicha reforma. Tercero, se hace un análisis crítico al fallo sobre el Marco Jurídico para la Paz. Efectivamente, algunos aspectos resultan problemáticos para la comprensión del alcance del Acto Legislativo 01 de 2012 y de expresiones concretas de su articulado. Se abordan tres escenarios: Por un lado, el juicio de sustitución como método de análisis. Por otro lado, la valoración sustancial, así como el planteamiento metodológico de la justicia transicional como categoría constitucional. Finalmente, las comprensiones sobre el significado de terminación del conflicto, las justificaciones a la estrategia de selección y priorización, así como las consideraciones sobre sistematicidad de crímenes internacionales y la noción de máximos responsables.

I. Introducción

La conciliación y aprobación del llamado “Marco jurídico para la paz” (MJP) por el Congreso colombiano el pasado 14.6.2012¹ es un hecho que no tiene precedentes en América

* Este artículo sintetiza las conclusiones generales del seminario “Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional sobre el Marco Jurídico para la Paz”, que fue realizado el pasado 7.1.2014 en el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y fue organizado por el CEDPAL y la Konrad-Adenauer-Stiftung (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica). Más información en <http://cedpal.uni-goettingen.de/index.php/2013-12-29-19-06-16/seminarios>.

Los más importantes trabajos del seminario han sido publicados en *Ambos* (coord.), Justicia de Transición y Constitución, Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, 2014.

** Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos es Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); Juez del Tribunal Provincial (Landgericht) y Director del CEDPAL. John Zuluaga, LL.M., es Doctorando e investigador adscripto al CEDPAL.

¹ Véase la publicación oficial del Acto Legislativo 01 de 2012 en Gaceta del Congreso 534 (2012), 17.8.2012. El Acto Legislativo se encuentra disponible en

Latina. Esta reforma dimensiona la justicia transicional (JT) como un parámetro constitucional a partir del cual se deben concretar posibles negociaciones de paz. Vía reforma constitucional, con este Acto Legislativo (AL) se adecuó el marco normativo previo que había definido tanto los procesos de desmovilización, desarme y reinserción (DDR) como también la investigación y judicialización de los integrantes de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML) en Colombia.² Dos propósitos esenciales orientaron el trámite de la reforma constitucional: “facilitar la terminación del conflicto armado” y el “logro de una paz estable y duradera” (art. 1 inc. 1). A esos fines, el MJP introdujo en la Constitución política los artículos transitorios 66³ y 67⁴, con los que estableció unas condiciones legales básicas para el desarrollo de las conversaciones entre el gobierno colombiano y las

<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>

(visto por última vez el 29.3.2014).

² Sobre dicho marco normativo véase *Ambos et al.*, Procedimiento de la ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) y derecho penal internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia, 2010, pp. 9-147 (párr. 17-327).

Una versión resumida en inglés de dicho estudio puede verse en *Ambos*, The Colombian peace process and the principle of complementarity of the International Criminal Court: an inductive, situation-based approach, 2010.

³ Art. 1 inc. 1. “La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 66, así: Artículo Transitorio 66. Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.” El artículo transitorio 66 constituye la parte más extensa del AL 01, el mismo se compone de cinco incisos y dos párrafos, véase en Gaceta del Congreso 534 (supra nota 1).

⁴ Art. 3. “La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 67, así: Artículo Transitorio 67. Una ley estatutaria regulará cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política. No podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos.”

Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)⁵ orientadas a la determinación de un acuerdo de paz.

Esta específica orientación de la Constitución a los fines de influir procesos de negociación con GAOML se concretó mediante la autorización a la creación de mecanismos extra-judiciales de JT (art. 1 inc. 2), el establecimiento de criterios de priorización y selección de casos, así como mediante la posibilidad de fijar la “aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados” (art. 1 inc. 4). Esta reforma se defendió como una estrategia realista que permitiría facilitar una desmovilización masiva de los GAOML, así como garantizar a las víctimas del conflicto armado sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.⁶

A pesar de los buenos propósitos que parecen haberla impulsado, la reforma generó múltiples preguntas y críticas⁷: por un lado, respecto a sus finalidades, se ha cuestionado la capacidad que tiene la misma para determinar el logro de los objetivos planteados y resolver los problemas prácticos de la JT en Colombia. Por otro lado, acerca de la interacción de la reforma constitucional con otros mecanismos vigentes de desmovilización y beneficios jurídicos, se ha señalado como una reforma incoherente frente al marco de exigencias para el acceso al beneficio de pena alternativa de la Ley 975 de 2005. Una detallada discusión ha recibido el art. 1 inc. 4 del AL 01 de 2012 respecto a la incorporación de instrumentos de JT de carácter judicial y extra-judicial. Las críticas al art. 1 inc. 4 del AL 01 de 2012 se han manifestado directamente en

acciones públicas de inconstitucionalidad.⁸ La única acción de inconstitucionalidad contra el MJP resuelta hasta el momento, instauró una demanda contra las expresiones “máximos”, “cometidos de manera sistemática” y “todos los” contenidas en el art. 1 del AL 01 de 2012. Dicha demanda fue justamente resuelta en la sentencia C-579 de 2013⁹ que es objeto de este artículo. En un fallo muy extenso (más de 400 págs.) y sin antecedentes en Latinoamérica, la Corte Constitucional (CC) declaró la exequibilidad de las expresiones demandadas. Esta sentencia es de especial relevancia pues aborda la discusión sobre la constitucionalización de mecanismos de JT, concretamente de la aplicación de criterios de selección y priorización en la judicialización de crímenes internacionales. La misma es un aporte importante para la comprensión de mecanismos de JT, incluso más allá del caso colombiano. En ella la Corte intenta plantear unas líneas de interpretación que comprometan tanto el respeto de la obligación de investigar y juzgar, como también los derechos de las víctimas y el fin de la “paz estable”.

Sin embargo, es necesario abordar algunos puntos de la sentencia que hacen difícil establecer el alcance de las expresiones demandadas y del mismo MJP. El problema jurídico planteado y resuelto por la Corte fue el de si representaba una sustitución de la Constitución “la posibilidad de que se utilicen los criterios de selección y priorización para la investigación, el juzgamiento y la sanción de los más graves crímenes contra los Derechos Humanos (DDHH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) cometidos por los máximos responsables y se renuncie a la persecución de los demás”.¹⁰

⁵ Al contrario de lo que viene sucediendo con las FARC, los acercamientos con el grupo guerrillero Ejército de Liberación Nacional (ELN) se han desvanecido. A lo largo del año 2013 hubo en dos ocasiones un claro intento de inicio formal de diálogo, sin embargo, después del anuncio del actual presidente Juan Manuel Santos, no se ha concretado nada. Véase declaración presidencial en

http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Abril/Paginas/20130408_08.aspx (visto por última vez el 31.03.2014).

Sobre el estado actual de las negociaciones con el ELN véase *Voelkel*, Es el tiempo para el ELN, en: *Razón Pública*, 30.3.2014, disponible en

<http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/7502-es-el-tiempo-para-el-eln.html>

(visto por última vez el 31.3.2014).

⁶ Véase las declaraciones del Senador Roy Barreras en <http://www.congresovisible.org/agora/post/roy-barreras-radico-nuevo-marco-legal-para-la-paz/2364/>

(visto por última vez el 29.3.2014).

⁷ Un desarrollo más amplio de las críticas puede verse en *Ambos/Zuluaga*, Sobre el marco jurídico para el logro de la paz, en *Semana.com*, 3.10.2012, disponible en

<http://www.semana.com/opinion/sobre-marco-juridico-para-logro-paz/185790-3.aspx> (visto por última vez el 29.3.2014);

asimismo véase *Ambos/Zuluaga*, en: *Ambos* (coord.), *Justicia de Transición y Constitución, Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, 2014, núm. 1.

⁸ La primera demanda fue presentada el día 18.12.2012 por la Comisión Colombiana de Juristas. El texto original de la demanda puede ser consultado en

http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_marco_juridico_para_la_paz_2012-12.pdf

(visto por última vez el 29.3.2014).

Las demandas posteriores fueron presentadas por los ciudadanos *José Octavio Hoyos Gómez* y *Rafael Guarín Cotrino*.

La Sala Plena de la CC en sesión del 14.8.2013 decidió rechazar la demanda presentada por *José Octavio Hoyos Gómez* y admitir la demanda formulada por el ciudadano *Rafael Giovanni Guarín Cotrino*. Dicho auto y una reseña del contenido de dichas demandas, así como las razones por las cuales consideran inconstitucional el MJP puede verse en

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2013/a242-13.htm> (visto por última vez el 29.3.2014).

⁹ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 3. Problema jurídico.

¹⁰ Véase CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 4.5. Es de anotar que al aceptar la demanda presentada por *Rafael Guarín Cotrino* (supra nota 8), la CC aceptó revisar de nuevo el inc. 4 del art. 1 del AL 01 de 2013. En un segundo auto, la Corte consideró que ante la no publicación de la sentencia al momento de la segunda demanda no resultaba proporcionada una inadmisión de los cargos contra el inc. 4 del art. 1 del AL 01 de 2013. Véase CC, auto del 14.1.2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

A esos fines, después de una descripción de la sentencia y la decisión de constitucionalidad, se abordarán algunos aspectos metodológicos de la sentencia. Primero, el uso del juicio de sustitución¹¹ a partir del cual la Corte resuelve la pregunta de si el MJP sustituye un pilar fundamental de la Constitución o sea, concretamente, como premisa mayor, el deber de investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de DDHH y las infracciones graves al DIH. Segundo, aspectos fundamentales para la comprensión de la categoría JT en el modelo constitucional, tal como el concepto de JT bajo la idea de un modelo holístico y los abusos del método histórico-comparativo en su fundamentación. Tercero, se discutirán aspectos concretos del análisis de sustitución. Por un lado, se determinarán las consideraciones de la Corte sobre cómo se puede considerar que la investigación penal solamente se concentre en algunos responsables de ciertos delitos que constituyen graves violaciones a los DDHH y al DIH.¹² Concretamente, se abordarán dos elementos fundamentales: el debate sobre terminación del conflicto y consecución de la paz, así como las justificaciones entorno a la aplicación de criterios de selección y priorización como parámetros para la JT. Por otro lado, se señalan algunas imprecisiones conceptuales en la que incurre la Corte entorno a la expresión “sistematicidad de los crímenes de guerra” y la ambigüedad en la definición del concepto “máximos responsables” contenida en el art. 1 inc. 4 del AL 01 de 2012.

II. La sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional

La sentencia se dio a conocer por medio de comunicado de prensa en agosto de 2013,¹³ pero sólo a finales de diciembre del mismo año fue publicada de forma completa. La Corte comenzó por presentar los fundamentos del AL 01 de 2012. Para la misma, dicho AL canaliza una relación de necesidad entre el logro de una paz estable y duradera y la adopción de medidas de JT. En otras palabras, consideró el propósito de consecución de la paz como el fundamento para la adopción de “(i) criterios de selección y priorización que permitan centrar esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (ii) la renuncia condicionada a la persecución judicial penal; y (iii) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la

aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento”.¹⁴

Con dicho supuesto la Corte intentó determinar si tales elementos de JT, elevados a rango constitucional por el AL 01 de 2012, eran compatibles con la Constitución. En concreto, determinó si la reforma constitucional suplantaba o sustituía el pilar constitucional esencial según el cual se exige respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. Para la Corte, en virtud de este pilar o mandato “existe la obligación de: (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad; y (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”.¹⁵

Con base en el argumento de la necesaria correlación entre el logro de una paz estable y duradera y la adopción de medidas de JT, específicamente mecanismos de selección y priorización, la Corte fundamentó la legitimidad de la reforma constitucional. La Corte consideró que “a través de ellos es posible modificar la estrategia de juzgamiento ‘caso por caso’, tradicionalmente utilizada por la justicia ordinaria, y, en su lugar, acudir a un sistema que permite agrupar las graves violaciones de derechos en ‘macroprocesos’, e imputarlas a sus máximos responsables. Esto, a su vez, permite cumplir de forma más eficiente con el deber de proteger los derechos de las víctimas del conflicto”.¹⁶

Asimismo analizó si la delimitación *ratione materiae* (crímenes internacionales) hecha por el MJP representa una vulneración a la obligación de investigar y juzgar los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Para la Corte “es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que como mínimo se enjuiciarán aquellos delitos”.¹⁷ A igual conclusión llegó respecto de la delimitación *ratione personae* (máximos responsables) que planteó el AL 01 de 2012. La Corte consideró que no hay una renuncia del Estado a sus obligaciones bajo los siguientes argumentos: “(i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición”.¹⁸

¹¹ El juicio de sustitución evalúa si los elementos definitorios de la identidad de la Constitución (pilares fundamentales) han sido sustituidos por un acto reformatorio. No tiene por objeto constatar una contradicción entre normas, sino que busca verificar que un aspecto esencial de la Constitución no haya sido sustituido. En otras palabras, revisa el contenido de una reforma constitucional para comprobar si el órgano competente para tal reforma excedió o superó sus potestades.

¹² Para una síntesis de las premisas mayor y menor del juicio de constitucionalidad véase CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 2.4.4. (ii).

¹³ CC, Comunicado de Prensa nro. 34 del 28.8.2013, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2034%20comunicado%2028%20de%20agosto%20de%202013.pdf> (visto por última vez el 29.3.2014).

¹⁴ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.3.

¹⁵ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.2.

¹⁶ CC, Comunicado de Prensa nro. 34 del 28.8.2013 (supra nota 13), p. 2.

¹⁷ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.5.

¹⁸ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.6.

Por último, respecto a la discusión incorporada por el MJP sobre penas a imponer y modalidades de ejecución, la Corte encontró justificado los términos de dicho marco. La Corte estableció que “los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales de cumplimiento, no implican por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición”.¹⁹ Asimismo, determinó como una restricción a las consideraciones especiales sobre ejecución de la pena, el hecho de que las mismas no se apliquen a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Incluso condicionó la vigencia de ello, so pena de revocatoria, a requisitos como “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores”.²⁰

De los diferentes condicionamientos impuestos a la interpretación del MJP, quedan claros algunos límites tanto para el legislador en el desarrollo de las Leyes Estatutarias, como para el operador judicial en la aplicación de dichos instrumentos. Por un lado, no sólo exige que se investiguen todas las violaciones a los DDHH, DIH y Estatuto de la CPI, sino, también plantea un escenario de priorización entorno a los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.²¹ Por otro lado, impone unas cargas a los GAOML a efectos de aplicarse el MJP, los cuales consisten básicamente en la terminación del conflicto armado respecto del grupo desmovilizado colectivamente, la entrega de las armas y, en los casos de desmovilización individual, la no comisión de nuevos delitos.²²

III. Análisis crítico de la sentencia

A pesar de que de la sentencia se desprenden importantes conclusiones sobre la trascendencia de la JT y, en materia de garantías, sobre los derechos de las víctimas, es necesario abordar algunos puntos que hacen difícil establecer el alcance de las expresiones demandadas y del mismo MJP. Primero, sobre el juicio de sustitución como método de análisis, resulta problemática la forma como la Corte determina que es un pilar fundamental de la Constitución. Segundo, resulta deficiente tanto la valoración sustancial, así como el plantea-

amiento metodológico de la JT como categoría constitucional. Tercero, en el desarrollo del análisis de sustitución, son cuestionables múltiples consideraciones sobre el significado de terminación del conflicto, las justificaciones a la estrategia de selección y priorización, así como las consideraciones sobre sistematicidad de crímenes internacionales y la noción de máximos responsables.

1. Sobre el uso del “juicio de sustitución”

La Corte se pregunta, siguiendo la doctrina del juicio de sustitución, si el MJP sustituye un pilar fundamental de la Constitución o sea, concretamente como premisa mayor, el deber de investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de DDHH y las infracciones graves al DIH (párr. 3). Mientras que en la demanda se afirmó de manera implícita, que el pilar de la Constitución alegado tenía la estructura de una regla en relación con el deber del Estado de investigar y juzgar, la Corte sostiene que tiene el carácter de principio y, por ello, puede ser objeto de ponderación. Como resultado, la Corte encontró que la incorporación a la Constitución de la estrategia de seleccionar y priorizar en la investigación de graves violaciones de DDHH, en los así denominados “macroprocesos” y su imputación a los máximos responsables (premisas menores) se encuentra justificada. La Corte alude a dos razones: por una parte, dicha estrategia contribuye de manera eficaz al logro de la garantía de no repetición. Por otra parte, dicha estrategia se justifica dado que no significa “que se dejen de investigar todos los delitos [...], sino que permite que sean imputados sólo quienes cumplieron un rol esencial en su comisión”. Adicionalmente, la Corte determinó que se debe asegurar, como mínimo, que se enjuiciarán los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Al analizar la renuncia condicionada a la persecución penal (también parte de la premisa menor), la Corte sostuvo que se encuentra justificada, dado que está limitada al no ser aplicable a los máximos responsables de los crímenes graves mencionados. Para la Corte, la renuncia condicionada se justifica como resultado de la ponderación entre la obligación de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los DDHH y al DIH, con la garantía de no repetición de dichas violaciones. La Corte afirma que las medidas orientadas a una ejecución “alternativa” del castigo (suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y modalidades especiales de cumplimiento) no implican por sí solas una sustitución de la Constitución. El fundamento de esta conclusión es la orientación de dichas medidas a la satisfacción de los derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación y no repetición).

Del juicio de sustitución como método de análisis y del uso del mismo dado por la Corte se podría anotar lo siguiente. Primero, como bien afirma *Villa Rosas*, “en contraste con otras decisiones en las que el juez constitucional ha complementado el juicio de sustitución – en tanto esquema derivado de la subsunción – con argumentos sustanciales que presentan la estructura de la comparación de casos, en la decisión C-579 de 2013 el juez constitucional ha comple-

¹⁹ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.8.

²⁰ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.7.

²¹ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.9.4.

²² CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 9.9.2.

mentado la aplicación de dicho juicio con el uso de la ponderación. Este uso complementario de la ponderación es resultado de la necesidad de saturación del juicio de sustitución, y de manera más específica, de la búsqueda de una solución a los problemas de vaguedad propios de la doctrina de la sustitución de la Constitución”.²³ Segundo, es discutible que la determinación de los elementos que resultan pilares fundamentales o elementos definitorios de la Constitución (*límites del juicio de sustitución*) la haga la misma Corte. La definición de dichos pilares, que no pueden ser modificados sin que se incurra en una sustitución, y la competencia para determinarlos, no han sido establecidas por la Constitución colombiana. Ello a pesar de que se quiera derivar el fundamento de dicho juicio de una norma constitucional que sólo hace referencia al control formal de las reformas constitucionales. Tercero, el desarrollo del método de análisis resulta deficiente en los niveles argumentativos de sus componentes sistemáticos (premisa mayor, menor y análisis de sustitución). En dichos componentes del juicio de sustitución, las cargas argumentativas en la definición de lo que es un pilar fundamental y el desarrollo del análisis estricto de sustitución carece de rigurosidad y terminan tergiversando dicho juicio como un discurso formal o superficial en una decisión de constitucionalidad.

2. Constitucionalización de la Justicia Transicional

Sobre el concepto y alcance de la JT, la sentencia C-579 de 2013 afianza la evolución jurisprudencial en Colombia, jalónada tanto por la Corte Constitucional, como por la Corte Suprema de Justicia.²⁴ Para el entendimiento de la categoría JT en el modelo constitucional, la sentencia analizada establece dos parámetros básicos: primero, la declaración de los derechos de las víctimas como derechos constitucionales y, segundo, el concepto de JT bajo la idea de un modelo holístico en donde el juez constitucional debe encontrar un balance entre los intereses y valores enfrentados. Este modelo es extraído por la Corte tanto de los estándares normativos internacionales como de la práctica constitucional colombiana²⁵ y, a partir del mismo, considera que los mecanismos de JT hacen parte de un sistema complejo de múltiples medidas (modelo holístico). Sin embargo, las consideraciones de la Corte son discutibles por lo menos en dos aspectos.

²³ Véase *Villa Rosas*, en: Ambos (supra nota 7), núm. 2.

²⁴ Entre las sentencias más importantes en la evolución jurisprudencial a nivel de la CC pueden mencionarse las siguientes: C-370 de 2006 y C-1199 de 2008 (ambas relacionadas con demandas de inconstitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz), C-771 de 2011 (relacionada con la “Ley sobre Acuerdos sobre Verdad Histórica”), y la C-052 de 2012 que controló la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

²⁵ Sobre estos aspectos y más detalladamente sobre la valoración de la Justicia Transicional como categoría constitucional véase *Sánchez/Ibáñez Gutiérrez*, en: Ambos (supra nota 9), núm. 1 ss.

Siguiendo a *Sánchez e Ibáñez Gutiérrez*²⁶, en cuanto a los objetivos de la JT, se podría decir que la sentencia presenta una valoración incompleta de dos temas: reconciliación y fortalecimiento de la democracia. En cuanto al primer punto, se extraña una referencia al propio debate constitucional que se abrió cuando precisamente se presentó una demanda contra el concepto de reconciliación de la Ley 975 de 2005, y que la Corte resolvió en la sentencia C-1199 de 2009. Sobre el segundo punto, es discutible si el fortalecimiento democrático – propio de la agenda de un Estado de Derecho moderno y de los principios de “buen gobierno” – debe ser parte de la agenda de transición, mucho más si se tiene en cuenta que la transición colombiana tiende más bien al cese de la violencia que a una transición a la democracia.

Asimismo, frente a los mecanismos de JT, la sentencia parece confundir el sustento de justicia que justifica su creación con los mecanismos propiamente dichos. La sentencia señala como mecanismos de JT: la justicia penal, histórica, reparadora, administrativa y “otras medidas”. La forma como la Corte aborda estos mecanismos no deja claro si a lo que se hace referencia es a las necesidades de justicia, frente a las que se busca dar respuesta con estos mecanismos, o a los mecanismos específicos a través de los cuales se expresa la JT. Por otro lado, el estudio comparado sobre procesos transicionales realizado por la Corte no resulta útil ni genera una conclusión que sea de provecho para el resto de la sentencia. La Corte efectúa una descripción superficial de cada uno de los casos sin establecer ejes o instituciones comparativas. Tampoco menciona en su análisis comparado medidas como las Comisiones de Verdad u otras que han sido de vital importancia para el desarrollo de estos procesos en las experiencias nacionales.

3. Consideraciones sobre el análisis de sustitución

a) Sobre la terminación del conflicto y la consolidación de la paz

El MJP establece como finalidad prevalente “facilitar la terminación del conflicto armado y el logro de la paz estable y duradera” (art. 1 inc. 1 del AL 01 de 2012). Los ponentes han querido aludir con dicha frase a la idea de “romper el círculo vicioso del recurso a la violencia organizada como herramienta para tramitar las diferencias en la sociedad, para así lograr que las violaciones no se vuelvan a repetir”.²⁷ En ese sentido, terminación del conflicto es equivalente a no repetición de violaciones a los DDHH. Así lo confirma la misma Exposición de Motivos, al presentar las formas de entender la idea de no repetición.²⁸ De igual manera, del art. 1 inc. 1 se

²⁶ *Sánchez/Ibáñez Gutiérrez* (supra nota 25), núm. 1.2.

²⁷ Véase Exposición de Motivos en Gaceta del Congreso 287 (2012), 30.5.2012, pp. 1-2.

²⁸ Exposición de Motivos en Gaceta del Congreso 287 (2012), 30.5.2012, p. 1, donde se afirma que, por un lado, es una “orientación en favor de lograr la cesación de las violaciones continuadas” y, por otro lado, “la capacidad de protección efectiva de la población para que no se repita el

desprende que dichos instrumentos de JT sólo se podrán aplicar en el marco de un acuerdo de paz.²⁹

Para la Corte el derecho a la paz impone el deber de prevención de la guerra y moderar (solucionar) los efectos del conflicto. Sin embargo, la Corte misma deja abierta la pregunta: ¿cómo y cuándo se considera solucionado el conflicto armado? De las consideraciones de la sentencia se deduce la prevalencia de una interpretación basada en un criterio formal (acuerdo de paz) para entender la terminación del conflicto. En ese sentido coinciden el legislador y el juez constitucional, pues afirman que la aplicación de los instrumentos de justicia transicional discutidos sólo podrá darse en el marco de un acuerdo de paz. Esto amerita algunas aclaraciones: primero, vale la pena recordar que el concepto de conflicto armado no está definido explícitamente en el DIH. A pesar de ello, una definición puede plantearse a partir de las indicaciones que contienen algunos reglamentos.³⁰ El campo de análisis determinante para establecer la existencia de un conflicto armado es la verdadera o real forma del conflicto, es decir, las condiciones formales (una declaración de guerra o la existencia de un estado de guerra) no representan un criterio determinante de la existencia del mismo.³¹ En ese mismo sentido, sólo a partir de las condiciones materiales o reales del desenvolvimiento de un conflicto, y no de las formales, se puede definir la terminación de un conflicto armado (cese real de hostilidades). Esto se deduce del art. 3 (b), primera parte de la primera frase del Protocolo Adicional (PA) I³² a las Convenciones de Ginebra (CG). En todo caso, el DIH sigue siendo aplicable mientras aún haya circunstancias que necesiten de regulación, tal como se deduce de la segunda parte de la primera frase y la segunda frase³³ de la misma norma. Por lo tanto, un conflicto en

conflicto armado y se elimine el recurso ilegítimo al uso de la fuerza”.

²⁹ Así se expresó en muchas de las ponencias que tuvo el trámite de aprobación y de ello se dejó constancia en el informe de conciliación, véase Gaceta del Congreso 371 (2012), 16.6.2012, p. 1.

³⁰ Cfr. *Ambos*, Nociones básicas del derecho internacional humanitario (traducido por John E. Zuluaga), 2011, p. 66; *el mismo*, Treatise on International Criminal Law: Volume II: The Crimes and Sentencing, 2014, p. 122 (131 s.); sobre el concepto – en oposición a la “guerra” – *David*, Principes de droit des conflits armés, 4^o ed. 2008, pp. 102 ss.

³¹ *Greenwood*, en: Fleck (ed.), The handbook of international humanitarian law, 2^o ed. 2008, p. 46 (No. 202), 49 (No. 203); *Ipsen*, en: Ipsen (ed.), Völkerrecht, 5^o ed. 2004, § 66 nm. 5 ss., § 68 nm. 1; *Doehring*, Völkerrecht: ein Lehrbuch, 2^o ed. 2004, § 11 nm. 585 s.

³² La primera mitad de la frase reza: “la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará, en el territorio de las Partes en conflicto, al término general de las operaciones militares y, en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación; [...]” (énfasis del autor).

³³ La segunda mitad de la primera frase y la segunda frase rezan: “[...] excepto, en ambas circunstancias, para las personas cuya liberación definitiva, [...] tenga lugar posterior-

general termina recién con el restablecimiento de la situación (pacífica) anterior.³⁴

Esto también es una constancia en la historia de los conflictos contemporáneos, los cuales no terminan exclusivamente con resultados decisivos como la victoria o el acuerdo de paz, sino más bien en circunstancias donde los combates simplemente cesan.³⁵ Este criterio conduce a determinar la terminación de un conflicto armado *vía facti*, es decir, con la mera cesación de hostilidades más allá de una conclusión general de paz o, en el caso de un conflicto no internacional, de un “acuerdo de paz”.³⁶ En ese sentido, la existencia de un conflicto armado no internacional se determina recurriendo a criterios como la intensidad del conflicto y la organización (militar) de las partes en conflicto. Con ello se diferencia el mismo de la delincuencia común, sublevaciones de corta duración o actividades terroristas.³⁷ Esta determinación objetiva viene dada a partir de los requisitos establecidos en el art. 3 común a los CG I-IV.³⁸ En ese sentido, también un conflicto armado se considera terminado cuando cae por debajo de este umbral de intensidad.³⁹

La noción de terminación de un conflicto armado es de especial utilidad para la interpretación de los propósitos prevalentes del AL 01 de 2012. El primer objetivo (facilitar la

mente. Tales personas continuarán beneficiándose de las disposiciones pertinentes de los Convenios y del presente Protocolo hasta su liberación definitiva [...]).

³⁴ Detalladamente *Ipsen* (supra nota 31), § 68 nm. 4 ss. (4); *Doehring* (supra nota 31), § 11 nm. 646 ss.; *David* (supra nota 30), pp. 232 ss. Ver también ICTY, Judgement of 15.9.2008 – IT-04-83-T (Prosecutor v. Delić), párr. 40.

³⁵ Véase *Kreutz*, Journal of Peace Research 2010, 243, quien llega a la misma conclusión a partir de una investigación cuantitativa sobre la resolución de conflictos armados entre 1946 y 2005.

³⁶ Así *Greenwood* (supra nota 31), pp. 72 ss.; *Friman*, en: Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2^o ed. 2010, p. 280; *Stein/v. Buttlar*, Völkerrecht, 12^o ed. 2009, nm. 1222; *David* (supra nota 03), párr. 1233; *Ipsen* (supra nota 31), § 68 II. párr. 5. Véase también *Wallenstein/Sollenberg*, Journal of Peace Research 1997, 342, identificando tres formas de terminación (acuerdo formal de paz; victoria de una de las partes o rendimiento de la otra parte; otras formas de terminación de facto, incluyendo por el camino de un alto al fuego).

³⁷ *Ambos* (supra nota 30 – Nociones), pp. 66 s. con más referencias.

³⁸ *Ambos* (supra nota 30 – Nociones), p. 67 con más referencias. Véase también *Mettraux*, International crimes and the Ad Hoc Tribunals, 2005, p. 36. Un resumen de los diferentes criterios para determinar un conflicto no internacional extraídos de las diferentes enmiendas del art. 3 común puede verse: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (visto por última vez el 29.3.2014).

³⁹ Véase *Kreutz*, Journal of Peace Research 2010, 243 (244), para quien un conflicto armado se traduce en por lo menos 25 muertes relacionadas con los combates en un año calendario.

terminación del conflicto armado) debe suponer por lo menos el cese de hostilidades en un sentido material, es decir, cuando todas las condiciones nocivas provocadas por el conflicto armado se inviertan. El umbral formal para la aplicación de los instrumentos de JT (acuerdo de paz), exigido en el art. 1 inc. 1, tal como se confirma en el informe de conciliación de la reforma constitucional⁴⁰ y en las consideraciones de la Corte, en los términos del DIH, no supone la terminación del conflicto, ni constituye una plataforma real para la consolidación de espacios “postconflictuales”. Es cierto que en términos de seguridad jurídica, el punto de vista formal ofrecería ventajas respecto a una determinación más precisa del momento de terminación de un conflicto y del ámbito temporal de aplicación del DIH. Sin embargo, en conflictos como el colombiano este criterio sería desbordado por las dinámicas reales de los GAOML, es decir, un criterio formal no tendría en cuenta situaciones en las que un conflicto armado se ha terminado como una cuestión de hecho.⁴¹

La comprensión sobre el momento a partir del cual se considera terminado el conflicto armado colombiano, más allá de un acuerdo de paz, tiene otras importantes repercusiones. Desligarse de esta visión formal contribuiría a una mejor valoración de la continuidad de la violencia, especialmente de los grupos guerrilleros que no lleguen a desmovilizarse en caso de un acuerdo de paz. Se plantea la pregunta si aquellos grupos no desmovilizados (e.g. BACRIM) pueden llegar a ser considerados partes del conflicto⁴² (¿combatientes o delincuentes?).⁴³ En síntesis, si de lo que debería tratarse es

de la terminación del conflicto, es decir, el cese real de hostilidades, más que de un acuerdo formal de paz, no se concibe ninguna coherencia en la dependencia entre terminación del conflicto y acuerdo de paz. Sólo se trata de dos fenómenos que no tienen una correspondencia inmediata, con la lógica de causa-efecto, especialmente porque en el contexto del conflicto colombiano la violencia es un recurso permanente, incluso de los desmovilizados de GAOML, para intervenir la gestión del control social.⁴⁴

b) Consideraciones sobre selección y priorización en la Sentencia C-579 de 2013⁴⁵

La estrategia de selección y priorización de casos fue una necesidad anunciada desde las más tempranas evaluaciones a la LJP.⁴⁶ Se advertía que selección de postulados y casos a imputar en el proceso de justicia y paz, debería hacer énfasis en casos emblemáticos y postulados con posiciones claves en la estructura del GAOML, de tal manera que se contribuyera mejor a la visibilización de patrones de victimización y de daños colectivos causados por un GAOML.⁴⁷ Esta técnica de gestión ya venía siendo ejecutada por la misma Unidad Nacional de Justicia y Paz (UNJP), en donde por medio de diferentes memorandos y circulares se reorientó la estrategia de investigación en el marco de la LJP a partir de criterios objetivos, subjetivos y complementarios de priorización.⁴⁸ Esta estrategia o técnica de gestión de la investigación fue justificada por la Corte, la cual adujo que las consideraciones

⁴⁰ Véase Gaceta del Congreso 371 (2012), p. 1.

⁴¹ Así *Ambos* (supra nota 30 – Treatise), p. 129 con más referencias.

⁴² Dicha posición llega a ser discutida en la doctrina de acuerdo al art. 3 CG I-IV y art. 1 PA II. Cfr. *Römer*, Killing in a gray area between humanitarian law and human rights. How can the national police of Colombia overcome the uncertainty of which branch of international law to apply?, 2010, p. 26; también *Perez Santiago*, “Las BACRIM de Colombia Comunes o Actores del Conflicto Armado”, en *InSightCrime* 23.07.2012, disponible en <http://es.insightcrime.org/analisis/las-bacrim-de-colombia-comunes-o-actores-del-conflicto-armado> (visto por última vez el 29.3.2014).

Para una crítica fundamental del “derecho a matar” en el conflicto armado véase *Eser*, en: *Dölling/Götting/Meier/Verrel* (eds.), *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung*, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, pp. 461 ss.

⁴³ Este ha sido un punto de permanente observación por parte de la Fiscalía de la CPI. En el Reporte sobre las actividades de la Fiscalía en relación a los exámenes preliminares de 2013, la Fiscalía afirma que en el caso de *los Urabeños* “hay bases razonables para afirmar que está lo suficientemente organizada como para llegar a ser parte en un conflicto armado de carácter no internacional”. Véase The Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities 2013, noviembre de 2013, párr. 128-129, disponible en

http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Report%20%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF (visto por última vez el 29.3.2014).

⁴⁴ Sobre la violencia en Colombia como recurso permanente de los desmovilizados de GAOML véase *Zuluaga/Koessler*, en *Derecho Penal Contemporáneo* oct./nov. 2011, 5; también *Zuluaga*, Boletín Semestral GLIPGö Nr. 1, mayo de 2011, 3.

⁴⁵ Para una presentación más amplia de las consideraciones de la Corte sobre selección y priorización véase *Zuluaga*, en: *Ambos* (supra nota 7), núm. 3.1.

⁴⁶ Véase *Ambos et al.* (supra nota 2) párr. 415. Recomendaciones de las que, a su vez, se desprendieron múltiples propuestas para la implementación de una estrategia de investigación a partir de criterios objetivos, subjetivos y complementarios, véase entre otros *Ambos* (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales: un estudio comparado*, 2011, pp. 9 ss.; también *Selis*, “Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de justicia y paz en Colombia”, en: *ICTJ Análisis* marzo de 2012, pp. 1 ss.

⁴⁷ De la misma opinión llegó a ser incluso la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Véase Rad. 36125 del 31.8.2011. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, Consideraciones.

⁴⁸ Véase *Forer/López Díaz*, en: *Ambos* (supra nota 46), pp. 242-245, quienes describen que no fue una práctica generalizada de todos los despachos de la UNJP.

a favor de la estrategia de “centrar la investigación penal” en un serie de casos es la “imposibilidad de tener una estrategia maximalista de investigación que proceda judicialmente contra todos los sospechosos”.⁴⁹

En este sentido, la Corte sintetiza la crítica a lo que han dado en llamar “tesis maximalista”. El enfoque maximalista es el rótulo asignado a las estrategias de instrucción que incorporan la exigencia de investigaciones integrales. Se señala que dichos enfoques desencadenan un alto nivel de complejidad de los procesos de imputación y acusación y, por lo tanto, de los juicios. A esta concepción compleja (integral) de la investigación se le imputa la consecuencia de la actual inviabilidad del proceso de justicia y paz basado en la Ley 975 de 2005 y se la señala como una de las causas a la violación de estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas. A partir de la crítica al principio de exhaustividad de la investigación o “tesis maximalista”, la Corte justifica el replanteamiento del enfoque de investigación sobre la base de una estrategia de selección y priorización. En ese sentido, a la “tesis maximalista” se opone una “narrativa consecuencialista” que se preocupa por el impacto y la efectividad de las investigaciones penales.⁵⁰ Si bien la Corte al acoger la crítica a la tesis maximalista establece un escenario justificativo básico de la estrategia de selección y priorización, otras variantes de justificación son discutibles, como demostraremos a continuación.

*aa) Interpretación de la jurisprudencia de la CIDH*⁵¹

La Corte se basa en la Exposición de Motivos del AL 01 para acoger cierta interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en la que se justifica un enfoque investigativo orientado a esclarecer el sistema de macrocriminalidad.⁵² Es de advertirse, sin embargo, que la remisión a la CorteIDH es imprecisa, pues la jurisprudencia de dicha Corte no contiene reglas de priorización. Lo mismo se discutió a propósito de la fundamentación de la Directiva 001, que introdujo una nueva política interna de selección y priorización a nivel de la FGN, cuando advertíamos que era una interpretación equivocada de la jurisprudencia de la CorteIDH.⁵³ Ello se puede observar en la

⁴⁹ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.2.

⁵⁰ Véase *López Medina*, Revista Colombiana de Derecho Internacional 16 (2010), 57; en ese sentido también *Rammelli Arteaga*, en: FGN (ed.), *Priorización*, Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal, 2013, p. 24; *Aponte Cardona*, en: el mismo, p. 29.

⁵¹ Véase in extenso *Zuluaga* (supra nota 45), núm. 3.2.

⁵² Gaceta del Congreso 287 (2012), 30.5.2012, pp. 9, 14 (*énfasis original*).

⁵³ Véase *Ambos/Zuluaga*, “La ‘nueva’ política de selección y priorización procesal penal en Colombia”, en: *Asuntos del Sur* 19.3.2013, disponible en

<http://www.asuntosdelsur.org/la-nueva-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombia/>

(visto por última vez el 29.3.2014).

aludida Directiva, en la cual se sostiene que “una primera lectura de las protecciones reconocidas por la Convención Americana hace que sea difícil pensar en la priorización de casos en la jurisdicción nacional, ya que contiene una obligación general de garantizar recursos efectivos por cualquier acto que atente contra los derechos fundamentales”.⁵⁴

Este tipo de interpretaciones es muy discutible. Es impreciso deducir de la jurisprudencia de la CorteIDH algún tipo de favorabilidad o benevolencia con la priorización como política de gestión de casos. Una interpretación estricta de la jurisprudencia de la CorteIDH conduce, mejor, a entender que las investigaciones de violaciones graves a DDHH no admiten relativizaciones, es decir, deben ser investigadas.⁵⁵ La CorteIDH no podrá sustentar una inadmisión sobre el argumento de haber analizado muchos casos de Colombia u otro país, razón por la cual las víctimas siempre podrán alegar el art. 1.1 y 25 de la Convención Interamericana. Al contrario de lo afirmado en las diferentes justificaciones al sistema de selección y priorización, debe decirse que en la jurisprudencia de la CorteIDH hay poco espacio para soportar o congraciarse con la priorización. Ello es mucho más claro si se observa otras sentencias (e.g. *Barrios Altos* o *Almonacid Arellano*) en las que los efectos de las decisiones son extendidos, es decir, vinculan a todos los casos exigiendo “investigación y sanción” de violaciones a DDHH.⁵⁶

⁵⁴ Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 de 2012, III. Fundamentos de Derecho Internacional, p. 4, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/02/Directiva001.pdf> (visto por última vez el 29.3.2014).

⁵⁵ Para un análisis en detalle de la jurisprudencia de la CorteIDH véase in extenso *Ambos/Malarino/Elsner* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomos I y II, 2010/2011; *Ambos/Malarino/Steiner* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Tomo III, 2013.

⁵⁶ Asimismo, se afirma incluso en la conocida sentencia *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* que “constituye reiterada jurisprudencia de este Tribunal que en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la garantía y protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. En esos casos las autoridades estatales deben realizar esa investigación como un deber jurídico propio, más allá de la actividad procesal de las partes interesadas, por todos los medios legales disponibles, y orientada a la determinación de la verdad. Además, dependiendo del derecho que se encuentre en riesgo o del que se alegue la violación, como en este caso la vida, la investigación debe procurar la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales” (CorteIDH, *Caso Manuel*

*bb) Impacto de la selección y priorización*⁵⁷

La Corte alude a un tema fundamental en las discusiones sobre selección y priorización. Acerca de la forma de seleccionar y priorizar casos, por un lado, afirma que la misma “puede afectar sustancialmente la forma en que los procesos judiciales son recibidos por las víctimas”. Por otro lado, dice que “puede influenciar la *legitimidad* que da a los procesos la comunidad internacional”.⁵⁸ Con ello hace alusión al impacto que puede tener las metodologías de selección y priorización en dos actores esenciales de la JT: intervinientes (víctimas) y observadores (comunidad internacional). Esta preocupación amerita una primera reflexión sobre el significado de la legitimidad del proceso penal, en tanto pérdida de legitimidad debe entenderse, mejor, como una reducción o relajamiento del desenvolvimiento racional e imparcial de búsqueda de la verdad procesal.⁵⁹

La cuestionabilidad de la legitimación del proceso penal es un asunto inherente a la naturaleza *sui generis* de la JT. Por un lado, son escenarios donde se flexibiliza el carácter racional de la persecución penal, es decir, del desarrollo de un debido proceso penal. Por otro lado, relativiza los estándares ordinarios y mínimos de reprochabilidad como resultado de la discusión y negociación de las contraprestaciones por DDR. En este escenario cabe destacar la tensión que se produce en la legitimación democrática de la función judicial,⁶⁰ en la cual se alberga la discusión sobre selección y priorización y legitimidad de procesos de transición. En el fondo, se trata de reflexiones sobre la capacidad de la jurisdicción penal para asegurar un desarrollo judicial garante de verificación procesal e inmune al decisionismo.⁶¹

En este sentido, parece desafortunada la expresión de la Corte según la cual “la adopción de criterios formales para la priorización puede ser esencial para llevar a cabo una priorización coherente de los *crímenes de guerra*, pues de esta manera el *sistema acusatorio* se puede apoyar en herramientas que permiten clasificar los casos que merecen acudir primero ante el sistema judicial”.⁶² Por un lado, la estrategia de investigación penal en el sistema acusatorio colombiano (Ley 906 de 2004) se rige por otros principios. Esta fase del

sistema acusatorio ha sido ampliamente criticada precisamente por introducir actuaciones procesales cómplices de la discrecionalidad policial y fiscal.⁶³ Por otro lado, la coherencia de la priorización no se puede reducir a los crímenes de guerra, sino que debe abarcar los hechos tipificados en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).⁶⁴

*cc) Distinción entre selección y priorización*⁶⁵

Según la Corte, “la práctica de priorización no requiere *per se* que no se seleccionen otros casos, de ahí que se distinga entre selección y priorización”.⁶⁶ Esta afirmación viene a complementar (correctivamente) lo que ya había sido dicho en la Exposición de Motivos del AL 01 sobre la distinción entre selección y priorización. El legislador argumentó que “priorización – sin selección (es decir sin aplicar la cesación de la acción penal) – no es suficiente para garantizar de manera efectiva los derechos de las víctimas”.⁶⁷ En ese sentido, el legislador consideró necesaria la priorización junto con la selección, es decir, no consideró posible priorizar sin selección de casos. Afirmó, incluso, que “si no hay cesación de la acción penal, los fiscales no pueden legalmente concentrarse en los más responsables, porque están obligados a avanzar todos los procesos a la vez, lo cual impide el esclarecimiento de patrones y contextos y por lo tanto es contrario al fin de satisfacer el derecho de las víctimas y de la sociedad a la verdad”.⁶⁸ La consideración de la Corte puede interpretarse, al contrario de lo dicho en la Exposición de Motivos del AL 01, en el sentido de que se puede priorizar sin seleccionar, es decir, la selección no es connatural (*per se*) a la práctica de priorización. Esta consideración supera la distinción que sugería la necesidad de selección como fundamento de las prácticas de priorización.

Es de anotar que esta distinción tampoco había quedado clara en la Directiva 001 de 2012 y los planes de acción derivados de la misma.⁶⁹ De las mismas no se desprenden conclusiones sobre cómo llegarán a tramitarse los casos que no sean seleccionados. En ese sentido, frente a algunos casos no clasificados mediante selección, existe la necesidad de establecer un límite de tiempo para reiniciar la actividad investigativa y

Cepeda Vargas vs. Colombia, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26.5.2010, Serie C. N213, párr. 117 y nota a pie 176 con más referencias).

⁵⁷ Véase in extenso *Zuluaga* (supra nota 45), núm. 3.3.1.

⁵⁸ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.2. (*énfasis propio*).

⁵⁹ Véase *Ferrajoli*, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, 6º ed. 2004, pp. 67-69 y 542-549; *el mismo*, Jueces para la Democracia – Información y Debate 4/1988, 3; *el mismo*, Jueces para la Democracia – Información y Debate 16-17/1992, 61; *el mismo*, Jueces para la Democracia – Información y Debate 29/1997, 3.

⁶⁰ Sobre el interés de justicia y su fundamento jurídico véase *Ambos*, El marco jurídico de la justicia transicional: especial referencia al caso colombiano, 2008, pp. 28-117.

⁶¹ Así *Ambos et. al.* (supra nota 2), párr. 7.

⁶² CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.2. (*énfasis propio*).

⁶³ Véase sobre las tensiones frente al debido proceso en el sistema acusatorio colombiano *Zuluaga*, Boletín Semestral GLIPGö Nr. 5 (2013), 23; *el mismo*, Co-Herencia – Revista de Humanidades 6/4 (2007), 133.

⁶⁴ *Ambos et. al.* (supra nota 2), parr. 4.

⁶⁵ Sobre el punto véase in extenso *Zuluaga* (supra nota 45), núm. 3.3.2.

⁶⁶ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.2. (*énfasis original*).

⁶⁷ Gaceta del Congreso 287 (2012), 30.5.2012, p. 15.

⁶⁸ Gaceta del Congreso 287 (2012), 30.5.2012, p. 15.

⁶⁹ Un desarrollo más amplio de las críticas a los contenidos de la Directiva 001 puede verse en *Ambos/Zuluaga* (supra nota 53); Acerca de la implementación del sistema de priorización puede verse *los mismos*, Sobre la implementación del sistema de priorización y selección, en: *Ámbito Jurídico* 374 del 24.7.2013, p. 17.

de juzgamiento en dichas causas, pues algunas se encuentran casi a la deriva en diferentes despachos de la UNJP. Priorización y selección no pueden significar una relativización o minimización del debido proceso. Asimismo, el sistema de selección no puede descuidar la necesidad de pronunciarse sobre la metodología que se adoptará para responder a las víctimas de los postulados cuyos casos no fueron priorizados, especialmente en materia de reparación.⁷⁰ Así las cosas, propicia un mejor rendimiento para la satisfacción de las víctimas (de casos no seleccionados) la afirmación planteada por la Corte en comparación a lo dicho por el Legislador en la Exposición de Motivos.

*dd) Razones para adoptar criterios*⁷¹

La Corte enuncia siete razones por las que existe la necesidad de adoptar criterios de priorización: “(i) la formulación de un criterio juega un papel muy importante en la comunicación y manejo de expectativas de la población, (ii) las prioridades iniciales y la dirección de las investigaciones tienen gran impacto en el desarrollo que haga la Fiscalía en el proceso, (iii) en un ambiente politizado el criterio para la priorización de los casos debe basarse en criterios profesionales y objetivos, fundados en la gravedad del crimen cometido, lo que dará legitimidad al proceso, (iv) reconsiderar y ajustar los criterios usados en el pasado no es una debilidad, si este cambio se hace como producto de un análisis profesional y objetivo, (v) absoluciones derivadas de la falta de evidencia pueden tener un impacto negativo en el alcance de la justicia y la sensación de abandono a ciertos grupos, (vi) el respeto al derecho a la igualdad, no implica una igualdad matemática, (vii) la legitimidad o confianza en la persecución penal se debe basar en la experiencia profesional y los estándares aplicados a la situación particular de un crimen internacional”.⁷²

Se abordan cuatro temas de especial relevancia para la definición de una estrategia de priorización: 1. Impacto externo e interno de la estrategia de priorización, 2. Contexto y gravedad del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, 3. Profesionalismo y objetividad de los criterios, y 4. Legitimidad del proceso. Estos argumentos se pueden considerar como razones heterogéneas, es decir, se componen de argumentos tan diversos como incoherentes unos con otros. Primero, la idea de comunicación y manejo de expectativas de la población de ningún modo resulta determinada por la formulación de un criterio de priorización. Ni siquiera puede pensarse que el Derecho penal o el proceso penal son mecanismos para la autosatisfacción de los sentimientos de la sociedad. La desaprobación expresada en esos dos ámbitos es únicamente un medio para alcanzar fines general-preventivos. Cualquier discusión sobre temas como “expectativas de la población” debería, por lo menos, ser planteada en un contexto global, donde se entienda que en ese tipo de asuntos es definitiva la intervención de ciertas partes

⁷⁰ Más extensamente planteado en *Ambos/Zuluaga* (supra nota 69), p. 17.

⁷¹ Véase in extenso *Zuluaga* (supra nota 45), núm. 3.3.3.

⁷² CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.2. (*énfasis original*).

de sectores políticos, económicos, de la fuerza pública e incluso de la población civil.

Segundo, el argumento sobre el nivel de realidad que se encuentra detrás de la adopción de criterios es vago. La expresión “ambiente politizado” no representa ninguna descripción, ni siquiera da cuenta de un concepto analítico. Frente a esa noción, la Corte opone las categorías “profesional” y “objetivo” como razones superiores a la idea de contexto. En otras palabras, presupone que las decisiones “profesionales y objetivas” impedirían la politización de las estrategias de priorización. Esta apreciación es insuficiente pues reduce la limitación de la discrecionalidad en la investigación penal a categorías inocuas como “profesional” y “objetivo”. Si de lo que se trataba era de resaltar la importancia de la neutralidad política de la investigación penal, la Corte debió introducir un análisis más amplio de la base estatutaria o legal que regula la discrecionalidad en el ejercicio de la investigación penal. Ello resultaría más acertado si se tiene en cuenta que la misma Corte afirma que el fundamento de la elaboración de dichos criterios es la gravedad del hecho punible.⁷³

Tercero, resulta lamentable la consideración de la Corte en el sentido de plantear una relación directa entre absoluciones (falta de castigo) y sensación de abandono de ciertos grupos. La privación de la libertad no puede ser un criterio para determinar las sensaciones ciudadanas. Incluso, son muchas las opiniones a partir de las cuales queda claro que el juicio de menosprecio como comunicación entre sociedad, autor y víctima se realiza esencialmente con la sentencia penal, asunto asimilable en el proceso de definición de la pena alternativa en el marco de la LJP.⁷⁴ La privación de libertad sólo es un medio superable, para plasmar el contenido simbólico-expresivo de la reacción a comportamientos criminales.⁷⁵ En ese sentido, el proceso penal debe entenderse

⁷³ Una crítica a la comprensión de gravedad como criterio de selección a nivel de la Fiscalía de la CPI véase *Ambos/Stegmiller*, *Revista Penal* 32 (2013), 41 (49).

⁷⁴ Así *Halling*, Ley de justicia y paz y fines de la pena, en: *Conversatorio “Marco jurídico para la paz: análisis desde el Derecho penal”*, 27.2.2014. Síntesis y audio disponible en http://www.upb.edu.co/portal/page?_pageid=234%2C32640564&_dad=portal&_schema=PORTAL&p_id=54373586&p_s_iteid=234 (visto por última vez el 29.3.2014).

⁷⁵ Así *Günther*, en: Prittwitz et al. (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, p. 205 (219); también *Prittwitz*, en: Schünemann/Dubber (eds.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, 2000, p. 51 (73), para quien el elemento decisivo de la reacción pública no es la pena sino la determinación autoritaria y la imputación. A favor de una desaprobación con necesaria privación de la libertad *Hörnle*, *JZ* 2006, 950 (996), según la cual la aplicación de la pena es necesaria pues “la afirmación verbal necesita ser respaldada por gestos materiales”; también *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der kantischen Rechtslehre*, 2005, p. 138, quien con fundamentos hegelianos afirma que “en aras de la insistencia en la generalidad del derecho, es

como el escenario esencial de comunicación entre sociedad, autor y víctima. La pena y sus fines no incorporan los intereses de las víctimas. Las teorías relativas se enfocan fundamentalmente en la prevención de delitos.

c) Las expresiones “cometidos de manera sistemática” y “máximos responsables”

En la sentencia se equipara indebidamente la noción “cometidos sistemáticamente” al conflicto armado como elemento contextual de los crímenes de guerra. Este tipo de crímenes están vinculados por definición a un conflicto armado, por lo cual resulta innecesaria tal equiparación. En términos de Cote/Tarapués, “Los crímenes de guerra son por definición conductas ligadas a una situación de guerra entre estados, entre un estado y grupos armados o entre varios grupos armados; esto no quiere decir que deba existir un patrón o línea de conducta, es decir, una práctica sistemática, tal como ocurre con los crímenes de lesa humanidad. Por el contrario, un solo hecho puede ser sancionado a nivel internacional como crimen de guerra si la existencia del conflicto armado explica el que éste haya sido perpetrado. Si la expresión ‘cometidos de manera sistemática’ realmente equivaliese al nexo que debe existir entre el crimen y un conflicto armado, no tendría ningún sentido haberla incluido en el texto del art. transitorio 66. En otros términos, decir crímenes de guerra y ‘cometidos de manera sistemática’ resultaría en consecuencia redundante; ésta sería entonces una expresión vacía y tautológica”.⁷⁶

Acerca del concepto “máximo responsable”, para la Corte dicha noción corresponde a “aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”.⁷⁷ En ese sentido, en el concepto plantea la inclusión de “no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico”.⁷⁸ De esta manera, plantea un concepto complejo en el que el máximo responsable puede ser tanto el autor del delito en concreto como también el líder de la organización, pero dependiendo siempre de la estructura misma de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. En otras palabras, el máximo responsable puede entenderse ya como el jefe máximo de la organización, o bien como las personas con mayor jerarquía o poder (incluso mandos medios o “integrantes rasos” de un GAOML) de mando en cuanto a los hechos concretos a ser imputados penalmente.

necesario que la reacción de la comunidad no se agote en el reproche verbal.” (traducción propia).

⁷⁶ Véase *Cote Barco/Tarapués*, en: Ambos (supra nota 7), núm. 3.1.4.

⁷⁷ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.3.

⁷⁸ CC, Sentencia C-579 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 28.8.2013, párr. 8.2.3.

Esta definición propuesta por la Corte es problemática, “ya que no permite ver cómo a través de ésta es posible reducir el universo de casos que se deben investigar penalmente. En primer lugar se debe decir, que al parecer la Corte se contradice al afirmar que el cumplimiento de un rol esencial es lo que define la condición de máximo responsable y posteriormente sostener que el concepto de máximo responsable ‘permite incluir no solamente a quien haya tenido una intervención decisiva en el delito’.”⁷⁹ En ese sentido, tienen validez los interrogantes de Cote/Tarapués al preguntarse: “¿puede alguien que no ha tenido una intervención decisiva cumplir un rol esencial?, ¿a qué se refiere la Corte con ‘intervención decisiva’ y cuál sería la diferencia con el ‘rol esencial’? Se podría pensar que con ‘intervención decisiva’ la Corte se refiere a la ejecución material del hecho o a la intervención durante la etapa de consumación, mientras que con ‘rol esencial’ se estaría refiriendo a personas cuyo aporte ha sido determinante para la realización del delito a pesar de que no han intervenido en la etapa de ejecución”.⁸⁰ Si ello se entendiese de esta manera, la conceptualización propuesta por la Corte no prestaría una especial ayuda en la realización de los propósitos del MJP, pues se llegaría al resultado de entender como máximos responsables tanto autores como partícipes.

IV. Conclusiones

1. La sentencia C-579 de 2013 es un importante aporte para la comprensión de mecanismos de JT, incluso más allá del caso colombiano. En el análisis del AL 01 de 2012, la Corte fija unas líneas de interpretación que comprometen tanto el respeto de la obligación de investigar y juzgar, como también los derechos de las víctimas y el fin de la “paz estable”. Sobre el método de análisis de constitucionalidad (juicio de sustitución) es controvertida la forma como se deriva el fundamento del mismo. La Corte lo encuentra en una norma constitucional que sólo hace referencia al control formal de las reformas constitucionales. Es peculiar el hecho de que sea la misma Corte la que establezca cuáles aspectos constituyen pilares fundamentales o elementos definitorios de la Constitución, los cuales no pueden ser modificados sin que se incurra en una “sustitución”. La aplicación de dicho método de análisis debe dar cuenta de componentes argumentativos más estrictos en su sistemática (premisa mayor, menor y análisis de sustitución) para que el mismo no se tergiverse en un discurso formal o superficial en una decisión de constitucionalidad.

2. La sentencia presenta una incompleta revisión y valoración de los temas reconciliación y fortalecimiento de la democracia como objetivos de la JT. En cuanto al primer punto se extraña una referencia al propio debate constitucional, que se expuso y conceptualizó fundamentalmente en la sentencia C-1199 de 2009. Sobre el segundo punto, es discutible si el fortalecimiento democrático debe ser parte de la agenda de transición, mucho más si se tiene en cuenta que con la transición colombiana se trata más del cese de la violencia que de una transición a la democracia. Frente

⁷⁹ Véase *Cote Barco/Tarapués* (supra nota 76), núm. 3.2.1.

⁸⁰ Véase *Cote Barco/Tarapués* (supra nota 76), núm. 3.2.1.

a los mecanismos de JT la sentencia no deja claro si a lo que se hace referencia es a las necesidades de justicia, frente a las que se busca dar respuesta con estos mecanismos (justicia penal, histórica, reparadora, administrativa y “otras medidas”), o a los mecanismos específicos a través de los cuales se expresa la JT. Asimismo, el estudio comparado sobre procesos transicionales realizado por la Corte no resulta útil ni genera una conclusión que sea de provecho para el resto de la sentencia. En su análisis comparado queda rezagado el estudio de medidas como las Comisiones de Verdad.

3. A nivel de las discusiones sobre consolidación de la paz como consecuencia de la terminación del conflicto, la Corte descuida que el criterio determinante para definir dicha terminación es el cese real de hostilidades (criterio material) y no un acuerdo de paz (criterio formal). Independiente de un acuerdo de paz, el DIH sigue siendo aplicable si las condiciones de la violencia llegan al umbral del conflicto armado. La comprensión sobre el momento a partir del cual se considera terminado el conflicto armado colombiano, tiene otras importantes repercusiones en la forma como se entenderá la continuidad de la violencia, especialmente de los grupos guerrilleros que no lleguen a desmovilizarse en caso de un acuerdo de paz. Se plantea la pregunta de si aquellos grupos no desmovilizados (e.g. BACRIM) pueden llegar a ser considerados partes del conflicto (¿combatientes o delincuentes?).

4. En las justificaciones para la adopción de criterios de priorización la Corte aborda cuatro temas de especial relevancia: (i) Impacto externo e interno de las estrategia de priorización, (ii) Contexto y gravedad del hecho punible como fundamento para la definición de criterios, (iii) Profesionalismo y objetividad de los criterios, y (iv) Legitimidad del proceso. Sin embargo, las razones expuestas resultan discutibles en el siguiente sentido: primero, la idea de comunicación y manejo de expectativas de la población de ningún modo resulta determinada por la formulación de un criterio de priorización. Segundo, el argumento sobre el nivel de realidad que se encuentra detrás de la adopción de criterios es vago. La expresión “ambiente politizado” usada por la Corte no representa ningún concepto analítico. Tercero, la discusión sobre la limitación de la discrecionalidad en la investigación penal no se puede reducir a categorías inocuas como “profesional” y “objetivo”. La Corte omitió introducir un análisis más amplio de la base estatutaria o legal que regula la discrecionalidad en el ejercicio de la investigación penal. Cuarto, resulta inapropiada la relación directa entre absolucón (falta de castigo) y sensación de abandono de ciertos grupos.

5. En la sentencia se equipara indebidamente la noción “cometidos sistemáticamente” al conflicto armado como elemento contextual de los crímenes de guerra. Este tipo de crímenes están vinculados por definición a un conflicto armado, por lo cual resulta innecesaria tal equiparación. Asimismo, sobre la expresión “máximos responsables”, la Corte incluye en dicho concepto diferentes tipos de autoridad: jefes máximos de la organización, personas con mayor jerarquía o poder de mando en el desarrollo del hecho punible (e.g. mandos medios). Esta comprensión amplia expande la posibilidad del

escenario de imputación penal y genera, de entrada, cierta tensión con las reglas clásicas de autoría y participación.

A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional

Estudo sobre sua admissibilidade e valoração

De Prof. Dr. Gustavo Badaró (USP), São Paulo*

O artigo tem por objeto a hearsay rule e sua aplicação na Corte Penal Internacional. A análise é feita a partir do surgimento da vedação do testemunho indireto nos sistemas de common law e das razões que justificam sua manutenção nos dias atuais. Na sequência, serão analisadas garantias relacionadas com o tema, sob aspectos diversos: right of confrontation, princípio do contraditório e direito de examinar testemunhas. O estudo continua com a jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos sobre a aplicação da hearsay rule. Por fim, será analisada a necessidade ou não da manutenção da vedação da hearsay rule, ante as características estruturais e o procedimento da Corte penal Internacional.

I. Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise do testemunho de ouvir dizer na Corte Internacional de Justiça.

Mais do que uma compilação doutrinária, o que se pretende, no plano do direito processual penal internacional, é um estudo de como se dá a passagem da *law on the books* para *law in action*.

Para tanto, parte-se da premissa, atualmente assente, de que a Corte Penal Internacional adotou um modelo misto, que conjuga elementos de um modelo de inspiração *adversarial*, com traços do sistema norte americano, e de um modelo *inquisitorial* (e não inquisitório – no sentido canônico medieval),¹ que predomina nos ordenamentos de tradição

* O autor é Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo e Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Brasil. Advogado Criminalista. Email: gustavobadaro@usp.br.

¹ A dicotomia acusatório/inquisitório tem sido cada vez mais questionada, na medida em que não existem sistemas puros, mas apenas modelos predominantemente acusatórios ou inquisitórios. Além disso, tais expressões têm que ser esclarecidas, para evitar confusões terminológicas. Atualmente, o melhor critério distintivo é a gestão da prova: os processos acusatórios são aqueles em que a gestão das provas, em especial sua produção, encontra-se em mãos das partes, que atuam como antagonistas na busca de uma reconstrução histórica dos fatos, cada uma segundo o escopo de confirmar a sua *história dos fatos*; enquanto que, no modelo inquisitório, a atividade proeminente na atividade probatória é do julgador, a quem cabe a busca da verdade, não ficando limitado a atividade das partes. Obviamente, que não é nesse mesmo sentido que a dicotomia acusatório/inquisitório é utilizada quando o fator classificativo é a separação de funções entre os sujeitos, o que remonta a um modelo medieval de inquisidor como senhor único de um simulacro de processo, em contraposição a um processo moderno em que há divisão das tarefas de acusar, julgar e defender, confiadas a sujeitos distintos, sendo o acusado um sujeito processual e

romano-germânica, de um juiz com papel mais ativo na produção da prova.²

O Estatuto de Roma, em seu art. 67 (1) (e) do ER,³ assegura ao acusado o direito “a inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

Do ponto de vista dos sistemas de garantias dos ordenamentos jurídicos internos, essas disposições encontram similitude com o *direito a produção de provas em contraditório*, nos sistemas continentais ou romano-germânico, por um lado, ou o *right of confrontation*, do direito norte-americano, de outro.

Evidente que não se trata de uma regra absoluta, na medida em que o Estatuto de Roma prevê exceções a tal direito. Não há, porém, no regime normativo da Corte Penal Internacional, qualquer vedação explícita ao hearsay witness, embora a questão seja debatida na jurisprudência e na doutrina.

Para a análise da admissibilidade e valoração da hearsay witness na Corte Penal Internacional, serão destacados, inicialmente, alguns aspectos históricos que levaram ao surgimento dessa regra nos sistemas de common law, em especial sua ligação com o *right of confrontation*. Depois, a análise seguirá com o tratamento do tema à luz do direito ao contraditório na produção da prova, nos países romano-germânico; e o direito a examinar as testemunhas, nos tratados de direitos humanos. Chega-se, então, ao direito de examinar as testemunhas nas cortes penais internacionais, especialmente a partir da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

não um objeto do qual se pretende extorquir a verdade a todo custo, até mesmo mediante tortura. Para uma crítica a tal dicotomia, no âmbito processual penal internacional, cf. *Ambos/Bock* (El régimen procesal de lós fiscales en lós Tribunales Penales Internacionales, 2013, p. 14) concluem: “El reto del Derecho procesal internacional no es determinar la superioridad de un determinado sistema jurídico, sino garantizar un juicio justo y sin incidencias salvaguardando el respecto a los derechos de los acusados y de otros actores, y empleando un sistema procesal penal eficaz”.

² Para Zappalà (in: Cassese/Gaeta/Jones [eds.], *The Rome Statute of the International Criminal Court, a commentary*, 2009, Vol. 2, p. 1320), o sistema da CPI é essencialmente adversarial, embora estejam presentes alguns elementos do modelo inquisitorial. *Ambos*, *Derecho procesal penal contemporáneo*, 2011, p. 70, se refere a um processo misto adversarial-inquisitivo.

³ O dispositivo tem clara inspiração no art. 14 (3) (f) da PIDCP, também encontrando semelhança nos tratados regionais de direitos humanos: CEDH, o art. 6 (3) (7); CADH, art. 8 (2) (e).

O Estudo finaliza com a análise da estrutura e funcionamento da Corte Penal Internacional, diante dos fatores que justificaram o surgimento e a manutenção da hearsay rule no modelo adversarial.

II. Principais aspectos históricos da hearsay rule

Nos limites do presente estudo, uma análise histórica do surgimento das exclusionary rules no sistema de common law, até se chegar na hearsay rule, é inviável diante dos seus muitos matizes.

Um dos aspectos mais característicos da law of evidence anglo-americano são as regras de exclusão, entre as quais a inadmissibilidade da hearsay witness fundada nos potenciais prejuízos decorrente da supervalorização pelo julgador, em especial, no caso do júri.⁴ Justamente por isso, aponta-se o caráter profilático das regras de exclusão, por meio das quais se permite que o juiz togado (julgador das questões de direito) aplique as exclusionary rules e impeça que os jurados (juízes de fato) tenham contato com tal material para a sua livre valoração da prova e formação do veredito.⁵ Outro fator importante para o surgimento das regras de exclusão probatória foi a autorização para a atuação dos advogados de defesa nos tribunais ingleses que, ao inquirirem as testemunhas de acusação no lugar do acusado, passaram a suscitar uma série de questões técnicas relativas à admissibilidade da prova, entre elas, a vedação do testemunho de relato.⁶

As regras probatórias em geral e, em especial a proibição do testemunho de ouvir dizer, firmam-se a partir de meados do século XVIII, até o ponto de a hearsay rule tornar-se a regra mais característica da Anglo-América law of evidence.⁷

E, de uma maneira geral, o fundamento mais aceito para a hearsay rule é epistemológico: a melhor maneira de descobrir a verdade, mormente num processo eminentemente oral e centrado em fontes de prova pessoal, é submeter a testemunha a um exame cruzado, para verificar se ela está falando a verdade ou mentindo. Depois de asseverar que “hearsay is not evidence”, *Sir Gilbert* dizia no século XVIII que “nothing can be more ‘indeterminate’ than loose and wandering ‘tes-

timonies’ taken upon the uncertain Report of the Talk and Discourse of others.”⁸

Isso porque, sem a presença da testemunha com conhecimentos direto sobre os fatos, torna-se impossível a cross-examination que, na célebre frase de *Wigmore*, é “the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth”.⁹ Esse posicionamento, embora sujeito a crítica, costuma ser muito repetido.

E, mesmo diante da sempre lembrada passividade do julgador, estando a atividade probatória concentrada nas mãos das partes, num julgamento que se desenvolve num ambiente altamente competitivo, muitos dos seus adeptos defendem que o processo adversarial seria o mais apto a fazer surgir verdade, resultado de um quadro probatório mais amplo, formado a partir do acervo probatório produzido por cada uma das partes, visando demonstrar a sua história dos fatos.¹⁰

III. O direito ao confronto e suas exceções no sistema de common law

No ordenamento norte americano, o right of confrontation é assegurado na VI Emenda à Constituição dos EUA: “in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witness against him”.

A ideia central é que o right of confrontation impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma *pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição* deste último. Logo, a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições.¹¹

Esse direito, contudo, não tem sido interpretado de forma absoluta e indefectível. Nos EUA a rule against hearsay é prevista no art. 802 da Federal Rules of Evidence. Todavia, há mais de duas dezenas de exceções à vedação da hearsay, seja nos casos em que está presente a fonte originária, mas o

⁸ *Gilbert*, The Law of Evidence, 1791, Vol. 2, p. 890-891.

⁹ *Wigmore*, Evidence in Trials at Common Law, 1974, Vol. 5, Seç. § 1367 p. 32.

¹⁰ *Sward*, Indiana Law Journal 64 (1988-1989), 301 (316); *Neef/Nagel*, New York Law Forum 1 (1974), 123 (124).

¹¹ *Malan* (n. 5), p. 79-80. E, em outra passagem, especifica o conteúdo de tal direito, com base na lição de Stefano Maffei: “O direito ao confronto possui um conteúdo normativo multifacetado, se consubstanciando no direito fundamental do acusado: (i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas; (v) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal. A esse rol parece razoável acrescentar o direito do acusado a se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com o seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas” (*Malan* [n. 5], p. 87).

⁴ Não se trata, porém, de regra originária do sistema de common law. Para uma análise de tal restrição, séculos antes, no direito probatório dos países romano-germânicos, cf. *Damaška*, in: Taruffo (Coord.), Studi in onore di Vittorio Denti, 1994, Vol. 1, p. 59-88.

⁵ Tal situação, contudo, é fruto de uma evolução do júri, pois no século XVIII tal separação de funções não era tão nítida e o juiz togado tinha grande influência sobre os jurados, inclusive no que diz respeito à valoração da prova. Cf. *Langbein*, Chicago Law Review 45 (1978), 263; *Damaška*, Il diritto delle prove alla deriva, 2003, p. 77 s.; *Landsman*, Cornell Law Review 75 (1990), 505 s.; *Malan*, Direito ao Confronto no Processo Penal, 2009, p. 9.

⁶ Cf. *Langbein*, The origins of adversary criminal trial, 2003, p. 310; *Beattie*, Law and History Review 9 (1991), 222 s.; *Malan* (n. 5), p. 14.

⁷ Cf. *Wigmore*, Harvard Law Review 7 (1904), 437 (458); *Langbein* (n. 6), p. 233; *Taruffo*, La semplice verità, 2009, p. 149.

testemunho indireto é de boa qualidade epistemológica,¹² seja nos casos em que a testemunha esta “indisponível” (unavailable).¹³

Um exemplo frequente de situação de indisponibilidade da testemunha decorre da morte da testemunha ou de doença física ou psíquica,¹⁴ podendo ser valorado o depoimento anteriormente prestado, mesmo que sem possibilidade de confronto. Outras situações que têm sido consideradas de “indisponibilidade” da testemunha, a autorizar a hearsay, são as situações de former testimony e de forfeiture by wrongdoing. Na primeira hipótese, admite-se o testemunho de relato prestado, no mesmo processo ou em processo diverso, caso a parte processual contra a qual tal prova será produzida já tenha tido uma oportunidade e similar motivo para inquirir o autor do depoimento originário.¹⁵ No segundo caso, permite-se aceitar o testemunho de relato oferecido contra parte processual que concorreu para a prática de ato ilícito que acarretou a indisponibilidade do depoente para testemunhar.¹⁶ Isso ocorre, por exemplo, no caso em que o acusado tenha, direta ou indiretamente, praticado ou dado causa ao ato ilícito, por exemplo, em razão de ameaças ou mesmo de ter matado a fonte originária que não mais poderá ser confrontada.

Também na Inglaterra,¹⁷ o *Criminal Justice Act 2003*, em sua Parte 11, Capítulo 2, confere grande margem de discricionariedade judicial para a hearsay witness quando tal “atende aos interesses da justiça”.¹⁸

IV. O direito a produzir prova em contraditório e suas exceções nos países de civil law

Em muitos países de tradição romano-germânica, o direito à prova e o próprio direito de defesa por meio de atividade probatória tem sido extraído da garantia do contraditório,¹⁹ geralmente prevista em nível constitucional.

Como exemplo bem representativo de tal modelo,²⁰ pode-se lembrar o caso italiano, em que a Constituição foi altera-

da²¹ justamente para se adequar ao modelo de justo processo, segundo a interpretação que a Corte Europeia de Direitos Humanos dá à CEDH. Assim, é assegurado que “Todo processo se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante um juiz terceiro e imparcial”.²² Além disso, passou a ser previsto que o acusado tem “a faculdade, diante do juiz, de interrogar ou fazer interrogar as pessoas que fazem declarações contra ele, de obter a convocação e o interrogatório de pessoas em sua defesa nas mesmas condições da acusação”.²³

A garantia da produção da prova em contraditório, obviamente, não é absoluta, e também comporta restrições legítimas no caso de confronto com outros direitos constitucionalmente assegurados, que no caso concreto de colisão mereçam maior proteção.

A produção de provas em contraditório está ligada diretamente às chamadas provas constituídas.²⁴ As provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existent ao processo, enquanto que as constituídas são constituídas e produzidas como atos do processo.²⁵ As provas constituídas se formam no âmbito do processo, enquanto que as provas pré-constituídas existem fora do processo, em procedimentos extraprocessuais.²⁶

No que diz respeito à admissão ou não da hearsay witness interessam as características e regras aplicáveis às provas constituídas, decorrentes de fontes de provas pessoais (p. ex.: vítimas e testemunhas) que têm sua produção no curso do próprio processo, exigindo a realização de atividades processuais das partes e do juiz, bem como demandando tempo para sua produção em contraditório.

Quanto a este último aspecto, Comoglio assevera que a oralidade da produção do depoimento, em contraditório de parte, na presença do juiz, “configura um denominador mínimo de *forma oral* e de controle dialético”, que não pode ser “substituído por uma equivalente *forma de depoimento escrito*, realizado fora do contraditório” (*destaque do autor*).²⁷

actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

²¹ Pelo art. 1º da Lei Constitucional n. 1 de 16.1.1989.

²² Constituição, art. 111 comma 2.

²³ Constituição, art. 111 comma 3.

²⁴ Como explica *Cordero* (Tre studi sulle prove penali, 1963, p. 55) quanto a estrutura do ato aquisitivo, “provas que preexistem na realidade extraprocessual, se contrapõem àquelas formadas no processo”.

²⁵ *Comoglio*, Le prove civile, 1998, p. 8.

²⁶ *Taruffo*, La prova dei fatti giuridici, 1992, p. 352.

²⁷ *Comoglio* (n. 25), p. 259-260. Tal posicionamento, contudo, do ponto de vista do direito posto italiano, não mais vigora diante da reforma do CPC promovida pela Lei n. 69 de 2009, que nos artigos 257-bis e 103-bis, das disposições transitórias, passou a admitir, em relação à prova testemunhal, a possibilidade de um depoimento por escrito. Como explica *Crevani* (in: *Taruffo* [Coord.], La prova nel processo civile, 2012, p. 273 [p. 363-364]), a razão de tal novo instrumento foi atender a necessidade de “accelerare il tempi della giustizia civile”, ainda que “al fine di ottenere tempi più

¹² FRE, art. 803.

¹³ FRE, art. 804.

¹⁴ FRE, art. 804 (a) (4).

¹⁵ FRE, art. 804 (b) (1).

¹⁶ FRE, art. 804 (b) (6).

¹⁷ A mesma tendência tem sido encontrada nos demais países de common law, como se verifica do Consultation Paper – Hearsay in civil and criminal cases, da Law Reform Commission, da Irlanda (março de 2010).

¹⁸ Art. 114 (1) (d). Por sua vez, no art. 114 (2) há um rol, não taxativo, de nove situações a serem consideradas para o juiz admitir o depoimento de relato. Na doutrina, cf. *Summers*, Fair Trials, The european criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, 2007, p. 132-136; *Kan/Busiman/Gosnell* (eds.), Principles of Evidence in International Criminal Justice, 2010, p. 123-127.

¹⁹ Cf. *Ambos*, Processo Penal Europeu, 2008, p. 67-125, em especial p. 13.

²⁰ Também pode ser lembrado o caso de Portugal, cujo art. 32 (5) da Constituição prevê que: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os

Porém, embora seja inegável a importância do contraditório, possibilitando às partes uma interlocução prévia sobre tudo aquilo que possa interferir na decisão judicial, ele não deve ser considerado uma “condição geral e absoluta para utilização do meio de prova”.²⁸ Como explica *Taruffo*, a regra segundo a qual a prova deve se formar em contraditório vale somente *no processo*, ou seja, para as *provas constituendas*, que propriamente são criadas no processo; já para as outras provas, isto é, as *pré-constituídas*, o importante é que seja garantido o contraditório, não para a formação da prova,²⁹ mas para a sua valoração.³⁰ Neste caso, basta que as provas pré-constituídas sejam submetidas ao contraditório, antes da decisão judicial.³¹

O contraditório possui um inegável valor heurístico, possibilitando o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários.³² Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade.³³ As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros.³⁴

Justamente por isso, há que se distinguir entre provas “produzidas em contraditório” e provas “submetidas ao contraditório”, o que, segundo *Ubertis*, equivale às expressões “contraditório sobre a prova” e “contraditório para a

veloci e più certi per la definizione dei giudizi, sia sacrificabile, al meno in parte, il principio dell contraddittorio in relazione al momento della formazione della prova testimoniale”. No processo penal brasileiro, o depoimento escrito é possível nos casos previstos no parágrafo único do art. 221 do CPP, em que o Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito.

²⁸ *Taruffo* (n. 26), p. 403.

²⁹ O documento, afirma *Carnelutti* (La Prova Civile, 1947, p. 291) “è una prova che no si fa sotto gli occhi di chi ne usa”.

³⁰ *Carnelutti* (n. 29), p. 403.

³¹ *Taormina*, Il regime della prova nel processo penale, 2007, p. 390.

³² *De Luca*, Rivista italiana di diritto e procedura penale 1992, 1255 (1261).

³³ Cf. *Ubertis*, Principi di procedura penale europea, 2000, p. 36; *Magalhães Gomes Filho*, A motivação das decisões penais, 2001, p. 39.

³⁴ *Zappalà*, Diritto penale e processo 1998, 886 (888). Segundo *Popper* (A Miséria do Historicismo, 1980, p. 104 s.), “exatamente porque nosso objetivo é o de formular teorias tão perfeitas quanto possível, devemos submetê-las a testes tão severos quanto possível, ou seja, devemos tentar identificar erros que nelas se contenham, devemos tentar falseá-las. [...] Com efeito, se não formos críticos, sempre encontraremos aquilo que desejamos: buscaremos e encontraremos confirmações, e não procuraremos nem veremos o que possa mostrar-se ameaçador para as teorias que nos agradam”.

prova”, isto é, um contraditório *fraco* e um contraditório *forte*.³⁵

A prova testemunhal deve ser produzida em contraditório, o que não se confunde com a mera submissão, a posterior, de uma prova produzida inquisitorialmente, a um contraditório diferido. A garantia da defesa está na institucionalização do poder de confrontação da acusação por parte do acusado.³⁶ Seria ignorar totalmente o potencial heurístico do contraditório, enquanto mecanismo dialético de verificação da resistência de hipóteses conflitantes.

Há, porém, exceções em que se admite uma relativização do contraditório. A mais comum delas é a admissão da valoração de declarações prévias não realizadas em contraditório, no caso de fonte de *prova irrepetível*.³⁷ Trata-se de hipótese de contraditório impossível, em razão de causas que incidem externamente sobre a fonte de prova, impedindo sua aquisição processual em contraditório. A impossibilidade pode decorrer de causa natural (p. ex.: a morte da testemunha) ou de um comportamento ilícito do acusado ou de terceiro (p. ex.: exemplo, violência, ameaça, suborno ou mesmo assassinato do depoente).

Ou seja, uma leitura do reflexo probatório da garantia do contraditório na produção da prova decorrente de fonte pessoal evidencia que, também nesse caso, não há uma regra absoluta e indefectível. A regra é que a prova a ser valorada pelo juiz seja produzida em contraditório. Há, porém, exceções, em que se admite produção de prova mesmo que não tenha sido produzida em contraditório (p. ex.: declaração escrita de testemunha já falecida, prestada na fase de investigação preliminar), que poderá ser valorada pelo juiz na formação do seu convencimento judicial.

V. O direito de examinar as testemunhas e suas exceções nas cortes de direitos humanos

Finalmente, mas não menos relevante, cabe analisar a situação à luz das convenções e tratados internacionais de direitos humanos e, também, sua aplicação na jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos.

O PIDCP prevê, no art. 14 (3), o direito do acusado “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”.

A CEDH, no art. 6 (3) (d), assegura o direito do acusado “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8 (2) (f), prevê que o acusado tem o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

³⁵ *Ubertis*, Argomenti di procedura penale, Vol. 2, 2006, p. 17 s.

³⁶ *Ferrajoli*, Diritto e ragione, 1998, p. 130.

³⁷ Nesse sentido, por exemplo, CPP brasileiro, art. 156, caput.

É inegável que tais dispositivos, semelhantes em suas redações, têm inspiração nos modelos de common law e, mais especialmente, parecem ter por objetivo assegurar o caráter adversarial do processo.³⁸ Isso não significa, porém, que está a assegurar o direito ao confronto a ser exercido mediante exame cruzado, como característico do modelo norteamericano. Não há qualquer obrigação dos Estados Partes de adotar um modelo adversarial, nem de disciplinar a produção da prova oral, ou melhor, a exclusão de testemunhas toda vez que não seja possível o exercício pleno do direito ao confronto. Nem mesmo há necessidade de que as perguntas sejam formuladas diretamente pelas partes, podendo se dar por intermédio do juiz.³⁹

Por exemplo, a Corte Europeia, várias vezes, já se manifestou no sentido de que sua tarefa, no âmbito da Convenção, não é se pronunciar quanto à possibilidade do depoimento de uma testemunha ter sido corretamente admitido como prova, mas sim verificar se o processo como um todo, incluindo a maneira em que a evidência foi tomada, era justo.⁴⁰

Efetivamente, o direito a examinar as testemunhas não é absoluto, e se assim fosse tratado, poderia transformar-se em um obstáculo desproporcional para a administração da justiça, dando ensejo a abusos e sabotagens.⁴¹ De se ressaltar, porém, que num primeiro momento, a CEDH não aceitou que tal restrição pudesse se dar mediante depoimentos anônimos.⁴²

Por outro lado, a Corte Europeia tem considerado que não há violação do art. 6 (3) (d), da Convenção Europeia quando há utilização de declarações prestadas na fase pré-processual, desde que tenha sido dada ao acusado uma adequada oportunidade para desafiar e questionar o testemunho contra ele, seja quando ele fez a declaração, seja em uma fase posterior do processo.⁴³

³⁸ *Trechsel/Summers*, Human rights in criminal proceeding, 2005, p. 292.

³⁹ *Trechsel/Summers* (n. 38), p. 311, observam que o PIDCP e a CEDH referem-se a “examined” mas também preveem a alternativa “or have examined”, o que já não é previsto na CADH.

⁴⁰ CEDH, sentença de 23.4.1997 (Mechelen e outros v. Holanda), § 50; CEDH, sentença de 26.3.1996 (Doorson v. Holanda), § 67; CEDH, sentença de 14.2.2002 (Visser v. Holanda), § 43; CEDH, sentença de 27.2.2001 (Lucà v. Itália), § 38; CEDH, sentença de 17.7.2001 (Sadak e outros v. Turquia), § 63; CEDH, sentença de 6.5.2003 (Perna v. Itália), § 26; CEDH, sentença de 22.4.1992 (Vidal v. Bélgica), § 34.

⁴¹ *Trechsel/Summers* (n. 38), p. 292.

⁴² CEDH, sentença de 20.11.1999 (Kostovski v. Holanda), § 44.

⁴³ CEDH, sentença de 26.4.1991 (Asch v. Áustria), § 20; CEDH, sentença de 11.10.1985 (Barberá, Messegué e Jabardo v. Espanha), § 78; CEDH, sentença de 20.11.1999 (Kostovski v. Holanda), § 41; CEDH, sentença de 27.9.1990 (Windisch v. Austria), § 26; CEDH, sentença de 19.12.1990 (Delta v. França), § 36; CEDH, sentença de 19.2.1991 (Isgrò v. Itália), § 34; CEDH, sentença de 20.9.1993 (Saïdi v. França), § 43; CEDH, sentença de 7.8.1996 (Ferranteli e

Especificamente com relação ao objeto do presente estudo, é claro que a CEDH não contém uma proibição de admissão da hearsay witness. Significativo nesse sentido foi o julgamento pela Corte Europeia, no caso *Asch v. Áustria*, em que se considerou não haver violação do art. 6 (3) (d), num caso de violência doméstica, em que a vítima, parceira do acusado, recusou-se a depor em juízo, sendo sua declaração relatada por um oficial da polícia. De se ressaltar que no caso havia provas independentes, consistentes em registros médicos, a corroborar a versão da vítima. A Corte considerou que o sistema processual criminal austríaco assegura ao acusado um fair trial mesmo o acusado não tendo a possibilidade de submeter a testemunha ao cross-examination em qualquer fase do processo.⁴⁴

Em suma, como linha geral, a Corte Europeia de Direitos Humanos vem admitindo que a *produção da prova* sem a possibilidade de o acusado examinar a testemunha no tribunal não é incompatível com o art. 6 (3) (d) da CEDH,⁴⁵ desde que a *condenação penal não seja fundada exclusivamente* ou de *forma preponderante* em tais depoimentos prestados antes da fase judicial, sem observância do contraditório.⁴⁶

Essa solução também tem sido aceita pela doutrina em relação à hearsay evidence.⁴⁷

VI. O direito de examinar as testemunhas e suas exceções nas cortes penais internacionais

Cabe agora a análise do direito concretamente aplicado pelos tribunais.

A questão concreta é: o direito a examinar as testemunhas na CPI, assegurado pelo art. 67 (1) (e) do ER, previsto entre as garantias mínimas do acusado, e que integram o fair trial, é compatível com a admissibilidade da hearsay witness?

Além disso, e mais claramente, diante do próprio regime de regra e exceção previsto no próprio ER, as medidas de

Santangel v. Itália), § 57; CEDH, sentença de 2.7.2002 (SN v. Suécia), § 44.

⁴⁴ CEDH, sentença de 26.4.1991 (*Asch v. Áustria*), §§ 28-30.

⁴⁵ O referido dispositivo consagra o direito do “acusado a interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

⁴⁶ CEDH, sentença de 26.3.1996 (Doorson v. Holanda), § 76; van CEDH, sentença de 23.4.1997 (Mechelen e outros v. Holanda), § 55; CEDH, sentença de 14.12.1999 (Am v. Itália), § 25; CEDH, sentença de 14.2.2002 (Visser v. Holanda), § 43; CEDH, sentença de 28.3.2002 (Birutis e outros v. Lituânia), § 29; CEDH, sentença de 27.2.2001 (Lucà v. Itália), § 40; CEDH, sentença de 17.7.2001 (Sadak e outros v. Turquia), § 65; CEDH, sentença de 31.10.2001 (Solakov v. Ex-Iugoslávia República da Macedônia), § 57; CEDH, sentença de 20.12.2001 (PS v. Alemanha), § 24; CEDH, sentença de 19.6.2003 (Hulki Günes v. Turquia), § 86; CEDH, sentença de 5.12.2002 (Craxi v. Itália), § 86; CEDH, sentença de 13.11.2003 (Rachdad v. França), § 23. Para uma crítica a tal posicionamento, considerando-o insuficiente, cf. *Trechsel/Summers* (n. 38), p. 312-313.

⁴⁷ *Trechsel/Summers* (n. 38), p. 332.

proteção a vítimas e testemunhas, previstas no art. 68, poderiam justificar a hearsay witness?

A análise deve partir da premissa inicial, de que a CPI adotou um modelo internacional de processo, caracterizado com um modelo misto,⁴⁸ que reconhece a legitimidade da produção de prova testemunhal sem confronto e exame cruzado das testemunhas, nos moldes exigidos pelos sistemas de common law.⁴⁹

A disciplina probatória da CPI apresenta várias exceções ao que poderia ser considerado um modelo marcadamente adversarial, em que a atividade probatória é confiada predominantemente, para não se dizer exclusivamente, nas mãos das partes, devendo a produção e valoração da prova, em especial, das fontes pessoais, ocorrer mediante testemunho, sendo assegurado o direito ao confronto, cujo exercício se dá por meio da cross-examination.

O art. 67 (1) (e) assegura ao acusado o direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação ou interrogatório das testemunhas de sua defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.

Todavia, resta claro que tal direito não é ilimitado, sendo que o próprio Estatuto prevê exceções, como no caso do testemunho de vítimas de crimes sexuais, em que se admite que o depoimento seja prestado por videoconferência ou meios eletrônicos especiais (ER, art. 68 [2]).⁵⁰

Outra exceção é encontrada no art. 69 (2): “O depoimento de uma testemunha no processo será dado pessoalmente, a não ser nos limites das medidas previstas no artigo 68 ou no Regulamento Processual. O Tribunal pode também permitir a adoção de viva voz (oral) ou depoimento gravado de uma testemunha, por meio de vídeo ou áudio, bem como a introdução de documentos ou transcrições escritas, sujeitos ao presente Estatuto e de acordo com o Regimento e prova.

⁴⁸ *Ambos*, International Criminal Law Review 3 (2003), 1, consultada versão em português in *o mesmo.*, Processo Penal Internacional, 2012, p. 7-57.

⁴⁹ *Schabas*, in: Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, p. 1265. Todavia, a própria Corte já decidiu que o ER introduziu um “adversarial hearing” em seu sistema: ICC, decisão de 2.2.2007 e 13.6.2007 – ICC-01/04-01/06 AO8 (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims a/0001/06 to a/0003/06 and a/0105/06 concerning the “Directions and Decision of the Appeal Chamber”), § 18. O ICTY decidiu que “O Tribunal Internacional é, de fato, uma instituição sui generis, com suas próprias regras de procedimento que não constituem uma mera transposição dos sistemas jurídicos nacionais. O mesmo vale para a realização do julgamento, que, ao contrário dos argumentos de defesa, não é semelhante a um adversarial trial, mas está se movendo em direção a um sistema mais híbrido” (ICTY, decisão de 21.1.1988 – IT-95-14-T, [Hearsay with no Inquiry, Prosecutor v. Blaškić].

⁵⁰ ER, art. 68 (2), que são aplicáveis durante toda a persecução, seja na fase pré-processual, processual e, até mesmo, na fase de apelação e revisão (*Donat-Cattin*, in: Triffterer [n. 49], p. 1279).

Essas medidas não devem ser prejudiciais ou incompatíveis com os direitos do acusado”.⁵¹

O dispositivo deixa clara a preferência pela fonte primária da prova testemunhal, que deverá depor perante o tribunal, possibilitando assim uma melhor oportunidade para as partes examinarem a testemunha e para a Corte formular perguntas⁵² e valorar o comportamento e a credibilidade da testemunha.⁵³ Admite, porém, medidas excepcionais, com a ressalva de que tais relativizações do julgamento público e do depoimento oral não sejam “prejudiciais ou incompatíveis com os direitos do acusado”.

Este, realmente, é o *punctum saliens*: quando e em que medidas, tais restrições serão legítimas e, portanto, compatíveis com o fair trial e os direitos fundamentais do acusado ou, por outro lado, quando tais medidas, ainda que adotadas com a relevante finalidade de proteger vítimas e testemunhas, acabarão causando uma indevida e inadmissível violação dos direitos do acusado.⁵⁴ A análise levará em conta, especialmente, a jurisprudência do ICTY e do ICTR.

O uso de pseudônimos, que foi adotado com frequência no ICTY, está previsto no art. 87 (3) do RPP da CPI, entre as medidas de proteção. Trata-se, normalmente, de instrumento que restringe a natureza pública do julgamento, mas não afeta diretamente o direito de defesa, principalmente quando o acusado conhece a identidade da testemunha ou pode obtê-la para fins de investigação defensiva.

Com relação às testemunhas anônimas, não há permissão para o seu uso entre as medidas especiais do art. 88 das RPP⁵⁵ da CPI. Todavia, tal medida fora anteriormente aceita em alguns casos pelo ICTY, embora havendo votos divergentes e intensa crítica doutrinária.⁵⁶

⁵¹ Merece destaque a previsão do art. 87 (3) (c) das RPP que admite que a imagem e a voz das testemunhas sejam alterados por procedimentos eletrônicos, o que, nas palavras de *Piragoff* (in: Triffterer [n. 49], p. 1313) representa uma distorção que dilui o direito do acusado confrontar seu acusador e só pode ser em situações nas quais a segurança e o direito a privacidade das testemunhas estejam em risco e depois de o acusado ter tido a oportunidade de ser ouvido sobre o assunto.

⁵² Além disso, a preocupação com o direito de examinar a testemunha fica clara no art. 67 (1) das RPP, que condiciona a realização do depoimento por meios de áudio ou vídeo a “que estes meios permitam que a testemunha seja interrogada pelo Fiscal, pela defesa e pela própria Sala, no momento em que prestar o seu testemunho.

⁵³ *Piragoff* (n. 51), p. 1312.

⁵⁴ Segundo *Jones*, in: Casesse/Gaeta/Jones (n. 2), p. 1363.

⁵⁵ As RPP da CPI no art. 87 (3) admite o uso de pseudônimo (d), mas não prevê a admissão de testemunhas anônimas. Tratase, todavia, de rol não taxativo, como deixa clara a expressão “inter alia”.

⁵⁶ A ICTY aceitou o julgamento anônimo, estabelecendo cinco condições para tanto, no Caso Tadić: ICTY (Trial Chamber II), decisão de 10.8.1995 (Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protect Measures for Victims and Witness, Prosecutor v. Tadić), §§ 62-66. Posteriormente,

Não há que se confundir, por óbvio, a testemunha anônima com a hearsay witness. Tratam-se de regimes diversos com graus de restrição ao contraditório e ao exame da testemunha bastante distintos.

O ER e as RPP não estabelecem uma disciplina específica da hearsay witness. É fácil constatar, porém, que nesses corpos normativos, não há um regramento exaustivo da disciplina das regras de prova, tal qual se encontra nos ordenamentos internos.

O tema foi objeto de análise em alguns julgados do ICTY. Embora não houvesse previsão legal,⁵⁷ e num primeiro momento não tenha sido aceito o testemunho indireito, posteriormente se admitiu o hearsay witness, deixando-se claro que o regime probatório do tribunal não era o mesmo dos países de common law, não sendo correto um transporte puro e simples para o processo penal internacional da exception hearsay.

Em importante julgado, o ICTY decidiu que pedido da defesa de que o tribunal se pronunciasse sobre a admissibilidade da hearsay evidence, sem efetivamente ouvir o seu conteúdo, e conclui que, embora possa ser apropriado no contexto de um julgamento pelo júri, não se justifica nos processos perante tribunais de juízes profissionais, nos quais

contudo, houve uma restrição ao anonimato das testemunhas no Caso Blaškić, em que passou a se admitir o anonimato somente durante a investigação preliminar, devendo o acusador, logo após o início do processo, revelar o nome da testemunha, para que o acusado tenha tempo para preparar sua defesa para o exame cruzado (ICTY, decisão de 5.11.1996 – IT-95-14-T [Decision on the Application of the Prosecutor Dated 17 October 1996 Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, Prosecutor v. Blaškić]). Para uma crítica doutrinária dos testemunhos anônimos no ICTY, cf. *Leigh*, American Journal of International Law 91 (1997), 80: “Every trial lawyer knows that effective cross-examination depends in major part on careful advance preparation. And this in turn depends on knowing the identity of accusing witnesses”. cf. Também, para uma crítica à luz da presunção de inocência: *Momeni*, Howard Law Journal, 41 (1997), 151 (155). Para uma análise dos julgados do ICTY, cf. *Pozen*, International Law and Politics 38 (2006), 281.

⁵⁷ A reforma da RPP do ICTY, realizada em 13.12.2000, deixou clara essa possibilidade. O antigo parágrafo (a) do art. 90 que previa que as “testemunhas devem, em princípio, ser ouvidas diretamente pela Câmara” foi revogada e foi acrescido o parágrafo (f) ao artigo 89, dispondo que “A Câmara pode receber a prova de uma testemunha oralmente ou, quando o interesse da justiça permitir, na forma escrita”. Com isso, os testemunhos por escrito passaram a ter o mesmo valor que o depoimento oral e direto da testemunha”. Por outro lado, foi introduzido o art. 92-bis (Proof of Facts other than by Oral Evidence) prevendo que: “A Câmara pode admitir, inteiramente ou em parte, a prova de uma testemunha em forma de uma declaração escrita em vez de um testemunho oral que se destine a provar uma questão que não sejam os atos e a conduta do acusado imputados nas denúncia”.

os julgadores são capazes, “em virtude da sua formação e experiência, para ouvir o depoimento no contexto em que foi obtido e lhes dar o valor adequado. Posteriormente, eles podem determinar a relevância e o valor probatório dos elementos”.⁵⁸

Porém, posteriormente, no caso Kordic e Cerkez, o TPIY não admitiu a utilização de declarações de uma testemunha do Ministério Público pois, no caso, equivaleria a “uma aceitação ampla das provas hearsay sem poder verificá-las em cross-examination [...] e tal não teria valor probatório”.⁵⁹ Tais posições não deixam de ser contraditórias: a hearsay witness pode ser admitida num tribunal penal internacional, pois seu juízes profissionais, ao ouvir tal depoimento indireito, saberão lhe dar o valor adequado; mas aceitar a hearsay, sem possibilidade de reperguntas, impede que se verifique seu valor probatório!

Posteriormente, no caso Aleksovski, o TPIY aceitou a transcrição de um testemunho do Almirante Domazet, prestado no caso Blaskic, na qualidade de hearsay, uma vez que neste processo já tinha havido a possibilidade de formular, os fatos eram na mesma área, os dois processos tinham muitos aspectos fáticos e jurídicos em comum e, não foi demonstrado “nenhuma linha em particular de formulação de reperguntas que tivesse sido relevante e significativa para o processo Aleksovski, mas que não teria sido também relevante e significativa para o processo Blaskic”.⁶⁰

Passando-se especificamente para a jurisprudência da CPI, o posicionamento tende a ser semelhante. Uma distinção importante é entre o anonymous hearsay e o hearsay proveniente de fonte conhecida.

A CPI decidiu que um anonymous hearsay contido em declarações escritas de testemunhas serão utilizados somente com a finalidade de corroboração de outras provas, enquanto que um anonymous hearsay de segundo grau e mais remoto, contido nas declarações escritas de testemunhas, serão utilizados com cuidado, até mesmo com o mero propósito de corroboração de outras provas.⁶¹ Isso, tendo em vista “as

⁵⁸ ICTY (Appeals Chamber II), decisão de 5.8.1996 – IT-94-1-T (Decision on Defence Motion of Hearsay, Prosecutor v. Tadić.), § 15-19. Ainda no mesmo sentido, cf. ICTY, decisão de 21.1.1998 – IT-95-14-T (Decision on the standing objection on the defense to the admission of Hearsay with no Inquiry as to its reliability, Prosecutor v. Blaškić.), § 12.

⁵⁹ ICTY (Trial Chamber), decisão de 29.7.1999 – IT-95-14/2 (Decision on the Prosecutor Application to Admit the Tulica report and Dossier into Evidence, Prosecutor v. Kordic and Cerkez.), § 23.

⁶⁰ ICTY (Appeals Chamber), decisão de 16.2.1999 – IT 95-14-I-AR73 (Decision on the Prosecutor’s Appeal on the Admissibility of Evidence, Prosecutor v. Aleksovski.), § 20. No mesmo sentido: ICTY (Trial Chamber), decisão de 29.7.1999 – IT-95-14/2 (Decision on the Prosecutor Application to Admit the Tulica report and Dossier into Evidence, Prosecutor v. Kordic and Cerkez.), § 27.

⁶¹ ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803-tEn (Decision on the Confirmation of Charges, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo), § 101-106;

dificuldades inerentes à determinação da veracidade e autenticidade de tais informações”.⁶² Já a hipótese da hearsay de uma fonte conhecida, deve “ser analisada caso a caso”, “tendo em conta fatores como a consistência da informação em si, sua consistência com as provas como um todo, a confiabilidade da fonte e a possibilidade para a Defesa desafiar a fonte”.⁶³

No caso Callixte Mbarushimana, com base em tais premissas, a Câmara de Pré-Julgamento da CPI não admitiu uma das acusações, por considerar “que a única prova que menciona a prática de estupro em Manje é um relatório da Human Rights Watch Report, e que as informações relevantes nele contidas são baseadas em hearsay, cujo valor probatório é menor que o de outras provas. Na ausência de uma prova de corroboração, as informações contidas no relatório da Human Rights Watch não podem ser considerados como elementos suficientes para estabelecer o motivos sérios para acreditar que o estupro, de acordo com o artigo 8 (2) (e) (vi) do Estatuto, foi cometido durante o ataque em Manje”.⁶⁴

Assim, nos julgados da CPI não há uma vedação absoluta à utilização da hearsay, prevalecendo o posicionamento de que, uma vez admitida, deverá ter um valor probatório menor que o testemunho direto. Este, porém, não é um critério de valoração de prova previsto especificamente no ER, mas que pode e deve ser aceito como uma medida compensatória pela restrição ao contraditório e com vistas a preservar a presunção de inocência, enquanto regra de julgamento consubstanciada no in dubio pro reo. O problema, portanto, é de valoração da prova e não de admissibilidade. Não se pode deixar de obsevar, porém, que não há nada de extraordinário

ou inovador nesse posicionamento, que representa a busca de um ponto de equilíbrio.⁶⁵

É verdadeiro truismo insistir no maior valor probatório dos testemunhos de fontes diretas, sobre os testemunhos de ouvir dizer. Inegavelmente, neste caso, há várias dificuldades, na medida que não será possível testar o grau de memória e de percepção da fonte direta, também não haverá como verificar a ambiguidade e a insinceridade, bem com os equívocos honestamente cometidos, enquanto manifestações de não acuidade da narrativa.⁶⁶ Todavia, entre abdicar de tal meio de prova e aceitá-lo, com reservas, optou-se pelos segundo caminho.

VII. Desnecessidade da hearsay rule na Corte Penal Internacional

Exposta a posição atualmente adotada pela CPI, resta analisar se o linha seguida é a melhor. Em outras palavras: há necessidade ou não da aplicação da hearsay rule no processo penal internacional, em especial, no sistema da CPI?

Ante o silêncio do ER sobre a possibilidade ou não da admissão do chamado hearsay witness, a solução, como já exposto, não deve ser buscada numa análise inspirada exclusivamente nos modelos de common law, principalmente em tempos mais remotos, em que o direito ao confronto era quase que absoluto.

Não há, porém, como negar que nos sistemas de common law, em especial, no direito norte-americano é que ainda se encontram maior força a a hearsay rule.

O que se procurará demonstrar, no presente item é que nenhum desses aspectos historicamente conexos com o contexto institucional do sistema adversarial norte-americano se encontra presente no sistema da Corte Penal Internacional, a ponto de justificar que em seu processo se aplique a hearsay rule, excluindo-se o testemunho de auditu.

Para tal análise, seguir-se-á o posicionamento de *Damaška*, segundo o qual os três principais fatores que explicam as características da law of evidence são: a organização da corte de primeiro grau, a concentração temporal dos processo e, por fim, a maior influência das partes nos processo.⁶⁷

ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chiu), § 118-20, 137-40; ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana), § 49.

⁶² ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana), § 78.

⁶³ ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chiu), § 141; ICC (Pre-Trial Chamber I) decisão de 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana), § 49. No mesmo sentido, admitindo a hearsay, por haver outras provas que a corroboram: ICC (Pre-Trial Chamber II), decisão de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08 (Decision Pursuant to Article 61 [7] [a] and [b] of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), § 123-134 e 147.

⁶⁴ ICC (Pre-Trial Chamber I), decisão de 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10 (Decision on the confirmation of charges, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana), § 149.

⁶⁵ Esse, aliás, a linha geral da CPI em temas probatórios: reconhece-se às partes o direito à prova, mas também se confere ao juiz o poder de determinar ex officio diligências que considere relevantes; dá-se preferência ao depoimento oral, em juízo, com possibilidade da parte contrária indagar a testemunha, mas se reconhece, também que o depoimento de vítimas e testemunhas poderá ocorrer por videoconferência ou outros meios tecnológicos, bem como mediante depoimentos gravados e, até mesmo, declarações escritas.

⁶⁶ *Strong*, in: *Strong* (ed.), *McCormick on Evidence*, 1992, p. 426.

⁶⁷ *Damaška* (n. 5), p. 181. Evidente que outras linha de análise poderiam ter sido seguidas. Seria difícil a transposição do enfoque de *Chase* (*Law, Culture and Ritual, Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, 2005, consultada na tradução italiana *Gestire i Conflitti, Diritto, Cultura, rituale*, 2009, cap. 4), pois teria que se identifica a “cultura” de uma “sociedade global”. De qualquer forma, parece pouco prová-

Partindo do tribunal do júri enquanto arquétipo do sistema adversarial, há o temor de que os julgadores leigos não estariam aptos a valorar corretamente uma prova indireta, podendo supervalorizá-las, mesmo sem a fonte originária ter sido submetida ao exame cruzado, para verificar sua credibilidade e veracidade de seu depoimento⁶⁸. Assim, a rule against hearsay visa limitar o material a ser valorado por um corpo de jurados leigos, com finalidade de garantir uma melhor qualidade do julgamento.

Tal situação é em tudo diversa do que ocorre na CPI, um tribunal formado por magistrados profissionais.⁶⁹ Ao mais, embora julgando colegiadamente, a CPI não apresenta uma bifurcação de funções entre triers of facts e triers of law. Há um tribunal de juízes profissionais que julgam tanto as questões de fato quanto as de direito. Logo, o mesmo juiz tem

vel que aspectos culturais como igualdade, populismo, liberalismo e antiestatalismo, destacados como caracterizadores do “excepcionalismo” norte-americano no processo civil, possam ser identificados com os aspectos culturais que levaram a população mundial, por meio da Organização das Nações Unidas, a criar a Corte Penal Internacional e, principalmente, definir modelo de processo por ela adotado. Outra importante linha de análise comparativa, entre o modelo norte-americano e os sistemas de civil law, em especial, o francês, foi elaborada por *Garapon/Papapoulos* (Julgar nos Estados Unidos e na França, cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada, 2008, p. 101) segundo os quais “enquanto a cultura jurídica romanista procura a *substantia* da verdade tentado estabelecer um relato oficial por meio da decisão judicial de um magistrado, a cultura jurídica da common law, ao contrário, organiza o confronto de duas versões para fazer triunfar publicamente o relato mais verossímil” (*destaque do autor*). A origem dessa diferença profunda deve ser buscada, segundo os autores, na religião, vez que “a concepção da verdade do catolicismo e do protestantismo e, mais precisamente, do puritanismo americano, assim com a relação do indivíduo com o universal, diferem inteiramente”. Trata-se, porém, de critério voltado claramente para aspectos das legislações e organizações jurisdicionais nacionais.

⁶⁸ Cf. *Weinstein*, Iowa Law Review 46 (1961), 331.

⁶⁹ Isso não significa superestimar da capacidade dos magistrados togados, em face de uma menor capacidade cognitiva dos juízes leigos, que já foram considerados *judice idiotae*. Não há estudos empíricos seguros que demonstrem que o magistrado profissional tem mais capacidade para apreciar e valorar provas que os leigos. Sobre o tema, *Damaška* (n. 5), p. 58, conclui que a fragilidade da mente do jurado, frequentemente invocada como explicação das regras do law of evidence angloamericano, não explica os tratamentos diversos como comumente se pensa. Porém, nos parece inegável que a experiência adquirida ao longo do exercício da atividade profissional, em um tema como a hearsay witness, é relevante para a resolução de questão que não é exclusivamente *heurística*, mas também *hermenêutica*, com vista a correta aplicação de critérios legais de admissão e valoração da prova. Há, pois, menos riscos na atividade de um colegiado formado por juízes profissionais.

funções de julgar os fatos e aplicar a lei, cabendo a ele decidir sobre critérios legais de admissibilidade da prova e, depois, valorar as provas validamente produzidas.

As diferenças, ao mais, ultrapassam a mera divergência: jurado e juiz profissional. Mais do que a presença de jurados, o que justifica a vedação do testemunho de relato, é uma estrutura procedimental baseada em audiência concentrada – o day in court –, ao final da qual os jurados decidirão de modo não motivado.

Nos julgamentos concentrados, que se estruturam numa audiência una de julgamento – como o júri norte-americano – há necessidade de seleção prévia do material que poderá ser submetido à apreciação dos jurados, pela natural limitação de tempo para a atividade de apreciação e valoração da prova.⁷⁰ Além disso, quando uma testemunha se refere a declarações feitas por um terceiro, num processo com audiências fragmentadas e dispersas, há tempo e oportunidade suficientes para que se leve a fonte originária perante o juiz em uma futura audiência.⁷¹ Evidente que isso não ocorre no caso de um procedimento com audiência concentrada.

O procedimento perante a CPI está longe de ser um modelo de audiência una, em que seria impossível, no caso de depoimento de uma fonte de segunda mão, mediante a informação e revelação da fonte originária, obter o seu depoimento em momento posterior. Nada impede que admitida e ouvida uma testemunha *de relato*, tendo esta identificado a fonte originária e estando esta “disponível”, que se realize uma futura audiência para ouvi-la perante a corte. Por outro lado, mesmo no caso de indisponibilidade da fonte, haverá tempo para a parte prejudicada pelo depoimento de relato produzir outras provas procurando atacar, seja a credibilidade da fonte originária, seja o conteúdo daquilo que teria narrado a testemunha de segunda mão e que foi reproduzido perante o tribunal.

Além disso, a necessidade de confrontar a testemunha diretamente perante o tribunal se mostra muito mais importante nos sistemas em que a testemunha está muito mais próxima e ligada à parte do que ao juiz.⁷² No sistema adversarial, a testemunha é da parte (proprietary concept of evidence),⁷³ que inclusive irá treiná-la, mediante entrevistas particulares prévias, para depor em juízo (coaching).⁷⁴ Evidente que, neste contexto, a possibilidade de verificar a credibilidade da testemunha, muitas vezes em maior intensidade que a análise do próprio conteúdo do depoimento, é relevantíssima.⁷⁵ Há, pois, uma relação direta entre a existên-

⁷⁰ *Damaška* (n. 5), p. 93.

⁷¹ *Damaška* (n. 5), p. 96-97.

⁷² *Damaška* (n. 5), p. 115-119.

⁷³ *Damaška*, The American Journal of Comparative Law 45 (1997), 839 (845).

⁷⁴ *Damaška*, University of Pennsylvania Law Review 123 (1974-1975), 1083 (1091).

⁷⁵ *Pizzi* (Trials without truth, Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it, 1999, p. 192) explica que “our adversary system turns witness into weapons to be used against the other side. They need to have their testimony shaped to bring

cia da hearsay rule e a proximidade que as testemunhas têm com a parte que a arrola no sistema de common law.

Pelas razões já expostas, tendo a CPI adotado um modelo misto ou híbrido, que não adota integralmente a estrutura adversarial norte-americana, e no qual os juízes togados têm assumido uma postura mais ativa na atividade probatória, a preocupação com a correção da testemunha – mais do que do testemunho – não se mostra um fator forte o suficiente para afastar a hearsay witness ante a impossibilidade de confrontar a fonte originária da informação.

De fato, o right of confrontation e, conseqüentemente, do cross-examination no sistema de common law, ou melhor, num modelo adversarial, é fundamental na estrutura probatória de tal sistema.

Porém, num sistema misto como o da CPI, em que as testemunhas não são, propriamente “testemunhas da parte”, mas “testemunhas da verdade”, não tem sido admitido nem mesmo parece ser necessária, o coaching como forma de treinar a testemunha para depor. Logo, inexistente tal risco, enfraquecida se mostra, também por esse aspecto, a vedação da hearsay witness.

Aliás, a CPI fez uma distinção entre familiarity, que se considera ao menos implicitamente prevista no ER e o proofing, que não tem previsão legal, não decorre dos princípios gerais do direito nem foi aceito nos julgados da CPI.⁷⁶

Todavia, não é possível concordar com a premissa de que tal sistema seja destinado à descoberta da verdade. O processo no adversary system é muito mais uma competição (contest), uma disputa entre partes que querem vencê-lo, do que um mecanismo para a busca da verdade. Sempre lembrada fala de Roscoe Pound que define o adversarial system como sporting theory of justice.

out its maximum adversarial potential and they need to be coached about what they should or should not say in court”. A conclusão semelhante chegam *Garapon/Papapoulos* (n. 67), p. 97: “alguns lawyers americanos admitem que as testemunhas são armas nas mãos das partes. A virtuosidade de um advogado também pode ser medida pela maneira como ele consegue extrair o melhor de uma testemunha”.

⁷⁶ *Ambos*, in: Stahn/Sluiter (eds.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, 2009, p. 599-614; consultado na versão em português (n. 48), p. 179-204, destacando que “o proofing de testemunhas colide com vários princípios do fair trial (p. 203) e que “a familiarização é suficiente para garantir que as testemunhas cumpram com seu papel no julgamento, ou seja, que prestem declarações da forma mais imparcial e abrangente possível, com lembrança da verdade e nada mais do que a verdade”. (p. 204). Em sentido contrário, posicionaram-se *Karemaker/Taylor/Pittman*, *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), 917. Também contrariamente, *Pasculli*, in: *Garofoli/ Incampo (Org.)*, *Verità e processo penale*, 2012, p. 105 (p. 116) embora reconhecendo que o witness proofing apresenta inconvenientes e vantagem, entende que tal técnica “se apresenta como a melhor modalidade de acerto probatório, em termos de eficiência, integridade e legitimação”.

Nesse sentido, afirma-se que no modelo adversarial a verdade⁷⁷ não é um dos objetivos do processo.⁷⁸ Basta consi-

⁷⁷ O tema da verdade e a própria possibilidade epistêmica de atingi-la é, por certo, demasiado amplo. Sem ignorar os avanços do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre a linguagem e a realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade. Mesmo adotando uma premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência, é preciso ter a plena consciência de que uma identidade absoluta é inatingível. Mas, ainda que não possamos saber, com absoluta certeza, quando um enunciado fático é verdadeiro, podemos saber quando, com base em uma probabilidade lógica prevalecente, um enunciado é preferível ao outro (*Garofoli*, in: *Garofoli/Incampo* [n. 76], p. 43 [p. 50]). E, assim sendo, não se concebe um modelo justo de processo punitivo ou sancionatório, que não trabalhe com a verdade – ainda que inatingível – com o fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça. Justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder (*Gössel*, *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Obras completas, 2007, p. 23). Se assim não fosse, a atividade probatória seria uma grande inutilidade (*Damaška* [n. 5], p. 138), e seria melhor decidir o processo lançando os dados, com fazia o juiz Bridoye, protagonista de um dos episódios de *Pantagruel (Rabelais*, *O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel*, 2006, p. 231-234) em que o velho magistrado confessa, perante a Corte Suprema, que sempre decidia as sentenças pela sorte nos dados e, por mais de quarenta anos, assim agiu sem jamais ter qualquer sentença considerada equivocada, a não ser na última, que por isso mesmo foi objeto de apelação. E, mesmo assim, o juiz Bidoyer, que já estava velho, atribui o erro não aos dados ou à sorte, mas o fato de que já não enxergava bem e podia ter errado ao tentar distinguir os números dos dados, tendo tomado um quatro por um cinco e, por isso, ter sentenciado errado.

⁷⁸ *Taruffo* (n. 7), p. 111, vai além e afirma que “o processo adversary é estruturalmente inidôneo, e antes disso, fortemente contraindicado, para a descoberta da verdade, e se funda em uma ideologia da justiça na qual à verdade não se atribui qualquer valor positivo”. O tema, porém, é controvertido, havendo muito autores que defendam que o modelo adversarial, ao reproduzir uma estrutura dialética, em que cada parte procura produzir todas as provas a favor da sua versão dos fatos, acaba favorecendo a descoberta da verdade. Segundo *Ambos* (n. 48) “existe um conceito errôneo entre os advogados formados neste ramo do Direito [de tradição Civil] ao considerar que o procedimento adversarial não persegue a verdade. Na realidade, a busca da verdade é uma característica que existe em ambos os sistemas, tanto na Common Law, tanto como da Civil Law, pois ambos compartilham características dos sistemas, sendo que o que difere é o método para se chegar a verdade”. Todavia, adota-se a posição segundo a qual, no modelo adversarial, com o poder da prova nas mãos das partes, a preocupação principal não é a descoberta da verdade, mas sim estabelecer um adequado mecanismo de resolução de conflitos, cf. *Damaška* (n. 5),

derar que nada autoriza a pensar que a verdade estará sempre numa das duas versões dos fatos postas pelas partes.⁷⁹ Procurando persuadir o julgador, é possível que cada uma das partes escolha uma versão verossímil, que terá bom potencial persuasivo, ainda que não corresponda exatamente à realidade dos fatos subjacentes ao julgamento. E, neste caso, a prova testemunhal e, mais especificamente, o exame cruzado, não será um instrumento utilizado por uma parte, para mostrar que a versão por ela apresentada corresponde aos fatos, mas sim para testar a credibilidade da fonte de prova com base na qual a parte contrária buscará dar suporte a sua versão diversa.⁸⁰ Assim, divergindo de *Wigmore*, o cross-examination é “the greatest legal engine ever invented for the discovery of lie, in a trial such as contest between lawyers”.⁸¹

Por outro lado, definitivamente, o modelo competitivo de processo não foi adotado pelos tribunais penais interna-

cionais, em que, até mesmo para a legitimidade de seus julgamentos, e para que suas sentenças tenham efetiva finalidade de punir as graves violações aos direitos humanos, bem como prevenir novas ocorrências, a “descoberta da verdade” é fundamental.⁸²

Não sendo encontradas tais situações expostas no presente item, não há motivo para que a regra de exclusão da hearsay witness, já tão enfraquecida e mitigada no seu sistema de origem, fosse ou venha a ser adotada com veemência e inflexibilidade nas cortes criminais internacionais.⁸³

Isso não significa, contudo, que se deve aceitar pura e simplesmente a hearsay witness, sem qualquer contrapartida ao acusado que, inegavelmente, terá menores possibilidades defensivas diante de uma fonte indireta. Correta, portanto, a posição adotada pela CPI que, na linha do que já vem decidindo a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao analisar o respeito ao art. 6 (3) (d) da CEDH, considera que, não havendo a possibilidade de o acusado examinar diretamente a testemunha, não se deve aceitar que o depoimento de auditu seja aceito como a única prova ou a prova preponderante para a condenação penal.

Assim, a solução não deve ser buscada no campo da admissibilidade, mas da valoração do hearsay witness.⁸⁴ Assim como no caso do testemunho anônimo,⁸⁵ as restrições ao contraditório e, principalmente, a sua função heurística,

p. 179. Para *Garapon/Papapoulos* (n. 67), p. 86 “o juiz nem mesmo tem certeza de que essa descoberta da verdade seja o fim último do processo [...] A questão de um processo penal não é, fundamentalmente, ‘culpado ou não culpado?’, e sim ‘a acusação pode fornecer a prova na forma devida?’ As regras do processo devem assegurar o ‘fair play’, ‘inclusive em detrimento da verdade’. Isso pode ser constatado não só no trial by jury, com seu máximo potencial adversarial, quanto nos processos em que o modelo adversarial não funciona – e que são cerca de 90% dos casos, segundo estatística que não costumam apresentar grande variação –, porque há prévio acordo entre Ministério Público e autor do fato. No plea bargaining, ainda que a verdade não seja indiferente, na medida em que as provas em maior ou menor intensidade podem estimular um acordo ou encorajar o acusado a ir ao jury, não há como negar que a verdade não é um finalidade do sistema. *Pizzi* (n. 75), p. 72, refere-se a “low priority our system places on truth”. Muito mais enfático, *Ferrajoli* (*Questione Giustizia*, 1989, p. 382) afirma que o processo penal consensual tem como resultado “*a incertezza e a substancial extra-legalidade do direito penal*” (*destaque do autor*). Também para *Pisani* (“Italian style”, figure e forme del nuovo processo penale, 1998, p. 91-92) a justiça negociada rompe de modo traumático o esquema tradicional do passado no qual justiça e verdade são binadas em uma espécie de hendíadis.

⁷⁹ Cf. *Damaška* (n. 5), p. 147; *Taruffo* (n. 7), p. 110.

⁸⁰ Em profundo estudo comparado, *Garapon/Papapoulos* (n. 67), p. 75 observam: “Diz-se que na common law o acusado é testemunha em seu próprio processo, mas deve-se acrescentar que as testemunhas são frequentemente tratadas como se estivessem sendo acusadas”.

⁸¹ No sentido de que o *cross-examination* é destinado não à descoberta da verdade, mas à descoberta da mentira, cf: *Jolowicz*, *International & Comparative Law Quarterly* 52, (2003), 1 (2); *Taruffo* (n. 7), p. 110; *Garapon/Papapoulos* (n. 67), p. 87. Embora não se possa negar que, demonstrando uma mentira, ao menos indiretamente, se colabora com a descoberta da verdade, por afastar a possibilidade de prevalecer uma versão dos fatos que não corresponda a uma correta reconstrução histórica dos mesmos.

⁸² Além disso, como observa *Damaška* (n. 5), p. 148, uma atividade de acerto do fato organizada em um modo competitivo requer, para ser correta, que as duas partes em conflito sejam grosso modo, iguais. E essa igualdade substancial dificilmente se reproduz na estrutura e funcionamento dos Tribunais Internacionais, em que a posição do acusado costumam ser, do ponto de vista de recursos e meios para atuar, significativamente inferior à do Ministério Público.

⁸³ Com ampla citação doutrinária, *Ambos* (nota 48), p. 37 explica que “uma consequência do ‘princípio da flexibilidade’ é que a hearsay witness, ou seja, ‘as provas trazidas por qualquer testemunha acerca do que foi dito por outra pessoa (seja verbalmente, por escrito ou de outra maneira), em geral, são admitidas”.

⁸⁴ Nesse sentido *Zimmermann/Oellers-Frahm/Tomuschat/Tams*, *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 2012, p. 791.

⁸⁵ Mesmo em relação ao testemunho anônimo, em que o grau de restrição seja ao direito ao confronto, numa leitura típica de common law, seja do exercício do contraditório, mais afeito aos países de tradição romano-germânica, é muito mais intenso afirma-se que no sistema da CPI, ele não é objeto de uma exclusionary rule: *Knoops*, *An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals*, 2003, p. 145. Como explica *Donat-Cattin* (n. 50), p. 1284, se o anonimato é avaliado como a medida de proteção disponível para cumprir a obrigação prevista no art. 68 (1), a Câmara deve mantê-lo e, ao mesmo tempo, garantir que o depoimento prestado pela vítima ou testemunha anônima será ponderado levando em conta tal fator e nunca poderá ser suficiente para a condenação.

justificam que seja admissível o testemunho de “ouvir dizer”, mas que ele não possa ser valorado como a única prova a justificar a condenação ou mesmo como prova preponderante para tanto.⁸⁶ Trata-se, pois, de aplicar o que no sistema de common law é conhecido como corroboration rule.⁸⁷

Importante atentar, ainda, para a advertência feita por Julian Nicholls, quando afirma que, nos casos julgados por tribunais internacionais, por envolver normalmente conflitos entre grupos étnicos rivais, deve-se ter maior preocupação com a sinceridade e a honestidade da testemunha pertencente a uma etnia, quando depuser contra um acusado do grupo rival. Consequentemente, o testemunho direto e submetido a cross-examination, melhor do que declarações de ouvir dizer, provavelmente diminuem os problemas de percepção, memória e sinceridade e contribui para uma melhor valoração da prova.⁸⁸

Também aqui, é de se destacar que isso pode ser controlado nos julgamentos da CPI, cujas decisões são motivadas, diferentemente do que ocorre no júri, baseado na livre valoração da prova sem qualquer necessidade de fundamentação.

Um primeiro aspecto que não pode ser ignorado é que muitos dos crimes sujeitos à CPI são cometidos em circunstâncias muito complexas, sendo necessário que, antes de se investigar os fatos individualmente considerados, seja preciso clarificar o contexto político e o seu desenvolvimento histórico em um determinado Estado Parte. Em muitos casos é necessário provar o caráter internacional de um conflito armado, em outros se faz mister demonstrar a característica sistemática e generalizada do ataque, segundo as características dos crimes internacionais.⁸⁹ Outra dificuldade adicional decorre do fato de que a investigação e o processo ocorrem, geralmente, muito tempo depois do cometimento dos crimes, o que torna bem mais problemática a atividade probatória. Dificuldades adicionais decorrem do fato de que tais delitos são cometidos em contexto sócio-cultural complexo, em territórios cujo acesso nem sempre é fácil para a obtenção de provas.⁹⁰ Também por esse motivo, a exclusão de uma prova relevante somente deve ser diante de fortíssimas razões,

epistêmicas ou políticas, que mereçam prevalecer no caso concreto, o que não parece ser o caso da hearsay rule.

VIII. Conclusão

Sob diversas roupagens, é reconhecido ao acusado o direito de confrontar a testemunha de acusação, ou de ter a prova testemunhal produzida em contraditório judicial, ou ainda, de examinar as testemunhas de acusação que depuseram contra ela.

Tais aspectos, que integram o fair trail, não têm uma dimensão absoluta. Ao contrário, admitem restrições legítimas, principalmente em se considerando os direitos de proteção das vítimas e testemunhas, no processo penal internacional.

A conclusão geral que pode ser sumariada é no sentido da admissibilidade a hearsay witness como fonte de prova na Corte Penal Internacional, mas controlando seu menor potencial epistêmico em relação ao testemunho direto, mediante cuidadosa fundamentação, inclusive não admitindo que possa ser a única prova ou a prova preponderante para a condenação.

Essa parecer ser a melhor maneira de atingir um ponto de equilíbrio entre as regras que de alguma forma dificultam a atividade probatória defensiva e o respeito ao right to a fair trail, sem com isso impedir que o processo penal internacional seja um meio efetivo para uma correta reconstrução histórica dos fatos, tendo a verdade com um fator de justiça e legitimidade de seus julgados.

⁸⁶ O ICTY (Appeals Chamber), decisão de 16.2.1999 – IT 95-14-I-AR73 (Decision on the Prosecutor’s Appel on the Admissibility of Evidence, Prosecutor v. Aleksovski.), § 15, considerou que “o peso ou valor probatório que se dá a esta prova [...] será em geral menor que aquele dado ao testemunho direto de uma testemunha”. No mesmo sentido, *Ambos* (n. 48), p. 38.

⁸⁷ *Gilbert* (n. 8), p. 890, já destacava que, embora a hearsay witness não pudesse ser admitida como uma prova direta, no entanto, poderia ser aceita em corroboração com o depoimento de uma testemunha.

⁸⁸ Haveman/Kavran/Nichols (eds.), *Supranational Criminal Law, A System Sui Generis*, 2003, p. 244.

⁸⁹ *Zappalà* (n. 2), p. 1181.

⁹⁰ *Miraglia*, in: Ferrajolo (Org.), *Corte Penale Internazionale, Aspetti di giurisdizione e funzionamento nella prassi iniziale*, 2007, p. 122 s.

Die auf Freisprechung des Angeklagten gerichtete Nebenklage – zulässig? Zugleich Besprechung von OLG Rostock, Beschl. v. 26.3.2012 – I Ws 77/12

Von Rechtsanwalt Dr. Torsten Noak, LL.M., Rostock*

I. Einführung

Ein strafprozessualer Sachverhalt kann merkwürdig anmuten, wenn einer der Prozessbeteiligten sich nicht verhält, wie seine „klassische“ Rolle es vorsieht. Schon der Staatsanwalt, der bei Zweifeln über die Täterschaft des Angeklagten Freispruch beantragt, entspricht nicht seinem Klischee, obgleich er die Funktion der „objektivsten Behörde der Welt“¹ ausfüllt (vgl. § 160 Abs. 2 StPO). Erst recht stößt der hier erörterte Fall, in dem ein Nebenkläger sich beim Angeklagten nicht „beklagen“, sondern ihn schützen und einen Freispruch erreichen will, auf Erstaunen. Das OLG Rostock² hat den Anschluss des – wie er auch genannt wird – verteidigenden Nebenklägers³ an die öffentliche Klage nicht zugelassen, Vertreter des Schrifttums⁴ hätten anders entschieden. Interessanter und ungewöhnlicher Stoff also, der einen Rostocker Anwalt ermuntert, die Konstellation anhand des Beschlusses des heimatischen OLG zu untersuchen.

II. Einzelheiten zu Verfahren und Beschluss

Im Oktober 2011 erhob die Staatsanwaltschaft Anklage gegen den im Jahre 1994 geborenen M wegen Totschlags mit dem Vorwurf, seinen Bruder W im August 2011 erstochen zu haben. Im Januar 2012 wurde gegen M am Landgericht Stralsund verhandelt. Nachdem M zur Person vernommen worden war, beantragte T, die Mutter von M und W, „im Strafverfahren als Nebenklägerin zugelassen zu werden“ und dass ihr dafür ein Beistand bestellt werde. Die Anschlussklärung wurde in die Sitzungsniederschrift aufgenommen. Zur Begründung des Antrags erklärte T ausweislich des Protokolls: „Ich bin die Mutter von M und W, und mir geht es um die Aufklärung des Todes meines Sohnes W, und zwar in jeder Richtung. Mit meiner Anschlussklärung möchte ich nicht erreichen, dass mein Sohn verurteilt wird. Ich meine damit,

dass ich dieses Ziel so explizit nicht verfolge, sondern mit meiner Anschlussklärung erreichen will, dass der wahre Täter gefunden wird. Dabei weiß ich, dass mein Sohn M nicht der Täter war. Darum geht es aber nicht, sondern, wie gesagt, darum, den wahren Täter zu finden.“

Das LG Stralsund lehnte den Antrag auf Zulassung der Nebenklage ab. Die dagegen beim OLG Rostock eingelegte Beschwerde der T blieb ohne Erfolg. In seiner Begründung zitiert das OLG die Generalstaatsanwalt Rostock (im Folgenden: GenStA), die eine Stellungnahme abgegeben hatte. Dort wird – kurz gesagt⁵ – ausgeführt, es lägen zwar die formellen Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 S. 1 JGG vor, weil T als Mutter des Getöteten im Verfahren gegen den Angeklagten nebenklageberechtigt sei. Berücksichtige man jedoch Sinn und Zweck der Nebenklage, müsse die Zulässigkeit der Nebenklage ausnahmsweise an der Intention der T scheitern. Dies werde gestützt durch die Systematik des Gesetzes, besonders § 400 Abs. 2 S. 1 StPO und die Tatsache, dass bei Antragsdelikten auf die wirksame Anbringung eines Strafantrags durch den Verletzten als Verfahrensvoraussetzung nicht verzichtet werden könne.

Das OLG ist den Ausführungen der GenStA beigetreten, hat aber noch folgenden Satz ergänzt: „Der ‚Nebenkläger‘, der mit seinem Anschluss erklärtermaßen dafür eintreten will, dass der seiner Auffassung nach unschuldige Angeklagte freigesprochen wird, verneint selbst seine Verletzteneigenschaft und entzieht damit seiner Anschlussklärung die verfahrensrechtliche Grundlage (OLG Schleswig a.a.O.).“

III. Analyse des Beschlusses: Ist die verteidigende Nebenklage zulässig?

1. Vorab: § 80 Abs. 3 S. 2 JGG i.V.m. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO als Zulassungsnormen

Entgegen der Auffassung der GenStA folgt die Anschlussberechtigung der T nicht aus § 80 Abs. 3 S. 1 JGG, sondern § 80 Abs. 3 S. 2 JGG i.V.m. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO. Denn mit Ausnahme von § 221 Abs. 2 StGB, der ein Todesopfer nicht voraussetzt, erfasst § 80 Abs. 3 S. 1 JGG nur *versuchte* Tötungsdelikte zu Lasten des Verletzten, während das Nebenklagerecht der Angehörigen bei Vollendungstaten abschließend in § 80 Abs. 3 S. 2 JGG geregelt ist.⁶

2. Argumente für und wider die Zulässigkeit des Anschlusses

a) Verneinung der Verletzteneigenschaft?

Das Argument des OLG Rostock am Ende des Beschlusses, T verneine wegen ihres Strebens nach Freispruch des M ihre Verletzteneigenschaft, geht fehl. Das Gericht meint, sich einer

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Rostock und Lehrbeauftragter für Verwaltungsrecht und Strafrecht an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Polizei und Rechtspflege Mecklenburg-Vorpommerns in Güstrow.

¹ v. Liszt, DJZ 1901, 179 (180). Studiert man die Textstelle im Zusammenhang, wird freilich deutlich, dass der Autor die Staatsanwaltschaft in dieser Rolle nicht sieht.

² OLG Rostock NStZ 2013, 126; OLG Rostock JR 2013, 426.

³ Altenhain, JZ 2001, 791. Im Gegensatz dazu steht der von Klug, ZRP 1999, 291, so bezeichnete angreifende Nebenkläger, der die Verurteilung des Angeklagten erreichen will, weil er sich so am besten vom eigenen Tatverdacht befreien kann. Beispielgebend ist der Prozess gegen Monika Weimar, in dem der Vater der ermordeten Kinder, der neben der Angeklagten allein als Täter in Betracht kam, sich als Nebenkläger anschloss. Näheres bei Altenhain, JZ 2001, 791 (792 ff.).

⁴ Siehe Altenhain, JZ 2001, 791 (insb. 797 ff.); Velten, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 8, 4. Aufl. 2013, § 395 Rn. 17 f.; neuerdings auch Bock, JR 2013, 428.

⁵ Ausführlicher unter III.

⁶ Siehe Noak, ZRP 2009, 15 (16); Schatz, in: Diemer/Schatz/Sonnen, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, § 80 Rn. 17; Senge, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 395 Rn. 17.

Entscheidung des OLG Schleswig⁷ anschließen zu können, übersieht aber, dass die Sachverhalte sich in einem maßgeblichen Punkt unterscheiden: Beim OLG Schleswig begeherten (auch)⁸ Verletzte den Anschluss an die öffentliche Klage; die Anschlussbefugnis der T folgt hingegen aus ihrem Status als Angehörige, der vom Begriff des Verletzten entkoppelt ist. Dies zeigen Wortlaut und Systematik des § 395 Abs. 1 bis 3 StPO: Abs. 1 und Abs. 3 räumen den unmittelbar durch die Tat Geschädigten das Nebenklagerecht ein und nennen sie Verletzte, während Abs. 2 Nr. 1 das Anschlussrecht der Angehörigen begründet und diese gerade nicht als Verletzte bezeichnet. Richtigerweise spricht auch die GenStA in ihrer Stellungnahme mit Bezug auf T von einer „Angehörige(n) eines durch den Angeklagten und seine Tat Verletzten“. Und weil T nicht verletzt war, kann sie diese Eigenschaft auch nicht selber verneint haben.

Unterstellt man probenhalber, T sei Verletzte, hätte sie diese Eigenschaft durch ihr Begehren gleichwohl nicht verneint. Denn jemand, der geltend macht, der Angeklagte sei nicht der Täter, distanziert sich nicht von seinem „Verletztsein“, sondern davon, der Angeklagte habe dieses „Verletztsein“ durch Begehung der rechtswidrigen Tat herbeigeführt.⁹ Noch bedenklicher wird es, wenn man die These des OLG Rostock dem § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO anpasst. Man käme nicht umhin festzustellen, dass das Gericht der T hätte vorhalten müssen, sie verneine durch ihr Streben nach Freispruch ihre Eigenschaft als Angehörige, anders ausgedrückt: distanzieren sich von der Mutter-Sohn-Beziehung zu dem getöteten W. Man könnte sich des Befremdens der T gewiss sein.

b) Sinn und Zweck

Die GenStA sieht im Anschluss der T eine unzulässige Rechtsausübung, weil das Anliegen mit der üblicherweise formulierten Position des Nebenklägers, der als Verletzter oder naher Angehöriger eines Verletzten an der Seite der Staatsanwaltschaft die Bestrafung des Angeklagten verfolgt, nichts gemein hat.¹⁰ Sinn und Zweck der Nebenklage sieht die Behörde im Schutz des Verletzten. Ihm solle, führt sie aus, eine Möglichkeit gegeben werden, seine spezifischen Interessen – die nicht immer deckungsgleich sein müssten mit denen der Anklagebehörde – darzustellen, zu vertreten und zu verteidigen, was auch die Abwehr von Verantwortungs- und Schuldzuweisungen seitens des Angeklagten umfasse. Für den Nebenkläger bestehe Gelegenheit, im Strafverfahren seine persönlichen Interessen auf Genugtuung zu verfolgen; durch Erklärungen, Fragen und Anträge das Verfahrensergebnis zu beeinflussen und sich z.B. gegen die Leugnung und Verharm-

losung seiner Verletzung zu wehren. Gehe es um die Nebenklage von bestimmten nahen Angehörigen, könne auch bei diesen das Bedürfnis nach einer entsprechenden Verfahrensbeteiligung bestehen.

Das klingt plausibel, und niemand bestreitet, dass der überwältigende Teil der Nebenklagen dem Anliegen des Verletzten oder Angehörigen geschuldet ist, durch aktives Prozessieren gegen den in seinen Augen schuldigen Angeklagten Genugtuung zu erfahren und ggf. bei Schuldzuweisungen und Verharmlosungen eingreifen und entgegenzutreten zu können. Dennoch bleibt Unbehagen, denn dass die nach Freispruch des M strebende T eine weniger schützenswerte Angehörige sein soll, leuchtet auch nicht recht ein. Immerhin hat T einen schlimmen Schicksalsschlag erfahren und ein erhebliches Interesse daran, in dem Strafverfahren, das wegen des ihren Sohn betreffenden Tötungsdelikts geführt wird, besondere prozessuale Interaktions- und Informationsrechte geltend machen zu können (vgl. § 397 Abs. 1 StPO). In ihrem Sinne könnte man – mit *Velten*¹¹ – einen legitimen Sinn und Zweck der Nebenklage darin sehen, dem Nebenkläger zu erlauben, innerhalb des ihn zentral betreffenden Strafverfahrens unter Ausnutzung seiner „Sonderstellung“ dafür einzutreten, dass der aus seiner Sicht unschuldige Angeklagte vom Anklagevorwurf befreit und die Person bestraft wird, die die Tat begangen hat. Dazu kann die auf Freisprechung des Angeklagten gerichtete Nebenklage geeignet und erforderlich sein. Gelänge dem Nebenkläger sein Vorhaben, wäre größere Genugtuung kaum vorstellbar.¹²

Es zeigt sich, dass man mit Sinn und Zweck des Gesetzes sowohl für wie auch gegen den verteidigenden Nebenkläger streiten kann. Eine solch schwebend-teleologische Herangehensweise birgt somit die Gefahr ergebnisorientierter Beliebigkeit, was ihr auch seit Längerem entgegengehalten wird.¹³ Ein dem Gesetz vom Rechtsanwender beigelegter Sinn und Zweck muss, will er ernstgenommen werden, auf eine Quelle im Wortlaut des Gesetzes, der Gesetzgebungsgeschichte oder der Gesetzssystematik zurückzuführen sein,¹⁴ anderenfalls ist er als unbewiesene Behauptung wertlos, weil zirkelschlüssig: „Wenn Sinn und Zweck des Gesetzes das Ergebnis der Auslegung sind, können sie nicht gleichzeitig ihr Mittel sein.“¹⁵ Ob das Recht der Nebenklage solche Quellen für eine

¹¹ *Velten* (Fn. 4), § 395 Rn. 18.

¹² Siehe auch *Bock*, JR 2013, 428 (429): verteidigende Nebenklage als „Nebenklage im ureigensten Interesse des Verletzten“.

¹³ Näher *Herzberg*, JuS 2005, 1 (6 ff.); *ders.*, ZIS 2011, 444 (446 f.); *Schlehofer*, JuS 1992, 572 (576); *Putzke/Putzke*, JuS 2012, 500 (503); *Walz*, ZJS 2010, 482 (485).

¹⁴ Ein Beispiel bietet § 1 UWG: „Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.“ Zu ihm und seinen Auswirkungen auf den subjektiven Tatbestand des § 17 Abs. 1 und Abs. 2 UWG *Noak*, wistra 2006, 245.

¹⁵ *Schlehofer*, JuS 1992, 572 (576).

⁷ OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270.

⁸ Genauer besehen jedoch nicht nur, sondern auch Angehörige, was folgender Satz beweist: „Danach wird dem Angekl. vorgeworfen, sie durch eine vorsätzliche Brandstiftung in die Gefahr des Todes gebracht oder Angehörige von ihnen wenigstens leichtfertig getötet zu haben“ (OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270 [271]).

⁹ So auch *Altenhain*, JZ 2001, 791 (797); *Velten* (Fn. 4), § 395 Rn. 18.

¹⁰ *Altenhain*, JZ 2001, 791; *Velten* (Fn. 4), § 395 Rn. 17.

„Positionierung gegen den Angeklagten“ bietet, soll im Folgenden ermittelt werden.

c) Wortlaut, Historie, Systematik

aa) Wortlaut

(1) Das Landgericht Kiel¹⁶ hat in einem Beschluss aus dem Jahre 1999 bei Begründung des herrschenden Ergebnisses argumentiert, aus der Bezeichnung „Nebenklage“ folge, dass diese eine den Angeklagten belastende Tendenz aufweisen müsse. Die Wortwahl des Gesetzes lasse erkennen, dass der Gesetzgeber von einem Interesse des Verletzten oder Angehörigen an der Verurteilung des Angeklagten ausgegangen sei.

Dem wohnt Richtiges inne, denn die Verwendung des Begriffs „Nebenklage“ im Zusammenhang mit einem Prozessbeteiligten, der sich der Klage des Staatsanwalts anschließt und sich im Prozess „neben“ ihn setzt, deutet tendenziell auf eine Einstellung gegen den Angeklagten hin. Allerdings hat *Altenhain*¹⁷ auf zweierlei mit Recht hingewiesen: Zum einen erlaubt die Begrifflichkeit „Nebenklage“ schon deshalb keine allzu weitreichenden Folgerungen, weil sie juristisch unscharf und unglücklich gewählt ist. Die Nebenklage ist keine Klage im prozessual-technischen Sinne, denn es wird mit ihr weder eine Tat vor Gericht gebracht noch eine Rechtshängigkeit begründet. Zum anderen geht die Bezeichnung zurück auf die Rechtslage vor der heutigen, als die Nebenklage noch an die Privatklagebefugnis gebunden und der Nebenkläger ein „von der Staatsanwaltschaft an die Seite – neben sie – gedrängter Privatkläger – war“¹⁸. Und obgleich die frühere Konzeption bei Änderung der StPO durch das „Opferschutzgesetz“¹⁹ vom 18.12.1986 aufgegeben und geradezu in ihr Gegenteil verkehrt wurde,²⁰ ließ man die Bezeichnung „Nebenklage“ im Gesetzgebungsverfahren unerörtert und übernahm sie ins neue Recht. Daran lässt sich ersehen, dass „Nebenklage“ eine eher schlagwortartige Bezeichnung ist, der die letzte Genauigkeit fehlt und deshalb keine allzu weitreichenden Schlussfolgerungen erlaubt.

(2) Die Gegenauffassung, die für Zulassung des verteidigenden Nebenklägers plädiert, kann ein stärkeres Wortlautargument verbuchen: die Vorschriften der Nebenklage, insbesondere § 395 Abs. 1 bis 3 StPO und § 80 Abs. 3 JGG, knüpfen ausschließlich an die Begehung einer bestimmten rechtswidrigen Tat an und normieren sonst keinerlei Anforderungen an die Person des Angeklagten oder das vom Nebenkläger verfolgte Ziel.²¹ Zur Verdeutlichung unser Fall: T ist eine Person, deren Kind W durch eine rechtswidrige Tat getötet wurde. Sie hat nach den Buchstaben des Gesetzes, nämlich § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO, auf den § 80 Abs. 3 S. 2 JGG verweist, die gleiche Befugnis wie jemand, der verletzt ist durch

eine in § 395 Abs. 1 StPO genannte Straftat: sie darf sich der erhobenen öffentlichen Klage anschließen. Es liegen, wie die GenStA ja auch offen bekennt, „[...] die formellen Voraussetzungen einer Anschlussberechtigung [...] vor“.

Weil die Tatbestände der § 80 Abs. 3 S. 2 JGG i.V.m. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO eine Voraussetzung der „Positionierung gegen den Angeklagten“ nicht kennen, ist T in einer komfortablen Lage. Sie hat, könnte man formulieren, eine Anwartschaft auf Zulassung ihrer Nebenklage, während die Befürworter des einschränkenden Kriteriums Überzeugungsarbeit leisten müssen. Denn der Wortlaut, sagt *Hardtung*²² mit Recht, „ist maßgeblich, bis ein anderer Auslegungsgesichtspunkt (Historie, Systematik) dargetan ist, der zu einem anderen Auslegungsergebnis führt: Wer sich vom typischen Wortsinn lösen möchte, hat die Beweislast.“

bb) Historie

Wie bereits erwähnt, hat das Recht der Nebenklage eine wichtige Zäsur durch das „Opferschutzgesetz“ erfahren. Kurz zur Vergangenheit der §§ 395 ff. StPO:²³ Bei Schaffung der am 1.10.1879 in Kraft getretenen Reichsstrafprozessordnung war anerkannt, dass das Strafverfahren ausschließlich der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs diene.²⁴ Der verletzte Bürger galt „nur [als] das zufällige Objekt, an welchem das Verbrechen zur Erscheinung gekommen ist“²⁵. Entsprechend sah man in den prozessualen Instituten, in denen der Bürger Beteiligungsrechte hatte – Klageerzwingungs-, Privatklage- und Nebenklageverfahren – Instrumente zur Entlastung und Kontrolle der Staatsanwaltschaft.²⁶ Der Gesetzgeber räumte dem Verletzten die Beteiligung am Hauptverfahren ein, weil und soweit sie für die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs nützlich war.²⁷ Dass der Nebenklage dabei die am wenigsten bedeutsame Rolle zufiel, ließ sich daran ablesen, dass sie größtenteils akzessorisch war, nämlich gekoppelt entweder an die Befugnis Privatklage zu erheben oder ein erfolgreiches Klageerzwingungsverfahren durchgeführt zu haben. Das „Opferschutzgesetz“ dokumentierte sodann einen Paradigmenwechsel, denn der Gesetzgeber räumte ein, dass das überkommene Straf- und Strafverfahrensrecht die Position des Verletzten vernachlässigt und seine eigenhändige Rolle im Strafprozess nicht hinreichend berücksichtigt habe.²⁸ Die Nebenklage wurde gestärkt und verselbständigt, was sich insbesondere darin manifestierte,

¹⁶ SchlHA 1999, 187.

¹⁷ *Altenhain*, JZ 2001, 791 (798).

¹⁸ *Altenhain*, JZ 2001, 791 (798).

¹⁹ BGBl. I 1986, S. 2496.

²⁰ Dazu sofort unter bb).

²¹ Siehe auch *Altenhain*, JZ 2001, 791 (797); *Velten* (Fn. 4), § 395 Rn. 17.

²² *Hardtung*, Lehrskript Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 3. Kapitel: Die Auslegung von Gesetzen, Stand: 2014, Rn. 275.

²³ Ausführlicher *Herrmann*, ZIS 2010, 236; *Rohde*, Die Rechte und Befugnisse des Verletzten im Strafverfahren gegen Jugendliche, 2009, S. 25 ff; *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 24 ff.

²⁴ Siehe *Altenhain*, JZ 2001, 791 (795).

²⁵ *Groß*, in: Glaser (Hrsg.), Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozeß, 2. Aufl. 1883, S. 551 Fn. 14.

²⁶ Siehe *Altenhain*, JZ 2001, 791 (795) m.w.N.

²⁷ Dazu *Altenhain*, JZ 2001, 791 (795); *Maiwald*, GA 1970, 53 (55).

²⁸ BT-Drs. 10/5305, S. 8.

dass sie von der Privatklage im Wesentlichen gelöst wurde und man die Rechte des Nebenklägers durch einen Enumerativkatalog abschließend neu bestimmte.²⁹

Liest man die Begründung des „Opferschutzgesetzes“, den „Entwurf eines ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren“, im Lichte der hiesigen Problematik, so wird vielerorts deutlich, dass die Novellierung des Gesetzes den Nebenkläger im Blick hatte, der die Verurteilung des Angeklagten verfolgt. So heißt es, die Befugnisse des Nebenklägers nach seinem Anschluss würden selbstständig bestimmt: „Maßstab hierfür sind die spezifischen vorrangig auf Schutz vor Verantwortungszuweisungen durch den Beschuldigten gerichteten Bedürfnisse des Verletzten.“³⁰ Des Weiteren ist zu lesen, die in § 397 Abs. 1 S. 2 StPO genannten Befugnisse, vor allem die die Hauptverhandlung betreffenden, orientierten „sich insbesondere daran, dass der Verletzte als Nebenkläger seine Interpretation des Tatgeschehens artikulieren und Verantwortungszuweisungen durch den Angeklagten entgegentreten muss“³¹. Schließlich sei die Begründung zur Beschränkung der Rechtsmittelbefugnis gemäß § 400 StPO erwähnt, wo der Gesetzgeber davon spricht, der Verletzte habe „in erster Linie ein legitimes Interesse daran, dass der Angeschuldigte wegen der Tat, aus der sich die Befugnis zum Anschluss ergibt, überhaupt verurteilt wird. [...] Dagegen ist ein legitimes Interesse an der Höhe der den Angeklagten treffenden Strafe regelmäßig zu verneinen“³².

Mag dem Gesetzgeber somit die Stärkung der Rechte des „normalen“ Nebenklägers ein Anliegen gewesen sein, ist jedoch auch zu bemerken, dass er den verteidigenden Nebenkläger an keiner Stelle der Gesetzesbegründung vom Verfahren ausgeschlossen sehen will. Er wird nicht einmal erwähnt, und dass deshalb, weil man sich ihm während des Gesetzgebungsverfahrens schlicht nicht bewusst war.³³ Ob man eine „Positionierung gegen den Angeklagten“ im Gesetz etabliert hätte, wenn er bedacht worden wäre, liegt im Bereich der Spekulation. Die Ausführungen in den Materialien zu §§ 395 ff. StPO verdeutlichen jedoch, dass Verletzten, „die nach kriminologischen und viktimologischen Erkenntnissen besonders schutzbedürftig erscheinen“, sprich: dem Katalog des § 395 StPO subsumiert werden können, „eine umfassende Beteiligungsbefugnis im gesamten Verfahren [...]“ zuteil werden sollte, um sie in das Prozedere einzubinden und ihnen ein Forum zu schaffen, um Genugtuung wegen des Geschehenen zu erlangen.³⁴ Zitat: „Opfer schwerer Straftaten bedür-

fen einer gesicherten Beteiligungsbefugnis [...]“³⁵. Ob dem Gesetzgeber angesichts eines solch ehrgeizigen Vorhabens in den Sinn gekommen wäre, Verletzte oder Angehörige auszuschließen, weil sie ein untypisches Ziel mit der Nebenklage verfolgen, darf man deshalb in Zweifel ziehen, weshalb die Historie des Nebenklagerechts aus hiesiger Sicht einen Beweis für die These, Nebenkläger müssten stets gegen den Angeklagten positioniert sein, nicht erbringen kann.

cc) Systematik

Es lassen sich äußere und innere Systematik unterscheiden.³⁶ Die äußere gewinnt Erkenntnisse aus eher formalen Gesichtspunkten wie der Überschrift der Norm, dem Abschnitt, in den sie eingebunden ist, ggf. dem Inhalt weiterer Absätze etc.; die innere orientiert sich an inhaltlichen Kriterien und berücksichtigt, dass die Rechtsordnung ein in sich stimmiges, widerspruchsfreies System sein soll und jedes Gesetz vor allem auch mit dem Grundgesetz in Einklang stehen muss.³⁷ Vorliegend ist nicht zu verhehlen, dass sich ein Großteil der gesetzlichen Vorschriften am Normalfall des gegen den Angeklagten positionierten Nebenklägers orientiert.³⁸ Ob daraus *zwingend* zu schließen ist, der verteidigende Nebenkläger sei außen vor zu lassen, steht auf einem anderen Blatt.

(1) § 400 StPO

Das LG Kiel³⁹ stützt sich auf Abs. 1 der Norm: Da der Nebenkläger das Urteil u.a. nicht mit dem Ziel anfechten könne, dass der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt werde, die nicht zum Anschluss als Nebenkläger berechtige, sei der Nebenkläger nur insoweit zur Einlegung eines Rechtsmittels berechtigt, als er durch die Entscheidung in seiner Stellung als Nebenkläger beschwert sei. Dies wiederum sei nur der Fall, wenn der Angeklagte von dem Nebenklagedelikt freigesprochen werde oder das Nebenklagedelikt nicht in den Schuldspruch aufgenommen worden sei.

Darauf ist erstens zu erwidern, dass bereits der Schluss des LG Kiel von der Rechtsmittel- auf die Nebenklagebefugnis Bedenken aufwirft. Käme „es auf die Beschwerde durch die Anklageerhebung an, wäre die Nebenklage gerade dann unzulässig, wenn der Schuldige angeklagt wird!“⁴⁰ Zweitens erklärt das Gericht nicht, wie es darauf kommt, dass der Nebenkläger nur beschwert sei, wenn der Angeklagte freigesprochen werde, sondern setzt dies voraus – ein Zirkelschluss also. Drittens passt § 400 Abs. 1 StPO nicht zum hiesigen Fall: § 400 Abs. 1 Alt. 1 StPO verbietet dem Nebenkläger die Anfechtung des Urteils mit dem Ziel, eine andere Rechtsfolge zu erreichen. Um Rechtsfolgen geht es jedoch nicht, sondern den Schuldspruch. Wer nicht die Kühnheit besitzt, der Vorschrift den Umkehrschluss zu entnehmen, dass alle Rechts-

²⁹ Siehe *Rieß/Hilger*, NStZ 1987, 145 (154).

³⁰ BT-Drs. 10/5305, S. 9.

³¹ BT-Drs. 10/5305, S. 13.

³² BT-Drs. 10/5305, S. 15.

³³ Dass die Reichweite eines Gesetzes im Gesetzgebungsverfahren verkannt wird, ist ein Umstand, der allenthalben vorkommt, wie etwa die Strafnorm des § 19 UWG („Verleiten und Erbieten zum Verrat“) beweist, die im Jahre 2004 geändert wurde. Vor Inkrafttreten hatte *Mitsch* in einem durchaus unterhaltsamen Beitrag (wistra 2004, 161) vor den Folgen der gesetzgeberischen Pläne gewarnt; gleichwohl ist die Vorschrift in der bemängelten Fassung in wirksam geworden.

³⁴ BT-Drs. 10/5305, S. 10 f.

³⁵ BT-Drs. 10/5305, S. I. unter „Zielsetzung“.

³⁶ Siehe etwa *Hardtung* (Fn. 22), Rn. 191 ff.; *Wienbracke*, Juristische Methodenlehre, 2013, Rn. 154 ff.

³⁷ Dazu *Hardtung* (Fn. 22), Rn. 192.

³⁸ Siehe *Bock*, JR 2013, 428.

³⁹ SchlHA 1999, 187.

⁴⁰ Zutreffend *Altenhain*, JZ 2001, 791 (799).

mittel mit Blick auf den Schuldspruch, also auch die auf Freisprechung des Angeklagten gerichteten, erlaubt sind, muss wenigstens feststellen, dass sie zur hiesigen Problematik nichts beitragen kann. Gleiches gilt für § 400 Abs. 1 Alt. 2 StPO, der anordnet, dass der Nebenkläger das Urteil nicht angreifen kann, damit der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt wird, die nicht zum Anschluss als Nebenkläger berechtigt. Auch dieser Passus verbietet explizit nicht die Einlegung eines Rechtsmittels mit dem Ziel des Freispruchs, sondern äußert sich dazu überhaupt nicht.

(b) Die GenStA sieht ihre Auffassung zu Sinn und Zweck der Nebenklage⁴¹ durch § 400 Abs. 2 StPO gestützt, der dem Nebenkläger ein spezielles Beschwerderecht gegen die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 204 StPO) und die Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses (§ 206a StPO) oder der Änderung der Rechtslage (§ 206b StPO) einräumt.⁴² Dem ist zuzugeben, dass ein Nebenkläger, der die genannten Beschlüsse anfecht, tendenziell gegen den Angeschuldigten eingestellt sein wird, denn ein dessen Entlastung suchender Nebenkläger hätte dazu keinen Anlass. Weitergehende Konsequenzen ergeben sich aus § 400 Abs. 2 StPO indes nicht. Aus einer (fehlenden) Rechtsmittelbefugnis ließe sich nur dann ein Schluss zu Lasten des verteidigenden Nebenklägers ziehen, wenn einer der weiteren Prozessbeteiligten, insbesondere der Angeschuldigte, in der Position wäre, die Zulassung der Anklage anzugreifen, während dem Nebenkläger dies verwehrt wäre. Dann müsste man tatsächlich sagen, dass der verteidigende Nebenkläger in der Systematik des Nebenklagerechts einen Fremdkörper darstellte, weil ihm das wichtigste Verteidigungsmittel des Zwischenverfahrens nicht zur Verfügung stünde: die Anfechtung des Beschlusses, der den Angeschuldigten zum Angeklagten macht und ihn der Verurteilung ein Stück näher bringt. So ist die Rechtslage aber nicht. Weder der Angeschuldigte noch die Staatsanwaltschaft können die Zulassung der Anklage angreifen, weil § 210 StPO dies verbietet.⁴³ Somit lässt § 400 Abs. 2 StPO sich nicht mehr entnehmen, als dass der Nebenkläger Beschlüsse, die den Angeschuldigten begünstigen, nur soweit anfechten darf, als ein Nebenklagedelikt betroffen ist.

(2) Antragsanfordernis

Das OLG Schleswig, dem die GenStA in ihrer Stellungnahme folgt, beruft sich darauf, bei Antragsdelikten könne auf die wirksame Anbringung eines Strafantrags seitens des Verletzten nicht verzichtet werden. Werde dem Nebenkläger die

Stellung eines Strafantrags gegen den Täter abverlangt, zu dessen Verfahren er die Zulassung begehre oder die Bejahung des öffentlichen Interesses der StA verlange, beinhalte dies das Erfordernis, dass er als Nebenkläger das Ziel der Verurteilung haben müsse.⁴⁴

Das überzeugt ebenfalls nicht. Zwar ist dem OLG Schleswig insoweit Recht zu geben, dass bei absoluten Antragsdelikten – Beispiel: § 185 StGB – auf den Strafantrag des einzigen Verletzten nicht verzichtet werden kann und er bei Beantragung der Zulassung der Nebenklage die Verurteilung des Angeklagten wollen muss. Anderenfalls müsste man ihm vorhalten, dass er die Entlastung des Beschuldigten viel einfacher erreichen könnte, nämlich durch Rücknahme des Strafantrags (§ 77d StGB). Schlüsse, die über diesen besonderen Fall hinausgehen, lassen sich daraus jedoch nicht ziehen, was deutlich wird, wenn man relative Antragsdelikte wie §§ 223, 230 StGB oder die Konstellation, dass ein Dritter befugt den Strafantrag stellt, in Betracht zieht. Dann ist die Einleitung und Betreibung des Strafverfahrens auch ohne Strafantrag des Verletzten zulässig, etwa wenn die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.⁴⁵ Der potentielle Nebenkläger hat das „Ob“ des Verfahrens nicht in der Hand, weshalb nicht einzusehen ist, warum der Umstand, dass ein Antragsdelikt verhandelt wird, begründen soll, dass ein etwaiger Nebenkläger die Verurteilung des Angeklagten begehren muss.⁴⁶

(2) Zahl der Verteidiger und Anmaßung einer prozessualen Rolle

Ein weiteres Argument rührt aus dem Recht des Beschuldigten auf eine effektive Verteidigung: Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Zahl der gewählten Verteidiger auf drei zu beschränken (§ 137 Abs. 1 S. 2 StPO) würde umgangen, wenn man einen Nebenkläger, der auf einen Freispruch des Angeklagten hinarbeite, zum Verfahren zuließe. Überdies nehme er eine prozessuale Stellung ein, die ihm nicht zustehe, denn dass ein möglicherweise unschuldiger Angeklagter nicht verurteilt werde, liege im allgemeinen öffentlichen Interesse, zu dessen Wahrung neben dem Gericht (nur) Staatsanwaltschaft und Verteidigung berufen seien. Räumte man auch dem Nebenkläger diese Befugnis ein, sei nicht mehr abgrenzbar, unter welchen Voraussetzungen auch anderen der Zugang zum Verfahren eröffnet werden müsste, die von der Unschuld des Angeklagten überzeugt seien.⁴⁷

Dem ist wieder der Einwand der Zirkelschlüssigkeit entgegenzuhalten. Der Vortrag des OLG Schleswig, durch Zulassung eines verteidigenden Nebenklägers werde die vorgesehene Höchstzahl der Wahlverteidiger umgangen, setzt das zu Beweisende bereits voraus, nämlich dass die StPO einen solchen Nebenkläger nicht duldet. Wäre er vorgesehen, könnte von einer „Umgehung“ nicht die Rede sein, sondern man

⁴¹ Siehe oben b).

⁴² Zur missglückten Platzierung der §§ 206a, 206b StPO im Abschnitt über das Zwischenverfahren siehe *Schneider*, in: Hannich (Fn. 6), § 206a Rn. 2, § 206b Rn. 2.

⁴³ Dies ist bezüglich der Staatsanwaltschaft im Streit. Hier wird mit der wohl herrschenden Auffassung (siehe *Tolksdorf*, in: Hannich [Fn. 6], § 210 Rn. 3; anders *Heghmanns*, in: *Heghmanns/Scheffler*, Handbuch zum Strafverfahren, 2008, Rn. VI 331 f.; beide m.w.N.) davon ausgegangen, dass § 210 StPO die Anfechtung der Entscheidung über die Eröffnung abschließend regelt und die Staatsanwaltschaft in Abs. 2 auf die dortigen Fälle der sofortigen Beschwerde beschränkt.

⁴⁴ OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270 (272).

⁴⁵ BGH NStZ 1992, 452; fehlerinterpretiert von OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270 (272).

⁴⁶ So im Ergebnis auch *Bock*, JR 2013, 428 (429).

⁴⁷ Siehe OLG Schleswig, NStZ-RR 2000, 270 (272).

müsste feststellen, dass lediglich die gesetzlichen Möglichkeiten, im Prozess positiv für den Angeklagten einzutreten, ausgenutzt würden; zumal § 137 Abs. 1 S. 2 StPO die Anzahl der dem Angeklagten zur Seite stehenden Wahlverteidiger regelt, nicht die Tendenz der von der Verteidigung unabhängigen Nebenklage. Auch das Argument, der Nebenkläger sei zur Wahrung des öffentlichen Interesses nicht berufen, setzt bereits voraus, dass der verteidigende Nebenkläger der StPO fremd ist. Denn dass ihm – im Gegenteil – eine solche Bewahrfunktion zukommen könnte, lässt sich durchaus herleiten aus § 397 Abs. 1 S. 3 StPO, der ihm – ähnlich der Staatsanwaltschaft und Verteidigung – umfassende prozessuale Rechte einräumt und ihn, jedenfalls was die zur Nebenklage berechtigenden Delikte angeht, zum vollwertigen „Mitspieler“ des Verfahrens erhebt.⁴⁸ Dass der verteidigende Nebenkläger von weiteren nach Freispruch strebenden „Kräften“ nicht unterscheidbar wäre, trifft auch nicht zu, denn immerhin binden die Vorschriften über die Nebenklage deren Zulassung an die Eigenschaft des Antragstellers, verletzt oder Angehöriger zu sein.

(3) § 403 StPO

Auch § 403 StPO hilft der herrschenden Meinung nicht weiter. Wieder war es das OLG Schleswig⁴⁹, das den Bogen zur Nebenklage zu schlagen versucht hat, diesmal vom Adhäsionsverfahren aus: Die Vorschrift erlaube dem Nebenkläger die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen den Angeklagten in dem Verfahren, zu dem der Nebenkläger zugelassen worden sei. Daraus sei die Vorstellung des Gesetzgebers abzuleiten, dass Ziel des Nebenklägers nur die Verurteilung des Angeklagten in dem konkreten Verfahren sein könne.

Daran ist zu kritisieren, dass § 403 StPO nicht, wie das OLG Schleswig offenbar meint, die Befugnis des Verletzten zur Durchsetzung seiner Ansprüche an die Zulassung der Nebenklage bindet, sondern an die Verletzten- bzw. Erben-eigenschaft. Der Antragsteller kann Zeuge, Nebenkläger, Privatkläger oder auch Mitangeklagter sein, etwa im Falle einer gegenseitigen Körperverletzung.⁵⁰ Sicher ist richtig, dass ein Nebenkläger, der zu Beginn des Strafverfahrens zivilrechtliche Ansprüche gemäß §§ 403, 404 StPO gegen den Angeklagten geltend macht, dessen Verurteilung im Sinn haben wird. Eine Verallgemeinerung erlaubt jedoch auch diese Feststellung nicht. Man denke sich den Fall, dass die Schwester eines getöteten Opfers (S) als Zeugin und Erbin das Adhäsionsverfahren einleitet, an einer Nebenklage jedoch kein Interesse hat, der Bruder des Opfers (B) sich hingegen der öffentliche Klage anschließen und einen Freispruch des Angeklagten erreichen will. § 403 StPO gibt der S, die keine Nebenklägerin sein will, das Recht auf Einleitung des Adhäsionsverfahrens, gleichzeitig macht die Vorschrift zu der Frage, welche Tendenz der B gegenüber dem Angeklagten verfolgen muss, keine Angaben, und zwar weil sie eine Nebenklägereigenschaft nicht voraussetzt.

⁴⁸ Siehe auch *Bock*, JR 2013, 428 (429).

⁴⁹ OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270 (272).

⁵⁰ Dazu *Ferber*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 30.9.2013, § 403 Rn. 1.

(5) § 472 StPO

Das letzte Argument, das die herrschende Meinung⁵¹ für die Begrenzung der Nebenklage vorbringt, entstammt der Kostenregelung des § 472 Abs. 1 StPO, nach der die notwendigen Auslagen des Nebenklägers dem Angeklagten aufzuerlegen sind, wenn er wegen einer Tat verurteilt wird, die den Nebenkläger betrifft. Umgekehrt bekommt der Nebenkläger seine Auslagen nicht ersetzt, wenn der Angeklagte wegen des Nebenklagedelikts freigesprochen wird. Das Gesetz nimmt also, soweit richtig, die Position ein, dass der Nebenkläger im Falle des Freispruchs sein Ziel nicht erreicht hat und im Verfahren unterlegen ist, denn es ist ein dem deutschen Verfahrensrecht höchstgelegener Grundsatz, die Partei, die obsiegt, von den Kosten freizuhalten und der unterlegenen diese aufzubürden.⁵² Gleichwohl trägt auch diese Begründung nicht. Zwar kann man nicht vorbringen, es sei nicht geboten, dem Nebenkläger im Falle des Freispruchs seine Auslagen zu ersetzen, weil dieser sich freiwillig beteilige und der Staat ihm das Verfahren nicht aufzwingt.⁵³ Denn das gälte auch für den Nebenkläger, dessen Auslagen der verurteilte Angeklagte ersetzen muss. Entscheidend ist vielmehr, dass § 472 Abs. 1 StPO nicht die Kraft hat, den in den Zulassungsnormen fehlenden Passus der „Positionierung gegen den Angeklagten“ zu ergänzen, weil die Vorschrift keine werthaltigen Aussagen zur Nebenklage an sich enthält, sondern lediglich die Kosten regelt, einen reinen Annex. Wenn §§ 395 ff. StPO oder § 80 Abs. 3 JGG eine Einschränkung der Nebenklage nicht zu begründen vermögen, kann § 472 Abs. 1 StPO dies erst recht nicht. Stellt sich heraus, dass eine Kostenvorschrift systematisch nicht zu Regeln einer prozessualen Maßnahme passt, so ist die Kostenvorschrift den Regeln der Maßnahme anzupassen, nicht die Maßnahme der Kostenvorschrift.

IV. Schluss

Der Beschluss des OLG Rostock ist somit unzutreffend. Letztlich hat kein Auslegungsgesichtspunkt es vermocht, den Wortlaut von § 80 Abs. 3 S. 2 JGG i.V.m. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO, der die Nebenklagebefugnis nicht an eine bestimmte Intention des Nebenklägers oder sein Verhältnis zum Angeklagten bindet, sondern an den Status des Verletzten oder Angehörigen, zu verdrängen. Ein Kriterium der „Positionierung gegen den Angeklagten“ ist abzulehnen, was letztlich auch aus Gerechtigkeitsgründen überzeugt: Wem derart Einschneidendes wie eine eigene Verletzung oder rechtswidrige Tötung eines nahen Angehörigen widerfährt, soll das Recht haben, als Beteiligter ins Verfahren eingebunden zu werden, auch wenn er andere Ziele verfolgt als der „normale“ Nebenkläger, dem an einer möglichst strengen Verurteilung des Angeklagten gelegen ist. Ohnehin werden die Beweggründe eines Nebenklägers selten so offen zutage treten wie im vorliegenden Fall, in dem Antragstellerin T sie freimütig in der Hauptverhandlung zu Protokoll gegeben hat.

⁵¹ Siehe OLG Schleswig NStZ-RR 2000, 270 (272).

⁵² Siehe z.B. § 91 ZPO, § 154 VwGO.

⁵³ So aber *Altenhain*, JZ 2001, 791 (800).

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

Mark Steinsiek, Terrorabwehr durch Strafrecht? Verfassungsrechtliche und strafrechtssystematische Grenzen der Vorfeldkriminalisierung (Hannoversches Forum der Rechtswissenschaften Bd. 39), Nomos Verlag, Baden-Baden 2012, 470 S., € 99

I. In seiner Dissertationsschrift untersucht *Mark Steinsiek* die am 4.8.2009 in das StGB eingeführten §§ 89a (Planung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat), 89b (Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) und 91 StGB (Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat). Dabei handelt es sich um die bisher letzten (nach der Änderung u.a. von § 129a StGB und der Neuschaffung von § 129b StGB) und für *Steinsiek* „besonders diskussionsbedürftigen“ (S. 29) Ergänzungen des Strafrechts zum Zwecke der Bekämpfung des internationalen Terrorismus. Problematisch ist, dass die durch diese Normen pönalisierten Handlungen kein malum in se darstellen, insofern sie in sich betrachtet noch nicht in die Rechtssphäre Dritter eingreifen, sondern entweder als bloße Vorbereitungshandlungen zu einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat oder als Anleitung zu solchen Gewalttaten bestraft werden (S. 35). Die Pönalisierungen haben damit offensichtlich keinen Vergeltungs-, sondern instrumentellen Charakter. Die von *Steinsiek* untersuchten Normen sollen also kein „in der Vergangenheit liegende[s] Unrech[t]“ (S. 32) ahnden, sondern potentielle künftige Schädigungen bereits im Vorfeld (bis hin zur ersten Kontaktaufnahme zu terroristischen Vereinigungen, in der noch die eigentliche Vorbereitung vorbereitet wird [S. 57]) verhindern. Traditionell käme diese Aufgabe jedoch dem Gefahrenabwehrrecht zu. Der Gesetzgeber bedient sich also vermittels dieser Normen staatlicher Handlungsweisen zur Abwehr terroristischer Gefahren, die formal als Strafrecht ausgestaltet sind, aber ihrer Intention nach rein präventiver Natur sind (S. 39).

Diskussionswürdig ist für *Steinsiek* dabei nicht, ob Strafrecht überhaupt anders als primär repressiv eingesetzt werden soll. Würde sich das Strafrecht solche Bindungen auferlegen, dann wäre es nämlich ein nur mehr ineffektives Instrument in der Bekämpfung des internationalen Terrorismus. Vorfeldkriminalisierungen sind für *Steinsiek* deshalb nicht grundsätzlich problematisch. § 129a StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) etwa ist für ihn geradezu der Maßstab, an dem er in seinen späteren Überlegungen die von ihm untersuchten Normen misst. Sein Argument hierfür ist allerdings in gewisser Weise eine *petitio principii*, insofern er bereits voraussetzt, dass das Strafrecht ein geeignetes Instrument zur Terrorismusprävention sein muss. Dagegen lässt sich einwenden, dass ein solches Instrument eher als Präventionsrecht *sui generis* ausgestaltet werden müsse.¹

¹ Vorschläge hierzu finden sich in ganz unterschiedlicher Art bei *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (88-95), *Pawlik*, Der Terrorist und sein Recht, Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus, 2008, 7-45, und *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, Eine Untersu-

Fluchtpunkt von *Steinsieks* Analyse der neugeschaffenen Normen ist also einerseits die Effizienz des (Straf)Rechtssystems, das vor dem Hintergrund der aktuellen neuen terroristischen Bedrohungslage (S. 21) leistungsfähig genug sein muss, „Grundrechte bzw. Rechtsgüter potentieller Anschlagsoffer“ (S. 423) adäquat zu schützen. Andererseits muss das Strafrecht hinlänglich begrenzt sein, um nicht die in Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG garantierten Freiheitsrechte potentieller Delinquenten in illegitimer Weise einzuschränken. Diese notwendigen Schranken des Strafrechts entwickelt *Steinsiek* aus zwei unterschiedlichen Perspektiven: zum einen aus einem verfassungsrechtlichen und zum anderen aus einem strafrechtsdogmatischen Blickwinkel. Maßstab seiner kritischen Untersuchung der §§ 89a, 89b, 91 StGB sind somit zum einen die durch die Verfassung zugesicherten Grundrechte und zum anderen die Rechtsgutslehre (S. 28 f., 41.).

II. Nach einer anfänglichen Darstellung des Gehalts und der Genese der untersuchten Strafrechtsnormen sowie ihrer rechtlichen Implikationen (etwa für das Ausländerrecht [S. 62]), bestimmt *Steinsiek* zunächst mögliche Überlappungen der neu geschaffenen mit bereits bestehenden Normen (u.a. den §§ 129a, 129b, 100, 111 und 130a StGB). Als weitgehend überflüssig stellt sich dabei § 89a StGB heraus, dessen Alleinstellungsmerkmal gegenüber den §§ 129a und 129b StGB ausschließlich „das Fehlen eines Mehrpersonenerfordernisses“ (S. 91) ist. Ist der „Täter“ in eine terroristische Organisationsstruktur eingebunden, fehlt der Strafnorm ein eigenständiger Anwendungsbereich. Vermittelt über § 129a Abs. 5 S. 1 StGB ließen sich jedoch auch Bestimmungen aus § 89a StGB herleiten, da etwa der Besuch eines terroristischen Ausbildungslagers immer auch die Organisation unterstütze, die selbiges betreibt (S. 68 f.). Anders verhält es sich bei § 89b StGB, der seine Eigenständigkeit gegenüber den §§ 129a, 129b und 100 StGB seiner weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit bis hin zur ersten Kontaktaufnahme, der fehlenden Beschränkung auf Personen mit Lebensmittelpunkt in Deutschland sowie der wenig spezifizierten Art des inkriminierten Kontakts verdankt (S. 68 f.). Auch § 91 StGB sei trotz bestimmter Überlappungen mit §§ 130, 129 a und 129 b StGB weitgehend eigenständig (S. 109).

III. Sicherheit ist für *Steinsiek* der Rechtsbegriff, der das Gewaltmonopol des Staates legitimiert (S. 17). Die §§ 89a, 89b und 91 StGB sollen dem Erhalt und Ausbau der inneren Sicherheit als dem „sicherheitsrechtlichen und sicherheitspolitischen Gesamtzustand einer Gesellschaft“ (S. 116) dienen. Deshalb untersucht *Steinsiek* die verfassungsrechtliche Legitimität der Einführung dieser Normen zunächst allgemein unter dem Aspekt der Herstellung von Sicherheit, die in einem Konflikt zur Freiheit steht. Dieser Konflikt reduziert sich bei *Steinsiek* letztlich auf den Konflikt zwischen dem Schutz der Grundrechte des Bürgers vor dem Staat und dem Schutz der Grundrechte des Bürgers vor anderen Mitbürgern (S. 123, 125, 129). Die Grundrechte seien sowohl „Abwehrrechte gegen den Staat“ (S. 119) als auch „ein subjektives Recht, das einen grundrechtlichen Anspruch des Einzelnen gegen

chung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismusprävention, 2013, S. 302-448.

den Staat auf Schutz vor Handlungen Dritter vermittelt“ (S. 121). Zwischen beiden Rechten habe der Gesetzgeber jeweils abzuwägen. Der Grundrechtsschutz legitimiert nämlich nicht nur die Schaffung neuer Strafnormen, sondern limitiert sie zugleich über den Schutz des Bürgers vor Eingriffen des Staates in seine Rechtssphäre (S. 129). Eingehalten werden müsse dabei das Gebot der Verhältnismäßigkeit (S. 130). Kriterien dieser Verhältnismäßigkeit seien das Ausmaß und die Nähe der Gefahr einerseits und der Rang der eingeschränkten Verfassungsrechtsgüter andererseits (S. 138). Im konkreten Fall der neuen Strafnormen hält *Steinsiek* die verfassungsrechtliche Notwendigkeit ihrer Einführung aus Verhältnismäßigkeitserwägungen für nicht gegeben, da wegen des frühen Strafbarkeitszeitpunkts durch das inkriminierte Handeln noch kein Grundrecht konkret gefährdet sei (S. 141). Ohne das Vorliegen konkreter Gefährdungen fielen die §§ 89a, 89b und 91 StGB jedoch mit dem Gefahrenabwehrrecht zusammen (S. 142 f.). Jedoch kann für *Steinsiek* präventives Strafrecht durchaus legitim sein, etwa in Bezug auf Personen, die „eine konkrete Gefahr darstellen können“ (S. 145). Deshalb negiert *Steinsiek* nicht die „gefahrenabwehrrechtliche Funktion“ des Strafrechts (S. 146). Allerdings erscheint ihm die Pönalisierung von „Vorbereitung von Vorbereitungen“ durch § 91 StGB als fragwürdig (S. 147).

Auffällig an *Steinsieks* Überlegungen ist, dass seine staatsrechtlichen Gewährsmänner vornehmlich *Thomas Hobbes* (Recht auf Schutz vor dem Mitbürger) und *John Locke* (Abwehrrecht gegenüber Eingriffen des Staates) sind. Nun ist *Steinsieks* Ausgang von den Konzeptionen *Lockes* und *Hobbes* natürlich legitim, nur sollte man diesen Ausgang eben gegen seine Alternativen abwägen. Dass die staatsrechtliche Konzeption von *Hobbes* „weitgehend unbestritt[en]“ (S. 122) sei, diese Ansicht kann der *Rezensent* nicht teilen: *Wilhelm von Humboldt*, *Kant*, *Fichte* und *Hegel* sind alles andere als bloß marginale Variationen der *Hobbes*schen Konzeption, da für sie die Ermöglichung freien Handelns die Legitimation staatlicher Eingriffe darstellt.²

IV. Anschließend untersucht *Steinsiek* die strafrechtssystematischen Grenzen der neuen Normen. Von den zahlreichen Aspekten (ultima ratio-Gedanke, Völkerrecht, etc.) seien exemplarisch nur drei herausgegriffen:

a) Die Garantie für ein liberales Strafrecht ist für *Steinsiek* die Rechtsgutslehre: Eine Norm sei nur als Schutz eines Rechtsguts legitimiert. Die neuen Normen seien nun unter dem Aspekt des Rechtsgüterschutzes durch Strafrecht nicht legitimierbar, da ein „ausreichend enge[r] Bezu[g] zwischen den pönalisierten Tathandlungen sowie einer tatsächlich eintretenden Rechtsgutsverletzung“ fehle (S. 197). Durch die weite Vorverlagerung der Straftat bis in das Vor-Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung hinein sei auch die abstrakte Gefährdung eines Rechtsgutes nur noch „in sehr verdünnter Form“ vorhanden (S. 178). Die §§ 89a, 89b und 91 StGB seien nicht als abstrakte Gefährdungsdelikte legitimierbar, weil die kriminalisierten Handlungen, sofern nicht noch eine weitere deliktische Handlung durch den Täter selbst oder Andere hinzutrete, überhaupt kein oder jedenfalls nur ein

äußerst geringes Gefahrenpotential für ein Rechtsgut enthielten (S. 189). Das gilt freilich auch für das Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit, das ebenfalls erst durch eine weitere deliktische Handlung gefährdet würde.

Leider gelangt *Steinsiek* in seiner Untersuchung jedoch nicht zu einer eindeutigen Bestimmung dessen, was ein Rechtsgut ist. Auch wenn dies wohl eher der Unterbestimmtheit des Rechtsgutsbegriffs anzulasten ist als seiner Untersuchung, ist es dennoch etwas unzulänglich, nur verschiedene Definitionen des Begriffes „Rechtsgut“ und einzelne Beispiele für anerkannte Rechtsgüter aufzuzählen (S. 153 f.). So zeigt eine von *Steinsiek* zitierte und unkommentierte Definition von Rechtsgütern als „rechtlich anerkannten Interessen an bestimmten Gütern“ (S. 154), dass die Bestimmung des Begriffes „Rechtsgut“ häufig nur zirkulär ist und deshalb per se auch keine limitierende Funktion aufweist. Denn eben durch das gesetzliche Verbot der Schädigung eines Interesses wird dieses Interesse rechtlich anerkannt und damit per definitionem zum Rechtsgut erklärt. Damit kann also jegliches Interesse zum Rechtsgut werden, sofern seine Verletzung nur unter Strafe gestellt wird.³ Deshalb ist *Steinsieks* Forderung, den Rechtsgutsbegriff selbst sinnvoll zu begrenzen (S. 154), zwar angemessen, jedoch folgt damit die Begrenzung des Strafrechts nicht unmittelbar aus dem Begriff des Rechtsguts, sondern eigentlich aus dem Maßstab der Begrenzung des Rechtsgutsbegriffes. *Steinsieks* eigene Argumente für die limitierende Funktion speisen sich deshalb auch nicht aus dem Rechtsgutbegriff selbst, sondern aus Kriterien wie Rationalitätsstandards oder der „Grundstruktur der Gesellschaft“ (S. 160).

b) Ein weiterer Aspekt, unter dem *Steinsiek* die §§ 89a, 89b und 91 StGB betrachtet, ist das von *Jakobs* entwickelte Konzept des Feindstrafrechts als mögliche Rechtfertigung dieser Normen, die er freilich ablehnt. *Steinsiek* konfundiert dabei jedoch die kritischen, deskriptiven und normativen Funktionen des Feindstrafrechtsbegriffes, die bei *Jakobs* zwar mitunter der Sache nach identifiziert, begrifflich jedoch differenziert werden. Deshalb gerät auch *Steinsieks* Kritik an der Konzeption von *Jakobs* etwas undifferenziert: *Jakobs*‘ deskriptiv-kritischen Gedanken, dass als letzte Konsequenz bestimmter feindstrafrechtlicher Normen (und zwar gerade in Verbindung mit der Rechtsgutslehre!) zuletzt auch die gefährlichen Gedanken bestimmter Täter als potentielle Gefährdungen eines Rechtsguts bestraft werden müssten, versteht *Steinsiek* als normative Forderung. *Jakobs* halte es geradezu für notwendig, auch „die gefährlichen Gedanken potentieller Täter und zudem noch die Quellen dieser strafrechtlich zu bekämpfen“ (S. 212). *Steinsiek* ignoriert hier, dass *Jakobs* mit dieser Argumentation ganz im Gegenteil zeigen möchte, wie weit die Dogmatik des bürgerlichen Strafrechts durch Einführung feindstrafrechtlicher Elemente das freiheitliche bürgerliche Strafrecht unterwandert. Als Konsequenz ignoriert er dann auch, dass das Feindstrafrecht in der von *Jakobs* akzeptierten Form Täter eben gerade nicht auf Grund ihrer verborgenen Gesinnung zu Feinden deklariert (S. 238), sondern auf

² Vgl. auch *Gierhake* (Fn. 1), S. 148-151.

³ Vgl. hierzu *Jakobs*, Rechtsgüterschutz?, Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 22.

Grund von permanentem normwidrigen Verhalten.⁴ In diesem bringt der Täter nämlich seine grundsätzliche Nichtanerkennung fundamentaler Normen zum Ausdruck. Zu Feinden werden die betroffenen Personen deshalb auch nicht durch dezisionistische Setzung des Gesetzgebers (S. 220), sondern durch eigenes dauerhaft normwidriges Verhalten, so dass eine grundsätzliche Anerkennung bestimmter Normen auf Seiten des Täters ausgeschlossen werden kann. Der philosophisch anspruchsvolle, aber auch umstrittene Personenbegriff von *Jakobs*, der im vollen Sinne nicht angeboren, sondern durch Rechtstreue „verdient“ werden muss, wird, anders als von *Steinsiek* behauptet, durch den Gedanken einer „unantastbaren Menschenwürde für alle Menschen“ (S. 231) gar nicht tangiert – außer dass beide nur im Recht verwirklicht werden können. Dass der Status als Rechtssubjekt unveräußerlich sei (S. 233), ist zudem eine eher abstrakte Sicht der Dinge. Denn der Begriff des Rechtssubjekts impliziert auf Grund der Doppeldeutigkeit des Begriffes „Subjekt“, dass es sich nicht nur als Unterworfener, sondern zugleich als Konstituent des Rechts verstehen können soll.⁵ Der Terrorist versteht sich aber wohl eher nur als Unterworfener der von ihm bekämpften Rechtsordnung. Für *Steinsiek* wird dies deshalb nicht zum Problem, da der Staat für ihn immer nur „mit den Mitteln des physischen Zwangs“ gebietet (S. 234). Für *Jakobs* ist es dagegen die Grundlage bürgerlichen Rechtes, dass Personen, die diesem Zwang unterworfenen sind, selbigen nicht nur als Einschränkung, sondern zugleich als Bedingung ihrer Freiheit begreifen.⁶ Wer eine bestimmte Rechtsordnung hingegen nur als heteronomen Zwang versteht, kann sich selbst gar nicht als Person in diesem Recht verstehen. In seiner Kritik an *Jakobs* macht *Steinsiek* ebenso wenig deutlich, was es heißen soll, dass jedem Menschen „eine Rechtspersönlichkeit als unverlierbare Grundeigenschaft zukomme“ (S. 236). Eine faktische Beschreibung aller jetzt, zukünftig und vormals lebenden Menschen kann damit wohl kaum gemeint sein. Vielmehr erfolgt diese Zuschreibung erst im Recht. Rechtspersönlichkeit ist eben keine natürlicherweise angeborne Qualität wie Zweibeinigkeit, sondern eine Anerkennung im Recht.

c) Die neuen Strafnormen würden, so ein weiterer Aspekt, den unausweichlichen Einstieg in ein grundsätzlich abzulehnendes täterorientiertes Strafrecht bedeuten. Zwar würden durch diese Normen äußere Handlungen inkriminiert, jedoch handle es sich bei diesen Handlungen abstrahiert von der tatsächlichen oder unterstellten Intention des Handelnden um ungefährliche „reine Alltagshandlungen“ (S. 247). Die inkriminierten Vorbereitungshandlungen seien sozialadäquat und wiesen nicht eindeutig auf das spätere Delikt voraus (S. 271). Sozialadäquates Verhalten werde deshalb nicht ausreichend aus den inkriminierten Tatbeständen der neuen Strafnormen ausgeschieden (S. 274 f.). Die Handlungen seien somit nur ein äußerer Anlass, um eine subjektive Vorstellung zu inkri-

minieren (S. 248). Als intendierte Begrenzung der inkriminierten Tatbestände sei das Absichtserfordernis unzulänglich: Der in § 89b inkriminierte Tatbestand der Kontaktaufnahme zu einer terroristischen Vereinigung könne etwa durch die in dieser Norm enthaltenen Absichtserfordernisse (Begründung eines Ausbildungsverhältnisses zur Begehung einer schweren Gewalttat) nicht zulänglich begrenzt werden, da diese „weitgehend untauglich oder aber in praktischer Hinsicht nicht handhabbar“ (S. 267) seien.

V. Nach der Analyse der strafrechtsdogmatischen Grenzen untersucht *Steinsiek* die verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten der neuen Normen. Hier sollen zwei Gesichtspunkte genauer betrachtet werden:

Zum einen verstoßen die neuen Normen nach *Steinsiek* teilweise gegen das Bestimmtheitsgebot (Art 103 Abs. 2 GG), gemäß dem jeder vorhersehen können muss, ob sein Verhalten mit Strafe bedroht ist (S. 311). Zumindest § 89a Abs. 1, Abs. 2 Nrn. 1-4 StGB erzeuge „durchweg Bedenken“ bezüglich der Vereinbarkeit mit Art 103 Abs. 2 GG. So inkriminiert § 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB auch sozialadäquate Handlungen wie den Besuch einer Fahrschule als Erwerb „sonstiger“ Fertigkeiten, sofern er mit der Intention der Durchführung einer schweren Straftat erfolgt (S. 314). Ähnliches gilt für den in § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB inkriminierten Umgang „mit Alltagsstoffen“. Beides sind – abgesehen von der Intention des Handelnden – sozialadäquate Handlungen. Dass die bloße Verwendung des Absichtserfordernisses den Tatbestand nicht in unproblematischer Weise bestimmen könne, zeige sich bereits am Problem der Nachweisbarkeit (S. 319). § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB sei völlig konturlos.

Problematisch sind die neuen Normen zum anderen hinsichtlich grundrechtlicher Grenzen wie insbesondere dem oben bereits genannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (S. 338). Allerdings besitzt der Gesetzgeber hierbei nach dem BVerfG sehr weite Kompetenzen. (S. 339) Die Rechtsgutslehre könnte (entgegen der Auffassung des BVerfG) nach *Steinsiek* jedoch als „Prinzip zur Beschränkung strafrechtlicher Grundrechtseingriffe“ (S. 340) geltend gemacht werden. Insofern ist *Steinsieks* Schrift auch ein Plädoyer für die verfassungsrelevante Beschränkungsfunktion der Rechtsgutslehre. *Steinsieks* Prüfungsmaßstäbe der Verhältnismäßigkeit von Strafnormen sind dabei ganz der allgemeinen Dogmatik entnommen: 1. Legitimes Ziel; 2. Geeignetheit; 3. Erforderlichkeit; 4. Angemessenheit (Güterabwägung). Für *Steinsiek* müssen dabei zwei Übel gegeneinander abgewogen werden: das Übel der Rechtsgutsgefährdung (*Hobbes*) gegen die Einschränkung der Freiheit zum Zwecke der Beseitigung einer Gefahr (*Locke*). (S. 341) Die Strafbarkeit vorverlagernder Handlungsverbote könne genau dann verhältnismäßig sein, wenn bestimmte Anforderungen (Rang des Schutzgutes, Grad der Gefährdung) erfüllt sind. (S. 346) Der Rang der Güter, die durch die Vorverlagerung geschützt werden sollen (Leben, körperliche Integrität), genügt nach *Steinsiek* diesen Anforderungen (S. 347). Der Grad der Gefährdung sinke allerdings mit der Weite der Vorverlagerung. Die unter Strafe gestellte Handlung müsse deshalb für das geschützte Rechtsgut „typischer Weise die naheliegende Möglichkeit einer Gefahr“ (S. 348) herbeiführen. Bezüglich der neuen Normen ist aber

⁴ *Jakobs*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 47 (52).

⁵ Vgl. *Gierhake* (Fn. 1), S. 110.

⁶ *Jakobs* (Fn. 2), S. 25.

der zeitliche Abstand zwischen inkriminierter Handlung und tatsächlicher Gefährdung des Rechtsguts völlig ungeklärt, ebenso die Wahrscheinlichkeit, dass die geplante Rechtsgutsverletzung jemals umzusetzen versucht wird. (S. 348) Da das Mehrpersonenerfordernis der §§ 129 ff. StGB entfalle, entfalle zudem die durch das Zusammenwirken mehrerer Personen bewirkte „höhere Gefährlichkeit“ (S. 353). Aber selbst aus der bloßen „Erheblichkeit einer Gefahr“ (S. 355) ergäbe sich nicht die Strafwürdigkeit, da ansonsten das Gefahrenabwehrrecht mit dem Strafrecht konfundiert würde. (S. 355) Deshalb seien die §§ 89a und 91 StGB durch ihre Inkriminierung sozialadäquaten Verhaltens von Einzeltätern verfassungsrechtlich unzulässig. (*Steinsiek* opponiert damit auch gegen die Praxis des BVerfG, so gut wie keine Strafnorm für verfassungswidrig zu erklären). Für § 89b StGB könne dagegen „das Vorliegen einer konspirativen Komponente“ (S. 356) geltend gemacht werden zwischen dem Vermittler und dem Aspiranten. Das Gelingen würde jedoch nur zu dem ohnehin in § 89a StGB inkriminiertem Handeln führen. Damit zeige sich, dass auch das Ziel dieser Norm nur eine weitere Vorverlagerung des Strafbarkeitseintritts ist (S. 352). Deshalb seien die Normen verfassungswidrig.

VI. Unter strafprozessualen Gesichtspunkten verkehren die neuen Strafnormen nach *Steinsiek* unter anderem den „Funktionszusammenhang zwischen Straf- und Strafprozessrecht“ (S. 380): Das Strafrecht werde zur Magd des Strafprozessrechts. Die Schaffung dieser Normen dient nämlich durch die damit einhergehende Ausweitung des Strafrechts nicht zuletzt der Informationsgewinnung durch strafverfahrensrechtliche Ermittlungsverfahren (S. 375). Vor allem in § 89b StGB zeige sich das „Überwiegen präventiver Zwecke“ (S. 379). Das Ziel der Bekämpfung des Terrorismus legitimierte jedoch keine Umwandlung der StPO in ein Gefahrenabwehrrecht (S. 377). Die Schaffung von Straftatbeständen zum Zwecke der reinen Strafprävention sei deshalb unzulässig (S. 379).

VII. *Steinsieks* Arbeit lässt sich ohne Einschränkung als akribisch bezeichnen. Seine Argumentation bewegt sich auf hohem Niveau und ist von ihren eigenen Prämissen ausgehend durchaus überzeugend. Aus Sicht des *Rezensenten* muss man *Steinsiek* jedoch relativ viel zugestehen, um die Prämissen seiner Argumentation akzeptieren zu können. Dies gilt zunächst für die Rechtsgutslehre als Basis seiner strafrechtssystematischen Überlegungen: *Steinsieks* Argumentation zu Gunsten der Rechtsgutslehre erscheint dem *Rezensenten* nicht ganz hinreichend, Einwände gegen deren formale, inhaltliche und geltungstheoretische Unterbestimmtheit auszuräumen. So ist *Steinsieks* Anspruch, mit der Rechtsgutslehre das Beste aller möglichen kritischen Instrumente zur Analyse der Legitimität des Strafrechts in Händen zu halten, wahrscheinlich nicht in einer für jeden Leser überzeugenden Weise begründet. Die Legitimität der von ihm untersuchten Normen an der Legitimität der §§ 129a und 129b StGB zu messen, wie *Steinsiek* es tut, erscheint auf Grund von deren eigener Fragwürdigkeit zusätzlich problematisch. *Steinsieks* Dissertation zeigt jedoch, dass selbst wenn man etwa um des Arguments willen die Legitimität von § 129b StGB zugesteht, die neu eingeführten Paragraphen zumindest in ihrer jetzigen Form

aus strafrechtssystematischen, verfassungsrechtlichen und strafprozessualen Gründen immer noch nicht legitimierbar wären. In diesem Nachweis liegt die große systematische Leistung dieser Untersuchung.

Wiss. Assistent Dr. Stefan Schick, Regensburg

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

Dietmar Deffert, Strafgesetzhlichkeit als völkerstrafrechtliches Legitimationsprinzip, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main u.a. 2011, 249 S., € 49,80

Das Prinzip der Strafgesetzhlichkeit (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) gehört zu den tragenden Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Strafrechts. Besondere Herausforderungen für dieses Prinzip zeigen sich jedoch dann, wenn man den Blick auf das Völkerstrafrecht richtet – einen Problemkreis, dem sich *Dietmar Deffert* in seiner von Prof. Dr. *Stefan Braum* betreuten Dissertation „Strafgesetzhlichkeit als völkerstrafrechtliches Legitimationsprinzip“ widmet.

Die Arbeit ist insgesamt in vier Teile untergliedert, von denen sich der erste mit der Geschichte und Bedeutung des Prinzips der Strafgesetzhlichkeit befasst (Teil A, S. 1-61). In diesem Kapitel wird der Maßstab der weiteren Untersuchung entwickelt, indem der *Autor* hier den „(geistes-)geschichtliche[n] Hintergrund des Gesetzlichkeitsprinzips untersucht [...], aus dem sich seine Bedeutung als willkürverhinderndes Freiheitsprinzip ergibt“ (S. 1). *Deffert* stellt die Ansichten vor, die von *Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Feuerbach* und *Kant* zu den Grundlagen des Prinzips der Strafgesetzhlichkeit vertreten werden (S. 5 ff.), und kommt zu dem Ergebnis, dass das „Gesetzlichkeitsprinzip, wie es in der Tradition der politischen Philosophie der Aufklärung entwickelt und letztlich Gesetz geworden ist“ (S. 15), auf zwei Erwägungen basiert, nämlich zum einen auf *Feuerbachs* Theorie des psychologischen Zwangs und zum anderen auf dem Bedürfnis, strafrechtliche Eingriffe zu begrenzen und einem missbräuchlichen und willkürlichen Einsatz des Instruments des Strafrechts entgegenzuwirken (S. 15 f.).

Vor dem Hintergrund der Annahme, dass diese beiden Zielrichtungen des *nulla poena*-Prinzips in den Worten des Verfassers das „Ideal der Strafgesetzhlichkeit“ (S. 16) begründen, untersucht er im Folgenden die Umsetzung dieses Ideals und kommt hier zu dem überzeugenden Ergebnis, dass das Prinzip der Strafgesetzhlichkeit im deutschen Strafrecht teilweise nur unzureichend berücksichtigt werde. Auf den „vollständigen Zusammenbruch“ (S. 36) dieses Grundsatzes im Dritten Reich sei in der Bundesrepublik eine Praxis gefolgt, die dem Prinzip der Strafgesetzhlichkeit nur unzureichend genüge. So verweist *Deffert* als Beispiel einer „Geringschätzung“ (S. 42) des Gesetzlichkeitsprinzips in seiner Ausprägung als Analogieverbot auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs¹ aus dem Jahre 1957, in der das Gericht in den Worten des *Autors* entschieden hat, „die für den Forstdiebstahl ‚mit bespanntem Fuhrwerk‘ vorgesehene Strafschärfung auch bei einem Forstdiebstahl mittels eines Kraftfahrzeugs anzuwenden“ (S. 43). Tatsächlich führte das Gericht in dieser Entscheidung aus: „Dem bloßen Wortlaut nach fällt ein Kraftfahrzeug, wie es die Angeklagten zur Ausführung des Forstdiebstahls verwendet haben, [...] nicht unter die Vorschrift, wohl aber nach ihrem Sinn“.² Im Hinblick auf das Verbot der

Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, das ebenfalls aus dem Prinzip der Strafgesetzhlichkeit folgt, problematisiert der *Verf.* die Rechtsfigur der *actio libera in causa* (S. 45), bezüglich des Bestimmtheitsgrundsatzes unter anderem die Einführung des Merkmals des gefährlichen Werkzeugs im Tatbestand des schweren Raubes nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB (S. 49 f.), das zu bekannten Auslegungsproblemen führt.³

Deffert sieht die Gründe für die von ihm konstatierte Gefährdung des Prinzips der Strafgesetzhlichkeit in einem Wandel des Staatsverständnisses, in dem eine liberale Konzeption durch eine solche ersetzt wurde, die zunehmend interventionsorientiert sei – ein Prozess, der durch die nach dem 11. September 2001 aufgekommene Sicherheitsdebatte noch verstärkt worden sei (S. 54-61). Allerdings ist es fraglich, ob diese Sichtweise hinreichend komplex ist. So ist zweifelhaft, ob das vom *Verfasser* aufgezeigte „Staatsbild des politischen Liberalismus, zeitlich anzusiedeln etwa im frühen 19. Jahrhundert“ (S. 54), das unangefochtene Staatsverständnis dieser Zeit widerspiegelt, wie dies vom *Autor* suggeriert wird. Erinnert sei insoweit etwa nur an den wirkmächtigen Deutschen Bund, der von *Hans-Ulrich Wehler* zutreffend als „System innenpolitischer Illiberalität“⁴ benannt wird. Allerdings ändert diese eine ausführlichere Auseinandersetzung einfordernde Anmerkung nichts daran, dass *Defferts* Darlegung der defizitären Handhabung des *nulla poena*-Prinzips im deutschen Strafrecht insgesamt überzeugend ist.

Im weiteren Verlauf seiner Arbeit behandelt der *Autor* das Prinzip der Strafgesetzhlichkeit im Völkerstrafrecht (Teil B und C). Jener Teil beginnt mit der Vorbemerkung: „Untersucht werden soll, ob und inwiefern sich Strafgesetzhlichkeit [...] im Völkerstrafrecht etabliert hat [...]. Dabei wird sich erweisen, dass es gerade die Strafgesetzhlichkeit ist, die dem Völkerstrafrecht als Reaktion auf Menschenrechtsverletzungen seine unmittelbare Legitimation verleiht“ (S. 62). *Deffert* legt in diesem Kapitel sehr luzide die Geschichte der völkerstrafrechtlichen Entwicklung unter Berücksichtigung des *nullum crimen*-Prinzips dar (S. 67-144) und widmet sich hier unter anderem den Nürnberger Prozessen, der völkerrechtlichen Entwicklung während des Kalten Krieges, den Tribunalen zu Jugoslawien und Ruanda sowie dem Ständigen Internationalen Strafgerichtshof. Besondere Aufmerksamkeit verdient dabei die Analyse einzelner Entscheidungen des EGMR, da sie Aufschluss über *Defferts* Verständnis zum Rückwirkungsverbot gibt. Hatte er in Teil A seines Buches eine Nichteinhaltung des Ideals der Strafgesetzhlichkeit im deutschen Strafrecht kritisiert, so zeigt sich nun, dass er im Kontext von Systemunrecht einem restriktiven Verständnis über die Reichweite des Rückwirkungsverbot das Wort redet. So bejaht der *Autor* im Einklang mit der sogenannten Krenz-Entscheidung des EGMR⁵ die Zulässigkeit, Personen, die für die Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze

¹ BGHSt 10, 375.

² BGHSt 10, 375.

³ Vgl. dazu etwa *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 250 Rn. 5 i.V.m. § 244 Rn. 4 ff. (m.w.N.).

⁴ *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 2, 4. Aufl. 2005, S. 322.

⁵ EGMR EuGRZ 2001, 210.

verantwortlich waren, strafrechtlich zu verfolgen, auch wenn die jeweiligen Taten im Zeitpunkt ihrer Begehung zumindest faktisch nicht geahndet wurden (S. 142). Der *Verf.* begründet diese Erwägung mit dem Argument, dass das Prinzip der Strafgesetzlichkeit lediglich vor Machtmissbrauch schütze, nicht aber solches Verhalten für straflos erkläre, das gerade unter systematischer Ausnutzung einer Machtstellung begangen wurde (S. 143).

Allerdings – und dies ist aus Sicht des Rezensenten besonders bedenklich – stellt *Deffert* das Rückwirkungsverbot unter einen weiteren Vorbehalt. In einer anderen von ihm zitierten EGMR-Entscheidung – einem Urteil, dem gerade kein durch Makrokriminalität und Systemunrecht geprägter völkerstrafrechtlicher Sachverhalt zugrunde lag, sondern ein Sexualdelikt⁶ – habe das Gericht nach der Interpretation *Defferts* die Auffassung vertreten, „dass bei schweren Menschenrechtsverletzungen die Strafbarkeit einer Handlung auch dann gerechtfertigt ist, wenn die jeweilige innerstaatliche Rechtslage etwas anderes besagt“ (S. 142). *Deffert* begrüßt dies und hält hierzu fest: „Einen Widerspruch zu dem Gesetzlichkeitsprinzip bedeutet diese Auffassung nicht; vielmehr wird sie durch die Gesetzlichkeit sogar bedingt: Diese gründet gerade auf dem Schutz eindeutiger Verletzungen der personalen Rechtsgüter wie Leib, Leben oder Freiheit. Diese Rechtsgüter sind aber nichts anderes als das, was man allgemein unter den ‚Menschenrechten‘ versteht“ (S. 142).

Mit dieser Darlegung senkt der *Verf.* jedoch die Schutzhöhe des Prinzips der Strafgesetzlichkeit bedenklich herab. *Defferts* Ausführungen haben die Konsequenz, dass die Frage der Berechenbarkeit von Strafe dann unerheblich zu sein scheint, wenn der Täter – losgelöst von einem makrokriminellen Hintergrund – Leib, Leben oder Freiheit eines anderen verletzt. Der vom *Autor* zutreffend herausgearbeitete Umstand, dass das Strafrecht diese Rechtsgüter legitimerweise schützt, darf für sich genommen aber nicht dazu führen, dass dem Täter im Falle der Verletzung gerade dieser Rechtsgüter wesentliche Rechtsprinzipien entzogen werden. Zumindest außerhalb des Bereichs von Systemunrecht muss sich jeder Täter, der die Rechtsgüter Leib, Leben oder Freiheit verletzt, grundsätzlich auf das Rückwirkungsverbot berufen dürfen.

Problematisch ist es aber auch, wenn *Deffert* im Falle eines systematischen Machtmissbrauchs durch den Täter aus dem nullum crimen-Prinzip ein Bestrafungsgebot ableitet. So schreibt er: „Das Konzept der Strafgesetzlichkeit, wie es hier verstanden und vorgestellt wurde, erfordert gerade den Eingriff des Strafrechts bei Tätern, die die Macht des (Unrechts-) Staates auf ihrer Seite haben“ (S. 172). Eine solche Herleitung eines Bestrafungsgebotes aus dem Prinzip der Strafgesetzlichkeit ist abzulehnen – sie kann in einem liberalen Rechtsstaat, der nicht nur aus Gebots- und Verbotsräumen, sondern vor allem aus einem Bereich des erlaubten Verhaltens besteht, auch nicht im Wege des logischen Umkehrschlusses des genannten Prinzips herbeigeführt werden. Aus

dem Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Rückwirkungsverbotes kann demnach höchstens abgeleitet werden, dass die Bestrafung erlaubt ist, ein Bestrafungsgebot hingegen nicht.

Teil C der rezensierten Arbeit trägt die Überschrift „Angewandte Strafgesetzlichkeit“ und untersucht zum einen die „Strafe im Völkerstrafrecht“ (C. I.) – ein Kapitel, in dem *Deffert* für eine „[k]onsequente Anwendung von Strafrecht bei weitgehender Zurückhaltung mit Sanktionen“ (S. 174) plädiert – und zum anderen das Völkerstrafgesetzbuch (C.II.). Im zuletzt genannten Kapitel wirft der *Verf.* einen kritischen Blick auf das VStGB, der dem Grunde nach zu begrüßen ist, im Detail jedoch nicht uneingeschränkt überzeugt. Dies betrifft zunächst *Defferts* Behauptung, das VStGB sei ein rein symbolisches Gesetz (S. 200), das ohne rechtlichen Handlungsbedarf verabschiedet worden sei, „da die einschlägigen Lücken des bis dahin schon bestehenden Rechts minimal waren und mit wenigen Ergänzungen zu schließen gewesen wären“ (S. 199). Diese Bewertung teilt der *Rezensent* nur mit erheblichen Einschränkungen. Wie von *Deffert* selbst konstatiert wird, kann „der spezifische Rechtsgehalt von Völkerstrafataten von den Vorgaben des StGB kaum erfasst werden“ (S. 194). Tatsächlich blieb beispielsweise der Unrechtskern des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, der im funktionalen Zusammenhang der Tatbegehung mit einem ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen eine Zivilbevölkerung besteht, im deutschen Strafrecht vor Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs unberücksichtigt. Für den Bereich der Kriegsverbrechen ist Ähnliches zu konstatieren: So erfassen die einzelnen Tatbestände des StGB nicht den unrechtsspezifischen Zusammenhang der Tatbegehung mit einem bewaffneten Konflikt.

Grundsätzlich beizupflichten ist dem *Verf.* hingegen, wenn er auf diejenigen Probleme hinweist, die sich aus den zahlreichen Verweisen des VStGB auf das Völkerstrafrecht ergeben (S. 207 ff.). So sieht *Deffert* etwa darin einen Konflikt mit dem Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht nach Art. 103 Abs. 2 GG, dass der Vertreibungstatbestand nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 VStGB in seinen Tatbestandsvoraussetzungen einen Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts verlangt. An dieser Stelle wäre höchstens zu erwägen gewesen, ob sich eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung dieser – zweifellos problematischen – Gesetzgebungstechnik im Hinblick auf systematische Erwägungen ergeben könnte. Wie der *Rezensent* an anderer Stelle ausgeführt hat, kann die Möglichkeit systematischer Auslegung dazu führen, dass auch die Reichweite eines rein völkergewohnheitsrechtlich geprägten Tatbestandsmerkmals durch andere (im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG unproblematische) Merkmale beschränkt wird.⁷ Mag demnach § 7 Abs. 1 Nr. 4 VStGB unter diesem Gesichtspunkt noch akzeptabel erscheinen, so erweist sich der Verfolgungstatbestand nach § 7 Abs. 1 Nr. 10 Var. 8 VStGB als ungleich problemati-

⁶ EGMR, Urt. v. 27.10.1995 – 48/1994/495/577 (C.R. v. Vereinigtes Königreich), zitiert nach *Deffert*, Strafgesetzlichkeit als völkerstrafrechtliches Legitimationsprinzip, 2011, S. 141.

⁷ Vgl. dazu *Kuhli*, Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2010, S. 179 ff.; *ders.*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 91 (99 ff.).

scher. Insoweit wäre eine gesetzgeberische Nachbesserung durchaus wünschenswert.

Es ist das Verdienst von *Deffert*, den Blick auf solche und andere Problemfelder des völkerstrafrechtlichen Prinzips der Strafgesetzlichkeit gelenkt zu haben. So ist trotz der hier vorgetragenen Kritik im Ergebnis festzustellen, dass seine Arbeit Denkanstöße zu einem Thema gibt, das die Strafrechts- und Völkerstrafrechtswissenschaft sicherlich auch in Zukunft noch beschäftigen wird.

Wiss. Mitarbeiter Dr. jur. Dr. phil. Milan Kuhli, Frankfurt a.M.

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

Kai Ambos, Treatise on International Criminal Law, Vol. I: Foundations and General Part, Oxford University Press, Oxford 2013, 520 pages, £ 95,-

ders., Treatise on International Criminal Law, Vol. II: The Crimes and Sentencing, Oxford University Press, Oxford 2014, 384 pages, £ 95,-

Mit „Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing“ legt *Kai Ambos* nunmehr den zweiten Band seiner englischsprachigen Trilogie zum Völkerstrafrecht vor. Die zunehmende Bedeutung dieser Rechtsmaterie in Strafrechtswissenschaft und -praxis lässt es geboten erscheinen, die bislang veröffentlichten zwei Bände des Gesamtwertes näher zu beleuchten und sie einer breiteren Leserschaft vorzustellen.

Bei erster Betrachtung der beiden erschienenen Bände fällt zunächst auf, dass der *Verf.* bei der Konzeption seines Werkes der im kontinentaleuropäischen Rechtskreis üblichen Dichotomie gefolgt ist: Während Band I die Grundlagen des Völkerstrafrechts und dessen „Allgemeinen Teil“ behandelt, betrifft Band II den „Besonderen Teil“ des International Criminal Law, mithin die völkerstrafrechtlichen Verbrechenstatbestände (Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und das Verbrechen der Aggression) sowie die relevanten Völkervertragsverbrechen (Treaty Crimes), ebenso wie das Problem der Konkurrenzen (Concursus Delictorum) und die – auf völkerstrafrechtlicher Ebene bisher kaum wissenschaftlich erforschte – Strafzumessung.

Beiden Bänden gemeinsam ist das im Vorwort zu Band I formulierte, durchaus ambitionierte Ziel des *Autors* und seines namentlich im Einzelnen näher bezeichneten Teams an Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, eine grundlegende, systematische, allumfassende und in sich konsistente Darstellung („a foundational, systematic, comprehensive and consistent account“) des Völkerstrafrechts abzuliefern, wobei außer dem einschlägigen Fallrecht (case law) die jeweils bedeutsame englische, französische, deutsche, italienische, portugiesische und spanische Strafrechtswissenschaft berücksichtigt werden sollte.

Band I und II sind dementsprechend im Wesentlichen gleich aufgebaut. Sie enthalten zu Beginn nach dem Inhaltsverzeichnis (Contents) jeweils eine detaillierte Übersicht über die vielfältig verarbeitete und zitierte Judikatur internationaler und nationaler Gerichte (Table of Cases) und eine solche zu den in den verschiedenen Kapiteln analysierten Rechtsvorschriften aus dem Bereich des Völker- und Völkerstrafrechts sowie des nationalen (Straf-)Rechts (Table of Legislation), zudem ein Abkürzungsverzeichnis (List of Abbreviations) und (nur Band I) eine Liste der zur Illustration eingefügten Schaubilder (List of Figures). Jedem Buch sind am Ende ein umfangreiches Literaturverzeichnis zu den allgemeinen Quellen (General Literature), ein Namensindex (Index of Names) sowie ein übersichtlich angelegtes Sachwortregister (Index of Subjects) angefügt, das vor allem dem Völkerstrafrechtspraktiker einen schnellen und unkomplizierten Zugriff

auf das ihn konkret interessierende Rechtsproblem ermöglicht. Weitergehende Fundstellen können – worauf *Ambos* im Preface der Bücher hinweist – getrennt nach Kapiteln zeitgemäß über das Internet¹ abgerufen werden.

Der insgesamt 520 Druckseiten umfassende erste Band (Volume I) unterteilt sich in acht Kapitel. In Kapitel I (S. 1-53) gibt der *Verf.* einen kurz gehaltenen geschichtlichen Überblick (Historical Overview) über Wurzeln und Entstehung des (modernen) Völkerstrafrechts, beginnend mit dem Versailler Vertrag aus dem Jahr 1919² und den historischen Vorläufern (historical precedents) völkerstrafrechtlicher Prozesse, über die Rechtsprechung von Nürnberg und Tokio nach Beendigung des Zweiten Weltkrieges, die Entwicklung des Völkerstrafrechts während des Kalten Krieges, die Einrichtung der Ad hoc-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda (ICTY/ICTR) in den Jahren 1993/94, bis hin zur Schaffung des ersten permanenten Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) in Den Haag 1998 und den verschiedenen gemischten Gerichten (‘Mixed’ Tribunals).

Kapitel II (S. 54-80) ist dem Begriff, der Funktion und den unterschiedlichen Rechtsquellen des Völkerstrafrechts (Concept, Function and Sources of International Criminal Law) gewidmet, wobei der *Autor* sich nicht allein auf rechtstheoretische Ausführungen zur Strafgewalt (ius puniendi) der Völkergemeinschaft, zum Rechtsgüterschutz und zu den Strafzwecken strictu sensu beschränkt, sondern auf immerhin knapp acht Druckseiten auch die Methodik der Interpretation des einschlägigen Rechts näher erläutert.

In Kapitel III (S. 81-101) erörtert *Ambos* allgemeine Fragen der Zurechnung im makrokriminellen Kontext des Völkerstrafrechts und daran anknüpfend den Aufbau der „Völkerstraftat“ (Imputation and General Structure of Crime in International Criminal Law). Zutreffend weist er zunächst darauf hin, dass Zurechnungsobjekt im Völkerstrafrecht – wie im deutschen Strafrecht auch – stets das Individuum war. Die in einigen Rechtsordnungen (so etwa in Frankreich³) anerkannte strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen lehnt der *Verf.* dagegen mit Blick auf die Verhandlungsgeschichte des Römischen Statuts des IStGH und der darauf basierenden Fassung des Art. 25 Abs. 1 und 2 IStGH-Statut für das geltende Völkerstrafrecht überzeugend ab (S. 83). Zur Sprache kommen an dieser Stelle überdies die grundlegenden straf- und strafprozessrechtlichen Prinzipien des Gesetzlichkeitsprinzips, des Schuldgrundsatzes und des Gebots des fairen Verfahrens, die nach Ansicht des *Autors* auch und gerade im völkerstrafrechtlichen Zusammenhang zu beachten seien (S. 87-97). Die bipartite Struktur der Völkerstraftat, die *Ambos* zu Recht aufgrund einer an anderer Stelle⁴ eingehender vorgenommenen Analyse des relevanten case law und der einschlägigen internationalen Kodifikationen ausgemacht ha-

¹ Unter <http://ukcatalogue.oup.com>.

² RGBI. II 1919, S. 687 ff.

³ Vgl. dazu auch die Nachweise in Fn. 22 auf S. 84 des rezensierten Werkes (Bd. 1).

⁴ *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung, 2002, S. 78 ff. mit systematisierender Zusammenfassung auf S. 361 ff.

ben will, wird für den Leser einprägsam durch das auf S. 101 eingefügte Schaubild verdeutlicht.

Gegenstand von Kapitel IV (S. 102-179) sind die Regeln über die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit (Individual Criminal Responsibility), die wiederum anhand des Nürnberger und Tokioter Rechts, der vergleichsweise rudimentär ausgestalteten Bestimmungen des ICTY und ICTR (vgl. Art. 7 Abs. 1 ICTY-Statut und Art. 6 Abs. 1 ICTR-Statut), der einschlägigen Regelungen der gemischten Tribunale und – mit insgesamt 36 von 77 Druckseiten schwerpunktmäßig – des IStGH dargestellt werden. Im Rahmen des mit Recht als „zentrale Vorschrift“ (central provision) der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit deklarierten Art. 25 Abs. 3 IStGH-Statut finden vertiefte Erörterung sowohl die vom IStGH⁵ wiederholt angewandte, der deutschen Strafrechtsdogmatik entlehnte Mittäterschaft in Gestalt der funktionellen Tatherrschaft (doctrine of ‘functional domination of’ or ‘control over the act’ – S. 149-154) als auch die speziell im völkerstrafrechtlichen Kontext bedeutsame, auf *Roxin*⁶ zurückgehende mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft (organizational control theory – S. 154-160). Einer besonderen Betrachtung (S. 123-127, 160-163 und 172-176) unterzieht der *Verf.* überdies die von den beiden Ad hoc-Tribunalen seit der berühmten Entscheidung der gemeinsamen Rechtsmittelkammer (Appeals Chamber) im Fall Tadić vom 15.7.1997⁷ in ständiger Rechtsprechung⁸ angewandte Zurechnungs-

figur vom gemeinsamen kriminellen Unternehmen (Joint Criminal Enterprise – JCE).⁹ Dem Befund, dass letztere, soweit mit ihrer Hilfe eine Haftung für nicht mehr vom gemeinsamen Tatplan gedeckte, aber (objektiv) vorhersehbare Taten einzelner Mitglieder des JCE begründet werden soll (dritte Haftungskategorie oder JCE III¹⁰), mit dem Schuldgrundsatz in Konflikt steht, ist uneingeschränkt zuzustimmen.¹¹ Denn bei einem zu extensiven Verständnis der Haftungsform gerät diese in bedenkliche Nähe zu der dem kanonischen Strafrecht des Mittelalters entstammenden Lehre vom „versari in re illicita“¹² (S. 174).

In Kapitel V (S. 180-232) behandelt der *Autor* die Haftung für Unterlassen (Omission) im Völkerstrafrecht, wobei er einen speziellen Fokus auf die sog. „Vorgesetztenverantwortlichkeit“ (Command Responsibility) legt. Nach einleitenden Ausführungen zur Ratio, zum Konzept und zu den verschiedenen Formen strafbaren Unterlassens (S. 180-189) geht *Ambos* der auf internationaler Ebene kontrovers diskutierten Frage¹³ nach, ob eine allgemeine völkerstrafrechtliche Unterlassungshaftung im Sinne einer unechten Unterlassungstäterschaft (commission par omission) existiert. Dazu stellt er zunächst richtigerweise fest, dass es diesbezüglich bislang an einer etwa mit § 13 StGB vergleichbaren Regelung im Völkerstrafrecht fehlt (S. 189). Mangels einheitlicher Staatenpraxis (state practice) und übereinstimmender Rechtsüberzeugung (opinio iuris) kann nach Meinung des *Verf.* auch nicht von einer völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung einer allgemeinen Unterlassungshaftung ausgegangen werden, sondern allenfalls von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz (general principle of law) des Inhalts, dass eine Strafbarkeit wegen Unterlassens (nur) dann in Betracht kommt, wenn –

⁵ Siehe etwa IStGH (Chamber), Entsch. v. 29.1.2007 - ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges), Rn. 317 ff., und IStGH (Chamber), Urt. v. 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo), Rn. 976 ff. mit insoweit abweichendem Sondervotum (Separate Opinion) des britischen Richters Fulford. Hierzu ferner IStGH (Chamber), Entsch. v. 30.9.2008 - ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges), Rn. 480 ff. und IStGH (Chamber), Entsch. v. 15.6.2009 - ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo), Rn. 346 ff.

⁶ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. 1963, S. 242 ff.; ähnlich zwei Jahre später *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter – Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965, S. 166 ff.; *ders.*, JR 1995, 177; näher zur Organisationsherrschaftslehre *Ambos*, GA 1998, 226; *ders.* (Fn. 4), S. 590 ff.; *Ambos/Grammer*, JbJurZg 4 (2002/03), 529; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518; *ders.*, NStZ 2005, 13.

⁷ ICTY, Urt. v. 15.7.1999 - IT-94-1-A (Prosecutor v. Duško Tadić).

⁸ Nur beispielhaft seien hier folgende Entscheidungen des ICTY genannt: Entsch. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinović, Šainović & Ojdanić, Decision on Dragoljub Ojdanić’s Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise), Rn. 18 ff.; Urt. v. 25.2.2004 - IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljević), Rn. 94 ff.; Urt. v. 19.4.2004 - IT-98-33-A (Prosecutor v. Krstić), Rn. 39 ff.; Urt. v. 29.7.2004 - IT-95-14-A (Prosecutor v. Blaškić), Rn. 33 ff.;

Urt. v. 22.3.2006 - IT-97-24-A (Prosecutor v. Stakić), Rn. 58 ff.; Urt. v. 3.4.2007 - IT-99-36-A (Prosecutor v. Brđjanin), Rn. 357 ff.; für das ICTR: Urt. v. 13.12.2004 - ICTR-96-10-A und ICTR-96-17-A (Prosecutor v. Ntakirutimana & Ntakirutimana), Rn. 461 ff.; Urt. v. 7.7.2006 - ICTR-01-64-A (Prosecutor v. Gacumbitsi), Rn. 158 ff.; Urt. v. 27.11.2007 - ICTR-01-76-A (Prosecutor v. Simba), Rn. 243 ff.

⁹ Eingehend zu den rechtsdogmatischen Grundlagen der Zurechnungsfigur vom gemeinsamen kriminellen Unternehmen im nationalen Recht *Barthe*, Joint Criminal Enterprise (JCE), Ein (originär) völkerstrafrechtliches Haftungsmodell mit Zukunft?, 2009, S. 112 ff.

¹⁰ Zu dieser und den anderen beiden Haftungskategorien vgl. *Barthe* (Fn. 9), S. 31 ff., 76 ff. und 204 ff.

¹¹ Ebenso schon *Barthe* (Fn. 9), S. 214 ff. – Die dritte Haftungskategorie findet zudem keine Grundlage im Völkergewohnheitsrecht (ebd., S. 37 ff.).

¹² Versanti in illicito (oder: in re illicita) imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto (Wer sich auf verbotenem Felde bewegt, dem werden alle schlimmen Folgen, die das mit sich bringt, zugerechnet. Er ist für die Folgen strafrechtlich verantwortlich, unabhängig davon, ob er sie geplant oder auch nur in Kauf genommen hat – Übersetzung nach *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 2007, S. 242).

¹³ Zum Streitstand vgl. die Nachweise in Fn. 119 auf S. 193 des rezensierten Werkes (Bd. 1).

als „minimum requirements“ – eine Rechtspflicht zum Handeln (legal duty to act) bestanden und der Beschuldigte die faktische Fähigkeit zum Einschreiten (material ability to act) besessen hat (S. 193-197). Die spezifisch völkerstrafrechtliche Rechtsfigur der Command Responsibility wird im Anschluss daran entsprechend der zuvor praktizierten Vorgehensweise anhand einer sorgfältigen Analyse der einschlägigen Vorschriften der Ad hoc-Tribunale (Art. 7 Abs. 3 ICTY-Statut und Art. 6 Abs. 3 ICTR-Statut) sowie des Rechts der gemischten Tribunale und desjenigen des IStGH (Art. 28 IStGH-Statut) erläutert (S. 197-232).

Kapitel VI (S. 233-265) gilt dem Versuch (Attempt) der Begehung einer Völkerstraftat, der in Art. 25 Abs. 3 lit. f IStGH-Statut nunmehr erstmals generell unter Strafe gestellt ist (S. 234).¹⁴ Die Bestimmung gehe in ihrer aktuellen Fassung – so der *Autor* (S. 236) – zurück auf das französische und US-amerikanische Recht und enthalte in Satz 1 einen gemischt subjektiv-objektiven Ansatz, nach welchem für eine Versuchsstrafbarkeit eine objektive Manifestation des (subjektiven) Täterwillens erforderlich sei (S. 265). Hinsichtlich des Problems der Abgrenzung zwischen bloßer strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch habe die durchgeführte Rechtsvergleichung keine „magic or universal formula“ ergeben; vielmehr sei eine an den Umständen des Einzelfalles orientierte, tatbestands- und risikobasierte normative Gesamtprüfung vorzunehmen, wobei angesichts der extremen Schwere der in Rede stehenden Verbrechen nicht allzu hohe Anforderungen an die Tatnähe gestellt werden dürften (ebd.).

In Kapitel VII (S. 266-300) beleuchtet *Ambos* die innere Tatseite von Völkerstraftaten (The Subjective Requirements of International Crimes), insbesondere die komplexe und wenig geglückte Regelung in Art. 30 IStGH-Statut. Danach könne sich der Vorsatz (mental element) des einer Völkerstraftat i.S.d. Art. 5 S. 2 lit. a-d IStGH-Statut Beschuldigten entweder auf das tatbestandliche Verhalten (conduct), die Tatfolgen (consequences) oder die Tatumstände (circumstances) beziehen (S. 271 ff.). Während der Beschuldigte im Hinblick auf das tatbestandliche Verhalten nach Art. 30 Abs. 2 lit. a IStGH-Statut willentlich handeln müsse, genüge hinsichtlich der (äußeren) Tatumstände die bloße Kenntnis derselben. In Bezug auf die Tatfolgen seien Wissen *und* Wollen (intent and knowledge) auf Seiten des Täters erforderlich (vgl. Art. 30 Abs. 1 und 3 IStGH-Statut). Zusätzliche Anforderungen an die subjektive Tatseite stellten hingegen Art. 6 und 7 Abs. 1 lit. h IStGH-Statut, die einen „special or specific intent“ verlangten (S. 292 ff.). Im Übrigen enthielten die Art. 6-8 IStGH-Statut höhere oder niedrigere Vorsatzstandards, so etwa im Falle des Verbrechens des Genozids durch Auferlegung von zerstörerischen Lebensbedingungen oder der Verhängung geburtenverhindernder Maßnahmen gemäß Art. 6 lit. c und d IStGH-Statut, bei welchen *dolus directus* 1. Grades vorliegen müsse (S. 300).

¹⁴ Für den Versuch des Völkermordes siehe Art. 4 Abs. 3 lit. d ICTY-Statut und Art. 2 Abs. 3 lit. d ICTR-Statut, zu den Kodifikationsbemühungen der International Law Commission (ILC) siehe S. 236 des rezensierten Werkes (Bd. 1).

Im letzten Kapitel, Kapitel VIII (S. 301-437), diskutiert der *Verf.* die zum Ausschluss einer völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit führenden Gründe (Grounds Excluding Responsibility) oder „Defences“. Dabei unterscheidet er sachgerecht zwischen materiell-rechtlichen und prozessualen Straffreistellungsgründen (S. 311 ff. und 393 ff.).¹⁵ Im Rahmen der ersteren, der sog. „substantive defences“, befasst sich der *Autor* ausführlich mit den in Art. 31 Abs. 1 lit. a-d IStGH-Statut kodifizierten Straffreistellungsgründen der Schuldunfähigkeit infolge seelischer Störung oder Rauschzustandes, der Notwehr und des (Nötigungs-)Notstandes¹⁶ ebenso wie mit dem Problem des Tat- oder Rechtsirrtums (Art. 32 IStGH-Statut), dem Handeln auf Befehl (Art. 33 IStGH-Statut) und sonstigen, im IStGH-Statut nicht ausdrücklich geregelten Straffreistellungsgründen (vgl. Art. 31 Abs. 3 i.V.m. Art. 21 IStGH-Statut).¹⁷ Zu den „procedural defences“ zählt er das Verbot der Doppelbestrafung, die Immunitäten, Amnestien, Begnadigungen und sonstige Strafverzichte sowie andere „Verfahrenshindernisse“ wie Verjährung, Strafunmündigkeit, Verhandlungsunfähigkeit und die aus dem Common Law herrührende Doktrin des „Abuse of process“.

Der zweite Band (Volume II) besteht aus 384 Druckseiten und gliedert sich in insgesamt sechs Kapitel. Kapitel I (S. 1-45) ist dem Völkermord (Genocide) gewidmet. Nach Erläuterung der historischen Entwicklung (legal history), des Begriffes (definition) und der Struktur (structure) des Völkermordtatbestandes sowie der durch ihn geschützten Rechtsgüter (protected legal interests – S. 1-5) untersucht *Ambos* die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale (*actus reus/mens rea*) der völkerrechtlichen Strafnorm (S. 5 ff. und 18 ff.). Im Rahmen der Analyse des objektiven Tatbestandes stellt er zunächst zutreffend fest, dass entgegen den zu Art. 6 IStGH-Statut verabschiedeten Verbrechenselementen ein zusätzliches (objektives) „Kontextelement“ für die Begehung von Völkermord von Rechts wegen nicht erforderlich ist, wengleich es in den meisten Fällen faktisch vorliegen und die subjektiv geforderte Vernichtungsabsicht indizieren dürfte (S. 17). In einem gesonderten Abschnitt (S. 21-45) geht er unter anderem ausführlich auf die in der internationalen Rechtsprechung und Lehre unterschiedlich beurteilte Frage ein, ob für die Erfüllung des „special or specific intent“ die bloße Kenntnis von der vollständigen oder teilweisen Zerstörung der tatbestandlich geschützten Personengruppe ausreicht (sog. „knowledge-based approach“¹⁸) oder stets zielgerichte-

¹⁵ Zu weitergehenden Unterteilungen vgl. S. 302 ff. des rezensierten Werkes (Bd. 1).

¹⁶ Grundlegend zu einer Straffreistellung aufgrund „duress“ siehe ICTY, Urt. v. 29.11.1996 und v. 7.10.1997 - IT-96-22-T/IT-96-22-A (Prosecutor v. Erdemović), Rn. 16 ff. bzw. Rn. 19 und Disposition 4.

¹⁷ Zu den nicht explizit im IStGH-Statut genannten Straffreistellungsgründen gehören insbesondere die – freilich nur noch begrenzt anwendbaren – humanitär-völkerrechtlichen Einwände der militärischen Notwendigkeit (military necessity) und der Repressalie (reprisal).

¹⁸ Dazu die Einzelnachweise auf S. 25-27 des rezensierten Werkes (Bd. 2).

tes Handeln, i.e. Absicht im engeren Sinne oder *dolus directus* 1. Grades, gegeben sein muss (sog. „purpose-based approach“¹⁹). Ausgehend von einer systematischen und teleologischen Interpretation des Art. 6 IStGH-Statut präferiert der *Verf.* eine Kombination der in der völkerstrafrechtlichen Literatur vertretenen Lösungsansätze (combined structure- and knowledge-based approach): Während es bei Angehörigen der unteren Hierarchieebene (low-level perpetrators) genüge, dass diese wüssten, dass sie Teil einer (größer angelegten) genozidalen Kampagne (genocidal campaign) seien und durch ihr Verhalten zur Umsetzung des kollektiven Vernichtungsvorhabens beitragen (S. 29), müssten Angehörige der mittleren und höchsten Hierarchieebene (mid- and top-level perpetrators) für eine täterschaftliche²⁰ Haftung in eigener Person *Zerstörungsabsicht* aufweisen (S. 30 f.).

In Kapitel II (S. 46-116) behandelt der *Autor* Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Crimes against Humanity). Die Grundlage der Untersuchung bildet Art. 7 IStGH-Statut, dessen historische Vorläufer²¹ ebenso skizziert werden wie die Entstehung, der Inhalt und die Bedeutung des sog. „Kontext-“ oder „Gesamtstatelementes“²² (S. 46 ff. und 50 ff.). Bezüglich der Frage der Anwendbarkeit von Art. 7 IStGH-Statut auf nicht-staatliche Gruppierungen (non-state entities) tritt *Ambos* berechtigterweise für eine restriktive Auslegung des Politikelementes in Art. 7 Abs. 2 lit. a IStGH-Statut ein (S. 72-75). Offen bleibt indes, welche Kriterien eine „Organisation“ i.S.d. vorgenannten Vorschrift seiner Auffassung nach aufweisen muss, um einem staatlichen Gewaltakteur gleichgestellt werden zu können (S. 75). Das Kapitel schließt mit Anmerkungen zu den in Art. 7 Abs. 1 lit. a-k IStGH-Statut angeführten Einzelaten (S. 79-116).

Anhand der Regelung des Art. 8 IStGH-Statut stellt der *Verf.* in Kapitel III (S. 117-183) die verschiedenen Arten von Kriegsverbrechen (War Crimes) dar. Dabei verweist er zu Beginn des Kapitels (S. 119 f.) darauf, dass die Bestimmung

¹⁹ So vor allem die Rechtsprechung der beiden Ad hoc-Tribunale seit der Entscheidung im Fall Akayesu: ICTR, Urt. v. 2.9.1998 - ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), Rn. 498; ICTR, Urt. v. 4.9.1998 - ICTR-97-23-S (Prosecutor v. Kamukanda), para. 16; ICTR, Urt. v. 6.12.1999 - ICTR-96-3-T (Prosecutor v. Rutaganda), Rn. 60 f.; ICTR, Urt. v. 7.6.2001 - ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), para. 62; für das ICTY: Urt. v. 5.7.2001 - IT-95-10-A (Prosecutor v. Jelisić), para. 46; Urt. v. 19.4.2004 - IT-98-33-A (Prosecutor v. Krstić), para. 134; Urt. v. 17.1.2005 - IT-02-60-T (Prosecutor v. Blagojević & Jokić), Rn. 656.

²⁰ Zu den subjektiven Anforderungen an nicht-täterschaftliche Formen der Beteiligung am Völkermord vgl. S. 32 ff. des rezensierten Werkes (Bd. 2).

²¹ Siehe insbesondere Art. 6 lit. c des Statuts des Internationalen Militärgerichtshofes (IMG), Art. 5 ICTY-Statut und Art. 3 ICTR-Statut.

²² Vgl. Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut: „jede der folgenden Handlungen, die im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs begangen wird“ (*Hervorhebung des Rezensenten*).

entsprechend dem traditionellen „two-box approach“ zwischen Kriegsverbrechen, die im internationalen bewaffneten Konflikt verübt werden, und solchen im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt differenziert (siehe hierzu Art. 8 Abs. 2 lit. a und b IStGH-Statut einerseits und Art. 8 Abs. 2 lit. c und e IStGH-Statut andererseits).²³ Dieser Feststellung folgen detaillierte Ausführungen zum Vorliegen eines bewaffneten Konflikts (existence of an armed conflict – S. 122-130), zur mitunter schwierigen Qualifizierung des Konflikts als „international“, „nicht-international“ oder „internationalisiert“ (international, non-international or internationalized – S. 131-140), zur Beziehung zwischen dem bewaffneten Konflikt und den Einzeltaten (relationship between armed conflict and individual crimes – S. 140-144) sowie solche zu Tätern, geschützten Personen und Objekten (perpetrators, protected persons and objects – S. 144-152) und zum Sonderproblem der Behandlung von „de facto-“ oder „Quasi-Kombattanten“ (de facto combatants, membership approach and direct participation in hostilities – S. 152-160). Gleichermaßen sorgfältig wie überzeugend werden schließlich die einzelnen Kriegsverbrechenstatbestände kommentiert (S. 160-183). Allein aus deutscher Sicht wäre an mancher Stelle des Kapitels – so etwa auf S. 137 f., 152 ff. und 176 ff. – ein Hinweis auf die nationale Völkerstrafrechtspraxis, scil. die in weiten Teilen veröffentlichte Einstellungsverfügung des Generalbundesanwalts im Fall „Oberst Klein u.a.“ vom 16.4.2010²⁴ und diejenige zum „Drohneinsatz in Mir Ali/Pakistan am 4.10.2010“ vom 20.6.2013²⁵, wünschenswert gewesen.

Im nächsten Kapitel, Kapitel IV (S. 184-221), befasst sich der *Autor* mit dem seit der Review Conference von Kampala/Uganda im Jahr 2010 nunmehr in Art. 8bis IStGH-Statut kodifizierten Verbrechen der Aggression (Crime of Aggression). Nach Beschreibung des rechtsgeschichtlichen Hintergrundes, des Begriffes und der geschützten Rechtsgüter des in den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen (noch) als „the supreme international crime“²⁶ angesehenen Aggressionsverbrechens (S. 184-186) erläutert *Ambos* den Inhalt des in Kampala gefundenen Kompromisses einschließlich des vorausgegangenen Verhandlungsverlaufes (S. 186-196), gefolgt von einer kritischen Analyse (critical analysis) der verabschiedeten materiell- und verfahrensrechtlichen

²³ Im Sinne einer weitgehenden Assimilierung von im internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikt begangenen Taten dagegen §§ 8-12 VStGB, deren Systematik sich nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 14/8524, S. 23) an der „Entwicklung des humanitären Völkerrechts, die im Laufe der Jahrzehnte von der Unterscheidung zwischen dem Schutz von Personen und Eigentum auf der einen Seite (Genfer Recht) sowie der Limitierung des Einsatzes bestimmter Methoden und Mittel der Kriegführung auf der anderen Seite (Haager Recht) geprägt worden ist“, orientiert.

²⁴ Abgedruckt in NStZ 2010, 581.

²⁵ GBA NStZ 2013, 644 m. Anm. *Ambos*, NStZ 2013, 634.

²⁶ Siehe hierzu IMG, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, 30.9./1.10.1946, 1947, Bd. 1, S. 207 und die weiteren Nachweise in Fn. 4 auf S. 184 des rezensierten Werkes (Bd. 2).

Bestimmungen²⁷ (S. 196-220). Der zum Ende des Kapitels (S. 221) unter Bezugnahme auf den deutschen Richter und ehemaligen (zweiten) Vizepräsidenten des IStGH *Hans-Peter Kaul*²⁸ artikulierten Hoffnung, dass die Richter des IStGH nach Inkrafttreten der neuen Regelungen²⁹ jeden Versuch einer politischen Instrumentalisierung des Gerichtshofes zurückweisen werden, ist in vollem Umfang beizupflichten.

Außer den in Art. 5-8*bis* IStGH-Statut definierten völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen existiert nach Auffassung des *Verf.* in Kapitel V (S. 222-245) eine Reihe weiterer Straftaten, deren Bekämpfung ebenfalls im Interesse der internationalen Gemeinschaft liege und die Gegenstand verschiedener multilateraler Verträge seien, für die es jedoch bislang an einer supranationalen Strafgerichtsbarkeit fehle. Unter den Begriffen „Völkervertragsverbrechen“ (Treaty Crimes) oder „völkervertragsgestützte Delikte“³⁰ (Treaty-based Crimes) diskutiert der *Autor* im Folgenden die Rechtsphänomene des Terrorismus (terrorism – S. 228-234), des (transnationalen) Betäubungsmittelhandels (drug trafficking – S. 234-238), der Piraterie (piracy – S. 238-241) und der Folter (torture – S. 241-245), wobei er zu dem zutreffenden Ergebnis gelangt, dass derzeit keines der genannten „Delikte“ *eo ipso*³¹ den Charakter eines Völkerrechtsverbrechens aufweist.³²

Im letzten Kapitel, Kapitel VI (S. 246-307), setzt sich *Ambos* mit den Konkurrenzen (Concursus Delictorum – S. 246 ff.) und der Strafzumessung (Sentencing – S. 267 ff.) im Völkerstrafrecht auseinander. Nach einem kurzen Problemaufriss (S. 246 f.) skizziert er die maßgeblichen konkurrenzrechtlichen Regeln, innerhalb derer er zwischen Idealkonkurrenz (concurso idéal/concurso ideal) und Realkonkurrenz (concurso réel/concurso real) sowie – soweit dasselbe Verhalten (same criminal conduct) betroffen ist – „echter“ (Ideal-)Konkurrenz (‘true’ concurrence) und „scheinbarer“ oder „unechter“ (Gesetzes-)Konkurrenz (merger, apparent or ‘false’ concurrence, concursus apparent, concurso aparente, Gesetzesinheit) unterscheidet. Im Falle scheinbarer oder unechter Konkurrenz seien die Regeln der Spezialität (speciality) und Konsumtion (consumption) zu berücksichtigen (S. 248 f.).

²⁷ Neben der in Art. 8*bis* IStGH-Statut enthaltenen Definition des Aggressionsverbrechens regeln Art. 15*bis* und Art. 15*ter* IStGH-Statut die Bedingungen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit (exercise of jurisdiction) des IStGH.

²⁸ *Kaul*, GoJIL 2 (2010), 649 (657).

²⁹ Vgl. dazu die Abs. 2 und 3 der Art. 15*bis* und 15*ter* IStGH-Statut.

³⁰ Zu diesem Begriff *Kreß*, ZStW 114 (2002), 818 (829).

³¹ Terroristische Straftaten oder einzelne Folterhandlungen können allerdings – worauf *Ambos* auf S. 225 f. des rezensierten Werkes (Bd. 2) zu Recht hinweist – je nach Gestaltung des Falles die Voraussetzungen von Menschlichkeits- oder Kriegsverbrechen erfüllen.

³² Abweichend, indes nicht überzeugend, die Rechtsmittelkammer des Sondertribunals für den Libanon (STL), nach deren Ansicht „Terrorismus“ zumindest in Friedenszeiten völkergewohnheitsrechtlich als Völkerrechtsverbrechen strafbar sein soll (STL, Entsch. v. 16.2.2011 - STL-11-01/I [Interlocutory Decision on the Applicable Law], Rn. 83 ff.).

Hinsichtlich der Anwendung der dargelegten Grundsätze auf die einzelnen völkerstrafrechtlichen Delikte geht der *Verf.* – anders als etwa die Ad hoc-Tribunale³³ – von einer Normenhierarchie dergestalt aus, dass der Tatbestand des Völkermordes aufgrund seines spezifischen Schutzzweckes, der unterschiedlichen materiell-rechtlichen Voraussetzungen sowie insbesondere des subjektiv geforderten *dolus specialis* (sonstigen) Verbrechen gegen die Menschlichkeit und diese wegen ihres unrechts- und schulderhöhenden Kontextelementes wiederum Kriegsverbrechen vorgehen (S. 251 ff.). Angesprochen wird ferner der seit der Appeals Chamber-Entscheidung vom 20.2.2001 im Čelebići-Verfahren³⁴ vom ICTY und ICTR in gefestigter Rechtsprechung³⁵ angewandte sog. „different elements“- oder „reciprocal speciality“-Test (S. 255). Danach komme eine multiple Verurteilung (multiple conviction) nur dann in Betracht, wenn „each statutory provision involved has a materially distinct element not contained in the other. An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other.“³⁶ Als mit Blick auf die Informations- und Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift bedenklich erachtet der *Autor* in diesem Zusammenhang dagegen die Praxis³⁷ der Ad hoc-Strafgerichtshöfe, kumulative Anklagen (cumulative charging) wegen mehrerer durch dieselbe Handlung verwirklichter Völkerrechtsverbrechen zuzulassen (S. 256 f.). Nach Darstellung der Auswirkungen der Konkurrenzregeln auf die verschiedenen völkerstrafrechtlichen Tatbestände (S. 257-259) und die Strafbemessung (S. 259-265) spricht sich *Ambos* im Ergebnis für eine regelmäßig niedrigere Strafe (lower punishment) im Falle der Begehung idealkonkurrierender Delikte gegenüber realkonkurrierenden Delikten aus (S. 266). Die Strafe soll bei Vorliegen von Idealkonkurrenz nach Meinung des *Verf.* grund-

³³ Für einen „equal treatment approach“ von crimes against humanity und war crimes z.B. ICTY, Urt. v. 26.1.2000 - IT-94-1-A & IT-94-1-*Abis* (Prosecutor v. Duško Tadić), Rn. 69. Zu weiteren Nachweisen siehe Fn. 34 auf S. 252 des rezensierten Werkes (Bd. 2).

³⁴ ICTY, Urt. v. 20.2.2001 - IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalić u.a.), Rn. 412 ff.

³⁵ So etwa ICTY, Urt. v. 5.7.2001 - IT-95-10-A (Prosecutor v. Jelisić), Rn. 82; ICTY, Urt. v. 23.10.2001 - IT-95-16-A (Prosecutor v. Kupreškić u.a.), Rn. 387 f.; ICTY, Urt. v. 19.4.2004 - IT-98-33-A (Prosecutor v. Krstić), Rn. 218; für das ICTR: Urt. v. 16.11.2001 - ICTR-96-13-A (Prosecutor v. Musema), Rn. 358 ff.; Urt. v. 13.12.2004 - ICTR-96-10-A und ICTR-96-17-A (Prosecutor v. Ntakirutimana & Ntakirutimana), Rn. 542; Urt. v. 28.11.2007 - ICTR-99-52-A (Prosecutor v. Nahimana u.a.), Rn. 1019. Dem folgend auch IStGH (Chamber), Entsch. v. 15.6.2009 - ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo), Rn. 202 mit Fn. 277.

³⁶ ICTY, Urt. v. 20.2.2001 - IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalić u.a.), Rn. 412.

³⁷ Vgl. nur ICTY, Urt. v. 20.2.2001 - IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalić u.a.), Rn. 400.

sätzlich dem Straftatbestand mit der höchsten Strafandrohung entnommen werden, bei Realkonkurrenz sollen indessen „joint“ oder „combined sentences“ gebildet werden, welche über der Höchststrafe des schwersten verwirklichten Deliktes liegen müssten, aber angesichts des „totality principle“³⁸ die Summe der „Einzelstrafen“ nicht überschreiten dürften (ebd.). In Bezug auf die Strafzumessung im engeren Sinne betont der *Autor* zunächst die Bedeutung des nulla poena sine lege-Grundsatzes (S. 271-277), bevor er sich dem mehr oder weniger umfangreich kodifizierten³⁹ Strafzumessungsrecht (S. 277-283) und den einzelnen Strafzumessungsfaktoren (sentencing factors – S. 283-302) zuwendet. Zum Abschluss des Buches schlägt *Ambos* unter der Überschrift „Towards a structured sentencing regime for the ICC“ (S. 302) einen aus fünf Schritten bestehenden Strafzumessungsansatz (five-step approach) vor, um zu einer im Einzelfall tat- und schuldangemessenen Strafe zu gelangen (S. 307): In einem ersten Schritt müsse der Richter das anwendbare Recht (the applicable law), namentlich die Art. 77 und 78 IStGH-Statut sowie die Regeln 145-148 der Verfahrens- und Beweisordnung des Gerichtshofes identifizieren. In einem zweiten Schritt seien die relevanten Straftheorien (the relevant theories of punishment) zu definieren und in Beziehung zur Strafzumessung zu setzen. In einem dritten Schritt müsse der konkret zu entscheidende Fall im Hinblick auf die Schwere des begangenen Verbrechens (gravity of the offence) und die übrigen strafmildernden sowie strafschärfenden Tatumstände (other circumstances of mitigation and/or aggravation) „diskutiert“ werden, wobei hier gegebenenfalls die zuvor erörterten Konkurrenzregeln zu beachten seien. In einem vierten Schritt müsse auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung (overall assessment) sämtlicher Strafzumessungsgesichtspunkte für jeden (verbleibenden) Anklagepunkt/jedes Delikt die konkrete (Einzel-)Strafe sowie eine „Gesamtstrafe“ (joint sentence) festgesetzt werden. In einem fünften und letzten Schritt sei sodann die Frage nach einer möglichen Reduzierung der Gesamtstrafe (possible reduction of the joint sentence) zu stellen.

Alles in allem werden die nunmehr vorliegenden ersten beiden Bände des Gesamtwerkes von *Ambos* zum Völkerstrafrecht in jeder Hinsicht den an sie vom *Verf.* selbst gestellten Anforderungen gerecht. Beide Bände imponieren durch eine klare Struktur und einen stringenten Aufbau. Dem *Autor* gelingt es mit ihrer Hilfe in vorzüglicher Weise, die mit der Rechtsmaterie „Völkerstrafrecht“ verbundenen vielfältigen materiell-rechtlichen Probleme verständlich und umfassend zu erörtern, wobei er nicht nur rein deskriptiv vorgeht und den jeweiligen Streitstand im internationalen wie nationalen Recht wiedergibt, sondern stets eigene Lösungsansätze präsentiert, denen in nahezu allen Fällen eine starke Über-

zeugungskraft innewohnt. Nicht zuletzt wegen ihres jeweils vorbildhaft umfangreichen Anmerkungsapparates stellen die hier rezensierten Bände zum „Allgemeinen Teil“ sowie „Besonderen Teil“ des International Criminal Law eine wahre Fundgrube an weiteren Erkenntnisquellen dar, die speziell dem auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts tätigen Rechtspraktiker bei der täglichen Arbeit von großem Nutzen sein wird. Auch dem interessierten Rechtswissenschaftler, der sich mit der Disziplin Völkerstrafrecht (vertieft) befassen möchte, sind die rezensierten Bücher wärmstens zu empfehlen. Es darf schließlich ohne jeden Zweifel angenommen werden, dass der noch ausstehende dritte Band der Reihe, der dem Völkerstrafprozessrecht gewidmet sein soll, an das hohe wissenschaftliche Niveau der schon veröffentlichten Bände nahtlos anknüpfen wird. Sein baldiges Erscheinen ist zu erhoffen.

StA (GL) Dr. Christoph Barthe, GBA, Karlsruhe

³⁸ Dazu ICTY, Urt. v. 20.2.2001 - IT-96-21-A (Prosecutor v. Delalić u.a.), Rn. 429 mit Fn. 663.

³⁹ Siehe hierzu im Einzelnen Art. 24 ICTY-Statut, Art. 23 ICTR-Statut, Regeln 100-106 und 99-106 der Rules of Procedure and Evidence des ICTY und ICTR, Art. 77-80 IStGH-Statut sowie die Regeln 145-148 der Rules of Procedure and Evidence des IStGH.

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

Jan Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachwalts Strafrecht, Carl Heymanns, Köln 2012, 1.790 S., € 139,-

Das Handbuch des Fachwalts Strafrecht von *Jan Bockemühl* liegt mittlerweile in der 5. Auflage vor und umfasst nahezu 1.800 Seiten. Daher versteht sich die nachfolgende Rezension nicht als Versuch, einzelne Aspekte dieses Werks herauszugreifen, sondern soll aus Sicht eines Praktikers einen groben Überblick über das Handbuch geben. Das Buch wendet sich sowohl an den erfahrenen Strafverteidiger und Fachanwalt für Strafrecht als auch an Berufsanfänger beziehungsweise an die Rechtsanwälte auf dem Weg zum Fachanwalt für Strafrecht. Es soll allen Benutzern eine praktische und wissenschaftlich fundierte Arbeitshilfe sein, indem hierdurch sowohl praktische als auch theoretische Kenntnisse vermittelt werden.

Ausweislich des Autorenverzeichnisses haben an dieser Auflage einer Reihe äußerst renommierter Strafverteidiger mitgewirkt, deren Erfahrungsschatz in das zu rezensierende Handbuch Eingang gefunden hat. Ferner wirkten neben Rechtsanwältinnen auch noch Richter unterschiedlicher Instanzen, ein Oberstaatsanwalt, Diplompsychologen sowie Rechtspfleger mit, um auch deren Erfahrungsschatz zu integrieren, wobei besonderer Wert darauf gelegt wurde, speziell die für die anwaltliche Tätigkeit relevanten Gesichtspunkte zu vermitteln.

Thematisch gliedert sich das Werk in elf Teile, die für die anwaltliche Praxis von besonderer Relevanz sind. Das Werk beginnt mit einer Übersicht über die allgemeine Rolle des Strafverteidigers und geht sodann über in die für die jeweiligen Abschnitte eines Strafverfahrens 1. Instanz relevanten Verfahrensabschnitte. Daran schließt sich ein Kapitel über den Rechtsmittelzug an, wobei besonderes Augenmerk auf die Berufung, die Revision und in diesem Zusammenhang die Wiederaufnahme eines Verfahrens gelegt wurde. Das Werk leitet über in die im Rahmen der Strafvollstreckung maßgeblichen Gesichtspunkte. Besonders hervorzuheben ist, dass das Handbuch besonderes Augenmerk auf die Verteidigung in speziellen Verfahren legt, so in Kapital-, Steuer-, Betäubungsmittel-, Wirtschafts-, Sexual-, Jugend-, und Verkehrsstrafsachen, die aufgrund der damit verbundenen speziellen Materie zahlreiche Besonderheiten aufweisen, denen die Verteidigung Rechnung tragen muss. Weiter behandelt das Buch die Vertretung von Verletzten und Zeugen, instanzübergreifende Fragen der Strafverteidigung, die Stellung des Sachverständigen im Strafprozess und die Strafverteidigung im Zusammenhang mit den Medien. Das Werk schließt mit der Behandlung der Rechtsanwaltsvergütung.

Die *Verf.* des Werkes haben einen Aufbau gewählt, wonach die für das tägliche Arbeitsgebiet des Verteidigers relevante Materie vor die Klammer gezogen wurde, sodass dieser Teil von einem Berufseinsteiger sinnvoll „am Stück“ gelesen werden kann, ohne zugleich mit einer Reihe von Ausnahmen oder Besonderheiten konfrontiert zu werden. Jedoch bietet das Werk genug Gelegenheit losgelöst von allgemeinen Ausführungen die für die jeweiligen Verfahren notwendigen

besonderen Kenntnisse in den einschlägigen Kapiteln zu vertiefen. Dies birgt jedoch die Gefahr, dass sich ein gesuchtes Problem möglicherweise nicht immer an der Stelle findet, an der es der Leser vermuten könnte. Jedoch ist dieses Manko angesichts der äußerst gelungenen und übersichtlichen Darstellung als vernachlässigbar anzusehen.

Positiv ist anzumerken, dass das Handbuch schon durch eine übersichtliche und sinnvoll strukturierte Grobgliederung besticht, die ihrerseits jeweils vorab nochmals detaillierter untergliedert ist, um in den jeweiligen Abschnitten eine rasche Suche anhand von Schlagworten zu ermöglichen. Innerhalb der jeweiligen Teile sind an den jeweils relevanten Stellen Schemata eingebaut, die gerade in komplexen Zusammenhängen eine zusätzliche Übersicht bieten. Ferner sind an den entsprechenden Stellen Hinweise eingebaut, die die erforderlichen praktischen Schritte vermitteln, um im jeweiligen Einzelfall die seitens des Verteidigers zu veranlassenden Maßnahmen darstellen. Gerade für den Berufsanfänger, aber auch für den langjährig tätigen Verteidiger, finden sich immer wieder Formulare und Muster für Anträge oder Schriftsätze an das Gericht, die sich auf die wesentlichen und entscheidenden (Rechts-)Fragen beschränken. Besonders gelungen sind die Musterschriftsätze im Vorfeld und zu Beginn der Hauptverhandlung. In positiver Hinsicht fällt weiter auf, dass den Rechten des Untersuchungsgefangenen und deren Durchsetzung durch den Verteidiger im vorliegenden Werk besonderes Augenmerk gewidmet wurde. Mustergültig ist der Aufbau der im Rahmen der Revision vorzutragenden Umstände, mit dem Ziel, die gängigen Fehler bei der Abfassung einer Verfahrensrüge zu vermeiden.

Die Neuauflage enthält selbstverständlich die Aktualisierungen hinsichtlich der Nachweise zur Rechtsprechung und zur Literatur. Auch wurde das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts sowie des Zweiten Opferrechtsreformgesetzes eingearbeitet. Da Rechtsprechung und Literatur bis Ende September 2011 berücksichtigt wurde, konnte die für die Praxis bedeutsame Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.3.2013 (Az.: 2 BvR 2628/10) zur Verständigung im Strafverfahren noch nicht berücksichtigt werden. Besonders hervorzuheben ist aber, dass die jeweiligen *Autoren* an den relevanten Stellen in den Fußnoten die jeweils einschlägige und gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung aufgeführt haben, ohne dabei die Lesbarkeit des Textes zu beeinträchtigen. Durch den Verzicht auf überflüssige Darstellungen dogmatischer wissenschaftlicher Abhandlungen erzielt das Werk eine besondere Praxisnähe.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das vorliegende Werk nicht nur jedem Berufsanfänger uneingeschränkt zum Studium zu empfehlen ist, sondern auch und gerade erfahrenen Verteidigern die Gelegenheit bietet, spezielle und nicht alltäglich vorkommende Problemkreise näher zu vertiefen. Nicht zuletzt darf auch nicht unbemerkt bleiben, dass das Handbuch nicht nur für den Verteidiger, sondern auch für Richter und Staatsanwälte geeignet ist, um in bestimmten Fällen ein anwaltliches Vorgehen nachvollziehen zu können.

Richter Roland Kalkofen, Heilbronn

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

Rita Haverkamp, Frauenvollzug in Deutschland – Eine empirische Untersuchung vor dem Hintergrund der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, Duncker & Humblot, Berlin 2011, 926 S., Printausgabe: € 124,-; E-Book: € 112,-

Rita Haverkamps Buch über den Frauenstrafvollzug in Deutschland schildert die rechtlichen Grundlagen und die Lebenswirklichkeit in einem Bereich des deutschen Justizvollzugs, der in der insgesamt recht dürftigen deutschen Strafvollzugsforschung sogar noch eine negative Sonderstellung einnimmt. Kernstück des Werks ist eine umfangreiche empirische Untersuchung der *Autorin* im Frauenvollzug; Aufhänger des dem Buch zugrundeliegenden Projekts waren die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze in der Fassung von 1987. Es handelt sich dabei um eine Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats an die Mitgliedstaaten, mit der die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) für den Strafvollzug konkretisiert wird. Während der Projektzeit, allerdings nach Abschluss der Datenerhebung gab es zwei bemerkenswerte Ereignisse: Die überarbeiteten Europäischen Strafvollzugsgrundsätze wurden Anfang 2006 als Rec(2006)2 on the European Prison Rules verabschiedet, und im Mai desselben Jahres merkte das BVerfG in seiner Entscheidung zum Jugendstrafvollzug an, dass es ein Indiz für einen Verstoß eines (Jugend-)Strafvollzugsgesetzes gegen Grundrechte sei, wenn es internationale Standards zum Menschenrechtsschutz wie z. B. die Europarats-Empfehlungen nicht berücksichtige.¹ Die Empfehlungen, die als „soft law“ keine bindende Wirkung haben, wurden also auch vom BVerfG als Auslegungshilfe anerkannt und damit aufgewertet. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte sich schon länger dieser Empfehlungen und auch der Berichte und Standards des Europäischen Anti-Folter-Komitees bei der Auslegung von Art. 3 EMRK (Folterverbot) bedient.²

Auch wenn Haverkamps Buch nicht das einzige Werk aus den vergangenen Jahren ist, das sich derart grundlegend mit dem Frauenvollzug beschäftigt, so verkleinert es doch die riesige Forschungslücke ganz erheblich. Der Vollständigkeit halber sei hier noch Zolondeks Buch über „Lebens- und Haft-

bedingungen im deutschen und europäischen Frauenvollzug“ (2007) erwähnt. Darin werden Ergebnisse der „Internationalen Studie zum Frauenvollzug“ präsentiert, die als eines von bisher drei Projekten zur Menschenrechtssituation im Strafvollzug in Europa am Lehrstuhl für Kriminologie der Universität Greifswald (dem alten Team der *Rezensentin*) lief.³ Auch in diesen drei Projekten ging es letztlich um die Umsetzung der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze in der Praxis des Strafvollzugs. Haverkamps Untersuchung und die Greifswalder Projekte sind allerdings nicht etwa redundant, sondern ergänzen sich sehr gut. Zum einen unterscheiden sich die Untersuchungsmethoden und -instrumente, zum anderen stellten die Greifswalder Untersuchungen den internationalen Vergleich in den Vordergrund, während Haverkamp ein nationales System umfangreich erforscht.

Worum geht es im Einzelnen? Im Wesentlichen berichtet das Buch von einer empirischen Untersuchung im Frauenstrafvollzug in Deutschland, die drei Untersuchungsteile umfasst. Eigentlich jedoch sind es drei Untersuchungen mit einem gemeinsamen Thema.

Den Ergebnisteilen zu den Untersuchungen sind Kapitel vorangestellt, in denen das Forschungsfeld abgesteckt wird. Auf ca. 40 Seiten werden die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze vorgestellt, wobei ihre Bedeutung für die Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG nur sehr kurz umrissen wird. Die Rechtsprechung des EGMR zu Haftbedingungen wird ein bisschen knapp auf Entscheidungen zu Art. 3 EMRK reduziert, tatsächlich gibt es auch wichtige Entscheidungen zum Recht auf Korrespondenz (Art. 8 EMRK), den Zugang zu Gerichten (Art. 6 Abs. 1 EMRK), zum Wahlrecht (Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls) und zum Recht auf Familienleben (Art. 8 EMRK).⁴ Hier hätte es sich gelohnt, das 2009 erschienene Buch „Principles of European Prison Law and Policy“ von *van Zyl Smit* und *Snacken* noch mit einzuarbeiten.

Im zweiten Kapitel (S. 89-115) gibt es einen kurzen Überblick über die Erklärungsansätze für abweichendes Verhalten von Frauen, das sowohl in der registrierten Kriminalität als auch in der Dunkelfeldforschung in Häufigkeit und Schwere deutlich hinter dem von Männern zurückbleibt. Eine befriedigende Lösung für dieses Rätsel ist bis heute nicht gefunden.

¹ BVerfGE 116, 69 (90).

² Der Rückgriff auf internationale Standards begann bereits vor der Verabschiedung der ersten Fassung der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze (R(73)5 on the European Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners). Die Europäische Kommission für Menschenrechte hatte in ihrem Bericht zur Staatenbeschwerde von Dänemark, den Niederlanden, Norwegen und Schweden gegen Griechenland („Greek Case“) die United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners von 1955 als Maßstab für unmenschliche und herabwürdigende Behandlung durch Haftbedingungen verwendet, „The Greek Case“, Yearbook of the European Convention on Human Rights 12 (1969), Supplement, S. 468; siehe auch *Rodley/Pollard*, The Treatment of Prisoners Under International Law, 3. Aufl. 2009, S. 393 f.

³ Bei den beiden anderen handelt es sich um die „Mare Balticum Prison Study“, *Dünkel*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 99, sowie das Projekt „Langstrafenvollzug und die Frage der Menschenrechte in Staaten der Europäischen Union“, das die *Rezensentin* geleitet hat, *Drenkhahn/Dudeck/Dünkel* (Hrsg.), Long-term Imprisonment and Human Rights, (erscheint im Sommer 2014).

⁴ EGMR (Plenum), Entsch. v. 21.2.1975 - 4451/70 (Golder v. das Vereinigte Königreich); EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 6.10.2005 - 74025/01 (Hirst v. das Vereinigte Königreich [Nr. 2]); EGMR (Große Kammer), Entsch. v. 4.12.2007 - 44362/04 (Dickson v. das Vereinigte Königreich). Zu Hirst und Dickson *van Zyl Smit/ Snacken*, in: Crawford (Hrsg.), International and Comparative Criminal Justice and Urban Governance, 2011, S. 168.

Im dritten Kapitel (S. 116-180) berichtet *Haverkamp* Erkenntnisse aus den offiziellen Strafvollzugsstatistiken zum Frauenvollzug, über Prisonisierungseffekte, Behandlungsansätze im Frauenvollzug und die deutschen gesetzlichen Grundlagen des Vollzugs in den Bundesländern, in denen zwei Untersuchungsteile stattfanden (Bundesstrafvollzugsgesetz für Nordrhein-Westfalen und Bayerisches Strafvollzugsgesetz). Die beiden Abschnitte über Prisonisierungseffekte und Behandlungsansätze haben mich nicht vollends überzeugt. Im Teil über die Auswirkungen von Freiheitsentzug werden sehr viele Erkenntnisse mit Fundstellen aus dem Strafvollzugslehrbuch von *Laubenthal* belegt, die jedoch von anderen anderswo zuerst beschrieben wurden wie z.B. die fünf klassischen Haftdeprivationen („pains of imprisonment“). Man mag meinen, dass es sich dabei um Binsenweisheiten der Vollzugsforschung handelt, aber trotzdem darf man darauf hinweisen, dass sie zuerst von *Sykes* in „The Society of Captives“ (1958) dargestellt wurden. Insgesamt hätte hier die klassische US-amerikanische gefängnissoziologische Literatur noch besser verarbeitet werden können.⁵ Auch zu psychischen Auswirkungen von Gefangenschaft gibt es weitaus mehr kontroverse Literatur, als man nach der Lektüre dieses Abschnitts annehmen möchte. Die umfangreiche internationale Literatur, insbesondere aus Großbritannien und Frankreich,⁶ zur Bedeutung des Anstaltsklimas wird gar nicht erwähnt. Dagegen könnte man einwenden, dass es ja um den deutschen Frauenvollzug ging. Das greift allerdings zu kurz: Die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze wie auch andere neuere Europaratsempfehlungen gehen von den Erkenntnissen der internationalen Forschung aus, ebenso übrigens wie das Strafvollzugsgesetz; außerdem ist die Gefängnisforschung anderswo weiter als in Deutschland, so dass man sich damit zumindest auseinandersetzen muss. Ähnlich ist es im Abschnitt über Behandlungsansätze im Frauenvollzug. M.E. hätte die *Autorin* sich auch hier umfangreicher mit der ausländischen Literatur auseinandersetzen müssen.⁷

Das vierte Kapitel (S. 181-238) ist zwar mit „Methoden der Untersuchung“ überschrieben, liefert aber zunächst einmal einen Überblick über die Forschung zu den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen sowie zum Frauenvollzug im In- und Ausland. Im Anschluss werden die konkreten Ziele dieser Arbeit beschrieben. Neben der Untersuchung der Umsetzung der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze ist dies die

Herausarbeitung der Besonderheiten des Frauenvollzugs, insb. im Hinblick auf die Bedürfnisse weiblicher Inhaftierter, sowie das Ausloten der Resozialisierungschancen von weiblichen Gefangenen. Im Hinblick auf letzteres sieht *Haverkamp* völlig zu Recht das Problem, dass eventuelle Resozialisierungserfolge erst nach der Entlassung auftreten können und hier also unmittelbare Erfolgserlebnisse nur schwer zu erreichen seien, was letztlich den Behandlungserfolg gefährde (S. 212).

Es folgen dann die Ergebnisse der drei empirischen Untersuchungen. Die Erste war eine schriftliche Befragung der Strafvollzugsämter der Länder und der Justizvollzugsanstalten, in denen weibliche Gefangene untergebracht waren, in den Jahren 2003 und 2004 (S. 239-354). Hier wurden sehr detailliert Zahlen, aber auch Konzepte zur Organisation und Gestaltung des Frauenvollzugs erhoben, die einerseits die Bandbreite der allgemeinen vollzuglichen Fragen abdecken, andererseits aber auch besondere Problemlagen des Frauenvollzugs erfassen wie z.B. die Gestaltung von Mutter-Kind-Einrichtungen, Schwangerschaft und Entbindung während der Verbüßung einer Freiheitsstrafe, die ziemlich erstaunliche Lockerungsvariante „Hausfrauenfreigang“, frauenspezifische Betreuungsangebote sowie die im Frauenvollzug – wohl – noch weiter als im Männervollzug verbreiteten stoffgebundenen Abhängigkeiten. Diese Untersuchung ist eine echte Fundgrube an Informationen, die sehr deutlich vor Augen führt, wie lückenhaft die deutschen Strafvollzugsstatistiken doch sind, denn über viele wichtige Merkmale der Gefangenenpopulation liefert auch die jährliche Statistik über die „Demographischen und kriminologischen Merkmale der Strafgefangenen“ (Fachserie 10, Reihe 4.1) keinen Aufschluss.

Die zweite Untersuchung ist eine Aktenanalyse des Entlassungsjahrgangs 2004 der JVA Aichach in Bayern und des Entlassungsjahrgangs 2003 der JVA Willich II in Nordrhein-Westfalen (S. 355-504). Die Datenerhebung fand ab Mitte 2004 bis Ende 2005 statt. Hier ging es um den Haftverlauf und die konkrete Vollzugsgestaltung für weibliche Gefangene und damit um die Frage, inwieweit die in der ersten Untersuchung von den Landesjustizverwaltungen und den Anstalten berichteten Organisationsstrukturen, Ressourcen und Konzepte bei den Gefangenen auch ankommen. In beiden Anstalten wurde aus dem jeweiligen Entlassungsjahrgang eine Zufallsstichprobe gezogen (insgesamt 330 Fälle). Diese Stichprobe wird zunächst einmal auf über 50 Seiten ausführlich vorgestellt. Das ist m.E. zu viel, denn viele der Analysen in diesem Abschnitt sind letztlich für die Vollzugsgestaltung unerheblich, also für dieses Buch nicht relevant. Allerdings sind sie kriminologisch interessant. Nur wird kaum jemand, der sich z.B. mit der Länge der Untersuchungshaft, den Einweisungsgründen in den Justizvollzug oder der Frage, bei welchen Schäden es welche Strafen gibt, beschäftigt, in ein Buch zur Implementation der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze im deutschen Frauenvollzug schauen. Hier hätte es sich angeboten, die ausführlichen Analysen in einem oder mehreren Aufsätzen auszukoppeln.

Im Abschnitt über die Vollzugsgestaltung und den Vollzugsverlauf setzt sich die sehr detaillierte Auswertung fort, hier jedoch ist sie vollkommen angemessen. Sehr interessant

⁵ Z.B. auch *Irwin/Cressey*, *Thieves, Convicts and the Inmate Culture*, *Social Problems* 1962, S. 142 ff., wo die *Autoren* das „importation model“, zu Deutsch: die kulturelle Übertragungstheorie, erstmals beschreiben.

⁶ Beispiele: Großbritannien: *Sparks/Bottoms/Hay*, *Prisons and the Problem of Order*, 1996; *Liebling*, *Prisons and Their Moral Performance*, 2004; *Bennett/Crewe/Wahidin* (Hrsg.), *Understanding Prison Staff*, 2007; *Crewe*, *The Prisoner Society*, 2009; Frankreich: *Rostaing*, *La relation carcérale*, 1997; *Chauvenet/Rostaing/Orlic*, *La violence carcérale en question*, 2008; *Benguigui/Guilbaud/Malochet* (Hrsg.), *Prisons sous tensions*, 2011.

⁷ Ein Ansatzpunkt ist die Meta-Analyse von *Dowden/Andrews*, *Crime & Delinquency* 1999, 438.

sind bereits die Befunde zur Vollzugsplanung: In einer der Anstalten hatte kaum eine der Frauen aus der Stichprobe eine Behandlungsuntersuchung absolviert, und entsprechend war für kaum eine Frau ein Vollzugsplan entworfen worden. Zwar sind die Verweildauern im Frauenstrafvollzug so kurz, dass in vielen Fällen eine Behandlungsuntersuchung und ein Vollzugsplan nach §§ 6, 7 StVollzG nicht geboten erscheinen. Im Ergebnis würde das aber bedeuten, dass man Resozialisierung bei einer Multi-Problem-Gruppe einfach irgendwie versucht, was letztlich nicht funktionieren kann. Es scheint hier eher angezeigt, wegen der kurzen Dauer besonders gute Vollzugspläne zu machen, um nicht Zeit mit Zuwarten und Leerlauf zu vergeuden. Die *Autorin* findet denn auch verhältnismäßig deutliche Worte für die Befunde (S. 418, Fn. 176: „Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit“ wegen sehr lückenhafter Dokumentation). Das Problem zieht sich erwartungsgemäß durch wesentliche Behandlungsfelder des Resozialisierungsvollzugs: In der Anstalt mit der unzureichenden Vollzugsplanung wurde weniger Frauen eine Arbeit zugewiesen, weniger Frauen nahmen an schulischen oder beruflichen Bildungsmaßnahmen teil, und die Lockerungspraxis war restriktiver. Mehr soll an dieser Stelle über die Befunde nicht verraten werden.

Bei der dritten Untersuchung handelt es sich um qualitative Interviews mit Gefangenen und Bediensteten in den Justizvollzugsanstalten Aichach und Willich II (S. 508-665 [Gefangene], 666-819 [Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter]). Mit den Insassinnen und mit Bediensteten des Allgemeinen Vollzugsdienstes wurden teilstandardisierte Interviews mit Hilfe von Fragebögen mit geschlossenen und offenen Fragen geführt, wobei die Interviewten Fragen zu einigen Themenbereichen eigenständig schriftlich beantworten sollten. Ansonsten wurden die Antworten von den Interviewerinnen (neben der *Autorin* eine Diplomandin) schriftlich festgehalten. Mit Beschäftigten aus den Fachdiensten wurden offenere Leitfadenterviews geführt, die aufgenommen wurden.

Im Ergebnisteil zu den Gefangeneninterviews fällt erneut die Kleinteiligkeit des Berichts über den soziodemographischen Hintergrund der Interviewten auf. Es zeigt sich aber auch, dass die detaillierten Interviews mit Vollzugsstab und Gefangenen zum Haftverlauf und den sozialen Beziehungen in der Anstalt das Bild von der Umsetzung der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze aus der Aktenanalyse sehr gut ergänzen. Die Wahrnehmung der Gefangenen ihrer eigenen Situation und die Bewertung von bestimmten Situationen kann zu einem besseren Verständnis dessen beitragen, was unmenschliche und herabwürdigende Behandlung ausmacht. Die Perspektive der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Vollzug ist in der Forschung zwar in den letzten Jahren durchaus aufgegriffen worden,⁸ ist aber insgesamt eher unterbeforscht. Die Einstellungen der Beschäftigten zur Resozialisierung, zu einzelnen Aspekten ihrer Arbeit und ihre Sicht auf die Gefangenen sind aber entscheidend für einen menschenwürdigen Strafvollzug. Was in diesen Kapiteln des

Buches fehlt, ist eine Einordnung der Ergebnisse in den internationalen Forschungsstand. Hier wirkt das Versäumnis aus dem Abschnitt zur Prisonisierung fort. Gerade bei den umfangreichen Auswertungen zur Einschätzung der Atmosphäre im Vollzug und der sozialen Beziehungen drängt sich m.E. eine Diskussion im Lichte der britischen und französischen Forschung zum Anstaltsklima bzw. zu sozialen Beziehungen im Gefängnis auf.

Der oben erwähnte Anspruch auf Tiefe und Vollständigkeit führt mich zu einem Kritikpunkt, der in dieser Besprechung schon durchschien. Dieser Anspruch hat zur Folge, dass dieses trotz der Kritik im Einzelnen sehr wichtige Buch viel zu lang ist. Diejenigen, die es dringend lesen sollten, die Leitungen der Strafvollzugsabteilungen der Bundesländer und die Verantwortlichen im Frauenvollzug vor Ort, werden keine 900 Seiten für über 100 € anschaffen und lesen und daher auch nicht die nötigen Schlüsse daraus ziehen. Der Grund für den Umfang und den Versuch, ein gewissermaßen voraussetzungsloses Werk zu schreiben, ist ein taktischer: Es handelt sich hier eigentlich nicht um ein Buch, sondern um eine Habilitationsschrift. Das ist durchaus ein Unterschied, denn die Habilitationsschrift ist eine Qualifikationsarbeit, die bestimmten impliziten Anforderungen genügen muss, von denen eine die – vermeintliche – Vollständigkeit der Erörterung ist. Bei empirischen Themen ist die Vollständigkeit aber so eine Sache: Man kann immer noch irgendwie anders oder genauer nachsehen, insbesondere wenn das Thema ein gesamter Lebensbereich ist. Hinzu kommt, dass große Detailverliebtheit hier den Blick auf die wesentlichen Erkenntnislinien verstellen kann. Insofern ist dieses Buch sehr umfangreich, kann aber trotzdem nicht umfassend sein. Dennoch ist jede der drei Untersuchungen in dieser Arbeit so umfangreich präsentiert, dass es auch gut für drei Bücher gereicht hätte. Allerdings ist auch klar, dass man eine Habilitationsschrift, wenn sie einmal fertig ist, für die Veröffentlichung nicht mehr erheblich umarbeitet.

Dr. Kirstin Drenkhahn, Juniorprofessorin für Strafrecht und Kriminologie an der Freien Universität Berlin

⁸ Z.B. *Lehmann/Greve*, Justizvollzug als Profession, 2006; *Schollbach*, Personalentwicklung, Arbeitsqualität und betriebliche Gesundheitsförderung im Justizvollzug, 2012.

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

Christina Wiener, Kieler Fakultät und ‚Kieler Schule‘, Die Rechtslehrer an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Kiel in der Zeit des Nationalsozialismus und ihre Entnazifizierung, Nomos Verlagsgesellschaft, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF) Bd. 67, Baden-Baden 2013, 388 S., € 85,-

Im Bereich der Sozialwissenschaften ist es nicht unüblich, spezifische wissenschaftliche Denkrichtungen als „Schulen“ zu bezeichnen. Oftmals orientiert sich die nähere Bezeichnung einer „Schule“ dann am Ort des Arbeits- und Wirkungszusammenhangs ihrer Vertreter. Ein prominentes Beispiel hierfür dürfte das Etikett der sog. „Frankfurter Schule“ sein, womit eine bedeutsame philosophische und gesellschaftstheoretische Richtung des 20. Jahrhunderts beschrieben wird, die in Verbindung mit so berühmten Namen wie *Horkheimer*, *Adorno* und *Habermas* steht – um nur einige zu nennen.¹

So etwas wie ein Schulendenken ist vielerorts aber auch in der Rechtswissenschaft anerkannt. Gerade im Strafrecht stößt man des Öfteren darauf. Auch hier ist beispielsweise die Rede von einer „Frankfurter Schule des Strafrechts“², obgleich sich einige ihrer Vertreter gegen eine solche Bezeichnung zur Wehr setzen.³ Und zur strafrechtstheoretischen Allgemeinbildung gehört sicherlich auch die seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert geführte Debatte um den sog. „Schulstreit“ zwischen einer klassischen und einer modernen Schule des Strafrechts,⁴ ganz gleich welche strafrechtswissenschaftliche Wertigkeit man alledem heute noch zuerkennen mag.⁵

Mit der Begrifflichkeit der „Kieler Schule“ verbindet sich seit jeher eine negative Konnotation. Die Wendung steht für das Wirken von nationalsozialistischen Rechtslehrern an der Kieler rechtswissenschaftlichen Fakultät in den 30er Jahren des vergangenen Jahrhunderts, die vorwiegend – keinesfalls jedoch ausschließlich – im Bereich des Strafrechts einen politisch-wissenschaftlichen Feldzug gegen die liberalen Grundhaltungen der Weimarer Zeit führten und insoweit als Wegbereiter der nationalsozialistischen Rechtslehre fungierten.⁶ *Christina Wiener* hat sich in ihrer im Jahre 2013 erschienenen umfangreichen Kieler Dissertation dieser überaus

problematischen Historie der seinerzeitigen Kieler rechtswissenschaftlichen „Stoßtruppfakultät“ (S. 25 und passim)⁷ angenommen. Sie spricht dabei aber bereits im Vorwort die Beschränkung aus, dass es ihr nicht vorrangig um eine „umfangreiche Einordnung und Bewertung des Schaffens“ einzelner Wissenschaftler gehe (S. 28). Ihr Ziel sei es vielmehr, eine chronologische (S. 28) Entwicklungsgeschichte der Kieler Fakultät nachzuzeichnen, die über die Beschränkungen anderer wissenschaftlicher Arbeiten, welche oftmals nur die Zeit von 1933 bis 1945 vor Augen hätten (S. 26), dadurch hinauszugehen versucht, dass die Weimarer Zeit wie auch die Zeit nach 1945 mit einbezogen werde. Mit dieser grundsätzlichen Forschungsausrichtung scheint die Arbeit von *Wiener* irgendwie in die heutige Zeit zu passen, eine Zeit, in der unsere obersten Bundesministerien gerade dabei sind, ihre Vergangenheit während und nach dem Nationalsozialismus aufzuarbeiten. Allen voran ging das Auswärtige Amt⁸, eng gefolgt vom Innen- und Justizministerium. Und wenn man sich anhand der zwischen *Rüthers* und *Canaris* entflammten Debatte um den ehemaligen Kieler Rechtslehrer *Karl Larenz*⁹ noch einmal vergegenwärtigt, welch ungewöhnlich emotionale Grabenkämpfe konkrete personelle Beurteilungen ehemaliger nationalsozialistischer Rechtslehrer nach sich ziehen können, dann ist es womöglich eine für eine Doktorandin nachvollziehbare Entscheidung, sich weitestgehend auf das Benennen von Fakten zu beschränken. Andererseits sollte eine umfangreiche und damit auch personelle Bewertung des Faktenmaterials dem wissenschaftlichen Blickwinkel nicht in Gänze erspart bleiben. Schon gar nicht in so skandalös-historischen Bereichen wie der nationalsozialistischen Rechtsgeschichte, wo selbst heute noch klare und mahnende Worte vonnöten sein dürften. Aber der Reihe nach.

Die Arbeit beginnt – wie angekündigt – mit einem empirisch-mitteilenden Streifzug durch die Weimarer Zeit. Man lernt zunächst die Lehrstuhlinhaber der 20er Jahre des vergangenen Jahrhunderts (im Strafrecht: *Georg Kleinfeller* und *Gustav Radbruch*) nebst deren Nachfolger (im Strafrecht: *Hermann Kantorowicz*, *Eberhard Schmidt* sowie *Erik Wolf*) kennen (S. 32). Dabei empfindet es der Leser sofort als angenehm, dass jedwede persönliche Vita der beschriebenen Personen eingerückt und mit veränderter – soll heißen: etwas verkleinerter – Schriftgröße gesetzt ist, was eine systematische Übersicht über die Druckseiten des Buches ermöglicht (gleiches gilt übrigens für die direkte Wiedergabe von Quellen). Die *Verf.* hebt hervor, dass Kiel ob seiner guten Beziehungen zum preußischen Kultusministerium in der Lage war, Ordinarien zu berufen, die „aufgrund ihrer politischen oder weltanschaulichen Einstellung Schwierigkeiten hatten, einen Ruf zu erhalten.“ (S. 36). *Radbruch* sei einer dieser Wissenschaftler gewesen. Nach einem kurzen darstellenden Blick auf die Organisation der Kieler Fakultät widmet sich die *Verf.*

¹ Umfassend etwa *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, 2001, passim.

² Vgl. z.B. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 72; *Becker*, StV 2013, 347 (347).

³ *Naucke*, in: Hilgendorf (Hrsg.), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010, S. 417 (434: „Eine Frankfurter Schule des Strafrechts, wie manchmal zu lesen ist, gibt es nicht, wohl aber einen Frankfurter Debattenstil.“).

⁴ Vgl. z.B. *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, §§ 321 f.

⁵ Betont kritisch jüngst *Naucke*, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 559 (559).

⁶ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 22 IV.

⁷ Vgl. zur Begrifflichkeit auch *Rüthers*, JZ 2011, 593 (594).

⁸ Vgl. die jüngst erschienene Studie von *Conze u.a.*, Das Amt und die Vergangenheit: Deutsche Diplomaten im Dritten Reich und in der Bundesrepublik, 2010.

⁹ *Rüthers*, JZ 2011, 593; *Canaris*, JZ 2011, 879; *Rüthers*, JZ 2011, 1149.

dann der in der Literatur vertretenen These, dass die Kieler Studenten bereits in der Weimarer Zeit die „treibende Kraft der Nazifizierung“ gewesen seien (S. 42). Die *Verf.* weist diese Annahme in ihrer Pauschalität zurück und legt dar, dass nicht die Kieler Studenten insgesamt, wohl aber die Kieler Studentenschaft maßgeblich an der Radikalisierung der Universität beteiligt gewesen sei (S. 56; vgl. auch S. 291).

Der zweite Teil beschäftigt sich nunmehr mit der Umgestaltung der Kieler Fakultät in den Jahren 1933/1934. Man erfährt, dass unmittelbar im Anschluss an die Machtergreifung der Nationalsozialisten am 30.1.1933 unterschiedlichste radikale Forderungen von der Kieler Studentenschaft an die Universität herangetragen wurden (S. 57), was nennenswerte Unruhen provozierte, die sogar zu einer dreitägigen Schließung der Universität führten (S. 58). Auch setzte sich im Anschluss an das sog. „Ermächtigungsgesetz“ (vgl. S. 59) und dem hierauf beruhenden Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7.4.1933 (vgl. S. 61)¹⁰ das Personalrussell des Lehrkörpers in Bewegung. Beurlaubungen und Entlassungen (S. 63 f.), aber auch Versetzungen (S. 64) waren die Folge. Die dadurch entstandenen Vakanzen nahm das Berliner Kultusministerium selbst in die Hand, ohne dabei besondere Rücksicht auf Wünsche und Vorstellungen der Fakultät zu nehmen (S. 67 f.) Unter anderem *Karl Larenz* und der Strafrechtler *Georg Dahm* wurden vom Ministerium aufgefordert, sich wegen einer Besprechung zur Neuvergabe der Kieler Lehrstühle in Berlin einzufinden (S. 68). Beide wurden zunächst als Lehrstuhlvertreter und im August 1933 sogleich zu ordentlichen Professoren in Kiel ernannt. Für die *Causa Larenz* weicht die *Verf.* dann etwas von der selbst auferlegten Zurückhaltung hinsichtlich personeller Bewertungen ab. Anlass hierfür bietet ein Rechtfertigungsversuch für die Übernahme des Kieler Lehrstuhls seines Vorgängers *Husserl*, den *Larenz* Jahrzehnte später in einem Brief¹¹ insoweit artikulierte, als er einer seitens des Ministeriums geäußerten eindringlichen Bitte folgte, den Nationalsozialismus „auf einen vernünftigen Weg zu bringen“ und ihm ein „rechtliches Korsett“ zu geben (S. 69 f.). Seine Aufgabe sei also auf so etwas wie eine „philosophische Domestizierung“ der Nazis angelegt gewesen,¹² eben weil man seinerzeit noch geglaubt habe, der Nationalsozialismus sei „eine noch formbare Masse.“¹³ Die *Verf.* überzeugt das nach einer Auswertung diesbezüglicher Quellen nicht. Sie äußert demgegenüber, dass ein „Auftrag“ bzw. eine „Aufgabe“¹⁴, wie *Larenz* dies „quasi als Rechtfertigungsversuch“ darlegte, „nicht plausibel“ sei (S. 70; vgl. auch S. 293 f.).

Man wird im Anschluss hieran nicht nur mit einigen persönlichen Details der neu nach Kiel zitierten Professoren bekannt gemacht (S. 71 ff.), sondern gewinnt auch einen Eindruck vom seinerzeitigen Ton, wenn die *Verf.* Quellen aufführt, in denen die Ministerialbürokratie das Ziel definiert, „die alten verkalkten Dozenten zu eliminieren und eine

nationalsozialistische Hochburg zu errichten. [...]“ (S. 72). Hervorzuheben sind im zweiten Teil schließlich noch einige weitere inhaltliche Punkte. Zum einen ist es der *Verf.* – wie sie darlegt – anhand der Quellenlage nicht einwandfrei möglich, festzustellen, von wem exakt die Pläne zur Etablierung einer „politisch auserlesenen“ Fakultät in Kiel ausgingen (S. 83). Zum anderen stellt die *Verf.* heraus, dass neben Kiel insbesondere auch die Universität Göttingen zu den Universitätsstandorten gehörte, die vom „neuen Staat bevorzugt behandelt werden sollten“ (S. 83). Die Kieler Universität unterhielt deshalb bemerkenswerte Beziehungen zur rechtswissenschaftlichen Fakultät in Göttingen (S. 84). Entsprechend wies der Göttinger Dekan angesichts der Tatsache, dass nicht nur *Karl Larenz*, sondern auch *Karl Michaelis*, *Martin Busse* und *Friedrich Schaffstein* in Göttingen studiert und dort auch promoviert hatten, mit einigem Stolz darauf hin, „dass Göttingen eine gute Pflanzschule zur Heranbildung bester nationalsozialistischer Rechtsgelehrter ist.“ (S. 84). Und schließlich: Den Habilitanden von heute dürfte es mit einiger Befremdung treffen, wenn man zum Ende des zweiten Teils von *Wieners* Arbeit noch erfährt, dass die Reichs-Habilitationsordnung ab 1934 für eine Habilitation auch den Nachweis darüber voraussetzte, dass ein mehrmonatiger Dienst in einem Wehrsport- oder Arbeitslager (sic!) versehen wurde (S. 87).

Teil drei der Arbeit trägt die Überschrift „Kieler Juristen und die ‚Kieler Schule‘“. Hier geht es der *Verf.* zunächst darum, die personelle Neuausrichtung der Kieler rechtswissenschaftlichen Fakultät im Jahr 1935 nachzuzeichnen (S. 97 ff.). Es kamen so prominente Rechtswissenschaftler wie beispielsweise *Friedrich Schaffstein* als Strafrechtler (S. 97 und 99 f.) sowie *Franz Wieacker* für das römische und bürgerliche Recht (S. 97 und 104 f.) nach Kiel, und die *Verf.* legt dar, dass mit den im Jahre 1935 erfolgten Neubesetzungen des Kieler Lehrkörpers – fünf an der Zahl – sämtliche Vertreter der Kieler Schule versammelt gewesen seien (S. 105). Ihnen allen sei ein aufschlussreicher „sozialer Hintergrund“ gemeinsam gewesen, der darin bestand, dass für alle angesichts der Krisenjahre der Weimarer Republik die Gefahr eines sozialen Abstiegs aufgrund einer Beschäftigungslosigkeit im akademischen Bereich bestanden habe (S. 105). Die *Verf.* wiederholt in diesem Teil der Arbeit übrigens auch ihre unterschwellige Kritik gegenüber den – wie es oben bereits hieß – Rechtfertigungsversuchen von *Larenz*. Sie stellt fest, dass die Kieler Juristen gerade kein Rechtssystem entwickelt hätten, welches dem Nationalsozialismus Grenzen zu setzen vermochte (S. 106). Vielmehr sei umgekehrt durch die Kieler Schule doch gerade sichergestellt worden, „dass nationalsozialistische Gedanken in das vorhandene Recht Eingang fanden und umgesetzt werden konnten.“ (S. 106). Als Beleg hierfür rekurriert die *Verf.* dann auch unter anderem auf das markante *Larenz*-Zitat zur Rechtsfähigkeit eines Menschen (S. 108), das im Zentrum der Auseinandersetzung zwischen *Rüthers* und *Canaris* stand.¹⁵

Weiterhin zeigt die *Verf.* auf, dass die Kieler Schule ein Recht proklamiert habe, welches in der Praxis „leicht zu einem Willkürspruch werden konnte.“ (S. 110). Und für das

¹⁰ Hierzu auch *Rüthers*, JZ 2011, 593 (594).

¹¹ Wörtlich wiedergegeben bei *Dreier*, JZ 1993, 454 (455).

¹² *Rüthers*, JZ 2011, 593 (595).

¹³ *Dreier*, JZ 1993, 454 (456).

¹⁴ Vgl. hierzu auch *H.H. Jakobs*, JZ 1993, 805 (806).

¹⁵ *Rüthers*, JZ 2011, 593 (596); *Canaris*, JZ 2011, 879 (880).

Strafrecht bekommt der Leser eindringlich vor Augen geführt, was es in letzter Konsequenz bedeutet, ein so sensibles Rechtsgebiet dem „Gemeinschaftsgedanken“ zu verpflichten (S. 110 ff.; zum Gemeinschaftsgedanken insb. S. 112). In diesen Kontext passt dann auch die Wiedergabe eines von *Dahm* ausbuchstabierte Plädoyers dafür, die Lehren des strafrechtlichen Tatbestandes doch immer mehr zurückzunehmen. Schließlich handele es sich hierbei – so *Dahm* – um eine Lehre des 19. Jahrhunderts, die den nunmehr hinfälligen Zweck verfolge, den Richter an gesetzlich festgelegte und scharf umgrenzte Tatbestände zu binden (S. 113).

Zum Ende des dritten Teiles zieht die *Verf.* das kurze Fazit, dass es sich bei den Juristen der Kieler Schule nicht – wie vielfach unterstellt – um eine homogene Gruppe handelte (S. 121), sondern dass hier durchaus Unterschiede feststellbar seien (S. 121 f.). Die *Verf.* beschließt sodann den dritten Teil ihrer Arbeit mit einem kurzen Blick auf das frühe Ende der Kieler Schule in den Jahren 1937/1938, wofür ein durchgreifender Grund nicht benannt werden könne (S. 123 ff.). Festzuhalten bleibe daher nur, dass die Kieler Schule bereits nach verhältnismäßig kurzer Zeit gescheitert sei, was darin seinen Ausdruck fand, dass mehrere Professoren an andere Universitäten wechselten und der Universität im Übrigen auch die Studenten fern blieben (S. 130).

Teil vier von *Wieners* Arbeit versieht den allgemeinen Informationskorpus, den der vorherige Teil bereits ausgebreitet hat, nun noch mit einigen weiteren Details zum „Alltag“ der Kieler Schule. Im Vordergrund stehen hier genau recherchierte Personalien bzw. auch Personalverschiebungen (S. 138 ff.). Die Arbeit berichtet zudem von dem Projekt der wissenschaftlichen Etablierung eines „neuen“ Handwörterbuchs zum Deutschen Recht, „in dem ‚eine umfassende, vom nationalsozialistischen Geist getragene[n] Übersicht über die Gesamtheit des deutschen Rechts‘ gegeben werden sollte“, und an dem gleich die Hälfte aller Redakteure der Kieler Schule entstammten (S. 174).

Mit Kriegsausbruch im Jahre 1939 – so berichtet es die *Verf.* im fünften Teil – wurden zahlreiche deutsche Universitäten geschlossen. Auch die Universität in Kiel ereilte dieses Schicksal (S. 177). Ausgenommen waren ausnahmsweise stattfindende „Kriegsvorlesungen für das deutsche Volk“ zu Themen wie „Die Bekämpfung der Kriegsseuchen“ oder „Tiere als Feinde oder Freunde der kämpfenden Truppe“ (S. 210). Die Schließungen führten an den verbleibenden Universitätsstandorten (Berlin, Wien, München, Leipzig und Jena) allerdings zu einer „völlig unerträglichen Überfüllung“ (S. 177), so dass die Universität in Kiel nur wenige Monate später wiedereröffnet wurde (S. 180). Kriegsbedingt wurde das Studienjahr nun nicht mehr in Semester, sondern in Trimester eingeteilt (S. 180, sowie S. 208 f.), um den Nachwuchs in „besonders konzentrierter Form“ erziehen zu können (S. 180). Im nun Folgenden unterstreicht die *Verf.* mit einem faktenreichen Streifzug, dass sich das Thema der Schließung der Universität in Kiel mit der Wiedereröffnung Anfang 1940 keineswegs erledigt hatte (S. 181 ff.). Es blieb vielmehr stets auf der Tagesordnung.

Doch zurück zu den Vertretern der Kieler Schule. *Wiener* zeigt auf, dass *Karl Larenz* im Jahr 1941 – nach der Wegbe-

rufung *Schaffsteins* nach Straßburg – der letzte Professor der eigentlichen Kieler Schule war, der dort ortsansässig verblieb (S. 190). Die letzte Berufung, die noch in den Kriegsjahren erfolgte, war schließlich der Strafrechtler *Hellmuth Mayer* (S. 196 f.).¹⁶ *Mayer* trat seinen Dienst in Kiel dann allerdings erst im Jahr 1947 an, weil er zuvor noch mit anderen Lehrstuhlvertretungen beauftragt war (S. 197).

Letztlich widmet sich die *Verf.* dann auch noch vielen Details zum Professorenleben während der Kriegsjahre. Man erfährt hier unter anderem, dass weder der Professorenstatus noch die Zugehörigkeit zur seinerzeitigen Kieler Schule eine Einberufung zum Militär verhindern konnten (S. 206). Und selbst wenn man aufgrund einer Unabkömmlichkeit in der Heimat (gängig war hierfür das Kürzel „uk“; vgl. S. 206) nicht zum unmittelbaren Kriegsdienst eingezogen wurde, bestand für einen Professor gleichwohl die Möglichkeit, offizielle Orden und Auszeichnungen, wie beispielsweise das Kriegsverdienstkreuz II. Klasse für den „Kriegseinsatz der Geisteswissenschaften“, verliehen zu bekommen (S. 207 f.).

Für den letzten – sechsten Teil – ihrer Arbeit wählt *Wiener* die Überschrift „Kriegsende, Entnazifizierung und Neubeginn 1945 bis 1950“ (S. 215 ff.). Nicht nur die Stadt Kiel, sondern mit ihr auch die Universität war zum Kriegsende in ihren wesentlichen Teilen zerstört (S. 216). Gleichwohl – so berichtet die *Verf.* – wurde die Universität bereits im November 1945 wiedereröffnet. Die wegen der Zerstörungen bestehende eklatante Raumnot versuchte man unter anderem dadurch ein wenig abzufedern, dass auf Veranlassung der alliierten Militärregierung sog. „Wohnschiffe“ eingerichtet wurden, auf denen nicht nur Studenten und Dozenten untergebracht, sondern mitunter auch Vorlesungen gehalten wurden (S. 218; vgl. auch S. 297). Für die Angehörigen der (seinerzeitigen) Kieler Schule ergründet die *Verf.* dann deren persönliches und berufliches Schicksal nach Kriegsende (S. 230 ff.). Dabei hebt sie hervor, dass keiner der Protagonisten der Kieler Schule seine Lehrtätigkeit ohne Unterbrechung aufrechterhalten konnte (S. 230). Andererseits empfindet es die *Verf.* als bemerkenswert, „dass für die Nachkriegskarrieren von etlichen der Dozenten der ‚Kieler Schule‘ die Universität Göttingen eine einschneidende Rolle spielte“ (S. 231). Anhand einer Auswertung von Festschriften und diversen anderen Veröffentlichungen stellt die *Verf.* überdies fest, dass „die Beziehungen der Professoren, die zwischen 1933 und 1945 in Kiel tätig gewesen waren, auch später nicht abrisen“ (S. 232). Daneben ist aber auch der personelle Neubeginn des rechtswissenschaftlichen Lehrkörpers in Kiel Thema dieses Abschnitts von *Wieners* Arbeit (S. 251 ff.).

Die Arbeit endet schließlich mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und einem kurzen Schlussteil. Die *Verf.* beginnt nun noch einmal in der Weimarer Zeit und legt dar, dass der Lehrkörper der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät in dieser Zeit mehrheitlich liberal und demokratisch

¹⁶ Vgl. zur Person *Hellmuth Mayers* auch *Naucke*, in: Hilgen-dorf (Hrsg.), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010, S. 417 (425 f.).

eingestellt gewesen sei (S. 291).¹⁷ Als eher fraglich stuft die *Verf.* sodann die verbreitete Auffassung¹⁸ ein, wonach es sich bei *Karl August Eckhardt* um den „spiritus rector“ der Kieler Schule handele. Die *Verf.* kann und möchte hier nicht ausschließen, dass der eigentliche geistige Mentor der Kieler Schule auch eine andere Person im Berliner Ministerium gewesen sein kann (S. 292), welches – was die *Verf.* als unstrittig einstuft – definitiv für die Kieler Fakultät andere, wenn nicht ganz besondere Pläne verfolgte (S. 293). Für die Mitglieder der Kieler Schule erkennt die *Verf.* keine Gründe, die sie daran zweifeln ließen, dass all das, was diese in den 30er Jahren publizierten, nicht auch ihren tatsächlichen Meinungen entsprach (S. 294). Das Jahr 1935 markiert für die *Verf.* den „Höhepunkt“ der Kieler Schule, mit der es ja dann schon einige Jahre später wieder sein Bewenden haben sollte. Jenes Ende der Kieler Schule stellt die *Verf.* in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Weggang *Eckhardts* aus Berlin, der wenn schon nicht als „spiritus rector“ (s.o.) so doch jedenfalls als Förderer und Verbündeter im Berliner Ministerium agiert habe (S. 295). An letzter Stelle steht schließlich noch eine kurze Bewertung der vielerorts auffindbaren These, nach der die Mitglieder der Kieler Schule für ihr Wirken im Dritten Reich niemals zur Verantwortung gezogen worden seien (S. 297). Richtig sei daran jedenfalls, dass sich keiner vor einem ordentlichen Gericht verantworten musste (S. 297). Allerdings müsse es in diesem Zusammenhang auch eine Rolle spielen, dass keiner der Dozenten der Kieler Schule nach Kriegsende nahtlos seine Karriere fortsetzen konnte (S. 298).

Fazit: *Wiener* legt eine überaus fleißige Monographie vor, die mit Liebe zum Detail zahlreiche historische Quellen ausgewertet und in die große Thematik eingeordnet hat. Einige ausgewählte Quellen stellt sie dabei auch dem Leser in so etwas wie einem Nachtrag zu ihrer Arbeit zur Verfügung (S. 299 ff.). Über diese Quellen im Zusammenklang mit *Wieners* Untersuchung wird die für viele schon so überaus fern erscheinende Zeit des Nationalsozialismus gerade in ihren Auswirkungen für den Berufsstand der Juristen wieder ein wenig lebendiger. Damit hat die *Verf.* nicht nur einen markanten rechtshistorisch-wissenschaftlichen Beitrag geleistet. Sie trägt mit ihrer Arbeit auch dazu bei, dass die warnende Erinnerung an eine so bedrückende Etappe unserer (Rechts-)Geschichte auch in der heutigen Zeit für den Berufsstand der Juristen nicht verblasst.

Akademischer Rat Dr. Lutz Eidam, LL.M., Tübingen

¹⁷ Belegen lässt sich diese These beispielsweise auch anhand einer kritischen Positionierung des Strafrechtlers *Kleinfeller* gegenüber den Vereinigungsdelikten (die heutigen §§ 129 ff. StGB). Vgl. *Eidam*, StV 2012, 373 (373).

¹⁸ Vgl. z.B. *Rüthers*, JZ 2011, 593 (594 mit Fn. 11).