

Inhalt

AUFSÄTZE

Internationales Strafrecht

El principio de subsidiariedad y su papel en la determinación de las competencias sancionatorias de la Unión Europea

Relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional

De Prof. Dr. Raúl Carnevali, Santiago de Chile 275

Selbstvertretung im internationalen Strafprozess – Grundlagen, Kritik und ein Lösungsansatz für die prozessuale Handhabung der Zukunft

Von Dr. Philipp Ambach, Den Haag 286

Strafrecht

Inlandsgeschäfte als außenwirtschaftsstrafrechtliches Risiko

Von Prof. Dr. Mark Deiters, Münster 306

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08

(Zum Vermögensnachteil bei betrügerisch veranlasstem Eingehen eines Risikogeschäfts)

(Prof. Dr. Andreas Ransiek, LL.M. (Berkeley), Rechtsreferendar Tilman Reichling, Bielefeld) 315

Strafprozessrecht

BGH, Urte. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08

(Beweisverwertungsverbot bei Unterbleiben einer „qualifizierten“ Belehrung)

(Wiss. Mitarbeiter Dr. Peter Kasiske, München) 319

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Florian Block, Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand, 2008

(Prof. Dr. Dr. h.c. Karl Heinz Gössel, München) 324

Verena Käbisch, Markenschutz im Strafrecht, 2006

(Ref. iur. David Pasewaldt, Hamburg) 325

Kathleen Mittelsdorf, Unternehmensstrafrecht im Kontext, 2007

(Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, München) 327

Internationales Strafrecht

Heiko Ahlbrecht u.a. (Hrsg.), Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008

(Präsident des Landgerichts Dr. Herbert Veh, Augsburg) 330

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. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

AUSGABE 6/2009

S. 275 - 339

4. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

BUCHREZENSIONEN

Strafvollzugsrecht

Heribert Ostendorf, Jugendstrafvollzugsrecht, 2009
(Prof. Dr. Johannes Feest, Bremen) 332

Strafrecht

**Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Dieter Rössner (Hrsg.),
Gesamtes Strafrecht: StGB, StPO, Nebengesetze;
Handkommentar, 2008**
(Ministerialrat Thomas Harden, Düsseldorf) 333

**Dirk Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur
Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, 2003**
(Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg) 335

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

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

Schrittleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai
Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

El principio de subsidiariedad y su papel en la determinación de las competencias sancionatorias de la Unión Europea

Relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional*

De Prof. Dr. Raúl Carnevali, Santiago de Chile**

The text examines the principles of subsidiarity and complementarity which are essential in the law of both the European Union (EU) and the International Criminal Court (ICC). These principles allow to delimitate the international jurisdictions with respect to national institutions. However, they are ambiguous notions and thus their full meaning is difficult to grasp. As to the principle of subsidiarity, special attention is given to sanctions policy of the EU. On this basis the principle of complementarity is analysed. While both play an important role in determining the jurisdictions of their institutions vis-à-vis national states, important differences remain and seem to be unavoidable.

I. Cuestiones preliminares

Si bien la Corte Penal Internacional y la Unión Europea conforman estructuras organizativas que persiguen fines distintos, sí puede decirse que comparten ciertos presupuestos axiológicos comunes que explicarían su creación y posterior desarrollo, y que dicen relación con el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Asimismo, ambas tienen como hecho histórico vinculante la Segunda Guerra Mundial. En efecto, en el caso de la Unión Europea, si bien con anterioridad al año 1939 hubo propuestas hacia la integración¹, el camino definitivo comenzó a transitarse tras

la última conflagración. Particularmente suele señalarse como punto inicial el discurso pronunciado por Churchill en Zurich en 1946.² No cabe duda que el éxito del proceso integrador europeo radica en que los países que la conforman comparten un horizonte valorativo común, aunque *coexistan* diversas realidades culturales – como afirma Morin Europa es una *unitas multiplex*³ –. En este sentido, la construcción del sistema comunitario se apoya en el *reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas*, tal como se aprecia en el Art. 6 del Tratado de la Unión Europea.⁴ Este consenso valorativo mínimo expresado en el Tratado pone de manifiesto, por una parte, la vocación democrática y de respeto a los derechos fundamentales que inspiran a los Estados miembros – además, todos forman parte del Consejo de Europa – y por la otra, la exigencia que deben alcanzar quienes pretenden integrar la Unión.⁵

devenir de l'Europe, 1997, p. 41-46; *Sainte Lorette*, La integración europea, 1957, p. 23-24.

² *Truyol y Serra* (op. cit. 1), p. 31. En p. 92-95 se reproduce su discurso. También en http://www.coe.int/T/E/Com/About_Coe/DiscoursChurchill.asp (consultado el 21.1.2009).

³ *Morin*, Pensar Europa. La metamorfosis de Europa. (trad. B. Anastasi de Lonné), 2ª ed., 1994, p. 63, señala que son las fuentes judías, cristianas, griegas y latinas las que han confluído para formar una síntesis armoniosa que constituyen el substrato específico y el común denominador cultural de Europa.

⁴ “Artículo 6: 1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4.11.1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

3. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros.

4. La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas”. Así también se reconoce en el proyecto Tratado por el que se establece una Constitución Europea, parte II. En: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:ES:HTML> (consultado el 21.1.2009).

⁵ *Granado Hijelmo*, Revista de Estudios Europeos 9 (1995), p. 41, señala que desde 1964 el Parlamento Europeo ha hecho suyo el *informe Birkelback*, que estableció como doctrina política de admisión a la Comunidad Europea la exclusión de aquellos Estados cuyos gobiernos carecen de legitimidad democrática y cuyos pueblos no participan en las decisiones del gobierno.

* Este Trabajo ha sido realizado dentro del marco del Proyecto Fondecyt N° 1080060 titulado “El Principio de complementariedad: un cambio de paradigma en la justicia internacional”. Una versión preliminar se presentó en la Conferencia “La relación entre la Corte Penal Internacional y los Estados. El Principio de complementariedad”, organizada por la Universidad de Chile el día 5.3.2009.

** Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal y Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (Chile). rcarnevali@utalca.cl.

¹ Para Europa la Primera Guerra Mundial dejó como enseñanza que la división sólo la llevaría a desarrollar un papel menor en el concierto mundial, como asimismo ser fuente continua de conflictos. Por ello el Conde Coudenhove-Kalergi propuso la formación de los Estados Unidos de Europa. Por otra parte, el Ministro francés Briand planteó en 1929, en el seno de la Sociedad de Naciones, la necesidad de crear una Unión Europea. De esta forma el propósito integrador dejó de desarrollarse en el plano meramente teórico, para dirigirse a uno práctico, el que luego sería retomado tras finalizar la Segunda Guerra. En todo caso, con anterioridad pueden mencionarse los trabajos de Kant con su obra *La paz perpetua*, Montesquieu, Saint-Pierre o Saint-Simon, quienes también formularon ideas dirigidas a una integración. Cfr. *Truyol y Serra*, La integración europea. Idea y realidad, 1972, p. 18 y ss.; *Bérout/Weydert*, Le

En lo que respecta a la Corte Penal Internacional también puede decirse que la Segunda Guerra Mundial y sus trágicas consecuencias constituyen el paso fundamental hacia su conformación. Si bien es cierto, debieron pasar más de cincuenta años para llegar al Estatuto de Roma, fueron los juicios de Nuremberg los que resultaron determinantes acerca de la necesidad de instaurar una corte internacional que juzgue crímenes internacionales.⁶ Precisamente, a través de la resolución número 177 (II) de 21.11.1947⁷, la Asamblea General de las Naciones Unidas encomendó a la Comisión de Derecho Internacional que “*formulase los principios del derecho internacional reconocidos en la Carta de los Juicios de Nuremberg y en las determinaciones del tribunal*”.⁸

Asimismo, en cuanto a la finalidad tuitiva que explicaría la instauración de la Corte Penal Internacional guarda relación con la persecución de determinados crímenes violatorios de los derechos fundamentales, lo que no lo transforma, por cierto, en un Tribunal de Derechos Humanos. En efecto, en su aspecto más esencial y básico todo lo que representa la Corte y en general, los sistemas de imputación penal internacional buscan evitar la impunidad – como se desprende del preámbulo del Estatuto de Roma – de todos aquellos actos individuales que representan los mayores atentados a los derechos humanos⁹. Ello explicaría el establecimiento del principio de complementariedad, es decir, si un Estado *no desea o no puede* juzgar, resulta legítima la intervención de una instancia internacional. En este sentido, cuando se valora la justicia internacional y su proyección, debe hacerse desde otra perspectiva: que ésta encuentra su basamento axiológico en las legítimas aspiraciones de la comunidad de que se respeten sus Derechos Fundamentales, los que están por sobre los también legítimos propósitos de un Estado de actuar soberanamente y sin interferencias. Esto es, ante un posible conflicto de intereses, derivado de la posible impunidad, debieran primar aquéllas. Es importante tener en cuenta los cambios que en la esfera valorativa se están produciendo, hoy ya no resultan tolerables determinados comportamientos. Existen mínimos que nacen del concepto de persona, de su dignidad y sus Derechos

Fundamentales, cuya protección es un imperativo. Que sea una Corte de carácter internacional la que resuelva conflictos que repercutirán en un territorio determinado, no es argumento suficiente para inhibir la actuación de aquélla. Primeramente, debe tenerse presente que su intervención tiene lugar respecto de delitos estimados *crimina juris gentium*, es decir, actos de tal significación y trascendencia que afectan a la humanidad toda.

Lo recién expuesto permite ir centrando el tema principal de este trabajo, a saber, de qué forma ambas instituciones se relacionan con los Estados nacionales. Y es que ninguna de ellas pretende prescindir de la importante función que a éstos les cabe, tanto en el logro integracionista como en la persecución de los crímenes internacionales. Sin embargo, es ineludible delimitar el campo de acción de las instituciones nacionales e internacionales. Para ello, los respectivos tratados se encargan de indicar cuándo y bajo qué circunstancias pueden o deben actuar los Estados.

Es así, que tratándose de la Unión Europea resulta esencial el llamado *principio de subsidiariedad*, como lo es para la Corte Penal, el *principio de complementariedad*. Ahora bien, la determinación de ambos principios no es tarea fácil, pues como bien señala Miskowiak, son nociones particularmente ambiguas.¹⁰

Además, debe tenerse presente lo que está en juego es *precisar* el ejercicio del *ius puniendi*. Para las sensibilidades nacionales resulta especialmente incómoda la intervención, dentro de su territorio, de normas e instituciones ajenas, más aún si tienen repercusiones punitivas. Y es que el *símbolo de poder* que representa el Derecho Penal para un Estado es muy fuerte y conforman una de las expresiones más evidentes del ejercicio de la soberanía.¹¹

Considerando que los principios recién mencionados comparten una similar misión, a saber, disponer de criterios para precisar ámbitos competenciales, es imprescindible aportar luces acerca de sus contornos. Este examen permitirá a su vez, clarificar qué comparten y en qué se distinguen ambos principios.

Mi atención se dirigirá de manera particular al principio de subsidiariedad, para luego referirme al principio de complementariedad. Para este efecto, analizaré primeramente la naturaleza jurídico- política de la Unión Europea a fin de precisar cuál es el rol que al respecto le corresponden a los Estados miembros, especialmente en la determinación de las

⁶ En todo caso, después de la Primera Guerra Mundial se comenzó a trabajar en un Estatuto para juzgar crímenes de orden internacional. El propio Tratado de Versalles, en el Art. 227, ordenó el establecimiento de un Tribunal para juzgar al Kaiser Guillermo II. Cfr. *Cassese*, *International Criminal Law*. 2º ed., 2008, p. 27-31; *Schabas*, *An Introduction to the International Criminal Court*. 3º ed., 2007, p. 3; *Carnevali*, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Sede Coquimbo 10 (2003), p. 32 ss.

⁷ Resolución número 177 (II) de 21.11.1947 en <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement> (consultado el 21.1.2009).

⁸ Los principios elaborados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 se pueden encontrar en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf (consultado el 21.1.2009).

⁹ En estos términos, *Ambos*, *La parte general del Derecho Penal Internacional*. (trad. E. Malarino), 2005, p. 33.

¹⁰ *Miskowiak*, *The International Criminal Court: Consent, Complementarity and Cooperation*, 2000, p. 39.

¹¹ *Carnevali*, *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*, 2001, p. 253; *Bacigalupo*, en *Bacigalupo/Cancio: Derecho penal y política transnacional*, 2005, p. 142, hace notar que el Derecho Penal juega un papel simbólico significativo en la construcción europea, pues no pocos ven en la competencia penal de la Unión un paso decisivo hacia la Federación y con una pérdida de la identidad nacional. Sobre la construcción de un Derecho Penal europeo de corte federal, *Gómez-Jara*, en *Bacigalupo/Cancio: Derecho penal y política transnacional*, 2005, p. 153 ss.

competencias. Hago presente desde ya, que mi acercamiento al principio de complementariedad no será exhaustivo y sólo se referirá a aquellos puntos que son de interés para este estudio.

II. Naturaleza jurídico-política de la Unión Europea¹²

Para poder precisar su carácter es necesario efectuar algunas precisiones que permitan comprender la naturaleza de sus funciones. Por de pronto, la Unión Europea y las instituciones que la conforman no responden, en estricto rigor, a organismos de índole intergubernamental, sino más bien obedecen a otra tipología de organización política. En efecto, aun cuando las Comunidades Europeas se conformaron a través de tratados internacionales, éstas no responden a las características que son propias a las de una organización internacional.¹³ Por el contrario, dada la autonomía de que gozan las instituciones comunitarias frente a las autoridades nacionales y las características de su ordenamiento jurídico, hay quienes se inclinan por estimarla *más cercana* a una estructura de corte federal.¹⁴ Empero, tampoco puede responder a una organización política de este orden, pues carece de una de sus facultades más representativas, a saber, las competencias originarias (*Kompetenz-Kompetenz*).¹⁵ En efecto, las Comunidades Europeas sólo estarían, en principio, dotadas de aquellas competencias que los Estados les han cedido, las llamadas *competencias de atribución*.¹⁶

Conforme a lo anterior, que las Comunidades no se comprendan como organizaciones intergubernamentales ni tampoco a una de orden federal, es que se habla para su encuadramiento dentro de una organización jurídico-política de *supranacionalidad*¹⁷. Concepto éste en el que se enmarcan las *organizaciones de integración* – como lo son efectivamente las Comunidades –, y que se distinguen de las *de cooperación*, que se comprenden en la *internacionalidad* – Así, Consejo de Europa, Naciones Unidas –, es decir, instituciones internacionales en su sentido clásico. Estas últimas, se caracterizan principalmente, porque los Estados que la conforman no ven alteradas sus competencias, éstas se mantienen dentro de su *esfera de acción*, ya que se organizan *interestatalmente* para contribuir al logro de determinados fines. Es decir, sus *soberanías* no se ven particularmente limitadas.

Al respecto, no es aventurado afirmar que los objetivos que se han alcanzado a través del proceso europeo, difícilmente se habrían obtenido de haberse seguido un camino de corte internacional. Hay que tener presente que ya existían organizaciones internacionales con anterioridad, ya sea el Consejo de Europa o la OECE (Organización Europea para la Cooperación Económica) hoy OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico). Sin embargo, los padres fundadores estimaron que si lo que se pretendía era lograr una unidad, que pudiera llegar en un futuro a una integración política, era necesario conformar otro tipo de organización, con mayores poderes y organicidad. Cualidades éstas difíciles de hallar en organizaciones de carácter intergubernamental, cuyas decisiones muchas veces tienen escasa repercusión por la exigua “cooperación” de sus miembros. Es por ello, que el *proceso de integración* que ha desarrollado Europa – que supone la escala superior de organización entre Estados, por lo menos en lo que se conoce hasta ahora¹⁸ – lleva consigo una mayor limitación en la

¹² Las materias examinadas en los títulos 2, 3 y 4 constituyen una actualización de lo expuesto en mi libro *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*, 2001.

¹³ En este sentido, puede tenerse en consideración la relación que existe entre las normas comunitarias y las naciones. Así, la aplicación del principio de primacía y de efecto directo. Cfr. *Carnevali*, *Temas de Derecho*, Universidad Gabriela Mistral XIII 1 y 2 (1998), p. 165 ss.

¹⁴ Entre otros, *Mangas*, Prólogo de Tratado de la Unión Europea y Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, 1995, p. 23, quien afirma que la vocación federal de la Unión Europea es más que visible en los objetivos del art. B del Tratado de la Unión (hoy art. 2); *Molina del Pozo*, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 3ª ed., 1997, p. 132; en sentido contrario, *Martínez López-Muniz*, *¿Qué Unión Europea?*, 1996, p. 19 ss., quien estima que se está ante una unión de Estados soberanos, lejos de toda posibilidad federalista. Es más, para este autor sería un error que la Unión Europea se demarcara por este modelo político.

¹⁵ *Ippolito*, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione Europea*, 2007, p. 62.

¹⁶ *Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, p. 189, 193, 196-200, después de analizar porqué las Comunidades Europeas no son ni un Estado Federal ni sólo organizaciones internacionales, señala que éstas hay que comprenderlas dentro del concepto de integración funcional con fines determinados (*Zweckverbände funktioneller Integration*), por cuanto los Estados se han *integrado* en una Comunidad con

competencias propias (no originarias) a fin de cumplir determinados objetivos, principalmente de orden económico.

¹⁷ *Pescatore*, *The law of integration*, 1974, p. 49 ss., al explicar el significado de la supranacionalidad, señala que en él es posible reconocer tres particularidades, a saber: la presencia de valores comunes de quienes participan, la creación de un poder efectivo al servicio de estos intereses comunes y que este poder sea autónomo. Estas características permitirían distinguir lo que es *supranacional* de lo *internacional*. En esta última esfera, agrega, muchas veces no es posible encontrar ni el primero de los elementos mencionados; *Molina del Pozo* (op. cit. 14), p. 134, quien aporta abundante bibliografía sobre este concepto.

¹⁸ En los procesos de integración también existe una escala tipológica, conforme a los objetivos que se persiguen. Así, la primera escala integradora está constituida por la conformación de una *zona de libre comercio*, en la cual se eliminan trabas al comercio de los productos de los países que participan en dicha zona. Fundamentalmente, supone establecer una libre circulación de las mercancías originarias de los países que la conforman, pero, cada uno puede establecer sus propias políticas respecto de productos

actuación *soberana* de los Estados, pues se dota a la organización de *organismos autónomos con poderes propios*.¹⁹ Puede decirse que la integración, aun cuando suponga una limitación de decisiones soberanas, el Estado no los pierde sino que *acepta que otros organismos decidan con él*.²⁰

Conforme a lo expuesto, puede afirmarse que el *modelo configurativo de orden político* adoptado por la Unión Europea es, por una parte, el de una organización de *integración de carácter funcional* – las dos comunidades – y por otro, de *cooperación* – conforme a lo dispuesto en los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea –²¹. Como organización de integración, – cuyo ejemplo más representativo es la Comunidad Europea – los Estados miembros han transferido a ésta algunas de sus competencias, de manera que ya no tienen el ejercicio pleno en la determinación de aquéllas. Es el ente supranacional el

provenientes de terceros Estados. Con la organización de una *unión aduanera* se estructura la segunda escala, en la que se establece una tarifa externa común para todo el territorio, respecto a productos provenientes de terceros países, independiente del Estado de la unión por la que ingrese. La implantación de un *mercado común*, supone entrar en la tercera fase integradora. Ella implica eliminar todas aquellas medidas que obstaculicen la libre circulación, no sólo de mercancías, sino además, de personas, capitales y servicios, es decir, liberalizar todos los factores productivos. Por último, con la implantación de la *unión económica y monetaria* se logra la máxima integración económica, con la unificación de las políticas económicas. Al respecto, *Behrens*, *Rabels Zeitschrift* 1981, p. 27 ss.

¹⁹ *Isaac*, *Manual de Derecho comunitario general*, 3ª ed. (trad. G-L. Ramos Ruano), 1995, p. 363, habla de un poder público común, independiente de los Estados, pero no “extranjero”, pues las competencias son ejercidas en común. La reducción competencial por los Estados no debe ser vista como una pérdida, sino como una mutación en el ejercicio de éstas, por cuanto las decisiones ahora se adoptan en común.

²⁰ Para *Molina del Pozo* (op. cit. 14), p. 135-136 la integración se manifiesta con los siguientes rasgos: “1) la organización ejerce poderes propios del mismo tipo que los que resultan de las funciones superiores de Estado; 2) en los órganos formados por representantes de los Estados, las deliberaciones pueden realizarse según las reglas de la mayoría; 3) los órganos están formados por personas que no son representantes de los Estados y que, sin embargo, participan de decisión; 4) los poderes de la organización se ejercen inmediatamente, sin pasar por el filtro que suponen los gobiernos nacionales en beneficio o en contra de los particulares, lo que significa que pueden modificar directamente los ordenamientos jurídico nacionales, y 5) finalmente, estas organizaciones se encuentran sometidas a un orden jurídico muy desarrollado, cuya salvaguardia es preciso confiarla a un Tribunal de Justicia”.

²¹ El art. 1 del Tratado señala: “La Unión tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por el presente Tratado”.

llamado a ejercerlas. En cambio, en políticas de cooperación, las relaciones de los Estados miembros se mueven más bien en el plano intergubernamental, esto es, manteniendo sus soberanías, coordinándose para un determinado fin. Así sucede, por ejemplo, con el título VI que comprende materias de *cooperación policial y judicial en materia penal*. En todo caso, a diferencia de los tratados anteriores, el de Niza ha supuesto, conforme se aprecia en el Art. 34 del Tratado, el establecimiento de ciertos mecanismos de mayor flexibilidad en la adopción de acuerdos.

Tal como se destacó precedentemente, las Comunidades Europeas son una organización que goza de *competencias de atribución*.²² En términos generales, quiere significar que sólo pueden actuar *para la consecución de determinados fines*, en la medida que así lo hayan dispuesto los Estados miembros. Sobre este punto, es muy importante tener presente que los Tratados constitutivos no *atribuyen materias, sino objetivos a lograr*.²³ Conforme con la orientación funcionalista que identifican a las Comunidades desde su fundación, éstas se dirigen a cumplir aquellas funciones que les permitan alcanzar los objetivos propuestos.²⁴ Por lo demás, así se desprende del art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea, al indicar que ésta debe actuar “dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna”. En todo caso, cada decisión adoptada por las instituciones comunitarias debe fundamentarse, directa o indirectamente, en una o más disposiciones específicas de los Tratados.²⁵

Lo que se acaba de exponer es una característica esencial y muy particular de las Comunidades, como organizaciones de integración. Y es que el empleo de un método de atribución funcional de competencias puede llevar a que su potestad normativa comprenda considerables ámbitos. En efecto, si bien conforme al art. 5, a la Comunidad Europea no se le confiere competencias ilimitadas sino las indicadas en los art 3 y 4 para la consecución de los fines del art. 2, no pocas no se encuentran bien precisadas en el resto del

²² *López*, *Constitución e integración*, 1996, *passim*, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la atribución-cesión de competencias a entidades supranacionales y la problemática que desde una perspectiva constitucional supone la integración, sobre todo la experiencia alemana y española.

²³ *Ippolito* (op. cit. 15), p. 68 ss.

²⁴ *Molina del Pozo* (op. cit. 14), p. 148-149, señala que la técnica empleada obedece a criterios funcionales o teleológicos y no a consideraciones materiales, como es lo usual en este tipo de habilitaciones. Además agrega, “La competencia no se cede a una Comunidad ‘en’ cierta materia, digamos transporte o legislación aduanera, sino que se residencia en sede comunitaria ‘para’ desempeñar una función o conseguir un fin, ya sean éstos la implantación de una política común de los transportes o la eliminación de las trabas a la libertad de circulación de personas, bienes y capitales”.

²⁵ *Barents*, *Common Market Law Review* (1993), p. 85.

articulado del Tratado – en las que se concretan las acciones previstas²⁶ –.

Por tanto, al estar los márgenes que fijan el dominio funcional más bien indeterminados, nada impediría que para desarrollar las acciones comunitarias, tenga lugar una interpretación extensiva, si con ello *se logran los fines para los cuales se constituyó la Comunidad Europea*.²⁷ Considerando, por un parte, los fines que se precisan en el art. 2 y por la otra, que las competencias atribuidas para tal propósito no resultan del todo determinadas, se ha generado, efectivamente – conforme al método funcionalista empleado –, una extensión de éstas en favor de la Comunidad.

En este sentido, desempeñan, entre otras, una importante función las disposiciones relativas a la aproximación de legislaciones – Art. 94 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea –, como asimismo el art. 308, pues han permitido superar ciertas barreras que en materia de atribución competencial puedan presentar los Tratados, erigiéndose en importantes preceptos fundadores de la actuación comunitaria²⁸. En efecto, éstos, en términos generales, se refieren a la aproximación de legislaciones que dicen relación con el *establecimiento y el funcionamiento del mercado común y de una unión económica y monetaria*. Pues bien, teniendo presente que el concepto de mercado común es un término amplio, de difícil delimitación, no sólo comprensivo de aspectos económicos sino también abarca esferas de contenido social, no llama la atención su recurso para contener nuevos ámbitos, si con ello *autoriza* el desarrollo del mercado común que es uno de los objetivos de la Comunidad.

El que no exista un reparto competencial claro y que las atribuciones de la Comunidad Europea se hayan configurado de conformidad al binomio *medios disponibles-objetivos (fines) a alcanzar* ha generado algunas dificultades en la determinación de si tal materia sigue formando parte de la esfera estatal o, por el contrario, es la Comunidad la que debe normar. Es cierto que puede partirse de la premisa de que las competencias no atribuidas a la Comunidad Europea permanecen dentro del ámbito estatal. Empero, teniendo en consideración lo expuesto, a saber, que el propósito del proceso europeo se construye conforme a una integración progresiva, *autoriza que las fronteras competenciales sean difusas*, obligando al Tribunal de Justicia de las Comunidades a precisar la titularidad de éstas.

Conforme a lo expuesto, es posible realizar la siguiente distinción: lo que son *competencias exclusivas* y las

competencias compartidas.²⁹ Respecto a las primeras, se caracterizan porque se excluye toda intervención nacional, quedando determinadas áreas *sólo dentro de la esfera de actuación* de la Comunidad. Allí pueden comprenderse, tanto la supresión de los obstáculos a la libre circulación de las cuatro libertades comunitarias – libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios – y las normas generales sobre competencia, como también, la de algunos sectores englobados dentro las políticas comunes, a saber, el comercial, agrícola, pesquero o de transportes.³⁰ Precisamente, dado el carácter funcional del proceso integrador, esta esfera competencial no puede entenderse como estática. Por el contrario, está en constante evolución, dependiendo de los avances en el proceso integracionista. Por de pronto, en su momento las políticas monetarias, sobre todo cuando tuvo lugar la última fase de la Unión Económica y Monetaria – antes de la entrada del euro – comenzaron a formar parte de las competencias exclusivas.³¹

No obstante, la regla general es que las competencias sean *compartidas*, ya que ambos, Estados miembros y Comunidades están facultados a ejercer sus atribuciones en aquellos ámbitos que forman parte de tales competencias. Lo anterior no significa que, tanto los Estados miembros como la Comunidad ejerciten “simultáneamente” tales competencias, sino que, ambos están llamados a realizarlas. Sin embargo, como se puede desprender de lo expuesto, en la medida que la Comunidad asuma efectivamente el ejercicio de tales competencias las irá despojando de su carácter nacional.³²

Como señala Isaac, ésta es la única solución posible para evitar el vacío jurídico que se puede producir ante la carencia de una presencia normativa por parte de la Comunidad. Por otro lado, ante la imposibilidad de que en el ámbito comunitario se pudieran *adoptar todas las medidas necesarias* para llevar a cabo la integración – en cuyo caso se generaría una paralización peligrosa –, se estima imprescindible que la transferencia competencial se haga de manera paulatina, de tal forma que se asegure una adecuada

²⁶ *Barents* (op. cit. 25), p. 88-89, resalta que la formulación general de estas competencias es la inevitable consecuencia de los objetivos del Tratado, que al ser tan amplios no pueden llevarse a cabo sin la atribución de poderes discrecionales. Ello sería el reflejo de ser el Tratado de la Comunidad Europea un “Tratado-marco”.

²⁷ En estos términos, *Molina del Pozo* (op. cit. 14), p. 149; para *Isaac* (op. cit. 19), p. 46, el método funcional puede generar una competencia normativa ilimitada.

²⁸ *Ippolito* (op. cit. 15), p. 93 ss.

²⁹ Así, la Comisión en una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo de 27.10.1992, publicada en *Comisión de las Comunidades Europeas*, Boletín de las Comunidades Europeas 10 (1992), p. 122-123, señala que la noción de competencia exclusiva se desarrolló por la obligación de realizar el mercado común. A partir de esta exigencia, se ha ido constituyendo, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, el bloque de las competencias exclusivas, organizado en torno a las cuatro libertades fundamentales y a determinadas políticas comunes indispensables para el establecimiento del mercado interior.

³⁰ *Comisión de las Comunidades Europeas*, Boletín de las Comunidades Europeas 10 (1992), p. 123; *Ippolito* (op. cit. 15), p. 74 ss.

³¹ Debe tenerse presente, que la inactividad comunitaria en ningún caso significa una restitución de las competencias a los Estados miembros. Así, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) *Comisión c. Reino Unido* de 10.7.1980, asunto 32/79, Recopilación 1980-3.

³² *Ippolito* (op. cit. 15), p. 91 ss.

presencia normativa en todos los sectores, permitiendo así, que la Comunidad vaya asumiendo sus funciones conforme progresa la integración.³³

Sin embargo, considerando la naturaleza funcional de las competencias de que está dotada la Comunidad, existe el riesgo de que una inadecuada interpretación de cuál debe ser su esfera de acción, pueda significar una ampliación excesiva de sus intervenciones, que lleve consigo una reducción – peligrosa – de las que corresponden a los Estados miembros. En efecto, dicho peligro se puede manifestar desde dos perspectivas: por un lado, generar en los Estados, ante la creciente actividad de la Comunidad, un *cierto recelo* que los desaliente a otorgar nuevas atribuciones, y por otro, que al desaprovecharse la actuación estatal, los fines que se pretenden alcanzar, se desarrollen de manera disfuncional.

Por lo anterior, es que surge la necesidad de disponer de un sistema que permita *regular* el ejercicio competencial, el que no debe confundirse con reglas de determinación de la titularidad o de atribución de éstas.³⁴ Precisamente, esto es lo que motiva la consagración del *principio de subsidiariedad*, regulado en el art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea, al igual que el principio de proporcionalidad, aunque, claro está, entre ambos existen importantes diferencias. Por de pronto, el art. 5, al referirse al principio de subsidiariedad, establece que éste podrá invocarse en aquellos ámbitos que *no sean de competencia exclusiva* de la Comunidad. En cambio, tratándose del principio de proporcionalidad – inciso final del art. 5 – al no hacer tal distinción, puede invocarse, tanto para las competencias exclusivas como para las compartidas.

III. El principio de subsidiariedad en la Unión Europea

Este se halla expresamente mencionado como principio general en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, como asimismo en el art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea³⁵. Como ya se indicó, el principio en cuestión no tiene por objeto atribuir competencias sino *regular el ejercicio de las mismas*,³⁶ pues el propio Tratado de la Comunidad afirma que ésta deberá actuar dentro de los límites de las competencias que le atribuye el propio Tratado y de los objetivos que éste asigna. Por lo anterior, se desprende que el principio sólo deberá emplearse tratándose de las competencias compartidas, mas no de las exclusivas, pues respecto de estas últimas, se excluye toda actividad estatal.

³³ Isaac (op. cit. 19), p. 51; Molina del Pozo (op. cit. 14), p. 156.

³⁴ Ippolito (op. cit. 15), p. 48 ss.; Barnés, en Barnés (Coor.): La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros, 1993, p. 541.

³⁵ Acerca de su origen y su manifestación en la doctrina social de la Iglesia, cfr. Boixareu, Revista de Instituciones Europeas (1994), p. 773, quien además indica abundante bibliografía; Cass, Common Market Law Review (1992), p. 1110 ss.; Ippolito (op. cit. 15), p. 1 ss.

³⁶ Strozzi, Revue Trimestrielle de Droit Européen (1994), p. 380; Comisión de las Comunidades Europeas, Boletín de las Comunidades Europeas 10 (1992), p. 118.

Que el principio legitime la actuación comunitaria respecto de las compartidas no constituye un título atributivo de las mismas, sólo supone – como ya se señaló – un medio de regulación para su ejercicio. Si bien, en estricto rigor, los Estados siguen manteniendo la titularidad competencial, y que éstas no pasarán a ser exclusivas, mientras la Comunidad Europea continúe con su actividad interventora, aquellos estarán inhibidos de actuar. Con lo cual, en la práctica se podría generar una situación similar a que si se tratara de las exclusivas.

Para determinar si la Comunidad Europea puede actuar dentro de un determinado ámbito, debe examinarse, primeramente, si éste corresponde a los objetivos trazados por el propio Tratado, para posteriormente resolver con qué competencias cuenta para ello. Pues bien, una vez superada esta primera interrogante, corresponde preguntarse, si aún teniendo competencia la Comunidad para emprender una determinada acción, no resulta más adecuado que ésta sea realizada por los propios Estados miembros. Las instituciones europeas deberán *valorar*, conforme al principio de subsidiariedad, no sólo si su actuación resultará más oportuna, conforme a criterios de insuficiencia de la acción estatal y de eficacia comunitaria, sino también que ésta se halla justificada en razón de *la envergadura e importancia que a nivel supranacional pueda tener el problema y su solución*,³⁷ como se puede desprender del art. 5 ya citado. En todo caso, la actuación comunitaria no debe interpretarse en clave *reduccionista*,³⁸ es decir, que la Comunidad sólo actuará cuando los Estados lo hagan de manera insatisfactoria. Por el contrario, ésta debe hacerse de manera *funcional*, los organismos europeos *siempre tendrán la potestad para actuar*, en la medida que concurren los presupuestos mencionados. Concebido así el principio en cuestión, se adecua de manera más satisfactoria a la *naturaleza expansiva* que caracteriza a la integración comunitaria, pues otorga una mayor operatividad – y por ende dinamismo³⁹ – a la tarea comunitaria.

Podría pensarse que concebido el principio en esos términos, llevaría a una *centralización decisoria en el ámbito*

³⁷ Boixareu (op. cit. 35), p. 782; Isaac (op. cit. 19), p. 57; Comisión de las Comunidades Europeas, Boletín de las Comunidades Europeas 10 (1992), p. 118: “Corresponde a las instituciones comunitarias la carga de la prueba de la necesidad de legislar y de actuar a nivel comunitario y con la intensidad propuesta”.

³⁸ Precisamente, dado el importante alcance que puede tener este principio en el desarrollo comunitario, y considerando la esencia federalista que subyace en él, no sería extraño observar entre quienes propugnan una Unión Europea de alcances más bien limitados, una interpretación restrictiva, de un perfil “descendente”. Boixareu (op. cit. 35), p. 787, indica – al examinar dicha posición – que lo que se propugna es una intervención “desde abajo” y por tanto, la comunitaria debe ser excepcional.

³⁹ No cabe duda que para la aplicación del principio también deben valorarse circunstancias espacio-temporales que justifiquen su invocación.

comunitario. Estimo que no, pues el principio constituye una condición de actuación, la Comunidad deberá demostrar que concurren los requisitos exigidos para poder actuar y la relevancia que tiene su tratamiento en el campo supranacional. El principio de subsidiariedad se convierte así en instrumento de legitimación, que también supondrá impedir actuaciones injustificadas de la Comunidad.⁴⁰ Además, hay que tener presente – en la evitación de posibles interpretaciones abusivas – el control que puede ejercer el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.⁴¹

En cuanto al principio de proporcionalidad, si bien hoy se encuentra expresamente consagrado en el art. 5 inciso final, *desde siempre* ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades.⁴² Fundamentalmente, se refiere a la *naturaleza de la intervención comunitaria*, esto es, a la obligación de verificar si los medios con los que pretende actuar son los adecuados para el logro de su objetivo y si éstos no exceden de lo necesario para lograrlo.⁴³ Mientras en sede de subsidiariedad lo que cabe es preguntarse si las entidades europeas pueden actuar, aquí la cuestión dice relación con la intensidad de tal intervención.⁴⁴

⁴⁰ Para *Barnés* (op. cit. 34), p. 551: “[...] el poder comunitario se somete a un instrumento más de racionalidad, aunque, a la postre, podrá permitirle a la Comunidad actuar revestida de autoridad – cargada de razón – en campos y sectores en los que su intervención era menor o impensable hace no mucho tiempo”.

⁴¹ En todo caso, la justiciabilidad del principio ha sido cuestionada por algunos. Al respecto, *Ippolito* (op. cit. 15), p. 225 ss.; *Barnés* (op. cit. 34), p. 546-548; *Cass* (op. cit. 35), p. 1133.

⁴² *Schwarze*, *European Administrative Law*, 1992, p. 677 ss., lo describe como el principio general del Derecho comunitario más importante. Este autor hace un estudio pormenorizado del alcance de la proporcionalidad, tanto en los sistemas jurídicos estatales como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Al respecto, es preciso destacar que distintos Tribunales constitucionales europeos lo han reconocido, aunque no haya tenido un respaldo normativo en sus ordenamientos jurídicos.

⁴³ Así, entre otras, Sentencia TJCE *Reino Unido c. Consejo de la Unión Europea*, de 12.11.1996, asunto C-84/94, Recopilación 1996-11; Sentencia TJCE *República Federal de Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, de 13.5.1997, asunto C-233/94, Recopilación 1997-5.

⁴⁴ Así lo entiende la *Comisión de las Comunidades Europeas*, Boletín de las Comunidades Europeas 10 (1992), p. 121-122, aunque incurre en confusión, al concebir la proporcionalidad como una de las dimensiones de la subsidiariedad; *Barnés* (op. cit. 34), p. 554-555, en n. 108 al distinguir ambos principios señala: “Mientras la proporcionalidad mira a la adecuación de los medios a un fin determinado, la subsidiariedad examina a la legitimidad misma del fin. El primero es de carácter formal, puesto que se centra en la relación medio-fin; el segundo exige una decisión básica interna, de ahí que se requiera una concreción normativa para

En efecto, dentro de esta esfera ya se presupone que la acción comunitaria es válida – sean competencias exclusivas o compartidas, pues el art. 5 no distingue – lo que corresponde ahora, es precisar que las modalidades que se empleen no sean excesivas, considerando el resultado que se pretende obtener. Pues bien, conforme a lo anterior, la Comunidad debe optar – en la medida en que existan varios modos de acción – por aquel que, siendo igualmente efectivo, otorgue más libertad a los Estados, particulares o empresas.

IV. Competencia sancionatoria de las instituciones comunitarias

En términos amplios, puede afirmarse que las Comunidades sí cuentan con competencias punitivas, si entendemos el *ius puniendi* en sentido amplio, es decir, comprendiendo en él las sanciones de naturaleza administrativa. Como se expuso *supra*, las Comunidades son fundamentalmente una organización que goza de competencias de atribución, es decir, sólo pueden actuar en aquellos ámbitos que *han sido cedidos* por los Estados. No obstante, considerando que lo que se atribuye no son materias, sino *objetivos a lograr*, dada la orientación funcionalista que marca el proceso comunitario, nada impediría estimar las medidas sancionatorias – sin entrar todavía a precisar su naturaleza – como un instrumento que permitan alcanzar las metas propuestas para el proceso integrador. Según mi parecer, ello no significa exceder los márgenes competenciales, por el contrario, permite a la Comunidad cumplir los mandatos propuestos, al contar con los elementos necesarios para reaccionar ante las infracciones a sus propias normas. Sería extraño pensar que se atribuyen a la entidad europea la consecución de determinados fines y no pueda disponer para ello de *todos* los instrumentos que son necesarios para tutelar, precisamente, los bienes jurídicos que surgen de las actividades comunitarias. En la medida en que se confiere a la Comunidad Europea facultades sobre determinados ámbitos, en ellas deben entenderse incluidas la introducción de medidas sancionatorias⁴⁵. Precisamente, una manifestación clara de lo que se acaba de exponer – y que se halla refrendado por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades⁴⁶ – son las *sanciones comunitarias indirectas* que se han desarrollado en la esfera de la Política Agrícola Común. En efecto, sin que exista una disposición expresa que autorice la introducción de medidas sancionatorias, se ha interpretado que cuando el art. 34. 2 del Tratado de la Comunidad señala que deben aplicarse “todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos”, se entienden entre ellas, las disposiciones sancionatorias.⁴⁷ Lo expuesto

su aplicación al caso concreto. Es más *ratio legis* que *lex*, mientras que la proporcionalidad resulta aplicable y goza de un carácter normativo pleno”.

⁴⁵ Al respecto, cfr. *Vilá Costa*, *Revista de Instituciones Europeas* (1991), p. 821.

⁴⁶ Sentencia TJCE *Alemania c. Comisión* de 27.10.1992, asunto C-240/90, Recopilación 1992-8.

⁴⁷ Así, *Riondato*, *Competenza penale della Comunità europea*, 1996, p. 57.

constituiría una demostración del desarrollo de las *competencias implícitas*,⁴⁸ que tan importante impulso ha brindado al proceso de integración, y que ahora se refleja en una esfera tan delicada como las sancionatorias.

Se suele señalar como límite a la conformación de una competencia sancionadora europea, el *principio de subsidiariedad*, consagrado en el art. 5 del Tratado de la Comunidad, en cuanto a que sólo en forma excepcional debe recaer en los entes supranacionales, debiendo corresponder – por regla general – a los Estados miembros la sanción de las infracciones al Derecho Comunitario. Es decir, aunque buena parte de los bienes jurídicos queden configurados por el ordenamiento comunitario, su protección debe quedar en manos de los países miembros. Lo que podría sí realizar la Comunidad es la armonización o coordinación de los derechos sancionadores nacionales. Si bien lo expuesto, en términos generales, es correcto, creo que el principio en cuestión más que constituir una limitación puede servir, precisamente, de apoyo normativo para una *injerencia* en este campo por parte de la Comunidad Europea. En efecto, cuando se examinó la subsidiariedad se hizo especial hincapié sobre la necesidad que existe, para su invocación, de *valorar* no sólo si una actuación comunitaria resulta oportuna – conforme a criterios de insuficiencia estatal y de eficacia comunitaria – sino también, si ésta se justifica dada la *envergadura e importancia que el problema y su solución tienen en el ámbito comunitario*. Concurriendo estas circunstancias, el principio se transforma en un instrumento de justificación de la acción comunitaria. Por tanto, teniendo

⁴⁸ Éstas encuentran su basamento, fundamentalmente, en la teoría de los poderes implícitos – surgida en la jurisprudencia norteamericana –. *Grosso modo*, supone la asunción de determinadas competencias que, aunque no estén previstas en los Tratados, se estiman indispensables para poder efectivamente cumplir con aquéllas que sí le han sido atribuidas. El Tribunal de Justicia de las Comunidades, apoyándose en esta teoría – que ya era aceptada para los organismos internacionales –, pero siguiendo líneas interpretativas más amplias, ha permitido fundamentar la realización de determinadas políticas, lo que ha supuesto una *extensión* de las competencias atribuidas a la Comunidad Europea. Eso sí, la competencia implícita, surgida de la interpretación jurisprudencial, debe cimentarse en alguna norma expresa de los Tratados. Sin perjuicio de lo expuesto, el empleo de esta vía de actuación competencial ha sido más bien moderado, debido esencialmente, a los reparos que los Estados miembros puedan ofrecer ante lo que podría estimarse como un menoscabo de sus propias facultades. *Lenaerts/van Ypersele*, *Cahiers de Droit Européen* (1994), p. 41, señalan que recurrir a las competencias implícitas se justifica si no existe una explícita y que deben motivarse conforme a los elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, que establezcan una línea íntima entre la competencia implícita invocada y la explícita, de manera que la existencia de la primera condicione el efecto útil de la segunda. Fundamental, Sentencia TJCE *AETR* de 31.3.1971, as. 22/70, Rec. 1971.

presente estas consideraciones, como la constatación de que efectivamente existe un inadecuado tratamiento punitivo de los intereses comunitarios, me parece que el principio de subsidiariedad no puede verse como una limitación de la acción comunitaria, por el contrario, puede servir precisamente, de justificación para su intervención.⁴⁹ De entenderse este principio en un sentido demasiado restrictivo, se estaría privando incorrectamente a la Comunidad de un instrumento de actuación en este ámbito.

Si bien puede quedar claro que se dispone en el ámbito comunitario de competencias para imponer sanciones administrativas, cabe la pregunta si es posible introducir sanciones de naturaleza penal. Esto es, si las instituciones comunitarias disponen de competencias para establecer un Derecho penal criminal. Se puede afirmar que la Comunidad carece de las competencias necesarias para imponer este género de sanciones en el ordenamiento comunitario, es decir, carece de facultades tanto respecto a la creación de tipos penales – *Jurisdiction to prescribe* – como para la imposición de sanciones penales – *Jurisdiction to enforce* –.⁵⁰ Lo anterior, en todo caso, no impide que igualmente la institucionalidad europea ejerza una enorme influencia sobre los Derechos penales nacionales, a través de las llamadas técnicas de asimilación o armonización.⁵¹ Como asimismo, a través de los instrumentos propios del tercer pilar, que son de orden intergubernamental – Título VI del Tratado de la Unión Europea –. Precisamente, bajo este título es que se ha procurado materializar la protección de los intereses financieros comunitarios.⁵² Ello, sin perjuicio del recurso a los instrumentos comprendidos dentro del primer pilar, esto es, de la esfera comunitaria.

En todo caso, es importante señalar que la afirmación sobre la carencia de competencias penales de la Comunidad hoy se encuentra cuestionada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 13 de septiembre de 2005, causa C-176/03, por la cual se anuló, conforme al art. 35 del Tratado de la Unión Europea, una decisión marco del Consejo de 23 de enero de 2003, relativa a la protección del medioambiente a través del Derecho penal. El Tribunal sostuvo que existen bases jurídicas para tratarlo en el primer pilar, argumentando que no se puede impedir al legislador comunitario procurar la armonización de las legislaciones

⁴⁹ Así, *Bernardi*, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* (1996), p. 37.

⁵⁰ Al respecto, *Consulich*, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* (2006), p. 77; *Bacigalupo* (op. cit. 11), p. 137 ss., señala que el proyecto de Constitución europea otorgaba competencia penal a la Unión Europea.

⁵¹ *Bernardi*, *L'Europeizzazione del Diritto e della scienza penale*, 2004, p. 11 ss.

⁵² *Picotti*, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* (2006), p. 615 ss.; *Nieto*, *Fraudes comunitarios*, 1996, p. 369 ss.; *Gröbblinghoff*, *Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften*, 1996, p. 153 ss.; *Mezzetti*, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, 1994, p. 19 ss.

penales internas, cuando la aplicación de sanciones penales *efectivas, proporcionales y disuasivas* por parte de las autoridades nacionales constituye una medida indispensable para luchar contra la violación de las medidas ambientales.⁵³

V. Relación con el principio de complementariedad

De lo expuesto se aprecia el papel fundamental que el principio de subsidiariedad desempeña en la determinación de las esferas competenciales entre los Estados miembros y las instituciones europeas. En este sentido, no es extraño afirmar que el principio de complementariedad juega un papel similar en el marco de la Corte Penal Internacional, pues también pretende buscar los necesarios equilibrios entre las jurisdicciones nacionales, destacando las ventajas que éstas representan en la solución del conflicto, pero precisando cuándo se hace necesaria la intervención internacional.⁵⁴ Sin embargo, como se verá se presentan importantes diferencias que no es posible soslayar.

La primera y más elemental distinción se presenta en que la Corte – como se precisa ya desde su preámbulo – sólo tiene un carácter *complementario de las jurisdicciones nacionales*. Es decir, los *actores principales* llamados a juzgar a los responsables por crímenes internacionales, son los Estados y sólo cuando éstos *no puedan o no desean hacerlo* podrá intervenir la Corte Penal Internacional – art. 17 del Estatuto –. Por tanto, en este contexto y a diferencia de lo que sucede en la esfera de la Unión Europea, no se está frente a competencias exclusivas o compartidas, sino que la competencia primaria la tienen los Estados.⁵⁵ En todo caso, aun cuando son los Estados los primeros llamados a juzgar crímenes internacionales, no se puede en rigor hablar de primacía de la jurisdicción estatal por sobre la internacional, pues, como se expondrá *infra*, es la propia Corte la que decide cuándo puede actuar y no los Estados.⁵⁶ Asimismo, a pesar de que se cuestiona el término complementariedad y hay quienes prefieren hablar de la subsidiariedad de la Corte Penal, parece necesario mantener tal noción. En efecto, aun cuando las facultades jurisdiccionales de los Estados se *mantienen inalteradas*, éstas se complementan con las de la Corte, lo que supone un mejoramiento en el sistema de persecución de ciertos crímenes internacionales. De tal manera que si eventualmente actúa la Corte lo hace con la

cooperación de los Estados, obligados al haberse comprometido a través de la ratificación del Estatuto de Roma⁵⁷. Se está frente a un complemento y no ante una cesión de competencias, como sí acontece en la Unión Europea por aplicación del principio de subsidiariedad.

Tratándose de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, la primacía, conforme se dispone en sus Estatutos – art. 9 y 8 respectivamente –, la tienen éstos por sobre cualquier tribunal nacional. En cambio, respecto de la Corte Especial para Sierra Leona y el Tribunal Especial para El Líbano su primacía es sólo sobre sus propias cortes. Algunas de las razones esgrimidas para ello fue evitar la cultura de la impunidad que podría haber tenido lugar, debido a las serias dificultades de funcionamiento de las instituciones nacionales. Asimismo, como sucedió con el gobierno ruandés, la instalación de tribunales en lugares geográficamente distantes, permitía una mayor imparcialidad y justicia.⁵⁸

Como resulta evidente, la naturaleza política de la Corte no tiene un carácter funcional – conforme se explicó *supra* – y por tanto, no existe un riesgo *expansivo* a costa de las competencias estatales. Por el contrario, el éxito de la Corte radica en que los Estados puedan ejercer debidamente su jurisdicción, de manera que la Corte pueda concentrar sus esfuerzos en aquellos casos en que se presente un peligro real de impunidad, que en la mayoría de los casos es *fáctica* y no *normativa*⁵⁹. Pensar que la Corte pueda tener primacía por sobre las instituciones nacionales, como se dispone respecto de los tribunales *ad hoc*, la destinaría al fracaso, pues no podría cumplir adecuadamente su misión.⁶⁰ Y es que deben tenerse presente razones prácticas que se derivan del principio de territorialidad, pues son las normas nacionales las que tienen una mayor eficacia preventivo general. Además, son las instituciones nacionales las que tienen mayor capacidad operativa para realizar una mejor tarea investigativa.⁶¹

Además, y sin perjuicio de lo expuesto, no pueden dejarse de lado aquellas razones que provienen del *celo soberano* de los Estados, que desaconsejan dotar al ente internacional de primacía por sobre los Estados. Y es que como se hizo notar *supra* respecto de la Unión Europea, en esta esfera los Estados aprecian el ejercicio del *ius puniendi* como sinónimo

⁵³ *Mannozi/Consulich*, Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, (2006), p. 899 ss.; *Estrada*, InDret 2 (2006), p. 1-18 (www.indret.com; consultado el 7.4.2009).

⁵⁴ *Miskowiak* (op. cit. 10), p. 45. Para conocer el desarrollo del principio de complementariedad, *El Zeidy*, The principle of Complementarity in International Criminal Law, 2008, p. 11 ss. expone exhaustivamente el desarrollo del principio desde 1919; *Stigen*, The relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity, 2008, p. 31 ss.; *Williams/Schabas*, en Triffterer: Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. 2º ed., 2008, p. 607 ss.

⁵⁵ *Williams/Schabas* (op. cit. 54), p. 606.

⁵⁶ *Cárdenas*, Revista del Magíster y Doctorado en Derecho 1 (2007), p. 127, n. 12.

⁵⁷ *Cárdenas* (op. cit. 56), p. 129.

⁵⁸ *Tiefenbrun*, North Carolina Journal of International Law and commercial regulation 3 (2000), p. 563 ss.; *Zahar/Sluiter*, International Criminal Court, 2008, p. 450-454; *Cassese* (op. cit. 6), p. 339-342; *El Zeidy* (op. cit. 54), p. 137-139.

⁵⁹ Como destaca *Ambos* (op. cit. 9), p. 33, generalmente la impunidad no se debe a lagunas jurídicas por falta de tipos penales, sino al escaso interés en la persecución por parte de los Estados.

⁶⁰ *Cassese* (op. cit. 6), p. 336-339; *Miskowiak* (op. cit. 10), p. 41; *Lindemann*, Revista de Estudios de la Justicia 4 (2004), p. 96.

⁶¹ *Carnevali* (op. cit. 6), p. 32; *Cerezo Mir*, Curso de Derecho penal español. T. I. 5º ed., 1996, p. 194.

de una de las manifestaciones más evidentes del poder soberano estatal.⁶² Unido a lo anterior, en no pocos casos los crímenes internacionales son cometidos por agentes del Estado amparados por sus propias autoridades.⁶³ De tal manera, que aparece como una medida prudente, de estabilidad social, que sea el propio Estado el que procure *real y efectivamente* buscar mecanismos de solución de conflictos.

Debe hacerse presente que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito europeo, los Estados no *ceden* su competencia, en este caso la penal. Por tanto, los temores en este sentido son infundados. El principio de complementariedad regulado en el art. 17 del Estatuto dispone de criterios para resolver cuestiones de admisibilidad, siendo la Corte la que primero debe pronunciarse sobre la competencia.⁶⁴

No obstante, ser los Estados nacionales los primeros llamados a resolver, la competencia de la Corte se precisa en el mismo Estatuto. En efecto, ésta se delimita sobre la base de ciertos criterios: a) la esfera de delitos que puede conocer – *ratione materiae* – en el art. 5; b) momento de la comisión – *ratione temporis* – en el art. 11; c) lugar de los hechos – *ratione loci* – y nacionalidad del acusado – *ratione personae* – en el art. 12. Asimismo, el Estatuto se hace cargo de cuestiones de orden procedimental y orgánico.⁶⁵

Por tanto, el marco de actuación de la Corte se encuentra previamente circunscrito y no puede excederse, lo que lo distingue claramente de las instituciones comunitarias europeas. Otra cosa es, empero, resolver *cuándo* puede

actuar, y es aquí donde juega un papel esencial el principio de complementariedad.⁶⁶

Como se ha podido vislumbrar de lo expuesto, el art. 17 resuelve la admisibilidad de la intervención de la Corte. *Prima facie*, y amén de la gravedad que los hechos deben revestir, puede decirse que los criterios son bastantes restrictivos y se limitan esencialmente – no exclusivamente – a dos supuestos, a saber, que el Estado *no pueda o no desee* ejercer su jurisdicción.⁶⁷ Precisamente, el art. 17. 2 expone las circunstancias que permiten valorar la concurrencia de éstos.⁶⁸ Por tanto, la Corte puede intervenir ya sea que el Estado no ha ejercido su jurisdicción o de haberlo hecho no se aprecia una voluntad real de justicia. Es más, la Corte puede decidir actuar aun cuando haya recaído sobre una causa el efecto de cosa juzgada – art. 20. 3 –. Es decir, aunque se reconozca la autoridad que impone la *litis pendentia* y la *cosa juzgada* para desautorizar la competencia de la Corte, se disponen excepciones.⁶⁹

Justamente, una de las mayores críticas que se han dirigido en contra del principio en comento es que sea la propia Corte la que resuelva la admisibilidad, pero no parece viable otro mecanismo resolutivo. Y es que la experiencia histórica ha demostrado que buena parte de los actos que infligen los Derechos fundamentales tienen lugar dentro de un conflicto interno y son ejecutados por los propios agentes del Estado o amparados por éste. En consecuencia, es de toda justicia que ante la eventual pasividad con que puedan obrar las autoridades nacionales, se pueda contar con otras instancias.⁷⁰

En todo caso, que sea una instancia internacional la encargada de resolver cuestiones de admisibilidad de alguna forma “obligará” a los Estados a adecuar sus ordenamientos e implementar el Derecho Penal Internacional, si efectivamente pretenden mantener su preeminencia por sobre la Corte Penal.⁷¹ En este sentido, se puede producir un fenómeno

⁶² Sin ir más lejos, una de las razones esgrimidas por la sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 8.4.2002 dice relación con la disminución de la soberanía (Considerando 51): “El Tribunal creado por el Estatuto, en la categoría a la que se deba adecuar, no se encuentra directa o indirectamente previsto o admitido por el texto constitucional y la esfera jurisdiccional que le es atribuida verá reducir, correlativamente, la dimensión de soberanía constitucional deferida a los tribunales. Con el Estatuto, la competencia soberana que es una jurisdicción constituida resultará necesariamente disminuida, por la transferencia para el Tribunal de una de sus atribuciones.”; Cfr. *Correa/Bascuñán*, Revista de Estudios de la Justicia 1 (2002), p. 129 ss.; *Guzmán*, en *Ambos/Malarino/Woischnik*: Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 2006, p. 176 ss.; *Gamboa*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo 6 (2002), p. 155 ss.; *Bruna*, Ius et Praxis 2 (2000), p. 435 ss.; *Mohor/Varas*, Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral XV 1 y 2 (2000), p. 97 ss.; *Rojas*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo 2 (2000), p. 9 ss.

⁶³ *Stigen* (op. cit. 54), p. 39.

⁶⁴ *Lindemann* (op. cit. 60), p. 96.

⁶⁵ Como señalan *Correa/Bascuñán* (op. cit. 62), p. 130, el Estatuto es una mixtura entre Código penal, Código Procesal Penal y Código Orgánico de Tribunales.

⁶⁶ *El Zeidy* (op. cit. 54), p. 157 ss.

⁶⁷ Sobre las discusiones que al respecto tuvieron lugar en la Sala de Cuestiones Preliminares (*Pre Trial Chamber*) por el caso Lubanga, *Williams/Schabas* (op. cit. 54), p. 615-616; sobre la situación en Darfur y la ausencia de procedimientos criminales por parte de la justicia sudanesa, *Schabas* (op. cit. 6), p. 176-177.

⁶⁸ Para *Morris*, en Shelton: International crimes, peace, and human rights: The role of the International Criminal Court, 2000, p. 193, la complementariedad incorpora indicios propios de la primacía ejercida por el Tribunal penal para la ex Yugoslavia, al dejar que sea la propia Corte la que determine su admisibilidad.

⁶⁹ *Penagos/Sánchez*, El *non bis in idem* y la cosa juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 2007, p. 145 ss.

⁷⁰ En este sentido, *Troncoso*, Ius et Praxis 2 (2000), p. 413.

⁷¹ *Ambos/Woischnik* (Ed.), Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania, 2006; *Cárdenas*, Política Criminal 2 (2006), p. 1-17 (www.politicacriminal.cl; consultado el 3.2.2009).

similar al acontecido en la Unión Europea en la conformación del Derecho Sancionador Comunitario. Y es que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo favorece una aproximación de los ordenamientos nacionales, a través de una “circulación” de los principios jurídicos de algunos Estados miembros dentro del ordenamiento comunitario, para que después, éstos sean traspasados a otros Estados miembros.⁷² Precisamente, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Penal Internacional repercutirá en los Estados nacionales, reforzando su actuación frente a los crímenes internacionales.⁷³

⁷² En estos términos, *Adinolfi*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (1994), p. 524, p. 563.

⁷³ *Miskowiak* (op. cit. 10), p. 46.

Selbstvertretung im internationalen Strafprozess – Grundlagen, Kritik und ein Lösungsansatz für die prozessuale Handhabe in der Zukunft

Von Dr. Philipp Ambach, Den Haag

Self-representation in international criminal proceedings is not a new phenomenon. Already in 2001, the Trial Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia granted the late accused Slobodan Milošević the right to represent himself in court. Since then, a growing number of accused have declared their desire to represent themselves in trial. This has led to grave structural as well as procedural problems for the involved international courts and tribunals.

This article intends to shed some light on the origin and validity of the “right to self-representation”, as invoked by a number of accused in international criminal proceedings. The article explores the existence of a right to self-representation in national and international legal texts and in the statutes of the courts and tribunals. The article further describes the structural and procedural problems which are generated through the admission of the accused’s self-representation in international criminal trials. The article examines the jurisprudence of international criminal courts and tribunals on the possibilities for restricting the right to self-representation. It further analyses the importance of the right to a fair trial for the accused and a possible collision with the right to self-representation. The article finally explores possible procedural arrangements to accommodate the accused with a means to actively participate in the proceedings without necessarily declining legal representation.

I. Einleitung

Im deutschen Strafprozess ist die Verteidigung vor Gericht in den §§ 137 ff. der Strafprozessordnung (StPO) geregelt. Anders als in den angloamerikanischen Rechtssystemen steht dem Angeklagten im deutschen Strafprozess das Recht, sich selbst in eigener Person vor Gericht zu verteidigen, nur eingeschränkt zu. § 140 StPO ordnet im Wesentlichen zum Schutze eines überforderten Angeklagten die Mitwirkung eines Verteidigers dann an, wenn dies die Schwere der Tat¹ oder aber die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage² erfordern (sog. notwendige Verteidigung) – was gerade bei Tötungsdelikten oder dergleichen regelmäßig der Fall ist. Die Justizgrundrechte, insbesondere Art. 103, 104 GG, treffen keine ausdrückliche Regelung zur Frage der Selbstvertretung³ vor Gericht.

¹ Siehe § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO mit Blick auf die Schwere der Taten, die in §§ 74 und 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes aufgezählt sind. § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO ordnet den Beistand eines Verteidigers an, wenn ein Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB angeklagt ist; § 140 Abs. 2 S. 1 StPO sieht als „Auffangtatbestand“ explizit die Schwere der Tat vor, aufgrund derer ein Verteidiger bestellt werden kann.

² § 140 Abs. 2 S. 1 StPO.

³ Der Begriff der Selbstvertretung ist an den englischen Begriff „self-representation“ angelehnt. Nach Ansicht des Verf. ist dieser Begriff dem der „Selbstverteidigung“ des Ange-

klagten vorzuziehen, da letzterer die Assoziation mit den §§ 32 ff. StGB nahe legt und damit irreführend ist. Die englischsprachige Literatur benutzt im Übrigen den Begriff „*pro se* defence“ synonym.⁴ „In the determination of any charge against the accused pursuant to the present Statute, the accused shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (d) to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; [...]“⁴ Diese Regelung scheint das Recht festzulegen, dass ein Angeklagter sich in einem internationalen Strafprozess stets selbst vor Gericht vertreten kann – obgleich die Anklagepunkte regelmäßig sog. völkerrechtliche Kernverbrechen wie etwa Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit beinhalten. Gleichzeitig ergibt sich aus den Verfahrensregeln und der Rechtsprechung der internationalen Gerichtshöfe, dass ein Angeklagter, der durch seinen Rechtsbeistand vor Gericht vertreten wird, fast seine gesamten prozessualen Mitwirkungsrechte auf seinen Rechtsbeistand überträgt und im Regelfall nicht selbst in der Verhandlung mitwirkt.⁵ Der Angeklagte kann sich lediglich selbst als

klagen vorzuziehen, da letzterer die Assoziation mit den §§ 32 ff. StGB nahe legt und damit irreführend ist. Die englischsprachige Literatur benutzt im Übrigen den Begriff „*pro se* defence“ synonym.

⁴ „In the determination of any charge against the accused pursuant to the present Statute, the accused shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (d) to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; [...]“, Art. 21 Abs. 4 lit. d des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (IStGHJ, *Hervorhebung* durch den Verf.), unter: <http://www.IStGHJ.org/sections/LegalLibrary> (am 4.5.2009); siehe auch Art. 20 Abs. 4 lit. d des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda (IStGHR), unter: <http://69.94.11.53/legal.htm> (am 4.5.2009); Art. 67 Abs. 1 lit. d des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH), unter: <http://www.IStGH-cpi.int> (am 22.4.2009); Art. 17 Abs. 4 lit. d des Statuts des Special Court for Sierra Leone (SCSL) unter: <http://www.sc-sl.org/> (am 4.5.2009); Art. 35 Abs. 2 lit. d des Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia unter <http://www.eccc.gov.kh/english/> (am 4.5.2009) und Art. 16 Abs. 4 lit. d des Statuts des Special Tribunal for Lebanon unter: <http://www.stl-tsl.org/index.html> (am 4.5.2009). Das Iraqi Special Tribunal hatte zunächst eine identische Regelung in sein Statut aufgenommen. Wenig später änderte die Iraqi National Assembly diese Regelung jedoch dahingehend ab, dass jeder Angeklagte von einem irakischen Verteidiger vertreten sein muss und daneben einen Verteidiger von internationaler Seite engagieren kann. Siehe das Statute of the Iraqi High Tribunal, Art. 20 lit. d 2. vom 18.10.2005 unter: <http://www.hrcr.org/hottopics/statute/> (am 4.5.2009).

⁵ IStGHJ: Prosecutor v. Jadranko Prlić et al., Case No. IT-04-74-AR73.11, Decision on Slobodan Praljak’s Appeal of the

Zeugen vernehmen lassen⁶ und mit vorheriger Erlaubnis der Kammer eine Erklärung bei Eröffnung der Hauptverhandlung abgeben.⁷ Hieraus ergibt sich ein Spannungsfeld für den Angeklagten, im Gerichtssaal entweder vollumfänglich oder aber fast gar nicht aktiv aufzutreten. Insbesondere für selbstbewusste, politisch versierte Angeklagte, die den rhetorischen Anforderungen des aktiven Auftretens im Gerichtssaal gewachsen sind und zudem womöglich über verfahrensrelevantes Fach- oder Sonderwissen verfügen, mag der Kontrollverlust eines Angeklagten in der Hauptverhandlung bei der Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes inakzeptabel sein.

In jüngerer Vergangenheit haben vor allem prominente Angeklagte vor dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (IStGHJ) von dem in Art. 21 Abs. 4 lit. d des Statuts aufgeführten Recht Gebrauch gemacht, sich sowohl im erstinstanzlichen Verfahren (Slobodan Milošević; Vojislav Šešelj; Zdravko Tolimir und Radovan Karadžić)⁸ als

auch in der Rechtsmittelinstanz (Momčilo Krajišnik)⁹ selbst vor Gericht zu vertreten. Dies hat in den jeweiligen Gerichtsverfahren mitunter zu gravierenden Problemen verfahrensrechtlicher wie rechtsstaatlicher Natur geführt und wirft die Frage auf, ob das Recht der Verteidigung der eigenen Person im internationalen Strafprozess eingeschränkt werden kann und sollte.

Dieser Beitrag wird zunächst die rechtliche Grundlage für die Verteidigung der eigenen Person im internationalen Strafprozess untersuchen (unter II.). Sodann sollen die spezifischen Problemkreise aufgewiesen werden, die mit der Selbstvertretung verbunden sind, wobei die bislang anhängig gewordenen (und teils bereits abgeschlossenen) Verfahren vorgestellt werden (unter III. und IV.). Schließlich werden Lösungsmöglichkeiten für die prozessuale Handhabung des Rechts auf Selbstvertretung unter Beachtung der bestehenden internationalen Rechtsprechung entwickelt (unter V.) und in einem Schlusswort zusammengefasst (unter VI.). Der folgenden Untersuchung sind die Statuten und Verfahrensordnungen des IStGHJ, des Internationalen Strafgerichtshofes für Ruanda (IStGHR), des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH), des Spezialtribunals für Sierra Leone (SCSL), des Spezialtribunals für den Libanon (STL) und der Außerordentlichen Kammern in den Gerichten Kambodschas (ECCC) zugrunde gelegt.

II. Völkerrechtliche Grundlage der Statutsnormen

Das den Statuten aller genannten Gerichte gemeinsame Recht des Angeklagten, sich selbst im Strafprozess zu verteidigen oder durch einen Verteidiger seiner Wahl vertreten zu lassen, geht auf den Wortlaut des Art. 14 Abs. 3 lit. d des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)¹⁰ zurück:

(3) Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat in gleicher Weise im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien:

[...] d) [er hat das Recht], bei der Verhandlung anwesend zu sein und sich selbst zu verteidigen oder durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen; falls er keinen Verteidiger hat, ist er über das Recht, einen Verteidiger in Anspruch zu nehmen, zu unterrichten; [er hat das Recht, dass] ihm ein Verteidiger bestellt wird, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist, und zudem ohne dass er

Trial Chamber's Decision on the Direct Examination of Witnesses Dated 26 June 2008, vom 11.9.2008 (im Folgenden: Prlić Decision on Slobodan Praljak's II. Appeal), Rn. 19; IStGHR: Ferdinand Nahimana et al. v. Prosecutor, Appeals Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, Rn. 267 und Fn. 651: "Where an accused is represented by counsel, and except in special circumstances, it is for counsel to conduct the cross-examination on his behalf"; *ders.*, Scheduling Order vom 16.11.2006, S. 3-4. Siehe auch für den IStGHJ Art. 8(B) des Code of Professional Conduct for Counsel Appearing before the International Tribunal, as amended on 29 June 2006, IT/125/Rev.2: "When representing a client, counsel shall: [...] (ii) consult with the client about the means by which [the] objectives [of representation] are to be pursued, but is not bound by the client's decision [...]". Auch Art. 15(A) der Directive on the Assignment of Defence Counsel des IStGHR (vom 14.3.2008) sieht vor, dass der Verteidiger die Prozessvertretung im Gerichtssaal vollumfänglich übernimmt: "[counsel] shall deal with all stages of the procedure and all matters arising out of the representation of the accused or of the conduct of his Defence". IStGH: Regulation 74 Abs. 2 der Geschäftsordnung des IStGH (Regulations of the Court of 26 May 2004, ICC-BD/01-01-04).

⁶ Rule 85(C) der Verfahrensregeln des IStGHJ, IStGHR und SCSL.

⁷ Rule 84bis der IStGHJ-Verfahrensregeln. Diese Vorschrift findet indes keine Entsprechung in den IStGHR-Verfahrensregeln. Art. 67 Abs. 1 lit. h des Römischen Statuts gestattet dem Angeklagten demgegenüber das Recht, zu Beginn der Hauptverhandlung unabhängig von einer vorherigen Erlaubnis der Kammer eine Erklärung abzugeben. Siehe generell dazu auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 30.

⁸ Prosecutor v. Slobodan Milošević, Case No. IT-02-54; Prosecutor v. Vojislav Šešelj, Case No. IT-03-67; Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Case No. IT-05-88/2 und Prosecutor v. Radovan Karadžić, Case No. IT-95-5/18.

⁹ Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT-00-39-A (das Berufungsverfahren endete am 17.3.2009 mit dem Appeals Judgement in der Sache).

¹⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, 19 December 1966, G.A. RES 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, in Kraft seit 23.3.1976; BGBl. 1973 II 1553, ratifiziert von der BRD im Jahre 1973 (IPBPR). Dieses Recht ist auch in Art. 6 Abs. 3 lit. c der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950 (EMRK) in identischem Wortlaut verbrieft (BGBl. II S. 1054, in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.5.2002).

hierfür bezahlen muss, wenn ihm die nötigen Mittel zur Bezahlung fehlen.¹¹

Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR wurde teils wortlautgetreu in die Statuten der genannten Gerichte übernommen.¹² Die in dieser Norm verbürgten Rechte gehören zu den notwendigen Bestandteilen eines fairen Verfahrens.¹³ Bisweilen werden die im IPBPR verbrieften Prozessgrundrechte – im Besonderen Art. 14 – auch als geltendes Völkergewohnheitsrecht anerkannt.¹⁴

Allerdings ist nicht unumstritten, ob dies für das Recht der Selbstvertretung im Strafprozess uneingeschränkt gilt. Seinem Wortlaut nach umfasst Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR zwar das Recht der Selbstvertretung im Strafprozess und sieht keine Einschränkungen vor. Es fragt sich jedoch, ob die Urheber des IPBPR das Recht der Selbstvertretung derart klar vor Augen hatten, als Art. 14 Abs. 3 lit. d entstand.

Den Sitzungsmitschriften der vorbereitenden Versammlung der universellen Menschenrechtskonvention aus dem

¹¹ “3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;” Art. 14 Abs. 3 lit. d des IPBPR. Die deutsche Übersetzung des Vertragstextes ist die des *Verf.*

¹² IStGHJ Art. 21 Abs. 4 lit. d; IStGHR Art. 20 Abs. 4 lit. d; IGHSSt (hinsichtlich der wesentlichen Aussage wortlautgetreu) Art. 67 Abs. 1 lit. d; SCSL Art. 17 Abs. 4 lit. d; STL Art. 16 Abs. 4 lit. d; das Statut des ECCC sieht die Möglichkeit der Selbstvertretung in Art. 35 Abs. 2 lit. d vor.

¹³ Siehe auch Art. 6 Abs. 3 lit. c der EMRK, sowie Art. 8 Abs. 2 lit. d der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (American Convention on Human Rights) vom 22.11.1969. Das sog. *fair trial*-Recht beinhaltet die Gesamtheit aller Schutznormen, die dem Angeklagten im strafgerichtlichen Verfahren zustehen; es leitet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG ab, BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111); 66, 313 (318); *Ambos* (Fn. 7), § 10 Rn. 14 ff.; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 51. Aufl. 2008, Einleitung Rn. 19; Anhang IV MRK Art. 6 Rn. 4. Siehe auch Europäischer Menschenrechtsgerichtshof (ECtHR), *Granger v. The United Kingdom*, ECtHR, App. No. 11932/86, vom 28.3.1990, Rn. 43 mwN.

¹⁴ *The Secretary General*, Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), UN doc S/25704 (v. 3.5.1993), Rn. 106: “It is axiomatic that the International Tribunal must fully respect internationally recognized standards regarding the rights of the accused at all stages of its proceedings. In the view of the Secretary-General, such internationally recognized standards are, in particular, contained in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights.”

Jahr 1947 ist nicht zu entnehmen, dass das Recht auf Selbstvertretung als von Art. 14 des IPBPR umfasstes Recht ausdrücklich diskutiert wurde.¹⁵ Nach den vorliegenden Entwürfen aus den ersten vier Sitzungen sollte lediglich ein jeder das Recht haben, im Strafprozess einen Strafverteidiger zu konsultieren und sich von einem solchen vertreten zu lassen.¹⁶ Erst am Ende der fünften Sitzung war man sich über einen Text einig, der später Art. 14 des IPBPR werden sollte und nun ausdrücklich das Recht enthielt “[t]o defend [one]self in person or through legal assistance”. Die offiziellen Sitzungsprotokolle geben jedoch nicht an, dass jemals in einer Sitzung eine Diskussion zum absoluten Recht der Selbstvertretung geführt wurde. Vielmehr dokumentieren die Protokolle, dass die Delegierten um den Zugang des Angeklagten zu einem qualifizierten Strafverteidiger sowie um die Klärung der Frage bemüht waren, wer im Falle der Vermögenslosigkeit des Angeklagten seinen Rechtsbeistand entlohnt.¹⁷ Man war mithin in erster Linie um die Garantie der Bereitstellung eines qualifizierten Verteidigers besorgt.

In den letzten 15 Jahren hat die Diskussion an Dynamik gewonnen. In Versuchen, die Bestimmung restriktiv auszulegen, wird verschiedentlich vertreten, dass das Recht zur Selbstvertretung das Recht auf einen Rechtsbeistand lediglich ergänzt, nicht aber im Sinne eines „entweder-oder“-Prinzips ersetzt. *Cherif Bassiouni* führte im Jahre 1993 aus, dass Selbstvertretungsrecht solle dem Angeklagten die Möglichkeit geben, seine Verteidigung aktiv mitzugestalten, die Verteidigungsstrategie (mit-) zu lenken, den Verteidiger zu wählen oder durch einen anderen zu ersetzen und *unter gewissen Umständen* die Verteidigung selbst zu übernehmen.¹⁸ Diese

¹⁵ *Weissbrodt*, The Right to a Fair Trial under the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights: Background, Developments and Interpretations, 2001, S. 44 f.; *Weissbrodt* zitiert Comments on the Secretariat Outline, Art. 6 und 27, UN doc. E/CN.4/AC.1/8 (1947), wonach stets das Recht “to consult with and be represented by counsel” im Vordergrund steht – und nicht etwa “the right to represent oneself in person”.

¹⁶ “[...], and the right to consult with and be represented by counsel.” Comments on the Secretariat Outline, Art. 6, UN doc. E/CN.4/AC.1/8 (1947), Rn. 1; “Everyone is entitled to [...] the aid of counsel”, *Ibid.*, UN doc. E/CN.4/AC.3/SR.9 (1947), Rn. 7. Im deutschen Recht gilt das Recht des Beschuldigten nach Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes, sich im Strafverfahren von einem Anwalt seiner Wahl und seines Vertrauens verteidigen zu lassen (vgl. BVerfGE 26, 66 [71]; 39, 238 [243]; 66, 313 [318], st. Rspr.).

¹⁷ *Scharf*, Self-Representation Versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 31 (34); *Weissbrodt* (Fn. 15), S. 57.

¹⁸ *Bassiouni*, Human Rights in the Concept of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions, 3 *Duke Journal of Comparative and International Law* (1993), 283-284.

Selbstvertretung müsse jedoch die Grundsätze eines geordneten und fairen Gerichtsverfahrens beachten und bedürfe der Überprüfung im Hinblick auf Angemessenheit und Effektivität.¹⁹ Insbesondere dort, wo eine Selbstvertretung nicht (mehr) angemessen und effektiv erscheine (beispielsweise angesichts der Komplexität und Ausmaße des Strafverfahrens), „sollte das Gericht die Selbstvertretung verbieten und einen Strafverteidiger [zwangs-] beordnen“.²⁰

Einer ähnlichen Argumentationslinie folgend, jedoch restriktiver in der Konsequenz, schreibt *Wolfgang Schomburg*, ehemaliger Richter in der gemeinsamen Berufsabteilung der UN-Tribunale,²¹ dass es in internationalen Strafverfahren, die fachlich einen *per se* besonders hohen Schwierigkeitsgrad aufweisen, für einen Angeklagten schlicht unmöglich sei, sich selbst effektiv zu verteidigen.²² Das Recht der Selbstvertretung müsse, um ein faires Verfahren gem. Art. 20 Abs. 1 und 21 Abs. 2 des IStGHJ-Statuts zu gewährleisten, um das Recht auf einen Verteidiger „ergänzt“ – oder besser – überlagert werden.²³ Sobald ein Strafverfahren einen bestimmten Grad an Komplexität und Schwere der zu erwartenden Strafe überschreite, könne nicht erwartet werden, dass ein Angeklagter in der Lage sei, sich angemessen selbst zu vertreten. In einem solchen Fall müsse dem Angeklagten ein Verteidiger (zwangs-) beigeordnet werden.²⁴ Dies gilt nach Ansicht des Richters umso mehr im Rechtsmittelverfahren, da sich der Angeklagte hier gegen eine bereits gebildete richterliche Überzeugung und eine umfangreiche Beweisakte zur Wehr setzt.²⁵

Gegen eine uneingeschränkte Geltung des Rechts auf Selbstvertretung spricht im Weiteren die unterschiedliche Handhabung der Prozessvertretung in den verschiedenen Rechtsordnungen der Welt. Während die angloamerikanischen Rechtsordnungen grundsätzlich von einer weitgehend

uneingeschränkten Geltung des Selbstvertretungsrechts im Hauptverfahren ausgehen,²⁶ sehen es viele kontinentaleuropäische Rechtssysteme zumindest im Bereich schwerer Verbrechen nicht vor.²⁷ Als Beispiele seien hier nur Deutschland, Frankreich, Österreich, Belgien, Serbien, Bulgarien und Bosnien und Herzegowina genannt.²⁸ Zudem spricht sich auch der Europäische Menschenrechtsgerichtshof im Fall *Croissant v. Germany* dafür aus, dass das Gericht dem Angeklagten einen Rechtbeistand gegen seinen Willen beordnen kann, wenn das Interesse der Rechtspflege dies bedingt.²⁹ Die Richter stellen dort ausdrücklich fest, dass die zwangsweise Beordnung eines Verteidigers unter bestimmten Voraussetzungen im Strafprozess mit den entsprechenden Normen der genannten internationalen Konventionen vereinbar ist.³⁰ Be-

²⁶ United States Supreme Court, *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975).

²⁷ Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Angeklagte im adversatorischen Strafverfahren eine wesentlich zentralere Rolle spielt, da er – vergleichbar dem Deutschen Zivilprozess – seine Beweismittel selbst vorträgt, für entlastende Beweise zu sorgen hat und auch selbst die Verteidigungsstrategie wählen kann. Vgl. im Gegensatz dazu im Deutschen Strafprozess das Inquisitionsprinzip der Staatsanwaltschaft, § 155 Abs. 2 S.1 StPO sowie die Verfahrensleitung und Zeugenbefragung durch den Vorsitzenden, § 238 Abs. 1 StPO. Siehe generell dazu *Mirjan Damaška*, *Assignment of Counsel and Perception of Fairness*, in: *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), 5.

²⁸ Für detaillierte Nachweise und weitere Beispiele siehe *W. Schomburg* (Fn. 22), Rn. 40-55; *Prosecutor v. Vojislav Šešelj*, Case No. IT-03-67-PT, Decision on Prosecution’s Motion for Order Appointing Counsel to Assist Vojislav Šešelj with his Defence, v. 9. Mai 2003 (im Folgenden: *Šešelj Decision Appointing Counsel*), Rn. 16-17; *M. P. Scharf*, *Self-Representation Versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 31 (35-36); *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, IT-02-54-T, Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel, v. 22. September 2004 (im Folgenden: *Milošević, Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel*), Rn. 46 ff.

²⁹ “[I]t is for the courts to decide whether the interests of justice require that the accused be defended by counsel appointed by them. When appointing defence counsel the national courts must certainly have regard to the defendant’s wishes [...]. However, they can override those wishes when there are relevant and sufficient grounds for holding that this is necessary in the interests of justice”, ECtHR, *Croissant v. Germany*, App. No. 13611/88 v. 25. September 1992 (im Folgenden: *ECtHR Croissant v. Germany*), Rn. 29.

³⁰ *Ibid.*, Rn. 27; ECtHR, *Mayzit v. Russia*, App. No. 63378/00 v. 20. Januar 2005, Rn. 64. Für eine absolute Geltung des Selbstvertretungsrechts (zu Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR), allerdings ohne weitere Begründung nur die Menschenrechtskommission des IPBPR (Human Rights Committee) in: *Michael and Brian Hill v. Spain*, Communication No.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Der Begriff „UN-Tribunale“ umfasst IStGHJ und IStGHR, da beide Gerichtshöfe von den vereinten Nationen errichtet wurden. IStGHJ und IStGHR teilen sich eine Berufsabteilung mit Sitz in Den Haag, den Niederlanden.

²² Siehe *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, *Fundamentally Dissenting Opinion of Judge Schomburg on the Right to Self-Representation*, im Anhang zur *Decision on Momčilo Krajišnik’s Request to Self-Represent, on Counsel’s Motions in Relation to Appointment of Amicus Curiae, and on the Prosecution Motion of 16 February 2007*, Case No. IT-00-39-A v. 11. Mai 2007 (im Folgenden: *W. Schomburg, Fundamentally Dissenting Opinion*), Rn. 3. “There is no fair procedure before international tribunals without public legal assistance”, *Ibid.*, Rn. 2.

²³ *Ibid.*, Rn. 3.

²⁴ *Ibid.*, Rn. 2, 4.

²⁵ *Ibid.*, Rn. 73. Die Kammer hatte im Rahmen dieser Entscheidung im *Krajišnik-Verfahren* lediglich über das Recht auf Selbstvertretung im Rechtsmittelverfahren zu befinden, weshalb sich Richter *Schomburgs* Ausführungen in erster Linie auf diese Verfahrensphase beziehen, *ibid.*, Rn. 5, mit weiterführenden Literaturhinweisen.

reits Jahre zuvor hatte die Europäische Menschenrechtskommission ausdrücklich klargestellt, dass Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, welcher mit Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR wortgleich übereinstimmt, dem Angeklagten zwar grundsätzlich das Recht auf einen Verteidiger oder auch auf Selbstvertretung einräumt, indes gerade nicht ein uneingeschränktes *Wahlrecht* auf eine der Optionen eröffnet.³¹ Auch der Inter-amerikanische Menschenrechtsgerichtshof legte an anderer Stelle fest, dass das Recht der Selbstvertretung der individuellen staatlichen Regelung unterliegt³² und damit keine absolute Geltung beansprucht, sondern von dem das gesamte Verfahren überspannenden fair trial-Prinzip überlagert wird und gegebenenfalls eingeschränkt werden kann.³³

Eine gewisse Einschränkung des Rechtes auf Selbstvertretung nimmt schließlich auch die gefestigte Rechtsprechung des IstGHJ³⁴, IstGHR³⁵ und SCSL³⁶ an. Im Strafver-

fahren gegen den Angeklagten Slobodan Milošević vor dem IstGHJ bezog die Kammer erstmals zur Frage der Selbstvertretung des Angeklagten in der Hauptverhandlung Stellung. Die Richter erkannten die grundsätzliche Einschränkung des Selbstvertretungsrechts an, hielten indes der allzu restriktiven Auslegung des Selbstvertretungsrechtes – wie gerade durch den EGMR – entgegen, dass die Rechtsprechung des EGMR in erster Linie kontinentaleuropäische Rechtssysteme betreffe, die gemeinhin das Institut der notwendigen anwaltlichen Vertretung in umfassenden Strafverfahren anerkennen. Am IstGHJ (und damit auch am IstGHR sowie am SCSL) sei das Verfahrensrecht indes eher durch das angloamerikanische, adversatorische Rechtssystem geprägt, das auch im Strafprozess dem Parteienprinzip folge und eine Selbstvertretung in wesentlich weiteren Grenzen vorsehe.³⁷ Die Rechtsmittelkammer ging auch in der Folgezeit leider nicht vertieft auf den Ursprung und die völkerrechtlich-historische Grundlage des Rechtes auf Selbstvertretung ein, obgleich sich die Möglichkeit dazu bot.³⁸

Danach kann festgehalten werden, dass das Recht auf Selbstvertretung im internationalen Strafprozess insbesondere von den UN-Tribunalen grundsätzlich anerkannt ist.³⁹ Indes darf man als ebenso gefestigte Ansicht in Rechtsprechung⁴⁰ und Lehre⁴¹ annehmen, dass dieses Recht nicht uneinge-

526/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/526/1993, v. 2.4.1997, paras. 14.2 ff.

³¹ Europäische Menschenrechtskommission (EComHR), X. v. Norway, EComHR, App. No. 5923/72 v. 30.5.1975.

³² Inter-Amerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte (IACHR), “[...] a defendant may defend himself personally, but it is important to bear in mind that this would only be possible where permitted under domestic law”, *Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies* (Articles 46 (1), 46 (2) (a) and 46 (2) (b) of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-11/90 of August 10, 1990, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 11 (1990), Rn. 25-26.

³³ So auch W. Schomburg (Fn. 22), Rn. 25, mit Verweis auf Trechsel, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford 2005, S. 263-266. Dagegen für ein prinzipiell uneingeschränktes Recht, sich selbst vor Gericht verteidigen zu können Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, 2nd revised edition 2005, Art. 14 CCPR, Rn. 62.

³⁴ Siehe Šešelj Decision Appointing Counsel, Rn. 20; Prosecutor v. Slobodan Milošević, Reasons for the Decision on the Prosecution Motion Concerning the Assignment of Counsel, Case No. IT-02-54-T v. 4.4.2003 (im Folgenden: Milošević Reasons for Decision on Prosecution Motion), Rn. 40; *ders.*, Decision on the Interlocutory Appeal of the Trial Chamber’s Decision on the Assignment of Defence Counsel, Case No. IT-02-54-AR73.7 v. 1.11.2004, (im Folgenden: Milošević Decision on Interlocutory Appeal), Rn. 11; Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Decision on Momčilo Krajišnik’s Request to Self-Represent, on Counsel’s Motions in Relation to Appointment of Amicus Curiae, and on the Prosecution Motion of 16 February 2007, Case No. IT-00-39-A v. 11.5.2007 (im Folgenden: Krajišnik Decision on Request to Self-Represent), Rn. 9 ff.

³⁵ Prosecutor v. Jean Bosco Barayagwiza, Decision on Defence Counsel Motion to Withdraw, Case No. ICTR-97-19-T v. 2.11.2000 (im Folgenden: Barayagwiza Decision on Defence Counsel Motion), Rn. 19 ff.

³⁶ Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa, Decision on the Application of Sam Hinga Norman for Self-Representation under Article 17 (4) (d) of

the Statute of the Special Court, Case No. SCSL-04-14-T v. 8.6.2004 (im Folgenden: SCSL Norman).

³⁷ Milošević Reasons for Decision on Prosecution Motion, Rn. 24-25. Siehe dazu auch M. Damaška (Fn. 27), S. 5 ff.

³⁸ Siehe nur Milošević Decision on Interlocutory Appeal, Rn. 11-12; Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Reasons for Oral Decision Denying Mr. Krajišnik’s Request to Proceed Unrepresented by Counsel, Case No. IT-00-39-T v. 18.8.2005, Rn. 23-24; *ders.*, Krajišnik Decision on Request to Self-Represent, Rn. 12.

³⁹ Dies sagt jedoch nichts darüber aus, ob das Recht auf Selbstvertretung insoweit Völkergewohnheitsrecht darstellt. An der entsprechenden *opinio iuris* dürfte es bereits fehlen, da die Mehrheit der kontinentaleuropäischen Rechtssysteme die Selbstvertretung wie dargelegt stark einschränkt, vgl. Milošević, Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel, Rn. 49. So auch Scharf, Self-Representation Versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 31 (36). Siehe insoweit als einzige Ausnahme das Statut des Iraqui Special Tribunal, welches das Recht auf Selbstvertretung nach einer Statutsänderung ausdrücklich nicht (mehr) vorsieht, siehe Statute of the Iraqui High Tribunal, Art. 20 (d) 2., v. 18.10.2005, *supra*, Fn. 3.

⁴⁰ Milošević Reasons for Decision on Prosecution Motion, Rn. 40; Farhad v United States, Concurring Opinion of Judge Reinhardt, 190 F.3d 1097 (9th Cir. 1999); ECHR, Croissant v. Germany, Rn. 29.

⁴¹ Siehe statt vieler nur Jørgensen, The Problem of Self-Representation at International Criminal Tribunals, in: *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 65; Scharf, Self-Representation Versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals, *Journal of Interna-*

schränkt gilt. Die verschiedenen Umsetzungsansätze dieser Einschränkung und die Uneinheitlichkeit der Rechtsanwendung in diesem Punkte sollen im Folgenden dargestellt werden.

III. Problemstellung

Die Problematik der Selbstvertretung besteht darin, dass sie in das Spannungsfeld zwischen den Partizipationsrechten des Angeklagten im Strafverfahren und der Pflicht des Gerichts fällt, einerseits dem Angeklagten ein faires und zügiges Verfahren zu bieten und andererseits die Integrität des Verfahrens zu wahren.⁴² Diese Problematik erhält besondere Dynamik im Kontext des umfassenderen Ziels internationaler Strafgerichte, zu nachhaltigem Frieden und Versöhnung der Parteien in den Konfliktzonen beizutragen, und dabei die Rechtsstaatlichkeit in den jeweiligen nationalen Rechtssystemen zu stärken.⁴³ Diese Vorbildfunktion erhöht den Druck auf die internationalen Kammern.

Im Einzelnen bilden sich nachfolgend dargestellte Problemkreise, wobei zwischen Unzulänglichkeiten zu unterscheiden ist, die der Angeklagte kaum oder nicht zu beeinflussen vermag, und solchen Problemen, die der Angeklagte vorsätzlich herbeiführt.

1. Problem der unzureichenden Verteidigung durch mangelnde Rechtskenntnis

Die Verteidigung im internationalen Strafprozess erfordert nicht nur Rechtskenntnis und Übung in der strafverfahrensrechtlichen Praxis im Allgemeinen, sondern insbesondere Vertrautheit mit der Systematik sowohl der angloamerikanischen als auch der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, da Grundsätze beider Systeme in den Strafprozessordnungen „*sui generis*“ der internationalen Gerichte zum Tragen kommen.⁴⁴ Insbesondere bedarf es eingehender Kenntnis

tional Criminal Justice 4 (2006), 31 (34); *Sluiter*, Karadžić on Trial: Two Procedural Problems, in: *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), 617; *Tuinstra*, Assisting an Accused to Represent Himself, in: *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 55.

⁴² *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Decision on the Interlocutory Appeal of Amici Curiae Against the Trial Chamber Order Concerning the Presentation and Preparation of the Defence Case, Case No. IT-02-54-AR73.6 v. 20.1.2004 (im Folgenden: *Milošević Decision on the Interlocutory Appeal of Amici Curiae*), Rn. 19; SCSL Norman, Rn. 28.

⁴³ Siehe Resolution 827 (1993) des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen v. 25.5.1993 (UN Doc. S/RES/827 [1993]) zur Einrichtung des IStGHJ; *L. A. Dickinson*, The Promise of Hybrid Courts, in: *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, 302.

⁴⁴ *Ambos* (Fn. 7), § 8 Rn. 30 ff.; *Scharf*, Self-Representation Versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 31 (39); *Tuinstra*, Assisting an Accused to Represent Himself, in: *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 47 (49).

des jeweiligen Gerichtsstatuts und der anwendbaren Prozessordnung. Des Weiteren ist die Kenntnis der völkerrechtlichen Grundagentexte und Konventionen erforderlich. Der Prozessvertreter des Angeklagten muss Erfahrung in der Durchführung des Kreuzverhörs aufweisen; diese Vernehmungstechnik ist dem angloamerikanischen Recht entlehnt und nur begrenzt mit dem kontinentaleuropäischen System der Zeugenvernehmung vergleichbar.⁴⁵ Bereits nur wenige Strafverteidiger bringen die erforderlichen Qualifikationen mit, vor internationalen Gerichten als Verteidiger aufzutreten.⁴⁶ Ein Politiker oder ehemaliger militärischer Befehlshaber wird nur in den seltensten Fällen das für eine angemessene Verteidigung notwendige Wissen und die entsprechende Erfahrung besitzen.⁴⁷ Ein Angeklagter ohne ausreichende Erfahrung insbesondere in der Zeugenvernehmung mag sich erheblichen Schaden in seiner Verteidigungsstrategie zufügen oder gar selbst belasten, da er stets Gefahr läuft, die rechtliche Bewandnis der jeweiligen Zeugenaussage falsch zu bewerten.⁴⁸ Unwissen hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Rechte und Pflichten wie etwa Antragserfordernisse, Fristen oder Rügepflichten von Verfahrensfehlern mögen dem Angeklagten erheblichen Schaden in seiner Verteidigung zufügen.

⁴⁵ Im deutschen Strafverfahren obliegt die Befragung des Angeklagten grundsätzlich zunächst dem Richter (§ 238 StPO). Staatsanwalt und Strafverteidiger können ergänzende Fragen stellen (§ 240 Abs. 2 StPO), leiten aber nicht die Befragung. Auf Antrag kann gem. § 239 Abs. 1 StPO ein Kreuzverhör durchgeführt werden, bei dem Staatsanwaltschaft und Verteidigung nacheinander den Zeugen oder Sachverständigen vernehmen. Die Reihenfolge richtet sich danach, auf wessen Antrag hin der Zeuge oder Sachverständige geladen wurde. Allerdings folgt eine solche Befragung stets der richterlichen Vernehmung nach.

⁴⁶ Siehe im Einzelnen nur die Qualifikationsanforderungen, die das IStGHJ an Verteidiger stellt, die im Rahmen der Prozesskostenhilfe („legal aid“) beigeordnet werden in Rule 45 der Verfahrensregeln des IStGHJ in Verbindung mit Art. 14 der Directive on the Assignment of Defence Counsel, IT-73-REV.11 v. 11.7.2006.

⁴⁷ So auch *Scharf*, Self-Representation Versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 31 (38, 39). Allerdings ist zu betonen, dass auch sich selbst vertretende Angeklagte in der Regel ein Schattenkabinett an Rechtsberatern unterhalten, die im Hintergrund Rechtsrecherchen anstellen und den Großteil der Schriftsätze vorbereiten. Am IStGHJ werden im Rahmen des Rechtshilfeprogrammes sogar Gelder für die Entlohnung von bis zu vier Rechtsberatern im Regelfall bereitgestellt.

⁴⁸ Siehe nur die ausdrückliche Warnung der Kammer an den Angeklagten im Verfahren vor dem IStGHJ *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-T, Transcript 13440 v. 26.5.2005: „[...] your lack of legal experience means that there is a serious risk that you will damage your position.“

2. Problem der Instrumentalisierung oder „Zweckentfremdung“ des Rechtes auf Vertretung der eigenen Person im Strafverfahren

In diesem Problembereich stehen die Prozessförderungspflicht des Gerichtes sowie das Erfordernis eines geregelten Verfahrensablaufes neben dem Schutz der Zeugenrechte im Vordergrund.

a) Politische Instrumentalisierung des Gerichtsverfahrens

Sich selbst vertretende Angeklagte können das Gerichtsverfahren als Forum für politische und sachfremde Äußerungen missbrauchen und hierdurch das Strafverfahren politisieren.⁴⁹ Die Bildaufzeichnung jeder Verhandlung wird in den ehemaligen oder noch aktiven Konfliktgebieten oft mit großem Interesse verfolgt, politische und andere sachfremde Äußerungen im Gerichtssaal finden ihren direkten Weg zur Gesellschaft in der betroffenen Region. Zwar können die Richter im Verhandlungssaal das Mikrofon des Angeklagten abschalten, wenn dieser trotz vorausgegangener Warnungen sachfremde Äußerungen macht.⁵⁰ Geschickte Redner mögen jedoch ihre politischen Botschaften zunächst in verfahrensrelevante Äußerungen einbetten, sodass das situationsbedingte Abschalten des Mikrofons keine abschließende Lösung darstellt, ganz zu schweigen von der juristischen Bedeutung eines solchen – wenn auch nur zeitweiligen – Totalverbotes des Rederechts des Angeklagten.⁵¹ Durch politische und sachfremde Äußerungen verlangsamt sich nicht nur der Prozessverlauf, ein solches Vorgehen führt auch zur Verzerrung der Realität im Hinblick auf die strafrechtlich relevanten Geschehnisse und

bewirkt so eine negative politische Beeinflussung des jeweiligen (ehemaligen) Konfliktgebiets.⁵²

b) Möglichkeit der Beeinflussung und Einschüchterung von Zeugen im Gerichtssaal

Zeugen stellen gerade im internationalen Strafprozess das wohl wichtigste Beweismittel dar. Die Beeinflussung von Zeugen vermag den Prozessverlauf nachhaltig negativ zu beeinträchtigen.⁵³ Bereits die Befragungssituation eines Belastungszeugen im Kreuzverhör durch den unter Umständen direkt in den Konflikt involvierten Angeklagten kann leicht zur Einschüchterung des Zeugen führen oder im Falle sexueller Gewalt traumatisierte Opferzeugen über Gebühr belasten. Darüber hinaus mag der Angeklagte bereits während des Verhörs durch die Staatsanwaltschaft gezielt Eingaben machen, die den Zeugen einschüchtern und womöglich in seiner Aussage hemmen.⁵⁴

c) Möglichkeit der Behinderung des Verfahrensverlaufes durch prozessverschleppende und missbräuchliche Anträge und Äußerungen

Anträge und sonstige schriftliche Eingaben sich selbst vertretender Angeklagter ermangeln oft die Präzision und Schärfe, die anwaltlich formulierte Anträge in der Regel haben. Indes birgt dieser „Schriftverkehr“ im Verfahren auch die Gefahr, dass Angeklagte gezielt verfahrensverschleppende,⁵⁵ sinnlose bis hin zu beleidigenden Eingaben gegen das Gericht selbst⁵⁶

⁴⁹ Siehe nur *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, IT-02-54, Transcript T. 7698, Zeile 25 – T. 7699 Zeile 2 v. 8.7.2002: Judge May: „[...] this is not the place, as you know quite well, for political speeches.“; T. 8459, Zeile 13 v. 23.7.2003: “You know that political speeches are not allowed here.”; *Prosecutor v. Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, Transcript T. 5147, Zeilen 3-4 v. 20.3.2008: Judge *Lattanzi*: “[...] These are political statements that are not allowed here in this Tribunal”; T. 12171, Zeilen 23-25 v. 2.11.2008: Judge *Antonetti*: “We are all aware that you held very high political positions. We know that you’re a prominent political leader in your country. Please do not overstep the mark, and proceed with your cross-examination [...]”.

⁵⁰ So wurde beispielsweise dem verstorbenen Angeklagten Slobodan Milošević des Öfteren vom vorsitzenden Richter das Rederecht durch das Abschalten des Mikrofons entzogen. Gleiches ereignete sich im *Karadžić*-Verfahren am IStGHJ in der Status-Konferenz am 3.3.2009, als der Angeklagte nicht auf die Frage des Vorsitzenden antwortete, sondern begann, generelle Ausführungen zu seinem Verfahren zu machen; Transcript of 3 March 2009, Zeilen 3-16.

⁵¹ Das Abschalten des Mikrofons käme einem Verweis aus dem Sitzungssaal nahe, *Rule* 80(B) der Verfahrensregeln des IStGHJ und IStGHR.

⁵² Als Beispiele werden hier oft die Strafverfahren gegen Slobodan Milošević und Vojislav Šešelj vor dem IStGHJ genannt; siehe *Sluiter*, *Compromising the Authority of International Criminal Justice – How Vojislav Šešelj Runs His Trial*, in: 5, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, 529; *Scharf*, *Self-Representation Versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 31 (32 f.). Siehe auch *Šešelj*, *Decision Appointing Counsel*, Rn. 22 ff.

⁵³ Aus diesem Grund wird z.B. am IStGHJ die Missachtung des Gerichtes, *Rule 77* der Verfahrens- und Beweisordnung, rigoros strafrechtlich verfolgt; siehe zuletzt *Prosecutor v. Vojislav Šešelj*, *Decision on Allegations of Contempt*, Case No. IT-03-67-R77.2 v. 21.1.2009.

⁵⁴ So auch *Scharf*, *Self-Representation Versus Assignment of Defence Counsel before International Criminal Tribunals*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 31 (38).

⁵⁵ Im Verfahren gegen Zdravko Tolimir vor dem IStGHJ hatte sich der Angeklagte über Monate geweigert, sämtliche Schriftsätze, Beschlüsse und Entscheidungen von Gerichtskanzlei und Kammer zu akzeptieren, wenn diese ihm nicht in kyrillischer Schriftart übermittelt würden; siehe *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, *Decision on Accused’s Submission of 26 March 2008*, Case No. IT-05-88/2-PT v. 29.4.2008 mit Verweis auf vorangegangene Entscheidungen der Kammer sowie der Rechtsmittelkammer in der Sache in Fn.1 der Entscheidung.

⁵⁶ So hatte der Angeklagte Vojislav Šešelj in der Verhandlung vor dem IStGHJ erklärt, die Richterkleidung erinnere an

oder bestimmte Gerichtsbeamte machen.⁵⁷ Auch die beständige Missachtung der Prozessregeln und Formanweisungen für Schriftsätze mag als Mittel angewandt werden, das Verfahren zu stören.⁵⁸

3. Problem der Verzögerung des Verfahrens

Bei der Verteidigung in einem internationalen Strafprozess, der allein wegen der Ausmaße des behandelten Konflikts und Länge der Anklageschrift mehrere Jahre andauert, arbeiten Verteidigerteams stets am Rande ihrer Kapazitäten.⁵⁹ Ein sich selbst vertretender Angeklagter stößt hier noch eher an seine psychischen wie körperlichen Grenzen, selbst wenn ein Verteidigerteam für ihn im Hintergrund arbeitet, Zeugen und andere Beweismittel für die Verteidigung ausfindig macht und Schriftsätze vorbereitet. Die fast täglichen Sitzungen und Vernehmungen einer Vielzahl von Zeugen im Hauptverfahren muss der Angeklagte allein bestreiten. Ganz abgesehen von Verzögerungen, die bereits hierdurch entstehen,⁶⁰ kann die Arbeitsbelastung des Angeklagten zu erheblichen gesundheitlichen Beschädigungen, Behandlungsbedarf, einer Reduzierung der Sitzungsanzahl pro Woche und schließlich Vertagungen der Gerichtsverhandlungen führen.⁶¹ Diese Entwicklung wirkt wiederum der gerichtlichen Prozessförderungs- und Beschleunigungspflicht entgegen.

Neben gesundheitlich oder durch fachliche Inkompetenz des Angeklagten bedingten Verfahrensverzögerungen steht zudem die absichtliche Verschleppungstaktik. Durch beständige Missachtung der Verfahrensregeln und missbräuchliche und unseriöse Eingaben und Schriftsätze kann der Fortgang des Verfahrens enorm verlangsamt werden, da bereits aus Rechtsstaatlichkeitserwägungen jedem Antrag des Angeklagten nachgegangen werden muss – und sei dies nur um festzustellen, dass missbräuchliches Verhalten vorliegt.⁶²

4. Problem der Zeugengefährdung

die katholische Inquisition und Uniformen der deutschen SS und Gestapo, Šešelj Decision on Assignment of Counsel, Rn. 34 ff., 55 ff.

⁵⁷ Im August 2006, freilich noch vor Beginn des Hauptverfahrens gegen Vojislav Šešelj vor dem IStGHJ, hatte Šešelj bereits 191 Schriftsätze mit überwiegend unseriösem und beleidigendem („*abusive and frivolous*“) Inhalt an die Kammer gerichtet, siehe Šešelj Decision on Assignment of Counsel, Rn. 75.

⁵⁸ Šešelj Decision Appointing Counsel, Rn. 23-24. *Ambos* (Fn. 7), § 10 Rn. 28.

⁵⁹ *M. Damaška* Assignment of Counsel and Perception of Fairness, in: *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), 3.

⁶⁰ Siehe im Hinblick auf zu erwartende Verzögerungen durch nötige Vorbereitung des Angeklagten SCSL Norman, Rn. 15, 16.

⁶¹ Im Milošević-Verfahren war im November 2004 die Hauptverhandlung bereits 13mal unterbrochen worden, nur noch drei Verfahrenstage waren pro Woche angesetzt; siehe Milošević Decision on Interlocutory Appeal, Rn. 4.

⁶² Siehe *supra* III. 2. c).

Sich selbst vertretende Angeklagte erhalten regelmäßig die Gesamtheit der verfahrensrelevanten Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft im Rahmen des Vorverfahrens ausgehändigt.⁶³ Die Ermittlungsergebnisse enthalten sämtliche Informationen und (Kontakt-)Daten auch solcher Zeugen, die durch ein Schutzprogramm vor der Öffentlichkeit geheim gehalten werden. Sich selbst vertretende Angeklagte mögen diesen Identitätsschutz versehentlich oder auch absichtlich gefährden. Zum einen mag der Angeklagte während der Zeugenvernehmung die Identität eines geschützten Zeugen oder sonst geschützte Daten zur Person preisgeben.⁶⁴ Zum anderen besteht die Gefahr, dass ein böswilliger Angeklagter die Identität geschützter Zeugen an Hintermänner in der (ehemaligen) Krisenregion weitergibt, welche sodann diese Zeugen bedrohen oder einschüchtern, um eine zukünftige Aussage im Hauptverfahren zu verändern oder gar zu verhindern.⁶⁵

IV. Einschränkung des Rechtes auf Selbstvertretung

Das Gericht trifft stets die Pflicht, zwischen den Rechten des Angeklagten (und damit seinem Recht auf Selbstvertretung) und der eigenen Verpflichtung, für ein faires und zügiges Verfahren zu sorgen, zu vermitteln.⁶⁶ Es fragt sich, ob das Selbstvertretungsrecht im internationalen Strafprozess derart uneingeschränkt gelten darf, dass der Angeklagte durch sein Vorgehen den Strafprozess zu seinen Zwecken zu instrumen-

⁶³ Siehe statt aller nur Rules 65ter lit. E sowie 66 ff. der ISTGHJ-Verfahrensregeln oder auch Rules 76 ff. der IStGH-Verfahrensregeln. Auch ist die verzögerte Weitergabe einiger Ermittlungsergebnisse an die Verteidigung im Falle noch andauernder Ermittlungen möglich, Rules 66 lit. C, 68 Abs. (iv), 69 der ISTGHJ-Verfahrensregeln sowie Rules 81, 82 der ISTGH-Verfahrensregeln.

⁶⁴ So geschehen im Krajišnik-Hauptverfahren, als der Angeklagte mit der Erlaubnis der Kammer Zeugen nach Beendigung der Zeugenvernehmung durch seinen Verteidiger selbst vernahm. *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Case No. IT-00-39-T, Reasons for Oral Decision Denying Mr Krajišnik's Request to proceed Unrepresented by Counsel, (im Folgenden: *Krajišnik Reasons for Oral Decision*), v. 18.8.2005, Rn. 34.

⁶⁵ *Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko und Arsène Shalom Ntahobali*, Case No. ICTR-97-21-T, Decision on Ntahobali's Motion for Withdrawal of Counsel, v. 22.6.2001 (im Folgenden: *Ntahobali Decision on Withdrawal of Counsel*), Rn. 20; *Prosecutor v. Vojislav Šešelj*, Case No. IT-03-67-PT, Decision on Assignment of Counsel, v. 21. August 2006 („Šešelj Decision on Assignment of Counsel“), Rn. 54, 63 ff.

⁶⁶ Siehe Art. 20 Abs. 1 des IStGHJ-Statutes (gleichlautend mit Art. 19 Abs. 1 des IStGHR-Statutes und Art. 64 Abs. 2 des ISTGH-Statutes): „The Trial Chambers shall ensure that a trial is fair and expeditious, [...] with full respect for the rights of the accused“. Art. 21 Abs. 1 des STL-Statuts bestimmt sogar ausdrücklich: “[The STL] shall take strict measures to prevent any action that may cause unreasonable delay [to the proceedings].“ Siehe auch Milošević Reasons for Decision on Prosecution Motion, Rn. 41; *ders.*, Decision on the Interlocutory Appeal by the *Curiae*, Rn. 19.

talisieren vermag und sich Zweifel an der Fairness des Verfahrens anmelden. Zwar orientierte sich die Verfahrenskammer des ISTGHJ noch im Jahre 2003 im Milošević-Verfahren strikt an dem recht weitreichend gewährten Selbstvertretungsrecht im angloamerikanischen Rechtsraum.⁶⁷ Indes zeigen die Ereignisse der jüngeren Vergangenheit im internationalen Strafprozess gerade auch im Lichte mutwilliger Verfahrensstörungen einiger sich selbst vertretender Angeklagter,⁶⁸ dass bisweilen eine Beschränkung des Selbstvertretungsrechts durch das Gericht angebracht ist.

Hinsichtlich der Möglichkeit und Reichweite einer solchen Rechtsbeschränkung bedarf es eines Blickes in die Prozessgrundrechte des Angeklagten im internationalen Strafprozess. Die einzelnen prozessualen Rechte des Angeklagten, wie sie u.a. in Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR aufgeführt sind, müssen als Teilelemente des allumfassenden Rechts auf ein faires Verfahren verstanden werden.⁶⁹ Das Gericht ist gehalten, dem Angeklagten eine effektive Verteidigung zu ermöglichen, wobei die Effektivität der Verteidigung objektiv zu bestimmen ist.⁷⁰ Es steht dem Angeklagten danach frei, sich durch einen Rechtsbeistand oder selbst vor Gericht zu verteidigen, solange die Verteidigung nur objektiv geeignet ist, die Interessen des Angeklagten adäquat zu repräsentieren und die Fairness des Verfahrens zu bewahren – das *fair trial*-Recht stellt damit eine unverzichtbare, verobjektivierte Verfahrensgarantie dar, die wiederum andere Verfahrensrechte zu beschneiden vermag.⁷¹ Die Gewährung des Selbstvertretungsrechtes steht im Spannungsverhältnis mit der Pflicht des Gerichts, ein objektiv faires Verfahren zu gewährleisten, das zügig und ohne Rechtsfehler abläuft. Diese ihrerseits objektive Verfahrensleitungspflicht mag bisweilen den tatsächlichen Interessen des Angeklagten zuwiderlaufen. Zu denken sei nur an Verfahrensstrategien, die im Sinne einer „*defense de rupture*“⁷² eher auf die Zerstörung des Verfahrens als auf eine „traditionelle“ Verteidigung gegen die zur Last gelegten Straftaten gerichtet sind.⁷³ Für einen Angeklagten, der an-

waltlich vertreten ist, überträgt sich diese Pflicht anteilig auf seinen Verteidiger. Dieser ist im Rahmen seiner eigenen Garantenstellung gegenüber dem Gericht gehalten, seinen beruflichen Pflichten unabhängig von seinem Mandanten nachzukommen und sein Judiz im Sinne des objektiven Mandanteninteresses im Verfahren einzubringen.⁷⁴ Auch im internationalen Strafverfahren tritt der Rechtsbeistand als „Organ der Rechtspflege“⁷⁵ und damit als objektiver Garant für die Beachtung des Rechts auf. Ihm ist ebenso wie der Kammer und der Staatsanwaltschaft aufgegeben, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz zu erhalten.⁷⁶

Ein sich selbst vertretender Angeklagter steht indes unmittelbar dem Gericht gegenüber. Das Gericht muss die Überwachung des ordnungsgemäßen Verfahrensverlaufes vollumfänglich gewährleisten und dabei auch die prozessualen Schritte des Angeklagten überprüfen.⁷⁷ Ergibt sich aus dem Verfahrensverlauf klar, dass der sich selbst vertretende Angeklagte faktisch keine Verteidigungsstrategie hat oder sonst unfähig ist, eine wirkungsvolle Verteidigung zu präsentieren, so fehlt es objektiv an der Waffengleichheit der Parteien und es entsteht die Pflicht der Kammer zu handeln.⁷⁸ Die Ausübung des Rechtes auf Selbstvertretung darf nicht zu einem Hindernis für ein faires Verfahren ausarten und muss daher hinter dem Recht auf ein faires Verfahren zurücktreten – im Wege der Hinzuziehung eines innerprozessualen Interessenvertreters für den Angeklagten.⁷⁹ Konkret bedeutet dies

Weiterhin ist zu betonen, dass idealerweise eine *defense de rupture* mit allen prozessual erlaubten Mitteln auf eine Ungültigerklärung des Prozesses zusteuert. Die Eingaben des Angeklagten Šešelj haben indes bisweilen das Maß des prozessual Erlaubten überschritten, siehe Šešelj Decision on Assignment of Counsel, Rn. 34 ff., 55 ff.

⁷⁴ Siehe Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko and Arsène Shalom Ntahobali, Case No. ICTR-97-21-T, Decision on Ntahobali's Motion for Withdrawal of Counsel, v. 22. Juni 2001, Rn. 21-23; Prosecutor v. Baraygwiya, Case No. ICTR-97-19-T, Decision on Defence Counsel Motion to Withdraw, v. 2. November 2000, Rn. 21. BVerfG StV 2004, 254.

⁷⁵ Siehe zum Begriff BVerfGE 38, 105 (119); Meyer-Göfner (Fn. 13), vor § 137 Rn. 1 f.

⁷⁶ EGMR Nr. 39657/98 – Urt. v. 28.10.2003 (Steuer v. Niederlande, 2. Kammer), Rn. 36-37, in: NJW 2004, 3317.

⁷⁷ SCSL, Prosecutor v. Sam Hinga Norman et al., Decision on the Application of Samuel Hinga Norman for Self Representation Under Article 17 (4) (d) of the Statute of the Special Court, Case No. SCSL-04-14-T v. 8. Juni 2004, Rn. 26.

⁷⁸ Novak (Fn. 33) definiert die Waffengleichheit der Parteien als „wichtigstes Kriterium eines fairen Verfahrens“, Art. 14 CCPR, Rn. 29 (S. 321).

⁷⁹ SCSL Prosecutor v. Sam Hinga Norman et al., Ruling on the Issue of Non-Appearance of the First Accused Sam Hinga Norman, the Second Accused, Moinina Fofana, and the third Accused, Allieu Kondewa at the Trial Proceedings, SCSL-04-14-PT, v. 1. Oktober 2004, Rn. 23: „The Trial Chamber considers that the exercise of the right to self-representation should not become an obstacle to the achievement of a fair trial.“ Siehe ähnlich Prosecutor v. Milosevic, Reasons for

⁶⁷ Milošević, Reasons for Decision on Prosecution Motion, Rn. 19 ff., 39.

⁶⁸ Šešelj Decision on Assignment of Counsel, Rn. 63 ff.

⁶⁹ Novak (Fn. 33), Art. 14 CCPR, Rn. 28 (S. 321).

⁷⁰ Milošević, Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel, Rn. 32; Šešelj Decision Appointing Counsel, Rn. 11, 21.

⁷¹ So auch SCSL Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al., Case No. SCSL-04-15-AR73, Gbao – Decision on Application to Withdraw Counsel, v. 6.7.2004 (im Folgenden: Gbao Decision on Application to Withdraw Counsel), Rn. 15.

⁷² Diese Verteidigungsstrategie wird allgemein dem französischen Strafverteidiger Jaques Vergès zugeschrieben, der als Verteidiger im Strafverfahren gegen Klaus Barbie, den ehemaligen Chef der Gestapo in Lyon während des II. Weltkrieges, im Jahre 1987 erstmals den „Prozess gegen den Prozess“ (*le procès du procès*) führte.

⁷³ Siehe insoweit Šešelj Decision Appointing Counsel, Rn. 4 und Fn. 5 sowie Rn. 22 der Entscheidung; nach Information der Deutsche Presse-Agentur v. 3.2.2003 soll V. Šešelj gesagt haben, „he would gladly travel to The Hague to ‘destroy’ the war crimes tribunal in case it open[ed] a trial against him“.

für den sich selbst vertretenden Angeklagten, dass sein Recht auf Selbstvertretung verwirkt ist, sobald sich objektiv die Gefahr manifestiert, dass das Verfahren nicht mehr gerecht, nicht mehr *fair* ist. Dies mag sich durch die vorsätzliche, aber auch unverschuldete Verfahrensbehinderung oder -verzögerung durch den Angeklagten ergeben.

Die Rechtsgrundlage für die Einschränkung des Selbstvertretungsrechts wird von einigen in Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR verortet; dieser räumt dem Angeklagten unter anderem das Recht auf einen Rechtsbeistand ein, wenn dies im Interesse der Rechtspflege ist.⁸⁰ Die Pflicht des Gerichtes, dem Angeklagten ein faires und zügiges Verfahren zu ermöglichen, kann demnach die Kammer berechtigen, dem Angeklagten ohne oder gar gegen seinen Willen einen Rechtsbeistand beizuordnen, wenn dies objektiv dem Interesse der Rechtspflege dient. Am IStGHJ argumentierten die Richter mit dem Fairnessgebot, welches ausdrücklich in Art. 20 Abs. 1 des Statuts aufgeführt ist und insoweit das Selbstvertretungsrecht in Art. 21 Abs. 4 lit. d gleichsam im Wege einer Güterabwägung einschränkt.⁸¹ Richter am IStGHR *Gunawardana* hingegen leitet die Beschränkungsmöglichkeit unmittelbar aus Art. 20 Abs. 4 lit. d des IStGHR-Statuts (wortgleich mit Art. 21 Abs. 4 lit. d des IStGHJ-Statuts) ab.⁸² Der SCSL begründet im Fall *Norman* eine Beschränkungsmöglichkeit ebenso aus dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 4 lit. d des Statuts (ebenso wortgleich mit Art. 21 Abs. 4 lit. d des IStGHJ-Statuts). Zudem verweist die Kammer auf die Entscheidung des Supreme Court der Vereinigten Staaten in der Sache *McKaskle v. Wiggins*,⁸³ um den Ausspruch zu belegen, dass das Recht auf Selbstvertretung nicht *absolut* gilt und in gewissen Umständen beschränkt werden kann, wenn Gerechtigkeitserwägungen dies erfordern.⁸⁴

Decision on Assignment of Defence Counsel, IT-02-54-T v. 22. September 2004, Rn. 34.

⁸⁰ “[...] to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require.” Siehe übereinstimmend die *Concurring and Separate Opinion of Judge Gunawardana* im Verfahren vor dem IStGHR Prosecutor v. Jean-Bosco Barayagwiza, (Case No. ICTR-97-19-T) v. 2.11.2000 (im Folgenden: Barayagwiza, *Concurring and Separate Opinion of Judge Gunawardana*).

⁸¹ Šešelj Decision Appointing Counsel, Rn. 21 f.; Milošević Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel, Rn. 32-34. Insoweit könnte man von einer „praktischen Konkordanz“ sprechen, wie im Falle von Normenkollisionen insbes. vorbehaltlos garantierter Grundrechte im deutschen Verfassungsrecht; siehe dazu BVerfGE 77, 240 (253, 255); 83, 130 (143; Josephine Mutzenbacher-Entscheidung).

⁸² Barayagwiza, *Concurring and Separate Opinion of Judge Gunawardana*.

⁸³ *McKaskle v. Wiggins*, 465 US 168 (1984); siehe SCSL *Norman*, Rn. 22. Übereinstimmend: Barayagwiza, *Concurring and Separate Opinion of Judge Gunawardana*.

⁸⁴ “[...] such a right, being qualified and not absolute, could, in the light of certain circumstances, be derogated should the interests of justice so dictate”, SCSL *Norman*, Rn. 30.

In diesem Zusammenhang verdient die letzte Änderung der Verfahrensordnung des IStGHJ⁸⁵ im November 2008 Erwähnung: Die neue Verfahrensvorschrift Rule 45ter sieht vor, dass die Kammer die Gerichtskanzlei anweisen kann, einem Angeklagten einen Verteidiger beizuordnen, wenn die Kammer zuvor entschieden hat, dass dies im Interesse der Rechtspflege ist.⁸⁶ Es fragt sich insoweit, ob die Richter nur das *Recht* des Angeklagten gemäß Art. 21 Abs. 4 lit. d des Statuts wiedergeben wollten, einen Verteidiger zu erhalten, oder ob nicht vielmehr die Einschränkung des Selbstvertretungsrechts explizit festgelegt werden sollte. Der Wortlaut der Regelung legt letzteres nahe: Die Regelung nennt als Handlungssubjekt nur die Kammer, der Wille des Angeklagten findet keine Erwähnung. Zudem wird die Verteidigung mit der Vertretung der *Interessen* des Angeklagten betraut. Diese Formulierung legt nahe, dass die Richter das *objektive* Interesse des Angeklagten an einer korrekten Verfahrensführung meinen – im Gegensatz zum tatsächlichen Interesse, welches dem unter Umständen entgegenstehen mag.⁸⁷

Überdies wäre in teleologischer Hinsicht die Einfügung von Rule 45ter sinnlos, wenn sie lediglich die betreffende Teilregelung des Art. 21 Abs. 4 lit. d des Statuts wiedergeben wollte, ohne eine darüber hinausgehende Regelung zu treffen. Es ist damit davon auszugehen, dass die Richter mit dieser, der gleichlautenden Rule 45quater der Verfahrensordnung des IStGHR nachempfundenen Regelung der Einschränkung des Selbstvertretungsrechts Gesetzesrang verleihen wollten.⁸⁸

Eine Austarierung aller Angeklagtenrechte mag danach zur Einschränkung einiger dieser Rechte führen, um die übergreifende Fairness des Verfahrens zu gewährleisten. Rule 45ter bietet hierfür durch den Begriff des Interesses der Rechtspflege – seinerseits ein unbestimmter und ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff –⁸⁹ den Ansatzpunkt für eine völkerrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Kammern des SCSL und beider UN-Tribunale hatten bereits verschiedentlich Gelegenheit, das Selbstvertretungsrecht einzu-

⁸⁵ Gem. Art. 15 des Statuts erlassen die Richter des Gerichtshofs die Verfahrensordnung und entscheiden gem. Rule 6 auch über die Änderungen derselben. Die letzte Änderung wurde per Entscheidung des Richterplenums am 4. November 2008 beschlossen.

⁸⁶ Rule 45ter der IStGHJ-Verfahrensregeln, betitelt Assignment of Counsel in the Interests of Justice: “The Trial Chamber may, if it decides that it is in the interests of justice, instruct the Registrar to assign a counsel to represent the interests of the accused.”

⁸⁷ Siehe *supra* im selben Kapitel, Stichwort „*defense de rupture*“ sowie Fn. 72.

⁸⁸ So wohl auch Šešelj Decision Appointing Counsel, Rn. 11, 20; in dieser Entscheidung zitieren die Richter Rule 45quater der IStGHR-Verfahrensregeln im Zusammenhang mit der Frage der zwangsweisen Beiordnung eines Rechtsbeistandes zitieren, Rn. 11, 20.

⁸⁹ So auch die Kammer in Šešelj Decision Appointing Counsel, Rn. 21: “The phrase ‘in the interests of justice’ potentially has a broad scope.”

schränken oder aufzuheben. Die prozessualen Anlässe hierzu lassen sich grob in drei Gruppen einteilen, die im Folgenden dargestellt werden. Zudem werfen die Fallgruppen Licht auf dogmatische Anhaltspunkte für die inhaltliche Ausfüllung des Begriffs „im Interesse der Rechtspflege“.

1. Erhebliche und fortdauernde Behinderung des ordnungsgemäßen und zügigen Verfahrens

Bereits im Strafverfahren gegen den ersten sich selbst vertretenden Angeklagten Slobodan Milošević vor dem ISTGHJ wurde deutlich, dass die Balance zwischen dem Recht der Selbstvertretung einerseits und dem Recht auf einen fairen, zügigen Prozess nur durch die graduelle Beschränkung der Selbstvertretung erreicht werden kann. Um dem oben genannten Normenkonflikt zu begegnen, erklärte die Kammer zunächst, dass das Recht auf Selbstvertretung nicht ausnahmslos gewährleistet ist.⁹⁰ Die Rechtsmittelkammer präzierte dies wenig später dahin, dass im Falle einer „erheblichen und fortdauernden Behinderung der ordnungsgemäßen und zügigen Führung des Verfahrens“ das Recht der Selbstvertretung eingeschränkt werden könne.⁹¹ Diese Behinderung mag absichtlich, aber auch unabsichtlich, beispielsweise gerade auch durch die schlechte Gesundheit des Angeklagten, herbeigeführt werden.⁹² Die Kammer bestellte dem Angeklagten im Verfahren zwangsweise zwei Verteidiger in Bereitschaft mit dem Auftrag, die Einhaltung der Angeklagtenrechte zu beobachten und den Angeklagten im Bedarfsfalle zu unterstützen oder gar prozessual zu vertreten.⁹³

In ähnlicher Weise reagierte die zuständige Kammer am ISTGHJ auf das beständige Fehlverhalten Vojislav Šešeljs, der durch teils politische Äußerungen und teils durch schlicht unsinnige und offensichtlich missbräuchliche Eingaben und Anträge das Verfahren zu verzögern und korrumpieren such-

te.⁹⁴ Die Kammer ordnete dem Angeklagten ebenso einen Rechtsbeistand in Bereitschaft bei, der im Notfall die Verteidigung zeitweilig übernehmen sollte.⁹⁵

Im Verfahren vor dem SCSL gegen Sam Hinga Norman war dem Angeklagten zu Beginn des Verfahrens das Recht auf Selbstvertretung bedingt eingeräumt worden.⁹⁶ Als dieser in der Folgezeit absichtlich nicht zu den Verhandlungsterminen erschien, entschied die Kammer, dass das mutwillige Fernbleiben von der Verhandlung die Integrität und Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens untergräbt.⁹⁷ Folgerichtig wurde das Selbstvertretungsrecht des Angeklagten aufgehoben und seine bislang nur auf Abruf bereitstehenden Verteidiger wurden ihm vollumfänglich zwangsbeigeordnet.⁹⁸

2. „Unmissverständlicher, informierter und vernünftiger Antrag“

Im Strafverfahren gegen Momčilo Krajišnik vor dem ISTGHJ erklärte der Angeklagte im laufenden Hauptverfahren in erster Instanz, dass er sich von seinem Rechtsbeistand trennen und von nun ab selbst vertreten wolle.⁹⁹ Er begründete dies mit seiner Unzufriedenheit über die Leistung seines Hauptverteidigers und fügte hinzu, er habe nur sehr unwillig die Entscheidung getroffen, nun eine aktive Rolle in der Hauptverhandlung zu spielen und sich selbst zu vertreten.¹⁰⁰ Die Kammer wies seinen Antrag mit der Begründung ab, ein Antrag müsse stets unzweideutig, in verständiger Kenntnis aller Umstände und vernünftig sein.¹⁰¹ Im Falle des Angeklagten gehe jedoch klar aus seinen Äußerungen gegenüber der Kammer und Gerichtskanzlei hervor, dass er in Wahrheit eher zusätzliche finanzielle und strukturelle Zugeständnisse des Gerichts für sein Verteidigerteam erzwingen wolle.¹⁰²

⁹⁰ Milošević Reasons for Decision on Prosecution Motion, Rn. 40; siehe dann später auch Milošević Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel, Rn. 32 ff. und SCSL Norman, Rn. 11.

⁹¹ “[...] the right may be curtailed on the ground that a defendant’s self-representation is substantially and persistently obstructing the proper and expeditious conduct of his trial”, Milošević Decision on Interlocutory Appeal, Rn 13. Als Kernargument diene hier die Parallelargumentation zu Rule 80(B) der ISTGHJ-Verfahrensregeln, wonach der Angeklagte des Saales verwiesen werden kann, “if the accused has persisted in disruptive conduct”, Ibid. Siehe auch Prosecutor v. Vojislav Šešelj, Decision on Appeal Against the Trial Chamber’s Decision (NO.2) on Assignment of Counsel, Case No. IT-03-67-AR73.4, v. 8. Dezember 2006.

⁹² Ibid.; so auch die Kammer in 1. Instanz in Prosecutor v. Milošević, Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel, Rn. 33.

⁹³ Prosecutor v. Milosevic, Oral Ruling of 2 September 2004, Transcript32391 ff. sowie darauffolgend ders., Reasons for Decision on Assignment of Defence Counsel; modifiziert durch ders., Decision on Assigned Counsel’s Motion for Withdrawal, v. 7. Dezember 2004 (“Milosevic Decision on Motion for Withdrawal”), Rn. 31 ff.

⁹⁴ Šešelj Decision Appointing Counsel, Rn. 22-25.

⁹⁵ Ibid., Rn. 30.

⁹⁶ Norman, Decision on the Application for Self-Representation. Allerdings stellte die Kammer dem Angeklagten vier Verteidiger in Bereitschaft zur Seite, siehe *infra* IV. 3.

⁹⁷ Prosecutor v. Sam Hinga Norman et al., Case No. SCSL-04-14-PT, Ruling on the Issue of Non-Appearance of the First Accused Sam Hinga Norman, the Second Accused Moinina Fofana, and the Third Accused, Allieu Kondewa, at the Trial Proceedings, v. 1.10.2004, Rn. 22. Der Angeklagte wollte seiner Nichtanerkennung der Gerichtsbarkeit des SCSL Ausdruck verleihen.

⁹⁸ Ibid., Fn. 24.

⁹⁹ Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, IT-00-39-T, Transcript 13399 v. 25. Mai 2005. Die Erklärung erfolgte inmitten des “Prosecution phase”, der Hauptverfahrensphase, in der die Staatsanwaltschaft ihre Beweismittel vorträgt. Die *Prosecution phase* endete am 22.7.2005 und wurde von der “Defence phase” gefolgt.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ “[U]nequivocal, informed, and intelligent”, Krajišnik, Reasons for Oral Decision, Rn. 5 m.w.N., insbesondere im Hinblick auf US-amerikanische Rechtsprechung.

¹⁰² Siehe die ausführliche Diskussion in Krajišnik, Reasons for Oral Decision, Rn. 9-20.

Durch diese Äußerungen sei sein Antrag „nachhaltig mehrdeutig“ und damit abzulehnen.¹⁰³

Das Erfordernis der Unzweideutigkeit des Antrages findet sich auch in der Rechtsprechung des IStGHR wieder.¹⁰⁴

3. Erklärung zur Unzeit

Ein weiterer Grund der Beschränkung des Rechts auf Selbstvertretung kann im Zeitpunkt der Geltendmachung des Selbstvertretungsrechts festgemacht werden. Im bereits erwähnten Strafverfahren gegen Sam Hinga Norman vor dem SCSL erklärte der Angeklagte am Tage der Eröffnung des Hauptverfahrens, dass er sich in Zukunft selbst vertreten wolle.¹⁰⁵ Die Kammer stellte in ihrer Entscheidung über den Antrag des Angeklagten fest, dass das Recht zur Selbstvertretung zwar gegeben sei, aber nicht absolut gelte und gem. Art. 17 Abs. 4 lit. d im Interesse der Rechtspflege beschränkt werden könne.¹⁰⁶ Die Kammer stellte weiter fest, dass der Angeklagte während des Vorverfahrens über ein Jahr Zeit gehabt habe, den Antrag auf Selbstvertretung zu stellen.¹⁰⁷ Gäbe man dem Antrag nun statt, würde dies schwerwiegende Verfahrensverzögerungen hervorrufen, die der Prozessförderungspflicht des Gerichtes zuwiderliefen.¹⁰⁸ Außerdem würden diese Verfahrensverzögerungen auch die Mitangeklagten betreffen und damit deren Recht auf ein faires und zügiges Verfahren verletzen.¹⁰⁹ Die Kammer ordnete dem Angeklagten sodann vier Verteidiger in Bereitschaft bei.¹¹⁰

¹⁰³ “[T]he present Chamber denies [the request] for being persistently equivocal [...] because in reality it was a means to another end, this being the root cause of Mr Krajišnik’s request”, Krajišnik, Reasons for Oral Decision, Rn. 21.

¹⁰⁴ Barayagwiza Decision on Defence Counsel Motion, Rn. 27.

¹⁰⁵ Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa, Case No. SCSL-04-14-T, sog. Civil Defence Forces (CDF)-Verfahren; der Angeklagte Norman hatte seine Selbstvertretung schriftlich der Kammer gegenüber mit Schriftsatz vom 3. Juni 2006 erklärt und wiederholte diese Erklärung am Eröffnungstag des Hauptverfahrens, siehe SCSL Norman, Rn. 4.

¹⁰⁶ “[...] The Chamber so holds, that the right to self representation by an accused person is a qualified and not an absolute right and particularly so because Article 17 (4) (d) [of the SCSL Statute] provides that legal assistance could be assigned to him or her in any case where the interests of justice so require.” SCSL Norman, Rn. 9. Die Statutsnorm stimmt im Übrigen mit allen eingangs genannten Statuten überein, siehe nur Art. 21 Abs. 4 lit. d des IStGHJ-Statuts.

¹⁰⁷ SCSL Norman, Rn. 17. Der Angeklagte befand sich bereits seit März 2003 in Untersuchungshaft.

¹⁰⁸ Als Vergleich führt die Kammer die Verfahren gegen Slobodan Milošević und Vojislav Šešelj vor dem IStGHJ an; Milošević und Šešelj hatten bereits zu Beginn des Vorverfahrens mitgeteilt, sich im gesamten Verfahren selbst vertreten zu wollen; SCSL Norman, Rn. 19, 21.

¹⁰⁹ SCSL Norman, Rn. 19.

¹¹⁰ Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa, Case No. SCSL-04-14-T, Consequential order on Assignment and Role of Standby Counsel v. 14. Juni

Auch im Strafverfahren gegen Momčilo Krajišnik entschied die Kammer in ihrer Hilfsbegründung unter Berufung auf die Norman-Entscheidung der SCSL-Richter, dass der Zeitpunkt der Antragstellung über den Erfolg des Antrages entscheide.¹¹¹ Der Angeklagte Krajišnik hatte seinen Antrag inmitten der Hauptverhandlung gestellt. Die Richter führten aus, dass in der Regel nur in der (frühen) Phase des Vorverfahrens dem Angeklagten auf seine Entscheidung der Selbstvertretung hin genug Zeit eingeräumt werden könne, sich auf das Hauptverfahren vorzubereiten, ohne hierdurch das Verfahren über Gebühr zu verzögern. Das Ermessen der Kammer, inwieweit Verfahrensverzögerungen und -störungen durch die Selbstvertretung des Angeklagten hinzunehmen sind, werde im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zunehmend von der Prozessförderungspflicht beeinflusst, je weiter das (Vor-)Verfahren fortschreite.¹¹²

Wenig später entschied die zuständige Kammer des IStGHJ zu Beginn des Rechtsmittelverfahrens gegen Krajišnik, dass dem Angeklagten das Recht auf Selbstvertretung auch in der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich zustehe.¹¹³ Dies würde, so die Begründung, durch die Statutsnormen, einen vergleichbaren Schwierigkeitsgrad und entsprechende staatliche Rechtsprechung und Anwendungspraxis gestützt.¹¹⁴ Der Angeklagte hatte seinen Antrag gleich zu Beginn des Rechtsmittelverfahrens gestellt.

Man darf davon ausgehen, dass die oben dargestellte Abwägung auch für Anträge auf Selbstvertretung im weiteren Verlaufe des Rechtsmittelverfahrens Anwendung findet.

4. Offensichtliche Unfähigkeit, sich selbst rechtlich wirksam zu vertreten?

Noch keines der hier diskutierten Gerichte hat bislang das Selbstvertretungsrecht allein aufgrund der Tatsache beschränkt, dass offensichtliche rechtliche Unkenntnis und mangelnde Kontrolle über die rechtlichen Geschehnisse in der Hauptverhandlung auf Seiten des sich selbst vertretenden Angeklagten vorlagen. Indes besteht nach der hier vertretenen Ansicht kein Hinderungsgrund für die Kammer, einem Angeklagten einen Rechtsbeistand zwangsweise beizuordnen, wenn der Angeklagte offensichtlich und nachhaltig nicht in der Lage ist, den rechtlich relevanten Vorgängen in der

2004 sowie *ders.*, Order for the Assignment of Standby Counsel for Sam Hinga Norman, Beschluß des Kanzlers v. 15.6.2004.

¹¹¹ Krajišnik, Reasons for Oral Decision, Rn. 25 ff. Die Richter fanden, dass der Selbstvertretungsantrag des Angeklagten auch wegen des Zeitpunktes der Antragstellung abzulehnen gewesen sei.

¹¹² Krajišnik, Reasons for Oral Decision, Rn. 31. Im Hauptverfahren, so die Richter, müsste wohl schon ein komplettes Zusammenbrechen des Verteidigerteams oder der nachhaltige Vertrauensverlust zwischen Mandant und Rechtsbeistand vorliegen, Rn. 35.

¹¹³ Krajišnik Decision on Request to Self-Represent, Rn. 13. Siehe dagegen: W. Schomburg, Fundamentally Dissenting Opinion.

¹¹⁴ Krajišnik Decision on Request to Self-Represent, Rn. 11-12.

Hauptverhandlung zu folgen und angemessen zu reagieren.¹¹⁵ Ein Angeklagter, der keine ernstzunehmende Verteidigung aufzubringen vermag, behindert beständig den Fortgang des Verfahrens. Im Lichte eines objektiv wirkungsvollen fair trial-Rechtes muss die Kammer korrigierend eingreifen.¹¹⁶ Insoweit besteht im Ergebnis kaum ein Unterschied zu einem Angeklagten, der vorsätzlich keine Verteidigung aufbringt und das Verfahren boykottiert. In letzterem Fall hat der SCSL bereits entschieden, dass ein Rechtsanwalt zwangsbeigeordnet werden kann und muss.¹¹⁷

V. Einschränkungsmodalitäten, aktuelle Entwicklungen

Die genannten Fallgestaltungen, die eine Einschränkung des Rechtes auf Selbstvertretung bislang erlaubt haben, ziehen die Folgefrage nach sich, inwieweit das Selbstvertretungsrecht jeweils eingeschränkt werden darf. Dies ist im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Beachtung der Angeklagtenrechte umzusetzen. Diese völkerrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung folgt dem klassischen öffentlich-rechtlichen Muster, wonach die Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, gemessen an den konkreten Umständen des Einzelfalles.¹¹⁸ Bereits im Jahre 2004 hat die Rechtsmittelkammer des IStGHJ klargestellt, dass sich sowohl die unverzichtbaren, verobjektivierten Angeklagtenrechte als auch die Pflichtenstellung des Gerichts, für ein ordentliches, faires und zügiges Verfahren zu sorgen, in den

¹¹⁵ Siehe *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, Transcript der Status Conference (Vorverfahrenskonferenz) am 20.2.2009, S. 109, Zeilen 8-15: "Well, you see, that's very unhelpful because you are counsel in your case, and the Chamber, when it comes into one of these hearings, expects to be assisted by counsel. Now, what you're say is that you're trying to conduct this case but you're incapable of conducting, and that's an unsatisfactory situation for the Court to be in. I expect you when you come here to have a position on the various issues that have to be addressed by the Trial Chamber."

¹¹⁶ So wohl auch *Milošević Decision on Interlocutory Appeal*, Rn. 14: "[...] it cannot be that the only kind of disruption legitimately cognizable by a Trial Chamber is the intentional variety."

¹¹⁷ *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*, Case No. SCSL-04-15-AR73, Gbao – Decision on Appeal Against Decision on Withdrawal of Counsel, v. 23. November 2004 („Gbao Decision on Appeal“), Rn. 57-58 mit Verweis auf die mündliche Entscheidung der Verfahrenskammer v. 7. Juli 2004 (siehe Rn. 4 d. Entsch.). Freilich ist in der Abwägung der Wahl der Mittel vom Gericht der Frage Rechnung zu tragen, ob der Angeklagte vorsätzlich oder aufgrund seiner Inkompetenz keine Verteidigung aufbringt. Siehe auch *infra* V.

¹¹⁸ Siehe *Milošević Decision on Interlocutory Appeal*, Rn. 17 und insbes. Fn. 50; *Prosecutor v. Fatmir Limaj et al.*, Case No. IT-03-66-AR65, Decision on Fatmir Limaj's Request for Provisional Release, v. 31.10.2003, Rn. 13 m.w.N. Siehe generell zur völkerrechtlichen Geltung dieses Prinzips *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, HRI/GEN/1/REV.6, v. 12.5.2003, S. 176.

„interests of justice“, dem Interesse der Rechtspflege, bündeln.¹¹⁹ Das Interesse der Rechtspflege stellt den Abwägungsgegenpol zu den subjektiven Angeklagtenrechten wie etwa dem Selbstvertretungsrecht dar. Die Schwelle und Intensität der gerichtlichen Eingriffsbefugnis in das Angeklagtenrecht auf Selbstvertretung bestimmt sich dabei auch zu einem bestimmten Maß danach, ob der Angeklagte vorsätzlich dieses Recht missbraucht oder aber aufgrund von ihm unbeeinflussbarer Umstände keine ausreichende Verteidigung aufbringt.¹²⁰ Die internationale Rechtsprechung hat bislang eine Reihe von Eingriffsmodellen entwickelt, die den widerstreitenden Rechtsnormen unter Beachtung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles Rechnung zu tragen versuchen. Diese seien im Folgenden dargestellt.

1. Bestellung eines *amicus curiae*

a) Das Institut des *amicus curiae*

Die am wenigsten eingriffsintensive Möglichkeit der Unterstützung des sich selbst vertretenden Angeklagten ist die Bestellung eines oder mehrerer *amici curiae*. Als *amicus curiae* („Freund des Gerichts“) bezeichnet man eine Organisation oder Person, die sich mit Erlaubnis der Kammer am Gerichtsverfahren zur Unterstützung der Rechtsfindung beteiligt, ohne selbst Partei zu sein.¹²¹ Gemäß den Verfahrensordnungen aller hier untersuchten internationalen Gerichte kann die Kammer, sofern sie dies als zuträglich für die sachgemäße Klärung rechtlicher Fragen erachtet, einen *amicus curiae* zulassen.¹²² Die Kammer hat weiterhin nach jüngster Rechtsprechung der Rechtsmittelkammer des IStGHJ die Möglichkeit, das „Mandat“ des *amicus curiae* dahingehend zu erweitern, dass der *amicus curiae* lediglich die Interessen einer Partei vertritt, wenn dies im Interesse der Rechtspflege und zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens angemessen ist.¹²³ Die Kammer kann mithin dem Angeklagten einen verteidigerähnlichen, jedoch unabhängigen Interessenvertreter im

¹¹⁹ *Milošević Decision on Interlocutory Appeal*, Rn. 17, 19.

¹²⁰ *Milošević Reasons for Decision on Assignment of Counsel*, Rn. 38; So auch *Jørgensen*, The Problem of Self-Representation at International Criminal Tribunals, in: *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 65 (71).

¹²¹ Siehe *Milošević Decision on the Interlocutory Appeal of Amici Curiae*, Rn. 4; *Krajišnik Decision on Request to Self-Represent*, Rn. 17-20.

¹²² "A Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite [*amicus curiae*]" (*Hervorhebung durch Verf.*), Rule 74 der IStGHJ-Verfahrensregeln. Siehe die insoweit identische Regelung in Rule 74 der IStGHR-Verfahrensregeln; Rule 103 der IStGH-Verfahrensregeln; Rule 74 der SCSL-Verfahrensregeln sowie Rule 33 der Internal Rules des ECCC.

¹²³ Siehe nur die jüngste Entscheidung der IStGHJ-Rechtsmittelkammer in der Sache: *Decision on Krajišnik's Request to Self-Represent*, Rn. 17, 18 mit Verweis auf eine Reihe von Entscheidungen in *Prosecutor v. Slobodan Milošević* in Fn. 30 der Entscheidung.

Verfahren zur Seite stellen – wie geschehen am IStGHJ für die Angeklagten Milošević und Krajišnik.¹²⁴

b) Amicus curiae oder zwangsweise Beiordnung eines Rechtsbeistandes?

Verschiedentlich wird vertreten, dass die zwangsweise Beiordnung eines Rechtsbeistandes gegen den erklärten Willen des Angeklagten – insoweit die wohl eingriffsintensivste Maßnahme des Gerichts¹²⁵ – den Rechtsbeistand in das Dilemma versetzt, seinen anwaltlichen Treuepflichten nicht nachkommen zu können und in Ermangelung jeglicher Anweisungen des Angeklagten weithin nutzlos für die Verteidigung des Angeklagten zu sein.¹²⁶ Demgegenüber greife die Bestellung eines amicus curiae weniger intensiv in die Rechte des Angeklagten ein, da sie sein Recht auf Selbstvertretung nicht überlagere. Weiterhin sei ein amicus curiae von spezifisch anwaltlichen Treuepflichten gegenüber dem Mandanten entbunden und trage zugleich effizient zur Wahrung der Angeklagtenrechte bei.¹²⁷

Auch wenn ein amicus curiae auf den ersten Blick zur richtigen Anwendung des Rechts zugunsten des Angeklagten in wenig eingriffsintensiver Weise beisteuern mag, begegnet die Bestellung eines amicus curiae, insbesondere mit dem oben aufgeführten Mandat, die Interessen des Angeklagten zu vertreten, Bedenken. Zuvorderst stellt sich eine prozessrechtliche Problematik: Der amicus curiae ist keine Partei im Verfahren, die Themenfelder seiner Eingaben werden gemäß den Verfahrensregeln der Gerichte von der Kammer bestimmt und begrenzt.¹²⁸ Damit behält sich die Kammer ein Element im Strafprozess vor, mit dem sie *proprio motu*¹²⁹ bestimmte Problempunkte eröffnen und erörtern lassen kann, die unter Umständen weder von der Staatsanwaltschaft noch von der Verteidigung vorgetragen worden sind. Gleichermäßen könnte die Kammer Eingaben des amicus curiae schlicht ignorie-

ren, wenn sie außerhalb seines Mandats fielen. Mithin schafft sich die Kammer eine Art zusätzlichen rechtskundigen Assistenten.

Zudem verlässt das Gericht Sinn und Zweck des Instituts des amicus curiae, wenn es diesen als *de facto*-Partei in das Verfahren einführt und mit prozessualen Mitwirkungsrechten und -pflichten ausstattet. Das Einsetzen eines amicus curiae mag als Bestellung eines Verteidigers „durch die Hintertür“ angesehen werden, wenn dieser von der Kammer einzig und allein damit beauftragt wird, die Rechte der Verteidigung wahrzunehmen.¹³⁰

Darüber hinaus kann ein amicus curiae eine solche Rolle nicht ohne einen potentiellen Interessenkonflikt annehmen. Amicus curiae ist berufen, unabhängigen Rechtsrat zu erteilen, den er im Lichte des Vorbringens aller Parteien entwickelt. Dieser Rat mag bisweilen zu Ungunsten der Verteidigung ausfallen. Wenn indes einzig mit der Wahrnehmung der Rechte der Verteidigung betraut, büßt amicus curiae seine Unabhängigkeit ein und kann streng genommen nicht mehr als amicus curiae, sondern muss eher als *amicus rei*¹³¹ vor Gericht auftreten.

Auch eine Bindung des zwangsbeigeordneten Rechtsbeistandes an Kodizes anwaltlicher Treuepflichten ist im Falle eines unkooperativen Angeklagten unproblematisch, da sämtliche Treuepflichten objektiv und im Lichte der jeweiligen Situation zu bestimmen sind. Wenn keine oder nur grob unsinnige Anweisungen vom Angeklagten gegeben werden, muss und darf sich der Verteidiger mit dem mutmaßlichen, verobjektivierten Mandanteninteresse behelfen.¹³² Insoweit

¹²⁴ Prosecutor v. Milošević, Case No. IT-02-54-T, Order Inviting Designation of *Amicus Curiae*, v. 30.8.2001; Krajišnik Decision on Request to Self-Represent, Rn. 19, 25.

¹²⁵ Siehe *infra* V. 3.

¹²⁶ *Tuinstra*, Assisting an Accused to Represent Himself, in: Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 55 (57 f.); siehe auch die Argumente der beigeordneten Verteidiger für ihre Abberufung im Fall Prosecutor v. Milošević, Case No. IT-02-54-T, President's Decision Affirming the Registrar's Denial of Assigned Counsel to Withdraw, v. 7.2.2005 (im Folgenden: Milošević President's Decision Affirming Denial), Rn. 7 f.

¹²⁷ *Ibid.*, S. 57, 58.

¹²⁸ Siehe Rule 74 der Verfahrensregeln des IStGHJ, IStGHR und SCSL: "[...] make submissions on any issue specified by the Chamber."

¹²⁹ Siehe als Beispiel die Ausgestaltung des Mandates des amicus curiae im Krajišnik-Rechtsmittelverfahren: Krajišnik Decision on Request to Self-Represent, Rn. 20. Die Kammer begibt sich hier in Widerspruch zur Stellung des amicus curiae außerhalb des Verfahrens, indem sie ihn ausdrücklich in eine parteispezifische Pflichtenstellung hinsichtlich der Rechtsmittelschriftensätze und -fristen hebt, Rn. 21.

¹³⁰ Obwohl amicus curiae formell keine Parteistellung zukommt, wurde ein Rechtsmittel der amici curiae von der Rechtsmittelskammer angenommen, Prosecutor v. Milošević, Case No. IT-02-54-AR73.6, Decision on the Interlocutory Appeal of Amici Curiae Against the Trial Chamber Order Concerning the Presentation and Preparation of the Defence Case, v. 20.1.2004, Rn. 4 f. Weiter haben sie die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen, Zeugen zu vernehmen und die Aufmerksamkeit der Verfahrenskammer auf entlastendes Material zu lenken, Prosecutor v. Milošević, Case No. IT-02-54-PT, Order Inviting Designation of Amicus Curiae, v. 30. August 2001, S. 1. Siehe auch Krajišnik Decision on Request to Self-Represent, Rn. 19, 21. Dies erweitert die prozessuale Rolle der amici curiae in Richtung einer *de facto* Parteistellung.

¹³¹ Lat. für „Freund des Angeklagten“.

¹³² Milošević President's Decision Affirming Denial, Rn. 9: "As the Trial Chamber properly observed, however, we are not required to interpret the Code [of Professional Conduct for Counsel Appearing Before the International Tribunal] in a vacuum." So erklärt Art. 8 des Code of Professional Conduct for Counsel Appearing Before the International Tribunal (IT/125 REV.2) zudem, dass der Rechtsbeistand in Beratungen mit dem Mandanten nicht an die Entscheidungen des Mandanten gebunden ist, Art. 8 lit. B (ii), sowie lit. C für rechtswidrige Handlungen. Auch im Strafverfahren gegen Slobodan Milošević fand die Kammer, dass anwaltliche Treuepflichten im Falle eines kooperationsunwilligen Ange-

unterscheidet sich der Verteidiger des unwilligen Angeklagten kaum von einem Verteidiger eines desinteressierten Angeklagten, der seinen Rechtsbeistand kommentarlos gewähren lässt. Für letzteren würde man indes nicht annehmen wollen, dass der Verteidiger mit seinen anwaltlichen Treuepflichten in Konflikt stehe.

Schließlich verfängt auch das Argument nicht, dass die Verteidigung eines kooperationsunwilligen Angeklagten wegen ihrer Wirkungslosigkeit zur Farce verkomme.¹³³ Die Strafverteidigung folgt klaren Strukturen und Prinzipien, die Anklageschrift kann von rechtlicher oder faktischer Seite von der Verteidigung angegriffen werden. Auch ein zwangsbeigeordneter Rechtsbeistand vermag genügend Informationen in einer Rechtssache zu sammeln, um eine rechtsstaatlich einwandfreie Verteidigung zu gewährleisten und mit seiner Rechtskenntnis über den ordentlichen Fortgang des Verfahrens im Sinne des Angeklagten zu wachen.

Ein weiteres Problem ergibt sich für *amicus curiae*, wenn der Angeklagte sich weigert, mit ihm zu kommunizieren. Anders als im Falle des zwangsweise beigeordneten Rechtsbeistandes treten Angeklagter und *amicus curiae* nebeneinander und unabhängig voneinander vor Gericht auf. Sollten Angeklagter und *amicus curiae* unterschiedliche Verteidigungsstrategien verfolgen, könnte *amicus curiae* durch seine Eingaben dem Angeklagten sogar schaden, etwa bei der Befragung von Zeugen oder wenn *amicus curiae* bestimmte Fakten im Rahmen der Anklageschrift hinnimmt, während der Angeklagte sie explizit anführt oder umgekehrt. Dies wird im Falle der Zwangsbeordnung eines Rechtsbeistandes unterbunden.

Selbstvertretung muss ernst genommen werden. Entsprechend müssen die Grenzen der Selbstvertretung ernst genommen werden. Durch die Einsetzung eines *amicus curiae* wird unnötigerweise eine zusätzliche Schattenpartei in das Verfahren eingeführt, die das Prinzip der Selbstvertretung untergräbt, *ad absurdum* führt und dogmatisch ernststen Bedenken begegnet. Zusammenfassend erscheint es nicht empfehlenswert, einen unabhängigen Beobachter, der seiner Bestimmung nach der Kammer bei der Rechtsfindung helfen soll, unter Verlassen des Gesetzeszweckes zum ungefragten Helfer des Angeklagten zu machen, ohne die womöglich gar negativen Folgen für den Angeklagten durch entsprechende Bestimmungen auszuschließen.¹³⁴

klagen im Lichte der Rechtsentwicklungen („in light of developments in the law“) zu bestimmen seien und nicht unbedingt am Wortlaut des derzeit gültigen Code of Conduct gemessen werden müsse; Milošević Decision on Motion for Withdrawal, Rn. 22.

¹³³ So wohl *Tuinstra*, *Assisting an Accused to Represent Himself*, in: *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 55 (57).

¹³⁴ Im Lichte des Rechtsmittel-Urteils in der Sache *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik v.* 17.3.2009 muss jedoch zugestanden werden, dass sich die Bestellung eines *amicus curiae* letztlich auch positiv auswirken kann: Allein aufgrund der von *amicus curiae* eingereichten Revisionschrift wurde die erstinstanzliche Verurteilung für einen Großteil der angeklag-

2. Rechtsbeistand in Bereitschaft (*standby counsel*)

Im Falle der Beiordnung eines Rechtsbeistandes in Bereitschaft wird dieser nur im Hintergrund unterstützend für die Verteidigung des Angeklagten tätig. Der Angeklagte behält grundsätzlich die Kontrolle über sämtliche verfahrensrelevanten Maßnahmen und Entscheidungen, sofern er diese Freiheit nicht für nachhaltig das Verfahren störende Handlungen missbraucht. Gleichzeitig kommt das Gericht seiner Pflicht nach, für die Verfahrensteilnahme eines rechtskundigen Interessenvertreters auf Seiten der Verteidigung zu sorgen und damit ein faires und zügiges Verfahren zu gewährleisten. Im Gegensatz zum zwangsweise beigeordneten Rechtsbeistand assistiert der Rechtsbeistand in Bereitschaft dem Angeklagten und macht grundsätzlich keine eigenen Verfahrenseingaben, wenn dies nicht vom Angeklagten ausdrücklich gewünscht ist.¹³⁵

Im Strafverfahren vor dem IStGHJ gegen Vojislav Šešelj wurde dem Angeklagten, der sich schon vor Beginn des Hauptverfahrens selbst vertrat, zunächst durch Entscheidung vom 9.5.2003,¹³⁶ und sodann per Entscheidung vom 25.10.2006 ein Rechtsbeistand in Bereitschaft (*standby counsel*) beigeordnet.¹³⁷ Grund hierfür war die von der Kammer festgestellte erhebliche und fortdauernde Behinderung der ordnungsgemäßen und zügigen Führung des Verfahrens durch sein behinderndes und störendes Verhalten.¹³⁸ Die Rolle des Rechtsbeistandes bestand darin, dem Angeklagten grundsätzlich nur bei Bedarf beratend zur Seite zu stehen. Der Rechtsbeistand sollte jedoch auch bereit sein, sämtliche Verteidigerfunktionen zeitweilig oder gar permanent zu übernehmen, sollte die Kammer dem Angeklagten wegen seines fortgesetzten Fehlverhaltens im Gerichtssaal das Recht zur Selbstvertretung entziehen oder den Angeklagten zeitweilig

ten Taten aufgehoben, siehe *Krajišnik Appeals Judgement*, IT-00-39-A, Rn. 178, 208, 820.

¹³⁵ “To a lay observer, who will see [the accused] playing the principal courtroom role at the hearings, the difference may well be imperceptible.” *Milošević Decision on Interlocutory Appeal*, Rn. 20.

¹³⁶ *Šešelj Decision Appointing Counsel*.

¹³⁷ *Prosecutor v. Vojislav Šešelj, Order Concerning Appointment of Standby Counsel and Delayed Commencement of Trial*, Case No. IT-03-67-PT v. 25.10.2006 (im Folgenden: *Šešelj Standby Counsel Order*. Dem Beschluss war die Grundentscheidung zur Ernennung eines Rechtsbeistandes in Bereitschaft vorausgegangen, *Šešelj Decision on Assignment of Counsel*. Diese Entscheidung war jedoch von der Rechtsmittelkammer wegen eines Formfehlers – dem Ausbleiben einer Verwarnung vor der Beiordnung des Verteidigers – aufgehoben worden, *Prosecutor v. Vojislav Šešelj, Decision on Appeal Against the Trial Chamber’s Decision on Assignment of Counsel*, Case No. IT-03-67-AR72, v. 20.10.2006 (im Folgenden: *Šešelj, Decision on Appeal on Assignment of Counsel*), Rn. 26 ff.

¹³⁸ *Prosecutor v. Vojislav Šešelj Decision on Assignment of Counsel*, Case No. IT-03-67-PT v. 21.8.2006, Rn. 79 ff.

des Saales verweisen müssen.¹³⁹ Im Übrigen sollte der Verteidiger auch im Falle besonders sensibler oder geschützter Zeugen das Fragerecht übernehmen, wobei dem Angeklagten weiterhin die Steuerung des Frageinhaltes belassen bleiben sollte.¹⁴⁰

Insbesondere in ihrer zweiten Entscheidung in der Sache erklärte die Kammer, dass es im Wesentlichen vom Angeklagten selbst abhängt, welche Rolle der Rechtsbeistand in Bereitschaft im Verfahren spielen. Der Rechtsbeistand werde nur dann eine aktive Rolle im Verfahren übernehmen, wenn der Angeklagte nachhaltig und erheblich das Verfahren störe. Insoweit verletze die Einsetzung des Rechtsbeistandes das Recht des Angeklagten auf Selbstvertretung nicht.¹⁴¹

Eine identische Regelung traf die Kammer des SCSL im Fall Norman.¹⁴² Auf den Antrag des Angeklagten hin, sich während des Hauptverfahrens selbst vertreten zu wollen, erklärte die Kammer, dass dies in Anbetracht der konkreten Umstände im Interesse der Rechtspflege nur unter Beiordnung eines Rechtsbeistandes in Bereitschaft zuzulassen sei.¹⁴³ Im Folgenden wurden vier Verteidiger in Bereitschaft von der Kammer eingesetzt, um dem Angeklagten bei der Verfahrensdurchführung zu assistieren, wobei der Angeklagte die Kontrolle über sämtliche verfahrensrelevanten Maßnahmen und Entscheidungen behalten sollte.¹⁴⁴

Schließlich ist auch das Verfahren gegen Slobodan Milošević vor dem IStGHJ zu nennen, in dem die Kammer den Anweisungen der Rechtsmittelkammer folgend¹⁴⁵ dem Angeklagten einen Rechtsbeistand in Bereitschaft unter der Beto-

nung beordnete, dass sich dieser prinzipiell im Hintergrund halte.¹⁴⁶

Der Vorteil dieser Beiordnungsvariante eines Rechtsbeistandes ist, dass die Beschränkung des Rechts auf Selbstvertretung akkurat und einzelfallbezogen dosiert werden kann, und der Rechtsbeistand zugleich stets zur kompletten Übernahme der Verteidigung in der Lage ist.¹⁴⁷

3. Zwangsweise Bestellung eines Rechtsbeistandes

Der zwangsweise von der Kammer beigeordnete Rechtsbeistand übernimmt die Verteidigung vollumfänglich. Neben dem Verteidiger hat der Angeklagte keine eigenen Partizipationsrechte im Hinblick auf Anträge, Zeugenbefragungen und sonstige mündliche Eingaben.

Im Verfahren am IStGHR gegen Pauline Nyiramasuhuko und Arsène Ntahobali hatte der Angeklagte Ntahobali beantragt, seine Verteidiger zu entlassen, da das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant nachhaltig zerrüttet sei. Der Angeklagte erklärte gleichzeitig, sich für die Zwischenzeit – bis er einen neuen Verteidiger gefunden habe – selbst verteidigen zu wollen, um das Verfahren nicht zu verzögern.¹⁴⁸ In ihrer Entscheidung erkannte die Kammer zwar grundsätzlich das Recht des Angeklagten auf Selbstvertretung an. Da aber das Kreuzverhör von Vergewaltigungsopfern durch die Verteidigung und damit den Angeklagten selbst bevorstand, entschied die Kammer aus eigener Veranlassung („*proprio motu*“), dass es im Interesse der Rechtspflege sei, dem Angeklagten umgehend einen vorläufigen Rechtsbeistand zur Prozessvertretung beizuordnen, bis eine endgültige Verteidigerwahl getroffen sei.¹⁴⁹

Im Verfahren am IStGHR gegen Ferdinand Nahimana et al. hatte der Angeklagte Jean Bosco Barayagwiza bei Beginn des Hauptverfahrens entschieden, das Verfahren zu boykottieren. Ferner hatte er seine Anwälte angewiesen, ihn nicht im Gerichtssaal zu vertreten.¹⁵⁰ Die Kammer reagierte, indem sie dem Angeklagten zwangsweise zwei Anwälte beordnete.¹⁵¹ Die Rechtsmittelkammer führte hierzu sieben Jahre später

¹³⁹ Siehe zunächst Šešelj Decision Appointing Counsel, Rn. 30; sodann Šešelj Standby Counsel Order, Rn. 5. Zum Verweis des Saales siehe Rule 80 (B) der Verfahrensordnung des IStGHJ.

¹⁴⁰ Šešelj Decision Appointing Counsel, Rn. 30.

¹⁴¹ Prosecutor v. Vojislav Šešelj, Decision on Application for Certification to Appeal Order of 25 October 2006, Case No. IT-03-67-T v. 30.11.2006, Rn. 6.

¹⁴² Siehe bereits *supra* IV. 1. sowie 3.

¹⁴³ SCSL Norman, Rn. 30, 32. Konkret führte die Kammer an, dass zu erwartende Verfahrensverzögerungen ohne jegliche rechtliche Hilfe für den Angeklagten das Recht der Mitangeklagten auf ein faires und zügiges Verfahren zu verletzen drohten. In diesem Kontext, so führen die Richter an, spräche gerade auch die verspätete Anzeige der Selbstvertretung (erst zu Beginn des Hauptverfahrens) gegen ein uneingeschränktes Zulassen der Selbstvertretung; *Ibid.*, Rn. 14, 19.

¹⁴⁴ Prosecutor v. Sam Hinga Norman et al., Case No. SCSL-04-14-T, Consequential Order on Assignment and Role of Standby Counsel, v. 14.6.2004. Lediglich für die Befragung sensibler Zeugen oder im Falle störenden Verhaltens sollten die Verteidiger bereit sein, die Verteidigung zu übernehmen, *ibid.*, Rn. 9, 10.

¹⁴⁵ Siehe *supra* V. 1. Siehe auch Milošević Decision on Interlocutory Appeal.

¹⁴⁶ Milošević Decision on Motion for Withdrawal, Rn. 31-34, ausdrücklich bezugnehmend auf Milošević Decision on Interlocutory Appeal, Rn. 19-20.

¹⁴⁷ Zu beachten ist auch die gleichsam verhaltensregulierende Funktion dieser Regelung gegenüber dem Angeklagten, der einerseits seine Freiheit behält, aber andererseits auch weiß, dass bei grob missbräuchlichem Verhalten im Gerichtssaal diese Freiheit umgehend erlöschen kann.

¹⁴⁸ Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko und Arsène Shalom Ntahobali, Case No. ICTR-97-21-T, Requête en extrême urgence aux fins de retrait de la commission d'office des conseils Me. St-Léger et de Me. Michael Bailey, v. 11.6.2001.

¹⁴⁹ Ntahobali Decision on Withdrawal of Counsel, Rn. 20.

¹⁵⁰ Statement of Jean Bosco Barayagwiza v. 23.10.2000, TCEXH4A, TRIM Record No. 6546, unter: http://users.skynet.be/wihogora_barayagwiza/statement23oct.htm (am 4.5.2009).

¹⁵¹ Mündliche Entscheidung der Kammer in der Sache Prosecutor v. Jean Bosco Barayagwiza, Case No. ICTR-97-19-T, Transcript v. 6.2.2001, S. 3-8.

aus, dass Art. 19 Abs. 1 des IStGHR-Statuts das Gericht berechtige, die zwangsweise Beordnung eines Rechtsbeistandes im Interesse der Rechtspflege auch gegen den ausgesprochenen Willen des Angeklagten anzuweisen.¹⁵²

In Fortführung dieser Rechtsprechungslinie des IStGHR wurde die bereits erwähnte Verfahrensregel Rule 45quater im Jahre 2002 in die Verfahrensordnung des IStGHR eingefügt.¹⁵³

Im Strafverfahren gegen Issa Hassan Sesay, Morris Kalon und Augustine Gbao am SCSL hatte der Angeklagte Gbao vor der Kammer zu Beginn des Hauptverfahrens erklärt, er erkenne die Gerichtsbarkeit des SCSL nicht an und wolle von keinem Verteidiger vor diesem Gericht vertreten werden.¹⁵⁴ In Anbetracht des angekündigten Verfahrensboykotts und der damit verbundenen Abwesenheit einer Verteidigung entschied die Kammer, dass der Angeklagte auf sein Recht auf ein faires und zügiges Verfahren nicht verzichten könne. Sodann ordnete die Kammer dem Angeklagten zwangsweise dieselben Verteidiger bei, die ihn bislang vertreten hatten.¹⁵⁵ Die Rechtsmittelkammer führte dazu aus, dass ein Angeklagter wohl wählen dürfe, ob er sich selbst vertrete oder durch einen Rechtsbeistand vertreten sein wolle. Wenn er dieses Wahlrecht aber nicht ausübe (mit der Erklärung, das Verfahren zu boykottieren), so könne ihm ein Rechtsbeistand im Interesse der Rechtspflege beigeordnet werden.¹⁵⁶

Die Zwangsbeordnung eines Verteidigers im Interesse der Rechtspflege ist die drastischste Maßnahme zur Beschränkung des Selbstvertretungsrechts des Angeklagten, da es dieses Recht gleichsam ausschaltet.¹⁵⁷ Aufgrund der hohen

Eingriffsintensität kann eine Zwangsbeordnung daher nur in Ausnahmefällen, wie etwa zum Schutze von Zeugen, bei nachhaltigem missbräuchlichem Verhalten des Angeklagten oder zur Verhinderung eines Verfahrensboykotts angeordnet werden.

4. Mitwirkung im Prozess neben dem Rechtsbeistand

Eine weitere Mitwirkungsmöglichkeit des Angeklagten in der Hauptverhandlung besteht in der Zulassung eines eigenen Fragerechts des Angeklagten unabhängig von dem seines Rechtsbeistandes. In dieser Konstellation behält der Angeklagte wohlgermerkt seinen Prozessvertreter bei. Im Verfahren gegen Jadranko Prlić et al. vor dem IStGHJ gestattete die Kammer den Angeklagten, unter besonderen Umständen und nach zuvor ausgesprochener Erlaubnis durch die Kammer ausnahmsweise Zeugen direkt befragen zu dürfen, sobald der jeweilige Rechtsbeistand die Vernehmung beendet habe.¹⁵⁸ Ein Kreuzverhör eines Zeugen ist nach dieser Regelung dem jeweiligen Angeklagten nur ausnahmsweise und insbesondere im Hinblick auf Ereignisse erlaubt, an denen er unmittelbar beteiligt war oder von denen er Sonderwissen („specific expertise“) hat.¹⁵⁹ Der Angeklagte Slobodan Prljak legte gegen diese Regelung zweimal erfolglos Rechtsmittel ein, da er der Meinung war, die Vertretung durch einen Rechtsbeistand gem. Art. 21 Abs. 4 lit. d des Statuts schliesse das Recht des Angeklagten gem. Art. 21 Abs. 4 lit. e nicht aus, selbst erst-rangig und nicht nur ausnahmsweise Zeugenbefragungen durchzuführen.¹⁶⁰ Die Rechtsmittelkammer entschied daraufhin, dass zur Gewährleistung eines fairen und zügigen Verfahrens auch für die (fünf) Mitangeklagten eine Einschrän-

¹⁵² ICTR Appeals Chamber, Ferdinand Nahimana et al. v. Prosecutor (“Media”), Case No. ICTR-99-52-A, Appeals Judgement v. 28.11.2007, Rn. 127. Art. 19 Abs. 1 bestimmt, dass die Kammer für die Gewährleistung eines fairen und raschen Verfahrens im Einklang mit der Verfahrensordnung sorgt.

¹⁵³ Die Regelung bestimmt, dass die Kammer den Gerichtskanzler um die Beordnung eines Rechtsbeistandes zur Interessenvertretung des Angeklagten anweisen kann, wenn sie entscheidet, dass dies im Interesse der Rechtspflege ist: “The Trial Chamber may, if it decides that it is in the interests of justice, instruct the Registrar to assign a counsel to represent the interests of the accused”, Rule 45quater der IStGHR-Verfahrensregeln und auch Kapitel IV. Die Regel verdeutlicht die Ansicht der Richter des IStGHR, dass das Recht der Selbstvertretung klaren Beschränkungen im Zusammenspiel mit den übrigen Verfahrensrechten unterliegt.

¹⁵⁴ Siehe Gbao Decision on Appeal, Rn. 24-28, 48.

¹⁵⁵ Gbao Decision on Application to Withdraw Counsel, Rn. 15-17. Bestätigt durch Gbao Decision on Appeal, Rn. 53 f.

¹⁵⁶ Siehe Gbao Decision on Appeal, mit explizitem Verweis auf Art. 17 Abs. 4 des Statuts: “The law does not recognize a right “not to have counsel assigned“ to an accused who has refused to exercise the choice available to him”, Rn. 58.

¹⁵⁷ Hiervon ausgenommen sind natürlich die in den Verfahrensregeln festgelegten Rechte der Berufung der eigenen Person in den Zeugenstand, Rule 85 lit. C der Verfahrensre-

geln der UN-Tribunale sowie die Eröffnungserklärung des Angeklagten am IStGHJ, Rule 84bis.

¹⁵⁸ Prosecutor v. Jadranko Prlić et al., IT-04-74-T, Decision on the Mode of Interrogating Witnesses, v. 10. Mai 2007 (im Folgenden: Prlić Decision on Witnesses), Rn. 8-10 (“Guideline C”). Insbesondere der Mitangeklagte Slobodan Prljak nutzte sein Mitwirkungsrecht in den ersten Monaten der Hauptverhandlung häufig und führte mitunter komplette Kreuzverhöre selbst durch. Die Kammer kündigte in der o.g. Entscheidung eine restriktivere Auslegung dieses Rechtes an, Rn. 10.

¹⁵⁹ Prlić Decision on Witnesses, Rn. 12 sowie *ders.*, Decision Adopting Guidelines for the Presentation of Defence Evidence, v. 24. April 2008, Rn. 3; diese Aufzählung ist nicht abschließend, wie die Formulierung “in particular” der letztgenannten Entscheidung vorgibt, Rn. 3.

¹⁶⁰ Prosecutor v. Jadranko Prlić et al., IT-04-74-T, Slobodan Prljak’s Appeal of the Trial Chamber’s 10 May 2007 “Decision on the Mode of Interrogating Witnesses”, v. 4. Juli 2004 sowie *ders.*, Slobodan Prljak’s Request for Certification to Appeal the Trial Chamber’s 26 June 2008 Decision Further Restricting Witness Examination by the Accused, v. 2.7.2008. Das Rechtsmittel wurde per Entscheidung v. 23.7.2008 zugelassen, Prosecutor v. Jadranko Prlić et al., IT-04-74-T, Decision on Prljak Defence Request for Certification to Appeal, v. 23.7.2008.

kung des Fragerechts unter den oben ausgeführten Umständen nicht zu beanstanden sei.¹⁶¹

Eine vergleichbare Regelung des nachrangigen Frage-rechtes an Zeugen traf die Kammer im erstinstanzlichen Ver-fahren vor dem IStGHJ gegen Momčilo Krajišnik, nachdem der Angeklagte im laufenden Verfahren seinen Wunsch ge-äußert hatte, sich selbst zu vertreten. Um den ungestörten Verfahrensverlauf bei bestmöglicher Wahrung der Angeklag-tenrechte zu gewährleisten, entschied die Kammer, dass der Angeklagte stets eigene Fragen an den jeweiligen Zeugen richten dürfe, sobald sein Rechtsbeistand das (Kreuz-)Verhör beendet habe.¹⁶²

Eine ähnliche Regelung hatte die Kammer auch im Mi-lošević-Verfahren für den Angeklagten vorgesehen.¹⁶³ Dort bestellte die Kammer dem Angeklagten im September 2004 einen Rechtsbeistand, der fortan befugt sein sollte, alle Ver-teidigerrechte und -pflichten für den Angeklagten wahrzu-nehmen. Allerdings sollte es dem Angeklagten mit vorheriger Erlaubnis der Kammer erlaubt sein, aktiv im Verfahren mit-zuwirken, insbesondere Zeugen zu verhören, sobald sein Verteidiger die Vernehmung beendet habe.¹⁶⁴ Eine solche Verfahrens-beteiligung des Angeklagten bliebe der des Rechtsbeistandes nachrangig und von Ermessen und Erlaub-nis der Kammer abhängig.¹⁶⁵ Allerdings entschied die Rechtsmittelkammer in dieser Sache wenig später, dass die Ver-fahrenskammer im Ausgangsverfahren das Verhältnismä-ßigkeitsprinzip nicht gewahrt habe, da es weniger eingreifen-de Regelungen im Lichte der Gesundheit des Angeklagten hätte treffen können, um der Prozessförderungspflicht zu genügen.¹⁶⁶

Den vorgenannten Beispielen ist die Rechtsüberzeugung der Richter der UN-Tribunale zu entnehmen, dass auch der anwaltlich vertretene Angeklagte ausnahmsweise an der Zeugenvernehmung direkt teilnehmen kann, wenn auch – bislang – nachrangig zu seinem Rechtsbeistand.¹⁶⁷ Die ge-naue Ausgestaltung dieses Partizipationsrechts unterliegt dem Ermessen der Verfahrenskammer,¹⁶⁸ wobei *fair trial*-Rechte des Angeklagten, sein etwaiges fallrelevantes Sonderwissen und auch seine Fähigkeit, ein Kreuzverhör durchzuführen, zu seinen Gunsten zu beachten sind. Gerade diese Variante der Mitwirkung des Angeklagten erlaubt es, das nötige Gleich-gewicht zwischen der Verfahrensbeteiligung des Angeklagten und dem gleichzeitigen Mitwirken eines notwendigen profes-sionellen Rechtsbeistandes zu finden. Im Karadžić-Verfahren signalisierte der zuständige Richter im Vorverfahren dem Angeklagten bereits, insoweit offen für die Aushandlung der Modalitäten zu sein.¹⁶⁹

Zudem ist an einer solchen Regelung interessant, dass sie sich den Mitwirkungsbefugnissen des Angeklagten im deut-schen Strafprozess gem. § 240 Abs. 2 StPO annähert, wonach dem Angeklagten ein Fragerecht eingeräumt ist, um die voll-ständige Erörterung des Prozessstoffs herbeizuführen und die persönlichen Beweismittel auszuschöpfen.¹⁷⁰ Als wesentli-cher Unterschied ist hier indes zu beachten, dass dem Ange-klagten das Fragerecht gem. § 240 Abs. 2 StPO „zu gestat-ten“ ist und nicht etwa vom Ermessen der Kammer ab-hängt.¹⁷¹ Allerdings ist gleichzeitig zu betonen, dass auch im deutschen Strafprozess eben dieses Fragerecht bei Miss-brauch eingeschränkt werden kann, indem einzelne Fragen zurückgewiesen werden können.¹⁷²

¹⁶¹ Prosecutor v. Jadranko Prlić et al., Decision on Praljak’s Appeal of the Trial Chamber’s 10 May 2007 Decision on the Mode of Interrogating Witnesses, IT-04-74-AR73.5 v. 24.8.2007, Rn. 11; *ders.*, Prlić Decision on Slobodan Praljak’s II. Appeal, Rn. 20. Die Beschränkung des Fragerechts erfolgte unter Berufung auf Rule 90 lit. F (i) und (ii) der Verfahrensordnung.

¹⁶² Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, IT-00-39-T, Transcript 13415-13417, 13439 f., v. 26. Mai 2005 und sodann am 28. September 2005, Transcript 17205. Siehe auch *ders.*, Trial Judgement, v. 27.9.2006, Rn. 1246 und *supra* IV. 2.

¹⁶³ Prosecutor v. Slobodan Milošević, Order on the Modalities to be Followed by Court Assigned Counsel, Case No. IT-02-54-T v. 3.9.2004, S. 2-3; siehe auch Milošević Reasons for Decision Assigning Defence Counsel, Rn. 68. Die Rechtsmittelkammer hob diese Entscheidung der Ausgangsinstanz jedoch auf, da sie die Einschränkung des Rechts auf Selbstvertretung Miloševićs als unverhältnismäßig erachtete; siehe unter V. 1.

¹⁶⁴ Prosecutor v. Slobodan Milošević, Case No. IT-02-54-T, Order on the Modalities to be Followed by Court Assigned Counsel, v. 3.9.2004, S. 2-3.

¹⁶⁵ Milošević Decision on Interlocutory Appeal, Rn. 7.

¹⁶⁶ *Ibid.*, Rn.17-18. Die Rechtsmittelkammer stellte sodann fest, dass als Ausgangsposition der Angeklagte selbst alle Verteidigerfunktionen übernehme und nur im Falle seines temporären gesundheitlich bedingten Ausscheidens der –

weiterhin zwangsweise beigeordnete – Rechtsbeistand die Verteidigung übernehme, *ibid.*, Rn.19.

¹⁶⁷ Prlić Decision on Slobodan Praljak’s II. Appeal, Rn. 19; Ferdinand Nahimana et al. v. Prosecutor, Appeals Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, Rn. 267, 269-270, 274, 276.

¹⁶⁸ Prlić Decision on Slobodan Praljak’s II. Appeal, Rn. 21; Milošević Reasons for Decision Assigning Defence Counsel, Rn. 36.

¹⁶⁹ Siehe Richter *Iain Bonomy* in der Funktion des „Pre-Trial Judge“ in der Status-Konferenz im Verfahren Prosecutor v. Radovan Karadžić, IT-95-5/18-PT v. 17.9.2008, S. 42, Zeile 11 ff., insbesondere 16-22. Der Pre-Trial Judge übernimmt insbesondere die administrative Leitung des Vorverfahrens in Vorbereitung auf das Hauptverfahren, Rule 65ter der IStGHJ-Verfahrensregeln. Er darf nicht mit dem Vorsitzenden Richter, dem „Presiding Judge“, verwechselt werden.

¹⁷⁰ *Meyer-Göfner* (Fn.13), § 240 Rn. 1.

¹⁷¹ Lediglich einzelne Fragen können vom Vorsitzenden gem. § 241 Abs. 2 StPO zurückgewiesen werden, wenn sie ungeeignet sind oder nicht zur Sache gehören. Siehe auch *Meyer-Göfner* (Fn. 13), § 241 Rn. 8-15.

¹⁷² Siehe § 241 Abs. 2 StPO. Siehe näher dazu *Meyer-Göfner* (Fn.13), § 241 Rn. 6; die Befragung darf allerdings nicht zur Vernehmung werden. Ob das Fragerecht gänzlich unterbunden werden darf, z.B. im Falle fortgesetzten erheblichen Missbrauchs, ist indes umstritten, vgl. *Meyer-Göfner*, *ibid.*;

VI. Fazit

Es kann festgehalten werden, dass das Recht auf Selbstvertretung im internationalen Strafprozess zumindest im Rahmen der ständigen Rechtsprechung des IStGHJ grundsätzlich in relativ weiten Grenzen zugelassen wird. Allerdings gilt das Recht der Selbstvertretung nicht unbeschränkt. Das Gericht hat verschiedene Möglichkeiten, das Recht der Selbstvertretung einzuschränken oder im Extremfall sogar auszuschalten. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass das Recht auf ein zügiges und faires Verfahren unverzichtbar ist und bisweilen das Selbstvertretungsrecht überlagert,¹⁷³ dem Angeklagten also insoweit – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – gegen seinen ausdrücklichen Willen ein Rechtsbeistand beigeordnet werden kann.¹⁷⁴ Dies folgt auch aus der zweifachen Schutzrichtung des *fair trial*-Gebotes gerade für internationale Strafgerichte: Diese erlangen ihre Legitimität erst durch die Gewährung eines zügigen, transparenten und objektiv fairen Strafverfahrens, welches die Rechte des Angeklagten wahrt.¹⁷⁵ Die Wahl der konkreten Einschränkungsmassnahme muss einzelfallbezogen vorgenommen werden und erfolgt im Wege einer völkerrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, wonach die Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein muss. Hierbei ist auch von Bedeutung, ob und inwieweit der Angeklagte willentlich eine Störung des geregelten Ablaufs des Verfahrens herbeiführt:

Stehen Faktoren im Vordergrund, die das Verfahren behindern oder verlangsamen, die zwar in der Person des Angeklagten begründet sind, von diesem aber nicht gesteuert werden können – wie im Falle gesundheitlicher Probleme oder mangelnder rechtlicher Kenntnis –, so ist die Bestellung eines Rechtsbeistandes in Bereitschaft oder eines *amicus curiae* angezeigt. In der Abwägung zwischen beiden Möglichkeiten ist zu beachten, dass die Bestellung eines *amicus curiae* zwar am wenigsten einschränkend auf das Selbstvertretungsrecht wirkt, seiner Einsetzung als Ergänzung nur *einer Partei* jedoch die zuvor aufgeführten Bedenken entgegenstehen.

Stehen Erwägungen des Zeugenschutzes oder logistische Erwägungen zur zügigen Fortführung des Verfahrens im

Vordergrund, ohne dass mutwilliges Störverhalten des Angeklagten zur (zu erwartenden) Verfahrensbehinderung beiträgt, ist die zwangsweise Beordnung eines Verteidigers die wohl beste Lösung, wobei hier eine dem Rechtsbeistand nachrangige Mitwirkung des Angeklagten in der Hauptverhandlung erlaubt werden kann.

Begründet sich die Behinderung eines zügigen und fairen Verfahrens für alle Parteien auf dem beständig missbräuchlichen und sabotierenden Verhalten des Angeklagten, so ist ein Vorgehen in verschiedenen Stufen angezeigt. Nach ausdrücklichen Warnungen nebst Androhung konkreter Konsequenzen¹⁷⁶ ist dem Angeklagten ein Rechtsbeistand in Bereitschaft beizuordnen, wenn dieser sein Verhalten fortsetzt. Sobald der Angeklagte wegen weiterhin fortgesetzten missbräuchlichen Verhaltens vorübergehend von der aktiven Verfahrensteilnahme ausgeschlossen wird, übernimmt der Rechtsbeistand die Verteidigung bis zu einem von der Kammer zu bestimmenden Zeitpunkt. Sollte der Angeklagte auch nach seinem vorübergehenden Ausschluss sein missbräuchliches Verhalten fortsetzen, ist ihm zwangsweise ein Verteidiger unter Ausschluss eigener Mitwirkungsrechte beizuordnen.

Es wäre wohl auch ein gangbarer Weg gewesen, wenn die Richter sich für eine einschränkende Auslegung des Art. 14 IPBPR dahingehend ausgesprochen hätten, dass Selbstvertretung im internationalen Strafprozess nicht derart umfangreich zugelassen wird.¹⁷⁷ Betrachtet man Schwierigkeitsgrad und Umfang eines internationalen Strafverfahrens, ist eine *wirksame* Selbstvertretung des Angeklagten unrealistisch.

Ein Weg, die Wahl des Angeklagten zur Selbstvertretung abzuwenden, besteht darin, dem Angeklagten im Falle seiner anwaltlichen Vertretung vor Gericht gleich zu Beginn auf Wunsch eigene Mitwirkungsrechte einzuräumen, die eine angemessene Verfahrensbeteiligung des Angeklagten im Zusammenspiel mit rechtlich geschulten Verteidigern gewährleistet. Als Beispiele können wiederum das Fragerecht des Angeklagten im deutschen Strafverfahren gem. § 240 Abs. 2 S. 1 StPO herangezogen werden,¹⁷⁸ weiterhin das Erklärungsrecht des Angeklagten nach jeder Beweiserhebung gemäß § 257 Abs. 1 StPO und das Recht, nach Abschluss der

OLG Hamm StV 1993, 462; das Fragerecht einschränkend BGH NSTZ 1995, 143.

¹⁷³ So auch *W. Schomburg*: „An accused cannot waive his right to fair proceedings, under whatever circumstances.“, Fundamentally Dissenting Opinion, Rn. 68, mit Verweis auf die Entscheidung der SCSL-Rechtsmittelkammer in Gbao Decision on Appeal, Rn. 46, die ihrerseits die Entscheidung der Kammer (Gbao Decision on Application to Withdraw Counsel) v. 6.7.2004 zitiert und bestätigt.

¹⁷⁴ *Jørgensen*, The Problem of Self-Representation at International Criminal Tribunals, in: Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 65 (69) spricht hier sogar von „Paternalismus“.

¹⁷⁵ *Šešelj* Decision Appointing Counsel, Rn. 20. Danach erstreckt sich die Schutzrichtung des *fair trial*-Grundsatzes einerseits auf den Angeklagten und andererseits auf das objektive Interesse der Allgemeinheit an rechtsstaatlichen und zügigen Gerichtsverfahren.

¹⁷⁶ Das Erfordernis der vorausgehenden Warnung ergibt sich in analoger Anwendung aus der Verfahrensvorschrift Rule 80 lit. B der IStGHJ- und IStGHR-Verfahrensregeln. Siehe *Šešelj*, Decision on Appeal on Assignment of Counsel, Rn. 22-25.

¹⁷⁷ Nach Auffassung des *Verf.* ist es zweifelhaft, ob das Recht auf Selbstvertretung als Völkergewohnheitsrechts angesehen werden kann. Dagegen spricht bereits eine mangelnde einheitliche Rechtsüberzeugung sowie die unterschiedliche Anwendungspraxis in den verschiedenen Rechtssystemen, siehe *supra* II. Demzufolge dürfte für internationale Strafgerichte kein Zwang bestehen, eine solche Regelung überhaupt in ihre Statuten aufzunehmen.

¹⁷⁸ Das Fragerecht des Angeklagten ist dem seines Verteidigers gleichrangig, der Angeklagte darf – abgesehen von Abs. 2 S. 2 – nicht auf das Fragerecht seines Verteidigers verwiesen werden. Vgl. *Gorf*, in: Beck'scher Online-Kommentar, StPO, § 240 Rn 6.

Beweisaufnahme gemäß § 258 Abs. 1, 3 StPO einen Schlussvortrag zu halten.

Die jüngere Rechtsprechung des IStGHJ scheint vorsichtig Möglichkeiten auszuleuchten, solchen Angeklagten entgegenzukommen, die zumindest im Hinblick auf die Erforschung des Sachverhaltes eine Verfahrensbeteiligung unbedingt anstreben und aufgrund ihres faktischen Sonderwissens unter Umständen wertvolle Ergebnisse für ihre Verteidigung in der Zeugenbefragung erzielen können. Allerdings unterliegt das Fragerecht am IStGHJ dem Ermessen der Richter. Eine stärkere prozessuale Mitwirkungsmöglichkeit des anwaltlich vertretenen Angeklagten im internationalen Strafprozess könnte dem Angeklagten vor Gericht ein angemessenes Forum zur Verteidigung bieten, welches seinen Rechten genügt und gleichzeitig Verfahrensverzögerungen oder gar -fehler und eine Politisierung des Verfahrens verhindert. Es erscheint zweckmäßiger, dem Angeklagten in der Auslegung der Verfahrensregeln entgegenzukommen, als ihn durch den Ausschluss von Mitwirkungsrechten im Falle der Prozessvertretung durch einen Verteidiger in die Selbstvertretung zu treiben. Darin liegt insbesondere ein Auftrag an die UN-Tribunale, den sie noch vor Ablauf ihres Mandats erfüllen und damit dem IStGH eine mögliche Richtung weisen können.

Inlandsgeschäfte als außenwirtschaftsstrafrechtliches Risiko

Von Prof. Dr. Mark Deiters, Münster*

When exporting goods the effort of avoiding any risk of violating a provision of foreign-trade law appears to be self-evident, especially in criminal law. Yet, with regard to pure domestic delivery the problem does not seem to arise. However, as widespread as the assumption may be in the business world, it may indeed be rash not to consider the possibility of participation in an export-related offence committed by another party. The following article considers the question of the conditions under which domestic deliveries may become relevant under German criminal law. Beginning with the general issue of criminal liability of innocent conduct, the article shall demonstrate that such domestic deliveries can be the basis of a criminal offence – whether committed intentionally or negligently. Nonetheless, the principle that nobody has to anticipate illegal conduct by a third party does force a strict interpretation of the relevant provisions in criminal law. Furthermore, it is the opinion of the author that an objective in legal policy should be to restrict criminal liability in the discussed cases to those cases in which the participation in the export-related offence was committed with the knowledge thereof.

I. Das allgemeine Problem der Konturierung des Vertrauensgrundsatzes bei berufstypischen Handlungen

Der Verkauf von Haushaltsmessern ist unter strafrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich unbedenklich. Das gilt selbst für solche Messer, die sich aufgrund ihrer objektiven Beschaffenheit dazu eignen, Menschen zu töten und nach kriminalistischer Erfahrung nicht selten zu eben diesem Zweck benutzt werden. Entsprechendes gilt in der Regel für die von Bankmitarbeitern ausgeführten Auslandsüberweisungen. Derartige Geschäftsgebaren ist erlaubt – obwohl solche Transaktionen dazu dienen mögen, Vermögenswerte so anzulegen, dass die Finanzbehörden von ihnen keine Kenntnis erlangen, also der Vorbereitung einer strafbaren Steuerhinterziehung. Und selbstverständlich dürfen Strafverteidiger ihre Dienste gegen Honorar anbieten, auch wenn dabei die zumindest abstrakte Gefahr besteht, dass die von ihnen angenommenen Gelder aus strafbarem Verhalten herrühren.

In all diesen Fällen kann man die Straflosigkeit unter Hinweis auf den so genannten Vertrauensgrundsatz¹ begrün-

den, soweit man in diesem ein allgemeines Rechtsprinzip erblickt, das ungeachtet seiner dogmengeschichtlichen Herkunft weder auf die Fahrlässigkeitsdogmatik noch auf die Lehre von der objektiven Zurechnung beschränkt ist.² Aus

Zuständigkeit aber nicht darauf, dass andere dies nicht tun; dazu *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vor § 13 Rn. 101, 101a m.w.N. Die Anerkennung eines solchen Verantwortungsprinzips würde es freilich nahe legen, dass man das eigene Verhalten in diesen Fällen auch bei Kenntnis eines rechtswidrigen Verhaltens anderer Personen nicht am Schutz fremder Rechtsgüter orientieren muss. Dem steht die Wertung der §§ 26, 27 StGB entgegen. Ein entsprechender Grundsatz kann deshalb zumindest nicht als ein allgemeines, vorsätzliches und fahrlässiges Handeln gleichermaßen umfassendes Zurechnungsprinzip anerkannt werden; vgl. die entsprechende Einschränkung bei *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (a.a.O.), § 15 Rn. 171. In den Fällen der mittelbaren Risikoverursachung durch Förderung vorsätzlicher Straftaten anderer geht es deshalb in der Sache darum, ob und in welchem Umfang auf das rechtmäßige Verhalten anderer Personen vertraut werden darf; in der Kategorisierung wie hier etwa *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 26; *Duttge*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 15 Rn. 145 ff.; *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 376 ff. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass der zunächst für den Straßenverkehr näher ausformulierte Vertrauensgrundsatz auf der Erwägung beruhe, die Einhaltung der Sorgfaltspflichten entspreche dort typischerweise den Interessen aller – gleichermaßen gefährdeten – Verkehrsteilnehmer und lasse sich deshalb nicht ohne Weiteres auf andere Fälle übertragen (vgl. dazu *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 196). Dieser (überdies nur teilweise zutreffende) empirische Befund mag für eine Vielzahl von Fällen erklären, warum im Straßenverkehr faktisch oft auf das rechtmäßige Verhalten anderer Personen vertraut wird; er legitimiert aber nicht den Vertrauensgrundsatz als normatives Prinzip.

² Anders *Amelung*, in: Samson (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 9 ff. (S. 18 f.); *Otto*, in: Eser u. a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1988, S. 193 ff. (S. 209 f.); *Schall*, in: Graul/Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 103 ff. (S. 112), die eine Berufung auf den Vertrauensgrundsatz im Kontext vorsätzlicher Strafbarkeit begrifflich für ausgeschlossen halten, weil der Täter „gerade nicht auf das Ausbleiben des Erfolges vertraue“. Richtigerweise kann sich aus dem Vertrauensgrundsatz die Straflosigkeit eines Verhaltens aber nicht nur ergeben, wenn der Täter psychologisch auf das Ausbleiben der Tatbestandsverwirklichung vertraut hat, sondern auch, wenn er trotz eines durch die Situation nicht veranlassten Argwohns darauf *normativ* hätte vertrauen *dürfen*. Konkret: Wer keinerlei Anhaltspunkte

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht, der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Direktor des dortigen Instituts für Kriminalwissenschaften. Der Beitrag dokumentiert den vom Verf. auf dem Exportkontrolltag am 27.2.2009 gehaltenen Vortrag. Der Vortragsstil wurde beibehalten. Ergänzungen finden sich in den Anmerkungen.

¹ In der hier relevanten Fallgruppe der durch menschliches Verhalten anderer Personen vermittelten Risiken wird ein Ausschluss der Strafbarkeit auch unter Berufung auf ein so genanntes *Verantwortungsprinzip* begründet. Danach habe jeder sein Verhalten grundsätzlich nur darauf einzurichten, dass er selbst Rechtsgüter nicht gefährde, mangels eigener

ihm folgt, dass jedermann darauf vertrauen darf, dass sich andere Personen in Zukunft rechtmäßig verhalten werden³ (oder in der Vergangenheit rechtmäßig verhalten haben)⁴. Dass das generell erlaubte Verhalten in den beiden ersten Beispielen im Einzelfall ein strafbares Verhalten ermöglichen oder zumindest erleichtern mag, und im zuletzt genannten eine Verwertung bemakelter Vermögenswerte zur Folge haben kann, bedeutet für sich noch keine strafbare Solidarisation⁵ mit einem Straftäter. Das gilt selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, dass sich ein solches Verhalten auf eine wirtschaftlich zulässige und damit von der Rechtsordnung gebilligte Tätigkeit beschränkt.

Ob ein Verhalten unter diesem Gesichtspunkt strafrechtlich unbedenklich ist, lässt sich nun allerdings nicht allein anhand des äußeren Vorganges der Handlung beurteilen. Zwar wird in der Literatur in Bezug auf eine etwaige Strafbarkeit wegen Beihilfe gelegentlich behauptet, berufstypische Handlungen müssten grundsätzlich als straflos bewertet werden.⁶ Diese Auffassung greift jedoch zu kurz. Sie übersieht,

dafür hat, dass ein anderer eine Straftat begehen könnte, die stets bestehende Möglichkeit eines solchen Verlaufs aber bei seinem Verhalten in Rechnung stellt, handelt trotz billigender Inkaufnahme des tatbestandlichen Erfolges unvorsätzlich, weil er auf dessen Nichteintritt hätte vertrauen dürfen. Bei einer solchen Person fehlt es, so in der Sache auch *Amelung* (a.a.O., S. 22 ff. unter Berufung auf den Gedanken des erlaubten Risikos), an einer normativ *hinreichenden* Vorstellung von der Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung. Der Vertrauensgrundsatz betrifft deshalb im Kontext vorsätzlicher Delikte nach der hier zugrunde gelegten Terminologie nicht das so genannte voluntative Vorsatzelement, sondern den Gegenstand der zunächst erforderlichen Kenntnis. Er ist ein Anwendungsfall des erlaubten Risikos; so in der Sache auch *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 133 f.

³ *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 5.

⁴ Dieser Zusatz erscheint sinnvoll, sobald man auch die Anschlussdelikte der §§ 257 ff. StGB, und insbesondere § 261 StGB, in die Betrachtung mit einbezieht. Das ist sachgerecht, weil diese Delikte unter dem Gesichtspunkt der für die Strafbarkeit erforderlichen Solidarisation mit dem Haupttäter Ähnlichkeiten mit der Beihilfe aufweisen. Im Übrigen kann das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit bereits vergangenen Verhaltens auch bei der Begründung von Sorgfaltspflichten im Rahmen arbeitsteiligen Zusammenwirkens von Bedeutung sein; vgl. *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 1), § 15 Rn. 223a.

⁵ *Schumann* (Fn. 3), S. 56 f.

⁶ *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 27 Rn. 16, der für ein Hilfeleisten i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB generell einen notwendigen, unerlässlichen oder zumindest wesentlichen Tatbeitrag verlangt, an dem es in der Fallgruppe der berufstypischen Handlungen nach seiner Einschätzung grundsätzlich fehlt; in diese Richtung auch *Harzer/Vogt*, StraFo 2000, 39 (44) mit dem angesichts des Verbots der Berücksichtigung von Reservehandlungen (dazu *Frister*, Straf-

recht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2008, 9. Kapitel, Rn. 27 ff.) regelmäßig für unbeachtlich gehaltenen Argument, der Täter sei auf die Mitwirkung des konkreten Gehilfen nicht angewiesen. In der Sache ebenso: *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 25.

dass schon die Bewertung eines Verhaltens als alltäglich und berufstypisch davon abhängt, in welchem Kontext sie vorgenommen wird.⁷ So wird etwa der Küchenjunge, der dem Koch ein Fleischmesser reicht, dadurch in aller Regel lediglich seiner Berufstätigkeit nachgehen. Das bedeutet nicht, dass ihm die Vornahme dieser Handlung auch dann gestattet wäre, wenn er weiß, dass der Koch mit diesem Messer nicht dem Spanferkel, sondern seiner daneben stehenden Ehefrau die Kehle durchzutrennen beabsichtigt.⁸ Ob es ihm selbst nur darum geht, seinen beruflichen Pflichten gewissenhaft nachzukommen, oder ob der Täter das Messer unschwer auch selbst ergreifen könnte, ist für die Begründung einer Strafbarkeit ohne Bedeutung.

Für die Frage der Strafbarkeit von dergestalt vermeintlich alltäglichen und berufstypischen oder generell erlaubten Handlungen kommt es damit nicht entscheidend auf das äußere Geschehen an. Maßgeblich ist die Situation, in der gehandelt wird. Diese wird auch durch das Handlungsziel desjenigen geprägt, dem die Unterstützungshandlung gewährt wird. Plant er eine Straftat, so ist eine Mitwirkung an diesem Plan, die unter anderen Umständen als berufstypisch und damit erlaubt anzusehen wäre, nach ganz überwiegender Ansicht⁹ zumindest dann eine strafbare Beihilfe, wenn sie in Kenntnis dieses Plans erfolgt. Eine Berufung auf den Vertrauensgrundsatz ginge fehl. Vertrauen wider besseres Wissen ist nicht nur nicht schutzwürdig, sondern als psychischer Sachverhalt nicht einmal vorstellbar.¹⁰ Ein äußerlich unauf-

recht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2008, 9. Kapitel, Rn. 27 ff.) regelmäßig für unbeachtlich gehaltenen Argument, der Täter sei auf die Mitwirkung des konkreten Gehilfen nicht angewiesen. In der Sache ebenso: *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 25.

⁷ BGHSt 46, 107 (113) unter Berufung auf *Roxin*, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 501 ff. (S. 515).

⁸ Vgl. für weitere Beispiele *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 218.

⁹ Anders dagegen *Jakobs*, ZStW 89 (1977), 1 (23), soweit der mittelbar Verursachende nicht Garant zur Verhinderung der Straftat ist; gegen ihn mit Recht *Roxin*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 27 Rn. 19.; *Schünemann* (Fn. 6), § 27 Rn. 24 f.; *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 27 Rn. 10a m.w.N.; vgl. auch *Ransiek*, in: *Amelung* (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 95 ff. (S. 99 f.), der im Ausgangspunkt ähnlich wie *Jakobs* bei fehlender Zuständigkeit des mittelbaren Verursachers ein pflichtwidriges Handeln verneint, dessen Pflichtenkreis aber bei sicherem Wissen um die deliktischen Pläne des Haupttäters – objektiv – als berührt ansieht.

¹⁰ Vgl. *Kudlich* (Fn. 1), S. 381 f.; insoweit ist die Annahme, eine Berufung auf den Vertrauensgrundsatz sei bei vorsätzlichem Handeln nicht denkbar (dazu oben Fn. 2), zutreffend. Anders als im Fall des bedingten Vorsatzes ist ein etwaiges

fälliges Verhalten verliert seine strafrechtliche Unschuld, sobald es in dem Wissen der Unterstützung einer fremden Straftat vorgenommen wird. Die Probleme beginnen dort, wo zwar kein sicheres Wissen, aber zumindest die Möglichkeit besteht, dass ein solches Verhalten die Straftat eines anderen befördern wird.

Richtigerweise muss man differenzieren: Der Küchenjunge wird sich schon dann nicht mehr auf den Vertrauensgrundsatz berufen können, wenn in der konkreten Situation ernst zu nehmende Anhaltspunkte¹¹ dafür bestehen, dass der Koch das ihm zu reichende Fleischmesser dazu benutzen wird, seine neben ihm stehende Ehefrau zu erstechen. Gibt er ihm gleichwohl das Messer, macht er sich bei Kenntnis dieser Umstände wegen Beihilfe zum Totschlag, im Falle ihrer Erkennbarkeit¹² wegen fahrlässiger Tötung strafbar. Restriktivere Maßstäbe hat der Bundesgerichtshof dagegen im Fall der Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch berufstypisches Verhalten, konkret: der Vornahme einer Auslandsüberweisung durch Bankmitarbeiter, angelegt. Halten diese es lediglich für möglich, dass die Überweisung eine Steuerhinterziehung ihrer Kunden befördert, so sollen die Voraussetzungen einer strafbaren Beihilfehandlung in aller Regel noch nicht vorliegen. Eine andere Beurteilung sei erst angebracht, wenn das von ihnen erkannte Risiko eines strafbaren Verhaltens der Kunden derart hoch ausfalle, dass sie sich mit ihrer Hilfeleistung „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein“ lassen.¹³ Bei der Frage möglicher Strafbarkeitsrisiken durch Vereinnahmung des Verteidigerhonorars gilt hingegen seit der grundlegenden Entscheidung des *Zweiten Senats* des Bundesverfassungsgerichts: Eine Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche, § 261 StGB, setzt in verfassungskonformer Auslegung voraus, dass er im Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen bemakelter Herkunft hatte.¹⁴

Vertrauen auf das normgemäße Verhalten anderer Personen im Fall des sicheren Wissens psychologisch überhaupt nicht vorstellbar, sodass eine normative Einschränkung allenfalls unter dem Gesichtspunkt fehlender Zuständigkeit, aber keineswegs unter dem Aspekt des Vertrauensgrundsatzes, möglich erscheint; so *Jakobs*, ZStW 89 (1977), 1 (23).

¹¹ *Amelung* (Fn. 2), S. 24 f.; *Frister* (Fn. 6), 28. Kapitel, Rn. 48; *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 6), Vor § 13 Rn. 170; vgl. auch *Rackow* (Fn. 1), S. 539. Soweit *Kudlich* (Fn. 1), S. 458 ff. (466), präzisierend konkrete Anhaltspunkte für die deliktische Verwendung gerade der beruflichen Leistung verlangt, ist diese Voraussetzung im Beispielfall erfüllt, weil Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Koch seine Frau mit dem überreichten Messer töten wird.

¹² Zu dieser begrifflichen Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit siehe *Frister* (Fn. 6), 12. Kapitel, Rn. 1 ff.

¹³ BGHSt 46, 107 (112); Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung im Kontext vermeintlich neutraler Beihilfehandlungen bei *Rackow* (Fn. 1), S. 281-358.

¹⁴ BVerfGE 110, 226 (265 f.) = NJW 2004, 1305 (1311 f.); zustimmend *Ignor*, NJW 2007, 3403 f.; kritisch zur Privilegierung und zur gesetzgeberischen Konzeption des § 261 StGB: *Fischer*, NSTZ 2004, 473 (478).

II. Das besondere Problem der Konturierung des Vertrauensgrundsatzes bei der Förderung von Verstößen gegen das Außenwirtschaftsgesetz

Die Fallbeispiele machen deutlich: Die Frage der Konturierung des Vertrauensgrundsatzes im Kontext berufstypischer Handlungen kann sich in unzähligen Fallgestaltungen stellen. Eine einheitliche Lösung ist nicht möglich. Der Vertrauensgrundsatz weist nicht in jedem Einzelfall klare Konturen auf, seine Grenzen sind, soweit das Gesetz keine eindeutige Lösung vorgibt, durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln.¹⁵ Dies gilt auch für die Frage, ob und in welchem Umfang Inlandslieferungen von Gütern, deren Ausfuhr nach den außenwirtschaftsrechtlichen Vorgaben genehmigungspflichtig wäre, strafrechtliche Risiken in sich bergen.

1. Außenwirtschaftsrechtliche Strafbarkeitsrisiken

Nach § 34 Abs. 1 AWG macht sich derjenige strafbar, der bestimmte Güter ohne Genehmigung aus dem deutschen Wirtschaftsgebiet ausführt. Auf die in anderem Kontext in der Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWV) erforderliche Stellung als verwaltungsrechtlich antragsberechtigter Ausführer kommt es nicht an.¹⁶ Der Tatbestand der ungenehmigten Ausfuhr sei – so die Rechtsprechung entgegen anders lautenden Stimmen im Schrifttum – kein Sonderdelikt.¹⁷ Über die Täterschaft entscheide entsprechend den allgemeinen Regeln allein die Tat- oder Entscheidungsherrschaft¹⁸, wobei – so ist zu ergänzen – damit für eine mittäterschaftliche Beteiligung nach den ansonsten von der Rechtsprechung für richtig erachteten Kriterien auch eine bloße Mitwirkung im Vorbereitungsstadium genügen kann.¹⁹ Darüber hinaus muss der Täter nach § 15 StGB vorsätzlich handeln.

Wer einem anderen bei der ungenehmigten Ausfuhr Hilfe leistet, ohne selbst den Vorgang der Ausfuhr steuernd in den Händen zu halten, kann sich zunächst wegen Beihilfe an der ungenehmigten Ausfuhr gem. § 34 Abs. 1 AWG i.V.m. § 27 Abs. 1 StGB strafbar machen.²⁰ Voraussetzung ist, dass die

¹⁵ *Krumpelmann*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 289 ff. (S. 300 f.).

¹⁶ BGH NJW 1992, 3114; BGHSt 43, 129 (146); zum Streitstand: *Tervooren*, Der Ausführerbegriff, 2007, S. 149 f.

¹⁷ BGHSt 43, 129 (146).

¹⁸ *Weith/Wegner/Ehrlich*, Grundzüge der Exportkontrolle, 2006, Abschnitt H, Rn. 6; *Bieneck*, wistra 2000, 441 (445).

¹⁹ *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas/Ambts (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 169. Aufl. 2008, § 34 Rn. 6; BGHSt 33, 50 = NJW 1955, 502; BGHSt 37, 289 (292).

²⁰ *Diemer* (Fn. 19), § 34 Rn. 6; *Burkert*, Die besondere Problematik der Täterschaft und Teilnahme im Bereich der ungenehmigten Ausfuhr gemäß § 34 AWG, 2007, S. 63 u. 126 f.; *dies.*, AW-Prax 2008, 105 (109); *Haase*, in: Hocke/Berwald/Maurer/Friedrich, Außenwirtschaftsgesetz – Gesetze, Verordnungen, Erlasse mit Kommentar, Bd. 1, Stand: 70. Erg.-Lfg., September 1997, § 34 4. Anmerkung; *Többens*, Wirtschaftsstrafrecht, 2006, S. 292; *Krach*, Die Europäisierung des nationalen Außenwirtschaftsstrafrechts, 2005, S. 162.

Tat des anderen vorsätzlich und rechtswidrig erfolgt und dass der Teilnehmer selbst im Hinblick auf diese Haupttat, ihre Vollendung und seine Unterstützungshandlung dolos handelt.²¹ Besteht die Unterstützung im Zurverfügungstellen von später ausgeführten Gütern, ist § 34 Abs. 3 AWG als *lex specialis* einschlägig. Anders als bei einer möglichen Beihilfestrafbarkeit wird dem Unterstützenden hier die an sich nach allgemeinen Regeln obligatorische Strafmilderung verwehrt. Die Vorschrift enthält in diesem Sinne einen verselbstständigten Beihilfetatbestand.²² Der Teilnehmer, der ihre Voraussetzungen erfüllt, wird ebenso wie ein Täter bestraft.

Nicht nur im Export-, auch im Inlandsgeschäft bestehen deshalb bei Nichtbeachtung der Vorgaben des Außenwirtschaftsrechts strafrechtliche Risiken. Dabei steht die Inlandslieferung der in § 34 Abs. 1 und 2 AWG bezeichneten Güter zwar nicht unter dem Vorbehalt der Genehmigung. Der Liefernde kann sich aber strafbar machen, wenn sein Vertragspartner die Güter ohne die erforderliche Genehmigung ausführt. Dies gilt auch hier ungeachtet des Umstandes, dass derartige Inlandslieferungen zunächst einmal eine alltägliche und berufstypische Teilnahme am Wirtschaftsverkehr darstellen und für die Straflosigkeit des Liefernden deshalb als „Ausgangsvermutung“²³ der Vertrauensgrundsatz streitet. Wie in den eingangs erwähnten Fallkonstellationen stellt sich die Frage nach der Reichweite des Vertrauensgrundsatzes bzw. den an vorsätzliches Handeln zu stellenden Anforderungen. Ist es für die Strafbarkeit ausreichend, dass der Liefernde die ungenehmigte Ausfuhr seines Kunden für möglich hält, muss sie nach seiner Einschätzung wahrscheinlich sein oder gilt sein möglicherweise naives Vertrauen in die Integrität des Geschäftspartners so lange als schutzwürdig, bis ihm durch besseres Wissen die Grundlage entzogen wird?

Die Problematik verschärft sich noch dadurch, dass die Unterstützung der ungenehmigten Ausfuhr eines anderen – entgegen dem ersten Eindruck – nicht nur bei vorsätzlichem Handeln strafrechtlich riskant sein kann. § 34 Abs. 7 AWG stellt auch eine fahrlässige Ausfuhr der in § 34 Abs. 1 und 2 AWG bezeichneten Güter unter Strafe. Nur auf den ersten Blick erfüllt derjenige, der einem anderen für dessen ungenehmigte Ausfuhr Güter zur Verfügung stellt, diesen Tatbestand nicht. Der nahe liegende Einwand: Der Täter muss die Güter ausführen. Dass aber tut offenbar in eigener Person nicht, wer am Vorgang der Ausfuhr selbst nicht beteiligt ist, sondern nur die Güter zu diesem Zwecke liefert.

Der Schein trägt. Kommt als möglicher Täter des Ausfuhrverstoßes nicht nur der Ausführer im verwaltungsrechtlichen Sinne in Betracht, sondern jeder, der die Ausfuhr – sei es durch die Herrschaft über den Vorgang des Transports

selbst, sei es durch seine Entscheidungsmacht als Geschäftsherr – maßgeblich verantwortet,²⁴ so wird § 34 Abs. 1 AWG in der Sache nicht bloß als Allgemein-, sondern auch als Erfolgsdelikt interpretiert, dessen Voraussetzungen unter der Bedingung täterschaftlichen und vorsätzlichen Handelns auch durch eine mittelbare Verursachung der Ausfuhr verwirklicht werden können. Für den Fahrlässigkeitstatbestand des Abs. 7 kann dann nichts anderes gelten. Die Vorschrift beschränkt sich darauf, abweichend von den Abs. 1 und 2, auch fahrlässiges Verhalten mit – geringerer – Strafe zu bedrohen. Damit wird im Kontext eines Erfolgsdelikts nun allerdings nicht nur die Schwelle der subjektiven Voraussetzungen einer Strafbarkeit herabgesenkt – statt Kenntnis des tatbestandsmäßigen Sachverhaltes reicht dessen Erkennbarkeit.²⁵ Ferner gelten, anders als bei Vorsatzdelikten, nach überwiegender Meinung die Regeln der Einheitstäterschaft, sodass auch eine mittelbare Erfolgsverursachung, die unter dem Gesichtspunkt einer Vorsatztat lediglich eine Strafbarkeit als Teilnehmer begründet, die Voraussetzungen einer täterschaftlichen Begehung des fahrlässigen Delikts erfüllen kann.²⁶

§ 34 Abs. 7 AWG lässt sich deshalb auch wie folgt lesen: Wer fahrlässig die Ausfuhr der in Abs. 1 in Bezug genommenen Güter *verursacht*, wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft. Diese Voraussetzungen kann auch erfüllen, wer durch das Zurverfügungstellen von Gütern (oder auf andere Weise) einem anderen die Ausfuhr dieser Güter nur ermöglicht. Seine Strafbarkeit hängt entscheidend davon ab, ob man sein Verhalten im Hinblick auf die ungenehmigte Ausfuhr als fahrlässig (und hier insbesondere als Eingehung eines rechtlich unerlaubten Risikos)²⁷ zu bewerten hat und sich das unerlaubte Risiko darüber hinaus im Erfolg realisiert. Damit kann ein Verhalten, das unter dem Gesichtspunkt des vorsätzlichen Delikts lediglich als eine straflose Vorbereitung der Ausfuhr zu bewerten wäre, durchaus eine fahrlässige Ausfuhr i.S.d. § 34 Abs. 7 AWG darstellen. Einen

²⁴ Diemer (Fn. 19), § 34 Rn. 6 u. 9.

²⁵ Oben Fn. 12.

²⁶ BGHSt 4, 20 (21); Frister (Fn. 6), 25. Kapitel, Rn. 5; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 10; Kudlich (Fn. 21), § 15 Rn. 72; Joecks (Fn. 21), § 25 Rn. 238.; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 61 VI., S. 655; Roxin (Fn. 9), § 15 Rn. 217; a.A. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 261; Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 34. Lfg., Stand: Oktober 2000, § 25 Rn. 150; zum Streitstand und seinen Bezügen zum extensiven und restriktiven Täterbegriff vgl. auch Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 192-202.

²⁷ Zum Maßstab des rechtlich missbilligten Risikos als Bestandteil des Fahrlässigkeitsvorwurfs: Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 74; Frister (Fn. 6), 10. Kapitel, Rn. 5 ff.; Roxin (Fn. 1), § 11 Rn. 53 ff.; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 7. Abschnitt/Rn. 35 ff.; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 25 ff.

²¹ Zum subjektiven Tatbestand der Beihilfe, insbesondere zu im Gesetz nicht vorgesehenen Voraussetzungen des Vorsatzes der Vollendung der Haupttat, siehe Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 26 Rn. 4; Roxin (Fn. 8), § 26 Rn. 151.; anders die überholte Unrechts- oder Schuldteilnahmetheorie, vgl. Joecks, in: Joecks/Miebach (Fn. 1), Vor §§ 26, 27, Rn. 4 f.

²² Burkert (Fn. 20), S. 86 m.w.N.

²³ Kuhlen (Fn. 2), S. 134.

Wertungswiderspruch begründet dieser Umstand nicht.²⁸ Der Beginn des tatbestandsmäßigen Verhalten ist, wie auch § 22 StGB voraussetzt, stets von der subjektiven Vorstellung des Täters abhängig und muss schon aus diesem Grund bei einem fahrlässigen Delikt anderen Regeln folgen als bei der im objektiven Tatbestand deckungsgleichen Vorsatzstrafat.²⁹

Zusammenfassend ergibt sich: Nicht nur die unmittelbare ungenehmigte Ausfuhr ist strafrechtlich riskant; auch die mittelbare Verursachung der ungenehmigten Ausfuhr durch Förderung eines fremden Ausfuhrverstoßes kann sich als Straftat darstellen. Erfolgt diese im Hinblick auf die ungenehmigte Ausfuhr vorsätzlich, kann zum einen eine strafbare Beihilfe gem. § 34 Abs. 1 AWG i.V.m. § 27 StGB in Betracht kommen; in diesen Fällen ist die Strafe gem. §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Besteht die Förderung im Zurverfügungstellen der Güter, ist § 34 Abs. 3 AWG als *lex specialis* einschlägig. Auf der Grundlage der bei den Fahrlässigkeitsdelikten überwiegend anerkannten Regeln der Einheitstäterschaft kommt subsidiär in beiden Fallkonstellationen eine Strafbarkeit nach § 34 Abs. 7 AWG in Betracht.

Diese Grundsätze gelten, zumindest im Ausgangspunkt, entsprechend für die Förderung einer Tat nach § 34 Abs. 2 AWG und damit auch für die Zulieferungen von Gütern, die wegen einer so genannten Catch-all-Klausel³⁰ im Fall ihrer Ausfuhr einer – freilich kaum jemals denkbaren – Genehmigung bedürfen. Allerdings ist dort zu beachten, dass eine Bestrafung der fahrlässigen Förderung über § 34 Abs. 7 AWG nicht möglich ist, sofern die jeweils als Anknüpfungstat in Bezug genommene Ordnungswidrigkeit ein Sonderdelikt ist, das nur der Ausführender im verwaltungsrechtlichen Sinne verwirklichen kann.³¹

²⁸ Anders Hoyer (Fn. 26), Anhang zu § 16 Rn. 51 ff., 61; im Ergebnis ebenso im Hinblick auf die problematische Rechtsfigur der so genannten *actio libera in causa* Hettinger, Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit, 1988, S. 439 ff. (S. 456), der in Bezug auf die von ihm behandelten Problemkonstellation meint, wer trinkt, verletzt oder töte nicht (und zwar weder vorsätzlich noch fahrlässig), weshalb er mit Blick auf die hier vorliegende Fallkonstellation wohl annähme, dass der Liefernde weder vorsätzlich noch fahrlässig ausführe.

²⁹ Zur Relativität des Anfangs der tatbestandsmäßigen Handlung bei den Erfolgsdelikten (und der daraus folgenden Beliebigkeit des Tatherrschaftskriteriums) Rotsch (Fn. 26), S. 291 f.; zum Einfluss der Tätervorstellung auf die Bestimmung des Beginns der tatbestandsmäßigen Handlung von Erfolgsdelikten Frister (Fn. 6), 23. Kapitel Rn. 27 (für vorsätzliches Handeln) und 12. Kapitel, Rn. 11 (für fahrlässiges Handeln).

³⁰ Sog. Catch-all-Klauseln begründen die Genehmigungspflicht der Ausfuhr nicht-gelisteter Güter, wenn entweder der Ausführende bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen Kenntnis von einem bestimmten Verwendungszweck hat oder er von dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) über einen bestimmten Verwendungszweck unterrichtet wurde, vgl. etwa §§ 5c, 5d AWV.

³¹ Burkert, AW-Prax 2008, 457 (461 f.).

2. Notwendigkeit einer „Exportkontrolle“ bei Inlandslieferungen?

Was folgt aus alledem? Unternehmen müssen unter dem Gesichtspunkt der Einhaltung außenwirtschaftsrechtlicher Regelungen vorsorglich nicht nur Geschäfte mit Auslandsbezug, sondern auch das Inlandsgeschäft als sensitiv einstufen, sofern eine Ausfuhr der entsprechenden Güter nach den Vorgaben des Außenwirtschaftsgesetzes genehmigungsbedürftig wäre. Die Liste der möglichen Geschäftsvorfälle fällt dabei lange und wegen des dynamischen Verweises auf ständig aktualisierte Verordnungen unübersichtlich aus. Von vielen Unternehmen dürfte das Inlandsgeschäft allerdings noch gar nicht als Risikofaktor erkannt worden sein. Dabei scheint es zu beruhigen, dass auch die Staatsanwaltschaften das Inlandsgeschäft offenbar noch nicht in nennenswertem Umfang als Quelle möglicher Ermittlungsverfahren in den Blick genommen haben.

Das kann verschiedene Gründe haben. Zunächst ist es kein Geheimnis, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte die Folgen ausufernder Strafvorschriften – zu denen auch die des Außenwirtschaftsstrafrechts zählen – kaum noch bewältigen können. Knappe Ressourcen führen zwangsläufig zu einer Beschränkung der Strafverfolgung auf besonders schwerwiegende Fälle. Lieferungen im Inland dürften darunter nur fallen, wenn sie auf einem kollusiven Zusammenwirken mit dem Ausführenden beruhen. Eine knappen Ressourcen geschuldete Selbstbeschränkung der Strafverfolgungsbehörden minderte das Strafverfolgungsrisiko freilich nicht verlässlich. Niemand kann sich erfolgreich dagegen zur Wehr setzen, dass in seinem Fall ausnahmsweise doch ein weniger schwerwiegender, aber nach dem Gesetz strafbarer Fall zur Anklage gebracht wird. Eine sachgerechte Risikovorsorge darf sich deshalb nicht auf die Verhinderung gravierender Fälle beschränken.

Denkbar ist aber auch, dass in der Rechtspraxis eine intuitive Anwendung des Vertrauensgrundsatzes dazu führt, Inlandsgeschäfte überhaupt nur dann als strafbare Beteiligung an der ungenehmigten Ausfuhr des Belieferten einzuordnen, wenn sich geradezu aufdrängt, dass der Kunde die gelieferten Güter ungenehmigt ausführen wird. Fälle dieser Art werden im Alltagsgeschäft eher selten sein, weil niemand Nachforschungen darüber anstellen muss, zu welchem Zweck der Kunde die Lieferung bestimmter Güter wünscht. Darüber hinaus wird der Geschäftspartner schon zur Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen oftmals kein Interesse daran haben, die weitere Verwendung offen zu legen. Angesichts dieser Erklärungsmöglichkeit für die praktische Bedeutungslosigkeit des § 34 Abs. 3 AWG in der Strafverfolgungspraxis ist zu fragen, in welchem Umfang der strafrechtliche Vertrauensgrundsatz Einschränkungen des Strafbaren in der Fallgruppe des Zurverfügungstellens rechtfertigt. Dieses Problem stellt sich – nach traditioneller Dogmatik – im Fall der Teilnahmestrafbarkeit unter dem Gesichtspunkt der Voraussetzungen des Gehilfen-Vorsatzes.³² Soweit subsidiär auch eine

³² Auf der Grundlage der Lehre von der objektiven Zurechnung, die von der Strafrechtswissenschaft inzwischen auch als einschränkende Voraussetzung von Vorsatzstrafataten aner-

fahrlässige Tat nach § 34 Abs. 7 AWG in Betracht gezogen werden muss, ist das Problem bei der Konturierung des Maßstabes der Sorgfaltswidrigkeit zu verorten.

Wenn im Folgenden eine einschränkende Auslegung bei der Voraussetzungen befürwortet wird, ist allerdings stets im Blick zu behalten, dass diese Auslegung, zumindest im Kontext der hier in Rede stehenden Vorschriften, höchststrichterlich noch nicht erprobt wurde. Ein unternehmensinternes Risikomanagement sollte sich an diesen Erwägungen deshalb – derzeit – noch nicht orientieren. Schließlich sei vorab noch einem weiteren möglichen Missverständnis begegnet. Der Versuch, einer extensiven Anwendung der in vorliegendem Zusammenhang in Betracht kommenden Straftatbestände durch restriktive Auslegung beizukommen, bedeutet nicht, dass eine Vernachlässigung der Kontrolle bei Inlandsgeschäften gutgeheißen würde. Im Gegenteil: Falls die hier angesprochenen Fallkonstellationen im Rahmen strafrechtlicher Risikovorsorge in Unternehmen noch nicht in Blick genommen werden, besteht dringender Handlungsbedarf. Die folgenden Ausführungen befassen sich der Einfachheit halber zunächst nur mit der von § 34 Abs. 3 AWG bezeichneten Fallgruppe des Zurverfügungstellens.

III. Der Inhalt des Vertrauensgrundsatzes bei den von § 34 Abs. 3 AWG erfassten Geschäftsvorfällen

1. Die subjektiven Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 AWG

Der Vorsatz muss sich bei § 34 Abs. 3 AWG, soweit man nach zutreffender, aber nicht gänzlich unbestrittener Ansicht³³ als Bezugspunkt der Förderungshandlung eine vorsätzliche rechtswidrige Tat nach § 34 Abs. 1 und 2 AWG verlangt, sowohl auf diese Tat und deren Vollendung als auch auf die Handlung des Zurverfügungstellens beziehen. Da das Gesetz keine besondere Form des Vorsatzes verlangt, ist nach allgemeinen Regeln³⁴ bedingter Vorsatz ausreichend³⁵, bei dem die Kenntnis des tatbestandsmäßigen Sachverhalts schon

kannt wird (dazu nur *Frister* [Fn. 6], 10. Kapitel Rn. 1 ff.), ist die Konturierung des Vertrauensgrundsatzes auch bei vorsätzlichem Handeln ein Problem der Maßstäbe der unerlaubten Risikoschaffung; siehe dazu *Frister* (Fn. 6), 10. Kapitel Rn. 11; *Roxin* (Fn. 1), § 24 Rn. 21; *Jakobs* (Fn. 27), 7. Abschn./Rn. 51.

³³ Anders *Meine*, in: Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, Bd. 2, Teil 3, § 22 II. Rn. 34: „Nicht erforderlich [...] ist eine [...] strafbare Ausfuhr-Haupttat“; *ders.*, *wistra* 1996, 41 (45). Dagegen mit Recht *Burkert* (Fn. 20), S. 94 ff.

³⁴ *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 1), § 15 Rn. 88; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 15 Rn. 5; *Lackner/Kühl* (Fn. 21), § 15 Rn. 28; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 15 Rn. 19; *Weber*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 20 Rn. 48.

³⁵ *Harder*, in: Wabnitz/Janowsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, 21. Kapitel Rn. 36; *Lübbig*, Die Verfolgung illegaler Exporte, 1996, S. 193 m.w.N.

dann bejaht wird, wenn der Täter seine Verwirklichung bei der Vornahme der Tathandlung für möglich hält.³⁶ Darüber hinaus verlangt bekanntlich insbesondere die Rechtsprechung, dass er die Tatbestandsverwirklichung im Rechtssinne billigend in Kauf nimmt³⁷, sich also um des erstrebten Zieles willen zumindest mit ihr abfindet.³⁸

Angesichts der fehlenden Trennschärfe dieses voluntativen Vorsatzelementes³⁹, ist ein Verhalten, unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Strafbarkeit nach § 34 Abs. 3 AWG, praktisch als potenziell riskant zu bewerten, wenn Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass die spätere Ausfuhrhandlung den Tatbestand des § 34 Abs. 1 AWG verwirklichen wird. Ob im konkreten Einzelfall die Schwelle zur Strafbarkeit überschritten wird, hängt von der Beantwortung der Frage ab, wann bei einer Inlandslieferung der in § 34 Abs. 1 und 2 AWG bezeichneten Güter von einem zumindest bedingt vorsätzlichen Handeln im Hinblick auf eine spätere ungenehmigte Ausfuhr ausgegangen werden kann. Dabei dürfte unstrittig sein, dass allein die stets bestehende theoretische Möglichkeit einer späteren ungenehmigten Ausfuhr nicht ausreichend sein kann, vorsätzliches Handeln zu bejahen.⁴⁰ Das allgemeine Risiko rechtswidrigen Verhaltens anderer Personen muss bei der Organisation des eigenen Verhaltens nicht in Rechnung gestellt werden. Darüber hinaus ist, abgesehen von den hier nicht relevanten Fällen einer entsprechenden Rechtspflicht, niemand gehalten, Nachforschungen anzustellen, um sich eine bessere Kenntnis der Sachlage zu verschaffen.

Vorsätzliches Handeln bzgl. eines späteren rechtswidrigen Verhaltens anderer Personen setzt also mindestens die Kenntnis konkreter, im Einzelfall bestehender Umstände voraus, ohne dass der Liefernde die Einzelheiten der späteren Haupttat zu kennen bräuchte. Andererseits wäre es mit der gegenwärtigen gesetzgeberischen Konzeption des § 34 Abs. 3 AWG nicht vereinbar, wollte man aus dem Vertrauensgrundsatz folgern, dass eine Strafbarkeit im Fall des inländischen Zurverfügungstellens nur bei sicherem Wissen der späteren ungenehmigten Ausfuhr oder Verbringung in Betracht kommt.

Soweit das Bundesverfassungsgericht die berufstypische Entgegennahme des Verteidigerhonorars – entgegen der gesetzlichen Konzeption des Geldwäschetatbestandes⁴¹ – nur dann als strafbare Handlung bewertet, wenn der Verteidiger sichere Kenntnis von der Herkunft des bemakelten Geldes

³⁶ BGHSt 7, 363 (368); 21, 283 (285); 36, 1 (9); *Cramer/Sternberg-Lieben* (Fn. 1), § 15 Rn. 72; *Jescheck/Weigend* (Fn. 26), § 29 III., S. 300.

³⁷ BGHSt 7, 363 (369); 21, 283 (285); 36, 1 (9).

³⁸ BGH, Urt. v. 18.10.200 – 3 StR 226/07, Rn. 10 m.w.N.

³⁹ Richtigerweise ist ein solches gar nicht anzuerkennen, vgl. *Freund* (Fn. 27), § 7 Rn. 58 ff.; *Frister* (Fn. 6), 11. Kapitel, Rn. 24 ff. m.w.N.

⁴⁰ Vgl. dazu – ohne Bezug zum Außenwirtschaftsstrafrecht – *Rackow* (Fn. 1), S. 96 f. m.w.N.

⁴¹ Das Gesetz verlangt in diesem Fall noch nicht einmal bedingten Vorsatz, sondern lässt leichtfertiges Handeln ausreichen; kritisch deshalb *Fischer*, NSTz 2004, 473 (477).

hat, beruht dies auf einer verfassungskonformen Auslegung des § 261 StGB. Zu ihr sah sich der *Zweite Senat* des Bundesverfassungsgerichts veranlasst, weil ein Strafverteidiger berufsbedingt Geschäftsbeziehungen zu Personen eingeht, bei denen von vornherein ein erhöhtes Risiko besteht, dass Teile ihres Vermögens aus Straftaten stammen. Ließe man für seine Strafbarkeit ausreichen, dass er mit der Möglichkeit rechnet, das von ihm angenommene Honorar stamme aus einer geldwäschetauglichen Katalogtat, würde nicht nur die durch Art. 12 GG geschützte freie Entscheidung zur Übernahme eines Mandats, sondern auch das verfassungsrechtlich verbürgte Institut der Wahlverteidigung in weiten Bereichen gefährdet. Ein Vertrauensverhältnis zum Mandanten ließe sich bei realistischer Betrachtung jedenfalls dann nicht aufbauen, wenn dieser den Vorwurf bestreitet und der Verteidiger bei der Frage seiner Honorierung seine Schuld unterstellen müsste.⁴²

Vergleichbar gewichtige Gründe streiten im vorliegenden Fall nicht für eine einschränkende Auslegung des § 34 Abs. 3 AWG. Dem Rechtsanwender ist es deshalb verwehrt, die Wertentscheidung des § 34 Abs. 3 AWG zu korrigieren, nach der bedingter Vorsatz für die Strafbarkeit ausreicht und sicheres Wissen von der ungenehmigten Ausfuhr oder Verbringung durch den Haupttäter gerade nicht verlangt werden kann.⁴³ Gute Gründe sprechen aber dafür, die subjektiven Voraussetzungen im Rahmen des vom Gesetzgeber ermöglichten Spielraumes auch hier restriktiv zu fassen. Dann reichte, anders als im eingangs erläuterten Beispiel des Küchengehilfen, nicht schon die Kenntnis konkreter Umstände aus, um einen auf die Haupttat bezogenen Vorsatz zu bejahen. Vielmehr wäre das Wissen um solche Anhaltspunkte erforderlich, die eine ungenehmigte Ausfuhr oder Verbringung durch den Kunden überaus wahrscheinlich machen.⁴⁴ Dies entspräche den Grundsätzen, die der Bundesgerichtshof im Fall der möglichen Strafbarkeit von Bankmitarbeitern wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung ihrer Kunden für sachgerecht hält. Bedauerlicherweise hat der erkennende *5. Strafsenat* diese Leitlinien nur für den Regelfall anerkannt und zugleich offen gelassen, wann eine Ausnahme vorliegt. Es sprechen aber gewichtige Argumente dafür, die in dieser Entscheidung aufgestellten Kriterien auf die hier behandelte Fallgruppe zu übertragen:

Das außenwirtschaftsrechtliche Verbot der Ausfuhr ohne Genehmigung bezweckt die Kontrolle eines im Allgemeinen sozialadäquaten Verhaltens. Die Strafbarkeit knüpft, in ver-

waltungsrechtlichen Kategorien⁴⁵, an präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt an.⁴⁶ Der Verwaltung wird dadurch die Möglichkeit eingeräumt, ein grundrechtlich geschütztes Verhalten⁴⁷ im Einzelfall zu kontrollieren, um die Einhaltung materiell-rechtlicher Vorschriften zu sichern. Das Verbot der Ausfuhr bzw. Verbringung steht lediglich unter dem Vorbehalt der Genehmigung. Bei positivem Ausgang der Kontrolle muss diese erteilt werden. Die Teilnahme am Außenwirtschaftsverkehr ist damit verfassungsrechtlich geschützte Grundrechtsausübung. Das Unrecht der ungenehmigten Ausfuhr bzw. Verbringung wird allein durch das Fehlen der Genehmigung begründet.

Auch die Tathandlung des § 34 Abs. 3 AWG – das Zurverfügungstellen der Güter – ist zunächst einmal zulässige Grundrechtsausübung. Anders als im Fall der Ausfuhr hat der Gesetzgeber noch nicht einmal ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für erforderlich gehalten. Dass er sich damit denkbarer Überwachungsmöglichkeiten begibt, ist unter dem Gesichtspunkt der Effektivität der Exportkontrolle sachgerecht. Ihm bleibt immer noch die Möglichkeit, die Ausfuhr selbst zu untersagen. Das Fehlen eines verwaltungsrechtlichen Genehmigungsvorbehalts erklärt sich damit in diesen Fällen aus einer fehlenden *Kontrollbedürftigkeit*.

Verwehrt man nun aber Privaten die Lieferung der entsprechenden Güter, sobald die nicht nur theoretische Möglichkeit der späteren ungenehmigten Ausfuhr besteht, bürdet man ihnen im Ergebnis in weitem Umfang eine Exportkontrolle im Inlandsgeschäft auf, zu der der Staat selbst keine Veranlassung sieht. Zugleich gibt es kein Verfahren, mit dessen Hilfe sich Private – durch Einholung einer Genehmigung für die Inlandslieferung – der Zulässigkeit ihres Verhaltens bei der Verwaltung versichern könnten. Die Verwaltung würde auf die Redlichkeit des potenziellen Ausführers vertrauen, dem Privaten bliebe dieses aber von Rechts wegen versagt. Deshalb ist es sachgerecht, vorsätzliches Handeln im Rahmen des § 34 Abs. 3 AWG – und folgerichtig auch bei sonstigen, nach allgemeinen Regeln strafbewehrten Förderungshandlungen – nur zu bejahen, wenn der Täter Kenntnis von Umständen hat, die es im konkreten Fall überaus wahrscheinlich machen, dass sein Kunde die gelieferten Güter ohne Genehmigung ausführt. Sofern sich ein solcher Verdacht nicht aufdrängt, sollte sich jeder darauf berufen können, er habe auf das rechtmäßige Verhalten seines Kunden vertrauen dürfen.

2. Die Voraussetzungen des Fahrlässigkeitsvorwurfs nach § 34 Abs. 7 AWG bei Beteiligung an der ungenehmigten Ausfuhr eines anderen

Akzeptiert man im Rahmen der subjektiven Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 AWG die vorstehend erläuterte Konturierung des Vertrauensgrundsatzes, so muss Entsprechendes für die Auslegung des Sorgfaltsmaßstabes bei einer subsidiär in Betracht kommenden Strafbarkeit wegen der fahrlässigen Verursachung einer ungenehmigten Ausfuhr durch Zurverfü-

⁴² BVerfGE 110, 226 (254 ff.) = NJW 2004, 1305 (1308 ff.).

⁴³ Für eine Geltung der allgemeinen Regeln auch *Kudlich* (Fn. 1), S. 474.

⁴⁴ In diesem Sinne auch *Frisch*, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S. 539 ff. (S. 551), der unter Bezugnahme auf Notstandsregeln allgemein eine sehr nahe liegende Möglichkeit verlangen will, soweit – wie in der hier behandelten Fallgruppe – kein deliktischer Sinnbezug gegeben ist, d.h. das Handeln nicht nur als Förderung einer Straftat sinnvoll gedeutet werden kann (a.a.O., S. 545).

⁴⁵ Vgl. dazu *Bogdandy*, *VerwArch* 83 (1992), 53 (67 f.).

⁴⁶ BGH *wistra* 2003, 65 (66).

⁴⁷ BVerfGE 91, 148 (164).

gungstellung gelisteter Güter gem. § 34 Abs. 7 AWG gelten. Hier ist dann zwar nicht die Kenntnis, aber die Erkennbarkeit von Umständen zu verlangen, aufgrund derer sich der Verdacht aufdrängt, dass die Güter vom Vertragspartner ohne Genehmigung aus dem deutschen Wirtschaftsgebiet exportiert werden. Im Ergebnis ist deshalb in der von § 34 Abs. 7 AWG auch erfassten Fallgruppe des Zurverfügungstellens von Gütern leichtfertiges Handeln des Liefernden zu verlangen.

Die praktische Bedeutung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach § 34 Abs. 7 AWG dürfte vor diesem Hintergrund auf Fallkonstellationen beschränkt sein, in denen der Täter sich über die Listung eines Gutes und infolgedessen überhaupt über die Genehmigungsbedürftigkeit im Irrtum befindet. Im außenwirtschaftsrechtlichen Schrifttum ist die Auffassung verbreitet, dass ein solcher Irrtum als Tatbestandsirrtum zu werten ist und den Vorsatz ausschließt.⁴⁸ Der Bundesgerichtshof stimmt dem jedenfalls für die Fälle zu, in denen die Genehmigung, wie hier, nur die Kontrolle eines im Allgemeinen sozialadäquaten Verhaltens bezweckt und das Unrecht des Verhaltens allein durch das Fehlen der Genehmigung begründet wird.⁴⁹ Ob dem beizupflichten ist, muss an dieser Stelle dahinstehen. Gleichwohl soll nicht unerwähnt bleiben, dass diese im Nebenstrafrecht verbreitete Einschätzung mit den im Kernstrafrecht für sachgerecht gehaltenen Grundsätzen nicht ohne weiteres zur Deckung zu bringen ist.⁵⁰

III. Ausblick

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Unternehmen müssen nicht nur im Fall eigener Ausfuhr, sondern auch im Inlandsgeschäft außenwirtschaftsstrafrechtlichen Risiken vorbeugen. Sobald konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein inländischer Abnehmer die in § 34 Abs. 1 und 2 AWG bezeichneten Güter ungenehmigt aus dem deutschen Wirtschaftsgebiet ausführen wird, sind die entsprechenden Geschäftsvorfälle unter dem Gesichtspunkt einer Strafbarkeit nach § 34 Abs. 3 AWG – und hilfsweise auch einer möglichen Strafbarkeit nach § 34 Abs. 7 AWG – potenziell riskant. Dabei ist es nahe liegend, aber höchststrichterlich noch nicht entschieden, bei der Beurteilung des Vorsatzes bzw. des anzulegenden Sorgfaltsmaßstabes strenge Anforderungen anzulegen. Die Strafbarkeit setzt dann voraus, dass dem Täter Umstände bekannt oder erkennbar waren, aufgrund derer sich der Verdacht einer ungenehmigten Ausfuhr durch den Abnehmer aufdrängt.

⁴⁸ Röhrling, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, S. 268; Diemer (Fn. 19), § 34 AWG Rn. 28; John, in: Hohmann/ders. (Hrsg.), Ausfuhrrecht, Kommentar, 2000, § 34 AWG Rn. 88; Bieneck, in: Wolfgang/Simonsen (Hrsg.), Kommentar für das gesamte Außenwirtschaftsrecht, Bd. 2, 13. Lfg., 2007, § 34 AWG Rn. 27.

⁴⁹ BGH wistra 2003, 65 (66).

⁵⁰ Vgl. zu der Diskussion statt vieler Roxin, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 375 ff. m.w.N.

Auch bei einer derart restriktiven Auslegung der betreffenden Strafvorschriften ist es für Unternehmen allerdings unumgänglich, im Inlandsgeschäft entsprechenden Strafbarkeits- und Strafverfolgungsrisiken vorzubeugen. Dabei besteht die Schwierigkeit, dass riskante Fälle nur dann als solche erkannt werden können, wenn das gesamte Inlandsgeschäft in den Blick genommen wird. Dazu besteht angesichts der möglicherweise schwerwiegenden Folgen (etwa der Anordnung des Verfalls gem. §§ 73 Abs. 1, 3 StGB), die Unternehmen bei normwidrigem Verhalten ihrer Mitarbeiter treffen können, durchaus Veranlassung. Dass eine solche Risikoversorge erheblichen Verwaltungsaufwand zur Folge hat, kann angesichts der gegenwärtigen Rechtslage nur konstatiert werden, ist angesichts entgegenstehender gesetzlicher Wertung aber kein hinreichender Grund, die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz in noch größerem Umfang zuzulassen.

Ob eine entsprechende Risikoversorge vom Gesetzgeber intendiert war, ob er diese Notwendigkeit überhaupt im Blick gehabt hat, ist allerdings zu bezweifeln. Die Gesetzesmaterialien zu § 34 Abs. 3 AWG legen nahe, dass die Fallkonstellation des Zurverfügungstellens eigentlich nur im Fall des kollusiven Zusammenwirkens mit dem Ausführenden als strafwürdig angesehen wurde. Dort heißt es wörtlich: „Mit der neuen Vorschrift des Absatzes 3 sollen illegale Exporte über Strohänner und ähnliche Konstruktionen unter Strafe gestellt werden, in denen z. B. ein Unternehmen innerhalb eines Wirtschaftsgebietes einem anderen Unternehmen die in Absatz 1 oder 2 bezeichneten Waren liefert, wobei das Lieferunternehmen sowohl von der fehlenden oder erschlichenen Ausfuhrerlaubnis bei dem belieferten Unternehmen als auch von dessen Vorhaben Kenntnis hat.“⁵¹

Man reibt sich bei der Lektüre verwundert die Augen. Waren entsprechend illegale Exporte über Strohänner bis zur Einführung des § 34 Abs. 3 AWG wirklich nicht strafbar? Strafbarkeitslücken haben, wie Burkert in ihrer Dissertationschrift⁵² eingehend nachgewiesen hat, auch vor der Einführung des § 34 Abs. 3 AWG in Wahrheit nicht bestanden. Bei den in der Gesetzesbegründung geschilderten Sachverhalten ist ungeachtet dieser Vorschrift selbstverständlich zumindest eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur ungenehmigten Ausfuhr des Belieferten begründet, bei der allerdings – im Unterschied zur jetzigen Regelung – die Strafe entsprechend den allgemeinen Vorschriften obligatorisch gemildert werden muss. Soweit die in Rede stehenden Taten keine Sonderdelikte sind, kann man in diesen Fällen sogar an eine gemeinschaftliche Begehung i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB denken. Bekanntlich verlangt die Rechtsprechung für eine mittäterische Zurechnung fremden Verhaltens auch in anderen Fällen nicht, dass jeder Mittäter notwendig an der Ausführungshandlung, hier dem Ausfuhrvorgang, mitgewirkt hat.⁵³

Es stellt sich deshalb die Frage, ob hinsichtlich der Fallgruppe des Zurverfügungstellens nicht in einem anderen Sinne Regelungsbedarf bestanden hätte und auch heute noch besteht. Gewiss ist man sich darüber einig, dass bei kollusi-

⁵¹ BT-Drs. 12/1134, S. 9. Hervorhebung durch Verf.

⁵² Burkert (Fn. 20), S. 125 ff.

⁵³ Siehe oben Fn. 19.

vem Zusammenwirken mit dem Ausführer schon das Zurverfügungstellen der von § 34 Abs. 1 und Abs. 2 AWG bezeichneten Güter strafwürdig ist. Weiterhin erscheint es durchaus sachgerecht, dieses Verhalten – auch wenn eine mittäter-schaftliche Zurechnung der Ausfuhr im Einzelfall ausscheiden mag – ohne obligatorische Strafmilderung ebenso zu ahnden wie die Ausfuhr selbst. Kollusives Zusammenwirken setzt aber notwendig Wissen um das Vorhaben des Partners voraus. Soweit man für die Strafbarkeit des Liefernden weniger verlangt,bürdet man dem Wirtschaftsverkehr eine schon wegen des erheblichen Verwaltungsaufwandes nicht wünschenswerte Exportkontrolle im Inlandsgeschäft auf.

Ließe sich über die vorgenannten Wertungen Einigkeit erzielen, so böte sich nachfolgende Neufassung des § 34 Abs. 3 AWG an: „Ebenso wird bestraft, wer *zur Förderung einer Tat nach Abs. 1 oder 2* die Güter zur Verfügung stellt.“ Damit wäre für die Fallgruppe des Zurverfügungstellens sichergestellt, dass Inlandslieferungen strafrechtlich nur unter der Voraussetzung riskant sind, dass sie in der Absicht oder in der sicheren Voraussicht der Förderung einer ungenehmigten Ausfuhr erfolgen. Die aus einer solchen Vorschrift folgenden Strafbarkeitsrisiken sind legitim, und der Aufwand zu ihrer Beherrschung wäre überschaubar. Des Weiteren folgte aus der vorgeschlagenen Neufassung des § 34 Abs. 3 AWG die Notwendigkeit, im Wege der systematischen Auslegung entsprechende Vorsatzanforderungen für eine Strafbarkeit von anderweitigen Förderungshandlungen gem. § 34 Abs. 1, 2 AWG i.V.m. § 27 StGB zu verlangen, und entsprechende Maßstäbe bei der Bestimmung des unerlaubten Risikos im Rahmen des § 34 Abs. 7 AWG anzulegen.

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Zum Vermögensnachteil bei betrügerisch veranlasstem Eingehen eines Risikogeschäfts

1. Beim betrügerisch veranlassten Eingehen eines Risikogeschäfts – mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr – ist zur Feststellung des Schadens auf den unmittelbar mit der Vermögensverfügung des Geschädigten eingetretenen Vermögensnachteil abzustellen. Allein hierauf muss sich das voluntative Element des Vorsatzes beim Täter beziehen. Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens kommt es insoweit nicht an.

2. Der mit der Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden ist durch das Verlustrisiko zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt. Dies stellt hinsichtlich des Straftatbestands einen endgültigen Schaden dar und nicht nur eine (schadensgleiche) Vermögensgefährdung. Die Höhe des Vermögensnachteils zum Zeitpunkt der Verfügung ist nach wirtschaftlichen Maßstäben zu bewerten. Ist eine genaue Feststellung zur Schadenshöhe nicht möglich, sind hierzu Mindestfeststellungen zu treffen. Dies kann durch Schätzung geschehen. Dem Tatrichter steht dabei ein Beurteilungsspielraum zu. (Amtliche Leitsätze)

StGB § 263

BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08¹

I. Mit dem Beschluss des *1. Strafsenats* vom 18.2.2009 liegt eine weitere Entscheidung vor, in der der BGH Abschied von der (schadensgleichen) Vermögensgefährdung nimmt und betont, dass im zu beurteilenden Fall ein endgültiger Schaden eingetreten sei. Auch der *2. Senat* hat in der „Siemens“-Entscheidung hervorgehoben, dass durch das Bilden einer „schwarzen Kasse“ nicht nur eine Gefährdung des Vermögensbestands des Berechtigten eintrete, sondern ein endgültiger Vermögensverlust.² Das ist insofern bemerkenswert, als noch in der „Kanter“-Entscheidung von der konkreten, vom Berechtigten nicht mehr zu kontrollierenden Möglichkeit des endgültigen Vermögensverlusts durch die Bildung „schwarzer Kassen“ die Rede war,³ was allerdings zur Begründung eines Vermögensschadens als ausreichend angesehen wurde.

In der nunmehr vorliegenden Entscheidung stellt der *1. Strafsenat* fest, dass beim Eingehen von Risikogeschäften nichts anderes gelte.⁴ Ein Schaden i.S.v. § 263 StGB trete ein, wenn die Vermögensverfügung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führe.⁵ Auch bei Risikogeschäften sei mit der Vermögensverfügung

bei Saldierung der Vermögenslage vor und nach der Verfügung ein Schaden unmittelbar eingetreten.⁶ Mit dem Eingehen eines Risikogeschäfts mit einer nicht mehr vertragsimmanenten Verlustgefahr gehe ein unmittelbarer Wertverlust, eine Vermögenseinbuße, einher.⁷

Ist das richtig, dann entfällt in einem zweiten Schritt auch eine mögliche Folgewirkung im subjektiven Tatbestand: Der *2. Senat* hatte in der „Kanter“-Entscheidung zur Einschränkung des Untreuetatbestandes bei *dolus eventualis* in Bezug auf einen Gefährdungsschaden verlangt, dass sich der bedingte Vorsatz nicht nur auf die Gefahr bezieht, sondern auch die Billigung der Realisierung dieser Gefahr umfasst.⁸ Der *1. Strafsenat* formuliert hier genau umgekehrt: Auf die Billigung eines eventuellen Endschadens komme es nicht an. Werden bei § 263 und bei § 266 StGB ggf. überhaupt keine Risikoschäden mehr anerkannt, sondern nur noch echte, endgültige Schäden, ist der Streit der *Senate* über die Notwendigkeit der Billigung eines Endschadens damit insgesamt hinfällig.

II. Schaut man auf den 2. Leitsatz des vorliegenden Beschlusses, so scheint dieser Abschied vom Risikoschaden auf den ersten Blick allerdings wenig einleuchtend, sondern eher eine Mogelpackung zu sein. Der *1. Senat* formuliert dort, dass „der mit einer Vermögensverfügung unmittelbar eingetretene Vermögensschaden durch das Verlustrisiko [Hervorhebung durch Verf.] zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung bestimmt [sei]“. „Hinsichtlich des Straftatbestands“ stelle dies aber einen endgültigen Schaden dar und nicht nur eine schadensgleiche Vermögensgefährdung. Das lässt den Verdacht aufkommen, dass nur der Begriff des Gefährdungsschadens vermieden und durch den des endgültigen Schadens ersetzt wird. Der Sache nach wird aber anscheinend nach wie vor das Verlustrisiko als Schaden begriffen.

Während also zuvor das Kind wenigstens noch beim Namen (als Gefährdungsschaden) genannt wurde, erhält es nun auf einmal das Etikett des endgültigen Schadens, obwohl es (nur) ein Verlustrisiko ist.⁹ Mahnt der Begriff des Gefährdungsschadens noch zur Vorsicht, da dadurch eine insbesondere wegen der fehlenden Versuchsstrafbarkeit für § 266 StGB problematische Vorverlagerung des Vollendungszeitpunkts immerhin noch deutlich wird,¹⁰ entfällt diese Funktion durch die Umformulierung zum endgültigen Schaden. Liegt ein Vermögensverlust nur nahe,¹¹ ist aber noch kein unmittelbarer Vermögensabfluss festzustellen,¹² sollte das – so

⁶ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12.

⁷ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 13.

⁸ BGHSt 51, 100 (121, Rn. 63); BGH NStZ 2007, 704 (705); zustimmend der *5. Senat* in NStZ 2008, 455 (456); ablehnend der *1. Strafsenat* in NJW 2008, 2451 (2452); s. dazu *Beulke/Witzigmann*, JR 2008, 430 (434 f.) m.w.N.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd.1, 11. Aufl. 2009, § 18 Rn. 23a f.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 778 m.w.N.

⁹ Vgl. *Beulke/Witzigmann*, JR 2008, 430 (433).

¹⁰ Vgl. *Jahn*, JuS 2009, 174.

¹¹ Vgl. BGHSt 48, 354 (355).

¹² Vgl. *Jahn*, JuS 2009, 174.

¹ Der Beschluss kann auf www.bundesgerichtshof.de im Volltext abgerufen werden.

² BGH NJW 2009, 89 (92).

³ BGHSt 51, 100 (113, Rn. 43).

⁴ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 11 f.

⁵ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 10.

könnte man einwenden – wenigstens terminologisch deutlich bleiben. Es wird geltend gemacht, dass ein Vermögensnachteil vorliegt, wenn geldwerte Güter oder Rechtspositionen definitiv und unwiederbringlich verloren sind; davon soll die bloße (künftige) Möglichkeit eines solchen Verlusts unterschieden werden.¹³ Dann aber wäre es vorzugswürdig, weiterhin von einem Vermögensnachteil in Form einer Vermögensgefährdung zu sprechen.

Wir meinen, dass die soeben formulierten Einwände nicht zutreffen. Die Auffassung des *1. Strafsenats* überzeugt sowohl für den entschiedenen Fall als auch im Hinblick auf die terminologische Verabschiedung des Gefährdungsschadens. Unglücklich ist es allerdings, wenn dem Gefährdungsschaden ein (angeblich) endgültiger Schaden entgegengestellt wird. Denn eine Strafbarkeit wegen Betrugs oder Untreue kann schlechthin nicht voraussetzen, dass ein wirklich „endgültiger“ Vermögensverlust „definitiv und unwiederbringlich“¹⁴ eintritt.

Eine solche Voraussetzung würde so gut wie nie vorliegen. Bis zum Eintritt der Verjährung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche oder eines Untergangs der Ansprüche hat der nach § 263 oder § 266 StGB Geschädigte immer die Chance, dass der bei ihm verursachte Schaden doch noch erfolgreich ausgeglichen werden kann. Selbst bei Verjährung besteht sogar noch die Möglichkeit, dass der Schuldner sich gar nicht darauf beruft. Bestehen solche Ersatzansprüche aber, kann der Schaden nicht endgültig sein, denn es ist möglich, dass der Geschädigte mit Glück erfolgreich gegen den Täter vorgehen kann. Definitiv und unwiederbringlich verloren ist also ein Vermögenswert nicht schon dann, wenn er aus dem Vermögen des Täters abfließt, sondern erst, wenn zudem schlechthin ausgeschlossen ist, dass er in das Vermögen des Täters zurückfließen wird.

Endgültigkeit oder Unwiederbringlichkeit des Schadens in diesem Sinne können aber weder § 263 noch § 266 StGB voraussetzen. Denn dann wäre ein Betrugsschaden deshalb ausgeschlossen, weil der Täter die von ihm durch Täuschung erlangten Vermögenswerte zugunsten seines Opfers wieder verlieren könnte.¹⁵ Man würde sich in einem ewigen Kreis drehen: kein Betrugsschaden wegen vorhandener Schadensersatzansprüche, keine Schadensersatzansprüche wegen fehlendem Schaden. Auch die strafprozessuale Rückgewinnungshilfe nach § 111b Abs. 2, 5 StPO würde bei einem solchen Verständnis leer laufen: Mangels Endgültigkeit des Schadens würde der Anknüpfungspunkt für die Sicherung der Ansprüche des Geschädigten gegen den Beschuldigten fehlen. Die Rückgewinnungshilfe könnte bei Endgültigkeit des Schadens vielmehr erst zu einem Zeitpunkt greifen, in dem von vornherein ihre Erfolglosigkeit feststeht, nämlich wenn die Ansprüche des Geschädigten sicher nicht mehr zu realisieren sind.

Die Möglichkeit also, dass das Opfer die verlorenen Vermögenswerte zurückerhält, kann jedenfalls kein Argument

sein, um einen Schaden auszuschließen. Das heißt aber eben auch, dass ein Schaden i.S. der §§ 263, 266 StGB gerade keine Endgültigkeit voraussetzt.¹⁶ In anderer Formulierung: Die Möglichkeit eines endgültigen Schadens, eine Gefährdung, ist Schaden i.S. dieser Normen. Dann aber muss es erfolglos bleiben, die Endgültigkeit eines Schadens als Abgrenzungskriterium zu bloßen, nicht tatbestandsmäßigen Gefährdungen zu wählen.

Deshalb ist – mit dem *1. Strafsenat* – der Begriff der konkreten, schadensgleichen Vermögensgefährdung entbehrlich.¹⁷ Dieser Terminus leistet im Gegenteil eher dem Missverständnis Vorschub, dass eigentlich doch ein endgültiger Schaden Tatbestandsvoraussetzung der §§ 263, 266 StGB ist,¹⁸ und beschwört die Gefahr herauf, dass ganz abstrakte Risiken künftiger Vermögensverluste ohne viel Federlesens als tatsächlicher Vermögensverlust und als jetziger Schaden angesehen werden.¹⁹ Wenig empfehlenswert ist es damit aber auch, den Begriff des endgültigen Schadens zu verwenden, da Endgültigkeit tatsächlich gar nicht gefordert wird.

Ein Schaden liegt vielmehr erst, aber auch immer schon dann vor, wenn eine Minderung des Vermögens durch eine Verfügung des Getäuschten eintritt, die nicht gleichzeitig durch einen Vermögenszugang wieder ausgeglichen wird. „Die Notwendigkeit, den mit der Vermögensverfügung unmittelbar real eingetretenen Schaden zu bewerten und zu benennen, zwingt [...] zur Klarheit und vermeidet Grenzüberschreitungen“.²⁰ Es reicht nicht aus, dass die Möglichkeit eines (künftigen) Schadens vorliegt, sondern es muss bereits jetzt ein Schaden vorhanden sein.²¹

Andererseits ist die künftige Entwicklung gleichgültig: Liegt zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung eine nicht ausgeglichene Minderung des Vermögens vor, ist es tatbestandlich unerheblich, ob diese Minderung später wieder rückgängig gemacht wird. Wird also ein zu riskantes Darlehen vergeben, liegt der Schaden darin, dass der nicht werthaltige Rückzahlungsanspruch die Minderung des Vermögens durch die Auszahlung des Kredits nicht ausgleicht.²² Wird das Darlehen wider Erwarten doch zurückgezahlt, ändert dies am zeitlich zuvor eingetretenen Schaden nichts.²³ Umgekehrt

¹⁶ Unterschiede zwischen § 263 und § 266 StGB sind insofern nicht auszumachen.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12.

¹⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 15.

¹⁹ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 15; vgl. etwa zum Risiko künftiger Sanktionen BGHSt 51, 100 (117, Rn. 53); Ransiek, NJW 2007, 1727 (1729).

²⁰ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 15.

²¹ Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Bd. 4, § 263 Rn. 718.

²² Beulke/Witzigmann, JR 2008, 430 (433) haben durchaus Recht, dass dies kein endgültiger Schaden ist; der *1. Strafsenat* (BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 12) hat Recht, dass dies aber der tatbestandliche Schaden ist.

²³ Nack, StraFo 2008, 277 (279); Ransiek/Hüls, ZGR 2009, 157 (169). Siehe auch Tiedemann, in: Jähnke/Laufhüt-

¹³ Mansdörfer, JuS 2009, 114.

¹⁴ Mansdörfer, JuS 2009, 114.

¹⁵ Ransiek/Hüls, ZGR 2009, 157 (168).

liegt ein Schaden durch Ausgabe der Darlehensmittel nicht vor, wenn der Rückzahlungsanspruch zu diesem Zeitpunkt werthaltig ist. Unerheblich ist also insofern, ob der Rückzahlungsanspruch später ausfällt. Diese Ergebnisse ergeben sich zwingend aus dem Simultaneitätsprinzip.

Zur Bejahung eines Schadens wird dabei *mehr* vorausgesetzt – so verstehen wir auch den *I. Senat* –, als nur ein nicht näher definierbares, abstraktes und letztlich immer bestehendes Risiko, dass der Darlehensgläubiger mit seinem Rückzahlungsanspruch ausfallen könnte. Das Ausfallrisiko bei Auszahlung des Darlehens muss vielmehr schon so konkret sein, dass der Wert des Rückzahlungsanspruchs *jetzt* gemindert und zu berichtigen ist. Denn grundsätzlich ist eine schuldrechtliche Forderung mit ihrem Nennwert anzusetzen – ansonsten würde jede Geschäftstätigkeit, bei der eine Seite vorleistet, strafrechtlich zu einem Schaden führen.²⁴

III. Betrachtet man den vom *I. Strafsenat* zu beurteilenden Fall, mögen die soeben angestellten Überlegungen sogar fast unnötig kompliziert erscheinen: Der Angeklagte hatte nach den Feststellungen des Tatgerichts aus den abgeurteilten Betrugstaten von verschiedenen Anlegern insgesamt über 21 Mio. € erlangt. Er hatte eine sichere, bankgarantierte, hochrentierliche Geldanlage versprochen. Die von den Anlegern eingezahlten Beträge sollten danach nur als Kapitalnachweis dienen und durften während der gesamten Investitionszeit nicht angetastet werden; monatlich sollten 7% an Verzinsung ausgeschüttet werden. Einem Großanleger versprach der Angeklagte die Rückzahlung der eingezahlten 15 Mio. € nach drei Monaten zuzüglich einer Rendite von 50%. Tatsächlich hatte der Angeklagte aber nicht vor, die erhaltenen Geldmittel gewinnbringend anzulegen. Sie sollten vielmehr zum einen zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwendet werden. Zum anderen sollten nach Art eines Schneeballsystems neu eingehende Gelder eingesetzt werden, um Rendite- und Rückzahlungsforderungen alter Investoren so weit wie möglich zu befriedigen, um diese in Sicherheit zu wiegen und zu weiteren Einzahlungen zu bewegen. Insgesamt schüttete der Angeklagte 7 Mio. € wieder aus, wobei einzelne Anleger damit nicht nur ihr gesamtes Kapital zurückbekamen, sondern auch die versprochenen Erträge ausbezahlt erhielten.

Nach der vom BGH geteilten Bewertung der Strafkammer erlitten die „Investoren“ mit der Einzahlung ihrer Anlagegelder sofort einen endgültigen Schaden in der Gesamthöhe der jeweiligen Anlagesumme. Die Annahme eines tatbestandlichen Schadens (nicht: eines endgültigen Schadens) ist unseres Erachtens völlig zutreffend. Durch die Übertragung von Geldern auf den Angeklagten flossen bei den Anlegern unmittelbar Vermögenswerte ab. Will man einen Schaden trotzdem verneinen, müsste den Anlegern zu diesem Zeitpunkt ein Gegenwert in entsprechender Höhe zugeflossen sein, der die Vermögensminderung ausgleicht.

Den Anlegern stehen vertragliche Ansprüche auf Rückzahlung der hingegebenen Gelder zu. Überlegt man, wie diese Rückzahlungsansprüche gegenüber jemandem, der die

Anleger getäuscht hat und sich dadurch bereichern will, zu bewerten sind, so bleibt nur der Schluss, dass die Rückzahlungsansprüche *keinen* Wert haben.²⁵ Denn es ist allein vom Zufall oder der Willkür des Angeklagten abhängig, welche Anleger zur Aufrechterhaltung des Schneeballsystems Gelder zurückerhalten werden. Sicher ist hier nur, dass jedenfalls nicht alle Anleger ihr Geld zurückerhalten können, da ansonsten der gesamte Plan des Angeklagten nicht aufgehen würde.²⁶ Die Getäuschten haben Vermögenswerte aus der Hand gegeben und dafür nicht werthaltige Rückzahlungsansprüche eingetauscht. Die teilweise Auszahlung von Geldern ist nur (eine im Rahmen der Strafzumessung beachtliche) Schadenswiedergutmachung – die Empfänger haben Glück gehabt. Glück ist aber kein wirtschaftlicher Wert. Gibt man aufgrund einer Täuschung Vermögenswerte hin, ist die unsichere Chance, sie zurück zu erhalten, kein Ausgleich dieser Vermögensminderung, so dass es sich um keine Vermögensgefährdung, sondern um einen „echten“ Schaden handelt.

IV. Unabhängig vom Fall ist eine gewisse Zurückhaltung im Hinblick auf die vom *I. Senat* in Bezug genommenen Bewertungsregeln des Bilanzrechts nahe zu legen.²⁷ Zwar liefert insoweit das HGB Vorgaben, die für die strafrechtliche Beurteilung nutzbar gemacht werden können. Das kann aber nicht heißen, dass strafrechtlich automatisch immer dann, wenn handelsrechtlich eine Wertberichtigung oder Abschreibung vorzunehmen ist, auch eine für §§ 263, 266 StGB hinreichende Vermögensminderung eingetreten ist. Denn aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks – insbesondere wegen des bilanziellen Vorsichtsprinzips des § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB – kann es sein, dass bilanziell bereits zum jetzigen Zeitpunkt Schäden abzubilden sind, die künftig nur vielleicht eintreten werden. Dass bspw. bilanziell eine Rückstellung wegen des Risikos des künftigen Ergehens einer strafrechtlichen Verfallsanordnung zu bilden ist,²⁸ kann nicht wie von selbst begründen, dass das Vermögen bereits jetzt als um die drohende Verfallssumme gemindert anzusehen ist. Eine solche Anordnung darf also nicht nur ganz abstrakt drohen, sondern muss sich bereits durch den wahrscheinlichen Ausgang eines Strafverfahrens konkretisiert haben.²⁹ Ansprüche, deren Durchsetzbarkeit gänzlich unsicher ist, haben keinen wirtschaftlichen Wert. Umgekehrt sind dann Vermögensminderungen, deren Eintritt in der Zukunft gänzlich unklar ist, noch kein aktueller Schaden. Die Gefahr der Überdehnung des Betrugstatbestands (und erst recht des Untreuetatbe-

²⁵ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 18; vgl. BGHSt 51, 10 (15, Rn. 19).

²⁶ Vgl. BGHSt 34, 199 (204).

²⁷ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 13.

²⁸ Vgl. BFH NJW 2000, 3085.

²⁹ Bei Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten (§ 249 Abs. 1 S. 1 HGB) wird allerdings auch verlangt, dass Bestehen oder Entstehen der Verbindlichkeit und die Inanspruchnahme objektiv wahrscheinlich sein müssen. Manche lassen freilich eine „gewisse oder einige“ Wahrscheinlichkeit ausreichen. S. *Baumbach/Hopt/Merkt*, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 33. Aufl. 2008, § 249 Rn. 2.

te/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 246, 212.

²⁴ *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (670).

stands) hin zum Gefährdungsdelikt durch die Einbeziehung nur abstrakter Risiken wird vom *I. Senat* aber gesehen.³⁰

Prof. Dr. Andreas Ransiek, LL.M. (Berkeley), Rechtsreferendar Tilman Reichling, Bielefeld

³⁰ BGH, Beschl. v. 18.2.2009 – 1 StR 731/08, Rn. 15.

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Beweisverwertungsverbot bei Unterbleiben einer „qualifizierten“ Belehrung

1. Wird ein Tatverdächtiger zunächst zu Unrecht als Zeuge vernommen, so ist er wegen des Belehrungsverstoßes (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO) bei Beginn der nachfolgenden Vernehmung als Beschuldigter auf die Nichtverwertbarkeit der früheren Angaben hinzuweisen („qualifizierte“ Belehrung).

2. Unterbleibt die „qualifizierte“ Belehrung, sind trotz rechtzeitigen Widerspruchs die nach der Belehrung als Beschuldigter gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall verwertbar.

3. Neben dem in die Abwägung einzubeziehenden Gewicht des Verfahrensverstößes und des Sachaufklärungsinteresses ist maßgeblich darauf abzustellen, ob der Betreffende nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abzurücken zu können (im Anschluss an BGH, Urt. v. 3.7.2007 – 1 StR 3/07, StV 2007, 450 [452]).

(Amtliche Leitsätze)

StPO § 136

BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08¹

I. Problemstellung

Wird ein Beschuldigter bei seiner Vernehmung nicht gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 StPO darauf hingewiesen, dass er sich nicht zur Sache äußern muss, so ist eine daraufhin erfolgte Aussage nach einhelliger Auffassung, zu der sich der BGH freilich erst relativ spät durchzuringen vermochte,² nicht als Beweismittel verwertbar. Begründet wird dies damit, dass das Recht des Angeklagten, zu schweigen und sich nicht durch eine Aussage selbst zu belasten (nemo tenetur-Grundsatz), zum Kern eines rechtsstaatlichen Verfahrens gehört. Ein Verstoß hiergegen stellt daher einen massiven Eingriff in die Verfahrensgrundrechte des Beschuldigten dar, der dazu führen muss, dass derart gewonnene Aussagen ungeachtet ihrer möglichen Bedeutung für die Ermittlung der materiellen Wahrheit im Verfahren nicht verwertet werden dürfen. Angesichts dessen stellt sich aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichts die Frage, ob sich ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 1 StPO noch auf irgendeine Weise nachträglich korrigieren lässt. Eine naheliegende Möglichkeit besteht darin, den Beschuldigten erneut zu vernehmen und diesmal eine ordnungsgemäße Belehrung vorzunehmen. Der Inhalt der neuerlichen Vernehmung beschränkt sich dabei in der Praxis nicht selten darauf, dass der

Beschuldigte lediglich die in der früheren Vernehmung gemachten Angaben pauschal bestätigt.

Nun gibt es allerdings zahlreiche Stimmen in der Literatur³ aber auch der Rechtsprechung⁴, die bei einem solchen Vorgehen befürchten, dass der Beschuldigte zwar in der zweiten Vernehmung über sein Recht auf Aussage- und Selbstbelastungsfreiheit belehrt wird, er aber von diesem Recht faktisch keinen Gebrauch machen kann. Denn solange er nicht weiß, dass seine frühere Aussage unverwertbar ist und damit im Verfahren so behandelt werden muss, als existiere sie nicht und sei niemals abgegeben worden, wird sich der Beschuldigte inhaltlich womöglich noch an die Angaben aus der früheren Vernehmung gebunden fühlen. Aus Furcht, sich in Widersprüche zu verwickeln oder gegenüber den Vernehmungsbeamten (die zumeist den Inhalt der früheren Aussage genau kennen und möglicherweise sogar deren Protokoll vor sich haben werden) unglaubwürdig zu erscheinen, könnte er daher einem psychischen Druck ausgesetzt sein, seine frühere Aussage einfach zu bestätigen anstatt sie zu korrigieren oder von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Letzteres ergäbe für ihn auch gar keinen Sinn, solange er davon ausgehen muss, dass seine früheren Angaben weiterhin als Beweismittel im Verfahren Verwendung finden können. Daher sei es nicht ausreichend, wenn im Falle einer späteren Vernehmung lediglich nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt wird. Vielmehr soll es nach dieser Ansicht erforderlich sein, dass der Beschuldigte auch explizit darauf hingewiesen wird, dass seine in der früheren Vernehmung getätigte Aussage nicht verwertet werden kann. Unterbleibt eine derartige „qualifizierte“ Belehrung⁵, so wirke der ursprüngliche Verstoß gegen die Belehrungspflicht fort⁶, weil sich der Beschuldigte womöglich an seine zuerst gemachte Aussage gebunden glaubt und damit in seinem Recht auf Aussagefreiheit eingeschränkt ist.

Unterstellt man die Notwendigkeit einer derartigen Pflicht zur qualifizierten Belehrung, so stellt sich darüber hinaus die Frage nach den verfahrensrechtlichen Konsequenzen, wenn

³ Vgl. *Geppert*, in: ders./Dehnicke (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, 1990, S. 93 ff.; *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT, 2008, S. 91; *Neuhaus*, *NStZ* 1997, 312; *Roxin*, *JR* 2008, 16 (18); *Saliger*, *ZStW* 116 (2004), 35 (52 f.).

⁴ AG Tiergarten StV 1983, 277; LG Bad Kreuznach StV 1994, 293; LG Dortmund *NStZ* 1997, 357; AG Neumünster StV 2001, 499; AG München StV 2001, 501.

⁵ Der Begriff geht zurück auf *Schünemann*, *MDR* 1969, 101 (102).

⁶ Eine solche Fortwirkung eines Verfahrensverstößes ist dabei von einer Fernwirkung zu unterscheiden. Eine Fortwirkung liegt vor, wenn die Folgen desselben Verstoßes – hier die Wirkung auf die freie Willensentschließung des Angeklagten bzgl. seines Aussageverhaltens – auch bei einer weiteren Vernehmung anhält. Von Fernwirkung spricht man hingegen dann, wenn die Unverwertbarkeit eines verfahrenswidrig gewonnenen Beweismittels dazu führt, dass auch solche Beweise unverwertbar sind, die erst mittelbar über das inkriminierte Beweismittel gewonnen wurden. Vgl. zu dieser Unterscheidung etwa *Geppert* (Fn. 3), S. 102 ff.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in *NJW* 2009, 1427 und *NStZ* 2009, 281.

² *BGHSt* 38, 214. Gleiches gilt, wenn der Beschuldigte nicht über sein Recht auf Zuziehung eines Verteidigers belehrt wird, *BGHSt* 47, 172.

gegen sie verstoßen wird, insbesondere, ob auch in diesem Fall ein Verwertungsverbot eingreifen soll. Sowohl die Erforderlichkeit einer qualifizierten Belehrungspflicht wie auch die Rechtsfolgen ihrer Nichtbeachtung sind Gegenstand der hier zu besprechenden Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH.

II. Die Entscheidung

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall wurde dem Angeklagten zusammen mit zwei Mitangeklagten versuchter schwerer Raub vorgeworfen. Die Polizei hatte den Angeklagten im Ermittlungsverfahren zunächst lediglich als Zeugen vernommen und daher nicht über seine Beschuldigtenrechte nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt, obwohl zu diesem Zeitpunkt gegen ihn bereits ein Tatverdacht bestand. Im weiteren Verlauf der Ermittlungen wurde der Angeklagte erneut – diesmal als Beschuldigter – von Polizei und Ermittlungsrichter vernommen. Dabei wurde er jeweils nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt. Es erfolgte jedoch kein Hinweis darauf, dass die zuvor als Zeuge gemachten Aussagen unverwertbar waren.

Das Landgericht war im erstinstanzlichen Verfahren davon ausgegangen, dass nach einem entsprechend erfolgten Widerspruch des Angeklagten nicht nur die von ihm als Zeugen gemachten Aussagen nicht als Beweismittel verwertet werden durften, sondern aufgrund des Fehlens einer „qualifizierten“ Belehrung auch die in den späteren Vernehmungen gemachten Angaben.

Der 4. Strafsenat des BGH stellte in seiner Revisionsentscheidung zunächst fest, dass das Landgericht zu Recht davon ausgegangen war, dass die Polizei bei der ersten Vernehmung den Angeklagten bereits als Beschuldigten und nicht lediglich als Zeugen hätte vernehmen müssen. Zu diesem Zeitpunkt bestand gegen den Angeklagten bereits ein eindeutiger Tatverdacht, denn aus von der Polizei ausgewerteten SMS-Nachrichten ergab sich eindeutig, dass der Angeklagte zusammen mit einem weiteren Täter zum Tatzeitpunkt am Tatort anwesend war. Hat sich der Tatverdacht aber bereits derart verdichtet, ist es verfahrensfehlerhaft, wenn die betreffende Person lediglich als Zeuge und nicht als Beschuldigter vernommen wird.⁷ Dieser Verstoß wurde auch nicht dadurch geheilt, dass der Angeklagte im weiteren Verlauf des Verfahrens nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt wurde und danach erneut aussagte. Mangels ordnungsgemäßer Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO waren die in der ersten polizeilichen Vernehmung gemachten Angaben daher unverwertbar.

Was die Verwertbarkeit der Aussagen in den späteren Vernehmungen angeht, so stellt der BGH zunächst fest, dass insoweit eine qualifizierte Belehrung bzgl. der Unverwertbarkeit der zuvor gemachten Angaben erforderlich gewesen wäre.⁸ Dieses Erfordernis leitet er aus der zentralen Bedeutung des nemo tenetur-Grundsatzes ab. Dieser sei Kern eines

fairen Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK. Daher müsse die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form einer „qualifizierten“ Belehrung dagegen treffen, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere Aussage, die unter Verstoß gegen eine Belehrungspflicht zustande gekommen ist, nicht mehr aus der Welt schaffen zu können.⁹

Ein solcher Verstoß gegen eine Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung habe jedoch nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO, der grundsätzlich immer ein Verwertungsverbot nach sich zieht. Daher ist die Frage nach der Verwertbarkeit der weiteren Aussagen im Falle des Fehlens einer qualifizierten Belehrung durch eine Abwägung im Einzelfall zu lösen.¹⁰ Dabei sind das Gewicht des Verfahrensverstößes ebenso wie das Interesse an der Sachaufklärung zu berücksichtigen. Eine maßgebliche Rolle spielt dabei, ob die konkreten Umstände des Einzelfalles darauf hindeuten, dass der Beschuldigte davon ausgegangen ist, von seinen in der früheren Vernehmung als Zeuge gemachten Angaben nicht mehr abrücken zu können. Dies liegt insbesondere dann nahe, wenn in der späteren Aussage als Beschuldigter die zuvor gemachten Angaben inhaltlich lediglich wiederholt werden. Im hier zu entscheidenden Fall lagen derartige Umstände nach Auffassung des BGH jedoch nicht vor. Denn der Angeklagte hatte hier in seiner späteren Aussage nicht lediglich den Inhalt seiner früheren Aussage bestätigt. Vielmehr hatte er nicht nur seine Mitangeklagten, sondern erstmals auch sich selbst erheblich belastet.¹¹ Damit lag hier zwar ein Verstoß gegen die Pflicht zu einer „qualifizierten“ Belehrung vor, dieser führte aber nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. Die Revision der Staatsanwaltschaft hatte daher mit der Verfahrensrüge Erfolg.

III. Würdigung

Mit der vorliegenden Entscheidung erkennt nunmehr auch der BGH das Erfordernis einer „qualifizierten“ Belehrung ausdrücklich an. Bereits in einer Entscheidung vom 3.7.2007 hatte der 1. Strafsenat des BGH allerdings eine Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung ohne weiteres vorausgesetzt, ohne dies jedoch näher zu begründen¹² und auch in seiner wenig später erfolgten grundlegenden Entscheidung zum Schweigerecht bei Einsatz eines verdeckten Ermittlers¹³ war der BGH wie selbstverständlich von einer Fortwirkung des Verstoßes gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ausgegangen, weil dem Beschuldigten suggeriert worden war, seine früheren Angaben seien gerichtsverwertbar. Die vorliegende Entscheidung des 4. Senats widmet dem Erfordernis der „qualifizierten“ Belehrung nun sogar einen eigenen Leitsatz.

⁹ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 13.

¹⁰ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 14.

¹¹ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 15.

¹² BGH StV 2007, 450 (452), insoweit in BGHSt 51, 367 nicht abgedruckt.

¹³ BGHSt 52, 11 (23 f.).

⁷ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 9 unter Bezugnahme auf BGHSt 51, 367 (376).

⁸ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 12.

Zuvor hatte der BGH die Notwendigkeit einer „qualifizierten“ Belehrung lange Zeit offen gelassen.¹⁴ Die frühe Entscheidung BGHSt 22, 129 war dabei als Beleg dafür angeführt worden, dass der BGH eine „qualifizierte“ Belehrung nicht für erforderlich hält. Er hatte dort entschieden, dass ein Geständnis bei einer polizeilichen Vernehmung auch dann verwertet werden darf, wenn in einer früheren Vernehmung inhaltsgleiche Angaben gemacht wurden, ohne dass zuvor eine Belehrung stattgefunden hätte. Allerdings hielt der BGH zu diesem Zeitpunkt auch noch an seiner später in BGHSt 38, 214 aufgegebenen Ansicht fest, wonach ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO nicht zu einem Verwertungsverbot führe. Die Frage nach einer „qualifizierten“ Belehrung konnte sich von diesem Ausgangspunkt folglich auch noch gar nicht stellen.¹⁵ Der BGH hatte in dieser Entscheidung jedoch auch den Gedanken ausdrücklich verworfen, der Beschuldigte könnte sich in einer späteren Vernehmung noch an seine früher gemachten Angaben gebunden fühlen.¹⁶ Da diese Vermutung der Annahme einer „qualifizierten“ Belehrungspflicht wesentlich zugrunde liegt, war es insoweit dann doch naheliegend, BGHSt 22, 129 dahingehend zu interpretieren, dass eine solche Pflicht nach Ansicht des BGH gerade nicht bestehen soll.

Von dieser Auffassung ist der BGH aber nun in seiner aktuellen Entscheidung endgültig abgerückt und schließt sich damit der ganz herrschenden Ansicht in der Literatur und auch weiter Teile der Rechtsprechung an.¹⁷ Der 4. Strafsenat geht auch näher auf die dogmatischen Grundlagen der Belehrungspflicht ein, die in der zentralen Bedeutung des nemo tenetur-Grundsatzes für ein faires Verfahren verortet werden. Damit folgt auch diese Entscheidung einem schon seit längerem zu beobachtenden Trend in der BGH-Rechtsprechung, dem nemo tenetur-Grundsatz eine stärkere Bedeutung beizumessen. Eine Tendenz, für die vor allem die Rechtsprechung des EGMR¹⁸ die Richtung vorgegeben hat, die auch vom 4. Senat hier zitiert wird. Der BGH erkennt nunmehr die reale Möglichkeit an, dass sich ein Beschuldigter, der die Unverwertbarkeit seiner früheren Aussagen nicht kennt, in einer weiteren Vernehmung an diese gebunden fühlen könnte und dadurch daran gehindert sein könnte, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. BGHSt 22, 129 hatte diese Möglichkeit noch leichthin mit dem Argument verworfen, dass Geständnisse in der Praxis schließlich häufig widerrufen werden. Diese Auffassung wurde aber zu Recht von der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur nicht geteilt,

schon weil ein Geständniswiderruf das frühere Geständnis ohne prozessual schädliche Folgen für den Beschuldigten aus der Welt schafft, während eine neue Aussage, die zu einer vorher getätigten – und aus Sicht des unbelehrten Beschuldigten für das Gericht verwertbaren – in Widerspruch steht, Zweifel an der Glaubwürdigkeit wecken muss.¹⁹ Die Annahme, dass ein Beschuldigter ernsthafte Skrupel haben könnte, von einer früheren Aussage abzuweichen oder von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen, wenn er davon ausgehen muss, dass die früheren Angaben ohne weiteres noch im Verfahren verwertet werden können, liegt deshalb mehr als nahe, und es ist erfreulich und konsequent, dass der BGH dies hier nun auch anerkennt, zumal er bereits in früheren Entscheidungen die Möglichkeit einer fortdauernden psychischen Zwangswirkung etwa bei einem Verstoß gegen § 136a StPO angenommen hat.²⁰

Ausdrücklich offen gelassen hat der Senat die Frage, ob die qualifizierte Belehrungspflicht nur in Betracht kommt, wenn in der ersten Vernehmung eine ordnungsgemäße Belehrung nach § 136 StPO unterblieben ist, oder auch dann, wenn dort eine verbotene Vernehmungsmethode nach § 136a StPO zur Anwendung kam.²¹ Da ein Verstoß gegen § 136a StPO schwerer wiegt als ein solcher gegen § 136 StPO, wird man in diesem Fall wohl aber erst recht eine Pflicht zur qualifizierten Belehrung annehmen müssen, zumal die Möglichkeit, dass der Beschuldigte sich hier an seine zunächst gemachten Angaben gebunden glaubt, mindestens ebenso wahrscheinlich ist wie im Falle einer unterlassenen Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO.²² Darüber hinaus sollte eine „qualifizierte“ Belehrungspflicht aber nicht nur gegenüber dem Beschuldigten in Erwägung gezogen werden. Auch im Hinblick auf die spätere Vernehmung von Zeugen, deren frühere Aussagen ebenfalls wegen eines Verstoßes gegen Belehrungspflichten unverwertbar sein können, ist eine „qualifizierte“ Belehrung über die Unverwertbarkeit der früheren Aussage geboten. Denn auch ein Zeuge könnte sich gehindert fühlen, eine Aussage zu verweigern oder zu ändern, wenn er davon ausgehen muss, dass frühere Angaben nach wie vor im Verfahren verwertet werden können.²³

Dies gilt sowohl im Fall einer unterlassenen Belehrung beim angehörigen Zeugen nach § 52 Abs. 3 S. 1 StPO als auch im Fall einer fehlenden Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen nach § 55 Abs. 2 StPO, wenn man mit der zutreffenden Ansicht davon ausgeht, dass die letztere Vorschrift auch den Beschuldigten schützen soll und deshalb der Verstoß gegen diese Belehrungspflicht ein Ver-

¹⁴ Vgl. etwa BGHSt 47, 172 (175) bzgl. des Rechts auf Verteidigerkonsultation.

¹⁵ In der Tat ist die Möglichkeit einer „qualifizierten“ Belehrung in der Literatur auch anhand dieser Entscheidung unter der zusätzlichen Prämisse, dass ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO die Unverwertbarkeit der Aussage zur Folge habe, ins Spiel gebracht worden, vgl. Schünemann, MDR 1969, 101; zuvor bereits Grünwald, JZ 1968, 752 (754).

¹⁶ BGHSt 22, 129 (134 f.).

¹⁷ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 3 und 4.

¹⁸ Vgl. EGMR NJW 2002, 499 (501); JR 2005, 423.

¹⁹ Geppert (Fn. 3), S. 102 f.

²⁰ BGHSt 17, 364.

²¹ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 13.

²² Neuhaus, NSTZ 1997, 312 (314 f.). Ohne ausdrücklich eine qualifizierte Belehrung zu fordern hat auch der BGH in Fällen des Verstoßes gegen § 136a StPO eine Fortwirkung bejaht, wenn davon auszugehen war, dass der Beschuldigte sich bei der späteren Vernehmung seiner Aussagefreiheit nicht bewusst war, vgl. BGHSt 37, 48 (53); ähnlich bereits BGHSt 17, 364 (368).

²³ So auch Geppert (Fn. 3), S. 114 f.

wertungsverbot nicht nur in einem späteren Verfahren gegen den Zeugen, sondern auch im aktuellen Verfahren gegen den Beschuldigten zur Folge hat.²⁴

Herrscht nach der aktuellen Entscheidung des 4. Strafsenats nunmehr endgültig Klarheit darüber, dass eine Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung jedenfalls bei vorangegangenen Verstößen gegen § 136 Abs. 1 StPO besteht, so ist nach wie vor umstritten, welche verfahrensrechtlichen Folgen es hat, wenn diese qualifizierte Belehrung nicht erteilt wird. In der Literatur wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine unterbliebene „qualifizierte“ Belehrung ein generelles Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf die in der späteren Vernehmung gemachten Angaben zur Folge haben muss.²⁵ Auch der 4. Senat ist hier aber wie schon der 1. Strafsenat in der Entscheidung StV 2007, 450 (452) zurückhaltender und will stattdessen auf eine Abwägung im Einzelfall abstellen.²⁶

Diese Lösung kann indes nicht überzeugen. Dies gilt schon für die Annahme des BGH, ein Verstoß gegen die „qualifizierte“ Belehrungspflicht sei weniger schwerwiegend als ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Der 4. Strafsenat begründet nicht näher, woraus sich seiner Ansicht nach das unterschiedliche Gewicht der Verstöße ergibt. Ein solcher Grund ist auch kaum ersichtlich, denn beide Belehrungspflichten wurzeln im nemo tenetur-Grundsatz und dienen dem Zweck, den Angeklagten davor zu schützen, sich selbst belasten zu müssen. Meint dieser aber, in seiner Aussage deshalb nicht frei zu sein, weil er sich an eine frühere – vermeintlich voll verwertbare – Aussage gebunden glaubt, so ist seine Aussagefreiheit ebenso schwerwiegend tangiert, wie wenn ihm diese Freiheit mangels einer Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO nicht bekannt ist.²⁷

Auch der Ansatz des BGH, die Frage des Verwertungsverbots von einer Abwägung im Einzelfall abhängig zu machen, begegnet durchgreifenden Bedenken. Dies schon deshalb, weil hier ein Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz vorliegt, der die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten betrifft. In einem solchen Fall des Eingriffs in ein zentrales Verfahrensgrundrecht des Beschuldigten kommt aber eine Abwägung nicht in Betracht,

sondern es ist von einem generellen Beweisverwertungsverbot auszugehen.²⁸

Bei näherem Hinsehen verbirgt sich hinter der Abwägungslösung des BGH in Wahrheit auch eher eine Beweislastregel. Denn der 4. Strafsenat vertritt die Ansicht, für ein Verwertungsverbot komme es maßgeblich darauf an, ob im Einzelfall konkrete Umstände darauf hindeuten, dass der Vernommene bei der späteren Vernehmung davon ausging, von seinen früher gemachten Angaben nicht mehr abrücken zu können. Es wird also grundsätzlich vermutet, dass die unterbliebene Belehrung über die Unverwertbarkeit die Aussagefreiheit des Beschuldigten nicht beeinträchtigt hat, es sei denn, es liegen konkrete Anhaltspunkte vor, die auf das Gegenteil hindeuten. Damit gilt hier für den BGH eine genau umgekehrte Vermutung wie im Falle des Verstoßes gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO: Dort geht man davon aus, dass die fehlende Belehrung stets die Aussagefreiheit des Beschuldigten tangiert, es sei denn, es steht fest, dass diesem seine Aussagefreiheit bei der Vernehmung bereits anderweitig bekannt war.²⁹ Für eine solche „Beweislastumkehr“ besteht aber angesichts der Gleichwertigkeit der Verstöße kein Anlass. Da der Verfahrensverstoß in der Sphäre der Strafverfolgungsbehörden wurzelt, sollte es nicht dem Beschuldigten auferlegt werden, die Umstände darlegen zu müssen, aus denen sich eine Beeinträchtigung seiner Aussagefreiheit ergibt. Dies könnte im Einzelfall auch schwierig werden. Immerhin räumt der BGH ein, dass solche Umstände wohl insbesondere dann anzunehmen sein werden, wenn der Beschuldigte in der neuen Vernehmung die früheren Angaben lediglich wiederholt oder bestätigt.³⁰ Aber auch dann, wenn die spätere Vernehmung teilweise neue Angaben enthält oder andere revidiert, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass der Beschuldigte nicht doch noch durch die Ergebnisse der früheren Vernehmung und deren vermeintlicher Bedeutung für das Verfahren beeinflusst ist. Es spricht daher viel dafür, die unterlassene „qualifizierte“ Belehrung ebenso zu behandeln wie den Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Ebenso wie dort grundsätzlich vermutet wird, dass die fehlende Belehrung zu einer ansonsten nicht erfolgten Selbstbelastung des Beschuldigten geführt hat, sollte auch beim Fehlen einer „qualifizierten“ Belehrung zugunsten des Beschuldigten unterstellt werden, dass seine Aussage in dieser Form nicht erfolgt wäre und daher unverwertbar sein muss. Ein Verwertungsverbot wird deshalb nur dann zu verneinen sein, wenn sicher ist, dass dem Beschuldigten die Unverwertbar-

²⁴ Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 24 Rn. 36; Ignor/Bertheau, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 55 Rn. 41; a.A. jedoch die h.M., vgl. BGHSt 11, 213 (218); Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, Kommentar, 51. Aufl. 2008, § 55 Rn. 17; Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 464.

²⁵ Roxin, JR 2008, 16 (18); ders., HRRS 2009, 186 (188); Neuhaus, NSTZ 1997, 312 (314); Deiters, ZJS 2009, 198 (203).

²⁶ So auch bereits BGH StV 2007, 450 (452).

²⁷ Deiters, ZJS 2009, 198 (202); Roxin, JR 2008, 16 (18); ders., HRRS 2009, 186 (187).

²⁸ Vgl. BGHSt 38, 212 (220); dazu Roxin, JR 2008, 16 (18); ders., HRRS 2009, 186 (187); ebenso Deiters, ZJS 2009, 198 (202).

²⁹ BGHSt 38, 214 (224).

³⁰ BGH, Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, Rn. 15. Außerdem ist von einem Beweisverwertungsverbot natürlich dann auszugehen, wenn dem Beschuldigten bei der späteren Vernehmung vom Vernehmungsbeamten fehlerhaft die Auskunft erteilt wird, seine früheren Angaben seien gerichtsverwertbar, BGHSt 52, 11 (23 f.).

keit seiner vorigen Aussage bereits bekannt war, etwa weil ihn bereits sein Verteidiger entsprechend informiert hat.³¹

Abschließend soll noch auf einen Aspekt eingegangen werden, dem der 4. Senat in seiner Entscheidung keine Beachtung geschenkt hat, der aber durchaus Aufmerksamkeit verdient: nämlich das Verhältnis zwischen der Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung und der so genannten Widerspruchslösung, wonach eine unter Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO gewonnene Aussage nur dann nicht als Beweismittel verwertet werden darf, wenn der verteidigte Beschuldigte ihr nicht bis zum Ende der Beweiserhebung widersprochen hat.³² Die beiden Regelungen scheinen zueinander in Widerspruch zu stehen. Denn es mutet seltsam an, wenn einerseits verlangt wird, den Beschuldigten ausdrücklich auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Aussage hinzuweisen, andererseits die Verwertung dann doch zugelassen wird, wenn er der Verwertung in der Hauptverhandlung nicht selbst ausdrücklich widersprochen hat.³³ Aus der „qualifizierten“ Belehrung muss der Beschuldigte den Eindruck gewinnen, dass die zuvor gemachte Aussage keinen Eingang ins Verfahren finden wird. Wenn genau dies dann aber doch noch von einem späteren Widerspruch des Beschuldigten abhängig gemacht wird, ist das mit dem Grundsatz eines fairen, für den Angeklagten in seinem Verlauf berechenbaren, Verfahrens schwerlich vereinbar. Nun mag man dem entgegenhalten, dass die Widerspruchslösung uneingeschränkt nur für den verteidigten Angeklagten gilt. Beim Angeklagten, der keinen Verteidiger hat, ist der Widerspruch nur dann Voraussetzung für die Unverwertbarkeit, wenn er darauf ausdrücklich durch das Gericht hingewiesen wurde.³⁴ Gleichwohl bleibt es bei einem fragwürdigen Widerspruch, da einerseits durch die qualifizierte Belehrung gegenüber dem Angeklagten die Unverwertbarkeit ausdrücklich betont wird, ihr Eintritt aber andererseits von einer von ihm bzw. seinem Verteidiger zu erbringenden Verfahrenshandlung abhängen soll.

Diesem Dilemma ließe sich zum einen dadurch abhelfen, dass die qualifizierte Belehrung immer zugleich auch mit einem Hinweis auf das Widerspruchserfordernis in einer möglichen späteren Hauptverhandlung verbunden wird.³⁵ Konsequenter erscheint es jedoch, die Widerspruchs-

eine Zustimmungslösung³⁶ zu ersetzen. Die fehlerhaft gewonnene Aussage wäre demnach nur dann verwertbar, wenn der Angeklagte dazu seine ausdrückliche Zustimmung erteilt. Es wäre dann nicht Sache des Angeklagten, die Verwertung durch seinen (bzw. seines Verteidigers) Widerspruch zu verhindern, sondern es fiele in die Zuständigkeit des Gerichts, den Angeklagten zu befragen, ob er seine Einwilligung in die Verwertung erteilen möchte. Dies erscheint nicht nur angesichts des auch im Hinblick auf die Verwertbarkeit der im Ermittlungsverfahren gewonnenen Beweismittel geltenden Amtsaufklärungsgrundsatzes sachgerecht, sondern auch im Hinblick darauf, dass die Widerspruchslösung laut ihren Befürwortern gerade den Interessen des Beschuldigten dienen soll, weil die fehlerhaft gewonnene Aussage ja auch entlastende Angaben enthalten kann.³⁷ Davon abgesehen fällt der ursprüngliche Verfahrensverstoß in den Verantwortungsbereich der Strafverfolgungsbehörden und es ist nicht einzusehen, warum der Angeklagte und sein Verteidiger mit dem Risiko belastet werden sollen, durch einen versäumten Widerspruch doch noch die nachteiligen verfahrensrechtlichen Konsequenzen einer Verwertung schultern zu müssen.³⁸

IV. Fazit

Die besprochene Entscheidung bringt die längst schon überfällige ausdrückliche höchstrichterliche Anerkennung einer „qualifizierten“ Belehrungspflicht. Demnach muss ein Beschuldiger, dessen Angaben in einer früheren Vernehmung wegen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO unverwertbar sind, bei einer nachfolgenden weiteren Vernehmung, sei es durch Polizei, Staatsanwaltschaft oder Gericht, ausdrücklich auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Angaben hingewiesen werden. Geschieht dies nicht, besteht die Gefahr, dass der Beschuldigte sich noch an seine vorherigen Äußerungen gebunden glaubt und deshalb nicht oder nicht in vollem Umfang von seinem Recht, zu den Tatvorwürfen zu schweigen, Gebrauch machen kann. Die Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung stellt sich damit als ein direkter Ausfluss des nemo tenetur-Grundsatzes dar.

Die vom 4. Strafsenat hier selbst betonte Bedeutung des nemo tenetur-Grundsatzes für ein faires Verfahren ist es aber auch, die entgegen dem BGH zwingend für die Annahme eines generellen Beweisverwertungsverbotes spricht, wenn die erforderliche qualifizierte Belehrung nicht erteilt wurde. Für eine Abwägung im Hinblick auf ein Verwertungsverbot, wie sie vom BGH hier propagiert wird, kann kein Raum sein, wenn zentrale Elemente einer fairen Verfahrensgestaltung, wie hier der nemo tenetur-Grundsatz, betroffen sind.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Peter Kasiske, München

³¹ Ebenso *Deiters*, ZJS 2009, 198 (202), der sich zu Recht auch gegen eine prima facie Vermutung wendet, wonach dem verteidigten Beschuldigten die Kenntnis der Unverwertbarkeit zu unterstellen ist.

³² BGHSt 38, 214; 42, 15 (22). Die Widerspruchslösung soll nach BGHSt 52, 38 darüber hinaus auch bei Verstößen gegen die Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK zur Anwendung kommen; vgl. allgemein zur Widerspruchslösung *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 427 ff.

³³ Ein Widerspruch lediglich während des Ermittlungsverfahrens soll nach BGH NStZ 1997, 502 nicht ausreichend sein. Auf diese Friktionen zwischen qualifizierter Belehrungspflicht und Widerspruchslösung weist auch *Deiters*, ZJS 2009, 198 (201) hin.

³⁴ BGHSt 38, 214.

³⁵ Bedenken hierzu bei *Deiters*, ZJS 2009, 198 (201).

³⁶ Ähnlich unter Verweis auf das Grundrecht des Angeklagten auf informationelle Selbstbestimmung *Volk*, Grundkurs StPO, 6. Aufl. 2008, § 28 Rn. 22; *Leipold*, StraFo 2001, 300 (302 f.); *Gleiß*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 24), Bd. 4, 2007, § 136 Rn. 85.

³⁷ *Widmaier*, NStZ 1992, 519 (521).

³⁸ *Gleiß* (Fn. 36), § 136 Rn. 83.

Buchrezension

Florian Block, Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2008, 290 S., € 78,-

Die bekanntlich hoch umstrittene Problematik der sog. „atypischen Kausalverläufe“ versucht der *Verf.* auf eine wohl neuartige Weise zu lösen: Vom Boden der Lehre von der objektiven Zurechnung aus will er den Kausalverlauf dem Bereich des Vorsatzes entziehen und allein als Gegenstand des objektiven Tatbestandes behandeln (S. 268); lediglich das Setzen einer unerlaubten Gefahr als Beginn des Kausalverlaufs (S. 236) und der Eintritt des Erfolgs als dessen Endpunkt seien noch Gegenstände des Vorsatzes (S. 240; 270 f.).

I. Nach einleitenden Bemerkungen bestimmt der *Verf.* zunächst mit zehn Fällen atypischer Kausalverläufe den Gegenstand seiner Untersuchungen (S. 22 ff.). Mit anschließenden „Überlegungen zum strafrechtlichen Verhaltensbegriff und zur Kausalität“ (Abschnitt C, S. 25-53) und zur objektiven Zurechnung (Teil D, S. 54-174) legt er den Grund für seinen Lösungsvorschlag, der sodann in den beiden folgenden Abschnitten „Zur Behandlung des atypischen Kausalverlaufs im subjektiven Tatbestand“ (Teil E, S. 175-226) und über die „Weiterführende Würdigung und Ableitung sachgerechter Kriterien für den subjektiven Tatbestand“ (Teil F, S. 227-262) entwickelt wird; in seinen „Schlussbemerkungen“ fasst er u.a. die Ergebnisse seiner Arbeit zusammen.

Ergebnis und Beweisführung der Arbeit haben mich nicht überzeugt.

II. Die Entwicklung seiner Theorie scheint mir nicht hinreichend begründet zu sein: Deren Hauptforderung, den Kausalverlauf selbst von dessen Beginn und Ende im Bereich des subjektiven Tatbestandes zu trennen (oben vor I.), reißt Untrennbares unzulässig auseinander.

1. Bedenken erwecken vor allem seine (zudem allzu knappen) Darlegungen zu hier bedeutsamen Grundbegriffen.

a) Zwar stellt der *Autor* seinen Überlegungen zur Kausalität zu Recht Überlegungen zum Verhaltensbegriff voran, er meint aber zu Unrecht, der strafrechtliche Handlungsbegriff sei für seine Untersuchungen im Wesentlichen ohne Bedeutung (S. 25 ff.): Wenn er behauptet, „im physikalischen Sinn“ könne es „eine Kausalität bei Unterlassungen begrifflich nicht geben“ (S. 33), so hätte er auf nähere Untersuchungen zum Handlungsbegriff deshalb nicht verzichten dürfen, weil die Unterlassung auch als Handlung ontischer Struktur verstanden werden und also durchaus Kausalprozesse in Gang setzen kann.¹

b) Das Institut der objektiven Zurechnung sieht der *Autor* (zu Recht) als Merkmal des objektiven Tatbestandes an und folgert daraus, dass „die Zurechnung dem Grunde nach auf objektiven, d.h. vom Täter, dessen Vorstellungen und Willen unabhängigen Kriterien“ beruht, weil „die den strafrechtlichen Tatbeständen zugrunde liegenden Verhaltensanweisungen keine reinen Verursachungsverbote sein können und auch

nicht sind. Vielmehr ist auf den Sinn und Zweck der den jeweiligen Verhaltensnormen zugrunde liegenden Ge- bzw. Verbotsnorm abzustellen“ (S. 55). Das aber wird im Wesentlichen bloß behauptet. Die notwendige Begründung hätte insbesondere die hier verwendeten Begriffe „Verhaltensnorm“ und „Tatbestand“ ebenso klären, wie auf das Verhältnis von beiden zueinander eingehen müssen und ein dem Tatbestand zugehöriges Strafbarkeitselement „objektive Zurechnung“ schon aus der Norm ableiten sollen.²

c) Der *Autor* versteht die objektive Zurechnung als ein zur Kausalität i.S. der Äquivalenztheorie zusätzliches Tatbestandselement (S. 54). Wer dies für richtig hält, wird allerdings berücksichtigen müssen, dass von der Formel der *conditio sine qua non* „gerade das bereits als kausal vorausgesetzt“ wird, „was als kausal allererst erwiesen werden soll“³. *Florian Block* erkennt diesen Zirkel zwar, meint aber, „eine aus der Strafrechtswissenschaft stammende Formel“ könne kaum „zur Erhellung bzw. zum Nachweis von naturwissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten beitragen“, weshalb er auf diese Formel, wenn auch nur als einer „Vorstufe“, „zur Ermittlung der Kausalität“ nicht verzichten will (S. 32).

Dies allerdings erscheint wenig einleuchtend: Der logische Widerspruch (Zirkel!) lässt sich mit dem Hinweis auf die Herkunft dieser Formel nicht hinweginterpretieren – deshalb wäre es wohl doch überzeugender gewesen, der *Autor* hätte auf die Feststellung der Kausalität mit Hilfe der Äquivalenztheorie gänzlich verzichtet. Dies wäre auch deshalb anzuraten gewesen, weil unter Kausalität kein sinnlich erfahrbarer Gegenstand zu verstehen ist, sondern nichts anderes als ein Urteil über den Zusammenhang zwischen zwei zeitlich aufeinander folgenden realen Ereignissen – und dieses Urteil ist nach den Grundsätzen über die objektive Zurechnung zu bilden. Das aber hat Konsequenzen für den Vorsatz, der dieses Urteil mit umfassen muss.

2. Schon die soeben unter 1. c) erwähnten Bedenken zeigen die Fragwürdigkeit der Hauptthese des *Verf.* auf, zwischen den durch das Urteil der Kausalität miteinander verbundenen realen Ereignissen einerseits und dem Zusammenhang selbst zu trennen. Kaum einleuchtend erscheint, dass zwar Anfangs- und Endpunkt eines strafrechtlich relevanten Kausalverlaufs vom Vorsatz umfasst sein sollen, nicht aber das kausale Geschehen zwischen diesen Punkten. Auch wenn man „Kausalität“ nicht, wie hier, als ein Urteil, sondern mit *Florian Block* „in erster Linie“ als „eine empirische Frage“ ansehen würde (S. 27), so dürfte man den dann empirischen dynamischen Prozess eines Kausalverlaufs nicht von seinen Anfangs- und Endpunkten trennen können: Wenn sich der Vorsatz auf diese Punkte beziehen können soll, wird er auch die Entwicklung des Geschehens vom Anfangs- bis zum Endpunkt mit umfassen müssen: Ein im Vorsatz lediglich unverbundenen Nebeneinander von Gefahrsetzung und Gefahrverwirklichung kann den Vorwurf einer vorsätzlichen Rechtsgutsbeeinträchtigung nicht rechtfertigen.

Prof. Dr. Dr. h.c. Karl Heinz Gössel, München

¹ Vgl. z.B. *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1989, § 45 Rn. 14 ff.

² Näheres dazu *Maurach/Gössel/Zipf* (Fn. 1), § 42 Rn. 2 ff.

³ So treffend *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 16.

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

Verena Käbisch, Markenschutz im Strafrecht. Die Rechtslage in Deutschland und den USA, Verlag Peter Lang (Reihe: Criminalia. Abhandlungen aus den gesamten Strafrechtswissenschaften, Bd. 42), Frankfurt am Main 2006, 447 S., € 71,70.

Vorsätzlich begangene Verletzungen geistiger Schutzrechte finden in der Strafrechtswissenschaft vor allem wegen der rasanten Ausbreitung der sog. Produkt- und Markenpiraterie zunehmend Beachtung. Vor diesem Hintergrund ist die von Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Volk betreute Dissertation *Käbischs* zu sehen, die im Wintersemester 2005/2006 von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München angenommen wurde. Gegenstand dieser Arbeit ist ein Vergleich der Rechtslage zum strafrechtlichen Markenschutz in Deutschland und den USA.

Inhaltlich gliedert sich die Untersuchung in insgesamt sieben Teile, innerhalb derer die *Autorin* überwiegend zwischen einer Darstellung des deutschen und des US-amerikanischen Rechts, sowie einem Vergleich dieser beiden Rechtskreise unterteilt.

Der erste Teil der Arbeit gibt eine Einführung in das Markenrecht, die nach der Auffassung *Käbischs* die notwendige Voraussetzung für eine Beurteilung der Strafbarkeit von Markenverletzungen bildet. In einem ersten Kapitel beschreibt sie zunächst die rechtlichen Grundlagen des Markenschutzes in Deutschland und den Vereinigten Staaten, einschließlich seiner historischen Entwicklung und der für seine heutige Ausprägung maßgeblichen internationalen und europäischen Rechtsvorschriften. Weiterhin gibt dieses Kapitel einen Überblick über die Schutzfähigkeit von Kennzeichen und die Entstehung des zivilrechtlichen Markenschutzes nach den Vorschriften des Gesetzes über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (MarkenG) und dem amerikanischen United States Code (U.S.C.). Im Rahmen einer vergleichenden Betrachtung gelangt die *Autorin* zu dem Schluss, dass das US-amerikanische und das deutsche Markenstrafrecht dieselben Wurzeln haben und beide Staaten im weltweiten Vergleich einen relativ stark ausgeprägten Schutz der Rechte des geistigen Eigentums bieten. Unterschiede bestünden dagegen etwa beim Schutzgegenstand, da die deutschen Regelungen nicht nur Marken, sondern auch geschäftliche Bezeichnungen und geographische Herkunftsbezeichnungen umfassten, die in den USA deutlich schwächer geschützt würden. Weiterhin unterschieden sich beide Rechtsordnungen hinsichtlich der Schutzfähigkeit sog. Formmarken, sowie bei der Entstehung von Markenrechten. Letztgenannte setze in Deutschland grundsätzlich die förmliche Eintragung im Markenregister voraus, wohingegen die Entstehung des Markenschutzes durch die Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr als Ausnahmetatbestand geregelt sei. In dem vom Common Law geprägten und „mehr pragmatisch ausgerichteten“ US-amerikanischen System bilde die Benutzung einer Marke hingegen den Grundtatbestand für die Entstehung rechtlichen Schutzes, während eine spätere Anmeldung zum Register lediglich deklaratorischen Charakter habe.

Trotz dieser Unterschiede bestünden zwischen den Markengesetzen beider Länder in materiell-rechtlicher Sicht allerdings große Ähnlichkeiten, die im Wesentlichen auf die im Bereich des geistigen Eigentums bestehenden internationalen Abkommen und die darin enthaltenen Vorgaben zurückzuführen seien.

Im zweiten Teil untersucht *Käbisch* die Voraussetzungen der Strafbarkeit von Markenverletzungen. Besonderes Augenmerk widmet sie hier zunächst den Tatbeständen der strafbaren Verletzung nationaler Marken gemäß § 143 MarkenG und der strafbaren Verletzung von Gemeinschaftsmarken nach § 143a MarkenG. Behandelt werden insbesondere die möglichen Tatobjekte, die verschiedenen Tathandlungen und die sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen beider Delikte. Überdies gibt die *Autorin* einen Überblick über weitere Tatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts, deren Verwirklichung mit vorsätzlichen Markenverletzungen einhergehen kann. Neben Betrug (§ 263 StGB) und Urkundenfälschung (§ 267 StGB) werden in diesem Zusammenhang die – nicht näher konkretisierten – Strafnormen der Abgabenordnung und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb genannt. Im Anschluss erfolgt die Auseinandersetzung mit der Strafbarkeit von Markenverletzungen nach US-amerikanischem Recht. Deren Schwerpunkt liegt auf den Merkmalen der Strafvorschrift des 18 U.S.C. § 2320, die das Handeltreiben von Waren mit „gefälschten Marken“ („counterfeit marks“) unter Strafe stellt. Weiterhin werden auch hier einige Delikte genannt, deren Verwirklichung nach den Erkenntnissen der *Autorin* zwar nicht zwangsläufig, aber häufig mit der Verletzung „fremder“ Marken einhergeht. Zu den aufgezählten Tatbeständen gehören u.a. die Geldwäsche („money laundering“) nach 18 U.S.C. § 1956 f. und das Handeltreiben mit gefälschten Labels oder Verpackungen gemäß 18 U.S.C. § 2318. Die bedeutendsten dogmatischen Unterschiede der Strafbarkeit von Markenverletzungen nach deutschem und US-amerikanischem Recht sieht *Käbisch* zunächst in der strengen Zivilrechtsakzessorietät der §§ 143, 143a MarkenG, wohingegen sich die Bedeutung bürgerlich-rechtlicher Regelungen zum Markenschutz in den USA auf die Auslegung einzelner Merkmale der Strafnormen des U.S.C. beschränke. Überdies gehe der strafrechtliche Schutz von Marken in Deutschland insofern weiter als die US-amerikanischen Strafvorschriften, als die §§ 143, 143a MarkenG über den Missbrauch identischer Marken hinaus auch die unbefugte Verwendung „ähnlicher“ Zeichen pönalisieren, soweit mit ihr eine Verwechslungsgefahr einhergehe. Auch hinsichtlich der Tathandlungen gehe das deutsche Recht weiter als die Strafnormen des U.S.C., da nach den Tatbeständen des MarkenG bereits vorbereitende Handlungen wie das Herstellen von Kennzeichnungsmitteln (Etiketten etc.) als vollendete Verletzung definiert würden, während diese und vergleichbare Vorbereitungshandlungen in den Vereinigten Staaten nicht explizit unter Strafe stünden.

Der dritte Teil behandelt ausgewählte materiell-rechtliche Probleme bei Markenstraftaten. Im Rahmen der §§ 143, 143a MarkenG gehört hierzu u.a. die Zulässigkeit der diesen Vorschriften zugrunde liegenden Verweisungstechnik auf zivilrechtliche Verletzungstatbestände. Ferner werden die Folgen

von Irrtümern über das (Nicht-)Vorliegen einzelner Tatbestandsmerkmale, Fragen der Täterschaft und Teilnahme sowie Probleme der Versuchsstrafbarkeit erörtert. Schließlich analysiert *Käbisch* eingehend die möglichen Sanktionen bei der Begehung von Markenstraftaten im deutschen und US-amerikanischen Recht. Im Rahmen eines Vergleichs beider Rechtskreise gelangt die *Autorin* hier zu dem Ergebnis, dass die amerikanischen Strafnormen aufgrund ihrer engeren Fassung eine höhere Rechtssicherheit böten als die §§ 143, 143a MarkenG. Unterschiede bestünden außerdem etwa darin, dass in den USA wegen des dort geltenden Grundsatzes der Einheitstäterschaft keine Notwendigkeit zur Qualifikation als Täter oder Teilnehmer nach dem jeweiligen Umfang der Tatbeteiligung bestehe und nach amerikanischem – im Gegensatz zum deutschen – Recht auch juristische Personen strafrechtlich belangt werden könnten. Auch unterschieden sich die Rechtsfolgen in beiden Ländern: Während in den USA das Gesetz eine Höchststrafe von bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe bei wiederholten Markenstraftaten androht, beträgt die Höchststrafe in Deutschland 5 Jahre Freiheitsstrafe in Fällen gewerbsmäßiger Begehung.

Im vierten Teil der Untersuchung beleuchtet *Käbisch* einige strafprozessuale Besonderheiten im Hinblick auf Markendelikte. Beachtung finden hier beispielsweise die Möglichkeiten einer Beteiligung der betroffenen Markeninhaber am Strafverfahren, sowie die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren. Zudem werden Fragen der gerichtlichen Zuständigkeit bei Markenverletzungen im Ausland, Wege zur Verfahrensbeendigung aus Opportunitätsgründen und Probleme der Beweisführung im Strafprozess behandelt. Bemerkenswerte Unterschiede sieht die *Autorin* dabei vor allem in den weitgehend fehlenden Möglichkeiten verletzter Markeninhaber zur Beteiligung an Strafverfahren in den Vereinigten Staaten im Gegensatz zu Deutschland, wo den Opfern von Markenverletzungen faktisch jede in der Strafprozessordnung vorgesehene Möglichkeit der Beteiligung zustehe. Hingegen gewähre das Strafanwendungsrecht der USA umfangreichere und flexiblere Möglichkeiten zur Ausdehnung amerikanischer Jurisdiktion auf im Ausland begangene Schutzrechtsverletzungen als die insoweit einschlägigen deutschen Vorschriften der §§ 3-7 StGB. Entsprechendes gelte für die vereinfachte Beendigung von Strafverfahren, bei der amerikanische Staatsanwälte und Gerichte an weniger formalisierte Voraussetzungen gebunden seien als deutsche Strafverfolgungsbehörden.

Der fünfte Teil der Untersuchung skizziert zunächst das praktische Ausmaß von Markenverletzungen. Neben typischen Vorgehensweisen professioneller Markenfälscher werden in diesem Rahmen auch die wirtschaftlichen Konsequenzen von Schutzrechtsverletzungen und mögliche Gründe für ihr starkes Ansteigen in den letzten Jahren erläutert. Ein weiteres Kapitel widmet *Käbisch* der bisherigen strafrechtlichen Aufarbeitung von Markenverletzungen, wobei sie insbesondere die Zahl der erfolgten Verurteilungen sowie Art und Höhe der verhängten Strafen in Deutschland und den USA analysiert. Dabei gelangt die *Autorin* zu dem Ergebnis, dass in beiden Ländern nur ein geringer Teil der tatsächlich be-

gangenen Markendelikte verfolgt werde und bei der Höhe der verhängten Geld- und Freiheitsstrafen in den Vereinigten Staaten deutlich weniger Zurückhaltung geübt werde als in Deutschland.

Der sechste Teil befasst sich ausführlich mit den völker- und europarechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung von markenrechtlichen Straftatbeständen und ihrer Umsetzung im nationalen Recht. Des Weiteren werden hier ausgewählte Vorschläge verschiedener internationaler Organisationen – etwa die Muster(straf)vorschriften der World Intellectual Property Organization (WIPO) und der Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle (AIPPI) – erörtert und einer kritischen Würdigung unterzogen.

Im siebten und letzten Teil zieht *Käbisch* Schlussfolgerungen aus ihrer Untersuchung. Hierbei formuliert sie in einem Alternativentwurf einige Verbesserungsvorschläge zu den §§ 143, 143a MarkenG, deren dogmatische Schwächen sie in der grundsätzlichen Ausgestaltung als Antragsdelikt, ihrer Beschränkung auf bestimmte Tathandlungen und im Fehlen von Regelbeispielen für besonders schwere Fälle von Markenverletzungen sieht. Letztgenannte sollen ihrer Meinung nach beispielsweise vorliegen, wenn „durch die Tat ein besonders hoher Schaden entsteht“ oder „die Ware [...] geeignet ist, bei bestimmungsgemäßem Gebrauch eine Gesundheitsschädigung hervorzurufen“.

Fazit: Mit ihrer umfangreichen Arbeit zur strafrechtlichen Behandlung von Markenverletzungen hat *Käbisch* einen grundlegenden Beitrag zu einem Thema geleistet, das aller Voraussicht nach künftig weiterhin an Bedeutung zunehmen wird. Positiv hervorzuheben sind – über die ebenso gut strukturierte wie verständliche Darstellung hinaus – vor allem die umfassende Einführung in die Materie und die zahlreichen praktischen Bezüge der Untersuchung. Weitergehende Ausführungen wären lediglich vereinzelt wünschenswert gewesen, so etwa bei der deliktstypischen Einordnung der §§ 143, 143a MarkenG unter Berücksichtigung der zahlreichen möglichen Tathandlungen. Im Ganzen ist das Werk aufgrund seiner Kombination von dogmatischer und rechtstatsächlicher Betrachtung jedoch uneingeschränkt zu empfehlen. Dies gilt sowohl für Leser, die sich erstmals mit der Materie des Markenstrafrechts befassen, als auch für erfahrene Rechtsanwender, für die in erster Linie die prozessualen und rechtsvergleichenden Ausführungen eine Bereicherung darstellen werden.

Ref. iur. David Pasewaldt, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), Hamburg

Buchrezension

Kathleen Mittelsdorf, Unternehmensstrafrecht im Kontext, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 2007, 256 S., € 68,-

Untersuchungen zum Unternehmensstrafrecht haben in den letzten Jahren mit dem Wiederaufflammen der Diskussion über die Strafbarkeit von Unternehmen Hochkonjunktur. Die Jenaer Dissertation von *Mittelsdorf* aus dem Jahre 2007, betreut von Prof. *Alwart*, hebt sich vom Inhalt der Untersuchung deutlich von allen anderen Werken ab. *Mittelsdorf* beschränkt sich nicht auf eine Darstellung des Für und Wider der Unternehmensstrafe, sondern sie beschäftigt sich strafrechtstheoretisch damit, inwieweit Unternehmen und dort tätige Individuen eine Verantwortung für Verbandskriminalität trifft, das Verhalten von Individuen dem Unternehmen zugerechnet werden kann und wie sich das Wechselspiel von Verbands- und Individualverantwortung gestaltet.

In einem ersten Teil stellt *Mittelsdorf* dar, dass rechtspolitisch ein Bedürfnis für eine Sanktionierung von Unternehmen neben einer solchen des handelnden Individuums besteht (S. 9 ff.). In arbeitsteiligen, dezentralen Organisationen führt die Aufteilung von Zuständigkeiten dazu, dass bei einem Einzelnen kaum mehr objektiver und subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld zusammenfallen und ein Einzelner nur noch selten zur Verantwortung gezogen werden kann (von *Mittelsdorf* als „organisierte Unverantwortlichkeit“ bezeichnet). Da die Gefahr besteht, dass in Unternehmen Beschäftigte die Verbandsinteressen vor diejenigen der Rechtsordnung stellen, kann eine Unternehmensstrafe präventive Wirkung entfalten. Andere Sanktionen, insbesondere solcher rein zivilrechtlicher Art, hätten sich empirisch als unwirksam erwiesen.

Im zweiten Teil untersucht *Mittelsdorf*, ob Unternehmen Verantwortung haben können. Zunächst stellt sie unter Anknüpfung an Erkenntnisse der Systemtheorie fest, dass Unternehmen eigene Systeme darstellen, die über eine eigene Identität verfügen und in der Lage sind, selbst Ziele festzulegen, sich äußeren Ereignissen anzupassen und das Verhalten von Individuen zu beeinflussen (S. 35). In einem zweiten Schritt untersucht *Mittelsdorf*, wie Unternehmen das Verhalten von Individuen beeinflussen können und welche Rückkoppelung es umgekehrt vom Verhalten der Individuen auf das Unternehmen gibt. Sie stellt fest, dass Unternehmen durch ihren „Unternehmenscharakter“ das Verhalten von Mitarbeitern beeinflussen können und Letztere bestrebt sind, die Unternehmensziele zu verfolgen (S. 39 f.). Die Verbandsattitüde sowie Gruppenphänomene tragen wesentlich zur Entstehung von Kriminalität in Unternehmen bei. Ausgehend hiervon kommt *Mittelsdorf* zu dem Schluss, dass Individual- und Unternehmensverantwortung nebeneinander stehen und infolge der unternehmensimmanenten Arbeitsteilung eine Verantwortung des Unternehmens verbleibt, die über die Individualverantwortung hinausgeht. Im Weiteren geht *Mittelsdorf* davon aus, dass Unternehmen unmittelbar Normadressaten sein können. Die Verantwortlichkeit des Einzelnen sei aus der des Unternehmens abgeleitet, wie sich de lege lata aus § 14 StGB und § 9 OWiG ergebe. Daneben könne ein

Individuum aber auch primärer Normadressat sein. Von der Feststellung der Normadressatenschaft von Unternehmen ausgehend konstatiert *Mittelsdorf* eine Verantwortlichkeit des Unternehmens für die Wirksamkeit des Systems, d.h. das Unternehmen ist zum Einen dafür verantwortlich, dass keine organisierte Unverantwortlichkeit entsteht, zum Anderen für Organisationsmängel, wie fehlende Auswahl und Überwachung (S. 61). Die Verantwortlichkeit der Individuen hingegen ist abgeleitet von derjenigen des Unternehmens und umfasst diejenigen Aufgaben und Zuständigkeiten, die dem einzelnen Individuum im Rahmen der Delegation zugewiesen sind.

Mittelsdorf untersucht im Folgenden, inwieweit sich eine Unternehmensstrafe mit der Strafrechtsdogmatik in Übereinstimmung bringen lässt. Dabei kritisiert sie, dass in der bisherigen Diskussion lediglich versucht wurde, die auf die Individualverantwortung basierende Dogmatik auf Unternehmen zu übertragen oder eine Übertragbarkeit zu verneinen. Die auf das Individuum zugeschnittene Strafrechtsdogmatik sei aber keineswegs unwandelbar. Die in den letzten Jahrzehnten entwickelten Erkenntnisse der System- und Organisationstheorie müssen berücksichtigt werden (S. 71). *Mittelsdorf* will auf die Handlungsfähigkeit als Voraussetzung der Verantwortung von Unternehmen nicht verzichten, da sich ohne Vermittlung der Handlung eines Individuums eine Strafbarkeit nicht begründen lässt. Ebenso wie im Fall der Mittäterschaft oder mittelbaren Täterschaft könne das Handeln von Individuen dem Unternehmen zugerechnet werden. Sie konstatiert, dass das Unternehmen einerseits durch das Handeln einzelner nach außen wirkt und gleichzeitig aber als System auch das Handeln der Individuen beeinflusst. Infolgedessen ist von einer eigenen Handlung des Unternehmens auszugehen, die sich nicht auf das Handeln der Individuen reduzieren lässt (S. 75 f.). Dabei können dem Unternehmen nicht nur Handlungen (oder Unterlassungen) von Organmitgliedern, sondern von allen Unternehmensangehörigen zugerechnet werden.

Die umstrittene Frage nach der Schuldfähigkeit von Unternehmen bejaht *Mittelsdorf*, wobei es ihrer Auffassung nach die Strafbegründungsschuld maßgeblich sei. Die Notwendigkeit von Schuld für eine Bestrafung wird für Individuen aus den Grundrechten hergeleitet, wobei Einzelheiten umstritten sind. Aber auch Unternehmen können sich auf den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Eine Strafbarkeit setzt daher auch bei Unternehmen eine Sachnähe zur Rechtsverletzung und eine Vermeidbarkeit voraus (S. 78 ff.). Da Bezugspunkt für die Verantwortlichkeit des Unternehmens die Ausgestaltung der Unternehmensorganisation und der Unternehmenskultur ist, kann die Verantwortlichkeit des Unternehmens nicht dadurch begründet werden, dass die individuelle Schuld handelnder Personen dem Unternehmen zugerechnet wird. So kann die Verantwortlichkeit des Einzelnen fehlen, gleichwohl eine solche des Unternehmens gegeben sein, wie im Falle organisierter Unverantwortlichkeit. Andererseits kann auch eine individuelle Straftat vorliegen, das Unternehmen aber alles getan haben, eine solche Tat zu verhindern. Die Schuld von Unternehmen und Individuum sind also verschieden. Die Verantwortlichkeit des Unternehmens kann nur durch ein

eigenes Fehlverhalten begründet werden (S. 82 f.). Die Straffähigkeit von Unternehmen wird von *Mittelsdorf* bejaht.

Im Weiteren untersucht *Mittelsdorf* die verschiedenen möglichen Haftungsmodelle einer Unternehmensstrafbarkeit nach Erscheinungsformen und Begründung, kriminalpolitischer Zweckmäßigkeit, dogmatischen Problemen und der Wechselwirkung zwischen Individual- und Unternehmensverantwortung. Bei dem akzessorischen Parallelhaftungsmodell, wie es auch § 30 OWiG zugrunde liegt, wird die Sanktion des Unternehmens von einem tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handeln eines Unternehmensangehörigen abhängig gemacht. Dieses Modell überträgt zivilrechtliche Zurechnungsüberlegungen auf das Strafrecht. *Mittelsdorf* lehnt dieses Modell ab, indem sie zutreffend darauf hinweist, dass Individual- und Systemverantwortung nicht deckungsgleich sind. Zwar überschneiden sich die Verantwortungsbereiche, letztlich sind sie aber verschieden (S. 98 f.). Modelle einer eigenständigen Unternehmenshaftung, die in verschiedenen Varianten vertreten werden, hält *Mittelsdorf* für geeignet, eine Unternehmensstrafbarkeit zu begründen.

Im nächsten Teil ihrer Arbeit zeigt *Mittelsdorf* auf, in welcher Weise eine Zurechnung von Individualverantwortlichkeit in Unternehmen möglich ist und stellt dabei kurz die Voraussetzungen und Grenzen der Zurechnung bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft, Teilnahme sowie Aufsichtspflichtverletzung und die Unterlassungsverantwortlichkeit auf. Sie kommt zu dem Fazit, dass einer Zurechnung in Unternehmenshierarchien Grenzen gesetzt sind. Mit der herkömmlichen Unterscheidung von Beteiligungstypen wird der Arbeitsteilung in Unternehmen und der Entscheidungsfreiheit in verschiedenen Hierarchieebenen nicht gelöst werden können, da Entscheidungen nicht zwangsläufig in der obersten Hierarchieebene fallen. Auch die Unterlassungsstrafbarkeit vermag dieses Dilemma nicht zu lösen. Eine umfassende Garantstellung zur Verhinderung von Straftaten besteht nicht; zudem ist oftmals der Vorsatz fraglich (S. 135 f.).

Im Anschluss hieran untersucht *Mittelsdorf* anhand des unabhängigen Parallelhaftungsmodells und des Modells der akzessorischen Haftung Fragen der Zurechnung individuellen Verhaltens, sowie des Vorsatzes im Verhältnis zwischen Individuum und Unternehmen. Dabei lehnt *Mittelsdorf* die von *Heine* und *Dannecker* vertretenen Modelle ab, die die Rechtsgutsverletzung durch ein Individuum bei der Unternehmensstrafe auf eine objektive Strafbarkeitsbedingung reduzieren (S. 148). Voraussetzung einer Unternehmensstrafe ist ihrer Auffassung nach, dass das Unternehmen pflichtwidrig ein Risiko geschaffen hat, das sich letztlich realisiert hat. Ein solches Risiko soll in einer Unternehmenskultur oder Unternehmensorganisation liegen, die keine hinreichende Gewähr für die Erkennung risikorelevanter Informationen und Entwicklungen sowie für die Lösung der auftretenden Probleme und deren Umsetzung im Unternehmen bietet (S. 151). Dass es in der Praxis kein Leitbild einer hinreichenden Unternehmensorganisation gibt und sich die Pflichtwidrigkeit des Systems Unternehmen kaum sicher bestimmen lässt, räumt *Mittelsdorf* ein. Anhaltspunkte für eine nähere Konkretisierung soll ihrer Auffassung nach die derzeitige

Compliance-Diskussion liefern. Hat ein Unternehmen angemessene Maßnahmen umgesetzt, soll eine dennoch eingetretene Rechtsgutsverletzung ihm nicht mehr zurechenbar sein (S. 152). Des Weiteren muss sich ein so geschaffenes Risiko letztlich auch in einer Rechtsgutverletzung niederschlagen. Da der Nachweis eines Kausalzusammenhangs schwierig ist, diskutiert *Mittelsdorf* eine Beweislastumkehr, der zufolge das Unternehmen den Nachweis einer fehlenden Kausalität zu erbringen hat (S. 155). Unternehmen sollen auch vorsätzlich oder fahrlässig handeln können. Hinsichtlich des Wissenselements beim Vorsatz sei auf das im Unternehmen vorhandene, in Systemen, Prozessen und Datenbanken gespeicherte, sowie das bei den Unternehmensmitarbeitern vorhandene implizite Wissen abzustellen. Für das voluntative Element (Wollen) der Tatbestandsverwirklichung stellt *Mittelsdorf* darauf ab, ob sich eine Rechtsgutsbeeinträchtigung „in die praktizierte Unternehmensphilosophie einfügt“ (S. 156). Hier zeigt sich aber, dass alle Versuche, eine Unternehmensverantwortlichkeit in herkömmlichen Kriterien der Individualstrafbarkeit zu erfassen, nur noch in ganz vagen und unbestimmten Begriffen gefasst werden können, die selbst aber keinerlei Anhaltspunkte mehr geben, strafbares von straflosem Verhalten des Unternehmens abzugrenzen. In die „Unternehmensphilosophie“ würde sich auch eine ganz unerwünschte, aber durch Außerachtlassung jeglicher Überwachung im Einzelfall dennoch ermöglichte Straftat eines Mitarbeiters nicht einfügen, die aber auch nach der von *Mittelsdorf* vertretenen Meinung durchaus eine Unternehmensstrafe auslösen soll. Die genannten dogmatischen Probleme treten bei den – von *Mittelsdorf* abgelehnten – akzessorischen Modellen nicht auf, da dort dem Unternehmen die Tatbegehung durch einen Mitarbeiter zugerechnet wird.

Im vierten Kapitel untersucht *Mittelsdorf* die Sanktionierung von Unternehmenskriminalität auf der Strafzumessungsseite. Gruppeneffekte und Konformitätsdruck, sowie Neutralisationstendenzen zur Rechtfertigung normabweichenden Verhaltens mindern i.d.R. die persönliche Verantwortung des Individuums ebenso wie ein nicht-eigennütziges Verhalten. Aus den begrenzten spezial- und generalpräventiven Wirkmöglichkeiten der Individualstrafe leitet *Mittelsdorf* die Notwendigkeit der Unternehmensstrafe ab (S. 191). Sodann untersucht sie die bisherigen gesetzlichen Regelungen zur Strafzumessung bei Sanktionen gegen Unternehmen gemäß § 130 OWiG bzw. Verordnung (EG) 1/2003 und konstatiert dabei, dass sowohl in Rechtsprechung als auch Literatur die für Individualstraftäter entwickelten Strafzumessungsfaktoren auf Unternehmen übertragen werden, ohne dass dies aber in Einklang mit den dahinter stehenden Konzepten der Unternehmensstrafbarkeit stehe. De lege ferenda stellt sie zunächst dar, welche generellen Strafzumessungstheorien in Abhängigkeit von den jeweiligen Theorien zur Unternehmensverantwortung Anwendung finden können (S. 203 ff.), um dann einzelne Strafzumessungsgesichtspunkte im Detail zu analysieren (S. 209 ff.). Schließlich untersucht sie noch, wie die Sanktionen gegen Unternehmen mit denjenigen gegen Individualpersonen abzustimmen seien, um eine doppelte Ahndung einer Pflichtverletzung zu vermeiden und dennoch eine

optimale Verhaltenssteuerung durch Strafe zu erzielen. Abgerundet wird dies durch einen kurzen Ausblick auf verfahrensrechtliche Probleme.

Mittelsdorf spricht in ihrer Arbeit eine Vielzahl von grundlegenden strafrechtstheoretischen Problemen der Unternehmensstrafe an, die sich in dieser Dichte und Tiefe sonst nirgends finden. Sie leuchtet grundlegende Probleme bis in Verästelungen hinein aus und versucht diese zu kategorisieren und zu systematisieren. Auch wenn das Buch wegen seiner abstrakt-theoretischen Darlegungen keine leichte Kost darstellt, ist ihm zu wünschen, dass es viele Leser findet. Wer sich mit Problemen des Unternehmensstrafrechts tief schürfender befassen möchte, wird eine Fülle von Anregungen, Hinweisen und Denkanstößen finden, die das Werk zu einer wertvollen Quelle werden lassen. Auf die weitere Diskussion der Unternehmensstrafe wird dieses Buch sicherlich Einfluss nehmen.

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

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

Heiko Ahlbrecht/Klaus-Michael Böhm/Robert Esser/Heiner Hugger/Stefan Kirsch/Michael Rosenthal, Internationales Strafrecht in der Praxis, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 2008, 565 S., € 69,-

Das anzuzeigende Handbuch will das weite Spektrum des modernen internationalen Strafrechts kompakt und übersichtlich darstellen und auch dem Nichtfachmann einen raschen Zugang zu den verstreuten Rechtsgrundlagen ermöglichen. Wie die Zuordnung zu der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ verdeutlicht, wendet sich das Werk namentlich an den Strafverteidiger.

Im Einzelnen behandeln die *Autoren* durchaus unterschiedliche Materien, die der Aspekt der „Internationalität“ vereint.

Einige Kapitel machen den Leser mit diversen Möglichkeiten vertraut, nicht nur nationale, sondern europäische und internationale Einrichtungen im Interesse des Mandanten zu nutzen. *Esser*, Professor an der Universität Passau, beschreibt Wege, die Verletzung von Menschenrechten geltend zu machen oder (vor dem Internationalen Gerichtshof) die drohende oder bereits eingetretene Verletzung völkerrechtlicher Grundsätze unterbinden bzw. feststellen zu lassen. Seine Ausführungen zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, zum Menschenrechtsausschuss, zum Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen und zum Ausschuss der Vereinten Nationen gegen Folter sind klar gegliedert, gut lesbar und bieten eine Fülle von Informationen. *Esser* schildert Zuständigkeiten, Zulässigkeitsvoraussetzungen, Verfahrensabläufe, Kosten und Konsequenzen einer stattgebenden Entscheidung. Den praktischen Ansprüchen des Handbuchs entsprechend beschäftigt sich *Esser* eingehend auch mit praktischen Fragen, etwa mit Adressen, Verfahrensdauern oder den einzuhaltenden Formen (Sprache, Aufbau der Beschwerde, notwendige Anlagen, Anforderungen an die Beschwerdebegründung). Eine deutliche Bewertung der einzelnen Beschwerdemöglichkeiten wäre allerdings wünschenswert gewesen. So bleibt etwa nach der Schilderung der Beschwerde zum Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen der Eindruck, dass die Beschwerde im Einzelfall nichts bewirken kann, weil es nicht zu einer Prüfung und Feststellung einer Menschenrechtsverletzung im konkreten Einzelfall kommt. Nach einem solchen Befund stellt sich allerdings die Frage, weshalb das Verfahren in einem Handbuch für praktisch tätige Strafverteidiger überhaupt näher beschrieben wird.

Kirsch, Rechtsanwalt in Frankfurt a.M., befasst sich mit der Tätigkeit vor internationalen Strafgerichten. Er schildert nicht nur die historische Entwicklung der internationalen Strafgerichtsbarkeit und den Stand des materiellen Internationalen Strafrechts. Die Darstellung von Organisation und Verfahren der Internationalen Strafgerichtshöfe spart praktische Fragen bis hin zu Empfehlungen zur Büroorganisation inkl. Datenbanken nicht aus.

Hugger, Fachanwalt für Strafrecht in Frankfurt a.M., befasst sich mit dem Vorabentscheidungsverfahren des EuGH. Dem *Verf.* gelingt es, eine knappe und instruktive Schilderung

des Verfahrens mit zahlreichen, nützlichen Hinweisen für den Strafverteidiger zu verbinden. Das reicht von der Schilderung der Auswirkungen eines inmitten stehenden Vorabentscheidungsverfahrens auf die Notwendigkeit der Verteidigung und auf die Entscheidungsmöglichkeiten der Rechtsmittelinstanz bis hin zu Beschwerdemöglichkeiten und Strafmilderungen wegen Verfahrensverzögerungen. Soweit sich *Hugger* in einem weiteren Kapitel mit „Strafverfolgung bei Tätigkeiten und Beschuldigten in mehreren Ländern“ befasst, sind allerdings einige kritische Anmerkungen angezeigt. *Hugger* widmet sich dem Verbot der Doppelverfolgung in der EU, der Haft bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und der „Strafverfolgung wegen grenzüberschreitender Tätigkeiten“. So nützlich einzelne Informationen erscheinen, so sehr stellt sich die Frage nach der richtigen Schwerpunktsetzung. Fragen des Verbots der Doppelverfolgung auf sieben Seiten abzuhandeln, kann dem praktischen Informationsbedürfnis des Verteidigers nur sehr eingeschränkt gerecht werden. Zu wesentlichen Fragen, wie etwa der nach der Bedeutung einer staatsanwaltshaftlichen Verfahrenseinstellung, bleibt der Leser in hohem Maße auf die Lektüre weiterführender Aufsätze angewiesen. Nahe liegende Differenzierungen (Sind die Einstellung nach § 153 Abs. 1 und § 170 Abs. 2 StPO oder ähnliche Einstellungen in anderen Mitgliedstaaten gleich zu behandeln?) bleiben in diesem Kapitel unerörtert.¹ Schon mit der Beschränkung auf die Darstellung des Art. 54 SDÜ gehen praktisch nicht unbedeutende Informationen zu bilateralen Verträgen mit durchaus relevanten Staaten, wie den Niederlanden, Tschechien, der Schweiz, Italien und Österreich², verloren. Solche Verträge können Verfolgungshindernisse begründen, die teils früher ansetzen (nicht erst ab „rechtskräftiger Aburteilung“, sondern bereits ab Übernahme der Strafverfolgung) und teils wohl auch weiter reichen (ausdrücklich normiertes Verfolgungshindernis ab endgültiger Verfahrenseinstellung) als Art. 54 SDÜ.

Mit europäischen und internationalen Ermittlungsbehörden wie OLAF, EJM oder EUROJUST befasst sich *Ahlbrecht*, Rechtsanwalt in Düsseldorf. Seine kompakte Darstellung wird dem Anspruch, dem Verteidiger die Bedeutung dieser Einrichtungen für seine praktische Arbeit nahe zu bringen, vollumfänglich gerecht.

Das Kapitel zum Rechtshilfeverfahren muss in einem auf die praktischen Bedürfnisse des Strafverteidigers angelegten Handbuch breiten Raum einnehmen. *Böhm*, auslieferungserfahrener Richter am OLG Karlsruhe, und *Rosenthal*, Rechtsanwalt in Karlsruhe, geben eine präzise Einführung in allgemeine Grundlagen des Rechtshilfeverfahrens und beschreiben instruktiv und sachkundig das Auslieferungsverfahren nach dem EuAIÜbk und aufgrund eines Europäischen Haftbefehls. Einen besonderen Schwerpunkt bildet dabei die Darstellung der Voraussetzungen der Auslieferung Deutscher ins Ausland. Das ist angesichts der neuen Materie mit all ihren – von

¹ Vgl. Rn. 1117; es erfolgt lediglich in einer Fußnote ein Verweis auf einzelne Fundstellen, ohne dass zwischen § 153 Abs. 1 und § 170 Abs. 2 StPO unterschieden wird.

² Der einzige, in einer Fußnote genannte, in seiner Bedeutung aber unkommentierte Vertrag, vgl. Rn. 1113, Fn. 7.

den *Verf.* deutlich angesprochenen – Unklarheiten und Ungeheimheiten sehr verdienstvoll. Auch wenn *Böhm* und *Rosenthal* mit rechtspolitischer Kritik nicht sparen, vernachlässigen sie keineswegs ihre primäre Aufgabe, die geltende Rechtslage darzustellen. Dies geschieht außerordentlich kenntnisreich und – etwa durch entsprechend praktisch orientierte Checklisten – hilfreich. Dass auch diesen sachkundigen Autoren gelegentlich Fehler unterlaufen, ist unvermeidbar. Wenn etwa beim Abdruck der Positivliste des Art. 2 Abs. 2 RbEuHB just die Deliktsgruppe verloren geht, auf die die folgende Darstellung beispielhaft kritisch rekurriert (vorsätzliche Tötung)³, wird dies in der nächsten Auflage sicher korrigiert werden.

Deutlich knapper als das Auslieferungsverfahren (170 Seiten) werden Vollstreckungshilfe (durch *Ahlbrecht* und *Rosenthal*) auf 13 Seiten und sonstige Rechthilfe (durch *Böhm* und *Rosenthal*) auf 22 Seiten abgehandelt. Dabei bleibt manche nicht unwichtige Fragestellung, wie die nach der Zulässigkeit moderner Ermittlungsmethoden (etwa Videovernehmung, Überwachung des Fernmeldeverkehrs, verdeckte Ermittler) oder die nach dem Umfang der Rechtshilfe in Steuerstrafsachen durch insoweit interessante Staaten, wie der Schweiz, Liechtenstein oder Luxemburg, faktisch⁴ auf der Strecke, anderes wird in der Verknappung letztlich auch inhaltlich zweifelhaft. So vernachlässigt die Aussage, Rechtshilfeersuchen würden nach dem Recht des ersuchten Staates erledigt, sofern keine abweichenden Vereinbarungen bestehen,⁵ dass im EU-Raum in Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk eine abweichende Regel aufgestellt wird.

Die Herausgabe eines Handbuchs zum Internationalen Strafrecht mit insgesamt 6 Autoren verlangt auch eine entsprechende Abstimmung der Thematiken und der Schwerpunktsetzungen. Überschneidungen sollten vermieden, jedenfalls aber kenntlich gemacht werden. Das gelingt nicht immer. So findet sich neben der bereits gewürdigten Darstellung von *Hugger* zum Grundsatz „ne bis in idem“ eine aus dem Inhaltsverzeichnis nicht, aus dem Stichwortverzeichnis nur unzureichend⁶ ersichtliche Auseinandersetzung mit diesem Grundsatz durch *Böhm/Rosenthal* im Rahmen der Schilderung der verfahrens- und deliktsbezogenen Auslieferungshindernisse.

Insgesamt: Ein über weite Teile nützliches Werk, welches bei einer zweiten Auflage in seiner Schwerpunktsetzung und der Qualitätshomogenität verbessert werden sollte.

Dr. Herbert Veh, Präsident des Landgerichts, Augsburg

³ Vgl. Rn. 783, 784.

⁴ Fußnoten, die auf wenige Aufsätze verweisen (vgl. Rn. 1043), können die eigene Darstellung in einem Handbuch, welches laut Klappentext Antworten auf sämtliche Fragestellungen zum internationalen Rechtshilfeverkehr verspricht, nicht ersetzen.

⁵ Rn. 1001.

⁶ Die Fundstelle wird beim Stichwort „Doppelverfolgung“ ausgewiesen, nicht aber bei dem differenzierten Nachweis.

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

Heribert Ostendorf, Jugendstrafvollzugsrecht. Handbuch. Eine kommentierende Darstellung der einzelnen Jugendstrafvollzugsgesetze, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009, 764 S., € 78,-

Seit dem 1.1.2008 sind 16 Jugendstrafvollzugsgesetze in Kraft. Neun davon folgen einem gemeinsam entwickelten Musterentwurf, gestatten sich aber im Einzelnen auch Abweichungen hiervon. Die übrigen sieben haben völlig selbständige Gesetze vorgelegt, die sich nicht nur inhaltlich, sondern auch formal von dem Musterentwurf unterscheiden (Gliederung, Reihenfolge der Paragraphen etc.). Zwei Bundesländer (Bayern und Hamburg) haben allgemeine Landesstrafvollzugsgesetze vorgelegt, in welche die Vorschriften für den Jugendstrafvollzug integriert sind. Niedersachsen hat in sein „Justizvollzugsgesetz“ zusätzlich die Regelung der Untersuchungshaft einbezogen. Diese Konsequenz der Föderalismusreform hat eine beträchtliche Unübersichtlichkeit zur Folge, die auch eine Herausforderung für jede Gesetzeskommentierung darstellen muss. Grundsätzlich gibt es dafür zwei Möglichkeiten:

Will man sich an die klassische Form des Kommentars halten, muss man von einem exemplarisch herausgegriffenen Gesetz ausgehen, dessen Normen der Reihe nach kommentieren und die übrigen Gesetze nur in ihren Abweichungen von diesem Muster einbeziehen. Dieses Vorgehen hat *Bernd-Rüdiger Sonnen* gewählt, der im Anhang der 5. Aufl. des von ihm gemeinsam mit *Herbert Diemer* und *Armin Schoreit* herausgegebenen JGG-Kommentars schon im Frühjahr 2008 einen ersten Kommentar zum neuen Jugendstrafvollzugsgesetz vorgelegt hat. Er beschränkt sich dabei auf eine Kommentierung des Bremer Jugendstrafvollzugsgesetzes (welches zugleich für den erwähnten Musterentwurf der neun Bundesländer steht); nur bei „erheblichen Abweichungen“ wurde auch das Jugendstrafvollzugsgesetz von Baden-Württemberg einbezogen. Wie es gelingen soll, die übrigen Gesetze einzu beziehen, bleibt bis zur nächsten Auflage des JGG-Kommentars offen.

Möchte man hingegen die Erläuterung gleichzeitig auf alle einschlägigen Gesetze beziehen, wird man mit dem Problem konfrontiert, dass diese Gesetze unterschiedlich gegliedert sind und eine unterschiedliche Paragraphenfolge aufweisen. Man ist daher gezwungen, die klassische Form des Kommentars aufzugeben und eine handbuchartige Systematik zugrunde zu legen. *Heinz Kammeier* hat dies in seinem „neuartigen“ Kommentar zum Maßregelvollzugsrecht (2. Aufl. 2002) vorgeführt. Für jeden Themenbereich werden alle einschlägigen Normen der Landesgesetze erwähnt und vergleichend erläutert. Im Anhang finden sich sämtliche Landesgesetze im Wortlaut abgedruckt. Dadurch entsteht eine Art Zwitter aus Handbuch und Kommentar.

Das hier zu besprechende Werk nennt sich im Untertitel „Handbuch“. Schlägt man es jedoch auf, dann findet man, dass im Innentitel stattdessen von einer „kommentierenden Darstellung“ die Rede ist. Handelt es sich also um ein Handbuch oder einen Kommentar? Gegen Letzteres spricht die

Tatsache, dass davon abgesehen wurde, die Ländergesetze im Anhang abzudrucken. Stattdessen ist es offenbar den *Autoren* der einzelnen Abschnitte überlassen worden, ob und wie sie die einschlägigen Normen im Text wiedergeben, was sie in unterschiedlicher Ausführlichkeit tun.

Die zwölf *Autorinnen* und *Autoren* repräsentieren als Gruppe die erforderlichen einschlägigen Kompetenzen: juristische, pädagogische, psychologische, sozialpädagogische und soziologische. Einige von ihnen kennen den Vollzug und seine Klientel aus der Praxis (als Anstaltsleiter, Jugendrichter, Rechtsanwältin etc.). Andere bringen die Erfahrung langjähriger wissenschaftlicher Begleitung des Vollzuges aus pädagogischer und kriminologischer Sicht in die gemeinsame Arbeit ein. Herausgekommen ist ein Handbuch von eindrucksvoller interdisziplinärer Kompetenz, welches Maßstäbe für alle noch zu erwartenden Kommentare und Lehrbücher setzt.

Juristen, die womöglich einen Gesetzeskommentar erwarten, werden vielleicht enttäuscht sein, dass sich die einschlägige Information nicht nach Normen geordnet findet. Und diese Enttäuschung wird vielleicht noch größer werden, wenn sie feststellen, dass gar nicht alle Normen aller Landesgesetze in dem Band abgedruckt sind. Aber vielleicht ist das heute nicht mehr so entscheidend, da man sämtliche Normen (auf dem neuesten Stand) problemlos im Internet finden und herunterladen kann. In künftigen Auflagen wird man vielleicht sogar noch weitgehend auf den Abdruck vielfach ähnlicher oder sogar identischer Gesetznormen verzichten können.

Kommentierung im üblichen juristischen Sinne ist allerdings auch gar nicht die Absicht dieses Handbuches. Es will vielmehr „die Praxis im Sinne eines Förder- und Resozialisierungsstrafvollzuges unterstützen und zu einem „Besten-Vollzug“ beitragen (wie es im Vorwort des Hrsg. heißt). Dies ist ihm und seinem *Team* in hervorragender Weise gelungen. Neben den Details des geltenden deutschen Rechts finden sich Hinweise auf internationale Standards und Seitenblicke auf das schweizerische und österreichische Recht.

Eingebettet ist dieser normative Kern in rechtstatsächliche und kriminologische Informationen, die eine Einschätzung der Sinnhaftigkeit, aber auch der Reformbedürftigkeit der geltenden Gesetze ermöglichen. Wie jedes gute Handbuch lädt auch dieses zum Blättern ein, verfügt über ein ausgezeichnetes Register und ein ausführliches Literaturverzeichnis. Es sollte in keiner guten Bibliothek fehlen.

Prof. Dr. Johannes Feest, Bremen

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

Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Dieter Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht: StGB, StPO, Nebengesetze; Handkommentar*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2008, 3290 S., € 118,-

I. Mit dem neuen Werk unternehmen die Herausgeber den interessanten Versuch, das „Gesamte Strafrecht“ in einem einbändigen Handkommentar (Zitiervorschlag: HK-GS/Bearbeiter) zu kommentieren und dabei die herkömmliche Aufteilung in materielles Strafrecht, Nebengesetze, Jugendgerichtsgesetz, Ordnungswidrigkeitenrecht, sowie formelles Recht (StPO, GVG) zu überwinden. Angestrebt wird laut Vorwort „eine Kommentierung des materiellen Strafrechts und des Prozessrechts aus einer Hand“.

Der Handkommentar ist in drei Hauptteile gegliedert, und zwar 1. StGB (S. 51-1807), 2. StPO (S. 1809-3127), sowie 3. die Strafsachen betreffenden Teile aus dem GVG (S. 3129-3216) und dem EGGVG (S. 3217-3225). In diese Erläuterungen werden an regelmäßig gut nachvollziehbaren Stellen Kommentierungen des Nebenstrafrechts, des JGG und des OWiG integriert. Ein Verzeichnis dieses integrierten kommentierten Nebenstrafrechts und ein ausführliches Stichwortverzeichnis erleichtern bei Bedarf das gezielte Auffinden dieser Passagen.

II. Vielfach drängen sich die didaktischen Vorzüge der integrierten Erläuterung sachlich zusammenhängender Normen geradezu auf. Beispielhaft seien aus der Kommentierung zum StGB erwähnt: Die von *Verrel* bei § 19 StGB erörterten Regelungen der §§ 3, 105 JGG und des § 12 OWiG, die von *Braasch* bei § 56 StGB kommentierten Sonderregelungen in den §§ 21 ff., 27 ff. JGG, §§ 35 ff. BtMG und §§ 14, 14a WStG, die von *Hartmann* bei § 126 StGB angesprochenen §§ 21-30 VersammlG und § 113 OWiG sowie die von ihm bei § 129b StGB erläuterten §§ 20, 21 VereinsG, die Darstellung der §§ 22, 22a StVG im Zuge der Kommentierung des § 267 StGB durch *Alexander Koch* und die Ausführungen von *Quarch* zu § 24a StVG im Rahmen seiner Kommentierung des § 316 StGB. Genauso naheliegend und eingängig erscheint es, wenn in der StPO-Kommentierung etwa *Laue* bei § 112 StPO auf die §§ 71, 72 JGG, *Pfordte* bei § 153a StPO auf die §§ 45, 47 JGG und *Maiwald* bei § 341 StPO auf die §§ 79, 80 OWiG eingehen.

Bei der Auswahl der in die Hauptkommentierungen einbezogenen Vorschriften standen ersichtlich das JGG und das OWiG im Vordergrund; aber auch die dem materiellen Nebenstrafrecht entnommenen Tatbestände sind mit Bedacht ausgewählt. Dem hehren Anspruch, das „Gesamte Strafrecht“ in einem Handkommentar zu erläutern, kann das Werk allerdings nicht gänzlich gerecht werden. So vermisst man, worauf schon *Kudlich*¹ andernorts hingewiesen hat, Erläuterungen der praxisrelevanten Vorschriften des § 370 AO und des § 84 GmbHG. Nicht weniger wichtig dürften für den Strafrechtspraktiker auch die Straftatbestände etwa aus dem AuslG, dem BtMG, dem WaffG und dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts sein; allerdings hätte sich dann vielfach die

Frage gestellt, wo sie sinnvollerweise „anzudocken“ sind. Und natürlich hätte die Kommentierung der Straftaten gegen die Umwelt den Ausgangspunkt für die Erläuterung diverser Normen aus dem Umwelt-Nebenstrafrecht bilden können. Es liegt aber auf der Hand, dass diese umfänglichen Exkurse den Rahmen eines einbändigen Handkommentars eindeutig gesprengt hätten. Vor diesem Hintergrund erscheinen die unumgängliche Beschränkung und die Auswahl des kommentierten Nebenstrafrechts nachvollziehbar.

Damit ist die Frage nach der Zielgruppe des Kommentars aufgeworfen. Ausweislich des Vorworts soll sich das Werk sowohl an Studierende, als auch an Praktiker wenden. Für die Belange der Studierenden ist die Auswahl der im Handkommentar erläuterten Normen mit dem Schwergewicht auf den Bezügen zum JGG und OWiG überzeugend. Der Praktiker wird – wie dargestellt – nur auszugsweise und dann naturgemäß auch eher knapp bedient; er wird daher in weiten Teilen des Nebenstrafrechts weiterhin auf den Griff zum Spezialkommentar angewiesen bleiben.

III. Lässt man die Co-Autoren außer Betracht – allein *Rössner* hat sechs wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beteiligt –, haben 47 Autoren die Kommentierungen erstellt. Der Kreis der Bearbeiter reicht von profilierten Hochschullehrern über Praktiker aus den Bereichen Justizverwaltung, Gericht, Staatsanwaltschaft und Anwaltschaft bis hin zu wissenschaftlichen Mitarbeitern. Dass bei dieser Zahl an Bearbeitern die angestrebte Kommentierung des materiellen Strafrechts und des Prozessrechts „aus einer Hand“ nicht selten auf der Strecke bleibt, überrascht nicht. So sind viele Bearbeiter entweder nur mit Kommentierungen von Teilen des StGB oder ausschließlich mit Erläuterungen von Passagen der StPO befasst.

Die Bearbeitungstiefe und das Niveau der Kommentierungen sind dabei durchaus unterschiedlich. Exemplarisch herausgegriffen sei aus der Kommentierung des StGB, dass die Ausführungen zur Postpendenzfeststellung (§ 1 Rn. 17) auf die Erwähnung der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gänzlich verzichten, dass die §§ 80 bis 109k StGB lediglich in Form eines knappen Überblicks abgehandelt werden, die Tatbestände der Pfandkehr und der Gebührenüberhebung auf jeweils nur etwa einer Seite kommentiert werden und bei § 353b StGB die durchaus praktisch bedeutsame Frage der Beteiligung von Journalisten im Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung nicht erörtert wird. Diese Gewichtung wird für Studierende hinnehmbar sein, für den Praktiker bleiben allerdings Fragen offen. Mehrere andere Teile der Kommentierung zum StGB vermögen allerdings trotz des beschränkten zur Verfügung stehenden Raumes durchaus zu überzeugen. Zu nennen sind etwa die von *Duttge* erstellten detailreichen Bearbeitungen der §§ 15-18 StGB, zu den §§ 32-35 StGB, sowie aus dem Besonderen Teil der §§ 242-256, 263-265b StGB und des § 316a StGB, die zuverlässigen Darstellungen von *Ingelfinger* zur Beteiligungslehre und von *Laue* zum Sexualstrafrecht, sowie die besonders instruktiven und den aktuellen Diskussionsstand anhand neuester Rechtsprechung aufzeigenden Erläuterungen des Korruptionsstrafrechts durch *Bannenber*g.

¹ HRRS 2008, 388 (389 f.).

Stichprobenartige Blicke in die Kommentierung der StPO ergeben ein ähnliches Bild wie zum StGB: Während in weiten Teilen dem Leser ein – wenn auch nur gedrängter, aber doch zuverlässiger – Überblick über die verfahrensrechtlichen Normen gegeben wird (so etwa von *Laue* zum Haftrecht, von *Jäger* zu den §§ 133-136 StPO oder von *Stefan König* zu § 244 StPO), gibt es einzelne Passagen, die zumindest aus Sicht des Praktikers Wünsche offenlassen. Dies gilt insbesondere für die Ausführungen zu § 152 StPO. Diese – in Rn. 1 nicht zu Unrecht als „grundlegende Vorschrift“ bezeichnete – Norm wird in nur sieben eher allgemein gehaltenen Sätzen erläutert, was den Bedeutungsgehalt der Regelung und die Anwendungsprobleme auch nicht ansatzweise ausschöpft. Zu den für die staatsanwaltschaftliche Praxis bedeutsamen Grenzen der Bescheidspflicht bei sog. Kettenvorbringen und bei Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit des Antragstellers dürfte dem Praktiker allein mit dem apodiktischen Hinweis, bei uneinsichtigen Querulanten erfolge keine Bescheidung (§ 171 Rn. 1), nicht sonderlich gedient sein. Zweifelhafte erscheint auch, ob der mit der Stellung eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung befasste Rechtsanwalt anhand der knappen Ausführungen in Rn. 10 zu § 172 StPO in die Lage versetzt wird, einen zulässigen Antrag anzubringen. Die im Rahmen der Kommentierung von § 341 StPO angebrachten, ebenfalls sehr knappen Hinweise zu den §§ 79, 80 OWiG werden den nur gelegentlich mit der Rechtsbeschwerde oder einem Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde befassten Verteidiger wohl nicht befähigen, auf diesem nicht ganz einfachen Gebiet souverän zu agieren.

Die von *Böttcher* übernommene Kommentierung der für Strafsachen relevanten Normen aus dem GVG und dem EGGVG bietet auf gut 100 Seiten einen knappen, aber instruktiven Überblick, der insbesondere den Bedürfnissen der Studierenden gerecht wird.

IV. In formaler Hinsicht ist anzumerken, dass die Rechtsprechung im Handkommentar „Gesamtes Strafrecht“ überwiegend ausführlich unter Angabe von Entscheidungsdatum, Aktenzeichen und Fundstelle zitiert wird. Dies kostet zwar Platz, ist aber gleichwohl aus Sicht der Anwender zu begrüßen, denn es erleichtert dem Nutzer die Internetrecherche, etwa über die Internetauftritte des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs oder mittels anderer Datenbanken. Bislang gibt es allerdings mehrere Kommentierungen, in denen auf die ausführliche Zitierweise ganz (z.B. zu den §§ 47, 145, 145a StGB) oder zumindest teilweise (so etwa zu den §§ 46, 66, 164, 258, 258a, 353d StGB) verzichtet wird. Für die Folgeauflage wäre es daher wünschenswert, wenn die ausführliche Zitierweise im gesamten Kommentar angewendet würde.

V. Ein Fazit fällt nicht ganz leicht. Der neue Ansatz einer integrierten Kommentierung von Normen aus verschiedenen Gesetzen erscheint vielversprechend. Studierenden kann die Arbeit mit diesem Handkommentar den Blick auf Strukturen und Parallelen – insbesondere was die Bezüge von StGB und StPO zu JGG und OWiG angeht – eröffnen oder weiten. Auch für den nur gelegentlich mit dem Strafrecht befassten Praktiker wird der Griff zum „HK-GS“ hilfreich und – je

nach zu bewältigendem Fall – auch ausreichend sein; für diese Zielgruppe können die Hinweise zum JGG, zum OWiG und zu den strafrechtlichen Nebengesetzen im Einzelfall sogar einen gewissen Mehrwert bedeuten und die Anschaffung lohnend erscheinen lassen. Dass der wissenschaftlich vertieft arbeitende Praktiker nach Beschaffung des Handkommentars auf die eingeführten Standardwerke zu StGB, StPO, JGG, OWiG und zu den strafrechtlichen Nebengesetzen gänzlich verzichten können, wird man allerdings wegen der angedeuteten durchaus unterschiedlichen Bearbeitungstiefe innerhalb des Werkes und wegen der Lücken in der Kommentierung des Nebenstrafrechts nicht guten Gewissens sagen können. Der zuletzt genannten Zielgruppe wird der Handkommentar eher zur ergänzenden Abrundung des bereits anderweitig gewonnenen Bildes dienen.

Auf dem bereits gut sortierten Markt der strafrechtlichen Literatur dürfte das Werk wegen seines neuartigen Zuschnitts und auch mit Blick auf das ordentliche Preis-Leistungs-Verhältnis seine Abnehmer finden.

Ministerialrat Thomas Harden, Lehrbeauftragter an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Buchrezension

Dirk Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2003, 295 S., € 78,-

Dem *Verf.* geht es nicht um die Erfassung des Tatbestandes der Rechtsbeugung in seiner Gesamtheit. Auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechungsfälle beschränkt sich seine Kritik auf die Behandlung ausgewählter Problemfelder des Tatbestandes. Deshalb fragt er hinsichtlich der Urteile des BGH zur Rechtsbeugung in der NS-Zeit sogleich, ob der Tatbestand an seinen „Schlüsselstellungen, nämlich dem Vorsatzinhalt oder der Einbeziehung von übergesetzlichem Recht [...] juristisch haltbar“ ausgelegt wurde und welche Rechtsfolgen sich daraus ergaben. Entsprechend fragt er, ob hinsichtlich der Entscheidungen des BGH zur Rechtsbeugung in der DDR „der Anwendungsbereich der Rechtsbeugung“ – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH zur NS-Justiz – „nunmehr adäquat definiert“ wurde und überdies, ob in dem einen wie auch dem anderen Fall die Richter privilegiert wurden (S. 14 f.). Im Einzelnen:

I. Die Untersuchung der Judikatur des BGH zur Rechtsbeugung im NS-Staat beginnt mit der Frage nach der „Vorsatzform [...] – dolus eventualis oder dolus directus?“ Diese Frage nach dem subjektiven Tatbestand lässt sich sachgerecht eigentlich erst beantworten, wenn die Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes hinreichend geklärt sind (vgl. die Kritik des *Verf.*, S. 27, 2. Abs.). Deshalb geht der *Verf.* zunächst auf die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut der Norm und damit zugleich auch auf die Tathandlung und den Erfolg ein. Zu Recht kommt er zu dem Ergebnis: Weder die Entstehungs- und Gesetzgebungsgeschichte des § 336 StGB a.F. noch der Wortlaut der Vorschrift vermögen die Beschränkung der Vorsatzart auf den dolus directus zu rechtfertigen (S. 19).

Im Folgenden werden die Nachkriegsjudikatur, d.h. die Rechtsprechung des OGH für die Britische Zone knapp in der Fußnote, der Beschluss des OLG Bamberg aus dem Jahre 1949 hingegen ausführlich wegen seiner Vorreiterfunktion für die Rechtsprechung des BGH sowie diese selbst erörtert. Dabei ergibt sich, dass der BGH aus seiner anfänglichen Unentschiedenheit zur maßgeblichen Vorsatzform erst mit BGHSt 10, 294 herausfindet und zwar mit der Festschreibung des dolus directus. Zur Begründung dieser Beschränkung wird vom BGH die Sicherung der Unabhängigkeit des Richters angeführt. Dass die vom BGH hierzu angestrebten Überlegungen die Beschränkung auf den dolus directus letztlich nicht zu tragen vermögen, wird vom *Verf.* unter Heranziehen der vorfindlichen Literatur im Ergebnis richtig aufgezeigt. Im Anschluss an *Fritz Bauer* ist der *Verf.* ferner der Ansicht, dass die Rechtsprechung des BGH zur Vorsatzform bei der Rechtsbeugung „Vorschub für den zu vermeidenden ‚Anschein der Schaffung eines Standesprivilegs‘ geleistet“ habe (S. 36).

Der nächste Abschnitt handelt von der Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes. Hierzu führt der *Verf.* zunächst die von *Radbruch* 1946 in seinem Aufsatz „Gesetzliches

Unrecht und übergesetzliches Recht“ (SJZ 1946, 108) formulierte richterliche Strafbegrenzung an: „Die Strafbarkeit der Richter wegen Tötung setzt die gleichzeitige Feststellung einer von ihnen begangenen Rechtsbeugung (§§ 336, 344 StGB) voraus“. Vor diesem Hintergrund fragt der *Verf.* sodann, wie der BGH diese Sperrwirkung tatsächlich gehandhabt habe. Dabei rügt er zu Recht ihre personale Reichweite, z.B. durch Einbeziehung eines Generals eines SS-Armee-korps als eine einem Laienrichter gleich zu behandelnde Person. Soweit die Verknüpfung von Sperrwirkung und Vorsatzerfordernis in Form des dolus directus vom BGH auch auf die richterliche Unabhängigkeit als Ziel des § 336 StGB a.F. gestützt wird, sieht der *Verf.* hierin ebenfalls eine fragwürdige Ausdehnung der Sperrwirkung und zwar nicht nur auf den nur mit dolus eventualis handelnden Richter, sondern wegen der vom BGH befürworteten personalen Reichweite auch auf jeden anderen weisungsgebundenen und damit abhängigen Beamten.

Diese Ausdehnung der Sperrwirkung führe dazu, dass sie nicht länger mit der Schutzfunktion der richterlichen Unabhängigkeit begründet werden könne. Stattdessen müsse folgendes gelten: Im „Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Sperrwirkung bzw. Rechtsbeugungstatbestand“ komme „dem § 336 nur die Aufgabe zu, die in Art. 97 I GG normierte Bindung an Gesetz und Recht zu kontrollieren und den Missbrauch der richterlichen Unabhängigkeit zu verhindern“ (S. 45 ff., 47). Dem entspricht es im Wesentlichen, wenn in der Literatur der Zweck des § 336 StGB a.F. schlicht darin gesehen wird, objektiv falsche Entscheidungen zu verhüten.¹

Auf dieser Grundlage hegt der *Verf.* auch „rechtshistorische Zweifel an der Position des BGH“ (S. 48 ff.).

Dazu problematisiert er die Tatsache, dass der BGH mit seinem Rückgriff auf den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit die Sperrwirkung ausgerechnet NS-Richtern habe zugute kommen lassen. Trotz Fortgeltung des § 1 GVG (wonach die richterliche Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt wird) in der NS-Zeit sei nach dem NS-Justizverständnis unter dem Begriff der Unabhängigkeit des Richters inhaltlich etwas ganz anderes verstanden worden als es dem rechtsstaatlichen Verständnis entspricht: Der Richter sei gebunden gewesen an die leitenden Grundsätze des Führerstaates und habe seine Arbeit nach der NS-Weltanschauung auszurichten gehabt (S. 48 f.). Aber – „er blieb dennoch Richter: Freiräume bei der Entscheidung hatte er auch“ (S. 50 Fn. 165). Teilt man diese Ansicht des *Verf.*, dann richtet sich sein Vorwurf der Sache nach nur noch dagegen, dass der BGH Inhalt und Reichweite seines Begründungsstranges, Schutz der richterlichen Unabhängigkeit, nach den damaligen Umständen nicht hinreichend ausgeleuchtet hat. Dem vom *Verf.* im Einklang mit früheren Überlegungen *Grünhuts* aufgezeigten Zwischenergebnis ist zuzustimmen: Der seit BGHSt 10, 294 geforderte direkte Vorsatz führt durch entsprechende Ausdehnung der Sperrwirkung zu einer Überdehnung des Haftungsprivilegs, der Verantwortung

¹ *Spendel*, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984, S. 66.

und Kontrolle der Rechtsprechung illusorisch zu machen geeignet ist (S. 53 f.).

Im Folgenden geht es dem *Verf.* um die Reichweite der Sperrwirkung: Sie entfällt bei sog. Scheinverfahren. Dazu geht er zunächst aus von der in der Literatur vorgenommenen Abscheidung von nichtiger Entscheidung und Nichturteil und geht dann über zu dem fehlsam durch subjektive Kriterien bestimmten Begriff des Scheinverfahrens durch den BGH. Dieser subjektiv eingefärbte Begriff, kein Recht, sondern „willkürliche Machtsprüche“ sprechen zu wollen, werde zu einer nicht gebotenen Umschreibung einer Tatbestandsvariante der Rechtsbeugung. Im Übrigen werde die mangelnde Deutlichkeit des Begriffs Scheinverfahren auch in der Abgrenzung zu rechtsbeugenden, nichtigen Urteilen und Nichturteilen durch die Rechtsprechung nicht behoben (S. 62 ff.). Das zeigt der *Verf.* auch an Denunziantenprozessen auf (S. 70 f.). Obwohl die betroffenen Verfahren bloße Scheinverfahren gewesen seien, seien die Urteilssprüche nicht als nichtige Entscheidung oder als Nichturteil, sondern lediglich als rechtswidrig angesehen worden. Das hatte zur Folge, dass die Sperrwirkung des § 336 StGB a.F. erhalten blieb und die Strafbarkeit Tateinheitlich begangener Delikte von der Feststellung einer mit direktem Vorsatz begangenen Rechtsbeugung abhing. Zu Recht rügt der *Verf.*, dass der BGH trotz seiner mehrfachen verbalen Verdikte gegen die NS-Urteile niemals die Grundsatzfrage nach der Wirksamkeit oder Nichtigkeit solcher Urteile stellte (S. 71 ff. [74]).

Im nächsten Abschnitt „Recht' im Sinne des Rechtsbeugungstatbestandes“ geht es dem *Verf.* um die Frage, ob jenseits des gesicherten Bereichs (formelles, materielles Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht, allgemeine Regeln des Völkerrechts) auch ein übergesetzliches Recht als beugungsfähiges Recht i.S. des § 336 StGB a.F. anzuerkennen ist (S. 74 ff.). Dabei stellt er zunächst die *Radbruchsche* Formel nur vor und beschäftigt sich sogleich mit der „Wehrlosigkeitsthese“ infolge Rechtspositivismus in der Weimarer Justiz, innerhalb der Wissenschaft sowie schließlich der NS-Richterschaft. Sein Ergebnis lautet: Die rechtstatsächliche Aussage *Radbruchs*, wonach der Rechtspositivismus den Juristenstand wehrlos gemacht habe gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts widerspreche den seinerzeit vorfindlichen antipositivistischen Tendenzen in Justiz und Wissenschaft. Hält man die vom *Verf.* hierauf gegründete „antilegale Grundhaltung“ (S. 85) nicht für (allein) maßgeblich, dann bleibt die Frage nach einem anderen oder weitergehenden rechtstatsächlichen Begründungsstrang.²

Anschließend greift der *Verf.* die Frage nach dem übergesetzlichen Recht als beugungsfähigem Recht i.S. des § 336 StGB a.F. wieder auf. Dazu wendet er sich S. 86 ff. den Schwächen des normativ-geltungstheoretischen Ansatzes *Radbruchs* zu. Seine Kritik berücksichtigt zum Einen nicht hinreichend, dass es 1946 im Gegensatz zu heute an nationalen und internationalen Gerechtigkeitsgeboten fehlte. Überdies bleibt abzuwarten, ob sie ausreichend sind. Zum Anderen: Nur derjenige, der entgegen *Radbruch* die Wurzel des

Naturrechts (d.h. des übergesetzlichen Rechts) nicht länger in der Jahrtausende alten gemeinsamen Weisheit der Antike, des christlichen Mittelalters und des Zeitalters der Aufklärung sieht und das Gebot, Gott mehr zu gehorchen als den Menschen, leugnet und zwecks Berücksichtigung der damaligen rechtstatsächlichen Wirklichkeit an die Stelle des so verstandenen übergesetzlichen Rechts ein „übergesetzliches NS-Naturrecht“ (S. 89), und das heißt letztlich, den Führer Willen setzt und von hier aus argumentiert, nur dem kommen heute „konstruktive Bedenken im Hinblick auf den Rechtsbeugungstatbestand“ und nur der vermag heute von „rechtsphilosophischer Unzulänglichkeit“ (S. 91 f.) der *Radbruchschen* Formel zu handeln. In Erinnerung an *Victor Klemperer*³ könnte man hinsichtlich der Wortschöpfung „übergesetzliches NS-Naturrecht“ daran denken, Worte können sein wie winzige Arsendosen und nach einiger Zeit ist die Wirkung dieser „verbalen Unkultur“ da. Dabei wird nicht in Abrede genommen, dass wissenschaftlich die Frage gestellt werden kann, ob überhaupt und wenn ja, inwieweit sich Bestandteile der NS-„Rechtslehre“ als naturrechtliche oder naturrechtsanaloge Sätze begreifen lassen.⁴ Von dieser Fragestellung ist jedoch die vom *Verf.* geführte Auseinandersetzung mit dem Begriff des „übergesetzlichen Rechts“ weit entfernt.

Hinzu kommt noch folgende Frage: Woher nimmt der *Verf.* eigentlich die Gewissheit, dass der Standesbeamte im Wetzlarer Aufgebotsfall, hätte er nicht im Sinne vorweggenommenen Gesetzesunrechts gehandelt, Gefahr gelaufen wäre, sich nach § 336 StGB a.F. strafbar zu machen (S. 89)?⁵ Angesichts dieser bloßen Behauptung geht auch seine weitere Argumentation ins Leere, man lege dem Standesbeamten die Pflicht auf, er hätte sich seinerzeit strafbar machen müssen.

Die nächsten beiden Abschnitte erschöpfen sich in bloßen Folgerungen aus dem vom *Verf.* vertretenen positivistischen Ansatz. So werden S. 93 ff. der Wortlaut des Rechtsbeugungstatbestandes und der Wille des Gesetzgebers daraufhin untersucht, ob in dieser Vorschrift auch die Verletzung überpositiven Rechts strafbewehrt ist. Der *Verf.* gelangt zu dem Ergebnis, dass zwar nach dem Wortlaut mit dem Begriff „Recht“ die Einbeziehung von überpositivem Recht vereinbar wäre, mit Blick auf damaliges Verfassungs- und Gesetzesrecht indes nur staatlich positiviertes Recht umfasst war. Entsprechendes habe auch nach heutigem Verfassungsrecht zu gelten.

S. 96 ff. wird der Grundsatz *nulla poena sine lege* in seinen Funktionen Rückwirkungsverbot, Bestimmtheitsgebot und dem damit verknüpften Gesetzlichkeitsprinzip erörtert. Zwar sei aus der Naturrechtsperspektive die Einbeziehung übergesetzlichen Rechts in den § 336 StGB a.F. mit dem

³ LTI 1995, S. 21.

⁴ Vgl. *Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, 2008.

⁵ Vgl. dagegen die Ausführungen von *Spendel* (Fn. 1), S. 21 ff., 29 f. unter Hinweis auf die Verwaltungsanweisung des damaligen Innenministers, ähnliche Aufgebotsanträge nicht etwa ebenfalls abzulehnen, sondern zurückzustellen im Hinblick auf bevorstehende Gesetzesänderungen.

² Zur Antwort vgl. *Spendel* (Fn. 1), S. 7 ff., 10 f. m.w.N.

Rückwirkungsverbot vereinbar, aus positivistischer Sicht werde damit aber die Faktizität des damaligen Gesetzesrechts bewusst geleugnet (S. 100). Hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes greift der *Verf.* auch auf das schon oben kritisierte „NS-Naturrecht“ zurück und folgert – insoweit zutreffend –, dass unter seiner Anwendung Gesetzesrecht zu formbarem Wachs in den Händen des Richters wurde (S. 103). Dass sich diese Problematik hinsichtlich des Gesetzlichkeitsprinzips verschärfe, wird S. 103 f. betont. Dass Gleiches auch heute noch zu gelten habe, ist nicht zuzugeben, nachdem sich in unserem Kulturkreis im Gegensatz zur normativen Armut von 1946 ein dichtes Netz von Normierungen zur Auslotung der Gebote höherer Gerechtigkeit gebildet hat.⁶

Der Frage, ob überhaupt und inwieweit die Nachkriegsjustiz und der BGH Naturrecht in den Tatbestand des § 336 StGB a.F. einbezog, wird S. 104 ff. nachgegangen. Die Antwort des *Verf.* bestätigt im Wesentlichen die Erkenntnis *Spendels*⁷, dass jedenfalls der BGH der Entscheidung ausgewichen ist, ob die Beugung des Rechts durch Anwendung eines ungerechten und ungültigen NS-Gesetzes möglich sei (S. 107 f.). Das Bekenntnis des BGH zu überpositivem Recht, sei „oft doch mehr ein Lippenbekenntnis als eine Herzenssache“⁸ gewesen.

Der vorletzte große Abschnitt befasst sich mit der „Beugung des Rechts“, also der Tathandlung, und zwar in den Varianten der Sachverhaltsverfälschung, der Rechtsbeugung bei der Rechtsanwendung im engeren Sinne sowie bei der Ermessensentscheidung (S. 115 ff.). Bezogen auf die Beurteilung von NS-Justizakten geht es dem *Verf.* vor allem um die Frage, welcher Auslegungsmaßstab für das damalige angewandte Recht angelegt werden muss. Seine Antwort lautet: Entscheidend ist, ob „ein Verstoß gegen die frühere positive Rechtslage zu registrieren“ ist „oder nicht“. Dabei ist „nach der zur Tatzeit vertretbaren Auslegung der Norm zu fragen“ (S. 120). Diese – aus der Sicht des *Verf.* – auch in diesem Kontext vorgenommene konsequente Ausblendung des Naturrechts ist geeignet, die Aufarbeitung von NS-Unrecht mehr zu verhindern als sie zu fördern.

Es folgt eine Darstellung der Aussagen des BGH zur Auslegung. Nach Ansicht des *Verf.* sind sie insofern widersprüchlich, als der BGH einmal Auslegungskriterien nach der Tatzeit heranzieht und insoweit positivistisch argumentiert, zum Anderen aber bisweilen ausdrücklich auf rechtsstaatliche Maßstäbe rekurriert (S. 133). Allerdings war dieser Rekurs jedenfalls bei der Entscheidung vom 30.6.1959 (S. 129 ff.) – wie auch der *Verf.* nicht verkennt – angesichts des festgestellten Ermessensmissbrauchs nicht entscheidungserheblich.

Unter dem Titel „Rechtsblindheit oder politische Verblendung?“ werden S. 135 ff. „Vorsatzinhalt und Rechtsbegriff“ problematisiert. Eine kurze Darstellung der Lösungsansätze in der Literatur führt den *Verf.* dazu, den „Überzeugungstäter, dessen von der geltenden Rechtsordnung abwei-

chende Vorstellungen über die richtigen Normen damit irrelevant sind, [...] nach § 336“ zu bestrafen (S. 139). Es folgen Entscheidungen der Nachkriegsjustiz und des BGH zum Überzeugungstäter. Der Mangel einer sachgerechten Abscheidung der politischen Verblendung von der Rechtsblindheit veranlasst den *Verf.* zu einem Exkurs über die subjektive Rechtsbeugungstheorie, die er im Ergebnis zu Recht ablehnt (S. 146 ff.).

II. Der 2. Teil der Arbeit analysiert die Judikatur des BGH zur Rechtsbeugung in der DDR. Eingangs stellt der *Verf.* die Vergleichbarkeit beider Regime (NS-Staat und DDR) und deren Rechtsverständnis fest.

Im Anschluss an *Schöneburg* heißt es: „Das Recht wird [sc. jeweils] dem Primat der Politik unterstellt“ zwecks Durchsetzung der Ideologie. „Die Funktion des Rechts besteht zumindest auch in der Unterdrückung des Individuums zugunsten des Kollektivs“ (S. 153 ff., 155). Die weiterhin benannten Gemeinsamkeiten beider totalitärer Staaten sollen zwar Rückschlüsse für die Vergleichbarkeit der „Altataten“ zulassen; zu Recht weist er aber darauf hin: Vergleichbarkeit hier bedeute nicht zugleich Gleichstellung dort (S. 160). Folgerecht fragt der *Verf.* zunächst nach dem Strafanwendungsrecht, also nach dem Anwendungsbereich des § 244 DDR StGB⁹. Dazu geht er auf Art. 315 Abs. 1 S. 1 EGStGB in Verbindung mit § 2 Abs. 1 und 3 StGB, das Beitrittsprinzip contra internationale Lösung, die Unrechtskontinuität von § 244 DDR StGB und § 339 StGB, den Mildevergleich, Unterbrechung, Ruhen, Verlängerung von Verjährungsfristen, sowie Amnestie im Verständnis von Lehre und Rechtsprechung des BGH (vgl. S. 183 ff.) ein. Auch an dieser Stelle wäre es wünschenswert gewesen, wenn der *Verf.* anstelle der von ihm bevorzugten Trennung von Literatur und Rechtsprechung diese Problemkreise „ganzheitlich“, also jeweils zusammenfassend abgehandelt hätte (man vergleiche nur seine vielfachen Verweise auf die Literatur in Fn. II 159, 164, 165, 191, 196).

Der Rechtsfigur der Sperrwirkung im Kontext mit § 244 DDR StGB geht der *Verf.* S. 193 ff. nach mit dem Ergebnis: Der grundsätzlichen Befürwortung, den DDR-Richtern die Sperrwirkung zuzubilligen, sei zuzustimmen, nicht hingegen der in BGHSt 41, 247 (255) angeführten Begründung, die Sperrwirkung sei vornehmlich als Folge einer Spezialregelung systematisch geboten.

Der mit Teil I vorgegebenen Gliederung folgend, wendet sich der *Verf.* S. 198 ff. den Fragen von Naturrecht und Gesetzlichkeit zu, insbesondere: Ist die Einbeziehung des Naturrechts in § 244 DDR StGB möglich oder sogar erforderlich, gibt es naturrechtswidrige DDR-Gesetze, ist deren richterliche Anwendung eine tatbestandliche Rechtsbeugung? Diese Fragen verneint der *Verf.* vom Standpunkt einer rechtspositivistischen Auffassung (S. 201). Maßstab für die Rechtsgültigkeit jedweder DDR-Norm, also auch der Strafvorschriften, müsse die DDR-Verfassung sein. Dieser positivistischen Ansicht entsprächen überdies der Wortlaut und die ratio legis des § 244 DDR StGB. Gleiches ergebe sich auch aus dem zu

⁶ Vgl. *Hassemer*, Einführung zu Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 2002, S. XX f.).

⁷ In: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 10. Aufl. 1988, § 336 Rn. 51.

⁸ *Spendel*, JZ 1987, 581 (582).

⁹ Vgl. im Einzelnen S. 160 ff. m.w.N., sowie *Spendel*, Für Vernunft und Recht, 2004, S. 239 ff.

beachtenden Einigungsvertrag und hier insbesondere aus Art. 315 Abs. 1 EGStGB i.V.m. § 2 Abs. 1 StGB. Folgt man dem, dann ist für Naturrecht kein Raum, und deshalb fällt nach Ansicht des *Verf.* unter § 244 DDR StGB nur das jeweils angewandte DDR-Recht. Bei diesem auf die „Prinzipien Rechtssicherheit, Gesetzlichkeit und Vertrauensschutz“ als „Ausdruck der Gerechtigkeit“ gestützten positivistischen Maßstab für die Rechtsanwendung jedweder DDR-Norm (S. 200 f.), bleibt allerdings außer Betracht, dass es des Sprungs ins Naturrecht vielleicht schon deshalb gar nicht bedarf, weil sich aus menschenrechtlichen Beschwörungen im Strafgesetzbuch der DDR, der Verbürgungen von Grenzen staatlicher Eingriffe, von Freiheit und Verhältnismäßigkeit in der DDR-Verfassung sowie den Garantien von Grundfreiheiten in internationalen Vereinbarungen, denen die DDR beigetreten war, ohnehin die Gebote der Gerechtigkeit entnehmen lassen, die für eine normative Kritik der positiven Gesetze notwendig sind.¹⁰

Folgt man dem, dann sind auch die S. 204 f. vom *Verf.* geäußerten verfassungsrechtlichen und konstruktiven Bedenken gegen die Berücksichtigung übergesetzlichen Rechts obsolet, es sei denn, man teilt auch in diesem Kontext seine Ansicht, dass die Strafwürdigkeit von DDR-Richtern weder auf die allgemeinen Erklärungen der Menschenrechte, den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte noch auf das völkerstrafrechtlich konzipierte Kontrollratsgesetz Nr. 10 gegründet werden könne (S. 206 f.). Dagegen spreche „die in dem Einigungsvertrag spezielle und damit vorgehende in Art. 315 I EGStGB getroffene Regelung, wonach grundsätzlich das DDR-Recht maßgeblich ist“ (S. 207). „Dass der sich zulasten des positivierten DDR-Rechts auf die marxistische Ideologie berufende Richter straffrei ausgeht, wenn man ein inhaltlich an den Menschenrechten orientiertes Naturrecht in den Tatbestand der Rechtsbeugung einbezieht“ (S. 208), zu diesem fehlsamen Ergebnis vermag nur zu gelangen, wer aus dem unersetzbaren Juwel der internationalen Vereinbarungen zum Schutze der Menschenrechte ersetzbarer Talmi macht (s.o. unter I.).

Im Folgenden fragt der *Verf.* nach der Einbeziehung von Naturrecht in den Tatbestand der Rechtsbeugung durch den BGH. Dazu stellt er zunächst heraus: Wenngleich der BGH seinen Entscheidungsgründen – etwa beim Mauerschüssefall – die *Radbruchsche* Formel inkorporiert habe, werde das Ergebnis nicht länger auf sie gestützt, sondern auf konkrete Prüfungsmaßstäbe, die internationalen Menschenrechtspakte, zurückgegriffen (S. 208 ff.). Auf dieser Grundlage werde auch den DDR-Grenzesetzen die Qualität als Recht abgesprochen. Entsprechend verfahren der BGH hinsichtlich der Fälle von Rechtsbeugung unter der DDR-Justiz. In diesem Zusammenhang untersucht der *Verf.* dann u.a. eingehend BGHSt 40, 272, der die Anwendung von § 214 DDR StGB (Beeinträchtigung staatlicher oder gesellschaftlicher Tätigkeit) betraf. Hier hebt der BGH hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „gesetzwidrige Entscheidung“ in § 244 DDR StGB darauf ab, dass der Kernbereich des Rechts nicht schon

bei einem Verstoß gegen Menschenrechte, sondern erst bei einer „offensichtlich schweren Menschenrechtsverletzung“ betroffen sei. Diese Einengung des objektiven Tatbestandes führt die Linie fort, die der BGH hinsichtlich der NS-Rechtsbeugungen vorgegeben hatte. Hier wurde nur ein elementarer Rechtsverstoß, ein schwerwiegender Rechtsbruch anstelle einer objektiv eindeutigen und zweifelsfreien Rechtsverletzung als Tathandlung des § 336 angesehen¹¹. Dass der BGH in den Fällen der DDR-Rechtsbeugung den objektiven Tatbestand darüber hinaus einschränkt, wird vom *Verf.* nicht herausgestellt. Vielmehr schenkt er seine weitere Aufmerksamkeit der Frage, inwieweit der BGH trotz Konkretisierung des „Kernbereichs des Rechts“ nicht letztlich doch dem naturrechtlichen Ansatz verhaftet bleibt. Diese Frage müsse deshalb bejaht werden, weil mangels Transformierung des völkerrechtlichen Vertrages in DDR-Recht die internationalen Menschenrechtserklärungen eine „quasi naturrechtliche Gestalt gewinnen“ (S. 219).

Der nächste Abschnitt „Gesetzwidriges Entscheiden“ behandelt insbesondere die Problematik um den maßgeblichen Auslegungsmaßstab. Dazu geht der *Verf.* zunächst auf Verständnis und Funktion des DDR-Rechts in Relation zur dortigen Politik ein, und das heißt auf den Begriff der sozialistischen Gesetzlichkeit. Diesem Begriff liege der Primat der Politik gegenüber dem Recht zugrunde. Vor diesem Hintergrund erweise sich das DDR-Recht als ein Mittel der SED zur Durchsetzung ihrer Politik. Rechtlich verbindlicher Maßstab der Rechtsanwendung sei der Parteiwille, Rechtsquelle das staatliche Rechtsetzungsmonopol, ihm übergeordnet die Parteibeschlüsse, die konkrete Aufgaben als Anweisungen an den Gesetzgeber formulierten (S. 222 ff., 226 f., 228). Eine Vergleichbarkeit zur NS-Zeit liegt auf der Hand.

Bei Klärung des Auslegungsmaßstabes für DDR-Normen geht der *Verf.* dann gesetzessystematisch von der Normativität der Rechtsordnung der DDR aus und misst sie an der von ihr behaupteten Bindungswirkung und ihrem inhaltlichen Anspruch (S. 231). Dementsprechend ist für die Feststellung einer Strafbarkeit gemäß § 244 DDR StGB nur noch zu untersuchen, ob die Entscheidung mit der damaligen positiven DDR Rechtslage übereinstimmt oder ob dies nicht der Fall ist (S. 232 f.). Damit wird zugleich der gegenläufige in der Literatur vertretene Ansatz, das damalige DDR-Recht aus heutigem rechtsstaatlichem Horizont zu interpretieren, abgelehnt. „Eine solche Auslegung würde das Rückwirkungsverbot berühren, wäre Naturrecht im Gewande der Auslegung“ (S. 233). Dem gegen die positivistische Haltung des *Verf.* gerichteten Vorwurf unzureichender strafrechtlicher Verfolgung begegnet er mit der Forderung, zwischen Wiedergutmachungsfolgen (Rehabilitierung der Opfer des SED-Unrechts) einerseits und der strafrechtlichen Aufarbeitung des Justizunrechts andererseits zu trennen (S. 234). Ob diese differenzierende Methode wirklich geeignet ist, den Rechtsfrieden wieder herzustellen, darf nach den Erfahrungen mit der strafrechtlichen Aufarbeitung von NS-Unrecht neben Entschädigungszahlungen, Restitutionen und Rehabilitatio-

¹⁰ Hassemer (Fn. 6), S. XX f.

¹¹ Zur Kritik vgl. Spendel (Fn. 9), S. 243 f.

nen bezweifelt werden. Abgesehen davon fehlen nähere Angaben zu den Voraussetzungen für „bloße Wiedergutmachungsfolgen“.

Im Folgenden werden die Auslegungsmaßstäbe des BGH für das DDR-Recht im Hinblick auf eine Strafbarkeit nach § 244 DDR StGB untersucht. Der Weg führt von BGHSt 40, 30 über BGHSt 40, 272 zu BGHSt 41, 157 (162). Das Fazit des *Verf.* lautet: Der BGH postuliere einen normativen Positivismus bei retrospektiver Anwendung des DDR-Rechts, wenn er auf das im Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung maßgebliche DDR-Recht sowie die Auslegungsmethoden der DDR und nicht auf die der Bundesrepublik abhebe (S. 241 ff.). Eine auch nach Ansicht des *Verf.* unberechtigte Restriktion erfolge jedoch dadurch, dass als Rechtsbeugungshandlung nur „offensichtlich schwere Menschenrechtsverletzungen“, die eine richterliche Entscheidung als Willkürakt kennzeichnen, in Betracht zu ziehen seien. Dazu sollen objektiv die Überdehnung des Straftatbestandes durch Überschreiten des Gesetzeswortlauts, das unerträgliche Missverhältnis zwischen Strafe und Tat sowie subjektiv Strafverfolgung und Bestrafung zwecks Ausschaltung des politischen Gegners oder einer bestimmten sozialen Gruppe (S. 244) zählen.

S. 252 ff. geht der *Verf.* auf die vom BGH befürwortete Tatbestandsreduktion in exemplarischen Einzelfällen ein (u.a. BGHSt 40, 169; 40, 272). Seine Analyse bestätigt seine diesbezügliche Kritik an der Rechtsprechung. Der letzte Abschnitt ist wiederum der Rechtsblindheit und politischen Verblendung gewidmet. Strukturell bestehe kein Unterschied zwischen DDR-Alttaten und NS-Unrecht. Es handle sich gleichermaßen um politisch verblendete Vorsatztäter (S. 267ff.). Dass dieses Ergebnis auch vom BGH in Fällen der Rechtsbeugung durch DDR-Richter bestätigt werde, zeigt der *Verf.* durch eine Analyse von BGHSt 41, 317 (337 f.) auf (S. 269 ff.).

III. Die Beschäftigung des *Verf.* mit der Judikatur des BGH zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR schärft die Aufmerksamkeit für den Kampf gegen das Vergessen oder Verdrängen von Unrecht sowie die Gleichgültigkeit ihm gegenüber. Das ist zu begrüßen. Sein zahlreiches Fallmaterial zeigt abermals auf, wie Leben und Tod, Freiheit und Unfreiheit, Würde und deren Verletzung in der Macht der Zunge – hier artikuliert durch richterliche Entscheidungen – stehen. Freilich hätte man sich mehrfach eine schärfere Strukturierung gewünscht und zwar sowohl hinsichtlich des Aufbaus der Arbeit selbst, als auch bei der Auseinandersetzung mit den von Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen. Auch fehlt es dem *Verf.* manchmal an Entschiedenheit, sich mit Nachdruck gegen den Fehlgebrauch rechtlicher Instrumentarien oder fehlsamer Argumentation offen zur Wehr zu setzen. Mit der partiellen „Vertretbarkeit im Ergebnis“ wird der Anschein einer Harmonie geweckt, die nur zum Teil der vom *Verf.* eingenommenen positivistischen Position entspricht, die jedoch weithin den Vorstellungen vom richtigen Recht, und das heißt hier einer der Gerechtigkeit dienenden Rechts-Findung und Recht-Sprechung diametral entgegengesetzt ist. Insoweit spricht der *Verf.* zu Recht vom „wiederholten Scheitern“ der Rechtsprechung des BGH bei Ahndung von Rechtsbeugungen im NS-Staat und in der DDR.

Denn es blieb die nicht zuletzt auch von *Semprún* so eindringlich beschworene zweimalige Chance zur „Bewältigung“ von Vergangenheit weithin ungenutzt. Hinsichtlich seiner positivistischen Orientierung ist dem *Verf.* zu wünschen, dass er nicht auf eine normative Lücke trifft, die auch ihn zwingt, die Entscheidung auf die *Radbruchsche* Formel zu stützen.¹²

Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg

¹² Vgl. *Hassemer* (Fn. 6), S. XXI.