

# Bewerten, Beweisen, Verurteilen

## Antwort auf Puppes Polemik über die „Methoden der Rechtsfindung des BGH“ (ZIS 2014, 66)

Von VRiBGH Prof. Dr. Thomas Fischer, Baden-Baden\*

In ZIS 2014, 66, hat Puppe den Text eines Referats veröffentlicht, welches sie am 12.1.2014 im Rahmen einer Diskussion mit dem Verf. über das Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Strafrechtspraxis im „Dienstagsseminar“ des Instituts für Kriminalwissenschaften der Universität Frankfurt gehalten hat. Eine Erwiderung ist veranlasst.<sup>1</sup>

Ingeborg Puppe ist eine Strafrechtslehrerin mit großer Kraft, luzider Intelligenz, raumgreifender Rhetorik. Von der Praxis des Strafrechts meint sie in der Regel, dass sie entweder ihren dogmatischen Vorschlägen folge oder falsch sei. Am Beispiel der – besonders ausdifferenzierten – Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Vorsatz bei Tötungsdelikten unternimmt sie es, ein weiteres Mal darzulegen, dass der Oberste Gerichtshof Strafrechtsdogmatik nicht Ernst nehme oder nicht kenne, sondern ihr ausweiche; Begriffe nicht verstehe, sondern sie der Beliebigkeit aussetze; Ergebnisse nicht nach Rechtsregeln finde, sondern nach Gutdünken. Der von Puppe hierzu vorgelegten Beweisführung ist zu widersprechen.

### I. Einleitung

In einem ersten Schritt erläutert Puppe, was ein Werturteil sei und was ein solches von einer Tatsachenbehauptung unterscheidet: „Ein Werturteil hat nur dann einen Sinn, wenn es die Tatsachen impliziert, die [...] bewertet werden, und die Kriterien, nach denen sie bewertet werden. Anders als Indiztatsachen sind also die Tatsachen, auf die sich eine Wertung bezieht, integraler Bestandteil der Bedeutung der wertenden Aussage. [...] Da jedes Werturteil sich auf bestimmte Tatsachen beziehen muss, gilt für Werturteile nicht die Maxime, sie seien unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu fällen [...]. Da Werturteile eine Norm implizieren, impliziert ihre Anwendung im Recht eine Rechtsnorm. Rechtsnormen unterliegen der Revision.“<sup>2</sup>

Das mag man so sagen, wenngleich sich schon in dem Satz, eine „Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls“ könne kein Werturteil tragen, eine merkwürdige Vermischung tatsächlicher und wertender Elemente findet, die später aufgegriffen wird: Ist zum Beispiel die Behauptung, die Deutsche Fußballnationalmannschaft habe im Länderspiel gegen Chile am 5.3.2014 „schlecht“ gespielt, ein Werturteil? Ich nehme an: Ja. Darf der Beurteilende, nach der Grundlage seines Urteils befragt, antworten, für ihn ergebe sich dies aus der Gesamtheit der Umstände des Spielverlaufs? Ich nehme an: Ja. Ähnliches dürfte für die Frage gelten, welche Umstände eine Prüfungsleistung im Juristischen Staatsexamen als „schlecht“ qualifizieren. Offen bliebe hier also „nur“, was als

„gut“ und was als „schlecht“ anzusehen ist und nach welchen Kriterien sich dies bestimmt. Diese Kriterien müssen sich aber jedenfalls aus der „Gesamtheit der Umstände“ ergeben, welche ihrerseits selbstverständlich *Tatsachen* sind. Der Kreis dieser Tatsachen ist weder unendlich noch unbestimmt, sondern im jeweiligen Sachzusammenhang nach immanenten Regeln der Sachgerechtigkeit *bestimmt*: Fußballspiele oder Prüfungsleistungen sind nicht wegen der blonden Haarfarbe der Beteiligten „gut“, sondern wegen ihrer Passgenauigkeit oder der Präzision ihrer Antworten.

„Norm-Anwendung“ ist nicht allein die Auswahl von Kriterien, anhand derer Wertungen sachgerecht getroffen werden sollen, sondern auch die Auswahl der Tatsachen, durch deren Feststellung jene Kriterien zu operationalisieren sind. Vom Sein zum Sollen führt kein Weg über eine Steigerung der Quantität. Das ist banal, und Puppe wird nicht ernstlich unterstellen, dass der Bundesgerichtshof dies nicht wisse.

Der Satz, es gelte für Werturteile nicht, dass sie „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls“ zu treffen seien, mag daher einerseits wenig hilfreich sein, wenn die *Bedeutung* jener „Umstände“ nicht näher erläutert wird. Gleichwohl wäre es unzutreffend zu behaupten, sie müssten „unter Außerachtlassung“ dieser Umstände getroffen werden. Vielmehr kommt es darauf an: Was bewertet werden soll; was man unter „Umständen“ versteht, welche Vor-Erfahrungen und Vor-Bewertungen in eine solche Aussage einzubeziehen sind. Möglicherweise würde auch Puppe dem Satz nicht widersprechen, dass die Frage, ob jemand ein „guter Hochschullehrer“ sei, von einer zusammenfassenden Beurteilung (= „Gesamtwürdigung“) einer Vielzahl von Umständen und Einzelbeurteilungen abhängt. Das rührt daher, dass solchen Formulierungen gemeinhin weniger das Bemühen um hochpräzise einführende Grundlegungen im philosophischen Seminar über die Rekonstruktion von Normativität zugrunde liegt als eine alltags-orientierte Mischung pseudoempirischer Behauptungen, soziologischer Gemeinplätze und (re)konstruierter Bewertungen auf verschiedenen Stufen.

Klingt kompliziert, ist aber nicht schwieriger als das Leben selbst: Tatsachen und (deren) Bewertungen kreuzen, beeinflussen, vermischen sich. Wir wissen dies, mindestens seit *Karl Marx*; von der Dekonstruktion und der Systemtheorie einmal zu schweigen. Puppes Enthüllung aristotelischer Scheidung scheint mir daher ein wenig: nachhinkend.

Wie auch immer: Zutreffend ist jedenfalls der Grundsatz: Dass behauptende und wertende Sätze in Theorie und Praxis der Rechtsanwendung sorgfältig getrennt werden müssen.<sup>3</sup>

### II. Anwendungsbeispiel: Tötungsvorsatz

In einem zweiten Schritt verdeutlicht Puppe den genannten Grundsatz anhand der „neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit“. Nach dieser Ankündigung sowie der weiteren An-

\* Der Verf. ist Vorsitzender des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs und Honorarprofessor an der Universität Würzburg.

<sup>1</sup> Auch deshalb, weil die Koordination jener Diskussion nicht ganz glücklich verlief.

<sup>2</sup> Puppe, ZIS 2014, 66 (67).

<sup>3</sup> Puppe, ZIS 2014, 66 (67).

kündigung, hierdurch sollten im Folgenden „die Methoden der Rechtsfindung des BGH“ erläutert werden, erwartet der Leser eine breitgefächerte Studie. Jedenfalls käme er nicht ohne weiteres darauf, dass in Wahrheit nur ein einziges Rechtsanwendungsproblem schmalen Zuschnitts gemeint sei: Die Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz bei aktiven – vollendeten oder versuchten – Tötungshandlungen.

Zur Darlegung der „neuesten Rechtsprechung“ verweist *Puppe* auf etwa 20 Entscheidungen des BGH, die sie freilich nicht im Einzelnen erörtert, sondern nur gruppenweise als Quelle von zwei oder drei allgemeinen, von ihr kritisierten Rechtssätzen zitiert oder als Beispielsfälle für eine von ihr unterstellte Beliebigkeit nennt. Worum es in den jeweiligen Entscheidungen ging, welche Feststellungen getroffen waren, unter welchem Gesichtspunkt der BGH die tatrichterlichen Entscheidungen geprüft hat und welche Schlussfolgerungen gezogen wurden, erfährt der Leser nicht. Eingeleitet wird die Analyse mit der Behauptung, der BGH habe „den Hemmschwellentopos preisgegeben“<sup>4</sup> oder „in der Sache preisgegeben“<sup>5</sup>. Gemeint ist die Entscheidung BGHSt 57, 183.<sup>6</sup> Dort hatte der mehrfach wegen Gewaltdelikten vorbestrafte Täter dem Tatopfer aufgelauert und ihm mit den Worten „Stirb, Du Hurensohn!“ ein 22 cm langes Messer so wuchtig in den Rücken gerammt, dass eine Rippe durchtrennt wurde, das Messer in die Lunge eindrang und das Tatopfer alsbald lebensgefährlich verletzt zusammenbrach. Das Landgericht hatte gemeint, einen (bedingten) Tötungsvorsatz nicht feststellen zu können, und hierzu unter anderem auf die hohe Hemmschwelle gegenüber Tötungen verwiesen. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hat der 4. Strafsenat das Urteil aufgehoben und den betreffenden Abschnitt seiner Erwägungen mit dem Satz eingeleitet: „Soweit das Landgericht sich ergänzend auf eine ‚Hemmschwellentheorie‘ berufen hat, hat es deren Bedeutung für die Beweiswürdigung verkannt.“<sup>7</sup>

Schon aus dieser Formulierung wird deutlich, dass die Behauptung, es handle sich um eine „Preisgabe des Hemmschwellentopos“ (*Puppe*), zumindest kühn ist. Interessant ist auch, dass die „Theorie“ von der Hemmschwelle bei *Puppe* zum „Topos“ zusammenfällt, also zum Format eines kategorialen Gemeinplatzes. Denn damit verliert sie natürlich auch einen Standpunkt im Gefüge von Tatsachen- und Wertbehauptungen.

*Puppe* meint nun, nach jener „Preisgabe“ – die in der Aufforderung bestanden haben soll, den Gesichtspunkt der „Hemmschwelle“ in seiner „Bedeutung für die Beweiswürdigung“ zutreffend zu erkennen und anzuwenden – habe „die Standardformulierung des BGH zur Unterscheidung zwischen bedingtem Tötungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit

geändert werden [müssen].“ Diese laute seither, Vorsatz und Fahrlässigkeit lägen in Grenzbereichen nahe beieinander; diese Aussage sei – als „funktionaler Ersatz“ – „ein neuer Textbaustein der Urteilsbegründung“.<sup>8</sup>

Das ist nicht nur unzutreffend, sondern auch mit einem Unterton der Verächtlichkeit formuliert, welcher der Sache nicht gerecht wird. Die Vorstellung von einer „Hemmschwelle“ (richtig wohl: einer erfahrungsgemäß erhöhten Hemmschwelle) ist zu keinem Zeitpunkt zur (kategorialen, normativen) Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit verwendet worden. Eine „Hemmschwelle“ ist – wie auch immer man dazu stehen mag – kein Rechtssatz, sondern eine innere Verfasstheit von Personen, eine psychische Gegebenheit. Der Enthüllung *Puppes* liegt schon hier am Anfang eine Verdrehung zugrunde: Einen – umstrittenen – Erfahrungssatz definiert sie in einen – sinnlosen – Rechtssatz um (den niemand aufgestellt hat), um diesen sodann in der Luft zu zerreißen.

Dasselbe gilt für die Behauptung vom „funktionalen Ersatz“: Der Satz, dass bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit „im Grenzbereich nahe beieinander liegen“, ist eine Feststellung von pleonastischer Evidenz; gleichgültig vorerst, ob man ihn eher normativ oder eher empirisch versteht. Denn dass „im Grenzbereich“ zwischen zwei Gegenständen sich diese „nahe“ sind, sollte nicht zweifelhaft sein.

Es stellt sich daher die Frage, wie der Satz, im Grenzbereich seien sich Vorsatz und Fahrlässigkeit nahe, „funktionaler Ersatz“ sein könnte für den „Hemmschwellentopos“, mit dessen Hilfe angeblich früher „die Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit“ vorgenommen worden sein soll. Man kann es wenden, wie man will: Eine Ersatzfunktion ist nicht erkennbar. Das liegt zum einen daran, dass keine der beiden Formulierungen geeignet ist, jene „Unterscheidung“ zu vollbringen; zum anderen daran, dass Hemmschwelle und Grenzbereich sich zueinander verhalten wie Lebensfreude und Wissenschaft: Sie existieren unabhängig voneinander.

### III. Zwei Pirouetten

Nun folgt der Hauptteil von *Puppes* Angriff auf den BGH: Sie zitiert – beispielhaft – eine Entscheidung, aus welcher sich ergibt, dass es sich beim Wissens- wie beim Willenselement des (bedingten) Vorsatzes um „innere Tatsachen“ handle, deren Vorliegen im Einzelfall aufgrund einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände geprüft werden müsse.<sup>9</sup> Zutreffend stellt sie fest, dass hier – wie auch sonst in der Rechtsprechung – das kognitive Moment des bedingten Vorsatzes als deckungsgleich mit dem der bewussten Fahrlässigkeit beschrieben wird: Für-Möglich-Halten des Erfolgseintritts; und dass weiter das voluntative Element des Vorsatzes ebenfalls als – davon grundsätzlich unabhängige – innere Tatsache angesehen wird.<sup>10</sup> Diesen „Befund in der

<sup>4</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (67).

<sup>5</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (69).

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11; Bespr. von *Puppe*, JR 2012, 477; *Leitmeier*, NJW 2012, 2850; *Sinn/Bohnhorst*, StV 2012, 661; *Mandla*, NStZ 2012, 695; *Jahn*, JuS 2012, 757; *Trück*, JZ 2013, 179.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 558/11, Rn. 31.

<sup>8</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (67).

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 16.5.2013 – 3 StR 45/13 = NStZ 2013, 581 (582).

<sup>10</sup> *Puppe* (ZIS 2014, 66 [67]) formuliert etwa anders: Das voluntative Element sei nach Ansicht des BGH „inhaltlich völlig unabhängig“ vom kognitiven Element. Eine solche

Psyche“ beschreibt *Puppe* als „ein vom Täter selbst zu fällendes Werturteil“<sup>11</sup> und tastet sich damit weiter an den „Grenzbereich“ heran, den sie im Auge hat.

Denn „der Täter billigt [...] den Erfolg nur dann, wenn er das Werturteil fällt, dass der Erfolg sein soll oder mindestens doch sein darf. So urteilen nur Überzeugungstäter, beispielsweise Gotteskrieger.“<sup>12</sup> Dies ist eine weit überzogene, auch in sich wenig plausible Darlegung.<sup>13</sup> Zudem weist die *Puppe*-sche Argumentation hier mindestens eine Lücke auf: Wenn (!) ein Täter den Erfolg (s)einer Handlung für möglich hält und das innere Werturteil fällt, dieser Erfolg dürfe sein – dann ist er, nach *Puppe*, „Überzeugungstäter“. Es führt hier also das „vom Täter zu fällende Werturteil“ unseres Gotteskriegers – mithin seine innere Einstellung – dazu, dass sein Vorsatz in Gänze entsteht. Dies mag man sich für Späteres zu merken und mit *Puppes* weiterer Argumentation zu vergleichen haben.

Bis hierher hält sich die Beweisführung *Puppes* in Bahnen, die man „geläufig“ nennen darf. Über „die Methoden der Rechtsfindung des BGH“ hat der Leser bis zu diesem Zeitpunkt (Seite drei von viereinhalb) freilich noch *nichts* erfahren. Es müsste nun enthüllt werden, welches diese „Methoden“ sind. Stattdessen folgt – in einem radikalen Schnitt, der in einem langen Absatz verborgen ist – ein spektakulärer Schwenk: „Der normale Straftäter ist sich durchaus darüber klar, dass der Tod des Opfers nicht sein soll.“<sup>14</sup> Dieser Satz trifft, da er die Perspektive erneut um 180 Grad wendet, den Leser wie eine Faust aus dem Dunkeln: Zum einen war bisher nicht vom „Tod des Opfers“, sondern vom Unterschied zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit der Rede. Diese allgemeine Fragestellung schrumpft zusammen auf einen winzigen Punkt: Tod des Opfers als Taterfolg. Zum anderen war von einem „vom Täter zu fällenden Werturteil“ die Rede, einem „Befund in der Psyche“, einem „voluntativen Element.“ Diese (*innere*) Bewertung durch den Täter mit der Begründung zu bestreiten, der „normale“ Straftäter kenne die (*äußere*) Verbotenheit von Tötungen, verfüge also über Unrechtsbewusstsein, ist eine abenteuerliche Argumentation, die eigentlich nur als Trick bezeichnet werden kann, denn dass *Puppe* dieser Perspektivenwechsel um 180 Grad entgegen sein könnte, dürfte auszuschließen sein. Sie vollführt damit eine rhetorische Pirouette, indem sie innerhalb von zwei Sätzen zweimal den Bezugspunkt der Argumentation

Formulierung ist in der Rechtsprechung des BGH nicht ersichtlich; es handelt sich um eine (polemische) Zuspitzung von *Puppe* selbst. Sie dient dazu, den Boden für die nachfolgenden Vorwürfe gegen den BGH zu bereiten, indem dessen Positionen als möglichst zugespitzt dargestellt werden.

<sup>11</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (67).

<sup>12</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (68).

<sup>13</sup> Nehmen wir an, ein deutscher Fußballfreund nehme angesichts der schlechten Leistung der Nationalmannschaft, sich mit Grausen abwendend, billigend in Kauf, dass ein in der 90 Minute verhängter Strafstoß zum Sieg der gegnerischen Mannschaft führe: Würde man ihn ernstlich als „Gotteskrieger“ oder „Überzeugungstäter“ qualifizieren können?

<sup>14</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (68).

austauscht. Wenig überraschend gelangt sie auf diese Weise zur angestrebten Punktlandung: Ein „Billigen“ des für möglich gehaltenen Tat-erfolgs scheidet für „normale“ Straftäter aus; es findet unter „Gotteskriegern“ statt. Zum dritten war angekündigt, „Methoden der Rechtsfindung“ zu exemplifizieren. Hiervon lässt der zitierte Rechtssatz *Puppes* nichts übrig außer einer Behauptung, die unschlüssig zwischen Empirie und Wertung wankt: „Normalerweise“ sei es so oder so, und daher sei, „normgemäß“, so oder so zu entscheiden. Das ist eine belanglose Behauptung ohne dogmatischen Wert.

Bleibt, als zweite Variante der Definition, das „Sich Abfinden“ mit dem möglichen Erfolg. Was *Puppe* hierzu vorträgt, erhöht nochmals die Drehgeschwindigkeit ihrer Polemik. Erinnern wir uns: Es geht um das so genannte voluntative Moment des bedingten Vorsatzes, also um die Frage, welche (innere) Einstellung der Täter zu der Erkenntnis hat, dass eine von ihm ausgeführte Handlung kausal zu einem bestimmten Erfolg führen könnte. Aus den sehr zahlreichen Wortbedeutungen und Synonymen des Verbuns „Sich Abfinden“ sucht *Puppe* sich nun eine extrem subjektivierte heraus: „Einverständnis mit einem Nachteil, den ich selbst erleide“, mit „einem Preis, den ich selbst bezahlen muss“. Diesen Nachteil und diesen Preis nennt sie – zutreffend, da es ja um innere Bewertungen geht –: „Gefühle“.

Nun freilich kommt die nächste Pirouette: „Unangenehme Gefühle hat der Täter nur dann zu fürchten, wenn er das Opfer liebt oder sonst an seinem Schicksal Anteil nimmt.“<sup>15</sup> Die zweite dieser beiden Varianten ist von schlichter Klarheit; *Puppe* verbirgt sie vor uns hinter dem Donnerschlag der „Liebe“. In der Tat, um ein „Anteil-Nehmen“ geht es per definitionem, wenn eine „innere Wertung des Täters“ betrachtet werden soll. Berauscht von der Vorstellung, der Täter des Betrugs müsse das Vermögen des Geschädigten, der Täter der Falschaussage die Wahrheit und der Täter des Totschlags das Opfer seiner Messerstiche lieben, um bei Verletzung dieser Rechtsgüter „unangenehme Gefühle“ zu entwickeln, reduziert *Puppe* die „Anteilnahme“ auf einen – absurd kleinen – Ausschnitt menschlicher Regungen, der für die hier inmitten stehende Problematik von allen Möglichkeiten die geringste Rolle spielt: Eine emotionale Solidarisierung mit der Unverletztheit des bedrohten Rechtsguts. Sich Abfinden, so folgert sie, könne man sich mit der Verletzung eines Rechtsguts nur, wenn man in Sorge um sein Wohlergehen sei.

Das ist evident falsch. Es ist das manipulierte Ergebnis einer zugespitzten Begriffs-Klauberei ohne Rücksicht auf die Wirklichkeit. Denn jeder vernünftige Mensch weiß, dass er sich mit einer unendlichen Vielzahl von Kausalabläufen, seien sie von ihm selbst oder Dritten in Gang gesetzt, „abfindet“, obgleich ihn weder Liebe noch solidarische Anteilnahme mit einem möglicherweise geschädigten Gut verbinden. Dies gelingt besonders gut, wenn dem Nachteil für ein fremdes Rechtsgut der Vorteil für ein eigenes gegenübersteht.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (68).

<sup>16</sup> Der Fußballfreund starrt auf den Fernseher, anstatt sich um den Hund der Familie zu kümmern; mit dessen Hunger findet

Selbst soweit *Puppes* Deutungen einen zutreffenden Kern enthalten, übersteigert sie diesen polemisch, um zu ihrem quod erat demonstrandum zu gelangen: „Eigene Nachteile“ durch „unangenehme Gefühle“ gewinnen in dieser Sicht den Gehalt des Mit-Leidens. Diese Bilder werden aber allenfalls getragen von der selektiven Zuspitzung auf die Extremsituationen von Tötungshandlungen. Verlässt man diese Ebene der – vorgeblichen – Evidenz und begibt sich in den Bereich der allgemeinen Frage nach der Unterscheidung von (bedingtem) Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, wird schnell klar, dass wenig Substanz dahinter ist. Niemand käme auf die Idee, den bedingten Vorsatz der Erpressung davon abhängig zu machen, ob der Täter entweder das Vermögen des Opfers „liebt“ oder in Sorge um sein Wohlergehen ist. Wenn die Feststellung bedingten Vorsatzes aber eine Rechtsfrage ist, dürfte dies wohl nicht allein bei Tötungsdelikten, sondern müsste auch bei Diebstahl, Erpressung und Geldfälschung so sein. Der – dem Strafrecht nicht ganz fern liegende – Gedanke, „unangenehme Gefühle“ könnten sich in Form von *Angst vor Strafverfolgung* einstellen, wird von *Puppe* gar nicht erst erwogen.

#### IV. Wertungen: Innen und Außen

Aus *Puppes* Argumentations-Mühle kommt unten genau das heraus, was sie oben an passend zugerichteten Begriffen hineinsteckt: Wenn „Billigen“ eines Kausalverlaufs bis hin zur Verletzung eines fremden Rechtsguts Überzeugungstäterschaft voraussetzt, gibt es selbstverständlich in 99 % aller Fälle eine solche Vorsatz-Variante nicht mehr. Wenn „Sich Abfinden“ mit einem schädigenden Handlungserfolg voraussetzt, dass der sich Abfindende ein hohes emotionales Interesse an der Unversehrtheit des bedrohten Rechtsguts hat, gibt es selbstverständlich auch diese Variante nicht mehr.

Das alles beweist aber keineswegs, dass *Puppe* die These widerlegt habe, es handle sich beim voluntativen Vorsatzelement um ein „vom Täter zu treffendes Werturteil“, also um einen „psychischen Befund“, also um eine (innere) Tatsache. Es zeigt nur, dass man mit Wortklauberei und permanentem Perspektivenwechsel zu jedem beliebigen Ergebnis gelangen kann.

Denn mit den oben genannten Figurinen, die vom Gefühl zur Wertung, von der Wertung zum Wert, vom Wert zur Dogmatik changieren, ist *Puppe* schon am Ende ihrer Beweisführung angekommen. Es fehlen nur noch ein paar kräftige Pinselstriche aus der Schatzkiste der Strafrechts-Dogmatik (?): „Hat der Täter unangenehme Gefühle nicht zu befürchten, weil ihm das Schicksal des Opfers gleichgültig ist, so gibt es nichts, womit er sich abfinden oder was er in Kauf zu nehmen hätte. *Das dürfte normalerweise die psychische Befindlichkeit eines Täters sein*, der sein Opfer unter Alkoholeinfluss, aus Wut oder einem nichtigen Anlass, in offensichtlich lebensgefährlicher Weise angreift, denn sonst würde er nicht so handeln.“<sup>17</sup>

---

er sich um der zweiten Halbzeit willen ab. Dies ergibt auch dann einen Sinn, wenn er den Hund nicht liebt.

<sup>17</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (68, *Hervorhebung durch den Verf.*).

Wüsste man nicht, dass hier eine Hohepriesterin der Dogmatik es unternimmt, die angeblich hemdsärmelige, theoriefeindliche, alltagsorientierte Praxis des Obersten Gerichtshofs als unvertretbar zu entlarven, so könnte man auf die Idee kommen, diese Ausführungen seien eine *Persiflage* auf eine gelegentlich anzutreffende Melange von Alltags-„Theorie“, wissenschaftlichem Jargon und kleinbürgerlicher Moral. Schon der letzte Halbsatz desavouiert die ganze Beweisführung, da er mit buchstäblich nichts argumentiert als mit dem eigenen Vorhandensein: Es ist so, weil es so ist, denn sonst wäre es nicht so. Damit bleibt alles offen: Denn ob der Täter „sonst so handeln würde“ ist ja gerade die Frage, um die sich alles dreht. Wer das schon voraussetzt, muss nichts mehr prüfen.

Den „normal“ empfindenden Tätern ist das Schicksal der Opfer, die sie lebensgefährdend angreifen, nach *Puppes* Ratsschluss „gleichgültig“; Beweis: sonst würden sie es ja nicht tun. Bei aller Hochachtung vor den Leistungen der Strafrechtsdogmatik scheint mir diese Gedankenführung von einer Schlichtheit zu sein, welche jegliche Überhebung über die Bemühungen des Bundesgerichtshofs ausschließt.

Woher *Puppe* weiß, wie sich Straftäter fühlen, die andere Menschen in offensichtlich lebensgefährlicher Weise angreifen, ist unbekannt. Sie behauptet zudem noch zu wissen, wie die Einstellungen, Wertungen und Gefühle solcher Täter „normalerweise“ sind. Diese Erkenntnis legt sie ihrer dogmatischen Differenzierung zugrunde. Fallgruppen des „Unnormalen“ müssen von dieser Art „Dogmatik“ offenbar überhaupt nicht mehr erfasst werden. Sie werden irgendwelchen Beurteilungen durch „die Praxis“ überantwortet, über welche sich Gedanken machen mag, wer will. Ersichtlich ist der Dogmatikerin entgangen, dass genau hier, an der Schnittstelle des „Normalen“ zum Besonderen, sich die Theorie beweisen müsste. Stattdessen werden wir Zeugen der Geburt einer „Rechtsnorm“ aus der Behauptung dessen, was die *Verfasserin* für „normal“ hält.

Wir dachten bislang, für die „Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit“ komme es weniger aufs „Normale“ als auf die Schuld des Einzelnen an. Da *Puppe* aber möchte, dass die Beurteilung des Vorsatzes eine Rechtsfrage sei, kann sie sich mit dem „Normalen“ begnügen. Der *Haken* hieran ist die Deduktion, das heißt der Anspruch von *Wissenschaft*, den *Puppe* eigentlich vorführen will: Was sie darbietet, ist aber keine wissenschaftliche Beweisführung, sondern eine manipulative Re-Konstruktion der Wirklichkeit nach Maßgabe des gewünschten Ergebnisses; keine Dogmatik, sondern Rechthaberei.

Nachdem sie auf unerfindliche Weise festgestellt (!) und verkündet hat, was Täter „normalerweise“ denken, beschließt *Puppe*, die Feststellung zum bedingten Vorsatz sei „keine Tatsachenfeststellung“, sondern eine Zuschreibung: Der Richter „hält sich für berechtigt, dem Täter ein Billigen oder Sich-Abfinden zuzuschreiben“.<sup>18</sup> Diese Behauptung eines (angeblich logisch zwingenden) Ergebnisses ist durch nichts belegt außer durch die *Puppeschen* Sprach-Pirouetten selbst. Da trifft es sich gut, dass die *Autorin* selbst dies – man hat es beinahe geahnt! – grad ebenso meint. Zwar hat kein Richter –

---

<sup>18</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (68).

auch nicht der Bundesgerichtshof – je behauptet, er „halte sich für berechtigt, dem Täter ein Billigen usw. zuzuschreiben“ (scil.: auch wenn es nicht gegeben ist). Aber *Puppe* möchte dies tun. Auf dem Weg dorthin bleibt nur noch, die Konsequenz zu ziehen: *Weil* es sich um eine Zuschreibung und nicht um eine Feststellung handelt, *darf* die Rechtsprechung auch nicht so tun, als wäge sie „Indizien“ ab; vielmehr hat sie (gefälligst) „zuzuschreiben“ nach Maßgabe von Rechtsregeln auf der Basis von „normalerweise [...]“. Welche Regeln das sind, findet sich in den Schriften von *Puppe*. Die Rechtspraxis könnte sich mit einer solchen Art der Beweisführung gewiss nicht zufrieden geben.

### V. Gesamtschau

In besonderem Maß den Zorn der Dogmatikerin erregen die Verweisungen des Bundesgerichtshofs auf eine „Gesamtschau“ („objektiver und subjektiver Umstände“). Sie zählt daher auch alle Autoren zu Unterstützern ihres BGH-Bashing, die schon einmal Kritik an dieser Figur geäußert haben. Das trifft nicht zu; im Gegenteil verdreht es auch in dieser Hinsicht die Argumentation geradezu in ihr Gegenteil: Kritik an der „Gesamtwürdigungs“-Figur des BGH mag sich – zu Recht – auch gegen eine Ersetzung differenzierter Tatsachenbewertung durch ein möglicherweise von normativen Erwägungen überlagertes „Beweisbild“ richten. *Puppes* Kritik zielt ganz woanders hin und weist eher in die entgegengesetzte Richtung: Sie kann sich sinnvoll nicht gegen eine „Gesamtwürdigung“ von „Wertungen“ richten, ohne welche sie ja zur Konstruktion ihrer angeblichen „Rechtsregeln über die Feststellung bedingten Vorsatzes“ gar nicht gelangen könnte. Vielmehr muss sie sich (nur) dagegen wenden, dass man *Tatsachen* im Wege einer „Gesamtwürdigung“ feststellen könne.

Dies ist ein anderes Thema. Im Rahmen dieser Erwiderung habe ich darauf nicht einzugehen. *Puppe* irrt freilich auch hier, soweit sie den Begriff überhaupt in demselben Sinn verwendet wie die von ihr kritisierte Rechtsprechung.

### VI. Ergebnis

Der Text *Puppes* „zu den Methoden [!] der Rechtsfindung [?] des BGH“ erklärt weder etwas zur Rechtsfindung noch gar zu deren Methoden. Mit „Methoden“ befasst er sich vielmehr erst gar nicht. Was *Puppe* zu beweisen unternimmt, ist ersichtlich keine falsche Methode, sondern – möglicherweise – eine unzutreffende Theorie. Die Feststellung des (bedingten) Vorsatzes der Tötung eines anderen Menschen sei, so meint *Puppe*, eine Rechtsfrage, die nach (dogmatischen) Kriterien, nicht aber nach Maßgabe von einzelfallabhängigen „Indizien“ zu entscheiden sei.<sup>19</sup> Vorzüge der von *Puppe* vorgeschlagenen „Methode“ sind nicht erkennbar. Die Nachteile einer grobschlüchtig pauschalisierenden Beurteilung nach Maßgabe willkürlicher Behauptungen („normalerweise [...]“) liegen dagegen auf der Hand. Eine (Rück-)Übertragbarkeit der Argumentation auf die zunächst *allgemein* formulierte Fragestellung erscheint zumindest schwierig, wohl eher fern lie-

gend: Wie man nach solchen „dogmatischen“ Regeln den bedingten Vorsatz eines Betrügers, Erpressers, Steuerhinterziehers oder Straßenverkehrsgefährders feststellen sollte, ist kaum vorstellbar.

Dass „die neueste Rechtsprechung des BGH“ zum bedingten Tötungsvorsatz es in besonderem Maße an dogmatischer Erkenntnis fehlen lasse, beweist der Beitrag von *Puppe* daher nicht. Er zeigt vielmehr, dass der feste Wille zum Missverständnis dogmatische Berge versetzen kann. Damit soll keinesfalls bestritten werden, dass die Rechtsprechung gut daran täte, auf systematische Einwände zu hören und sich auch, wo möglich und erforderlich, ausdrücklich mit ihnen zu befassen. Die Erfahrung lehrt: Zaubermittel zur Lösung von Problemen, über welche eine Vielzahl halbwegs intelligenter Menschen bereits eine Weile nachdenken, ergeben sich recht selten aus der Behauptung, es handle sich bei diesen insgesamt um eine Ansammlung von Ignoranten.

---

<sup>19</sup> *Puppe*, ZIS 2014, 66 (69, 70).

# Der Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben)

## Überlegungen zur Frage der Folgen des Entwurfs für Nahraumtötungen am Beispiel von Tötungsdelikten an Kindern

Von Prof. Dr. **Theresia Höynck**, Kassel, Wiss. Mitarbeiterin **Mira Behnsen**, Hannover, Wiss. Mitarbeiterin **Monika Haug**, Kassel

*Der Beitrag beschreibt auf der Grundlage von Daten aus 507 Strafakten zu vollendeten, vorsätzlichen Tötungsdelikten an Kindern unter 6 Jahren aus dem Zeitraum 1997-2006 die Wirkungen, die der AE-Leben auf diesen Deliktsbereich hätte. An verschiedenen Fallgruppen wird aufgezeigt, welche Veränderungen sich dadurch im nach bisheriger Rechtsprechung obersten und untersten Schwerebereich ergeben könnten. Die im Ergebnis wohl schwierigere Anwendbarkeit sowohl der Höchststrafe als auch der Milderung im Sinne des geltenden § 213 StGB muss dabei auch unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten bewertet werden.*

*Based on data derived from 507 court files regarding cases of homicide of children under the age of 6 years in the period 1997-2006 the consequences of the reform proposal „AE-Leben“ for child homicide are explored. Including different case-types, especially cases rated at the lowest and highest end of severity according to existing law are focussed. It is shown that both extremes would be more difficult to reason under the proposal. This may raise justice issues.*

### I. Einleitung

Bereits im Januar 2008 hat der Arbeitskreis Alternativentwürfe den AE-Leben vorgelegt<sup>1</sup> und damit ein Thema aufgegriffen, das Bibliotheken füllt. Der Entwurf hat interessanterweise bisher eher wenig Resonanz gefunden.<sup>2</sup> Das mag einen Grund darin haben, dass in den letzten Jahren sehr viele strafrechtspolitisch aktuelle Themen auf der Agenda waren, so dass Standardprobleme weniger Aufmerksamkeit bekamen. Hervorgehoben sei an dieser Stelle der Bereich der Sicherungsverwahrung, der ebenfalls am obersten Rand der strafrechtlichen Sanktionen angesiedelt ist. Dieses Thema nahm einen großen Diskussionsraum ein, nachdem der EGMR mit Urteil vom 17.12.2009 deutsche Regelungen zur Sicherungs-

verwahrung für konventionswidrig erklärt hatte.<sup>3</sup> Die Feststellung, dass die Regelungen des StGB zu den Tötungsdelikten reformbedürftig sind, ist Jahrzehnte alt.<sup>4</sup> Die Tatsache, dass der Gesetzgeber bisher keine grundsätzliche Neuregelung weit voran gebracht hat, dürfte allerdings auch darauf verweisen, dass dies eine höchst schwierige Aufgabe ist. Am unstrittig obersten Ende strafrechtlichen Erfolgsunrechts vereinigen sich Bedürfnisse nach Rationalität und Rechtsstaatlichkeit mit einer hohen emotionalen und symbolischen Aufladung in kaum auflösbarer Weise.

Die Begründung des AE kritisiert insbesondere das Fehlen eines rationalen Maßstabes für die gesetzliche Klassifikation besonders strafwürdiger Fälle, die Sanktionskluft zwischen der zwingenden lebenslangen Freiheitsstrafe bei Vorliegen von Mordmerkmalen und dem bis auf ein Jahr privilegierbaren Totschlagstatbestand sowie die Umgehungsstrategien der Praxis im Hinblick auf die lebenslange Freiheitsstrafe.<sup>5</sup> Die Diagnose der Entwurfsverfasser ist eindeutig: Die geltende gesetzliche Konstruktion der Tötungsdelikte sei unhaltbar.<sup>6</sup> Auch und gerade im Bemühen um Einzelfallgerechtigkeit habe sich eine Rechtsprechung herangebildet, die eher durch Flickschusterei,<sup>7</sup> tatrichterliche Verbiegungen (im All-

<sup>3</sup> EGMR NJW 2010, 2495.

<sup>4</sup> Bundesrat, Entwurf eines Strafgesetzbuchs (E 1962) mit Begründung, 1962, §§ 134 ff.; *Baumann u.a.*, Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Abschnitt 1, Straftaten gegen die Person, Hbd. 1, 1970, §§ 100 ff.; *Geilen*, JR 1980, 309; *Eser*, Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980, D 200 f.; BMJ, Referentenentwurf v. 21.3.2001, abgedruckt bei *Otto*, Jura 2003, 612 (621 f.); eine Zusammenfassung verschiedener Reformvorschläge findet sich bei *Deckers u.a.*, NStZ 2014, 9 (11 ff.).

<sup>5</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (203 f.).

<sup>6</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (203); so auch *Eser* (Fn. 4), D 34; *Geilen*, JR 1980, 309; *Otto*, ZStW 83 (1971), 39 (Reformvorschlag bei 79); *Günther*, NJW 1982, 353 (358); *Rengier*, ZStW 92 (1980), 459; *Heine*, GA 2000, 305; jüngst auch *Deckers u.a.* (NStZ 2014, 9) mit eigenem Reformvorschlag (a.a.O., 16 f.). Zur grundsätzlichen Reformbereitschaft des Gesetzgebers vgl. BT-Drs. 13/4830, S. 7; *Eser* (Fn. 2), § 211 Rn. 10b. Ausführliche Nachweise bei *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, Vor § 211 Rn. 25. Für die Reformbedürftigkeit sprechen sich einhellig auch die Referenten des 2. Karlsruher Strafrechtsdialogs aus, die insbesondere auf das systematische Verhältnis zwischen Mord und Totschlag und die widersprüchlichen Auswirkungen auf die Teilnehmerstrafbarkeit abstellen, vgl. *Jahn/Nack*, in: *Jahn/Nack* (Fn. 2) S. 21.

<sup>7</sup> *Heine*, in: *Kreuzer/Jäger/Otto/Quensel/Rolinski* (Hrsg.), *Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften*, Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck, 1999, S. 315 (S. 319).

<sup>1</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193.

<sup>2</sup> Diskutiert wurde der Entwurf von *Hirsch*, in: *Fischer/Bernsmann* (Hrsg.), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag* am 25. Januar 2011, 2011, S. 224; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, Vor § 211 Rn. 170; *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 211 ff. Rn. 192; *ders.*, in: *Jahn/Nack* (Hrsg.), *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?*, Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog 2009, 2010, S. 56; *Kubik/Zimmermann*, StV 2013, 582 (586 ff.); erwähnt bei *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 2; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 61. Aufl. 2014, Vor §§ 211-216 Rn. 3.

gemeinen Teil),<sup>8</sup> teilweise korrigiert durch einen BGH im „Schlingerkurs“<sup>9</sup> gekennzeichnet sei als durch eine der Rechtssicherheit und dem Gesetzlichkeitsprinzip entsprechende Urteilsfindung.

Eine wesentliche Ursache für die Mängel des geltenden Rechts sehen die Entwurfsverfasser darin, dass es dem geltenden Recht an einem Leitprinzip mangle, das ermögliche, besonders schwere Fälle ebenso wie besonders leichte Fälle abzugrenzen.<sup>10</sup> Die Entwurfsverfasser schlagen daher eine „kriminologisch fundierte sowie schuld- und präventionsorientierte Differenzierung zwischen schwerer und weniger schwerer vorsätzlicher Tötung“<sup>11</sup> vor. Im Zentrum steht dabei die Annahme, dass besondere Schwere durch einen über die einzelne Tat hinausgehenden Allgemeinbezug begründet werde, im Gegensatz dazu affekt- oder konfliktgeladene Tötungen von geringerer Schwere seien.<sup>12</sup>

Der dreistufige Aufbau der §§ 211-213 StGB wird im Rahmen des Entwurfs durch eine zweistufige Konzeption mit drei Strafraumen ersetzt, die zwischen „Mord“ als Grundtatbestand (§ 211 AE) und „Totschlag“ (§ 212 AE) als privilegierter Tötung unterscheidet.<sup>13</sup> Der Strafraum von § 211 AE erstreckt sich von fünf Jahren bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe. Dabei ist der „Normalfall“ der nichtprivilegierten Tötung gem. § 211 Abs. 1 AE mit fünf Jahren Mindeststrafe dem jetzigen § 212 Abs. 1 StGB angeglichen. Zu lebenslanger Freiheitsstrafe kann der Täter nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 211 Abs. 2 AE verurteilt werden: Es muss erhöhtes Unrecht verwirklicht worden sein, das „die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist“. Hierfür ist „notwendig und in der Regel ausreichend“, dass eines der sodann aufgezählten Regelbeispiele vorliegt und dieses Merkmal erhöhtes Unrecht im Sinne des Leitprinzips aufweist.

§ 212 AE ist mit einem Strafraum von einem bis zu zehn Jahren § 213 StGB nachempfunden. Erfasst werden nur tatbestandlich näher umschriebene affekt- und konfliktmotivierte Tötungen. Diese werden aufgrund eines „geminderten Unrechts- oder Schuldgehalts“ als privilegierungswürdig angesehen und „mangels eines erhöhten Präventionsbedürfnisses“ für privilegierungsfähig erachtet.<sup>14</sup> § 212 Abs. 2 AE weist dabei die Vorschrift als echten Privilegierungstatbestand aus: Treffen Erschwerungsmerkmale des § 211 Abs. 2 AE und der Privilegierungstatbestand des § 212 Abs. 1 AE

zusammen, wird die Strafandrohung von lebenslanger Freiheitsstrafe auf drei Jahre Mindeststrafe gesenkt.

Der vorliegende Beitrag unterzieht einige zentrale Aspekte des AE-Leben einer Analyse auf rechtstatsächlicher Grundlage. Ausgehend von Fällen von Tötungsdelikten an Kindern sollen die Implikationen einiger Gesichtspunkte des AE für diese Deliktsgruppe untersucht werden. Es handelt sich hierbei um einen kleinen, aber auch quantitativ nicht zu vernachlässigenden Ausschnitt der bekannt gewordenen Tötungskriminalität,<sup>15</sup> in dem sich die verschiedenen Fragen der Bewertung von Tötungsdelikten im sozialen Nahraum (die den überwiegenden Teil der Tötungskriminalität in Deutschland ausmachen)<sup>16</sup> zuspitzen. Hintergrund ist ein kriminologisches Forschungsprojekt<sup>17</sup> zu vollendeten, vorsätzlichen Tötungsdelikten an Kindern unter sechs Jahren im Zeitraum 1997-2006 in Deutschland. Einbezogen wurden alle Fälle, in denen wegen eines vollendeten, vorsätzlichen Tötungsdelikts, einschließlich erfolgsqualifizierter Delikte, ermittelt wurde.<sup>18</sup> Es handelt sich um eine Aktenanalyse, bei der 507 einschlägige Strafakten ausgewertet wurden.<sup>19</sup> Diese bezogen sich auf 535 Opfer (teilweise mehrere Opfer pro Fall/Akte) und auf 354 Täter/innen. Als „Täter“ bzw. „Täterin“ definiert sind rechtskräftig Verurteilte, sowie Personen, die allein aufgrund von Schuldunfähigkeit freigesprochen<sup>20</sup> wurden, und Personen, die die Tötung des Kindes im Rahmen eines vollendeten erweiterten Suizids begangen, sich selbst also gleichzeitig mit dem Kind getötet haben.

Es zeigte sich, dass es innerhalb der Tötungsdelikte an Kindern Fallgruppen gibt, die sich voneinander so stark un-

<sup>15</sup> Laut PKS der Jahre 1997-2012, Tabelle 91, kommt es durchschnittlich jährlich zu etwa 80 Fällen von vollendeten, vorsätzlichen Tötungsdelikten an Kindern unter 6 Jahren, einschließlich erfolgsqualifizierter Delikte.

<sup>16</sup> Laut PKS der Jahre 1998-2012, Tabelle 92, bestand in zwei Drittel aller Fälle vollendeter Tötungsdelikte zwischen Täter und Opfer ein verwandtschaftliches oder bekanntschaftliches Verhältnis.

<sup>17</sup> Gefördert von der Fritz Thyssen Stiftung.

<sup>18</sup> Also Mord (§ 211 StGB), Totschlag (§ 212 StGB), Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), Kindstötung gemäß dem 1998 abgeschafften § 217 StGB a.F., Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge (§ 176 b StGB).

<sup>19</sup> Eine Übersicht zu den bisherigen Erkenntnissen zu Tötungsdelikten an Kleinkindern sowie erste Ergebnisse des KFN-Forschungsprojekts „Tötungsdelikte an Kindern“ finden sich bei Höynck, in: Meier (Hrsg.), *Kinder im Unrecht. Junge Menschen als Täter und Opfer*, 2010, S. 39; *dies.*, *Verhaltenstherapie* 20 (2010), 29; ausführlich zu Neonatiziden Höynck/Zähringer/Behnsen, *Neonatizid, Expertise im Rahmen des Projekts „Anonyme Geburt und Babyklappen in Deutschland – Fallzahlen, Angebote, Kontexte“*, 2011, passim.

<sup>20</sup> Dieser Kategorie ebenfalls zugeordnet wurde ein Fall, in dem die Eröffnung des Sicherungsverfahrens nur deswegen abgelehnt wurde, weil die Voraussetzungen für die Anordnung einer Maßregel ersichtlich nicht vorlagen.

<sup>8</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (203).

<sup>9</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (204); ähnlich bereits Heine, GA 2000, 305 (311).

<sup>10</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (204). Auch der Referentenentwurf des BMJ (Fn. 4) war zur Auflösung dieses Problems wenig geeignet, da die dort vorgesehene Festschreibung der bestehenden Mordmerkmale ausdrücklich als Qualifikationsmerkmale diesbezüglich nichts veränderte.

<sup>11</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (205) m.w.N.

<sup>12</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (206 f.).

<sup>13</sup> Vgl. dazu den Gesetzestext im Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben), Heine u.a., GA 2008, 193 (203 ff., Begründung 218 f.).

<sup>14</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (207).

terscheiden, dass Auswertungen über alle Deliktgruppen hinweg vielfach wenig sinnvoll sind. Es wurde daher eine Unterscheidung in folgende sieben Fallgruppen vorgenommen (für nähere Informationen wird auf *Tabelle 1* auf S. 117 verwiesen):<sup>21</sup>

- Neonatizide
- Misshandlungstötungen
- Vernachlässigungen
- Erweiterte Suizide
- Psychische Erkrankungen
- Zielgerichtete Tötungen
- Sonstige

Betrachtet man zunächst alle untersuchten Fälle von Kindstötungen, so zeigt sich, dass mit nur sehr wenigen Ausnahmen Täterinnen und Täter der Delikte die biologischen oder sozialen Eltern der Opfer waren.<sup>22</sup> Für fast alle Fälle gilt, wie für die wohl überwiegende Mehrheit der Nahraumtötungen, dass sie aus einer als konflikthaft zu bezeichnenden Situation der subjektiven Verstrickung, Überforderung oder Verzweiflung begangen wurden und die zu beurteilenden Umstände oftmals höchst ambivalent sind. Nicht selten kommen schuld erhöhende und schuld mindernde Faktoren in einer Weise zusammen, die die Beurteilung sehr schwierig machen. Das Sanktionsspektrum reicht auch aus diesem Grund von Bewährungsstrafen (ca. 20 % der Verurteilungen) bis hin zu lebenslänglichen Freiheitsstrafen (ca. 11 % der Verurteilungen). Die prozentuale Verteilung der Sanktionen ist in *Abbildung 1* (vgl. S. 117) dargestellt.

Eine Differenzierung nach Fallgruppen (*Abbildung 2*, vgl. S. 118) zeigt insbesondere eine sehr ungleiche Verteilung des Anteils an Bewährungsstrafen, der bei der großen Gruppe der Neonatizide über ein Drittel beträgt, bei anderen Fallgruppen aber weitaus kleiner ist.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Die weiteren Kategorien plötzlicher Kindstod/unklar (Fälle, bei denen der konkrete Verdacht eines Tötungsdelikts bestand, dieser Verdacht sich aber wegen eines ebenfalls möglichen plötzlichen Kindstods nicht beweisen ließ) sowie natürlicher Tod/Unfall werden mangels Relevanz in diesem Zusammenhang im Folgenden nicht berücksichtigt (Opfer: n = 37; Täter/-in: n = 1).

<sup>22</sup> In den wenigen anderen Fällen handelte es sich ebenfalls um Personen, die dem sozialen Nahraum des Kindes zuzuordnen sind und die für dieses zu sorgen hatten. Nur in zwei Ausnahmefällen war der Täter ein „Fremder“ und das Kind eher zufällig Opfer (Geisterfahrer tötet Insassen eines entgegenkommenden Autos; Mann verursacht nach Mietstreitigkeiten Gasexplosion in Mehrfamilienhaus).

<sup>23</sup> Insgesamt zeigt die Gruppe der Neonatizide angesichts der relativen Homogenität der Fallgestaltungen eine erwartungswidrige Streubreite der Sanktionen, die Gegenstand weiterer Untersuchungen sind. Eine aktuelle Studie zur Sanktionierung von Neonatiziden aus den USA zeigt dort ebenfalls erhebliche Sanktionsdisparitäten, vgl. *Shelton/Muirhead/Canning*, Behavioral Sciences & the Law 2010, 812 (823 f.).

Bezüglich des Schuldspruchs weisen die untersuchten Fälle von Tötungsdelikten an Kindern eine recht große Bandbreite auf. Eine Verurteilung erfolgte dabei nicht nur wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte, sondern bei rund einem Drittel der Fälle auch wegen erfolgsqualifizierter oder sonstiger Delikte (*Abbildung 3*, vgl. S. 118), regelmäßig aufgrund nicht nachweisbaren Tötungsvorsatzes.

Auch hinsichtlich der Schuldsprüche zeigt sich ein anderes Bild, wenn man weiter nach Fallgruppen ausdifferenziert. Bei der Gruppe der Neonatizide dominiert klar der Totschlag bzw. der minder schwere Fall des Totschlags, der dort fast 90 % der Verurteilungen ausmacht. Demgegenüber erfolgte bei den Misshandlungstötungen in der Hälfte der Fälle ein Schuldspruch wegen Körperverletzung mit Todesfolge. Verurteilungen wegen Mordes erfolgten in allen Fallgruppen, am häufigsten in der der zielgerichteten Tötungen und der erweiterten Suizide (*Abbildung 4*, vgl. S. 119).

Eines der zentralen Anliegen des Alternativentwurfs ist es, bessere Kriterien für eine Schwereabstufung innerhalb der Tötungstatbestände zu schaffen. Im obersten Bereich (lebenslange Freiheitsstrafe) werden dabei Nahraumtötungen weitestgehend aus dem Bereich der Höchststrafe ausgeschlossen. Dies könnte in der Praxis gewichtige Folgen haben: In den untersuchten Fällen von Tötungsdelikten an Kindern aus den Jahren 1997-2006 spielten Verurteilungen wegen Mordes nach § 211 StGB durchaus eine nicht zu vernachlässigende Rolle. Immerhin lautete der Schuldspruch 58-mal (18 %) auf Mord.<sup>24</sup> Insgesamt wurden von den 245 nach allgemeinem Strafrecht zu Strafsanktionen verurteilten Täterinnen und Tätern 35 zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt (etwa 14 %), davon 33 wegen Mordes<sup>25</sup> und zwei wegen Totschlags in einem besonders schweren Fall. Es stellt sich daher die Frage, ob diese nach geltendem Recht von den Gerichten im obersten Bereich der Strafbarkeit verorteten Fälle nach dem Alternativentwurf aus dem Bereich der lebenslangen Freiheitsstrafe ausgeschlossen wären und – bejahendenfalls – welche Fragen dies im Sinne der Angemessenheit oder Vermittelbarkeit aufwirft.

Der AE will im unteren Schwerebereich (Strafandrohung ein bis zehn Jahre) die allgemeine Milderungsmöglichkeit des geltenden § 213 StGB abschaffen und nur bestimmte Milderungsgründe zulassen. In der Praxis der in den Jahren 1997-2006 aufgetretenen Fälle hat § 213 StGB insbesondere bei Neugeborenenentötungen eine wichtige Rolle gespielt. Insgesamt wurde über die Hälfte der Schuldsprüche bei Neonatiziden (60 von 100)<sup>26</sup> auf §§ 212, 213 StGB gestützt. Es stellt

<sup>24</sup> Die Zahl der wegen Mordes verurteilten Täter/-innen und die Zahl der Schuldsprüche sind nicht identisch, da bei Täter/-innen, die mehrere Kinder unter Verwirklichung von Mordmerkmalen getötet haben, alle Schuldsprüche erfasst wurden.

<sup>25</sup> Sieben dieser Täter/-innen wurden wegen mehrfachen Mordes verurteilt – sechs töteten zwei, eine/-r drei Kinder unter Verwirklichung von Mordmerkmalen. Zwei der 33 Täter/-innen wurden nach US-amerikanischem Recht wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.

<sup>26</sup> Bei Täterinnen, die mehrere Kinder getötet haben, wurden alle Schuldsprüche erfasst.

sich daher die Frage, ob diese nach geltendem Recht von den Gerichten im unteren Bereich der Tatschwere angesiedelten Fälle der Privilegierung nach § 212 AE zugänglich wären und – verneinendenfalls – welche Fragen dies im Sinne der Angemessenheit oder Vermittelbarkeit aufwirft.

## II. § 211 Abs. 2 AE – Voraussetzungen für die lebenslange Freiheitsstrafe, Kriterien für besonders schwere Fälle

Zentrale Voraussetzung für die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ist nach § 211 Abs. 2 AE, dass „besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht wird, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist“. Dieses Leitprinzip soll dem Rechtsanwender eine Auslegungshilfe an die Hand geben sowie seinen Adressaten eine Orientierungshilfe bieten.<sup>27</sup> Es soll gleichzeitig das Erfordernis der Beibehaltung der Höchststrafe untermauern, welches aus generalpräventiven Erwägungen für unverzichtbar erachtet wird.<sup>28</sup> Mit dem Leitprinzip wird nach der Entwurfsbegründung „eine Tötungsstraftat umschrieben, deren Wirkung über die individuelle Beziehung zwischen Täter und Opfer dergestalt hinausweist, dass jeder beliebige Bürger potenzielles Opfer sein könnte und deshalb die Tat geeignet ist, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen“.<sup>29</sup> Maßstab ist damit neben der objektiven Beliebigkeit des Opfers der subjektive, zu Bedrohungsgefühlen führende „sozialpsychologische Eindruck der Beliebigkeit“.<sup>30</sup> Beides ist offenbar nicht im strengen Sinne empirisch gemeint und auf einander bezogen zu verstehen.

Die Entwurfsbegründung lässt nicht ganz klar erkennen, was der genaue Maßstab für die zu treffende Feststellung ist, dass „jedes beliebige Mitglied der Gesellschaft zum Opfer werden kann“. In Betracht kommen verschiedene Blickwinkel: Zum einen könnte man konkret retrospektiv danach fragen, ob jeder (beliebige Bürger) hätte Opfer der jeweiligen Tat werden können. Dann käme man bei Nahraumdelikten praktisch nie in den Anwendungsbereich des § 211 Abs. 2 AE. Denkbar ist auch ein abstrakter Blickwinkel, also die Frage danach, ob jeder Opfer einer gleichartigen Tat hätte werden können oder werden kann. Dann befände man sich unter diesem Aspekt bei Nahraumdelikten je nach Alter und Geschlecht nicht selten im Anwendungsbereich des § 211 Abs. 2 AE. Schließlich wäre auch noch der aus der Sicherungsverwahrung bekannte, konkret-prognostische Blickwinkel denkbar, der danach fragt, ob jeder das nächste Opfer des konkret zu beurteilenden Täters sein könnte.

Was die eher subjektive Seite angeht, soll es ausdrücklich nicht auf (jedenfalls im Einzelfall schwer feststellbare) „diffuse Lebensbedrohungsgefühle“<sup>31</sup> ankommen, denn bekanntermaßen führt die massenmediale Berichterstattung über spektakuläre Einzelfälle zu einer verzerrten Wahrnehmung der objektiven Kriminalitätsslage innerhalb der Bevölkerung<sup>32</sup> und

damit zu unrealistischen Bedrohtheitsgefühlen. Gleichzeitig betonen die Entwurfsverfasser, dass die „kollektiv-psychologische Weiterung umso eher [fehlt], je eindeutiger die Tat auf einen lebensgeschichtlich singulären Konflikt beschränkt ist, der strikt personalgebunden ist und deshalb nicht wiederholbar erscheint“.<sup>33</sup>

Insbesondere in der Zusammenschau mit § 212 AE, der in Nummer 1 mit der Verzweigungs- und Mitleidstötung sowohl einen konkreten, als auch mit der allgemein begreiflichen Konfliktlage einen generalisierenden Aspekt aufweist, wird deutlich, dass der Maßstab bei § 211 Abs. 2 AE wohl ebenfalls ein konkret retrospektiver, gleichzeitig aber auf der subjektiven Seite eher generalisierender sein soll. Wenn die Tat affekt- oder konfliktbedingt und „opfergebunden“ war, also nicht jeder zufällig Anwesende an diesem Ort und zu dieser Zeit ebenso hätte das Opfer werden können, ist jedenfalls besonders erhöhtes Unrecht im Sinne des § 211 Abs. 2 AE nicht verwirklicht. Bezugspunkt für den oberen Schwerebereich ist damit die besondere Sozialschädlichkeit im Sinne der Verletzung des Sicherheitsgefühls der Allgemeinheit. Die Konzeption des AE-Leben knüpft mit einem so verstandenen Leitbild an die Sichtweise der Vertreter der gefährlichkeitsorientierten, integrationspräventiven Interpretation des geltenden Rechts an.<sup>34</sup>

Im Folgenden wird an Daten aus der Kindstötungsstudie zunächst für alle Fallgruppen geprüft, welche Folgen der Ansatz des AE für die Fälle hätte, bei denen Mord angenommen und/oder lebenslange Freiheitsstrafe verhängt wurde. Wie bereits erwähnt, erfolgte innerhalb der 507 ausgewerteten Fälle 58-mal, gegenüber insgesamt 50 Beschuldigten, ein Schuldspruch wegen Mordes. Zu beachten ist, dass nicht in allen Mordfällen eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt wurde. Dies liegt zum einen daran, dass einige Täterinnen und Täter nach Jugendstrafrecht verurteilt wurden. Zum anderen wurde auf einen niedrigen Strafrahmen zurückgegriffen (z.B. wegen § 21 StGB). Eine lebenslange Freiheitsstrafe wurde bei 33 wegen Mordes verurteilten Personen ausgesprochen. Bei zwei weiteren Täter/-innen wurde die lebenslange Freiheitsstrafe wegen Totschlags in einem besonders schweren Fall, § 212 Abs. 2 StGB, verhängt.

Geht man näher auf die einzelnen verwirklichten Mordmerkmale ein, so wurde am häufigsten, insgesamt 21-mal,

---

von bevölkerungsrepräsentativen Befragungen aus den Jahren 2004, 2006 und 2010, 2011, S. 45 oder *Schwind/Fetchenhauer/Ahlborn u.a.*, Kriminalitätsphänomene im Langzeitvergleich am Beispiel einer Großstadt, Bochum 1975-1986-1998, 2000, S. 254. Für einen Forschungsüberblick dazu siehe BMI, Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, 2006, S. 487 ff.

<sup>27</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (220).

<sup>28</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (220 f.).

<sup>29</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (221).

<sup>30</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (210).

<sup>31</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (221).

<sup>32</sup> Siehe z.B. *Baier u.a.*, Kriminalitätsfurcht, Strafbedürfnisse und wahrgenommene Kriminalitätsentwicklung, Ergebnisse

<sup>34</sup> Nach diesem Ansatz zur Bestimmung der Höchststrafwürdigkeit wird unter Zugrundelegung sozialpsychologischer Mechanismen als entscheidend angesehen, ob die Tat das Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit in besonderem Maße beeinträchtigt. Vgl. hierzu *Rengier*, ZStW 22 (1980), 459 (476); *Eser* (Fn. 4), D 167; *Woesner*, NJW 1978, 1025 (1027); *Rüping*, JZ 1979, 617 (619); *Schneider* (Fn. 2), § 211 Rn. 18.

das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe bejaht. Eine heimtückische Begehungsweise führte insgesamt 17-mal zur Strafbarkeit nach § 211 Abs. 2 StGB, Verdeckungsabsicht 16-mal, Grausamkeit 8-mal, gemeingefährliche Mittel dreimal und Habgier einmal (*Abbildung 5*, vgl. S. 119).

Differenziert man nach Fallgruppen, zeigt sich, dass in allen Gruppen Verurteilungen wegen Mordes erfolgten. Bei den zielgerichteten Tötungen wurden 19 Personen wegen Mordes verurteilt,<sup>35</sup> bei tödlichen Kindesmisshandlungen 14,<sup>36</sup> bei versuchten erweiterten Suiziden 9,<sup>37</sup> bei Vernachlässigungen 4,<sup>38</sup> bei Neonatiziden und psychischen Erkrankungen jeweils eine<sup>39</sup> und bei der Fallgruppe „Sonstige“ zwei Personen. Die Anteile der Verurteilungen wegen Mordes variieren allerdings innerhalb der einzelnen Fallgruppen, wie *Abbildung 6* (vgl. S. 120) erkennen lässt, erheblich.

Im Folgenden werden die Mordmerkmale, die Hintergründe der Tat und insbesondere die Täter-Opfer-Beziehung innerhalb der einzelnen Fallgruppen weiter beleuchtet.

### 1. Zielgerichtete Tötung

In der Fallgruppe mit dem höchsten Mordverurteilungsanteil, den zielgerichteten Tötungen, wurden von 27 Täter/-innen 19 wegen Mordes verurteilt.<sup>40</sup> Insgesamt stammen fast 40 % aller nach § 211 StGB Verurteilten aus dieser Fallgruppe. Besonders häufig, in 14 Fällen,<sup>41</sup> handelte es sich bei dem wegen Mordes verurteilten Täter um den biologischen Vater. Dreimal wurde die biologische Mutter wegen Mordes verurteilt,<sup>42</sup> einmal zwei Bekannte der Mutter, die zunächst die Kindsmutter und dann das Kind töteten. Die in dieser Gruppe erfassten Fälle zeichnen sich durch einmalige und gezielte Tötungshandlungen aus. Bezogen auf die gerichtlich festgestellten Mordmerkmale ergibt sich das in *Abbildung 7* (vgl. S. 120) dargestellte Bild.

Es dominiert das Merkmal der niedrigen Beweggründe, das bei 9 der 19 Täter/-innen (bei 12 Opfern) angenommen wurde.<sup>43</sup> Bei diesen Tätern handelte es sich in sieben Fällen um den leiblichen Vater. Fast immer war für die Männer Hintergrund der Tötung ein (meist Trennungs-)Konflikt mit der Mutter. Die gerichtlichen Feststellungen gingen dahin, dass die Täter keine Aversionen gegen das Kind hatten, sich ihr Hassgefühl vielmehr auf die Kindsmutter konzentrierte. Dadurch wurden nach Wertung der Gerichte die Kinder in

einer ihnen jedes Lebensrecht absprechenden Weise zum Mittel der Rache erniedrigt und damit zum bloßen Objekt des Konflikts zwischen den Eltern gemacht. Nur in einem Fall stellte das Gericht fest, dass das uneheliche Kind – das zusammen mit der Mutter getötet wurde, mit der der Täter nie eine Beziehung geführt hatte – als Makel nicht in das vom Täter gewünschte, perfekte Leben passte. In den zwei anderen Fällen attestierten die Gerichte jeweils den Müttern niedrige Beweggründe. Die Kinder wurden nach den Urteilsfeststellungen von den Frauen als störend bei der Lebensführung empfunden bzw. als Auslöser für die Eheprobleme angesehen.

Etwas seltener handelte es sich um einen Mord in Verdeckungsabsicht (bei sechs Tätern mit fünf Opfern angenommen). Dort war vorher jeweils die Kindsmutter, regelmäßig vom Kindsvater, in einem eskalierenden Streit getötet worden.<sup>44</sup>

Das Merkmal der Heimtücke wurde bei vier Tätern (mit fünf Opfern), wiederum jeweils den Kindsvätern, angenommen. Drei der getöteten Kinder waren bereits älter als drei Jahre und hatten nach den Urteilsfeststellungen ihren Vätern vollkommen vertraut. Bei zwei Kleinstkindern wurden die erforderlichen Voraussetzungen der Heimtücke mit der Arg- und Wehrlosigkeit der Mutter als Aufsichts- und Schutzperson begründet. Die Mütter waren jeweils zuvor bzw. gleichzeitig mit dem Kind getötet worden. Das Merkmal der Heimtücke wurde immer zusammen mit einem anderen Mordmerkmal angenommen; regelmäßig mit niedrigen Beweggründen, einmal mit gemeingefährlichen Mitteln (Brandlegung in der Wohnung). Für diese Fallgruppe typisch war auch hier der Tötung des Kindes jeweils ein Konflikt mit der Mutter vorausgegangen.

Im Fall der als grausam gewerteten Tötung stach der Kindsvater nach den Urteilsfeststellungen aus Wut über eine seiner Ansicht nach ungerechte Behandlung beim Umgangsrecht unzählige Male auf das Opfer, insbesondere im Gesichtsbereich, ein.

Habgier wurde bei einem Kindsvater bejaht, der sich sowohl der Kindsmutter, mit der er ein Verhältnis hatte, als auch des gemeinsamen Kindes entledigen wollte, um, so die Urteilsgründe, den demnächst anstehenden Unterhaltszahlungen zu entgehen.

Die Annahme von Mordmerkmalen hat bei dieser Fallgruppe fast immer zur Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe geführt. Die vielfach kritisierten Vermeidungsstrategien der Instanzgerichte zu Umgehung der Höchststrafe<sup>45</sup> finden sich hier nicht. Lediglich zwei Personen erhielten zeitige Strafen. Davon war ein Täter zur Tatzeit heranwachsend und das Gericht wendete Jugendstrafrecht an. In dem anderen Fall (Mordmerkmal Grausamkeit) hatte das Gericht bei dem Kindsvater eine erheblich verminderte Schuldfähig-

<sup>35</sup> Eine Täterin tötete ihre drei Kinder.

<sup>36</sup> Ohne Mehrfachopfer.

<sup>37</sup> Eine Täterin tötete ihre beiden Kinder.

<sup>38</sup> Eine Täterin tötete ihre beiden Kinder.

<sup>39</sup> Dabei wurden jeweils zwei Kinder getötet.

<sup>40</sup> Nicht berücksichtigt wurde eine nach US-amerikanischem Recht wegen Mordes verurteilte Täterin.

<sup>41</sup> Mit 15 Opfern, da in einem Fall zwei Kinder getötet wurden.

<sup>42</sup> Mit sechs Opfern, da eine Mutter drei Kinder tötete, eine andere zwei.

<sup>43</sup> In den Fällen, in denen ein Täter bzw. eine Täterin mehrere Kinder getötet hat, konnte das Gericht aufgrund des gleich gelagerten Tatgeschehens für die Kinder jeweils dasselbe/dieselben Mordmerkmale annehmen.

<sup>44</sup> In einem Fall waren es zwei Bekannte der Mutter, die zunächst diese und Tage später aus Angst vor der Entdeckung der Tat auch das Kind umbrachten.

<sup>45</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (197 m.w.N.).

keit festgestellt, die Strafe über §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemildert und eine Freiheitsstrafe von zehn Jahren verhängt.<sup>46</sup>

Der AE-Leben sieht vor, die Mordmerkmale der niedrigen Beweggründe und der Heimtücke nicht mit in den neuen Regelkatalog aufzunehmen, da sie unter dem Gesichtspunkt der Gemeinschaftsbedrohlichkeit nicht haltbar seien.<sup>47</sup> In den hier untersuchten Fällen sind gerade diese beiden Merkmale häufig bejaht worden, oftmals auch miteinander kombiniert. Diese Fälle würden damit aus § 211 Abs. 2 AE herausfallen. Nichts anderes würde aber auch für die übrigen Fallgestaltungen gelten, da den Tötungen grundsätzlich ein interpersoneller Konflikt zu Grunde lag und eine Bedrohung der allgemeinen Lebenssicherheit nicht zu besorgen wäre. Einzig in den Fällen, in denen auch die Mutter oder mehrere Kinder getötet wurden, käme die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nach § 211 Abs. 2 Nr. 1 AE wegen Mehrfach-tötung in Betracht. Allerdings wäre dies nach den Entwurfsverfassern auch nur dann denkbar, „wenn es um hintereinander begangene Konflikttötungen von mehreren Opfern geht und die Umstände im Einzelfall die Schlussfolgerung aufdrängen, dass von dem Täter eine angemessenere Konfliktbewältigung zu erwarten war“.<sup>48</sup>

Auch ein Schuldspruch wegen Totschlags in einem besonders schweren Fall führte zur Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Der Täter tötete im Streit die Kindsmutter und anschließend sein Kind und war nach § 212 Abs. 2 StGB schuldig gesprochen worden.<sup>49</sup> Mit den Mordmerkmalen der Verdeckungsabsicht und der Heimtücke hatte sich das Gericht im Urteil ausführlich auseinandergesetzt, beide jedoch verneint.<sup>50</sup> § 212 Abs. 2 StGB wurde letztlich damit begründet, dass zu den mordmerkmalsnahen Umständen hinzukomme, dass der Täter zwei Personen in einem engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang getötet habe, woraus sich eine in starkem Maße lebensverachtende Einstellung des Täters ergebe. Unter Anwendung des AE

<sup>46</sup> Zudem hat es die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB angeordnet (ohne Vorwegvollzug der Strafe).

<sup>47</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (211).

<sup>48</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (225 f.).

<sup>49</sup> Erst nach erfolgreicher Revision der Staatsanwaltschaft. Zunächst war bzgl. des Kindes wegen § 212 Abs. 1 StGB auf 12 Jahre als Einzelstrafe und 15 Jahre als Gesamtstrafe erkannt worden. § 212 Abs. 2 StGB war geprüft, aber abgelehnt worden.

<sup>50</sup> Das etwa zweieinhalb Jahre alte Kind war in seiner Entwicklung verzögert und konnte nicht sprechen. Heimtücke scheiterte laut Gericht daran, dass eine Fähigkeit zum Argwohn bei dem Kind nicht zweifelsfrei festgestellt werden konnte. Gegen die Verdeckungsabsicht sprach nach den gerichtlichen Feststellungen zunächst die nicht gegebene Aussagefähigkeit des Kindes, mehr noch aber das zweifelhaft planvolle Vorgehen des Täters, der sich nach der ungeplanten Tötung der Mutter durch das möglicherweise weinende Kind eher gestört und genervt gefühlt hat. Niedrige Beweggründe lagen laut Gericht objektiv vor, scheiterten bei der spontanen Tat aber an der subjektiven Seite.

würde auch bei diesem strikt situations-personengebundenen Fall die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe wohl ausscheiden. Allein über § 211 Abs. 2 Nr. 1 AE wäre eine lebenslange Freiheitsstrafe denkbar.

### 2. Misshandlungen

14 von insgesamt 125 Täter/-innen tödlicher Kindesmisshandlungen wurden wegen Mordes verurteilt. In einem Fall blieben die vom Gericht angenommenen Mordmerkmale wegen eines Erhebungsfehlers unklar, so dass letztlich bei 13 Täter/-innen die gerichtlich festgestellten Mordmerkmale untersucht werden konnten. Charakteristisch für die Gruppe der Misshandlungstötungen ist, dass die Kinder durch aktive körperliche Gewalt unterschiedlicher Art und Dauer getötet wurden.

Besonders auffällig ist, dass häufig Paare für den Tod des Kindes strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurden. Dies bedeutet auch, dass es deutlich mehr Täter als Opfer (und „Fälle“) gibt. In sieben der acht Mordfälle wurden beide Eltern für den Tod des Kindes (strafrechtlich) verantwortlich gemacht.<sup>51</sup> In vier dieser Fälle lebte die Mutter mit einem neuen Lebenspartner – dem sozialen Vater des Kindes – zusammen. In nur zwei Fällen waren die leiblichen, in einem weiteren die Pflegeeltern die Täter/-innen. Regelmäßig stand in diesen Paarkonstellationen die Mutter dem Geschehen passiv gegenüber und machte sich dadurch wegen Mordes durch Unterlassen strafbar. In dem Fall, in dem eine Einzelperson strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurde, war der soziale Vater der Täter.

In dieser Fallgruppe dominiert klar das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht. Die Gerichte gingen bei zehn der 13 Täter/-innen, bei acht davon ausschließlich, von diesem Mordmerkmal aus. Begründet wurde dies jeweils damit, dass dem Kind die ärztliche Versorgung vorenthalten wurde, um die vorangegangenen Misshandlungen zu verdecken. In einem Fall wurde neben der Verdeckungsabsicht bei beiden Elternteilen (biologischer Mutter und sozialem Vater) zudem das Mordmerkmal der Grausamkeit angenommen, da das Kind qualvoll an unbehandelten schwersten Verbrühungen verstorben war. Die Verteilung der Mordmerkmale dieser Fallgruppe ist in *Abbildung 8* (vgl. S. 121) nochmals schematisch dargestellt.

Heimtücke wurde bei einem (Einzel-)Täter, dem sozialen Vater, angenommen. Das weinende Kind hatte ihm den Rücken zugedreht, woraus das Gericht auf Arg- und Wehrlosigkeit schloss.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Zu den sieben Fällen wurden auch zwei Fälle gezählt, in denen zwar nur ein Elternteil verurteilt wurde, nach Aktenlage aber beide Elternteile für den Tod des Kindes verantwortlich waren. In einem Fall war der soziale Vater wegen Anstiftung (der biologischen Mutter) zum Mord durch Unterlassen verurteilt worden. Ein Urteil gegen die Mutter lag jedoch nicht vor. In einem anderen Fall suizidierte sich die Mutter, die ihr Kind aktiv misshandelt hatte, während des Verfahrens. Der später verurteilte biologische Vater nahm nach den gerichtlichen Feststellungen den passiven Teil ein.

<sup>52</sup> Das Urteil war gemäß § 267 Abs. 4 StPO abgekürzt.

Ebenfalls in nur einem Fall – wiederum waren die leibliche Mutter und der soziale Vater für den Tod strafrechtlich verantwortlich – lagen nach Ansicht der Kammer (nur) beim sozialen Vater niedrige Beweggründe vor. Bei beiden Elternteilen wurde zudem eine grausame Begehungsweise angenommen, da das Opfer nach den Feststellungen des Gerichts über einen langen Zeitraum immer wieder vom sozialen Vater massiv misshandelt und gequält worden war.

Zu lebenslanger Freiheitsstrafe nach § 211 StGB wurden letztlich neun Täter/-innen verurteilt. Am häufigsten, bei fünf Personen, wurde das Merkmal der Verdeckungsabsicht angenommen, einmal kombiniert mit Grausamkeit. Im Übrigen wurden Heimtücke, Grausamkeit und die Kombination von Grausamkeit und niedrigen Beweggründen festgestellt.

Wurde trotz Annahme von Mordmerkmalen auf die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe verzichtet, hatte das erkennende Gericht fast immer bei dem Elternteil, der das Kind nicht aktiv misshandelt hatte, die Milderung über § 13 Abs. 2 StGB genutzt.<sup>53</sup> Bei einem weiteren Täter wurde eine Jugendstrafe verhängt.

Der AE-Leben stellt hinsichtlich des Merkmals der Verdeckungsabsicht klar, dass dieses mit Blick auf das Leitprinzip nur erfüllt sei, wenn jeder beliebige Bürger Opfer der Verdeckungsstat werden könnte.<sup>54</sup> Dies sei jedenfalls dann nicht der Fall, wenn das Gesamtverhalten des Täters in einen Personalkonflikt eingebunden sei und sich die Wirkungen der Tat nur auf das individuelle Opfer bezögen.<sup>55</sup> Als typisches Beispiel für einen personengebundenen Konflikt in diesem Sinne nennen die Entwurfsverfasser gerade den Fall, dass die Lebenspartnerin zur Verdeckung der vorangegangenen Körperverletzung getötet wird.<sup>56</sup> Bei den hier untersuchten Fällen handelt es sich regelmäßig um genau diese Art der singulär-opferbezogenen Verdeckungstötung. Aber auch in den anderen Fällen, in denen andere Mordmerkmale angenommen wurden, würde man wegen der strengen Opfergebundenheit regelmäßig nicht zu einer Anwendung des § 211 Abs. 2 AE kommen.

Eine lebenslange Freiheitsstrafe wurde in einem Fall auch nach § 212 Abs. 2 StGB verhängt. Der soziale Vater hatte den zwei Jahre alten Sohn seiner Lebensgefährtin zumindest einmal massiv misshandelt. Das Gericht hatte in seinem Urteil auf eine explizite Prüfung von Mordmerkmalen verzichtet. Bei der Prüfung des § 212 Abs. 2 StGB schwingen diese dennoch unmissverständlich mit. Danach komme das außergewöhnliche Maß an Gewaltanwendung nahe an den Bereich einer grausamen Tötung. Er habe ein zunächst schlafendes, ihm wehrlos ausgeliefertes Kleinkind ohne jeden Grund misshandelt und getötet, es zum bloßen Objekt seiner Aggression gemacht und dadurch das menschliche Leben bewusst entwertet. Des Weiteren habe er aus Angst vor Entdeckung der Tat keine Hilfe geholt und diese Angst vor das Leben des Kindes gestellt. Auch in diesem Fall würde unter Anwendung

des AE wegen der mangelnden Beeinträchtigung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit eine lebenslange Freiheitsstrafe kaum zu verhängen sein.

### 3. Versuchte erweiterte Suizide

Von den 22 wegen versuchten erweiterten Suizids Verurteilten wurden neun wegen Mordes schuldig gesprochen. In acht Fällen handelte es sich um den leiblichen Vater, nur einmal um die leibliche Mutter (diese hatte ihre beiden Kinder getötet).

Deutlich dominierendes Merkmal ist Heimtücke. Bei acht der neun Täter/-innen wurde dieses Mordmerkmal bejaht, in einem Fall kombiniert mit niedrigen Beweggründen. Dies wird in *Abbildung 9* (vgl. S. 121) nochmals verdeutlicht. Die nach den gerichtlichen Feststellungen dem Elternteil bedingungslos vertrauenden Kinder wurden häufig im Schlaf getötet, manchmal auch in anderen, ruhigen Alltagssituationen wie beim Fernsehen oder Baden. Fast immer war es der Kindsvater, der, so die Gerichte, die Trennung von seiner Frau nicht verkraftete und dabei die Kinder der Ex-Partnerin nicht gönnte und/oder ihr mit dem Tod Leid zufügen wollte. Zweimal versuchte der Täter auch, seine gesamte Familie zu töten. Auch bei einer Mutter, die ihre beiden Kinder im Schlaf tötete, war eine Trennung vorangegangen, verbunden mit der Angst, dass die Kinder sich mehr dem Vater zuwenden würden. Der BGH-Rechtsprechung folgend wurde Heimtücke bei Kindern zwischen knapp drei und gut fünf Jahren ohne weitere Begründung angenommen, einmal auch bei einem erst 1 ¾ Jahre alten Kind, das, nach Auffassung des Gerichts, für sein Alter sehr weit entwickelt, bereits in der Lage gewesen wäre, Hilfe herbeizurufen. Erhöhten Begründungsbedarf erforderte regelmäßig auch die Annahme einer feindseligen Willensrichtung, liegt doch beim Mitnahmesuizid zumindest auch eine mitfühlende/altruistische Motivationslage nahe. Für die Annahme einer feindseligen Haltung sprach aber nach den Urteilsbegründungen entscheidend, dass der Täter regelmäßig nicht objektiv nachvollziehbar zum Besten des Kindes handelte. Vielmehr habe er das Lebensrecht der Kinder von sich selbst abgeleitet. Die Tötung geschah also nicht aus altruistischen Motiven, sondern es standen vielmehr Wut und Zorn gegen die Ehefrau und deren Bestrafung bis an ihr Lebensende im Vordergrund, so die Wertung der Kammern.

In einem Fall wurden ausschließlich niedrige Beweggründe als Mordmerkmal angenommen. Tathintergrund war auch hier eine vorangegangene Trennung, die der Kindsvater laut Gericht nicht verkraftete. Bestimmend bei der Tötung Kindes sei der Gedanke gewesen, sich an der Frau für ihr Verhalten zu rächen und sie zugleich zu bestrafen.

Letztlich führte bei fünf der neun Täter/-innen die Annahme von Mordmerkmalen auch zur Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Dabei handelte es sich um Fälle, bei denen ausschließlich Heimtücke als Mordmerkmal angenommen wurde. Bei den anderen vier Verurteilungen<sup>57</sup> wurde in drei Fällen über § 21 StGB gemildert. In einem weiteren Fall

<sup>53</sup> In einem Fall wurde zusätzlich über § 23 Abs. 2 StGB gemildert.

<sup>54</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (236).

<sup>55</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (237).

<sup>56</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (237).

<sup>57</sup> In drei Fällen Heimtücke, einmal kombiniert mit niedrigen Beweggründen. In einem weiteren Fall ausschließlich niedrige Beweggründe.

ließ sich der Grund für die Milderung beim dem erwachsenen Täter nicht mehr nachvollziehen. Mit dem AE-Leben stünden die beiden in dieser Fallgruppe von den Gerichten angenommenen Mordmerkmale – Heimtücke und niedrige Beweggründe – nicht mehr zur Verfügung. Der versuchte erweiterte Suizid soll auch ausdrücklich nicht in den Anwendungsbebereich des § 211 Abs. 2 Nr. 1 AE (Mehrfachtötungen) fallen, da er „strikt situations-personengebunden“ sei.<sup>58</sup> In genau diesem Punkt unterscheiden sich die versuchten erweiterten Suizide in aller Regel nicht von zielgerichteten Tötungen, sondern gehen eher in einander über (wenn etwa der Versuch des Suizides nicht begonnen wurde) bzw. verweisen auf unterschiedliche Konfliktlagen oder Bewältigungsmuster bei den Tätern. Bei beiden Fallgruppen handelt es sich um den Typus „Familientragödie“ ohne Nähe zu den in der Entwurfsbegründung exemplarisch genannten Amokläufern oder Serienkillern.

#### 4. Vernachlässigung

Von den 24 Täter/-innen dieser Fallgruppe wurden vier, jeweils die biologischen Mütter, wegen Mordes verurteilt (*Abbildung 6*, vgl. S. 120). Dabei handelt es sich ausschließlich um solche Fälle, in denen die Kinder verhungerten und/oder verdursteten. Bei allen wurde das Mordmerkmal der Grausamkeit bejaht, bei zweien zusätzlich das Merkmal der niedrigen Beweggründe. In den untersuchten Fällen wollten die jeweils vom Kindsvater getrennt lebenden Angeklagten nach den Feststellungen der Kammern ein „normales Leben“ ohne Kinder führen, bzw. Ruhe vor den Kindern haben, um mit ihrem Freund allein zu sein. Daher wurden die Kinder über Tage oder Wochen allein zu Hause zurückgelassen.

Nur bei einer Täterin, die zwei Kinder zu Hause verhungern und verdurstet ließ, wurde auf lebenslange Freiheitsstrafe erkannt (Mordmerkmale bei beiden Kindern Grausamkeit und niedrige Beweggründe). Bei zwei Müttern wurde über § 21 StGB gemildert (jeweils Grausamkeit), bei einer weiteren über § 106 Abs. 1 JGG (Grausamkeit und niedrige Beweggründe). Ausdrücklich abgelehnt wurde bei allen eine Milderung über § 13 Abs. 2 StGB.

Die Entwurfsverfasser des AE-Leben sehen bei der Vernachlässigung von Kleinkindern keinen Raum für die Anwendung des Regelmerkmals Nummer 4 (Tötung nach Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen), „jedenfalls soweit diese Passivität ihre Bindung in einem einmaligen Täter-Opfer-Konflikt hat, wie etwa bei sozial und psychisch überforderten Eltern, und deshalb über die singuläre Vernachlässigung hinaus keine gesellschaftlichen Weiterungen zu befürchten sind“.<sup>59</sup> In den hier untersuchten Fällen würde man damit wegen des reinen Opferbezugs und mangels Lebensbedrohung für beliebige Opfer eine Anwendung des § 211 Abs. 2 AE verneinen müssen. Niedrige Beweggründe würden mangels Aufnahme im Regelkatalog ebenfalls nicht in Betracht kommen.

#### 5. Psychische Erkrankung

Da in dieser Gruppe Fälle erfasst sind, in denen eine schwere psychische Erkrankung des Täters oder der Täterin direkter Auslöser der Tötung war (unabhängig von allen anderen Fallmerkmalen), wurde bei den 24 Täter/-innen dieser Fallgruppe fast immer unter Annahme des § 20 StGB mit Maßregeln reagiert. Nur vereinzelt erfolgten Schuldsprüche, in einem Fall wurde bereits die Eröffnung des Sicherungsverfahrens wegen offensichtlichen Nichtvorliegens der Voraussetzungen der Anordnung einer Maßregel abgelehnt. Bei einem dieser wenigen Schuldsprüche erkannte das Gericht bei dem Täter wegen der Tötung seiner beiden Kinder auf Mord (vgl. *Abbildung 6*, vgl. S. 120). Die Kammer nahm in beiden Fällen niedrige Beweggründe an, bei einem Kind zudem Heimtücke, da der Täter diesem Opfer zur Vorbereitung der Tat ein Schlafmittel verabreicht hatte. Eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängte das Gericht dennoch nicht. Es milderte über §§ 21, 49 Abs. 1 StGB und erkannte auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von 15 Jahren.

Wie bereits geschildert, sieht der AE-Leben die beiden vom Gericht angenommenen Mordmerkmale, niedrige Beweggründe und Heimtücke, nicht mehr vor. Die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe käme danach allein wegen Mehrfachtötung nach § 211 Abs. 2 Nr. 1 AE in Betracht, auch hier fehlt allerdings der nach dem AE erforderliche Allgemeinbezug.

#### 6. Sonstige

Zwei Täter/-innen dieser sehr kleinen Fallgruppe wurden wegen Mordes verurteilt. Für die Tötung von kleinen Kindern absolut untypisch bestand in den beiden Fällen keine Verbindung zwischen Täter und Opfer, so dass das Kind eher ein Zufallsoffer war. Während sich in einem Fall ein Heranwachsender als Falschfahrer auf einer Autobahn zu suizidieren versuchte und es dabei zu einer tödlichen Kollision kam, verursachte ein anderer Mann nach Streitigkeiten mit seiner früheren Vermieterin in deren von mehreren Parteien bewohnten Mehrfamilienhaus eine Gasexplosion. In beiden Fällen wurde das Merkmal des gemeingefährlichen Mittels bejaht; bei dem Autounfall zudem Heimtücke. Der heranwachsende Täter wurde zu einer Jugendstrafe verurteilt. Bei dem anderen Täter wurde eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt. In diesen beiden Fällen würde – wegen der Beliebigkeit der Opfer – eine Bejahung des § 211 Abs. 2 Nr. 1 AE (Mehrfachtötung) deutlich leichter möglich sein als in den anderen Fallgruppen. Allerdings ist gerade diese Beliebigkeit bei Kindstötungen der absolute Ausnahmefall.

#### 7. Neonatizide

Bei der Fallgruppe der Neonatizide ist nur eine der 92 verurteilten Mütter wegen – zweifachen – Mordes rechtskräftig verurteilt worden (*Abbildung 6*, vgl. S. 120). Für beide Taten wurde jeweils eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt. Als Mordmerkmal wurden bei der Tötung des ersten Kindes niedrige Beweggründe angenommen, da die Mutter die Beziehung zu ihrem Lebensgefährten nicht habe gefährden wollen. Bei der Tötung des zweiten Kindes ging das Gericht

---

<sup>58</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (225).

<sup>59</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (232).

von Verdeckungsabsicht aus, da bei Entdeckung der zweiten Schwangerschaft die erste Schwangerschaft bekannt geworden und möglicherweise nach dem Kind gefragt worden wäre. Diese Entscheidung des Gerichts ist bei einer Gesamtbetrachtung aller von uns untersuchten Neonatizide als außergewöhnlich zu bezeichnen, da sich die Motivlage der Mutter sowie die Tatumstände jedenfalls nach dem Akteninhalt nicht dimensional von anderen Neugeborenentötungen unterscheiden.

Mit Hinweis auf das Leitprinzip wäre die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe im Rahmen des AE in diesem Fall wohl nicht möglich. Darüber hinaus stünde der Verhängung der Höchststrafe ggf. auch § 212 Abs. 2 AE entgegen (wenn beim Neonatizid § 212 Abs. 1 Nr. 3 AE bejaht würde).

#### 8. Zwischenfazit

Zur Frage der Wirkung einer Gesetzesänderung im Sinne des § 211 AE ist festzustellen, dass nach der Konzeption des AE-Leben praktisch alle für den Zeitraum 1997-2006 abzuurteilenden typischen Kindstötungsdelikte, die nach geltendem Recht zu einer Verurteilung wegen Mordes geführt haben, nicht in den Anwendungsbereich des § 211 Abs. 2 AE fallen würden, also eine lebenslange Freiheitsstrafe in keinem der Fälle hätte ausgesprochen werden können. Selbst dort, wo ein Regelmerkmal erfüllt wäre, läge bei fast allen in der Praxis vorkommenden Fällen die vom AE geforderte Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit nicht vor, es handelt sich vielmehr um klassische Fälle der „Personalkonflikte“.

#### III. § 212 AE – Totschlag (bisherige minder schwere Fälle)

Das Gegenstück zu § 211 Abs. 2 AE bildet § 212 AE. Er erfasst die „weniger schwer wiegenden Fälle, die aufgrund eines geminderten Unrechts- und Schuldgehalts privilegierungswürdig und mangels erhöhten Präventionsbedürfnisses privilegierungsfähig sind“.<sup>60</sup> Grund dafür ist die gängige Praxis, konfliktbedingte Affekte bei interpersonellen Beziehungen als Entlastungsmuster zu werten.<sup>61</sup> Die Tötungen haben ihre Ursachen in dem interpersonellen Verhältnis zwischen Täter und Opfer. Daher sind, so die Entwurfsverfasser, solche Taten weitaus weniger geeignet, die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen.<sup>62</sup>

Wie bei § 211 StGB monieren die Entwurfsverfasser auch bei der geltenden Fassung des § 213 StGB eine fehlende einheitliche Linie, wann Tötungen typischerweise eine mildere Strafe verdienen, mithin wiederum das Fehlen eines Leitbilds.<sup>63</sup> Bereits die Provokationsvariante des § 213 Var. 1

StGB wird als zu weit gefasst angesehen mit der Folge, dass der Affekttäter „generell zu billig“ davonkomme.<sup>64</sup> Noch deutlicher werden die Probleme bei dem „sonst minder schweren Fall“. Nach Ansicht der Entwurfsverfasser besteht der Hauptmangel der geltenden Konzeption darin, dass es insbesondere hier an einem gesetzlichen Maßstab fehlt<sup>65</sup> und somit die Ergebnisse zu § 213 Var. 2 StGB der Rechtssicherheit entbehren.

Die Neukonzeption des § 212 AE soll mit ihrem eng formulierten Tatbestand eine im Hinblick auf die Bestimmtheit stimmigere Norm schaffen und den Anwendungsbereich des Privilegierungstatbestands enger fassen als bisher.<sup>66</sup> Dazu enthält § 212 Abs. 1 AE mit Nummer 1 (Verzweiflungs- und Mitleidstötungen)<sup>67</sup> und Nummer 2 (Provokationsfälle)<sup>68</sup> zwei deutlich konturierte Tatbestände. Schließlich enthält § 212 Abs. 1 Nr. 3 AE eine Öffnung des Tatbestands nach unten. Mit dieser Generalklausel, die der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung tragen soll, sollen ebenso privilegierungswürdige Sachverhalte erfasst werden, die nach dem eng umrissenen Wortlaut der Nummern 1 und 2 nicht erfasst sind.<sup>69</sup> Insgesamt als privilegierungswürdig werden im AE nur affekt- und konfliktmotivierte Tötungen angesehen.<sup>70</sup>

<sup>64</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (245 m.w.N.).

<sup>65</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (247). Auch das Bundesverfassungsgericht hält unbenannte minder schwere Fälle im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz für bedenklich, vgl. dazu BVerfGE 45, 363 (371 f.); in diese Richtung auch *Wessels* (in: Schroeder/Zipf [Hrsg.], Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 295) sowie *Lammel* (Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2008, 96 [98]), aus der Sicht eines forensischen Psychiaters, der in der Abschaffung des § 217 StGB a.F. (zugleich) den Verlust eines Beurteilungsspielraums sieht, der die Verwischung zwischen Dekulpierungs- und Privilegierungsgründen nach sich zieht; *Callies* (NJW 1998, 929) macht die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit davon abhängig, ob § 213 StGB als Tatbestand oder als Strafzumessungsregel zu begreifen ist. In Literatur und Rechtsprechung wird § 213 StGB überwiegend als Strafzumessungsregel verstanden, vgl. *Sinn*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 133. Lfg., Stand: Juni 2012, § 213 Rn. 2; *Schneider* (Fn. 2), § 213 Rn. 1; BGHSt 4, 226 (228); 21, 14 (15); 27, 287 (289). *Callies* selbst kommt infolge einer historisch-systematischen Rekonstruktion des Problems zu dem Ergebnis, dass es sich um eine tatbestandliche Ausgestaltung handelt, was eine Verfassungswidrigkeit zur Folge hat (a.a.O., 931 ff.). Dagegen erscheint *Meier* (Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2009, S. 155) die Konsequenz, dem Gesetzgeber Verfassungswidrigkeit zu attestieren, gewagt.

<sup>66</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (253).

<sup>67</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (250).

<sup>68</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (252).

<sup>69</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (253).

<sup>70</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (248).

<sup>60</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (207).

<sup>61</sup> Heine (Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 275 ff., 286 ff.) stellte fest, dass personalkonfliktbedingte Affekte als Entlastungsmuster dienen und damit die Höchststrafwürdigkeit ausschließen. Besonders anschaulich hierzu a.a.O., S. 276 Tabelle 23, sowie S. 286 ff. Tabellen 26-28; *Eser* (Fn. 4), D 108 ff.

<sup>62</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (248).

<sup>63</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (245).

### 1. Anwendungspraxis des § 213 StGB in den Fallgruppen

Hauptanwendungsfall des Totschlags in einem minder schweren Fall ist, wie sich auch *Abbildung 4* (vgl. S. 119) entnehmen lässt, die Neugeborenentötung. Diese Fallgruppe wird daher in einem späteren Abschnitt gesondert betrachtet. In allen anderen Fallgruppen hat die Rechtsprechung von § 213 StGB nur bei 10 Täter/-innen (fast immer Mütter, n = 9; alle Verurteilungen nach allgemeinem Strafrecht) Gebrauch gemacht. Allen diesen Fällen ist gemein, dass § 213 Var. 2 StGB angewendet wurde und die Gerichte im Rahmen einer Gesamtabwägung jeweils § 21 StGB als entscheidend für die Milderung bezeichneten. Differenziert nach Fallgruppen ergibt sich bei der Anwendung des § 213 StGB folgendes Bild:

Misshandlungstötungen (§ 213 StGB bei Täter/-in, n = 3): Im Unterschied zu den Mordverurteilungen sind in diesen Milderungsfällen nicht vornehmlich Paare, sondern jeweils allein die Mütter für den Tod ihres Kindes strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden. Dabei handelte es sich nach den gerichtlichen Feststellungen um Fälle einmaliger Kindesmisshandlung. In den Entscheidungsgründen führten die Gerichte bei zwei Müttern – neben dem in allen Fällen entscheidenden § 21 StGB – die Rettungsbemühungen, die Reue und ein Augenblicksversagen als Gründe für die Milderung an. Bei der dritten Frau hatte laut Gericht deren Persönlichkeitsstörung (sie sei zu normalen Gefühlsregungen nicht fähig) zu dem erheblichen Gewaltausbruch geführt.

Erweiterte Suizide (§ 213 StGB bei Täter/-in, n = 4): Bei allen Täter/-innen, drei Müttern und einem Vater, stellten Gutachter psychische Erkrankungen fest (u.a. jeweils bis zur Tat unbehandelte Depressionen), welche nach den Urteilsbegründungen zur Anwendung des § 21 StGB und damit § 213 StGB führten. Bei drei Täter/-innen war der Tat ein Trennungskonflikt vorausgegangen. Neben § 21 StGB hat das Gericht den Täter/-innen jeweils positiv in Rechnung gestellt, dass sie sonst liebevolle Eltern gewesen seien, sie ihre Tat zutiefst bereuten, selbst unter dem Tod des Kindes litten und umfassend geständig seien.

Psychische Erkrankungen (§ 213 StGB bei Täter/-in, n = 2): Täterinnen waren zwei Mütter, die sich bereits vor und auch bis zur Tat wegen einer psychischen Erkrankung in ärztlicher Behandlung befanden. Bei beiden wurde die Anwendung des § 213 StGB auf § 21 StGB gestützt.

Zielgerichtete Tötung (§ 213 StGB bei Täter/-in, n = 1): Tatauslöser war nach den gerichtlichen Feststellungen eine Überforderung der Mutter mit der gesamten Familiensituation. Die Mutter habe ihr Kind erstickt, um ihm ein Leben in einer aus ihrer Sicht lieblosen Familie zu ersparen. Entscheidend für die Frau und für die Anwendung des § 213 StGB sprach aus Sicht des Gerichts das Vorliegen einer verminderten Schuldfähigkeit verbunden mit einer erheblich geminderten Impulskontrolle, zudem dass es sich um eine Spontantat handelte und die Mutter sich in einer zermürbenden Familiensituation befand.

Bei den übrigen Fallgruppen (Vernachlässigung und Sonstige) machten die Gerichte von der Milderung nach § 213 StGB keinen Gebrauch.

Mit dem AE-Leben würde es an dieser Stelle wohl zu Veränderungen kommen. Grund hierfür ist, dass die Praxis in

den untersuchten Fällen immer als (zum Teil allein) tragenden Grund auf § 21 StGB zur Begründung des § 213 Alt. 2 StGB zurückgegriffen hat. Gerade diese Heranziehung von unbenannten Strafmilderungsgründen in § 213 Alt. 2 StGB ist von den Entwurfsverfassern stark kritisiert worden.<sup>71</sup> Daher ist im AE-Leben „eine allein auf das Vorliegen von § 21 StGB gestützte Anwendung von § 212 AE ausgeschlossen, wenn nicht die im Tatbestand beschriebenen Affekt- oder Konfliktlagen bestehen“.<sup>72</sup> Es käme in den untersuchten Fällen allein § 212 Abs. 1 Nr. 3 AE in Betracht, der auf Nr. 1 (Verzweiflungs- und Mitleidstötungen) und Nr. 2 (Provokationsfälle) *vergleichbare Konfliktlagen* abstellt, deren Vorliegen in den genannten Fällen aber immerhin möglich erscheint.

### 2. § 212 AE und die Neugeborenentötungen

Hauptanwendungsgebiet für die Milderung nach § 213 StGB sind die Neugeborenentötungen. Diese machen in unserer Studie mit ca. 37 % der Tötungsdelikte an Kindern unter sechs Jahren (199 Opfer) die größte Fallgruppe aus. 96 Personen wurden verurteilt, bei 92 davon handelte es sich um die leibliche Mutter.<sup>73</sup> Es sind damit Einzelfälle (n = 4), in denen – dann neben der leiblichen Mutter – auch andere Personen verurteilt wurden.<sup>74</sup> Im Folgenden wird ausschließlich auf die 92 verurteilten Mütter eingegangen, da nur diese die typischen Merkmale einer Neugeborenentötung erfüllen (können) und auch die Entwurfsverfasser nur diese bei einer möglichen Privilegierung – in Anlehnung an den § 217 StGB a.F. – im Blick hatten.

Nach geltendem Recht sind Neugeborenentötungen regelmäßig aus dem Totschlagstatbestand nach § 212 StGB zu bestrafen und gegebenenfalls auf der Ebene der Strafzumessung nach § 213 Var. 2 StGB zu mildern.<sup>75</sup> Nach einer Würdigung aller Umstände ist also danach zu fragen, ob die Tat derart vom Durchschnitt der gewöhnlich vorkommenden Tötungen

<sup>71</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (208).

<sup>72</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (208).

<sup>73</sup> Dass die Zahl der Verurteilungen deutlich geringer ist, als die Zahl der Opfer, ist darauf zurückzuführen, dass viele Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt wurden. Während es in einigen Fällen zu keinem Zeitpunkt einen Tatverdächtigen gab, also bis zuletzt gegen „unbekannt“ ermittelt wurde, wurden demgegenüber auch konkrete gegen die Mutter des Neugeborenen gerichtete Ermittlungsverfahren eingestellt, meist weil ein natürlicher Tod des Opfers nicht sicher ausgeschlossen werden konnte.

<sup>74</sup> In einem dieser Fälle hatte auch die Mutter der Täterin aktiv an der Tötung des Neugeborenen mitgewirkt. In den beiden anderen Fällen wurde dem Mann bzw. den Eltern der Täterin ein Unterlassungsdelikt vorgeworfen, da sie nichts zur Rettung des Kindes unternommen hatten.

<sup>75</sup> Der Gesetzgeber, der § 217 StGB a.F. 1998 als nicht mehr zeitgemäß abschaffte, ging ausdrücklich davon aus, es könne der psychischen Ausnahmesituation der Mutter durch Anwendung des § 213 StGB Rechnung getragen werden (BT-Drs. 13/8587, S. 34). Zur Frage der rechtlichen Einordnung des § 213 StGB vgl. Fn. 65.

abweicht, dass die Anwendung des Regelstrafrahmens unangemessen erscheint.<sup>76</sup>

Für 84 der 92 Frauen endete das Gerichtsverfahren mit einem Schuldspruch wegen Totschlags bzw. minder schweren Falls des Totschlags.<sup>77</sup> Bezogen auf alle Schuldsprüche kam es 30-mal zu einer Verurteilung wegen Totschlags nach § 212 Abs. 1 StGB, doppelt so häufig wurde aber von einem minder schweren Fall nach § 213 Var. 2 StGB ausgegangen. Fast zwei Drittel aller Verurteilungen stützen sich damit auf § 213 Var. 2 StGB. Eine Darstellung der prozentualen Verteilung der Schuldsprüche findet sich in *Abbildung 10* (vgl. S. 122).

Bei fast der Hälfte der Verurteilungen (n = 13), bei denen § 213 StGB nicht zum Tragen kam, sprach entscheidend gegen die Milderung, dass es sich um Mehrfachtötungen und damit um Wiederholungstaten handelte. Die Gerichte machten jeweils regelmäßig – aber auch nicht immer<sup>78</sup> – bei der Tötung des ersten Kindes von der Milderung Gebrauch, nicht aber bei den darauffolgenden Neugeborenentötungen. In den anderen Fällen wurde § 213 StGB entweder gar nicht erwähnt – meist (abgekürzte) Urteile unter Anwendung von Jugendstrafrecht – oder § 213 StGB wurde ausdrücklich abgelehnt. Die Begründungen für letzteres sind unterschiedlich. Zum Teil erfolgte die Tötung des Neugeborenen nach Wertung des Gerichts nicht (mehr) im Sinne des § 217 StGB a.F. unter dem Eindruck der Geburt, so dass eine Anwendung des § 213 StGB bereits aus diesem Grund verneint wurde. In den wenigen anderen Fällen fand eine Gesamtabwägung statt. Gegen die Kindsmutter wurde dabei ins Feld geführt, dass es sich bei dem Opfer um ein völlig schutz- und wehrloses Kind handelte, für das die Angeklagte als Mutter in besonderer Weise verantwortlich war, dass sie sich durch das Verheimlichen der Schwangerschaft selbst in diese aussichtslos scheinende Situation manövrierte, die Situation objektiv nicht aussichtslos war und vielmehr Partner und Familie zur Schwangerschaft gestanden hätten.

Die meist genannten und im Rahmen einer Gesamtabwägung letztlich für eine Milderung sprechenden Umstände hingegen waren ein Geständnis der Kindsmutter, ihre Schuldlosigkeit und Reue, bisherige Straffreiheit und insbesondere eine verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB. Etwas seltener stellte das Gericht auf die Frage ab, ob sich die Tat als Spontantat darstellte, deren Beantwortung Rückschlüsse darauf zu-

lässt, ob sich die Angeklagte zum Zeitpunkt der Tat in einer affektiv-aufgeladenen, notstandsähnlichen Situation befand.

Auffallende Divergenzen zeigten einige Urteilsbegründungen bei der Bewertung bestimmter (Strafzumessungs-)Tatsachen. Dies gilt beispielsweise bei dem für Neonatizide typischen Verschweigen der Schwangerschaft. Dieser Umstand wurde, wie bereits erwähnt, teilweise zu Ungunsten der Angeklagten gewertet. Durch ihr Schweigen habe sie sich selbst in diese ihr subjektiv als ausweglos erscheinende Situation manövriert. In einem Fall hingegen wurde es der Kindsmutter positiv in Rechnung gestellt, dass sie den einmal eingeschlagenen Weg nicht mehr verlassen konnte ohne ihr Schweigen (über die Schwangerschaft) zu brechen. Ähnliche Bewertungsunterschiede sind bei der Lebensplanung festzustellen. Einerseits wurde es einer jungen Täterin mildernd in Rechnung gestellt, dass ihr Kind nicht in ihre momentane Lebensplanung passte. Anderen hingegen wurde bei Unvereinbarkeit mit der Lebensplanung (hinsichtlich dieses Umstandes) Egoismus vorgeworfen, oder, in einem Fall, damit das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe begründet – weil die Angeklagte laut Gericht so weiter leben wollte wie bisher.

Zu klären ist nunmehr, ob die Tötung von Neugeborenen durch die Mutter von § 212 Abs. 1 AE erfasst wäre. In Betracht käme dabei der Tatbestand des § 212 Abs. 1 Nr. 3 AE, bei dessen Schaffung die Entwurfsverfasser insbesondere die Fälle der Neugeborenentötungen nach § 217 StGB a.F. vor Augen hatten.<sup>79</sup> § 217 StGB a.F. lag die Wertung zugrunde, dass einer unehelich gebärenden Mutter im Zustand der physischen und psychischen Ausnahmesituation der vorangegangenen Geburt nicht abverlangt werden könne, rational zu handeln.<sup>80</sup>

Für die Annahme einer Privilegierung müsste nach der Neukonzeption eine mit den Fällen der Nr. 1 oder Nr. 2 des Tatbestands vergleichbare Konfliktlage vorliegen. Erforderlich wäre demnach, dass sich die Täterin in einer ihr als ausweglos erscheinenden und allgemein begrifflichen Konfliktlage befunden hat, deren Beherrschung ihr unter den konkreten Umständen nicht zumutbar war.<sup>81</sup> Tatbestandlich erfasst werden sollen normalpsychologische Affekte, wie etwa Interessen- bzw. Güterkollisionen, Mitverantwortung durch das Opfer und ein spezifischer exogener Motivationsdruck.<sup>82</sup> Um den Tatbestand nicht zur Disposition des Täters bzw. der Täterin zu stellen, ist nach den Entwurfsverfassern eine objektive Rückanknüpfung notwendig, die danach fragt, ob die Konfliktlage auch allgemein begrifflich ist.<sup>83</sup> Ob in den Fällen der Neugeborenentötungen eine „allgemein begriffliche Konfliktlage“ vorliegt, hängt davon ab, wie man diesen Begriff versteht. Die Schmach der Nichtehelichkeit eines Kin-

<sup>76</sup> *Schneider* (Fn. 2), § 213 Rn. 45.

<sup>77</sup> Einbezogen sind hier auch 24 Aburteilungen nach JGG, da auch hier regelmäßig § 213 StGB geprüft wird. Zwar kommen nach § 18 Abs. 1 S. 3 JGG die Strafrahmen des allgemeinen Teils nicht (unmittelbar) zur Anwendung, jedoch müssen auch bei einer Sanktionierung nach Jugendstrafrecht die durch den Strafrahmen zum Ausdruck kommenden Wertungen des Gesetzgebers Beachtung finden. Vgl. *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2013, § 5 Rn. 4; *Schöch*, in: *Meier/Rössner/Schöch* (Hrsg.), Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2013, § 11 Rn. 24; *Streng*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 443; BGH NJW 1972, 693.

<sup>78</sup> In drei Fällen werteten die Gerichte auch die erste Tötung als Totschlag.

<sup>79</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (253).

<sup>80</sup> BT-Drs. 13/8587, S. 34. Kritisch demgegenüber *Rump/ Hammer*, NSTZ 1994, 69 (70 m.w.N.); *Sieg*, ZStW 102 (1990), 292 (314).

<sup>81</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (249, 251).

<sup>82</sup> *Heine* (Fn. 61), S. 265 m.w.N.

<sup>83</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (251, 253).

des ist heute überkommen.<sup>84</sup> Eine soziale Ächtung haben die Mütter also nicht zu befürchten, die Zahl der Hilfsangebote ist groß (niedrigschwellige Beratungsstellen, Jugendamt, Adoption, vertrauliche Geburt), die wirtschaftliche Situation nicht existenzbedrohend (Unterhaltsleistungen, Sozialhilfe). Rein objektiv betrachtet kann heute in der Regel nicht mehr von einer ausweglosen Konfliktsituation gesprochen werden. Die Beurteilung der „allgemein begreiflichen Konfliktlage“ kann deshalb nur aus informierter, qualifizierter Perspektive gemeint sein. Den „Prototyp“ für die privilegierte Tötung bildet in der Begründung des AE der Familientyrannen-Fall;<sup>85</sup> auch dort geht es nicht um eine objektiv nicht anders abwendbare Situation. Handlungsalternativen mit Hilfe z.B. von Frauenhäusern und Polizei sind in diesen Fällen regelmäßig objektiv gegeben, sozial akzeptabel und nicht existenzvernichtend. Es geht daher um die subjektiv empfundene Ausweglosigkeit, die für allgemein nachvollziehbar gehalten wird, da sonst der Anwendung der Privilegierung bei Konflikttötungen fast immer der Boden entzogen wäre.

Nach der Begründung des Alternativentwurfs soll die „allgemein begreifliche Konfliktlage“ allerdings denjenigen Täter von der Privilegierung ausschließen, der sich nicht ausreichend bemüht hat, andere Handlungsalternativen zu finden.<sup>86</sup> Beruhe die Konfliktlage auf einem vorwerfbaren Verhalten, so sei der Weg zur Privilegierung wegen des Verantwortungsbeitrags versperrt. Die Entwurfsverfasser betonten, dass an dieser Stelle der Rechtsgedanke des § 35 Abs. 1 S. 2 StGB, bzw. § 213 Var. 1 StGB zum Tragen kommen soll, wonach sich ein Vorverschulden des Täters grundsätzlich nicht entlastend auswirke.<sup>87</sup> Bei § 212 Abs. 1 Nr. 3 AE entstünde durch diese Einschränkung bei der allgemeinen Begreiflichkeit ein gewisser Begründungsbedarf bezogen auf die Privilegierung von Neugeborenentötungen. So könnte ein solches Vorverschulden bereits in dem Verschweigen bzw. Negieren der Schwangerschaft oder in der Nichtinanspruchnahme von (angebotener) Hilfe gesehen werden. Betrachtet man nun § 35 Abs. 1 S. 2 StGB, dessen Rechtsgedanken die Entwurfsverfasser für den Ausschluss der allgemein begreiflichen Konfliktlage heranziehen wollen, so wird dort die Entschuldigung versagt, wenn der Täter die Gefahr selbst verursacht hat. Die Herbeiführung der Gefahrensituation ist dann verschuldet,<sup>88</sup> wenn dies „objektiv ohne zureichenden Grund geschieht und der Täter subjektiv vorausgesehen hat oder voraussehen konnte, dass er dadurch in eine Zwangslage gerät aus der er sich nur noch auf Kosten anderer würde ret-

ten können“.<sup>89</sup> Bei § 213 Var. 1 StGB wird die Privilegierung verneint, wenn das Vorverhalten dem Täter vorwerfbar und er daher für die Provokationsgenese verantwortlich ist. Es kommt darauf an, ob der Täter die konfliktschärfenden Umstände hätte erkennen können.<sup>90</sup> Bei den Neugeborenentötungen erscheint es aus der Außenperspektive regelmäßig so, dass die Mütter das „Heraufbeschwören“ der Zwangslage oder der konfliktschärfenden Umstände, verursacht durch ihr Schweigen/Negieren, hätten erkennen müssen. Allerdings zeigen die Fälle deutlich, dass die Mütter ihre Schwangerschaft so ausblenden oder verdrängen, dass sie weder die irgendwann anstehende Geburt noch die damit verbundenen Probleme in ihr Bewusstsein aufgenommen haben.<sup>91</sup> Die Frauen waren daher in nicht in der Lage, ihr konfliktträchtiges Verhalten wirklich zu erfassen. Ein die Privilegierung ausschließendes Vorverschulden wird aber auch deshalb zu verneinen sein, weil das bloße Leugnen der Schwangerschaft oder das Untätigbleiben bei der Suche nach Handlungsalternativen während der Schwangerschaft ein erlaubtes, sozial adäquates Verhalten darstellt und ein solches nicht zum Verlust der Privilegierung führen darf.<sup>92</sup>

Festzuhalten bleibt damit, dass die Subsumtion der typischen Neugeborenentötungen unter den Tatbestand des § 212 Abs. 1 Nr. 3 AE einigen Begründungsaufwand erfordern würde, auch wenn die Entwurfsverfasser ausdrücklich Kindstötungen nach § 217 StGB a.F. als Beispiel für Taten nennen, die von § 212 Abs. 1 Nr. 3 AE erfasst sein sollen.<sup>93</sup>

Dies wird umso brisanter, als in der Öffentlichkeit bzw. in den Medien eine Sensibilisierung für das Thema Neonatizide eingetreten ist, die als „Kindsmorde“ thematisiert werden.<sup>94</sup>

<sup>89</sup> Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 35 Rn. 20.

<sup>90</sup> Schneider (Fn. 2), § 213 Rn. 38.

<sup>91</sup> Dieser Befund wird durch weitere justizaktenbasierte Untersuchungen belegt. Vgl. hierzu *Bauermeister*, Die Tötung Neugeborener unter der Geburt (Kindstötung § 217 StGB), Eine bundesweite Verbundstudie für die Jahre 1980-1989, 1994, S. 28 ff.; *Raic*, Die Tötung von Kindern durch die eigenen Eltern, Soziobiographische, motivationale und strafrechtliche Aspekte, 1997, S. 88 ff.; *Bozankaya* (Fn. 84), S. 87. Grundlegend zum anerkannten Phänomen der verdrängten Schwangerschaft aus medizinischer Sicht *Wessel*, Die nicht wahrgenommene (verdrängte) Schwangerschaft, Eine prospektive Untersuchung aus geburtsmedizinischer Sicht unter Berücksichtigung endokrinologischer, psychosomatischer und epidemiologischer Aspekte, 1998, passim.

<sup>92</sup> Dass sozial adäquates Verhalten nicht zum Verlust des Notstandsprivilegs führt vertritt auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 47; *Rogall*, in: Wolter (Fn. 65), § 35 Rn. 29; *Schneider* (Fn. 2), § 213 Rn. 38.

<sup>93</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (253).

<sup>94</sup> Bildzeitung v. 2.6.2008: „die bösesten Mütter Brandenburgs“, <http://www.bild.de/regional/berlin/berlin/kaempft-fuer-boese-muetter-aus-brandenburg-4707642.bild.html>; Bildzeitung v. 21.7.2008: „Baby-Killerinnen“, <http://www.bild.de/regional/berlin/berlin/schon-mal-getoetet-5214910.bild.html>; Bildzeitung v. 11.3.2013: „Horror-Prozess“, <http://www.bild.de/news/inland/kindstoeftung/fuenf-kinder-getoe->

<sup>84</sup> So auch *Weinschenk*, § 217 StGB, Folgen des Wegfalls einer Norm, 2004, S. 57 f.; im Wesentlichen auch *Bozankaya*, Neonatizid, Die rechtliche Reaktion auf die Tötung Neugeborener, 2010, S. 39.

<sup>85</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (250).

<sup>86</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (251).

<sup>87</sup> Heine u.a., GA 2008, 193 (251).

<sup>88</sup> Es gibt auch die Ansicht, dass nur ein objektiv pflichtwidriges Verhalten vorliegen muss (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2013, Rn. 441). Die Entwurfsverfasser gehen aber selbst von dem Grundgedanken des Vorverschuldens aus.

Diese Sensibilisierung hat offenbar Eingang in die Rechtsprechung gefunden. So stellte das LG Berlin im Jahre 2007 bei der Verurteilung einer Mutter im Rahmen der Strafzumessung in Rechnung, dass es „längst keine Seltenheit mehr darstellt, dass persönliche Schwierigkeiten zur Tötung eines Neugeborenen führen“. Ähnlich argumentiert der BGH in seinem Revisionsurteil vom 19.6.2008<sup>95</sup>: „Angesichts einer sich in letzter Zeit ersichtlich häufenden Zahl einschlägiger Fälle dürfen bei der Findung des (noch) schuldangemessenen Strafmaßes auch generalpräventive Gesichtspunkte Berücksichtigung finden“. <sup>96</sup> Dieser Satz des BGH ist bereits deshalb bemerkenswert, weil es zur Zeit der Entscheidung keine empirisch fundierten Zahlen zur Häufigkeit von Neonatiziden in Deutschland gab, geschweige denn zu einer sich „ersichtlich häufenden Zahl“. Um sich nicht in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung zu setzen, dürfte der BGH hier nicht die generalpräventive Abschreckung bei der Strafzumessung gemeint haben, da hierfür nach seinem eigenen Maßstab *die Feststellung* einer gemeinschaftsgefährlichen Zunahme erforderlich wäre.<sup>97</sup> Aber auch eine Veränderung der Strafzumessung unter dem Aspekt der Normbestätigung bzw. Normbegräftigung ist fragwürdig. Denn im Regelfall ist die schuldangemessene Strafe auch die unter generalpräventiven Aspekten wirksamste.<sup>98</sup> Zwar sind Ausnahmen in Fällen möglich, in denen Besonderheiten vorliegen, die nicht den Schuldgehalt der Tat betreffen (z.B. Milderung bei Tatprovokation durch Lockspitzel). Die Frage, worin aber diese Besonderheiten hier liegen sollen, wirft der BGH hier nicht einmal auf. Vielmehr entsteht der Eindruck, dass mit dem Hinweis auf die Generalprävention auch auf die Medienberichterstattung und wahrgenommenen gesellschaftlichen Druck reagiert wird. Ein solcher Druck könnte auch die im selben Zeitraum in einigen Urteilen getroffenen Überlegungen zur Frage nach dem Vorliegen von niedrigen Beweggründen<sup>99</sup> angeregt haben. Zwar soll gerade dieses Merkmal nicht als Regelmerkmal in den Katalog des § 211 Abs. 2 AE aufgenommen wer-

---

[tet-flensburg-29455546.bild.html](http://tet-flensburg-29455546.bild.html); Stuttgarter Zeitung v. 15.8.2011: „Kindsmord-Prozess“, <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.kindsmord-prozess-junge-mutter-erhaelt-bewaehrungsstrafe.40aca59f-dc0b-4c13-bd79-7356b0ed9c85.html>; Merkur-online v. 26.6.2012: „Prozess wegen Kindsmord beginnt“, <http://www.merkur-online.de/lokales/fuerstenfeldbruck/landkreis/saeugling-lebt-minuten-prozess-wegen-kindsmord-beginnt-2366889.html>; Wolfsburger Allgemeine v. 14.11.2011: „Babymord“-Urteil, <http://www.waz-online.de/Gifhorn/Gifhorn/Uebersicht/Babymord-Urteil-Mutter-muss-sechseinhalb-Jahre-in-Haft>.

<sup>95</sup> BGH, Urt. v. 19.6.2008 – 4 StR 105/08 = NStZ-RR 2008, 308 f.

<sup>96</sup> BGH NStZ-RR 2008, 308 (309).

<sup>97</sup> BGHSt 17, 321 (324); BGH wistra 2002, 260 (261); BGH NStZ-RR 2004, 105 (106); so auch *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 544; *Meier* (Fn. 65), S. 196 f.

<sup>98</sup> So auch *Meier* (Fn. 65), S. 195.

<sup>99</sup> Bejaht von BGH NStZ 2009, 210; BGH, Urt. v. 8.9.2010 – 2 StR 316/10; letztlich abgelehnt bei BGH NStZ-RR 2008, 308.

den. Dennoch lässt die Thematisierung Zweifel daran aufkommen, ob die Annahme einer „allgemein begreiflichen Konfliktlage“ bei typischen Neonatiziden so leicht vermittelbar ist, wie die Entwurfsverfasser dies wohl vor Augen hatten.

### 3. Zwischenfazit

Zur Frage, wie sich der als Ersatz für den geltenden § 213 StGB gedachte § 212 AE auf die Sanktionierung von Tötungsdelikten an Kindern auswirken würde, sind für die Fälle, die von den Gerichten nach § 213 StGB beurteilt wurden, zwei Problembereiche für Anwendung der Milderung nach § 212 AE festzuhalten: Für alle Fallgruppen betrifft dies die derzeit nicht selten anzutreffende Begründung des minder schweren Falles nach § 213 StGB mit der verminderten Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB. Für die quantitativ besonders relevante Fallgruppe der Neonatizide kommt hinzu, dass die nach § 212 AE erforderliche „allgemein begreifliche Konfliktlage“ stark subjektiv-individuell verstanden werden muss, um angenommen werden zu können.

### IV. Fazit

Der vorliegende Beitrag behandelt die Frage nach der Wirkung des AE-Leben für den Bereich von Tötungsdelikten an Kindern unter sechs Jahren. Insbesondere wurde untersucht, wie die nach geltendem Recht im jeweils obersten und untersten Bereich der Tatschwere angesiedelten Fälle nach dem AE zu beurteilen wären. Abschließend ist nun aufzuzeigen, welche Fragen dies im Hinblick auf Angemessenheit und Vermittelbarkeit der Konzeption des AE aufwirft.

Festgestellt werden konnte für den oberen (§ 211 StGB bzw. § 211 Abs. 2 AE) Schwerebereich, dass die nach geltendem Recht als zwingend mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe zu sanktionierenden, als Mord gewerteten Taten nach dem AE in aller Regel nicht als höchststrafwürdiger Mord im Sinne des § 211 Abs. 2 AE mit der Folge der lebenslänglichen Freiheitsstrafe beurteilt werden könnten. Ein Angemessenheitsproblem wirft dies nicht so sehr unter dem Gesichtspunkt der absoluten Sanktionshöhe als solcher (die ja weiterhin im obersten Bereich angesiedelt sein könnte), sondern vor allem deswegen auf, weil die Delikte nicht als „höchststrafwürdig“ gewertet würden, da sie nicht mit der höchsten vom Gesetz für Tötungsdelikte vorgesehenen Sanktion belegt würden.

Damit aber wird deutlich, dass der „Sündenfall“ bei der Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe liegt, die in Frage zu stellen sich die Entwurfsverfasser nicht durchringen konnten.<sup>100</sup> Dies hat zur Folge, dass eine Gruppe besonders

---

<sup>100</sup> Die Entwurfsverfasser nennen als Grund die Verhinderung der Ausweitung der Sicherungsverwahrung und ein rechtspolitisch falsches Signal an die Öffentlichkeit, *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (206). Die Frage nach Ausweichreaktionen bei Wegfall einer Sanktionsart ist berechtigt, beim quantitativ größten Anteil der Tötungsdelikte, nämlich Nahraumdellikte, liegen allerdings die Voraussetzungen für die Sicherungsverwahrung gerade nicht vor. Auch was das rechtspolitische

schwerer bzw. strafwürdiger Tötungsfälle gesetzlich kategorial von allen anderen Tötungsdelikten abzugrenzen ist. Es sind Fälle zu definieren, die gegenüber der „normalen“ Tötung nicht nur ein Plus, sondern ein Aliud darstellen. Vor dem Hintergrund des gleichen Erfolgsunrechts ist dies allerdings problematisch.<sup>101</sup> Mit der nach wie vor bestehenden Unterscheidung zwischen unrechtmäßigem Mord (lebenslang) und „normalem“ Mord (zeitig) verschiebt der AE die Kategorisierung in den neuen Mordtatbestand, löst das Problem aber nicht. Entscheidendes Kategorisierungskriterium nach dem AE ist letztlich das Verhältnis zwischen Täter und Opfer. Liegt also eine besondere Beziehung zwischen Täter und Opfer der Tat zugrunde, dann soll die Tat in aller Regel von vorn herein aus dem Bereich der Höchststrafwürdigkeit ausgenommen sein. Tötungen im Nahraum werden damit per se für weniger missbilligenswert erachtet, es sei denn, man versteht den Ansatz des AE als reine Gefährlichkeitskonzeption, was aber von den Entwurfsverfassern ausdrücklich nicht gewollt ist.<sup>102</sup> Wenn man auf eine durch die Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe hervorgehobene Kategorie von Tötungsdelikten nicht verzichten und gleichzeitig ein Schuldstrafrecht erhalten will, muss man zu der Frage, was denn nun unter Schuldgesichtspunkten „schlimmer“ ist, Farbe bekennen. So zugespitzt suggeriert der AE eine gewisse Wertabstufung des Rechtsguts Leben: Die Tötung des unbekannt Dritten ist „schlimmer“ (höchststrafwürdig) als z.B. die des eigenen Kindes (zeitig).

Die Idee, Nahraumtötungen grundsätzlich für weniger schwer zu halten als solche aus der Distanz, ist nicht neu. Auch die hier vorgestellten Daten zeigen, dass die Gerichte Tötungsdelikte an Kindern häufig im unteren Schwerebereich verorten. *Heine* hat eine Tendenz der Instanzgerichte dahingehend ermittelt, dass bei Tötungen, denen ein personalkonfliktbedingter Affekt zu Grunde liegt, die Tätermotivation (vor dem Hintergrund des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe) regelmäßig als nicht auf sittlich niedrigster Stufe stehend zu werten.<sup>103</sup> Auch die von *Kreuzer* nach *Geerds* vorgeschlagene Schwereinstufung der Tötungsdelikte ordnet eine „vorsätzliche Tötung im Affekt oder Konflikt, in der Regel im sozialen Nahraum“, grundsätzlich nur im mittleren Schwerebereich ein.<sup>104</sup> Der AE ist insoweit noch konsequen-

ter und schließt Nahraumtötungen weitestgehend aus dem Anwendungsbereich der Höchststrafe aus.

Für den unteren Schwerebereich (§ 213 StGB bzw. § 212 AE) wurde festgestellt, dass die Anwendung des § 212 AE tendenziell eher zu einer Einschränkung der Milderungsmöglichkeit führen, jedenfalls aber der Begründungsaufwand wohl höher sein würde. Insbesondere für die zahlenmäßig nicht ganz irrelevanten Neugeborenentötungen, aber auch in den anderen Fallgestaltungen ergibt sich aus dem im AE vorgesehenen Erfordernis der „allgemeinen Begreiflichkeit“ der Konfliktlage eine starke Abhängigkeit der Begründung von dem, was von den Gerichten für eine „zumutbare“ Beherrschung der psychischen Zwangslage<sup>105</sup> gehalten wird. Die oben skizzierte Rechtsprechung und die öffentliche Debatte um den Kinderschutz, die eine stark Schuld zuschreibende Komponente hat, würden hier eine restriktive Annahme der allgemeinen Begreiflichkeit erwarten lassen.

Im Ergebnis würde also unter dem AE für Tötungsdelikte an kleinen Kindern sowohl der bisher oberste (§ 211 StGB) wie der bisher unterste (§ 213 StGB) Schwerebereich wohl seltener angenommen werden, jedenfalls aber weitaus schwieriger zu begründen sein. Ob das richtig oder falsch, wünschenswert oder nicht ist, kann hier nicht abschließend diskutiert werden. Man mag sich fragen, was daran problematisch sein soll, wenn das Strafmaß für Tötungsdelikte an kleinen Kindern häufiger als bisher innerhalb der ja durchaus breiten Spanne des § 212 Abs. 1 AE zwischen fünf und fünfzehn Jahren läge, zumal die nicht ganz selten relevanten Milderungsmöglichkeiten des allgemeinen Teils ja unangetastet bleiben würden. Unter den Gesichtspunkten positiver wie negativer Spezialprävention spricht bei den Tötungsdelikten, insbesondere denen im sozialen Nahraum, nichts dafür, dass ein Strafmaßunterschied selbst von mehreren Jahren nennenswerte praktische Auswirkungen auf den tatsächlichen strafrechtlichen Lebensschutz hat.<sup>106</sup> Die Erwartung, dass der „Entwurf den Schutz menschlichen Lebens erheblich verbessere“<sup>107</sup> (spezialpräventive Zielsetzung) setzt insoweit wohl auch ein zu hohes Ziel. Die gesamte Diskussion um die Reform der Dogmatik Tötungsdelikte spielt sich in hohem Maß auf der – negativ formuliert – symbolischen Ebene ab, positiver formuliert, auf der Ebene der positiven Generalprävention. Hier steht die Beantwortung<sup>108</sup> des Normbruchs im Vordergrund, um das Vertrauen in die Unverbrüchlichkeit der Norm zu stärken.<sup>109</sup> Sie kommt dann zum Zuge, wenn die primäre Zielsetzung (des Gesetzes), die Normtreue, fehlgeschlagen ist.<sup>110</sup> Diese integrative Wirkung wird jedoch nur

---

Signal angeht, sind Bedenken begründet. Gleichwohl lassen sich durchaus Gesamtkonzepte denken, die kommunizierbar sind.

<sup>101</sup> In diese Richtung auch *Köhne*, ZRP 2007, 165 (168).

<sup>102</sup> *Heine u.a.* (GA 2008, 193 [210]) konstatieren eine „gewisse Argumentationsnähe zur Sicherungsverwahrung“, die aber wegen des unrechtmäßig erhöhenden Charakters der Regelbeispiele für letztlich nicht problematisch gehalten wird.

<sup>103</sup> *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, Eine erfahrungswissenschaftlich-strafrechtsdogmatische Untersuchung zur Motivgeneralklausel bei Mord, 1988, S. 276.

<sup>104</sup> *Kreuzer*, in: Gropp u.a. (Hrsg.), Rechtswissenschaft im Wandel, Festschrift des Fachbereichs Rechtswissenschaft zum 400jährigen Gründungsjubiläum der Justus-Liebig-Universität Gießen, 2007, S. 205 (218).

---

<sup>105</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (253).

<sup>106</sup> So auch *Streng*, ZIS 2010, 227 (234).

<sup>107</sup> *Heine u.a.*, GA 2008, 193 (198).

<sup>108</sup> *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 4; nicht zuletzt *Hassemer*, Strafrecht, Sein Selbstverständnis, seine Welt, 2008, S. 14.

<sup>109</sup> BGHSt 24, 40 (44 f.).

<sup>110</sup> *Rössner*, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 977 (984).

der gemeinhin als gerecht empfundenen Strafe zugebilligt.<sup>111</sup> Für schuldangemessen und innerhalb dieser Konzeption als gerecht erachtet wird die Strafe, die wertmäßig dem in der Tat zum Ausdruck kommenden Unrecht entspricht.<sup>112</sup> Eine „Androhung zu hoher oder zu niedriger, also solcher Strafen, die man nach oben oder unten als unangemessen empfindet, wirkt sich nach dem Kontext der Überlegungen eher negativ, also irritierend, das Rechtsbewusstsein verunsichernd und letztlich desintegrierend aus.“<sup>113</sup> Was nun bezogen auf Tötungsdelikte gemeinhin als gerecht empfunden wird und würde, ist eine grundsätzlich der Empirie zugängliche Frage, deren seriöse Klärung zwar nur fragmentarisch und schwierig zu leisten ist, aber auch nicht am grünen Tisch der Strafrechtsdogmatik postuliert werden kann. Eine Reform der Tötungsdelikte bleibt also ein Kooperationsprojekt für Kriminologie, Theorie und Dogmatik und am Ende eine – hoffentlich wissenschaftlich informierte Entscheidung.

---

<sup>111</sup> *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, S. 232; *Roxin*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dez. 1978, 1979, S. 279 (305); in diese Richtung auch *Grünwald*, ZStW 80 (1968), 89 (96).

<sup>112</sup> *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 4; *Müller-Dietz*, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 813 (824).

<sup>113</sup> *Müller-Dietz* (Fn. 112), S. 824.

---

Tabelle 1: Fallgruppen innerhalb der Tötungsdelikte an Kindern

<b>Neonatizid</b>	Opfer: n = 199 Täter/innen: n = 96 Davon Mütter: n = 92	Fallgestaltungen, bei denen die Mutter ihr Kind gleich nach der ohne fremde Hilfe erfolgten Geburt unversorgt ließ oder – meist durch Ersticken – tötete.
<b>Misshandlungstötung</b>	Opfer: n = 137 Täter/innen: n = 125	Unterschiedliche Arten von zum Tode führender Misshandlung: stumpfe Gewalt, mit/ohne Gegenstände, reines Schütteln, (selten) reine Substanzverabreichung, wobei die Dauer und die Intensität der Misshandlungen eine große Bandbreite aufwies.
<b>Vernachlässigung</b>	Opfer: n = 20 Täter/innen: n = 24	Fälle, in denen die Kinder starben, weil sie nicht oder nicht ausreichend mit Nahrung und/oder Flüssigkeit versorgt wurden, oder weil eine notwendige medizinische Behandlung unterblieb.
<b>Erweiterter Suizid</b>	Opfer: n = 69 Täter/innen: n = 53 Davon versuchter Suizid: n = 22	Fälle, in denen der/die Täter/-in mit dem Kind aus dem Leben scheiden wollte. Einbezogen wurden vollendete und versuchte Suizide.
<b>Psychische Erkrankung</b>	Opfer: n = 33 Täter/innen: n = 24	Fälle ohne suizidale Komponente, bei denen eine schwere psychische Erkrankung des Täters/der Täterin direkter Auslöser der Tötung war (z.B. schwere Wochenbettdepression, Psychose oder akuter schizophrener Schub).
<b>Zielgerichtete Tötung</b>	Opfer: n = 32 Täter/innen: n = 27	Fälle, bei denen die Täter/-innen die Tötung zielgerichtet in klarer Tötungsabsicht mittels einer relativ sicher zum Tode führenden Tötungshandlung/Tötungsart vornahmen, ohne dass eine der anderen Kategorien (insbesondere Mithatensuizid oder psychische Erkrankung) vorlag.
<b>Sonstige</b>	Opfer: n = 8 Täter/innen: n = 4	Anders geartete Fälle ohne prägnante Gemeinsamkeiten.

Abbildung 1: Rechtskräftige Aburteilung der Täter/-innen von zwischen 1997 und 2006 begangenen Kindstötungen ohne vollendete erweiterte Suizide sowie abzüglich eines Falls der Gruppe der psychischen Erkrankungen, in dem das Gericht aufgrund einer bereits austherapierten Wochenbettdepression die Eröffnung des Sicherungsverfahrens ablehnte (n = 321).

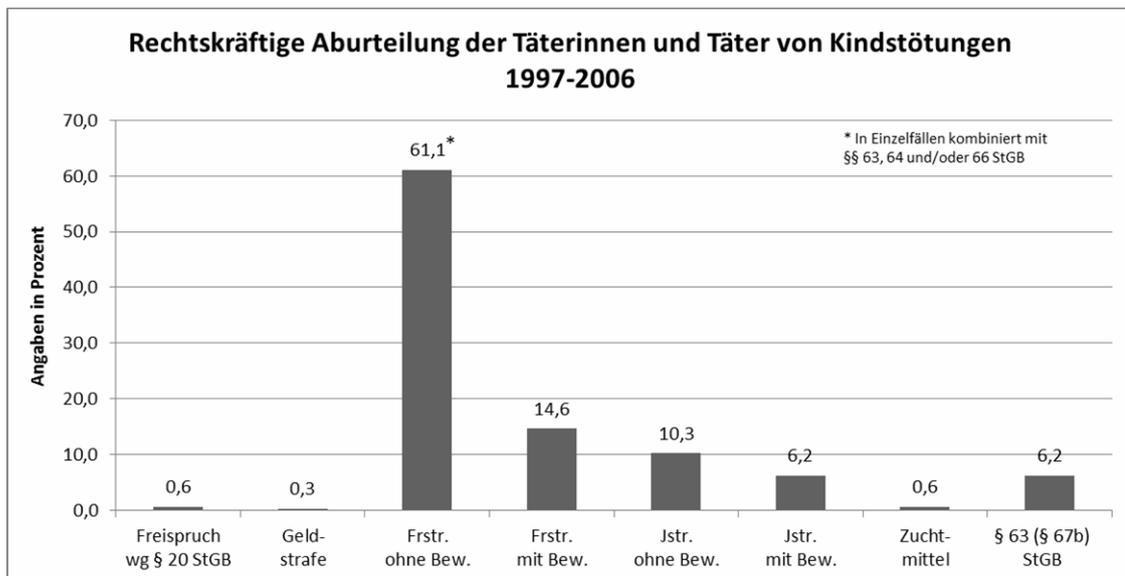


Abbildung 2: Rechtskräftige Aburteilung im Rechtsfolgenausspruch über alle Fallgruppen, Täter/innen aller Fallgruppen ohne vollendete erweiterte Suizide (n = 321). Bei den psychischen Erkrankungen ist ein Fall nicht erfasst, bei dem bereits das Sicherungsverfahren nicht eröffnet wurde (vgl. Überschrift *Abbildung 1*).

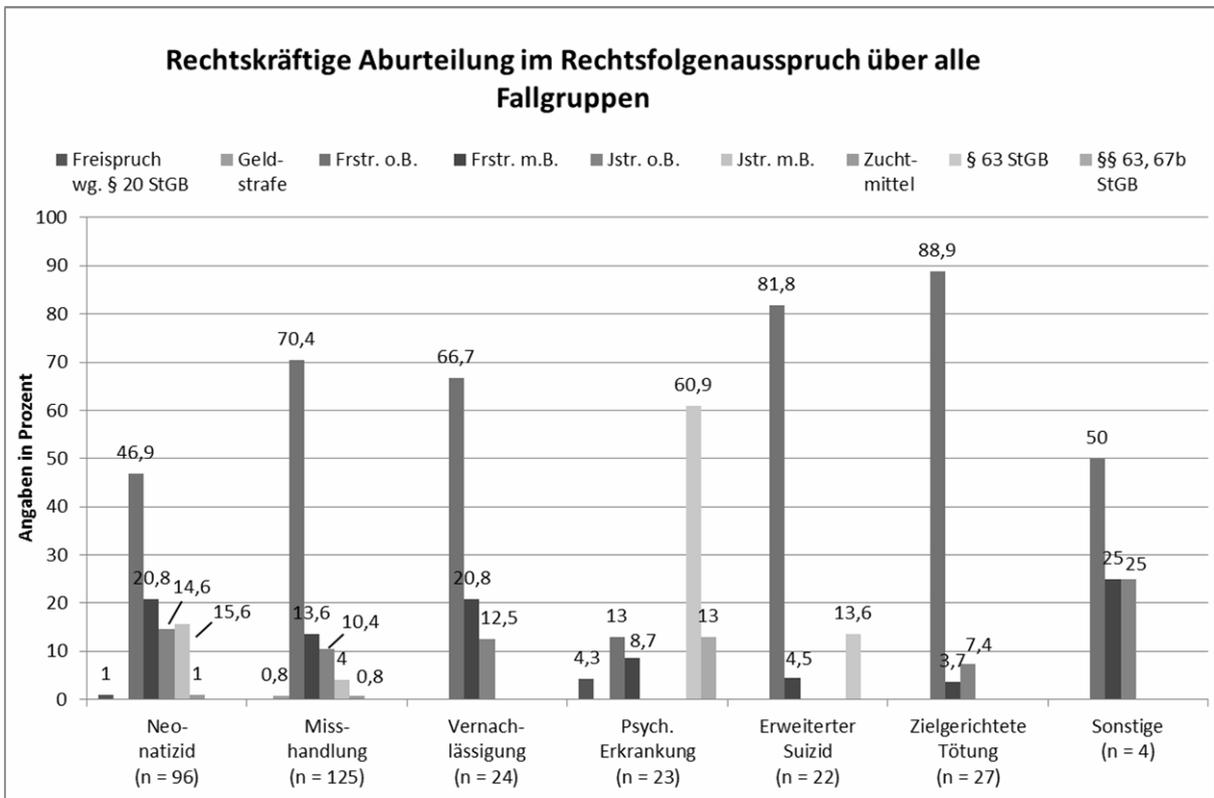


Abbildung 3: Rechtskräftige Schuldsprüche. Bei Täter/-innen, die mehrere Kinder getötet haben, wurden alle Schuldsprüche erfasst (n = 323). Hat z.B. ein Täter zwei Kinder getötet und das Gericht bezüglich der Tötung des einen Kindes auf Mord, bezüglich der des anderen Kindes auf Totschlag erkannt, so sind beide Schuldsprüche erfasst.

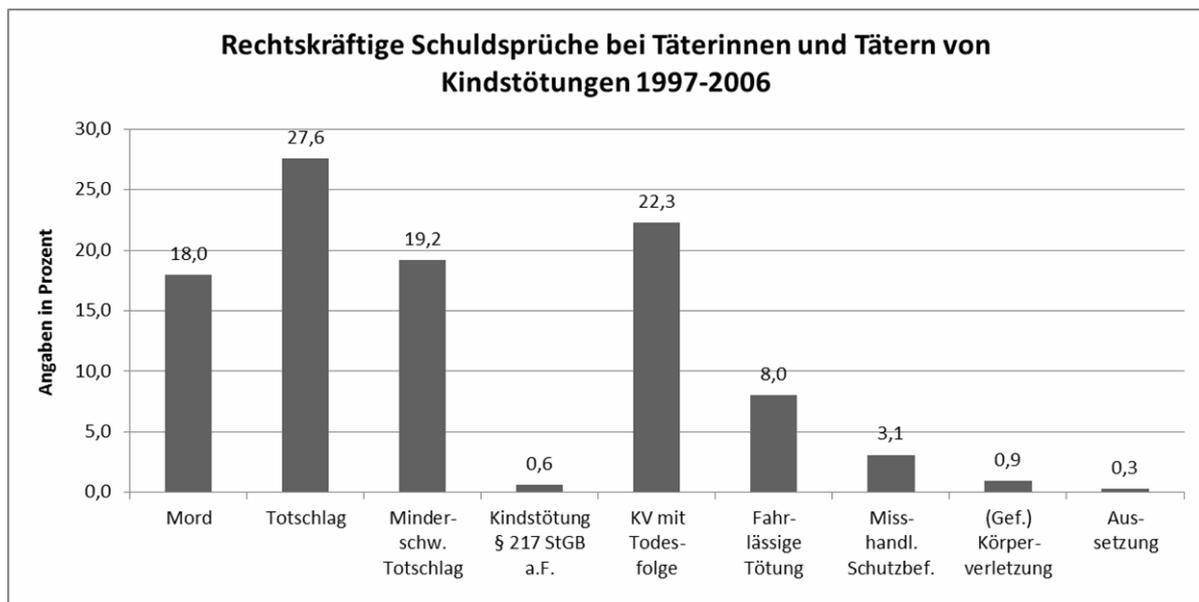


Abbildung 4: Rechtskräftige Schuldsprüche über alle Fallgruppen. Bei Täter/innen, die mehrere Kinder getötet haben (vgl. Überschrift *Abbildung 3*), wurden alle Schuldsprüche erfasst (n = 323).

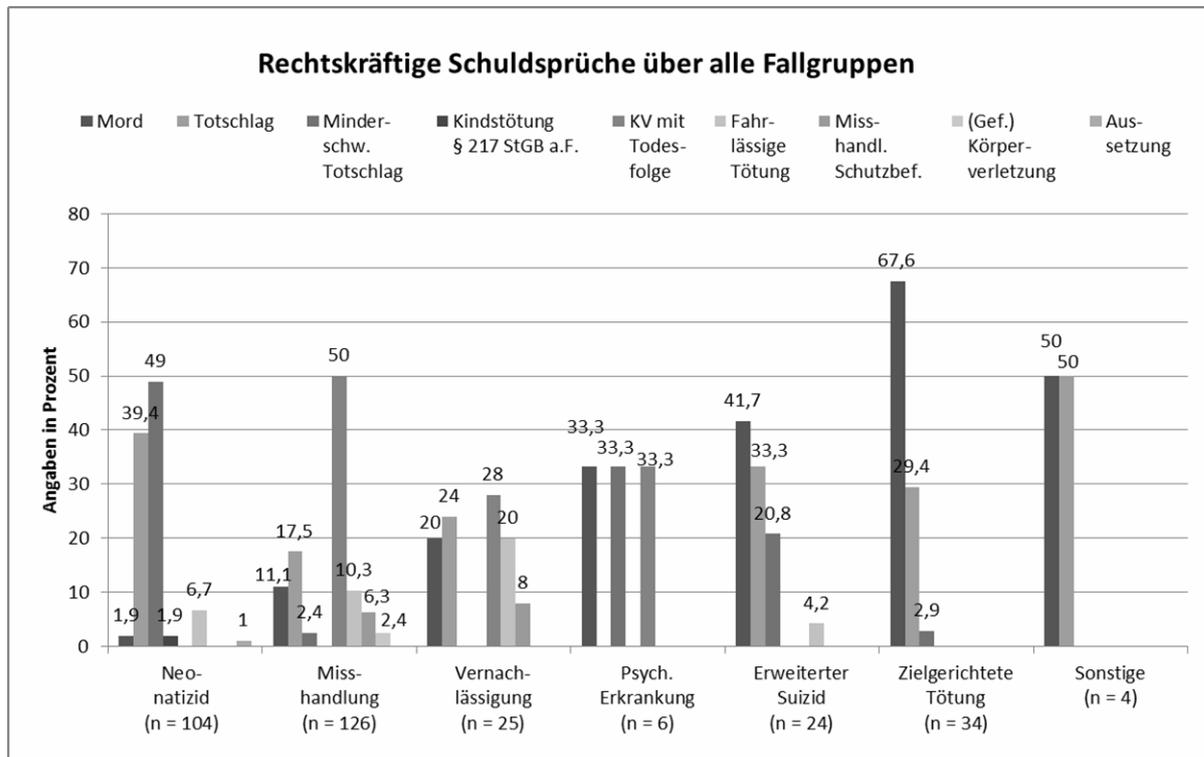


Abbildung 5: Häufigkeit der angenommenen Mordmerkmale in absoluten Werten, alle Fallgruppen (n = 66). Zu beachten ist, dass es in einigen Fällen mehrere Opfer mit nur einem Täter, in anderen bezogen auf ein Opfer mehrere Täter gab. Berücksichtigt wurden hier alle Mordmerkmale, d.h. bezüglich aller Opfer und Täter/innen.

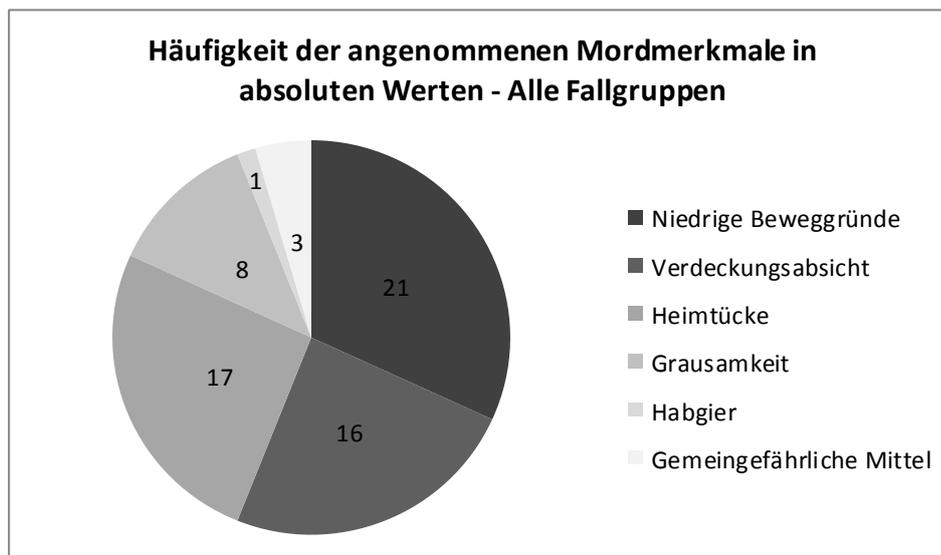


Abbildung 6: Anteil der wegen Mordes verurteilten Täter/-innen im Verhältnis zu allen Verurteilten in den einzelnen Fallgruppen (n = 321 bzw. n = 50). Bei den psychischen Erkrankungen ist ein Fall nicht erfasst, bei dem bereits das Sicherungsverfahren nicht eröffnet wurde (vgl. Überschrift *Abbildung 1*).

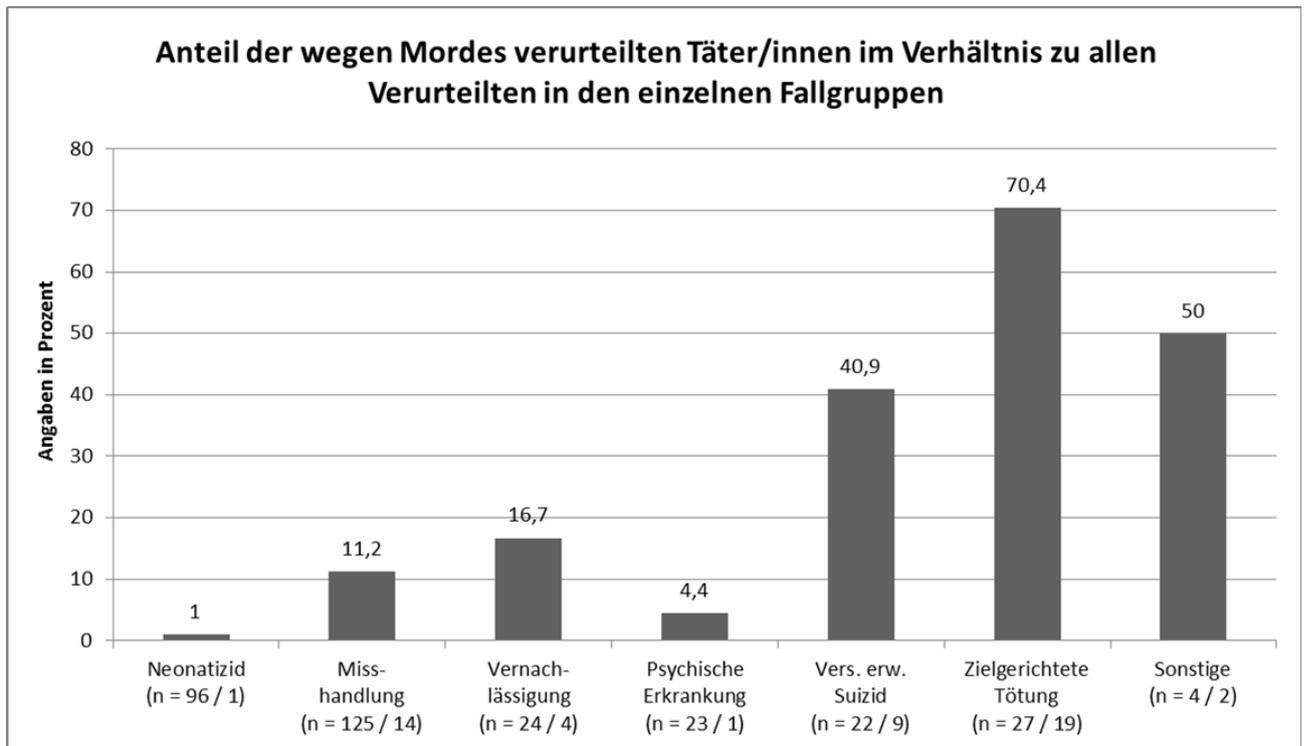


Abbildung 7: Häufigkeit der Mordmerkmale in absoluten Werten, Fallgruppe der zielgerichteten Tötungen; in einigen Fällen wurden vom Gericht mehrere Mordmerkmale angenommen/kombiniert (n = 26). Zu beachten ist, dass es in einigen Fällen mehrere Opfer mit nur einem Täter, in anderen bezogen auf ein Opfer mehrere Täter gab. Berücksichtigt wurden hier alle Mordmerkmale, d.h. bezüglich aller Opfer und Täter/-innen.

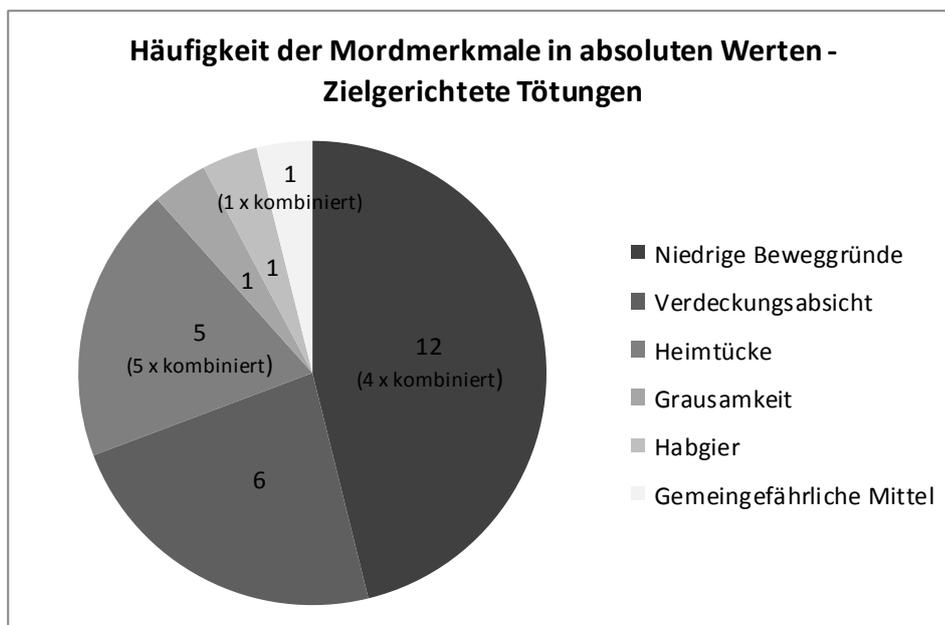


Abbildung 8: Häufigkeit der angenommenen Mordmerkmale in absoluten Werten, Fallgruppe der tödlichen Misshandlungen (n = 16).

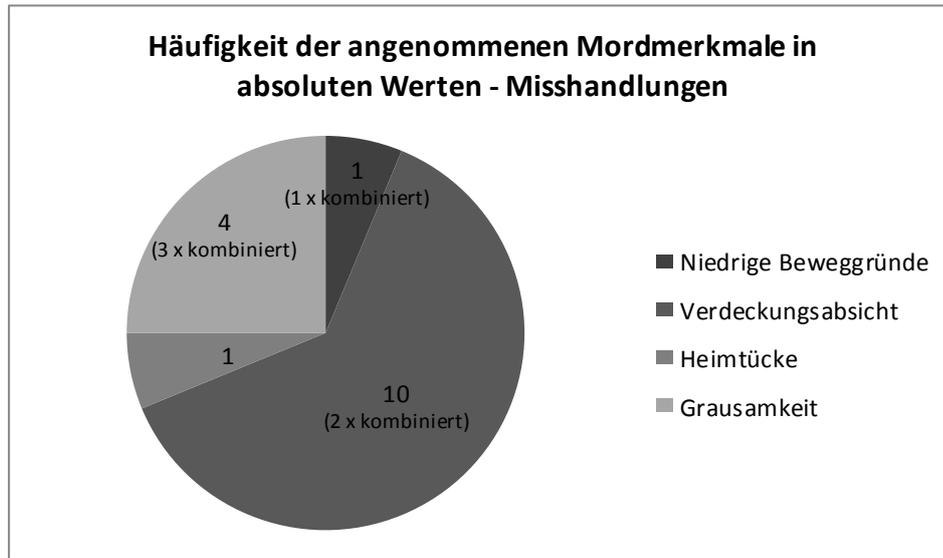


Abbildung 9: Häufigkeit der angenommenen Mordmerkmale in absoluten Werten, versuchte erweiterte Suizide (n = 11) Zu beachten ist, dass es in einem Fall eine Täterin gab, die zwei Kinder getötet hat. Bei beiden wurden Mordmerkmale angenommen. Berücksichtigt wurden hier alle Mordmerkmale, d.h. bezüglich aller Opfer und Täter/-innen.

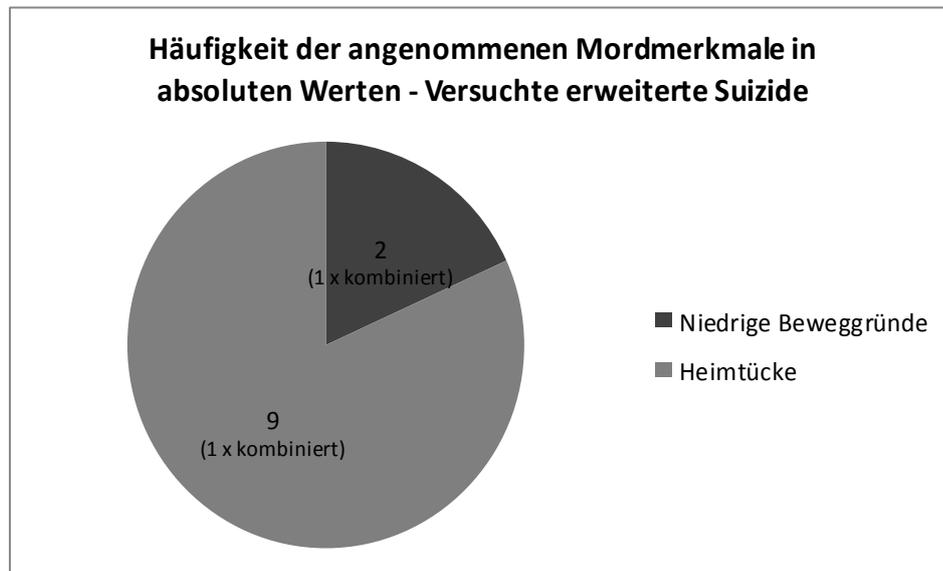
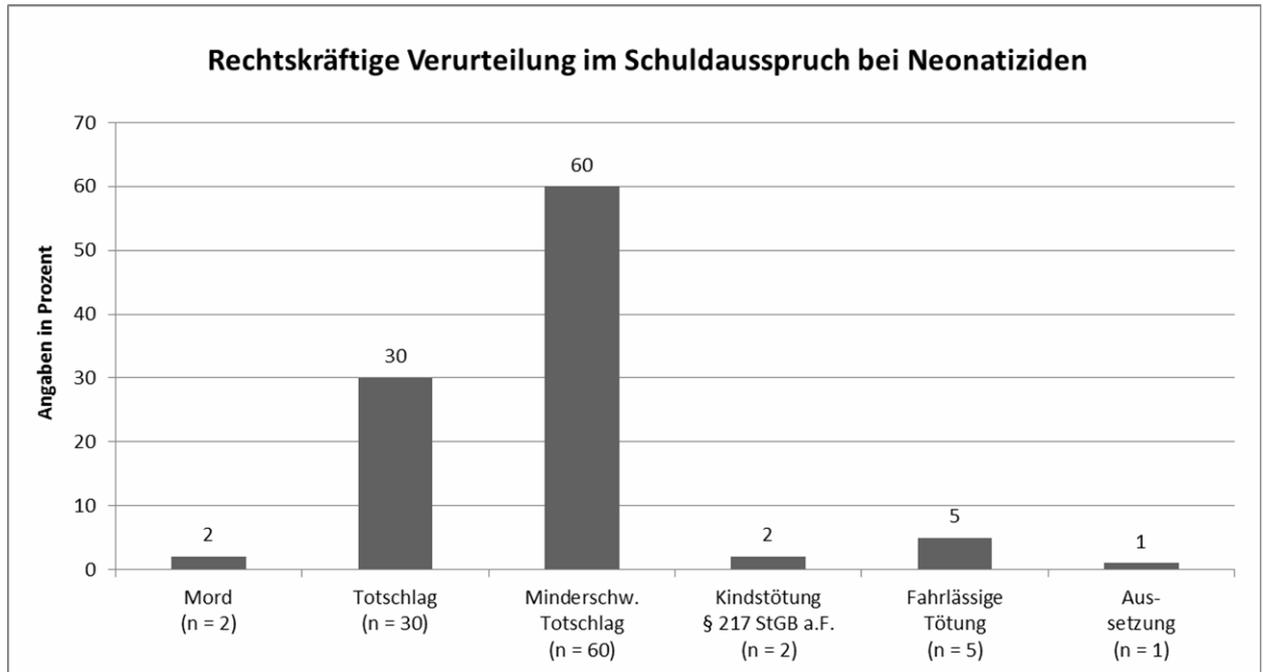


Abbildung 10: Rechtskräftige Verurteilung im Schuldausspruch bei Neonatiziden; bei Täterinnen, die mehrere Kinder getötet haben, wurden alle Verurteilungen erfasst (n = 100).



# In the Case Prosecutor v. Defence

## Der Haftbefehl gegen Bemba und Mitglieder seines Verteidigungsteams vom 20.11.2013

Von Dr. Mayeul Hiéramente, Düsseldorf\*

### I. Einleitung

Am 20.11.2013 hat der Einzelrichter, Richter Cuno Tarfusser, der Vorverfahrenskammer II des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) für eine handfeste Überraschung gesorgt, als er dem Antrag der Anklagebehörde (Office of the Prosecutor – OTP) stattgab und Haftbefehle gegen Jean Pierre Bemba, zwei Mitglieder seines Verteidigungsteams sowie zwei weitere Personen erließ.<sup>1</sup> Am darauf folgenden Wochenende wurde Bembas Strafverteidiger auf Grundlage dieses Haftbefehls auf einer Dienstreise in seinem Heimatland Belgien festgenommen und aufgrund eines Verzichts auf rechtliche Schritte unmittelbar nach Den Haag an den IStGH ausgeliefert. Zeitgleich wurde der Casemanager<sup>2</sup> festgenommen und wenig später von den Niederlanden an das Gericht überstellt.

Das Verfahren gegen Bemba u.a. oder auch Bemba II stellt aus zweierlei Gründen ein Novum in der Geschichte des noch recht jungen IStGH dar. Es stellt erstens das einzige vor dem IStGH tatsächlich beginnende Verfahren wegen „Straftaten gegen die Rechtspflege“ (offences against the administration of justice) gemäß Art. 70 des Rom-Statuts dar.<sup>3</sup> Dabei handelt es sich um ein Verfahren, welches anderen Regeln unterliegt und einen anderen Strafrahmen vorsieht (dazu unter II.). Dabei stellt sich die Frage, ob die Entscheidung des Einzelrichters diesen Besonderheiten ausreichend Rechnung trägt und in ihrer Begründung überzeugt (dazu unter III.) Zweitens, werden von der OTP Mitglieder der Verteidigung ins Visier genommen, was wiederum Auswirkungen auf das Hauptsacheverfahren (Bemba I) hat. Die Entscheidung wirft grundsätzliche Fragen der Verfahrensgestaltung bei Straftaten gegen die Rechtspflege auf, die über den Fall hinaus von Bedeutung gewinnen dürften (dazu unter IV.).

---

\* Dr. iur, Alumnus der International Max Planck Research School on Retaliation, Mediation and Punishment. Der *Autor* hat am Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br. zu verschiedenen Fragen des Völkerstrafrechts geforscht und publiziert und in und nach dem Referendariat an der deutschen Botschaft in Kenia sowie dem Internationalen Strafgerichtshof praktische Erfahrungen im Bereich internationale Strafverfolgung gesammelt. Er ist als Rechtsanwalt in Düsseldorf tätig. Der *Autor* dankt *Philipp Müller* für wertvolle Hinweise.

<sup>1</sup> IStGH, Beschl. v. 20.11.2013 – ICC-01/05-01/13-1-Red2 (Prosecutor v. Bemba u.a.). Die Vorwürfe gegen zwei weitere Personen werden im Folgenden weitgehend ausgeklammert.

<sup>2</sup> Die Person im Verteidigungsteam, die primär die zentrale Aufgabe hat, immense Datenmengen zu verwalten, Dokumente zu klassifizieren und damit eine Verteidigung in komplexen internationalen Strafverfahren erst zu ermöglichen.

<sup>3</sup> Im Fall Kenia hat der IStGH ebenfalls Haftbefehl erlassen (Entsch. v. 2.8.2013 – ICC-01/09-01/13-1-Red2 [Prosecutor v. Barasa]). Der Beschuldigte ist allerdings noch nicht festgenommen.

### II. Ein kurzer Überblick über „Straftaten gegen die Rechtspflege“

Tiefgehende und ausdifferenzierte juristische Analysen zu Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen sowie zum Tatbestand der Aggression sind mit einem kurzen Blick in die einschlägige Literatur leicht zu finden. Wissenschaftliche Abhandlungen zu „Straftaten gegen die Rechtspflege“ am IStGH sind indes Mangelware; auch in den Kommentaren zum Rom-Statut (*Triffterer, Schabas, Cassese/Gaeta/Jones, Fernandez/Pacreau*) wird die Thematik nur sehr kurz abgehandelt. Dabei haben die letzten Jahre gezeigt, dass die Möglichkeit einer strafrechtlichen Ahndung von Zeugenbestechung oder -bedrohung, Falschaussage und ähnlichen Verhaltensweisen von enormer praktischer Relevanz ist und dass die Richter mit einer Materie konfrontiert sind, für die es an Orientierungshilfen aus der Wissenschaft fast gänzlich fehlt. Eine weitergehende wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Thematik im Allgemeinen und eine wissenschaftlich-kritische Begleitung der derzeit laufenden Verfahren im Besonderen sind daher zu erhoffen.

Orientierungshilfe ist deshalb besonders notwendig, weil sich die Gründungsmütter und -väter des Rom Statuts und der Verfahrens- und Beweisordnung (VBO) für eine weitgehende Abkehr vom „common law“-Konzept der ad hoc-Tribunale entschieden und „Straftaten gegen die Rechtspflege“ als eigenständigen Straftatbestand ausgestaltet haben.<sup>4</sup> Art. 70 Abs. 1 Rom-Statut regelt nunmehr abschließend – wenn auch aufgrund der Terminologie insbesondere von Abs. 1 lit. c sehr weit gefasst – die strafbaren Verhaltensweisen. Ferner weist Regel 165 Abs. 1 VBO jedenfalls im Grundsatz der OTP die Ermittlungs- und Anklagekompetenz zu und weicht damit erheblich von den Regelungen (Regel 77 der jeweiligen Verfahrens- und Beweisordnungen) des Jugoslawien- und Ruandatribunals ab, die in „contempt of court“-Verfahren den Strafkammern weitgehende Rechte einräumen. Rechtsprechung der ad hoc-Tribunale kann daher ebenso wenig eins zu eins übertragen werden wie rechtswissenschaftliche Analysen. Zudem unterscheidet sich das anwendbare Recht in Verfahren nach Art. 70 Rom-Statut von dem für Kernverbrechen vor dem IStGH einschlägigen Recht. So legt etwa Art. 70 Abs. 3 Rom-Statut die Höchststrafe auf fünf Jahre fest. Abs. 2 sieht ein souveränitätsschonendes Kooperationsregime zwischen Staaten und dem IStGH und die VBO sehen u.a. eine Straffung des Verfahrens durch erleichterte Bestätigung der Anklage (Regel 165 Abs. 3) sowie einen Verzicht auf Komplementarität gem. Art. 17 Rom-Statut, Anfechtung der Gerichtsbarkeit gem. Art.19 Rom-Statut und

---

<sup>4</sup> Zur Praxis am Jugoslawien- und Ruandatribunal siehe guter Überblick bei *Sluiter*, JICJ 2 (2004), 631; *d’Ascoli*, JICJ 3 (2007), 735; *Bohlander*, JICJ 1 (2001), 91.

die Aufschiebmöglichkeit des Sicherheitsrats gem. Art. 16 Rom-Statut vor (Regel 163 Abs. 2).

An dieser Stelle soll nicht en détail auf die oben dargelegten Aspekte eingegangen werden. Im Hinblick auf die im Folgenden darzustellende Entscheidung sollen jedoch zwei kurze Anmerkungen gemacht werden. Erstens, die Versammlung der Vertragsstaaten, die die VBO erlassen hat, hat den Komplementaritätsgrundsatz des Art. 17 Rom-Statut für unanwendbar erklärt und stattdessen in Regel 162 Abs. 3 VBO niedergelegt, dass bei Anfragen der Niederlande, diesen „favourable consideration“ gegeben werden soll. Zudem sieht Abs. 1 vor, dass das Gericht Staaten im Hinblick auf eine etwaige Verfolgung der Taten durch diese konsultieren kann und Abs. 2 legt für eine Entscheidung des Gerichts, ob das Gericht die Gerichtsbarkeit ausüben soll, vergleichbare Kriterien wie in Art. 17 Rom-Statut fest. Zweitens, legt Art. 70 Abs. 2 S. 2 Rom-Statut fest: „Die Bedingungen, unter denen dem Gerichtshof internationale Zusammenarbeit im Hinblick auf Verfahren nach diesem Artikel gewährt wird, richten sich nach dem innerstaatlichen Recht des ersuchten Staates.“ Der Wortlaut („international cooperation“) ist identisch mit der Überschrift des 9. Abschnitt des Rom-Statuts in dem auch Kooperationspflichten bei der Ausführung eines Haftbefehls niedergelegt sind. Es ist demnach *Schabas* beizupflichten, wenn dieser feststellt, dass die Staaten völkerrechtlich nicht zur Festnahme und Auslieferung eines Verdächtigen verpflichtet sind.<sup>5</sup> Regel 167 Abs. 2 VBO spricht ebenfalls für diese Interpretation. Ein Haftbefehl darf jedoch durch die Richter des IStGH erlassen werden.<sup>6</sup> Auf beide Aspekte wird noch zurückzukommen sein.

### III. Die Entscheidung vom 20.11.2013

Die Entscheidung vom 20.11.2013 ist 16 Seiten lang und weicht bereits in der Darstellung auffällig von Haftbefehlen in „normalen“ Verfahren ab. Klassischerweise publiziert der IStGH sowohl eine Entscheidung über den Antrag der Anklage auf Erlass eines Haftbefehls als auch den Haftbefehl selbst.<sup>7</sup> Wie im Falle des weiteren Haftbefehls nach Art. 70 Rom-Statut im Fall Barasa scheint Richter Tarfusser nur eine kombinierte Entscheidung erlassen zu haben. Nach der Auflistung der strafrechtlichen Vorwürfe<sup>8</sup> sowie eines Überblicks über das Verfahren<sup>9</sup> widmet sich die Entscheidung zunächst der Frage einer etwaigen Abgabe der Verfahren an staatliche

Strafverfolgungsbehörden<sup>10</sup> (dazu unter 1.). Im Anschluss werden die Tatvorwürfe dargestellt<sup>11</sup> (dazu unter 2.) und Haftgründe diskutiert<sup>12</sup> (dazu unter 3.).

#### 1. Regel 162 VBO und die Möglichkeit, Verfahren an Staaten abzugeben

Regel 162 VBO erlaubt es dem Gericht, sich für Verfahren gemäß Art. 70 Rom-Statut für unzuständig erklären. Die Regel trägt der Notwendigkeit Rechnung, die begrenzten Ressourcen des Gerichts zu schonen und die strafrechtliche Ahndung von (schweren) Verfahrensverstößen primär zur Sicherung effektiver und fairer Verfahren und nicht als Selbstzweck vorzunehmen.

Im vorliegenden Fall hat sich Richter Tarfusser für eine Zuständigkeit des IStGH ausgesprochen. Im Ergebnis zu Recht betont er dabei die Notwendigkeit einer zeitnahen Aufklärung sowie die besondere Bedeutung des vorliegenden Verfahrens für die Würdigung der Beweise in Bemba I. Insbesondere die Betonung seiner Vorbefassung und damit verbundenen Aktenkenntnis vermag zu überzeugen. Da er bereits länger mit dem Fall befasst war, würde eine nunmehrige Abgabe des Verfahrens an einen Staat das Verfahren unnötig verzögern. Allerdings muss man sich die Frage stellen, wann eine Entscheidung gemäß Regel 162 VBO idealerweise gefällt werden sollte bzw. ob der Einzelrichter diese Entscheidung hätte früher treffen können. Der Wortlaut der Regel 162 VBO ist diesbezüglich offen und es bietet sich durchaus an, eine derartige Regel 162-Entscheidung mit einer umfassenden Verfahrensentscheidung wie dem Erlass eines Haftbefehls zu verknüpfen. Man sollte sich jedoch bewusst sein, dass eine späte Entscheidung zur Folge hat, dass eine Abgabe des Verfahrens aus Zeitgründen unwahrscheinlicher wird.

Ebenfalls nachvollziehbar ist der Verweis auf den kurz bevorstehenden Abschluss des Hauptsacheverfahrens und die daraus resultierende besondere Eilbedürftigkeit. So argumentiert Richter Tarfusser wie folgt: „Secondly, Trial Chamber III („the Trial Chamber“) is about to embark on its deliberation on the Case, and, were the Prosecutor’s allegations to be correct, several pieces of evidence tendered at trial would be vitiated to the extent that their reliability would be seriously compromised. Hence the need to avoid the delays entailed by consultations held by the Court with State authorities, and whose duration would, to say the least, be uncertain.“ Dieses Argument birgt indes auch Gefahren. So ist es primär Aufgabe der Hauptverfahrenskammer zu entscheiden, ob und inwieweit sie Zeugen Glauben schenkt und vorgelegte Dokument als echt ansieht. So wird nicht etwa das Hauptsacheverfahren ausgesetzt und das Ergebnis des Verfahrens nach Art. 70 Rom-Statut abgewartet. Die Verbindung zum Hauptsacheverfahren – die oft gegeben sein wird – sollte daher

---

<sup>5</sup> *Schabas*, The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, 2010, Art. 70, S. 858. Siehe auch *Jacobs*, in: de Hert u.a. (Hrsg.), Code of International Criminal Law and Procedure, annotated, 2013, Art. 70, S. 356.

<sup>6</sup> Fraglich, da keine Sonderregeln in den Regeln 162-172 vorgesehen sind, daher *Hall*, in: Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, Art. 58 Rn. 3.

<sup>7</sup> Siehe auch *Schabas* (Fn. 5), Art. 58, S. 711.

<sup>8</sup> IStGH, Beschl. v. 20.11.2013 – ICC-01/05-01/13-1-Red2 (Prosecutor v. Bemba u.a.), S. 3-5.

<sup>9</sup> IStGH, Beschl. v. 20.11.2013 – ICC-01/05-01/13-1-Red2 (Prosecutor v. Bemba u.a.), S. 6-7.

---

<sup>10</sup> IStGH, Beschl. v. 20.11.2013 – ICC-01/05-01/13-1-Red2 (Prosecutor v. Bemba u.a.), S. 7-8.

<sup>11</sup> IStGH, Beschl. v. 20.11.2013 – ICC-01/05-01/13-1-Red2 (Prosecutor v. Bemba u.a.), S. 8-12.

<sup>12</sup> IStGH, Beschl. v. 20.11.2013 – ICC-01/05-01/13-1-Red2 (Prosecutor v. Bemba u.a.), S. 12-14.

nicht pauschal zur Bejahung der Zuständigkeit herangezogen werden.

Nicht erwähnt und für die Abwägung durchaus relevant ist, dass die verdächtigen Personen verschiedene Nationalitäten und Aufenthaltsorte hatten und somit ein zentralisiertes Verfahren im Interesse einer schnellen Sachklärung grundsätzlich vorzugswürdig ist. Bedauerlich ist zudem, dass sich Richter Tarfusser nicht explizit mit der Kehrseite einer Durchführung des Strafverfahrens durch den IStGH befasst. So bejaht der Einzelrichter mit der Entscheidung nicht nur die Zuständigkeit des Gerichts im engeren Sinne sondern auch die Zuständigkeit der OTP, die aufgrund des noch laufenden Hauptsacheverfahrens ein besonderes Interesse an der Durchführung und am Ausgang des Verfahrens nach Art. 70 Rom-Statut hat (dazu mehr unter 4.). Im Falle einer Abgabe an einen Staat, hätte einer neutraleren Institution die Verantwortung für die Strafverfolgung übertragen werden können.

Etwas nebulös erscheint schließlich das geäußerte Misstrauen gegenüber den Staaten wenn es heißt: „The circumstances of the case are such that it is neither desirable nor expedient for the Court to first consult, in accordance with rule 162 (1), States Parties which may concurrently have jurisdiction over the alleged offences, since information may be needlessly disclosed, thus diminishing the chances of arresting the persons who are the subject of the Application pursuant to article 58.“ Vor allem wenn man bedenkt, dass es aller Voraussicht nach die Heimat- und Aufenthaltsstaaten der betroffenen Personen sowie der Sitzstaat Niederlande gewesen wären, die ein Verfahren eingeleitet hätten, und dass eben diese Staaten um Festnahme ersucht worden sind, muss eine derartige unsubstantiierte Stellungnahme verwundern.

### 2. Tatverdacht und Begründung

Weitaus problematischer als der soeben genannte Aspekt ist indes der Umgang des Einzelrichters mit den Anforderungen des Art. 58 des Rom-Statuts, welcher die inhaltlichen und formalen Anforderungen an einen Haftbefehl festlegt. Abs. 3 lit. c regelt als eine zentrale formale Voraussetzung, dass der Haftbefehl „eine knappe Darstellung des Sachverhalts, der angeblich die Tatbestandsmerkmale [...] erfüllt“ zu enthalten hat.<sup>13</sup>

Diese Regelung, vergleichbar mit § 114 Abs. 2 Nr. 4 StPO, dient zunächst der Information des Betroffenen. Dieser soll in die Lage versetzt werden, den ihm gemachten Vorwurf nachzuvollziehen und sich gegebenenfalls dagegen zur Wehr zu setzen.<sup>14</sup> Im internationalen Kontext erfüllt diese formale Voraussetzung noch weitere Funktionen. So sollen auch die Staaten in die Lage versetzt werden, die Anordnungen des Gerichts zu verstehen. Für „normale“ Verfahren legt etwa Art. 91 Abs. 2 lit. b Rom-Statut fest, dass die Abschrift des Haftbefehls vorzulegen ist, wenn ein Festnahmegesuch an einen Staat adressiert wird. Nur auf Grundlage des konkreten

Tatvorwurfs vermag der Staat zu entscheiden, ob eine Person überstellt oder doch vor nationalen Gerichten vor Gericht gestellt werden soll. Auch für Verfahren nach Art. 70 Rom-Statut ist eine genaue Inkenntnissetzung des ersuchten Staates von herausragender Bedeutung. Da, wie bereits erwähnt, Staaten nicht zur Festnahme verpflichtet sind und teilweise auch juristische Vorbehalte bei der Auslieferung von Staatsbürgern bestehen (siehe beispielsweise Art. 16 GG), ist eine präzise Darstellung des Tatvorwurfs unentbehrlich. Schließlich dient Art. 58 Abs. 3 lit. c Rom-Statut der Gewährleistung allgemeiner Öffentlichkeit. Strafjustiz ist keine Geheimjustiz und darf im Interesse der dem IStGH zugeschriebenen erzieherischen Rolle auch nicht so empfunden werden. Die Förderung transparenter und nachvollziehbarer Verfahren sollte für eine Institution, die sich derart hehrer Ziele verschrieben hat, ein wichtiges Anliegen sein. Zwar gebieten Ermittlungstaktik, Zeugenschutz und nationale Sicherheitsinteressen gewisse Einschränkungen der Öffentlichkeit. Dennoch sollten alle Organe des Gerichts um größtmögliche Transparenz bemüht sein. Ferner sollten Transparenzregeln wie Art. 58 Abs. 3 lit. c Rom-Statut nicht als bloße Förmerei abgetan werden – dies gilt ebenso in Verfahren nach Art. 70 Rom-Statut.

Die bisherige Praxis diesbezüglich ist weitgehend kohärent und berücksichtigt die formalen Vorgaben jedenfalls im Ergebnis ausreichend. Ein Großteil der bis dato erlassenen Haftbefehle enthält Ausführungen über Ort und Zeit der Tatbegehung und die Art der Beteiligung der betroffenen Person an den ihr zur Last gelegten Taten.<sup>15</sup> In einigen Fällen, etwa im Fall Laurent Gbagbo, sind derartige Angaben zwar nicht direkt im Haftbefehl, dafür aber in der diesen begleitenden Entscheidung enthalten. Auch der Barasa-Haftbefehl im einzig bekannten weiteren Verfahren nach Art. 70 Rom-Statut enthält eine nachvollziehbare Darstellung des zur Last gelegten Verhaltens.

Anders sieht es indes in der hier besprochenen Entscheidung aus: Eine Ortsangabe war angesichts der zur Last gelegten Taten (Zeugenbestechung und Vorlage falscher bzw. gefälschter Dokumente) entbehrlich. Eine präzise Zeitangabe enthält der Haftbefehl allerdings ebenfalls nicht. Stattdessen wird grob auf einen Zeitraum von zwei Jahren verwiesen. Auch die Darstellung des konkreten Tatvorwurfs bleibt oberflächlich und nebulös. Der Tatvorwurf lässt sich oft nur aufgrund der vom Einzelrichter genannten abstrakten Tatbestandsmerkmale erahnen. So wird Bemba vorgeworfen, er habe den anderen verdächtigen Personen Gelder zur Verfügung gestellt, mit Zeugen unter Verwendung privilegierter Anschlüsse telefoniert, in der Kommunikation mit seinen Anwälten Codes verwendet sowie Instruktionen hinsichtlich des Kontakts mit Zeugen gegeben. Unabhängig davon, dass diese Verhaltensweisen für sich genommen nur konspirativ und nicht kriminell sind, werden weder Zeugen noch Daten

<sup>13</sup> Dieser Aspekt findet sich weder bei *Hall* (Fn. 6), Art. 58 Rn. 22, noch bei *Sachithanandan*, in: de Hert u.a. (Fn. 5), Art. 58, S. 24 f., *Schabas* (Fn. 5), Art. 58, S. 711 f.

<sup>14</sup> Betonung der Informationspflichten auch bei *Schabas* (Fn. 5), Art. 58, S. 711.

<sup>15</sup> So die drei von den Richtern genannten Elemente in IStGH, Beschl. v. 11.10.2013 - ICC-01/11-01/11-466-Red (Prosecutor v. Saif al-Islam Gaddafi and al-Senussi), para. 77. Siehe auch *Sana*, in: Fernandez/Pacreau (Hrsg.), Statut der Rome de la Cour Pénale Internationale. Commentaire article par article, 2012, Art. 58, S. 1337.

genannt (auch nicht in anonymisierter oder redigierter Fassung). Seinem Strafverteidiger wird vorgeworfen, Gelder an Zeugen gezahlt zu haben. Unklar bleibt jedoch, wer die Zeugen waren, welche Summen gezahlt wurden und ob eine und wenn ja welche Gegenleistung erfolgte oder erwartet wurde. Ferner soll er Zeugen kontaktiert haben, was per se nicht strafbar ist, und diesen Anweisungen gegeben haben. Ebenfalls unklar bleibt, wer diese Zeugen sind und was der Inhalt der Instruktionen gewesen sein soll und ob diese somit überhaupt strafbar sind. Schließlich soll er 14 falsche oder gefälschte Dokumente vorgelegt haben. Um welche Dokumente es sich handelt und ob er Kenntnis der Fälschung gehabt haben soll, bleibt unausgesprochen. Gänzlich unklar bleibt der Tatvorwurf hinsichtlich des Casemanagers. Diesem wird vorgeworfen, er habe Gelder erhalten, Instruktionen für Zeugen mit Bembas Strafverteidiger (seinem Vorgesetzten) gemeinsam vorbereitet und Gesprächen zwischen dem Mandanten und dessen Strafverteidiger beigezwängt. Auch hier fehlen gänzlich konkretere Angaben.

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass es sich bei einem Großteil der vom Einzelrichter dargelegten „Fakten“ nicht um konkrete Fakten handelt. Mangels namentlicher Nennung (auch nicht in anonymisierter Form) der Zeugen und genauerer Bestimmung einzelner Handlungsweisen (insbesondere der Instruktionen) lässt sich ein konkreter Tatvorwurf nicht ausmachen. Zudem handelt es sich, eine detaillierte Darstellung einmal unterstellt, bei der Aneinanderreihung der „Fakten“ nicht um ein Konkretum im Sinne des Art. 58 Abs. 3 lit. c Rom-Statut. Es handelt sich vielmehr um ein Sammelsurium von Indizien, die auf einen implizit dem Haftbefehl zugrunde gelegten Tatvorwurf hindeuten. Es sollte jedoch nicht den Betroffenen überantwortet werden, aus dem Abstraktum und einigen Indizien ein Konkretum abzuleiten. Auch die Tatsache, dass der Einzelrichter auf den (noch als geheim eingestuft) Antrag der OTP verweist, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Die Ausgestaltung von Art. 58 Abs. 2 und 3 Rom-Statut zeigt, dass bestimmte Elemente des Antrags im Haftbefehl weggelassen werden können. Beide Dokumente müssen indes die relevanten Fakten enthalten. Eine pauschale Bezugnahme auf den Antrag reicht nicht aus.

### 3. Haftgründe am IStGH

Ein weiterer Aspekt, mit dem sich der Einzelrichter in der Entscheidung auseinandergesetzt hat, ist die Frage der Haftgründe. Art. 58 Abs. 3 Rom-Statut verlangt, anders als für den Antrag der OTP gem. Art. 58 Abs. 2 Rom-Statut, keine Bezugnahme auf die Haftgründe. Umso begrüßenswerter erscheint es daher, dass der Einzelrichter seine Entscheidungsfindung offenlegt und jedenfalls in Teilen nachvollziehbar macht. Seine inhaltlichen Ausführungen geben indes Anlass zu Widerspruch.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Zu den Voraussetzungen siehe etwa IStGH, Urt. v. 14.7.2011 - ICC-01/04-01/10-283 (Prosecutor v. Mbarushimana), para. 60 m.w.N. Siehe auch *Sachithanandan* (Fn. 9), Art. 58, S. 243.

Zunächst verwundert, dass der Haftbefehl – unnötigerweise<sup>17</sup> – explizit bei allen Beteiligten auf alle Haftgründe, namentlich Flucht-, Verdunkelungs- und Wiederholungsgefahr, gestützt wird. So ist es unwahrscheinlich, dass die vorgeworfenen heimlichen Bestechungen von Zeugen jedenfalls durch Mitglieder des Verteidigerteams selbst dann fortgesetzt worden wären, wenn diese Kenntnis von den gegen sie eingeleiteten Ermittlungen haben. Zudem erscheint es angesichts des Verfahrensstadiums in Bemba I unwahrscheinlich, dass derartige Zeugenbeeinflussungen in Zukunft erfolgen werden.

Überraschend ist auch, wie die Fluchtgefahr der beiden Mitglieder aus dem Verteidigungsteam begründet wird. So wird darauf hingewiesen, dass beide Personen über Reisepässe, die eine Ausreise in Mitglied- und Nichtmitgliedstaaten ermöglichen, sowie finanzielle Ressourcen verfügen. Die Tatsache, dass der Verteidiger Bembas familiär in Belgien gebunden ist (insbesondere minderjährige Kinder hat) und dort als belgischer Anwalt seinen Kanzleisitz hat, wird nicht erwähnt. Anhaltspunkte für einen Fluchtwillen werden nicht genannt. Auch wird nicht thematisiert, dass die Höchststrafe bei Straftaten gegen die Rechtspflege nur fünf Jahre beträgt und dadurch eine Flucht deutlich unwahrscheinlicher erscheint als in „normalen“ Fällen.<sup>18</sup>

Schließlich vermag auch die Begründung einer Verdunkelungsgefahr nicht zu überzeugen oder scheint vom Einzelrichter in der Begründung vernachlässigt worden zu sein. So findet die Thematik ausschließlich in einem Absatz Erwähnung. Dieser lautet: „Moreover, the conduct which may constitute an offence against the administration of justice, as summarised in the present warrant, has continued from at least early 2012, and in all likelihood continues to date. Accordingly, the arrest of all of the persons who are the subject of the Application is necessary to prevent them from further obstructing or endangering the investigation or the trial, and so that the commission of the crime does not continue.“ Zunächst eine kurze Vorbemerkung: Die naheliegende Interpretation des Art. 58 Abs. 1 lit. b sublit. ii Rom-Statut ist, dass sich die Verdunkelungsgefahr auf das Verfahren bezieht für das der Haftbefehl erlassen wird („the investigation or the court proceedings“). Die Ausführungen von Richter Tarfusser suggerieren allerdings („further“), dass eine Verdunkelungsgefahr im Hauptsacheverfahren ausreichend sei. Dann wären aber Wiederholungsgefahr und Verdunkelungsgefahr praktisch deckungsgleich – eine äußerst fragwürdige Interpretation. Eine wohlwollende Interpretation des Haftbefehls könnte allerdings dazu führen den Einzelrichter dahingehend zu verstehen, dass er aus der Art der den Personen zur Last gelegten Straftat eine Tendenz zur Prozesssabotage ableitet und so die Verdunkelungsgefahr im Verfahren nach Art. 70 Rom-Statut zu begründen gedenkt.

Für alle drei Aspekte lässt sich demnach konstatieren, dass die verschriftliche Begründung viele Fragen offen lässt

---

<sup>17</sup> *Sana* (Fn. 15), Art. 58, S. 1333 m.w.N.

<sup>18</sup> Zu diesem Aspekt siehe IStGH, Urt. v. 13.2.2007 - ICC-01/04-01/06-824 (Prosecutor v. Lubanga), para 136, sowie *Sachithanandan* (Fn. 13), Art. 58, S. 244 m.w.N.; *Sana* (Fn. 15), Art. 58 S. 1334 f.

und zudem nicht ausreichend der besonderen Natur der „Straftaten gegen die Rechtspflege“ Rechnung trägt. Diesbezüglich erscheint es hilfreich, sich das Diktum des Bundesverfassungsgerichts zu § 112 Abs. 3 StPO in Erinnerung zu rufen.<sup>19</sup> Ohne den strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab des deutschen Grundgesetzes als Maßstab für das Handeln des IStGH nehmen zu wollen,<sup>20</sup> lohnt es sich doch die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Differenzierung zwischen Schwerekriminalität und anderen Formen des strafrechtlichen Unrechts auf die hiesige Fallkonstellation zu übertragen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der auch dem Völkerstrafrecht überhaupt nicht fremd ist, legt es nahe, dass im Falle weniger schwerwiegender Straftaten höhere Anforderungen an die Determinierung von Haftgründen gestellt werden müssen.<sup>21</sup> Eine reine Bezugnahme auf die Möglichkeit der Flucht und die Wahrscheinlichkeit von Wiederholungen oder Verdunkelungsmaßnahmen sollte jedenfalls bei Verfahren nach Art. 70 Rom-Statut nicht ausreichen. Im Interesse einer effektiven Gewaltenteilung und -kontrolle sollten die Voraussetzungen für den Erlass eines Haftbefehls genau überprüft werden. Für eine effektive Kontrolle der Richter in Form der Selbstkontrolle und im Rahmen des Instanzenzugs<sup>22</sup> sollten Entscheidung zudem ausführlicher begründet werden.

#### IV. Problematik der Verfahren nach Art. 70 Rom-Statut

Die soeben dargelegten Begründungsschwächen in der richterlichen Entscheidung sind in Praxis und Wissenschaft bisher kaum gerügt worden. Wellen geschlagen hat stattdessen vor allem die Art und Weise der Festnahme der Betroffenen (insbesondere durch die kongolesischen Behörden) sowie das Timing des Verfahrens nach Art. 70 Rom-Statut durch die OTP.<sup>23</sup> So befindet sich das Hauptsacheverfahren gegen Jean Pierre Bemba derzeit auf der Zielgeraden. Die Festnahme zweier Mitglieder seines Verteidigungsteams verzögert nunmehr den Abschluss des Verfahrens, beraubt Bemba seines Chefstrategen vor den wichtigen Schlussplädoyers und lässt das gesamte Vorbringen der Verteidigung in einem suspekten Licht erscheinen. Bedenkt man ferner, dass die behauptete Fälschung von Beweismitteln sowie eine etwaige Bestechung von Zeugen auch im Rahmen des Hauptsacheverfahrens gerügt werden kann<sup>24</sup>, so lässt sich durchaus die Frage stellen,

ob ein derart massives Vorgehen zu diesem Zeitpunkt notwendig gewesen ist.

Die Anklage hat sich für ein derartiges Vorgehen entschieden und wird ihre Gründe gehabt haben. Ein fader Beigeschmack bleibt jedoch, wenn die OTP parallel zu Ermittlungen im Hauptsacheverfahren das Verteidigerteam überwachen lässt und den Zeitpunkt der Festnahme mitzubestimmen vermag. In einem weitgehend kontradiktorischen System, in dem die OTP trotz einem Ideal der Unparteilichkeit<sup>25</sup> stets in die Rolle einer „gegnerischen Partei“ gedrängt wird, muss eine Ermittlungs- und Anklagemonopol der OTP um Chefanklägerin Fatou Bensouda seltsam anmuten. Man muss sich fragen, ob die Neutralität der Anklage sowohl im Hauptsacheverfahren als auch im Verfahren nach Art. 70 Rom-Statut ausreichend gewährleistet werden kann, wenn man ihr Kompetenzen anvertraut, die sie in einen Interessenkonflikt bringen können – die Möglichkeit eines Interessenkonflikts den die Richter der ad hoc-Tribunale ebenso erkannt haben<sup>26</sup> wie die Anklagebehörde selbst.<sup>27</sup> Für die Zukunft sollte ernsthaft überlegt werden, derartige Verfahren entweder an Staaten abzugeben oder diese einem *amicus curiae* Ankläger anzuvertrauen. Dies hätte auch praktische Vorteile. So musste etwa im vorliegenden Verfahren eine Vertrauensperson eingeschaltet werden, um die privilegierte Kommunikation zwischen Jean Pierre Bemba und seinem Verteidiger abzuheben und auszuwerten.<sup>28</sup> Die Einbindung eines neutralen Dritten dürfte jedoch zumeist ein Verfahren verzögern und unnötige Doppelstrukturen kreieren. Die Einschaltung einer neutralen Instanz für Verfahren nach Art. 70 mit potentiellen Auswirkungen auf das Hauptsacheverfahren ist eine praktische Notwendigkeit und sollte vom Gericht sowie der Versammlung der Vertragsstaaten für die Zukunft ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

#### V. Abschließende Bemerkungen

„Straftaten gegen die Rechtspflege“ sind nicht Völkermord oder Kriegsverbrechen. Bemba ist nicht Kenyatta oder Gaddafi. Trotzdem sollten Entscheidungen wie die Haftbefehlsentscheidung vom 20.11.2013 stärkere Beachtung finden. Sie sind in vielerlei Hinsicht sehr lehrreich: Sie zeigen die Grenzen zulässiger Prozessführung auf und wagen die schwierige Abwägung zwischen persönlicher Freiheit und Unschuldsvermutung auf der einen und effektiver Strafverfolgung auf der anderen Seite. Eine Beschäftigung mit derartigen Entscheidungen ist aber auch deshalb lehrreich, weil einem

<sup>19</sup> BVerfGE 19, 342.

<sup>20</sup> Der Beweisstandard („reasonable grounds“ anstatt dringender Tatverdacht) ist umstritten aber im Grundsatz durchaus anklagefreundlich. Gute Übersicht zur Debatte bei *Sana* (Fn. 15), Art. 58 S. 1327 ff.

<sup>21</sup> Angedeutet bei *Hall* (Fn. 6), Art. 58 Rn. 13.

<sup>22</sup> Siehe dazu etwa IStGH, Urt. v. 14.12.2006 - ICC-01/04-01/06 (OA 5) – Prosecutor v. Lubanga, para 20.

<sup>23</sup> Siehe etwa den Beitrag von *Heller* auf dem Blog *opinio juris*: <http://opiniojuris.org/2013/11/27/curious-timing-bemba-arrests/> (27.11.2013). Siehe auch die Kurzstellungnahme von *Babala* im Rahmen der ersten Anhörung, vgl. IStGH, Transkription der Verhandlung vom 27.11.2013 – ICC-01/05-01/13-T-1-ENG CT WT 27-11-2013 12/25 SZ PT.

<sup>24</sup> Siehe auch IStGH, Antrag d. Ankl. v. 29.11.2013 - ICC-01/05-01/08-2910 (Prosecution v. Bemba).

<sup>25</sup> Siehe etwa Art. 55 Abs. 1 lit. a des Rom-Statuts sowie Abschnitt 4 des neuen (in Kraft getreten am 5.9.2013) „Code of Conduct for the Office of the Prosecutor“.

<sup>26</sup> Regel 77 (C) der jeweiligen Verfahrens- und Beweisordnungen.

<sup>27</sup> IStGH, Antrag d. Ankl. v. 1.4.2011 - ICC-01/04-01/06-271 (Prosecutor v. Lubanga), para. 11.

<sup>28</sup> IStGH, Beschl. v. 20.11.2013 - ICC-01/05-01/13-1-Red2. (Prosecutor v. Bemba u.a.), para 3. Interessanterweise wird die Rechtsgrundlage für das Abhören im Haftbefehl nicht benannt. Möglicherweise aufschlussreiche Entscheidungen sind noch nicht öffentlich zugänglich.

Schwächen der derzeitigen Praxis und „Versäumnisse“ der Wissenschaft eindrücklich vor Auge geführt werden. Es ist keinesfalls eine Besonderheit dieser Entscheidung, dass eine Lektüre der schriftlichen Begründung zum Verstehen derselben nicht ausreicht. In einer Vielzahl von Entscheidungen des IStGH lassen sich Argumente teils nur erahnen, sind Mutmaßungen und Interpretation notwendig und wird nur das Ergebnis einer Norminterpretation mitgeteilt. Es bleibt zu hoffen, dass in Zukunft auch bei vermeintlichen Nebenentscheidungen ein höherer Begründungsaufwand betrieben und verstärkt auf wissenschaftliche Analysen zurückgegriffen wird. Doch wäre es verfehlt, die unter enormen Zeit- und Ressourcendruck stehenden Praktiker zu kritisieren ohne gleichzeitig Kritik an der Wissenschaft zu üben. Wissenschaft ist zwar mehr als eine reine Orientierungshilfe für die Praxis; der Wissenschaftler ist nicht Diener des Praktikers. Dennoch fällt auf, dass zwar der Zuwachs an Veröffentlichungen zum internationalen Strafrecht und insbesondere zum IStGH rapide zugenommen hat, dass aber viele besonders praxisrelevante Fragestellungen seltener zum Gegenstand von wissenschaftlichen Abhandlungen gemacht werden und zudem, für die Praxis als wichtige Überblickswerke dienende, (aktuelle) Kommentare zum Rom-Statut, zur VBO und der in der Praxis sehr relevanten Geschäftsordnung des Gerichts nicht ausreichend zur Verfügung stehen.

# Konsularische Immunität und Spionage

## Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 27.6.2013 – StB 7/13

Von RiLG Dr. **Helmut Kreicker**, Karlsruhe

*Zu den völkerrechtlichen Normen, die für die Strafrechtspraxis von unmittelbarer Bedeutung sind, gehören seit jeher die Regeln über Immunitäten fremdstaatlicher Funktionsträger. Seit geraumer Zeit stehen in Folge der in vielen Staaten zu verzeichnenden Ausweitung der Kompetenzen zur Ahndung im Ausland verübter völkerrechtlicher Verbrechen, die typischerweise von grundsätzlich immunitätsberechtigten Staatsbediensteten verübt werden, vor allem die aus der Staatenimmunität resultierende allgemeine Funktionsträgerimmunität und die Immunität von Staatsoberhäuptern und Regierungsmitgliedern im Fokus von Wissenschaft und Praxis. Derzeit befasst sich die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen damit, diese völkergewohnheitsrechtlich geltenden Exemtionen zu kodifizieren. Die diplomatischen und konsularischen Immunitäten dagegen sind dem Blickfeld weitgehend entrückt. Ihre Reichweite gilt, zumal sie seit den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts in universell geltenden völkerrechtlichen Verträgen – dem Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen von 1961 (WÜD)<sup>1</sup> und dem Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen von 1963 (WÜK)<sup>2</sup> – verankert sind, deren Normen auch völkergewohnheitsrechtlich gelten,<sup>3</sup> als geklärt. Es überrascht deshalb, dass sich der BGH in einem Beschluss vom 27.6.2013<sup>4</sup> – seit langem wieder einmal – mit den konsularischen Exemtionen zu befassen hatte. Diese Entscheidung soll im Folgenden vorgestellt, in ihren völkerrechtlichen Kontext eingeordnet und bewertet werden.*

### I. Sachverhalt

Dem BGH-Beschluss liegt, soweit dies der veröffentlichten Entscheidung zu entnehmen ist, folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Generalbundesanwalt (GBA) führte Ermittlungen wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit (§ 99 StGB) gegen einen zum so genannten Verwaltungspersonal (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. e WÜK) gehörenden Bediensteten eines Konsulats eines ausländischen Staates in Deutschland. Der Konsulatsangehörige wurde verdächtigt, auf Veranlassung seines Entsendestaates über einen Mittelsmann Informationen zu in Deutschland lebenden Landsleuten und in Deutschland tätigen Organisationen mit Bezug zu seinem Entsendestaat eingeholt zu haben. Der für die Verfolgung von Spionagedelikten zuständige GBA<sup>5</sup> beantragte beim Ermittlungsrichter des BGH<sup>6</sup> einen Beschluss zur Überwachung eines vom Beschuldigten genutzten Telekommunikationsanschlusses. Der Ermittlungsrichter des BGH lehnte den Erlass des beantrag-

ten Beschlusses jedoch wegen Vorliegens eines Strafverfolgungshindernisses aufgrund konsularischer Immunität des Beschuldigten ab. Hiergegen wandte sich der GBA mit einer nach § 304 Abs. 5 StPO statthaften Beschwerde an den zuständigen Strafsenat des BGH.

### II. Entscheidung des BGH

Der 3. Strafsenat des BGH verwarf die Beschwerde des GBA und bestätigte damit die Entscheidung des Ermittlungsrichters. Der Senat führt in seinem Beschluss aus, dem Beschuldigten komme als Mitglied des Verwaltungspersonals eines Konsulats nach Art. 43 Abs. 1 WÜK (ausschließlich) Immunität in Bezug solche Handlungen zu, die er in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben vorgenommen habe.<sup>7</sup> Immunitätsgeschützte Handlungen von Konsulatsbediensteten nach Art. 43 Abs. 1 WÜK seien all diejenigen, die „mit ihrer dienstlichen Betätigung noch irgendwie in einem inneren Zusammenhang“ stünden.<sup>8</sup> Dies sei bei den dem Beschuldigten zur Last gelegten Aktivitäten der Informationsgewinnung der Fall, denn die Informationen könnten im Interesse des Entsendestaates und seiner Angehörigen im Empfangsstaat sein (vgl. Art. 5 lit. a WÜK) und der Beschuldigte habe auf Veranlassung seines Entsendestaates gehandelt.<sup>9</sup> Unerheblich für die Frage der Immunitätsverletzung sei, ob die in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben entfaltete Tätigkeit (nach dem Recht des Empfangsstaates – also nach deutschem Recht) rechtmäßig gewesen sei. Denn zum einen bliebe eine Immunität wirkungslos, wenn sie nur für rechtskonformes Verhalten gewährt würde,<sup>10</sup> zum anderen stelle das Konsularrecht eine geschlossene völkerrechtliche Ordnung dar, welche die Reaktionsmöglichkeiten des Empfangsstaates (auf rechtswidriges Verhalten eines Konsulatsbediensteten, namentlich auf Spionageaktivitäten) abschließend bezeichne, wobei namentlich eine Erklärung eines Bediensteten zur „persona non grata“ beziehungsweise „nicht genehmen Person“ nach Art. 23 Abs. 1 WÜK in Betracht komme.<sup>11</sup>

Die Immunität des Beschuldigten wirke, so der Senat, als von Amts wegen zu beachtendes Strafverfolgungshindernis.<sup>12</sup> Mangels Vorliegens deutscher Strafgerichtsbarkeit, also mangels Statthaftigkeit der Durchführung eines Strafverfahrens gegen den Beschuldigten, sei die vom GBA erstrebte Tele-

<sup>1</sup> WÜD v. 18.4.1961 = BGBl. II 1964, S. 957.

<sup>2</sup> WÜK v. 24.4.1963 = BGBl. II 1969, S. 1585.

<sup>3</sup> Kreicker, in: Grütznert/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 17. Lfg., Stand: September 2010, III. E. 2. Rn. 3.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 27.6.2013 – StB 7/13 = NStZ 2013, 600.

<sup>5</sup> Vgl. 142a Abs. 1 S. 1 GVG i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 3 GVG.

<sup>6</sup> Zu dessen Zuständigkeit siehe § 169 Abs. 1 S. 2 StPO.

<sup>7</sup> BGH, Beschl. v. 27.6.2013 – StB 7/13, Rn. 4-6 = NStZ 2013, 600 (600 f.).

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 27.6.2013 – StB 7/13, Rn. 6 = NStZ 2013, 600 (600 f.).

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 27.6.2013 – StB 7/13, Rn. 7-8 = NStZ 2013, 600 (601).

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 27.6.2013 – StB 7/13, Rn. 9 = NStZ 2013, 600 (601).

<sup>11</sup> BGH, Beschl. v. 27.6.2013 – StB 7/13, Rn. 10 = NStZ 2013, 600 (601).

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 27.6.2013 – StB 7/13, Rn. 3 = NStZ 2013, 600.

kommunikationsüberwachung zu Recht vom Ermittlungsrichter abgelehnt worden, denn bei fehlender Gerichtsbarkeit des Empfangsstaates schied bereits einzelne Untersuchungshandlungen aus.<sup>13</sup>

### III. Bewertung des BGH-Beschlusses

Dem Beschluss des BGH ist – um das Ergebnis vorwegzunehmen – vollumfänglich beizupflichten. Die Erwägungen des *Senats* bewegen sich auf dem Boden gesicherten Völkerrechts und spiegeln dieses korrekt wider. Die Entscheidung enthält nichts in der Sache Neues, verdient aber insofern Aufmerksamkeit, als die geltende Völkerrechtslage – zum Teil entgegen in der Wissenschaft und innerhalb der UN-Völkerrechtskommission vertretenen (unzutreffenden) abweichenden Auffassungen – höchstrichterlich bekräftigt wird.

Der Beschuldigte war den deutschen Behörden als Mitglied des Verwaltungspersonals eines Konsulats seines Heimatstaates gemeldet. Damit kam ihm – unterstellt, er war nicht in Deutschland ständig ansässig – Immunität nach Art. 43 Abs. 1 WÜK zu.<sup>14</sup> Unerheblich ist dabei, ob der Beschuldigte tatsächlich regelmäßig Tätigkeiten ausübte, die zum typischen Aufgabenkreis von Verwaltungsbediensteten eines Konsulats zu zählen sind. Abzustellen ist für den immunitätsrechtlichen Status vielmehr rein formal auf die vom Entsendestaats eigenständig vorgenommene und dem Empfangsstaat notifizierte Einstufung der betreffenden Person (vgl. Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 WÜK).<sup>15</sup>

Nach Art. 43 Abs. 1 WÜK sind Konsularbeamte sowie Mitglieder des Verwaltungs- oder technischen Personals einer konsularischen Vertretung der Strafgerichtsbarkeit des Empfangsstaates nicht – wie etwa Diplomaten nach Art. 31 Abs. 1 WÜD – vollständig entzogen, sondern sie genießen (lediglich) Immunität in Bezug auf ihr dienstliches Handeln.<sup>16</sup> Man spricht insofern von einer handlungsbezogenen Immunität (Immunität *ratione materiae*), weil primärer Anknüpfungspunkt für die Immunitätsgewährung nicht (wie bei der Immunität *ratione personae* von Diplomaten nach Art. 31

Abs. 1 WÜD) der Status der betreffenden Person, sondern deren dienstliches Handeln ist.<sup>17</sup> Zu Recht nimmt der BGH an, dass die Reichweite des Immunitätsschutzes nach Art. 43 Abs. 1 WÜK weit zu fassen ist. Dies zeigt schon ein Vergleich von Art. 43 Abs. 1 WÜK mit Art. 71 Abs. 1 WÜK, der Konsularbeamten, die (wie dies üblicherweise bei Honorarkonsuln der Fall ist) Staatsangehörige des Empfangsstaates oder in diesem ständig ansässig sind, lediglich Immunität *ratione materiae* in Bezug auf ihre unmittelbaren Amtshandlungen gewährt, also nur in Bezug auf Handlungen, die als solche konsularische Amtshandlungen darstellen.<sup>18</sup> Die Immunität *ratione materiae* des Art. 43 Abs. 1 WÜK dagegen erstreckt sich auf alle Handlungen, die bei einer wertenden Betrachtung (noch) als in innerem Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit stehend zu klassifizieren sind.<sup>19</sup> Maßgeblich ist diese Differenzierung namentlich bei Straßenverkehrsdelikten von Konsulatsbediensteten: Dienstfahrten von und zu Orten, an denen dienstlichen Geschäften nachgegangen wird, sind von der weiten Immunität *ratione materiae* des Art. 43 Abs. 1 WÜK, nicht aber von der engen des Art. 71 Abs. 1 WÜK umfasst.<sup>20</sup>

Allerdings erstreckt sich auch die weite Immunität *ratione materiae* des Art. 43 Abs. 1 WÜK nicht auf sämtliches Handeln von Konsulatsbediensteten für ihren Entsendestaats, sondern nur auf Handlungen in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben.<sup>21</sup> Zutreffend hebt der BGH deshalb in seinem

<sup>17</sup> *Cassese*, *Cassese's International Criminal Law*, 3. Aufl. 2013, S. 318 f.

<sup>18</sup> *Böttcher*, in: Erb u.a. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 10, 26. Aufl. 2010, GVG § 19 Rn. 5; *Frister*, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 9, 4. Aufl. 2013, GVG § 19 Rn. 8; *Kreicker* (Fn. 3), III. E. 2. Rn. 18, 27, 36; *Wagner/Raasch/Pröpstl*, *Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen*, 2007, S. 295 f., 391, 402 f., 446, 448 f.; *Richtsteig*, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen. Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis*, 2. Aufl. 2010, S. 210, 255.

<sup>19</sup> So auch schon BGHSt 36, 396 (400 f.); BayObLGSt 1973, 191 (192); 1991, 125 (126 f.); OLG Düsseldorf NZV 1997, 92 (93); OLG Hamburg NJW 1988, 2191; OLG Karlsruhe NJW 2004, 3273. Ebenso *Frister* (Fn. 18), GVG § 19 Rn. 11; *Richtsteig* (Fn. 18), S. 210, 255.

<sup>20</sup> *Kreicker* (Fn. 3), III. E. 2. Rn. 37 f.

<sup>21</sup> *Frister* (Fn. 18), GVG § 19 Rn. 9; *Kreicker* (Fn. 3), III. E. 2. Rn. 35. Handlungen im Dienste des Heimatstaates, die nicht zum konsularischen Aufgabenkreis gehören, können aber unter Umständen aufgrund der allgemeinen Funktionsträgerimmunität der Strafgerichtsbarkeit des Empfangsstaates entzogen sein; vgl. *Akande/Shah*, EJIL 21 (2010), 815 (851); *Kreicker*, *Völkerrechtliche Exemtionen – Grundlagen und Grenzen völkerrechtlicher Immunitäten und ihre Wirkungen im Strafrecht*, Bd. 1, 2007, S. 438, 466, 553 ff., 611 ff.; *Kolodkin*, ILC-Sonderberichterstattung, Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, UN-Dokument A/CN.4/601 (2008), para. 99.

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 27.6.2013 – StB 7/13, Rn. 2, 13 = NStZ 2013, 600 (600 f.).

<sup>14</sup> Art. 43 Abs. 1 WÜK lautet: „Konsularbeamte und Bedienstete des Verwaltungs- oder technischen Personals unterliegen wegen Handlungen, die in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben vorgenommen worden sind, weder der Gerichtsbarkeit des Empfangsstaats noch Eingriffen seiner Verwaltungsbehörden.“

<sup>15</sup> *Kreicker* (Fn. 3), III. E. 2. Rn. 14 m.w.N.

<sup>16</sup> Eine Strafverfolgung von Konsularbeamten und Mitgliedern des Verwaltungs- oder technischen Personals einer konsularischen Vertretung durch den Empfangsstaat wegen privater Eigenschaft begangener Straftaten ist daher statthaft. Allerdings kommt Konsularbeamten nach Art. 41 Abs. 1 WÜK insofern eine Unverletzlichkeit zu, als sie strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, namentlich einer Inhaftierung, im Zuge eines solchen Strafverfahrens nur bei schweren Straftaten – das sind bezogen auf das deutsche Recht Verbrechen i.S.d. § 12 StGB – unterworfen werden dürfen; vgl. *Kreicker* (Fn. 3), III. E. 2. Rn. 19 ff. m.w.N.

Beschluss darauf ab, ob die dem Beschuldigten zur Last gelegten und auf Veranlassung seines Entsendestaates entfalteten (dienstlichen) Aktivitäten zum Aufgabenkreis einer konsularischen Vertretung gezählt werden können, welcher in Art. 5 WÜK beschrieben ist. Nach Art. 5 lit. a WÜK gehört es zu den konsularischen Aufgaben, die Interessen des Entsendestaates und seiner Angehörigen im Empfangsstaat zu schützen. Nach Art. 5 lit. c WÜK zählt es zu den konsularischen Aufgaben, sich über die Verhältnisse im kommerziellen, wirtschaftlichen, kulturellen und wissenschaftlichen Leben im Empfangsstaat zu informieren. Auch insofern ist ein weiter Maßstab anzulegen. Informationsbeschaffungen über Aktivitäten von Staatsangehörigen des Entsendestaates im Empfangsstaat erachtet der BGH daher zu Recht als grundsätzlich zum Aufgabenkreis von konsularischen Vertretungen gehörend.

Zutreffend hält es der BGH für unerheblich, ob die dem Beschuldigten konkret zur Last gelegte Informationsbeschaffung nach deutschem Recht rechtmäßig war (oder als geheimdienstliche Agententätigkeit nach § 99 StGB zu werten ist). Zwar bestimmen Art. 5 WÜK und Art. 55 Abs. 1 S. 1 WÜK, dass sich die Aktivitäten von Konsulatsbediensteten im Rahmen des Völkerrechts und des Rechts des Empfangsstaates zu bewegen haben; auch immunitätsberechtigter Konsulatsangehörige sind dem materiellen Recht des Empfangsstaates unterworfen und haben dieses zu beachten.<sup>22</sup> Konsulatsbedienstete dürfen also nur solche Aktivitäten entfalten, die nach dem Recht des Empfangsstaates rechtmäßig sind und überdies dem Völkerrecht entsprechen. Dies bedeutet aber nicht, dass konsularischen Aktivitäten, die der Rechtsordnung des Empfangsstaates widersprechen, allein aufgrund ihrer rechtlichen Missbilligung durch den Empfangsstaat der Charakter konsularischer Diensthandlungen abzusprechen wäre. Zwar scheint eine isolierte Betrachtung von Art. 5 lit. a und c WÜK auf den ersten Blick einen solchen Schluss zu gestatten oder sogar nahe zu legen, völlig zu Recht weist der BGH aber auf das gegen eine solche Argumentation seit jeher vorgebrachte Argument hin, dass dann die Immunitätsgewährungen durch das WÜK, die den Kern des WÜK ausmachen, leer liefen. Eine Immunitätsgewährung allein für rechtskonformes Verhalten ergäbe keinerlei Sinn und hätte keinen Anwendungsbereich.<sup>23</sup> Bei der Beurteilung der Frage, ob Handlungen eines Konsulatsbediensteten in Wahrnehmung konsularischer Aufgaben vorgenommen wurden, haben also normative Bewertungen am Maßstab des Rechts des Empfangsstaates zu unterbleiben; vielmehr ist rein tatsächlich zu fragen, ob Aktivitäten in den Kreis der in Art. 5 WÜK aufgelisteten Tätigkeiten fallen oder nicht.

Auch bei Handlungen, die sich (nach dem Recht des Empfangsstaates beziehungsweise dem Völkerrecht) als Spi-

onage darstellen, gilt nichts anderes. Zudem gibt es in Bezug auf die konsularischen Exemtionen – und das Gleiche gilt für die diplomatischen Exemtionen nach dem WÜD – keine spezielle Immunitätsausnahme für Spionagedelikte.<sup>24</sup> Das stellt der BGH-Beschluss unter Bezugnahme auf das Urteil des BVerfG zu Verfolgbarkeit ehemaliger DDR-Spione von 1995<sup>25</sup> noch einmal klar.

Dies unterscheidet die diplomatischen und konsularischen Immunitäten von der allgemeinen Funktionsträgerimmunität. Die allgemeine Funktionsträgerimmunität ist Ausfluss der Staatenimmunität, welche – wie der Internationale Gerichtshof 2012 im Rechtsstreit zwischen Deutschland und Italien über die Zulässigkeit von Entschädigungsklagen gegen die Bundesrepublik vor italienischen Gerichten bestätigt hat<sup>26</sup> – den Staaten grundsätzlich untersagt, Gerichtsbarkeit über andere Staaten in Bezug auf deren Hoheitsakte (*acta iure imperii*) auszuüben.<sup>27</sup> Da Staaten nur durch natürliche Personen handeln können, partizipieren diese an der Staatenimmunität insoweit, als Staaten Funktionsträger anderer Staaten wegen hoheitlich-dienstlicher Handlungen für ihren Staat nicht strafrechtlich zur Verantwortung ziehen dürfen. In Bezug auf ihr hoheitlich-dienstliches Handeln für ihren Staat genießen alle staatlichen Funktionsträger grundsätzlich Immunität gegenüber der Strafgerichtsbarkeit fremder Staaten (Immunität *ratione materiae* für *acta iure imperii*).<sup>28</sup> Diese Immunität ist zwar in der deutschen strafprozessualen Literatur verschiedentlich in Frage gestellt worden<sup>29</sup> – doch zu Unrecht, was sich auch daran zeigt, dass innerhalb der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (International Law Commission – ILC), die sich – wie schon angemerkt – derzeit mit der allgemeinen Funktionsträgerimmunität befasst, deren völkerrechtlich-gewohnheitsrechtliche Geltung nicht bezweifelt wird.<sup>30</sup> Die

<sup>24</sup> Vgl. IGH, Urt. v. 24.5.1980 – Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) = ICJ-Reports 1980, 3 (38 ff.), paras. 83 ff.; *Kreicker* (Fn. 3), III. E. 2. Rn. 45; *ders.* (Fn. 21), S. 443, 487 f.

<sup>25</sup> BVerfGE 92, 277 (321).

<sup>26</sup> IGH, Urt. v. 3.2.2012 – Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening) = ICJ-Reports 2012, 99 (123 f.), paras. 56 f. Vgl. zu diesem Urteil *Kreicker*, ZIS 2012, 107.

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 16, 27; BVerfG NJW 2006, 2542; BGHZ 155, 179.

<sup>28</sup> BVerfGE 96, 68 (85, 91), BGH NJW 1979, 1101 (1102); BVerfG NJW 1989, 678 (679); *Akande/Shah*, EJIL 21 (2010), 815 (825 ff.); *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 7 Rn. 101; *ders.* (Fn. 23), Vor §§ 3-7 Rn. 98; *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, Vor § 3 Rn. 35; *Cassese* (Fn. 17), S. 240 f.; *Kreicker* (Fn. 21), S. 109 ff.; *Wuerth*, AJIL 106 (2012), 731 (736, 744).

<sup>29</sup> Siehe nur *Frister* (Fn. 18), Vor §§ 18-21 GVG Rn. 20 ff.

<sup>30</sup> Siehe *Kolodkin*, ILC-Sonderberichterstatter, Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, UN-Dokument A/CN.4/601 (2008), paras. 80-81, 107; *Hernández*, ILC-Sonderberichterstatterin, Prelimi-

<sup>22</sup> *Kreicker* (Fn. 3), III. E. 2. Rn. 9; *ders.* (Fn. 21), S. 440 f.

<sup>23</sup> So schon BVerfGE 96, 68 (80 ff. – in Bezug auf die deckungsgleiche Immunität *ratione materiae* des Art. 39 Abs. 2 Satz 2 WÜD); BGHSt 36, 396 (401 f.). Vgl. auch *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Vor § 3 Rn. 125; *Kreicker* (Fn. 3), III. E. 2. Rn. 35; *ders.* (Fn. 21), S. 484 f., 487 f.

grundsätzlich sehr weit reichende allgemeine Funktionsträgerimmunität erfährt jedoch verschiedene völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Ausnahmen, und zwar insbesondere bei Völkerstraftaten,<sup>31</sup> geheimdienstlichen Gewaltakten<sup>32</sup> und eben auch Spionagedelikten.<sup>33</sup> Indem der hier betrachtete BGH-Beschluss Bezug nehmend auf die Rechtsprechung des BVerfG erneut aufzeigt, dass zwar die allgemeine Funktionsträgerimmunität (die zum Teil ebenfalls als „Staatenimmunität“, zum Teil – irreführend – als „Act of State-Doktrin“ bezeichnet wird) bei Spionagedelikten nicht gilt, wohl aber die konsularische Immunität nach Art. 43 Abs. 1 WÜK (und alle anderen diplomatischen und konsularischen Immunitäten), macht der BGH einmal mehr deutlich, dass es – anders als in der Literatur teilweise behauptet wird<sup>34</sup> – keine einheitliche Immunität *ratione materiae* als solche gibt, sondern dieser Begriff nur eine Sammelbezeichnung für handlungsbezogene Immunitäten ist, die eine durchaus unterschiedliche Reichweite haben können.<sup>35</sup>

Zutreffend misst der BGH der konsularischen Immunität des Beschuldigten rein prozessuale Wirkung im Sinne eines Strafverfolgungshindernisses bei. Zwar entspricht diese Einordnung völkerrechtlicher Immunitäten der ständigen oberge-

---

nary report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, UN-Dokument A/CN.4/654 (2012), paras. 14, 16, 32; *dies.*, Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, UN-Dokument A/CN.4/661 (2013), paras. 50, 53.

<sup>31</sup> Vgl. nur *Ambos* (Fn. 28), § 7 Rn. 104 ff.; *ders.* (Fn. 23), Vor §§ 3-7 Rn. 127 ff.; *Akande*, AJIL 98 (2004), 407 (413 ff.); *ders./Shah*, EJIL 21 (2010), 815 (839 ff.); *Cassese* (Fn. 17), S. 241 ff.; *Kreicker*, ZIS 2009, 350 (353); *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 700 ff. Seit kurzem allerdings wird diese schon zur allgemeinen Gewissheit gewordene Immunitätsausnahme, die einer der Grundpfeiler des modernen, auf die Möglichkeiten einer Drittstaatenverfolgung setzenden Völkerstrafrechts ist, (zu Unrecht) wieder in Frage gestellt. Nicht nur der frühere russische Sonderberichterstatler der ILC hat die Existenz einer Ausnahme von der allgemeinen Funktionsträgerimmunität bei Völkerstraftaten verneint (vgl. *Kolodkin*, ILC-Sonderberichterstatler, Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, UN-Dokument A/CN.4/631 [2010], paras. 68-71, 90), sondern auch in der Literatur wird dies – wie vor Jahrzehnten von den Angeklagten im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess und von *Eichmann* gegenüber der israelischen Justiz – nunmehr vereinzelt wieder getan, so von *Wuerth*, AJIL 106 (2012), 731 (732 ff.).

<sup>32</sup> *Folz/Soppe*, NSTZ 1996, 576 (580); *Frister* (Fn. 18), Vor §§ 18-21 GVG Rn. 20; *Kreicker* (Fn. 21), S. 255 ff.; *Sanger*, ICLQ 62 (2013), 193 (202 ff.).

<sup>33</sup> BVerfGE 92, 277 (321); BGHSt 39, 260 (263); BGH NJW 1991, 2498 (2499); *Frister* (Fn. 18), Vor §§ 18-21 GVG Rn. 20; *Kreicker* (Fn. 21), S. 234 ff.

<sup>34</sup> *Doehring/Ress*, AVR 37 (1999), 68 (70, 74 f., 96 f.); *Werle* (Fn. 31), Rn. 697.

<sup>35</sup> Vgl. *Akande/Shah*, EJIL 21 (2010), 815 (849 ff.); *Kreicker* (Fn. 21), S. 9 ff., 553 ff.

richtlichen Rechtsprechung<sup>36</sup> und hat auch der IGH im Jahr 2002 betont, dass völkerrechtliche Immunitäten die Geltungskraft des materiellen Strafrechts der Staaten (deren „jurisdiction to prescribe“) nicht berühren, sondern allein zur Unzulässigkeit von Strafverfolgungsmaßnahmen führen (also der „jurisdiction to adjudicate“ entgegen stehen).<sup>37</sup> Weil dieser rein prozessualen Wirkung aber in der Literatur teilweise (zu Unrecht) widersprochen wird,<sup>38</sup> verdient auch diese Aussage des BGH Aufmerksamkeit. Gleiches gilt für die Feststellung in dem Beschluss, die völkerrechtliche Immunität des Beschuldigten sei von Amts wegen zu beachten.<sup>39</sup> Zwar gilt allgemein, dass Strafverfolgungshindernisse *ex officio* zu berücksichtigen sind,<sup>40</sup> doch ist innerhalb der ILC und auch in der völkerrechtlichen Literatur kürzlich die These propagiert worden, Staaten (und deren Strafverfolgungsbehörden) müssten völkerrechtliche Immunitäten nur beachten, wenn der Heimatstaat des Beschuldigten dessen Immunität gewissermaßen als strafprozessuale Einrede explizit geltend mache.<sup>41</sup> Dass dies nicht richtig sein kann, zeigt aber schon ein Blick auf die Bestimmung im WÜK zum Immunitätsverzicht: Art. 45 Abs. 1 und Abs. 2 WÜK legt fest, dass der Entsendestaat auf die Immunität seiner Konsulatsbediensteten im Einzelfall verzichten kann, wobei ein solcher Verzicht eine aus-

---

<sup>36</sup> Siehe nur BVerfGE 96, 68 (95); BGHSt 32, 275 (276); BayObLGSt 1973, 191 (192); 1991, 125 (125); OLG Düsseldorf NJW 1986, 2204; OLG Karlsruhe NJW 2004, 3273; OLG Köln NSTZ 2000, 667.

<sup>37</sup> IGH, Urte. v. 14.2.2002 – Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) = ICJ-Reports 2002, 3 (25), para. 60.

<sup>38</sup> *Cassese* (Fn. 17), S. 318; *Werle* (Fn. 31), Rn. 697.

<sup>39</sup> Für eine Beachtlichkeit völkerrechtlicher Immunitäten von Amts wegen auch BayObLGSt 1973, 191 (192); OLG Köln NSTZ 2000, 667; *Böttcher* (Fn. 18), § 18 GVG Rn. 6, § 19 GVG Rn. 8; *Frister* (Fn. 18), Vor §§ 18-21 GVG Rn. 41.

<sup>40</sup> *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 56. Aufl. 2013, Einl. Rn. 143, 150; § 337 Rn. 6.

<sup>41</sup> Siehe *Kolodkin*, ILC-Sonderberichterstatler, Third report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, UN-Dokument A/CN.4/646 (2011), paras. 13 ff.; *Wuerth*, AJIL 106 (2012), 731 (750). Zur Begründung wird darauf verwiesen, der IGH habe in seinem Urte. v. 4.6.2008 im Verfahren „Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters – Djibouti v. France“ (ICJ-Reports 2008, 177) eine Völkerrechtsverletzung Frankreichs durch Nichtgewährung von Immunität mit dem Argument verneint, Dschibuti habe gegenüber der französischen Strafjustiz keine Immunität seiner Funktionsträger geltend gemacht. Tatsächlich aber hat der IGH in diesem Urteil nur festgestellt, dass Dschibuti keine Völkerrechtsverletzung durch Frankreich vor dem IGH geltend machen könne, weil es der französischen Justiz nicht möglich gewesen sei, die Immunität von Angehörigen Dschibutis zu beachten, da ihr mangels Mitteilung durch Dschibuti verborgen bleiben musste, dass die betreffenden Personen im Dienste Dschibutis hoheitlich agiert haben könnten (a.a.O., paras. 195 f.). Siehe insofern auch *Buzzini*, LJIL 22 (2009), 455 (470 ff.).

drückliche Erklärung erfordert. Dieser Verzichtregelung bedürfte es nicht, wenn Immunitäten nur auf explizite Geltendmachung hin zu gewähren wären. Abschließend ist auch der Feststellung des BGH beizutreten, dass die Immunität des Beschuldigten sämtlichen Ermittlungsmaßnahmen und strafprozessualen Untersuchungshandlungen entgegensteht. Zwar wird in der Völkerrechtswissenschaft zum Teil angenommen, völkerrechtliche Immunitäten stünden im Ermittlungsstadium nur unmittelbar gegen eine immunitätsberechtigte Person gerichteten strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, nicht aber Ermittlungsmaßnahmen entgegen, die das Agitationsvermögen der betreffenden Person nicht unmittelbar betreffen.<sup>42</sup> Dem kann aber nicht gefolgt werden, weil alle Ermittlungsmaßnahmen letztlich den Schutzzwecken der völkerrechtlichen Immunitäten, fremdstaatliche Souveränität zu achten und ein in jeder Hinsicht ungehindertes Agieren der bevorrechtigten Personen sicherzustellen, zuwiderliegen.<sup>43</sup> Mithin ist auch sämtlichen Ausführungen des BGH zu den strafprozessualen Konsequenzen der konsularischen Immunität des Beschuldigten zuzustimmen.

---

<sup>42</sup> *Kolodkin*, ILC-Sonderberichterstatter, Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, UN-Dokument A/CN.4/631 (2010), paras. 38 ff.; *ders.*, Third report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, UN-Dokument A/CN.4/646 (2011), para. 11.

<sup>43</sup> Im Ergebnis wie hier BGHSt 33, 97 (98); *Böttcher* (Fn. 18), § 18 GVG Rn. 6, § 19 GVG Rn. 8; *Frister* (Fn. 18), Vor §§ 18-21 GVG Rn. 38; *Wagner/Raasch/Pröpstl* (Fn. 18), S. 277 ff.

## Buchrezension

**Gerhard Dannecker/Thomas C. Knierim/Andrea Hagemeier**, Insolvenzstrafrecht, Verlagsgruppe C. F. Müller, Heidelberg, 2012, 568 S., € 69,95

Das in der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ erschienene Handbuch „Insolvenzstrafrecht“ hat seit seinem Erscheinen ohne Zweifel eine Lücke im Bereich der Praktikerliteratur gefüllt. Zur zwischenzeitlich erschienenen 2. Auflage kann gesagt werden: Diese Publikation hat Referenzcharakter. Der *Autorin* und den *Autoren* ist es gelungen, einen anwenderorientierten Leitfaden zu erstellen, mit dessen Hilfe der Nutzer in die Lage versetzt wird, sich den aktuellen Stand von Rechtsprechung und Fachliteratur im Bereich des Insolvenzstrafrechts zu erschließen. Der Leitfaden eignet sich sowohl als Einführungswerk als auch als Nachschlagewerk. Er beantwortet nicht nur strafrechtliche Fragestellungen, sondern gibt auch nützliche Hinweise auf das Insolvenzverfahren und wichtige materiell-rechtliche Aspekte im Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Von Nutzen ist der Leitfaden nicht nur für den Strafverteidiger, sondern auch für Staatsanwälte, Richter, Insolvenzverwalter und rechtliche oder steuerliche Berater von Unternehmen in krisengeneigten Situationen.

Diktion und Inhalt der Publikation lassen stellenweise vermuten, dass das Manuskript in seinem Ursprung nicht an Strafverteidiger adressiert werden sollte. Das bedeutet jedoch keine qualitative Einschränkung. Die Entscheidung von *Autoren* und Herausgebern, die Hinweise auf Informationsquellen für die staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit in der Publikation zu belassen, ist auch für den Strafverteidiger von Nutzen.

Zum Inhalt:

Unter der Überschrift „Grundlagen“ sind insbesondere die Ausführungen zum Krisenbegriff, zum Insolvenzverfahren und zum strafrechtlichen Ermittlungsverfahren hervorzuheben.

Fragestellungen zur Überschuldung und zur Zahlungsunfähigkeit sind in voneinander verschiedenen Kapiteln zunächst unter insolvenzrechtlichem Gesichtspunkt und sodann unter strafrechtlichem Gesichtspunkt dargestellt. Dem Leser wird dadurch gezielt der aktuelle Stand der insolvenzrechtlichen und strafrechtlichen Fundstellen aus Literatur und Rechtsprechung erschlossen. Das ist insbesondere ein Gewinn gegenüber der klassischen Darstellung in der Kommentarliteratur, die sich in der Regel auf das jeweils spezifische Fachgebiete beschränkt. Das kann im konkreten Anwendungsfall von großem argumentativen Nutzen sein.

Die Darstellung des Insolvenzverfahrens ist kursorisch, aber sehr praxisgerecht. Insbesondere der Strafverteidiger wird für den Blick über das Rechtsgebiet des Strafrechts hinaus dankbar sein. Er wird übersichtlich und schnell über den Verlauf des Insolvenzverfahrens, die Stellung des Insolvenzverwalters, die Stellung der Gläubiger und über die Stellung des Schuldners informiert. Insbesondere ermöglicht diese Darstellung eine rasche Information über die Stellung von Finanzämtern und Sozialversicherungen. Die Darstellung des Gemeinschuldnerbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts und der gesetzlichen Regelung über Verwertungsverbot

und Verwendungsverbot von Information, die der Schuldner dem Insolvenzverwalter in Erfüllung insolvenzrechtlicher gesetzlicher Pflichten erteilt hat, wird konsequenter Weise an dieser Stelle dargestellt. Von großem Nutzen sind die Ausführungen zu Eingriffsbefugnissen der Strafverfolgungsbehörden in Ermittlungsverfahren. Hier ist insbesondere die Darstellung zur Beweiserhebung im EDV-Bereich hervorzuheben, die eine schnelle praxisbezogene Information ermöglicht.

Teil 2 der Darstellung ist unter die Überschrift „Verteidigung in der Unternehmenskrise“ gesetzt. Diese Überschrift bestimmt auch das nachfolgende Darstellungsprogramm. Es richtet sich nicht nur an den Strafverteidiger, der die Interessen seines Mandanten im Ermittlungsverfahren zu wahren hat. Vielmehr instruiert die Darstellung auch den anwaltlichen Berater, der in einer krisengeneigten Situation hinzugezogen wird. Von Nutzen ist die Darstellung dabei gleichermaßen für den Verteidiger, wie auch für den Berater. Es wird ein Eindruck vermittelt, wie der Unternehmer in der krisengeneigten Situation sachgerecht zu beraten ist oder – das kann für die Verteidigung von Interesse sein – wie er sachgerecht hätte beraten werden müssen. Das Spannungsfeld zwischen der Pflicht zum Krisenmanagement, der Sanierungspflicht, dem gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbot und der Insolvenzantragspflicht stellen die *Autoren* sehr einleuchtend und sehr praxisbezogen dar. Diese Darstellung wendet sich sowohl an den Berater, dessen Dauermandant möglicherweise bis dahin unbekanntes Fragestellungen aufwirft. Auch das zivilrechtliche Haftungsrisiko sowohl für den Unternehmer als auch für den Unternehmensberater wird berücksichtigt. Die Pflichtenstellung von Unternehmern ausländischer Gesellschaften wird insbesondere unter Einbeziehung europarechtlicher Fragestellungen erörtert.

Zwei umfangreiche Kapitel befassen sich praxisnah mit Problemstellungen zu den Straftatbeständen der Untreue (§ 266 StGB) und des Betruges (§ 263 StGB). Besonders hervorzuheben ist dabei die Darstellung von typischen Fallkonstellationen zu den beiden Straftatbeständen, die in der Praxis regelmäßig aufgeworfen werden. Die *Autoren* besprechen im Zusammenhang mit dem Untreuetatbestand Fragestellungen zur Haushalts- und Amtsuntreue, zur Bildung schwarzer Kassen, zum Cash Pooling im Konzern und zu Zuwendungs- und Korruptionssachverhalten. Angesprochen werden darüber hinaus Fragestellungen zum Vorwurf unterlassener Vermögensmehrung, die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung zum Begriff der Vermögensgefährdung und Fallkonstellationen zur Existenzvernichtung.

Bei der Darstellung zum Straftatbestand des Betruges setzen die *Autoren* sinnvollerweise Schwerpunkte zu den Themen Lieferantenverträge und Unternehmensverkäufe: Was folgt aus vereinbarten besonders langen Zahlungszielen? Welche Krisenindikatoren rechtfertigen den Vorwurf einer konkludenten Täuschung? Welche Aussagen ergeben sich bei Unternehmensverkäufen aus Jahresabschlüssen?

Übersichtlich und gelungen ist die Darstellung zum Strafbarkeitsrisiko im Zusammenhang mit den Beiträgen zu Sozialversicherungen. Sie ermöglicht eine schnelle und gezielte Information über die sozialversicherungsrechtlichen gesetzli-

chen Regelungen, über die zivilrechtliche Schadenersatzhaftung und auch über die Rechtslage der Insolvenzanfechtung von Beiträgen, die an Sozialkassen entrichtet werden. Das Spannungsverhältnis von gesellschaftsrechtlichem Zahlungsverbot und sozialversicherungsrechtlicher Beitragspflicht ist präzise und mit gelungenen weiterführenden Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung dargestellt.

Ein weiterer Teil der Darstellung unter der Überschrift „Verteidigung im Insolvenzstadium“ sind die klassischen Bankrottstraftatbestände, die in §§ 283 ff. StGB geregelt sind. Der Rechtsstand berücksichtigt die Rechtsprechung aus Oktober 2011. Sie berücksichtigt bereits das obiter dictum aus der Entscheidung des 3. Strafsenats vom 10.2.2009 (wistra 2009, 275 ff. = NJW 2009, 2225). Die Entscheidung vom 15.9.2011 (wistra 2012, 25 = NSTZ 2012, 89) konnte in dem Manuskript noch nicht berücksichtigt werden. Dennoch ist die Darstellung auch angesichts dieser Entwicklung der Rechtsprechung auf aktuellem Stand. Die Autoren haben klar erkannt, welche Richtung die Rechtsprechung nehmen würde (Rn. 1023) und zwischenzeitlich genommen hat. Die Auswirkungen dieser Rechtsprechungsänderung sind bereits praxisbezogen dargestellt (Rn. 1024, 656).

Außerordentlich gelungen ist schließlich Teil 4 der Darstellung und der Überschrift „Verteidigung von professionell an Sanierung und Insolvenz Beteiligten“. Angesprochen werden zivilrechtliche und strafrechtliche Haftungsfragen, die Insolvenzverwalter, Sanierungsberater, Sachbearbeiter bei Kreditinstituten und nicht zuletzt anwaltliche Berater und Steuerberater betreffen können. Von großem Interesse – gerade auch für die Strafverteidigung – ist dabei die Darstellung zu Qualitätsstandards bei der Sanierungsberatung. Dieser Gesichtspunkt wird auch den Strafverteidiger immer wieder interessieren müssen. Selbst die Fragestellung der Haftung über die Äußerungen von Kreditinstituten zur Kreditwürdigkeit von Unternehmen (Fall „Deutsche Bank/Breuer“) wird berücksichtigt. Die Autoren beschränken sich dabei auf kursorische Hinweise, die allerdings mit weiterführenden Hinweisen aus der Rechtsprechung und Literatur verbunden sind.

Dem Rezensenten kann es nur Freude bereiten, diese Publikation zu empfehlen. Es gibt kaum eine Fragestellung, die der Leitfaden nicht anspricht. Dazu gehören Bewertungsfragen bei der Erstellung eines Überschuldungsstatus oder des Liquiditätsstatus. Das würde allerdings den Rahmen des Leitfadens auch vollkommen sprengen. Wer neben dem besprochenen Werk die Publikation von Nickert/Lamberti: „Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung im Insolvenzrecht“ und die klassische Kommentarliteratur zu Strafrecht und Strafprozessrecht heranzieht, wird damit insolvenzstrafrechtliche Aufgabenstellungen qualifiziert betreuen und beraten können. Dem Werk sind zahlreiche Folgeauflagen zu wünschen. Gerade Leser dieser Onlinezeitschrift werden es begrüßen: seit kurzem ist das Werk auch in das Onlinemodul Wirtschaftsstrafrecht C.F. Müller bei der Datenbank Beck-Online eingestellt.

*Rechtsanwalt Karl Degenhard, München*

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

**Sascha Straube**, Zum gemeinsamen Ursprung von Recht, Gerechtigkeit und Strafe in der Philosophie Friedrich Nietzsches, Duncker & Humblot, Berlin 2012, 186 S., € 62,-

Die vorliegende Promotion unternimmt es, die gemeinsame Wurzel von Recht, Gerechtigkeit und Strafe in der Philosophie *Friedrich Nietzsches* herauszuarbeiten. Sie geht dabei einen für unsere Zeit untypischen Weg, indem sie sich ganz überwiegend auf die Primärliteratur konzentriert und die Auseinandersetzung mit der Rezeptionsgeschichte weitgehend vermeidet.

Das Ergebnis ist eine knappe Darstellung, in der nach einer kurzen Einleitung zunächst die Ursprungssituation für die Entstehung von Recht in der Philosophie *Nietzsches* untersucht wird. Im Ergebnis der Darstellung wurzelt das Recht aus der Idee des Vertrages. Neben der Machtfrage und der mit ihr einhergehenden Standardlösung des Konflikts eröffnet die Option von Verhandlung und Vergleich den Weg einer Verständigung bei abschätzbarem Risiko.

Im zweiten Teil der Arbeit geht es um die Ursprungssituation für die Entstehung von Gerechtigkeit. Auch, was die Gerechtigkeit betrifft, steht die angenommene Gleichwertigkeit der sich gegenüberstehenden Parteien und die Notwendigkeit eines Ausgleichs im Vordergrund des Begründungszusammenhanges. Die Gerechtigkeit wird als die Herstellung einer Machtbalance verstanden.

In einem dritten Teil behandelt der *Verf.* die Aussagen *Nietzsches* zu Strafe und Strafrecht.

Die Schwierigkeit bei der Entschlüsselung der Rechtsphilosophie *Nietzsches* und bei der Darstellung unseres *Autors* liegt im zweiten Teil der Abhandlung, wo es darum geht, die überragende Bedeutung der Gerechtigkeit in der Philosophie *Nietzsches* in ein Verhältnis zu seiner Kritik des Wahrheitsbegriffes zu setzen.

*Heidegger* hat in seiner Darstellung der Philosophie *Nietzsches*<sup>1</sup> anhand der Aufzeichnung „Die Wege der Freiheit“ *Nietzsches*<sup>2</sup> herausgearbeitet, wie sehr die Gerechtigkeit *Nietzsche* als „höchster Repräsentant des Lebens selber“ gilt, und zwar als „Denkweise“. An diesem Begriff der Denkweise ist anzuknüpfen, weil unter dem Denken in dem von *Nietzsche* hier gemeinten Sinn jenes Denken gemeint ist, in dem der Horizont aufgespannt wird, dessen, wie es *Heidegger* formuliert, „Bestand eine Bedingung der Lebendigkeit des Lebenden abgibt“. Sie ist schöpferisch, indem sie Freisein betätigt und so im Entwurf einer mehrdimensionalen Perspektive die Einsamkeit des in sich Abgeschlossen-Seins überwindet.<sup>3</sup>

Aus dieser Deutung *Heideggers* heraus ist es durchaus angemessen, mit ihm die Zuspitzung zu wagen, dass bei *Nietzsche* der Satz „Das Wesen des menschlichen Lebens ist Ge-

rechtigkeit“ metaphysischen Charakter habe.<sup>4</sup> Hier hätte nun *Straube* anknüpfen können, um diese Überlegung mit der grundlegenden Kritik *Nietzsches* am Wahrheitsbegriff zu kontrastieren. Grund dafür gibt es in einer letzten Endes strafrechtsphilosophischen Arbeit genug, genannt sei hier nur die Problematik des Wahrheitsbegriffs als eines Ideals des Strafprozessrechts.<sup>5</sup>

Der hier eröffneten Möglichkeit weicht die Arbeit aus. Mit einer kurzen Handbewegung werden (S. 90) die Überlegungen *Heideggers* weggewischt. Stattdessen bleibt es bei einer Kompilation von Textpassagen mit dem gelegentlichen Versuch, diese verbindend zu erklären.

Dem Ergebnis der Arbeit, welche die Rechtsphilosophie *Nietzsches* im Wesentlichen aus der Grundkonstellation des Zweipersonenkonfliktes und einer gegenseitigen Machtabschätzung herleitet, die zu einem Sich-Vertragen führt (S. 183), muss nicht widersprochen werden. Man hätte sich aber eine vertiefte Auseinandersetzung mit der zur Rechtsphilosophie *Nietzsches* existierenden Literatur gewünscht. Auf ihrer Grundlage hätte der *Verf.* die Möglichkeit gehabt, seine Überlegungen auch im Hinblick auf die heutige Diskussion um eine Begründung des Strafrechts fruchtbar zu machen.

Prof. Dr. Michael Ling, Mainz

<sup>1</sup> *Heidegger*, Nietzsche, Bd. 1, 1. Aufl. 1961.

<sup>2</sup> *F.W. Nietzsche*, Fragmente 1884-1885, 2012, Band 5, 25 [484], S. 124: „Gerechtigkeit als bauende ausscheidende vernichtende Denkweise, aus den Wertherschätzungen heraus höchster Repräsentant des Lebens selber.“

<sup>3</sup> *Heidegger* (Fn. 1), S. 638 f.

<sup>4</sup> *Heidegger* (Fn. 1), S. 642.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu die sehr sorgfältige Darstellung bei *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 393 ff.

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

**Alexander Ruske**, Ohne Schuld und Sühne, Versuch einer Synthese der Lehren der *défense sociale* und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung, Duncker & Humblot, Berlin 2011, 366 S., € 78,-

Schon in der Einleitung macht *Ruske* deutlich, worum es ihm nicht geht. Es geht ihm nicht um die Lösung des „Ewigkeitsproblems“<sup>1</sup> des freien Willens (S. 8). Es geht ihm auch nicht darum, die Aussagen der Neurowissenschaftler zu verifizieren oder zu falsifizieren, ob das Prinzip der persönlichen Verantwortung und Schuld und deren Begründung durch eine freie Willensentscheidung als wissenschaftlich nicht gerechtfertigt abgelehnt werden muss (S. 10). Vielmehr wird einer eingeschränkten – aber dreifachen – Fragestellung nachgegangen. Erstens wird danach gefragt, ob es vorhandene Konzepte gibt, die den Ausführungen der Hirnforscher entsprechen. Hier wird insbesondere auf die kriminalpolitische Lehre der „*défense sociale*“ oder „Sozialverteidigung“ eingegangen (S. 13 ff.). Die zweite Fragestellung lenkt den Blick darauf, ob es bestehende Konzepte der deutschen Hirnforscher gibt. Neben einer Referierung des Erkenntnisstands werden die kriminalpolitischen Vorschläge der Neurowissenschaftler kritisch beleuchtet (S. 162 ff.). Im dritten Teil wird der „Versuch“ „einer Synthese“ aus den Lehren der Sozialverteidigung und den kriminalpolitischen Ansätzen der deutschen Hirnforschung unternommen (S. 241 ff.) – durch diese vorsichtige Formulierung ahnt der Leser bereits, dass dies nicht so richtig zu funktionieren scheint.

Bevor man sich aber an die weitere Lektüre dieser von den Fragestellungen her interessanten Dissertation von *Ruske* macht, stolpert der Leser bereits in der Einleitung über eine – leider nicht weiter vertiefte – Fragestellung, deren Verneinung die ganze weitere Arbeit scheinbar obsolet gemacht hätte. Es ist die Frage, ob es nach dem Strafgesetzbuch überhaupt erforderlich ist, dass der Angeklagte einen freien Willen hat. Zutreffend weist nämlich *Ruske* darauf hin, dass jedenfalls nach dem Wortlaut des § 20 StGB keine Willensfreiheit erforderlich ist (S. 10).<sup>2</sup> Auch wenn es *Ruske* nicht um die Lösung des Ewigkeitsproblems der Willensfreiheit geht, so bedarf es doch in letzter Konsequenz keiner willensfreiheitskompatiblen Lösung, wenn Willensfreiheit oder -freiheit keine Rolle für die Bejahung oder Verneinung der §§ 20, 21 StGB spielen. Doch letztlich geht es *Ruske* gar nicht um die Schuldfähigkeit, auch wenn er missverständlich § 20 StGB bemüht, sondern um die theoretische Begründung des Schuldvorwurfs. Es geht ihm nicht um die dogmatische Ebene, sondern um die strafrechtswissenschaftlich-philosophische Ebene, ob man einem Willensunfreien einen Schuldvorwurf machen kann. Dazu müsste man wiederum definieren, was man unter Willensunfreiheit oder -freiheit genau

versteht – oft klären sich die scheinbaren Gegensätze in der Debatte allein durch eine genaue Definition. Da diese Definition ausbleibt, muss man sich als Leser gedulden, ob und wie *Ruske* sich hier positioniert.

*Ruske* beginnt vielmehr mit den Lehren der Sozialverteidigung. Diese bezweckten einen Schutz der Gesellschaft durch die Gesellschaft in gesellschaftlicher und fürsorgender Weise (S. 13). Da es eine Vielzahl unterschiedlicher inhaltlicher Ausgestaltungen der Lehre der Sozialverteidigung gibt, konzentriert sich *Ruske* auf zwei Hauptausprägungen (S. 14, 99 ff.). Zunächst aber zeichnet er die geistesgeschichtlichen Wurzeln der Lehren der Sozialverteidigung von der Antike über die italienische *scuola positiva* bis hin zu den Standpunkten der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung nach (S. 15 ff.). Bis nach dem zweiten Weltkrieg entwickelte sich die Lehre allerdings kaum noch weiter, vielmehr kam es zu einer neuen, zweiten Entwicklungsstufe der Sozialverteidigung, nach der die theoretischen Erwägungen den praktischen Umsetzungen wichen (S. 64). Daher beschäftigt sich *Ruske* im Folgenden mit der Arbeit der *Société internationale de défense sociale* (SiDS) seit ihrer Gründung 1949 (S. 65 ff.), referiert das Mindestprogramm (S. 74 ff.) und setzt sich ausführlich mit dem Kriterium der Menschenwürde und den Menschenrechten auseinander (S. 78 ff.). Er sieht Parallelen in der christlichen Tradition, die auf die natürliche Gegebenheit der Menschenwürde jeder Person, auch der des Straftäters, abstellt und den Lehren der Sozialverteidigung, die dies bejahen. Christliche Lehre und die Lehren der Sozialverteidigung divergieren aber in ihrer Einstellung zur Strafe. Während die christliche Tradition Schuld und Sühne als Leitprinzipien der Bestrafung ansieht, ist es für die Sozialverteidiger der Präventionsgedanke (S. 86). Mehr Einfluss auf die Lehre der Sozialverteidigung hatte die Philosophie des Humanismus (S. 87 ff.). Die SiDS sieht die Achtung der Persönlichkeitswerte des Menschen nicht nur als notwendige Beschränkung der Maßnahmen zum Schutz der Gesellschaft, sondern nimmt sie zum Anlass, vom Straftäter ein Empfinden für die eigene Verantwortung zu verlangen (S. 89). Ob es nicht zu idealistisch ist, eine „Empfindung für die eigene Verantwortung“ eines Straftäters zu verlangen, wird an dieser Stelle nicht weiter behandelt. Es scheint mir zweifelhaft, ein Empfinden für die eigene Verantwortung auf der rein emotionalen Ebene generell einfordern zu können. Was, wenn der Straftäter eben gerade keine Verantwortung empfindet? *Ruske* stellt auf den nicht zu unterschätzenden präventiven Faktor des Empfindens der moralischen und ethischen Verfehlung ab und hat damit sicher Recht. Die spannende Frage wäre an dieser Stelle, wann und ob dieses Empfinden einsetzen muss und ob es ersetzt werden kann, ohne den Resozialisierungserfolg zu mindern. Damit ist man aber in kriminologische und kriminalpolitische Felder vorgestoßen, um die es – jedenfalls in diesem Kapitel theoretischer Annäherung an das Thema – noch nicht geht.

Nach einer Abhandlung des Menschenwürdebegriffs bei Kant (S. 91 ff.), beschreibt *Ruske* das Verhältnis des Menschenwürdebegriffs zu den Menschenrechten (S. 96 ff.). Er zeichnet die kurze Geschichte der Debatte in der Gesellschaft für Sozialverteidigung nach und endet bei einer internationa-

<sup>1</sup> So gleich im ersten Satz zitiert aus *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 108 a.

<sup>2</sup> Siehe hierzu auch *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, S. 64; *Schiemann*, ZJS 2012, 774.

len Bestimmung, nach der die Menschenrechte aus der natürlichen Würde jedes Menschen hergeleitet werden. Die Menschenwürde ist die Rechtfertigung für die Etablierung des Katalogs der Menschenrechte (S. 99).

Im Anschluss kommt *Ruske* ausführlich zur sog. Genueser Modifikation, benannt nach dem ersten Präsidenten der SiDS und Dozenten an der Universität in Genua, *Filippo Gramatica* (S. 99). Die Sozialverteidigung im Sinne der Genueser Modifikation fordert die Bestimmung der strafrechtlichen Maßnahme nach der Persönlichkeit des Täters (S. 101). *Gramatica* setzte für die Verantwortlichkeitszuschreibung nicht mehr bei der Tat an, sondern bei der individuellen Willensbildung und wollte den Begriff der Verantwortlichkeit durch die neuen zentralen Begriffe der Sozialität bzw. Antisozialität ersetzen (S. 102). Der Ansatz der Genueser Modifikation ging dahin, den Straftäter mit heilenden und erzieherischen Mitteln zu bessern und den Ursachen seiner Antisozialität entgegenzuarbeiten. Es geht nicht mehr um eine vergeltende Bestrafung, sondern um humane, auf die einzelne Persönlichkeit abgestimmte, auch präventive Maßnahmen (S. 103). Konsequenz ist die Entfernung der Begriffe der Schuld, Verantwortlichkeit und Strafe, so dass als „Randproblem“ die Strafrechtslehre auch von dem „metaphysischen Begriff der Willensfreiheit“ befreit wird. Im Maßnahmenvollzug dagegen wird gerade für die Resozialisierung auf die Empfindung der Willensfreiheit gesetzt (S. 106 f.). Der Widerspruch, den man in dieser unterschiedlichen Sichtweise zu erkennen glaubt, beschreibt *Ruske* als konsequent (S. 107). Die Lehre der Sozialverteidigung stellt nämlich nicht auf die Willensfreiheit an sich ab, die nicht feststellbar sei, sondern auf die „Empfindung“ der Willensfreiheit als empirische Tatsache. Eine Positionierung im Rahmen der Willensfreiheitsdebatte ist daher für die Lehre der Sozialverteidigung nicht erforderlich. In rechtlicher Konsequenz erfordert die Lehre der Sozialverteidigung die Gestaltung eines eigenen Maßnahmerechts, das die Anpassung des Individuums an das soziale Leben erreichen will (S. 109). Die rechtsverletzende Handlung löst zum einen eine an Kriterien der Verantwortlichkeit orientierte zivilrechtliche Haftung aus, zum anderen wird beurteilt, ob die Persönlichkeit des Handelnden als antisozial zu bewerten ist und welche staatlichen Reaktionen darauf folgen müssen, um eine Resozialisierung zu erreichen. Die Kritik an dieser Sichtweise folgt durch *Ruske* umgehend und wird auch modernen Hirnforschern vorgeworfen, wenn sie nach einem Maßnahmerecht schreien: Es ist die Gefahr der Expansion des Rechts in jeden privaten und öffentlichen Bereich, des Missbrauchs des Rechts zur Erziehung eines staats- und sozialkonformen Idealmenschen und der Rechtfertigung der Deportation asozialer bzw. unkonformer Subjekte (S. 109). Entgegengetreten werden soll dieser Kritik durch eine Bestimmung der Antisozialität als „rechtliches Merkmal“ und eine rein „wissenschaftliche“ Wertung der Persönlichkeit (S. 109). Wie dies funktionieren soll, bleibt nebulös und wird auch von *Ruske* nicht weiter aufgeklärt. Wenn die Tat lediglich Symptom der Antisozialität und auf die subjektive Seite zu blicken ist (S. 110), stellt sich die Frage, wie diese subjektive Seite besser und umfassender feststellbar sein soll, als dies im heutigen Strafrecht der Fall

ist. Hier ist man auf Indizien angewiesen. Widerlegt der schlaue Täter durch geschickte Argumentation seine antisoziale Einstellung – auch wenn er sie de facto hat, aber dies nicht nachweisbar ist – sind dann keine „Erziehungsmaßnahmen“ erforderlich? Und was ist mit Fahrlässigkeitsdelikten? Bei unbewusster Fahrlässigkeit wird eine antisoziale Einstellung niemals zu unterstellen sein. Natürlich kann man zu recht darüber streiten, ob in unbewusster Fahrlässigkeit verübte Delikte zwangsläufig in das Strafrecht gehören. Deutlich machen sollen diese Fragen nur, dass die Probleme dogmatischer und tatsächlicher Art nicht unbedingt kleiner werden, nur weil man auf die Antisozialität des Handelnden abstellt.

*Ruske* kommt sodann zu der Feststellung, dass auch die Differenzierung zwischen zurechnungsfähigen und zurechnungsunfähigen Personen in der Lehre der Sozialverteidigung rein medizinisch geprägt ist (S. 111). Wie diese medizinische Prägung im Einzelnen aussieht, wird leider nicht erwähnt. Es folgt lediglich ein Hinweis, dass Altersgrenzen oder Rechtsfiguren wie die *actio libera in causa* keine Rolle mehr spielen (S. 111). Hier bleiben viele Fragen offen, zumal auch die deutschen Schuldfähigkeitsparagrafen medizinische Aussagen über den Geisteszustand einer Person verlangen, auch wenn letztlich eine Zuschreibung durch den Richter erfolgt bzw. jedenfalls erfolgen soll.

Ausführlich geht *Ruske* im Folgenden auf den Begriff der Antisozialität ein (S. 112 ff.). In Bezug auf das Handeln und Unterlassen fordert der Begriff der Antisozialität, dass Umstände und Ausführungen bewusst waren und die Handlung oder das Unterlassen willentlich erfolgen (S. 116). Unter willentlich versteht *Gramatica* die Freiwilligkeit, wobei dies nur als Freiheit von Zwängen gemeint ist. Außerdem muss der Handelnde wissen, dass seine Handlung nicht erlaubt ist. Die Gefährlichkeit eines Täters soll dagegen keine Rolle spielen, auch wenn der Begriff der Antisozialität einen gewissen Prognosecharakter erhält (S. 117). Der Befürchtung einer Expansion des Rechts wird durch eine strenge Bindung der Maßnahmen an konkrete Rechtsnormen entgegengetreten (S. 117). *Gramatica* nimmt schließlich eine Klassifikation der Symptome der Antisozialität vor und führt aus, dass die Grade der jeweiligen Symptome an die Wertungen der Rechtsverletzungen des Strafrechts angepasst sind (S. 118).

Bei der Auseinandersetzung der Maßnahmen der Sozialverteidigung (S. 119 ff.) schließt sich der Kreis zu den Überlegungen *Ruskes* hinsichtlich der Menschenwürde und den Menschenrechten. Denn die Würde des Menschen gebietet es, Maßnahmen sorgfältig auszusuchen, einen gesetzlichen Maßnahmenkatalog zu formulieren und möglichst konkrete Zuordnungen zu beschreiben (S. 121). Dies tut *Gramatica*, indem er aussondernde, erzieherische oder heilende und vorbeugende Maßnahmen sowie Sondermaßregeln für minderjährige und jugendliche Verbrecher formuliert (S. 121 f.).

Um die Maßnahmen festzusetzen und zu vollziehen, fordert das System der Sozialverteidiger vom Richter vermehrt die Wahrnehmung psychologischer, soziologischer und medizinischer Aufgabenfelder. An die Seite des Richters soll unterstützend ein naturwissenschaftlicher Spezialist treten. (S. 126). Aufgeteilt ist das Verfahren in drei Abschnitte, näm-

lich die Beobachtung des Täters, das Urteil über die Antisozialität und den Vollzug der Maßnahme, wobei der Richter in jedem Verfahrensabschnitt entscheidend beteiligt ist. Umstritten war allerdings in welchem Umfang und wann eine Beobachtung des Täters mit einer entsprechenden Persönlichkeitsanalyse vorgenommen werden sollte (S. 128 f.).

Um sich von den radikaleren Ansätzen *Gramaticas* zu distanzieren, prägte *Marc Ancel* den Begriff der Neuen Sozialverteidigung (S. 133). Auch hier schildert *Ruske* zunächst die philosophischen Grundlagen (S. 133 ff.), um dann auf die Strafrechtstheorie der Neuen Sozialverteidigung einzugehen (S. 136 ff.). Schon die Tatsache, dass diese eine Strafrechtstheorie entwickelte, zeigt den Unterschied zur Genueser Modifikation, die eine strafrechtliche Reaktion auf kriminelles Verhalten ablehnte und ein reines Maßnahmerecht anstrebte. Die Neue Sozialverteidigung war bestrebt, eine Integration von Strafen und Maßnahmen in einem einheitlichen Sanktionensystem zu erreichen (S. 138). Maßnahmen greifen aber nicht (nur) bei Zweifeln an der Zurechnungsfähigkeit des Täters ein, sondern immer dann, wenn sie der Bestrafung im Sinne der Resozialisierung des Täters überlegen erscheinen (S. 139). Hier stellt sich natürlich die Frage, ob Maßnahmen nicht stets einer reinen Bestrafung überlegen sind und sich so die Differenzierung von selbst wieder aufhebt.

Jedenfalls erkennt die Lehre der Neuen Sozialverteidigung den Zwangscharakter jedes staatlichen Eingriffs – auch den der Maßnahme – an und legt eine Reihe von Garantien zum Schutz der Individualrechte zugrunde (S. 141). Dadurch werden auch einige absolute Grenzen für das Resozialisierungsbestreben der Strafrechtsordnung aufgezeigt, wie z.B. das Verbot strafrechtlicher Willkür (S. 142). Anliegen der Neuen Sozialverteidigung ist die Ersetzung gewisser juristischer Abstraktionen, Konstruktionen oder Fiktionen durch die differenzierte Betrachtung der menschlichen Realität (S. 143). Wie das Ablassen von juristischen Formulierungen und das Vordringen zur sozialen Wirklichkeit (so S. 143) bewerkstelligt werden soll, bleibt aber unklar.

*Ruske* zeigt sodann das Strafrechtssystem der Neuen Sozialverteidigung auf (S. 144 ff.). Auch *Ancel* befürwortet prädeliktische Maßnahmen bei „sozialgefährlichen“ Zuständen und setzt sich somit der Kritik aus, gegen Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und eigene Garantien zu verstoßen (S. 144 f.). *Ruske* reflektiert hier sehr kritisch, wie solche Maßnahmen im Hinblick auf Menschenwürde und Menschenrechte überhaupt denkbar sind (S. 145 f.).

Weiter wird referiert, dass die Neue Sozialverteidigung ebenso wie die Genueser Modifikation davon ausgeht, die Persönlichkeit des Täters in ihrer Ganzheit betrachten zu müssen. Allerdings liegt der Fokus abweichend von der Lehre *Gramaticas* nicht beim subjektiven Empfinden des Täters, sondern bei der begangenen Tat (S. 146 f.). Die Verantwortlichkeit wiederum wird in der individuellen Erfahrung der Willensfreiheit gesehen, nur dieses Gefühl könne beim Täter eine Identifizierung mit den eigenen Handlungen hervorrufen (S. 147). Der individuelle Täter erfährt aber nicht nur seine eigene Verantwortlichkeit, sondern unterstellt diese auch bei anderen Menschen und leitet dadurch das Recht ab, diese für ihr Handeln ihrerseits verantwortlich zu machen. Hieraus

erwächst der Gemeinschaft das Recht, den Einzelnen für seine Handlungen zu bestrafen (S. 147). Verantwortungsgefühl und Gefährlichkeit des Täters als Bestandteil seiner Persönlichkeit sind nicht trennbar, sondern müssen beide vom Strafrichter bewertet werden. Dies gelingt nur durch die Unterstützung durch psychologisches Fachpersonal – wie diese Unterstützung aussieht und wie sich der Spruchkörper zusammensetzt, wird allerdings von der Neuen Sozialverteidigung offen gelassen (S. 147). Neben der allgemeinen Verantwortlichkeit soll auch die „natürliche Einsichts- beziehungsweise Willensfähigkeit begutachtet werden“ (S. 148). Wie diese Willensfähigkeit von der Neuen Sozialverteidigung näher konkretisiert wird, führt *Ruske* ebenso wenig aus, wie er kritisch hinterfragt, was diese in Abgrenzung zur oben ausgeführten „Empfindung der Willensfreiheit“ bedeutet bzw. wie sie sich anders als im heutigen Strafrecht bestimmt. Dies wäre aber erforderlich gewesen, um überhaupt überzeugend darzulegen, inwieweit die Neue Sozialverteidigung hilfreich ist für den von der deutschen Hirnforschung geforderten neuen Umgang mit der Schuld. Hier zeigt sich wieder, dass die schon eingangs versäumte Definition des Begriffs der Willensfreiheit zu Unschärfen und Missverständnissen führt.

Es folgt ein Überblick über das Verfahren der Neuen Sozialverteidigung (S. 148 ff.). Im Gegensatz zum Genueser Modell hält die Neue Sozialverteidigung am Strafverfahren fest und ist für ein sich aus der Tat ergebendes Strafmaß (S. 149). Zu Recht kritisch reflektiert *Ruske* die Forderung, bei einigen Fallgruppen durch eine nach oben unbestimmte Verurteilung die Resozialisierungsaussichten zu verbessern (S. 149 f.). Festgehalten wird in der Neuen Sozialverteidigung wie auch in den Genueser Modifikation an einer umfassenden Persönlichkeitsuntersuchung des Täters (S. 150 f.). Das Verfahren soll nach der Neuen Sozialverteidigung in zwei Abschnitte geteilt werden. Der erste ähnelt dem Strafprozess des modernen Schuldstrafrechts (S. 151), so dass wiederum an dieser Stelle die Frage offen bleibt, wieso es dann überhaupt der Neuen Sozialverteidigung bedarf, um die deutschen Hirnforscher zufrieden zu stellen. Der zweite Verfahrensabschnitt befasst sich dann unter Ausschluss der Öffentlichkeit mit der Persönlichkeit des Täters und den entsprechenden Maßnahmen oder Strafen (S. 152) – hier ist sicherlich schon eher eine Annäherung an die Forderung deutscher Hirnforscher gegeben.

Es folgt eine Beschreibung der von der Neuen Sozialverteidigung geforderten einzelnen Maßnahmen und Strafen (S. 152 ff.). Auch wenn diese weitgehend der kriminologischen Forschung überlassen bleiben sollten, positionierte sich *Ancel*, um sich nicht dem Vorwurf der mangelnden Praxis-tauglichkeit auszusetzen. Primär sollten vor allem Maßnahmen und Strafen angewandt werden, die keinen vollständigen Freiheitsentzug notwendig machen. Neben der Behandlung in Freiheit oder der Freiheitsüberwachung wurden verschiedene Bewährungsaufgaben angedacht, letztere sollten aber nicht dahingehend missverstanden werden, einen bedingten Aufschub oder Verzicht wie im deutschen Schuldstrafrecht zu bewirken (S. 153). Auch sollte der Entzug von Geldmitteln, Annehmlichkeiten und Rechten sowie der Ausspruch bestimm-

ter Tätigkeits- bzw. Aufenthaltsverbote und die Wiedergutmachung als Strafe bzw. Maßnahme festgelegt werden (S. 153 f.). Daneben räumt aber auch die Neue Sozialverteidigung die Notwendigkeit freiheitsentziehender Strafen ein (S. 154), sie sieht sich aber gefordert, fortwährend die Notwendigkeit des Freiheitsentzugs zu prüfen, um ihn jederzeit abbrechen zu können (S. 155). Gleichzeitig müsse dem Täter jede erdenkliche medizinische, psychologische oder pädagogische Unterstützung bereitgestellt werden (S. 157).

Resümierend hält *Ruske* fest, dass trotz der Unterschiede zwischen der Genueser Modifikation und der Neuen Sozialverteidigung beiden Lehren der Wille zugrunde liegt, das Strafrecht von dem Begriff der übermenschlichen, vergeltenden Schuld zu befreien und die Persönlichkeit des Täters in den Mittelpunkt der Betrachtung zu stellen (S. 158).

*Ruske* kommt dann zu seinem zweiten Teil der Dissertation, den kriminalpolitischen Vorschlägen der modernen deutschen Hirnforschung (S. 162 ff.). Zuvor macht er einen ausführlichen Streifzug durch die neurowissenschaftlichen Erkenntnisse. Er beschreibt kurz die Experimente, die eine verzögerte bewusste Verarbeitung von Reizen und die zuvor ablaufenden bewusstseinseinleitenden, unterbewussten Vorgänge belegen (S. 171 f.). Obwohl nur relativ wenige Vorgänge überhaupt bewusst und wenn dann verzögert verarbeitet werden, nimmt der Mensch das Bewusstsein als einen zusammenhängenden, kontinuierlichen Strom wahr, der mit der Außenwelt konform läuft – eine Verzögerung wird nicht realisiert (S. 172). Dennoch, so *Ruske*, haben bewusste Prozesse, selbst wenn sie determiniert sein sollten, entscheidenden Einfluss auf die Arbeitsvorgänge des Gehirns und „damit letztlich auch auf die Handlungen der Person“ (S. 174). Diese Feststellung *Ruskes* wird leider nicht belegt, obwohl sie angeblich die „meisten Hirnforscher“ teilen. Wäre dies tatsächlich so, so wäre die ganze Aufregung, die die Experimente zur unbewussten Entscheidungsfindung hervorgerufen haben, unverständlich.

*Ruske* kommt nun zum „Ich“-Phänomen, d.h. zur Selbsterfahrung des Menschen, zum Eindruck, selbst Verursacher und Kontrolleur der eigenen Entscheidungen und Handlungen zu sein (S. 174 ff.). Danach beschreibt er den Einfluss von Emotionen und Gefühlen auf Handlungen und zitiert *Damasio*, *Roth* und *Pauen*, um deutlich zu machen, dass das limbische System und damit emotionale Faktoren für das Entstehen von Wünschen und Entscheidungen verantwortlich sind (S. 177).

Im Anschluss stellt *Ruske* die unterschiedlichen Ansätze der Neurowissenschaftler zum Handlungsbegriff dar, bzgl. der Willensentscheidung werden neurophilosophische und neurowissenschaftliche Ansichten debattiert (S. 178 ff.). Nach *Prinz* lenkt der Wille die Handlung nicht kausal, plastisch beschreibt er dies durch den oft zitierten Satz, dass wir nicht tun, was wir wollen, sondern wollen, was wir tun (S. 179). Dieses Konzept kritisiert *Ruske* und greift den Ansatz *Goschkes* auf, der den aktuellen Erkenntnissen der Hirnforschung keine rein unterbewusste Handlungssteuerung entnehmen kann. Vielmehr seien bewusste Prozesse die modulierenden Randbedingungen, die bestimmte Reaktionsdispositionen in erhöhte Bereitschaft versetzen und zielkonforme sensorische

Repräsentationen verstärken, um damit das motorische System in bestimmter Weise zu konfigurieren (S. 181). Das Handlungssteuerungskonzept von *Roth* geht davon aus, dass unterbewusste Prozesse nicht nur die Bewusstwerdung von äußeren Reizen oder inneren Intentionen bestimmen, sondern auch unmittelbar auf die Entstehung eines Handlungswillens, die folgende Ausführungsplanung und die Auslösung der Bewegung einwirken (S. 182).

*Ruske* erklärt daraufhin, warum er eine Definition des Willensfreiheitsbegriffs anfangs bewusst offen gelassen hat (S. 187), ohne dies jetzt nachzuholen. Vielmehr umreißt er kurz die grundsätzlichen Positionen innerhalb der Willensfreiheitsdebatte, dies aber recht grobschlüchtig und ohne weitere Differenzierungen.<sup>3</sup> Dies ist allerdings angesichts seiner eingangs eingeschränkten Fragestellung durchaus konsequent und vertretbar.

*Ruske* widmet sich dann dem Freiheitsempfinden, d.h. der Tatsache, dass der Mensch seine Handlungen als frei empfindet (S. 190). Auch wenn die Ausführungen zur Entstehung des autonomen Ichs, seiner kulturellen Bedeutung und der Theorie der sozialen Konstruktion des Freiheitsempfindens interessant sind, so führen sie doch in der Sache nicht weiter. Wichtiger sind dann die Anmerkungen zu den neuronalen Grundlagen der Willensentscheidung (S. 192 ff.). *Singer* beschreibt die Auswahlentscheidung im Gehirn so, dass Erregungsmuster der verknüpften Areale im Gehirn miteinander verglichen und auf Kompatibilität geprüft werden. Aus einem Wechselspiel des Verstärkens und Verdrängens kristallisiert sich letztlich das Erregungsmuster heraus, das den verschiedenen Attraktoren am besten entspricht. Es finde gerade keine zentralistisch organisierte Auswahl statt (S. 193). Die Entscheidung entspricht dabei nur den im physikalischen Sinne strukturbedingten Möglichkeiten. Bewusste Intentionen sind innere Randbedingungen, die über längere Zeit die Reaktionsselektion modulieren (S. 195). Insoweit, so *Ruske*, „scheint“ die Empfindung der Selbstverursachung von Handlungen oder Entscheidungen nicht mit den zugrunde liegenden physikalischen Vorgängen vereinbar zu sein (S. 195).

Interessant ist in der Folge der Streifzug durch wissenschaftliche Arbeiten zum Thema Selbstzuschreibung, in dem nicht nur bekannte Arbeiten von *Delgado* und *Wegner* genannt werden, sondern auch *Delgado* bestätigende Experimente von *Penfield/Rasmussen* und *Brasil-Neto* u.a. (S. 195 ff.). Es folgt unter Verweis auf die Arbeit von *Prinz* die Feststellung, dass die Empfindung der Freiheit eine entscheidende soziale Funktion habe, da sie durch die Institutionen des Rechts und der Moral eine Handlungsregulierung bewirke. Ohne das Freiheitsempfinden könne es keine Verantwortlichkeit geben (S. 200).

In einer Dreiteilung geht *Ruske* sodann auf die kriminalpolitischen Vorschläge der deutschen Neurowissenschaftler ein (S. 205 ff.). Den Stellungnahmen der Neurowissenschaftler zum Schuldprinzip folgen Reaktionen der Strafrechtswissenschaft auf diese Äußerungen sowie abschließend aktuelle kriminalpolitische Konzepte der Hirnforscher. Die Stellung-

<sup>3</sup> Vgl. hierzu *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008, S. 19 ff.

nahmen der Neurowissenschaftler zum Schuldprinzip sind bekannt. Die Begründung der Schuld durch eine freie Willensentscheidung des Menschen wird als wissenschaftlich nicht gerechtfertigt abgelehnt ebenso wie die rein agnostischen Lehren, die ohne Entscheidung der Willensfreiheit diese normativ unterstellen. Abgelehnt wird auch der „soziale Schuldbegriff“ von *Burkhardt*, der allein das Freiheitsbewusstsein des Einzelnen zur Grundlage des Schuldurteils macht (S. 207). Trotz dieser – nach Ansicht der Hirnforschung – fehlerhaften Strafrechtsdogmatik müsse nicht notwendig ein neues Rechtssystem etabliert werden. Der Verzicht auf Begriffe wie persönliche Schuld und Vergeltungsstrafe bedeute nicht den Verzicht auf die Bestrafung einer Tat als Verletzung gesellschaftlicher Normen. Dies sei allerdings durch präventive Erwägungen begründet (S. 208). Durch geeignete Erziehungsmaßnahmen müsse ein „Gefühl der Verantwortung“ vermittelt werden (S. 205) und versucht werden, den Täter zu bessern. Sei dies nicht möglich, so müsse die Gesellschaft vor ihm geschützt werden. Es geht also, ähnlich dem Maßregelrecht, um die Sozialgefährlichkeit des Täters. Am Ende der zitierten Argumentation *Roths* steht die Feststellung, dass noch nicht ausreichend erforscht sei, wie eine „Besserung“ des Täters zu geschehen habe. Es obliege aber der Gesellschaft, ihren Mitgliedern das Gefühl der Verantwortung anzuerziehen und somit an Verantwortlichkeit ohne Schuld festzuhalten (S. 208).

*Singer* spricht sich ebenfalls gegen das Schuldprinzip aus. Er plädiert dafür, die Schuld durch die Formel „Schweregrad abweichenden Verhaltens“ zu ersetzen und an einer Bestrafung festzuhalten (S. 209). Das abweichende Verhalten liegt dabei in einem objektiven Verstoß gegen Strafrechtsnormen, während die Schweregrade an der Normabweichung der neuronalen Konstitution des Täters zu messen wären. Auch bei *Singer* spielt der Erziehungsgedanke eine Rolle, da durch die Bestrafung die neuronalen Verschaltungen und Erregungsmuster im Sinne einer Vermeidung zukünftiger Normverstöße beeinflusst werden sollen (S. 209).

Die Reaktionen der Strafrechtswissenschaftler folgten solchen Vorstößen der Hirnforscher auf dem Fuß und *Ruske* bemüht sich, diese in äußerst knapper Form zusammenzufassen. Von Stimmen, die sich eine Reformierung des Schuldstrafrechts wünschen über konservative Positionen, die entweder die Ergebnisse der Hirnforschung an sich bezweifeln oder konstatieren, dass diese Ergebnisse keine Auswirkungen auf die strafrechtliche Schuld haben können, sind hinlänglich bekannt und sollen hier nicht noch einmal wiedergegeben werden (S. 210 ff.). Schließlich geht es um kriminalpolitische (neue Konzepte) der Hirnforscher und eine Synthese mit den oben ausführlich dargestellten Lehren der *défense sociale*.

*Ruske* stellt daher zwei aktuelle kriminalpolitische Konzepte vor. Das erste ist das Wahlmodell von dem Hirnforscher *Roth* und der Juristin *Merkel*. Basis ihres Modells ist eine Studie über die psychobiologischen Grundlagen aggressiven Verhaltens.<sup>4</sup> Antisoziales Verhalten wird als Resultat

der Wechselwirkung verschiedener Risikofaktoren betrachtet (S. 219 ff.). Insgesamt zeigen die Mehrzahl bisher untersuchter Vielfach-Gewalttäter deutliche neuroanatomische und neurophysiologische Defizite, die schon in der Kindheit oder Jugend sichtbar werden (S. 221). Diese und andere Faktoren unterlägen, so *Roth* und *Merkel*, nicht dem Willen des Täters, auch die Differenzierungskriterien des § 20 StGB seien nicht sinnvoll. Es dürfe keine Rolle spielen, ob der Täter z.B. durch die Schädigung seines Gehirns so ist, wie er ist und entsprechend agiert hat, oder durch verschiedenste Einflüsse in seinem Leben (S. 222). *Ruske* bezweifelt hier zu Recht die Tragfähigkeit der Argumentation, schließlich spielt es im Rahmen des § 20 StGB keine Rolle, wieso die Unrechtseinsicht gefehlt hat, sondern nur, ob sie gefehlt hat (S. 222).

Recht haben *Roth* und *Merkel* sicherlich insofern, als sie die Unzulänglichkeiten der strafgesetzlichen Schuldfähigkeit generell kritisieren (S. 223). Dies aber mit einer Kritik an der Legitimation der Strafe zu verknüpfen, ist nicht zwingend. Vielmehr muss zwischen strafrechtstheoretischer Begründung der Strafe an sich und gesetzlicher Schuldfähigkeitsfeststellung unterschieden werden. Die Schuldfeststellung erschöpft sich nicht im § 20 StGB.

Auch wenn *Merkel* und *Roth* Bedenken haben, einen Menschen nur aufgrund normativer Zuschreibungsprinzipien ins Gefängnis zu stecken, so sehen sie es doch als unpraktikabel an, auf eine staatliche Reaktion, die über die Schadenswiedergutmachung hinaus geht, zu verzichten (S. 223). Begründen tun sie dies mit dem Präventionsgedanken (S. 224). Um die Höhe der Maßregel zu bestimmen, richten *Merkel* und *Roth* ihr Konzept an der Menschenwürde und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus. Die staatliche Reaktion auf die Normverletzung orientiert sich nicht mehr an der Schuld des Täters, sondern am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser wiederum reflektiert die Bedeutung der Norm und den Grad der Gefährlichkeit des Täters (S. 225). Wie *Ruske* im Folgenden aufzeigt, ist dieser Gedanke nicht neu, sondern bereits von *Ellscheid* und *Hassemer* vorgetragen worden.<sup>5</sup> Neben dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt für *Roth* und *Merkel* der Menschenwürde eine begrenzendende Wirkung zu. Hieraus folge ein absolutes Verbot von Zwangstherapien und medizinischen Zwangseingriffen (S. 227). Gleichzeitig treffe die Gesellschaft die Pflicht, nach weniger intensiveren Vorgehensweisen zu forschen, als dies z.B. durch Freiheitsentzug der Fall ist. Therapiemöglichkeiten müssten entwickelt werden (S. 227). Der Täter habe dann die Wahlmöglichkeit, sich für Therapie oder Geld- bzw. Freiheitsstrafe zu entscheiden (S. 228). Ein im Sinne des § 20 StGB nicht normativ ansprechbarer Delinquent hätte dagegen keine Wahlmöglichkeit, sondern müsse in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht werden. Freiheitsentziehende Maßnahmen gegenüber dem normativ ansprechbaren Täter dürften nur angewandt werden, wo sie zum Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter unerlässlich seien (S. 229 f.).

<sup>4</sup> Lück/Strüber/Roth (Hrsg.), Studie des Hanse-Wissenschaftskollegs, Psychobiologische Grundlagen aggressiven und gewalttätigen Verhaltens, 2005.

<sup>5</sup> *Ellscheid/Hassemer*, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Abweichendes Verhalten, Bd. II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Jahr, Bd. 1: Strafgeseztgebung und Strafrechtsdogmatik, 1975, S. 266 ff.

*Ruskes* Kritik folgt auf dem Fuße. Es werde schwierig, Therapien so auszugestalten, dass sie sowohl den generalpräventiven Bedürfnissen entsprechen, als auch dem Täter eine echte Alternative zur herkömmlichen Sanktion bieten (S. 228). Diesen Einwand sehen auch *Roth* und *Merkel*, die hier entsprechenden Forschungsbedarf sehen (S. 230). Verfassungsrechtlich problematisch – von *Ruske* aber nicht weiter kritisiert – ist schließlich auch die Forderung von *Roth* und *Merkel*, bereits bei zu Gewalttaten disponierten Kindern und Jugendlichen mit therapeutischen Maßnahmen zu beginnen (S. 230 f.). Wie solche Kinder erkannt und erfasst werden sollen, wer über welche therapeutischen Maßnahmen entscheidet und wie diese auszusehen haben, bleibt absolut unklar.

*Ruske* geht danach auf ein weiteres, von *Roth* und *Pauen* entworfenen sog. vertragstheoretisches Modell ein (S. 231 ff.). Für die im Sinne des Schuldvorwurfs erforderliche Freiheit reiche es aus, dass die Handlungsentscheidung im Sinne von Selbstbestimmung jedenfalls unabhängig von äußerem Zwang und Zufall entstehen muss (S. 231). Weiterhin muss die Person prinzipiell über die Konsequenzen ihres Handelns im Klaren gewesen sein, sie hätte eine wirksame Entscheidung gegen die fraglichen Einstellungen treffen können und sie muss überhaupt normativ ansprechbar gewesen sein (S. 232). Wie der Passus, dass die Person eine wirksame Entscheidung gegen die fragliche Einstellung hätte treffen können, zu verstehen ist, wird leider im Text nicht weiter konkretisiert. Dass er nicht im Sinne einer anderen Willensentscheidung zu verstehen ist, ist zwar angesichts der Argumentationsstruktur naheliegend, eine entsprechende Begründung, worin die Unterschiede bestehen, erfolgt aber nicht. Dies ist aber nicht *Ruske* anzulasten, sondern *Pauen* und *Roth*, die hier vage bleiben. Wenn der Verletzer der Norm „im Prinzip die Fähigkeit besaß“, diese einzuhalten,<sup>6</sup> so geht es um generelle normative Ansprechbarkeit jenseits aktueller Entscheidungsfreiheiten beim Normenverstoß. Insofern greift, wie auch schon das Wahlmodell (S. 229), das vertragstheoretische Modell die Lehre *Roxins* von der normativen Ansprechbarkeit auf. Auch diese kommt allerdings nicht ohne das Willensfreiheitsmoment aus, da *Roxin* die Freiheit als soziale Spielregel, als normative Setzung und rechtliches Regelungsprinzip anerkennt.<sup>7</sup>

Das Neuartige des Konzepts von *Pauen* und *Roth* liegt laut *Ruske* nicht in dem auf Charakter und Überzeugung des Täters aufbauenden Schuldbegriff, sondern in der auf diesem Schuldbegriff basierenden Legitimation staatlicher Bestrafung (S. 223). *Pauen* und *Roth* kritisieren präventive Aspekte der Bestrafung (S. 232 f.) und suchen die Rechtfertigung in vertragstheoretischen Modellen der Philosophie. Da der Bürger ein legitimes und substantielles Interesse am Schutz seiner körperlichen Unversehrtheit und seiner materiellen Güter

habe, habe er auch ein Interesse an den Normen, die diese Güter schützten. Daraus ergebe sich dann aber die Legitimation des Strafens, da die Einhaltung der Norm, d.h. der Schutz dieser Güter, nur mit Hilfe von Strafen durchzusetzen sei (S. 233). Die Kritik *Ruskes* an dieser Herleitung ist begründet. Zutreffend führt er aus, dass die Prämisse, der Schutz der Rechtsgüter sei nur durch Strafe zu erreichen, fragwürdig ist. Vielmehr sind therapeutische Maßnahmen häufig aus präventiver Sicht wesentlich erfolgversprechender. Wenn daher mit der Notwendigkeit der Strafe zum Schutz der Rechtsgüter das Vertragsverhältnis zwischen Staat und Bürger begründet wird, ist dies nicht überzeugend (S. 233).

Die Grenze der Strafe ergibt sich nach diesem vertragstheoretischen Ansatz von *Pauen* und *Roth* aus dem Interesse des Bürgers an einem fairen Vertrag. Dies rechtfertige nur notwendige staatliche Strafen (S. 234). Das Strafmaß müsse sich an der Schwere der Normverletzung orientieren und die Strafe müsse der Schwere der Schuld entsprechen (S. 234). Wie aber diese Schuld konkret aussieht, wird zunächst nicht näher ausgeführt, dann aber doch mit Blick auf die Neurowissenschaften zumindest bei Gewaltdelikten – negativ – beantwortet. Demnach entfalten sich die Faktoren, die zur Gewaltbereitschaft eines Menschen führen, bereits vorgeburtlich, in der Kindheit oder frühen Jugend, so dass sie nicht durch den bewussten Willen bestimmt werden. Daher wäre eine normverletzende Handlung als nicht schuldhaft zu bewerten (S. 235). In letzter Konsequenz müsste dies zu einer Strafflosigkeit jedes Täters von Gewalthandlungen führen. So weit gehen *Roth* und *Pauen* zwar nicht, sie gestehen jedoch zu, „dass eine sehr viel größere Gruppe von Straftätern als bisher unter die Bedingungen des § 20 StGB fallen würde“<sup>8</sup> (S. 236).

Resümierend hält *Ruske* fest, dass die neurobiologischen Argumente gegen die Willensfreiheit bestechen und ein Überdenken der Kriterien der Verantwortlichkeit erforderlich machen. Die Grenzen des Schuldbegriffs bedürften wegen der strafprozessualen Wahrheitsfindungspflicht einer Grundlage in einem beschreibungsfähigen Sachverhalt (S. 238). Gleichwohl konstatiert *Ruske*, dass sich die Thesen der Hirnforschung wissenschaftlich und gesellschaftlich noch nicht durchgesetzt hätten. Welchen Einfluss die Erkenntnisse der Hirnforscher auf das Menschenbild in der Gesellschaft, im Grundgesetz und dem Strafrecht letztlich haben werden könnten, lässt *Ruske* unerörtert. *Ruske* weist zudem darauf hin, dass nicht nur das Schuldstrafrecht, sondern auch die strafrechtliche Reaktion auf Delinquenz überdacht und an die Funktionsweisen des dynamischen Gehirns und seiner Lernregeln angepasst werden kann. Gerade die Möglichkeit der Verbrechensbekämpfung unter Berücksichtigung der Forschungsergebnisse der Neurowissenschaftler sei zu wenig beachtet, diskutiert und weiter erforscht worden (S. 239).

Bevor *Ruske* in seinem dritten Teil zu seiner Synthese der Argumentationslinien deutscher Hirnforscher mit den Lehren der Sozialverteidigung kommt, stellt er Vorüberlegungen an, die von *Kant* über das Bundesverfassungsgericht bis hin zu *Nietzsche* reichen (S. 241 ff.). Ob gerade die philosophischen

<sup>6</sup> *Pauen/Roth*, Freiheit, Schuld und Verantwortung, Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit, 2008, S. 44.

<sup>7</sup> *Roxin*, in: Haft (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 519 (521). Kritisch auch *Schiemann*, ZJS 2011, 774 (775 f.).

<sup>8</sup> *Pauen/Roth* (Fn. 6), S. 163.

Erwägungen notwendig sind, mag jeder Leser für sich selbst entscheiden. Wichtig ist jedenfalls, dass *Ruske* die Auffassung des BVerfG hervorhebt, dass das strafrechtliche Schuldprinzip in der grundrechtlichen Würde des Menschen fußt (S. 253). Wie *Ruske* schon zuvor herausgearbeitet hatte, zeichnet der Menschenwürdebegriff zwar ein freiheitliches Menschenbild, ist aber neutral im Hinblick auf die Determinismusdebatte und kann daher gerade kein Argument für einen auf der Willensfreiheit basierenden Schuldbegriff sein (S. 254). Weiter stellt *Ruske* allerdings fest: „Die Unterstellung der Willensfreiheit ist, da sie der Selbstwahrnehmung entspricht, genauso würderelevantes Werturteil über den Täter, wie der Schuldspruch über ihn soziales Unwerturteil, dass seine Würde jedenfalls dann ungerechtfertigt verletzt, wenn sich die Handlung und die entsprechende Entscheidung zum Rechtsbruch als determiniert erweist“ (S. 254 f.). Dieses Ergebnis ist angesichts der vorigen Feststellungen, dass der Menschenwürdebegriff neutral im Hinblick auf die Willensfreiheitsdebatte ist, für mich nicht nachvollziehbar. Schon die Feststellung, dass der Menschenwürdebegriff ein freiheitliches Menschenbild zeichnet, ist missverständlich. Personen haben nämlich auch dann Menschenwürde, wenn ihnen z.B. durch Geisteskrankheit die Fähigkeit zur freien Selbst- und Lebensgestaltung von vornherein fehlt.<sup>9</sup>

Schließlich bezweifelt *Ruske* mit eben diesem Argument die Begründung der Schuldstrafe mit der Menschenwürde, da die Würde eines nach § 20 StGB Schuldunfähigen dann in Frage stehen müsste (S. 261). Genau dies ist aber nach dem verfassungsrechtlichen Menschenwürdebegriff meines Erachtens nicht der Fall.

*Ruske* kommt dann darauf zurück, dass Strafe nur eine Beschränkung der Würde des Bürgers bedeutet (S. 261). Insoweit begrenze nicht das Schuldprinzip das Strafbedürfnis, sondern das jeweils gesellschaftseigene Ausmaß an Humanität. Das gesellschaftliche Verständnis der Angemessenheit der Strafe wiederum wird maßgeblich von der naturwissenschaftlichen Erforschung des Menschen und seines Verhaltens, der Kriminologie, Biologie und Psychologie beschränkt (S. 262). Ich glaube nicht, dass sich das Strafmaß eines Diebes tatsächlich an der Biologie und Psychologie ausrichtet. Der Vergleich mit dem früheren Straftatbestand des § 175 StGB, der homosexuelle Handlungen unter Strafe stellte, hinkt, da hier ein ganzer Straftatbestand gestrichen wurde und es nicht um die Festlegung des Strafmaßes geht. Dies richtet sich immer noch an der Schwere der Tat und anderen Strafzumessungsfaktoren aus und hat (noch) nichts mit biologischen Erkenntnissen zu tun.

Das ist vielmehr die Idee, die sowohl die Lehren der Sozialverteidigung als auch die kriminalpolitischen Ansätze der deutschen Hirnforscher verfolgen. Dies greift insoweit auch *Ruske* auf (S. 262): Der Mensch soll entsprechend seiner natürlichen Fähigkeiten auf humane Weise behandelt werden. Würde kein mit moralischen Wertungen verbundener Schuldvorwurf mehr erhoben, so würde eine Rechtsordnung vermut-

lich, so *Ruske*, weniger intensive staatliche Eingriffe in die Rechte des Straftäters vornehmen (S. 263).

Dies widerspricht der dann wieder aufgegriffenen Lehre von der Sozialverteidigung und der Argumentation der Mitglieder der SiDS, dass jedes menschliche Wesen ein Gefühl für moralische Verantwortung besitzt (S. 266). Dieses knüpfe an das Freiheitsempfinden des Menschen an, dass unabhängig von der Frage nach der tatsächlichen Willensfreiheit ist. Auch die Hirnforscher erkennen die empirische Tatsache der Empfindung der Freiheit an. Die Divergenz zwischen Hirnforschung und neuer Sozialverteidigung liegt in der Willensfreiheit. Während erstere sie dementieren, bekennen sich zweite eindeutig hierzu. Auch wenn die Handlungsentscheidung in hohem Maße von Determinanten abhängig sei, so sei eine feste Kausalität zwischen Faktorenlage und Willensentscheidung nicht zu beweisen (S. 267). Ein Konsens zwischen Hirnforschung und den Vertretern der *défense social* hinsichtlich der Willensfreiheitsdebatte könne daher laut *Ruske* nicht festgestellt werden (S. 269).

*Ruske* kommt dann auf Menschenbild und Menschenwürde zu sprechen. Er stellt – im Rückgriff und insoweit redundant – fest, dass die SiDS die Selbstbestimmung des Menschen als tatsächliche Gegebenheit versteht und die Menschenwürde zum einen einen notwendigen Schutz des Delinquenten vor staatlichen Eingriffen darstellt, zum anderen von ihm aber auch das Empfinden für die eigene Verantwortlichkeit verlangt (S. 270). Sowohl das Menschenbild der Hirnforscher als auch das der Sozialverteidigung begreifen die Erforschung der Persönlichkeit des Menschen als empirische Aufgabe, die der naturwissenschaftlichen Forschung obliegt (S. 273).

Auch in der schließlich folgenden Synthesis der rechtspolitischen Vorschläge sind viele Ausführungen redundant. Der Leser fragt sich, inwieweit sich nicht vielleicht ein anderer Aufbau empfohlen hätte, um die vielen Wiederholungen zu vermeiden. *Ruske* kommt zu dem Ergebnis, dass – als Minimumkonsens – der moralische Vorwurf allein weder nach den Lehren der Sozialverteidigung noch nach der Hirnforschung den staatlichen Strafanspruch tragen kann. Nicht Moralvorstellungen, sondern der Mensch soll im Vordergrund der strafrechtlichen Betrachtung stehen (S. 282).

Hinsichtlich des Begriffs der Strafe weisen die Ansichten der Hirnforschung und die der Neuen Sozialverteidigung Parallelen auf. Sie definieren Strafe nach dem abstrakten äußeren Vorgang, der von Vorstellungen der Vergeltung und Sühne gelöst ist (S. 287). Sowohl das Modell von *Roth* und *Merkel* als auch von der Neuen Sozialverteidigung lehnen einen metaphysischen Vergeltungsbegriff zugunsten der Verbrechensverhütung ab. Die Besserung des Täters müsse im Fokus stehen (S. 290). Dagegen würde das Modell von *Pauen* und *Roth* über das Fairnessprinzip sowohl präventive als auch Gerechtigkeitsgedanken mit einbeziehen, wodurch indirekt auch der Vergeltungsgedanke berücksichtigt würde (S. 291 f.).

Auch in Bezug auf den Schuldbegriff ist nach Ansicht von *Ruske* eine Verbindung zwischen den Lehren der Sozialverteidigung und den kriminalpolitischen Konzepten der Hirnforschung schwierig herzustellen (S. 292). Bei der Lehre der

<sup>9</sup> *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg, Stand: Oktober 2001, Art. 1 I. Rn. 20; *Hillgruber*, in: BeckOK-GG, Stand: 1.11.2013, Ed. 19, Art. 1 Rn. 3.

Sozialverteidigung werde der Schuldbegriff durch den Gedanken oder das Gefühl der Schuld wieder ins Strafrecht eingeführt (S. 293). Dies kann meines Erachtens bezweifelt werden, spricht sich die Lehre der Sozialverteidigung doch lediglich für das Gefühl einer persönlichen Verantwortlichkeit aus. Verantwortlich kann man sich aber auch ohne Schuld fühlen. Hat der Autofahrer z.B. ein Kind, das unvermittelt auf die Straße gesprungen ist, tödlich verletzt und hat er keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen, so kann er sich trotzdem verantwortlich fühlen – möglicherweise fühlt er sich sogar schuldig. Dennoch hat dieses Empfinden nichts mit unserem strafrechtlichen Schuldvorwurf zu tun. Ein solcher Verantwortlichkeitsbegriff, so gesteht *Ruske* dann doch wieder zu, ist jedenfalls von der metaphysischen Willensfreiheit gelöst (S. 294).

Das Wahlmodell von *Merkel* und *Roth* lehnt ebenfalls die Verknüpfung von Schuldbegriff und Willensfreiheit ab; sie wollen ohne Schuldprinzip sanktionieren. Die Verantwortlichkeit soll allerdings, genauso wie im System der Sozialverteidigung in gewissem Maße vorhanden bleiben (S. 295 f.). Das Strafmaß soll nach *Singer* nicht mehr an der Schuld des Täters orientiert sein, sondern an der Normabweichung der Hirnfunktion des Handelnden. Dennoch soll Verantwortung zugeschrieben werden. Dies sieht *Ruske* zu Recht kritisch, da in dem Konzept von *Singer* nicht deutlich werde, inwieweit diese Zuschreibung über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für den Schadenseintritt hinausgehe (S. 297).

Abweichend hiervon streben *Pauen* und *Roth* einen Schuldbegriff an, der auf ihrem kompatibilistischen Freiheitskonzept beruht (S. 297). Auch hier fasst *Ruske* letztlich nur seine Ausführungen von oben (231 ff.) zusammen.

Im Anschluss hieran kommt *Ruske* zur Begrenzungsfunktion des Menschenwürdebegriffs und der Verhältnismäßigkeit (S. 299 ff.). In einer Gegenüberstellung kommt er zu dem Ergebnis, dass sowohl Hirnforscher als auch die Lehre der Neuen Sozialverteidigung die Menschenwürde als Begrenzungsmaßstab der Strafe ansehen. Daher seien Zwangstherapien verboten. Während bei der Sozialverteidigung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz primär an der Verantwortlichkeit ausgerichtet ist, ist es beim Modell von *Roth* und *Merkel* die Tat und die indizielle Bedeutung für die zukünftige Tat (S. 300 f.).

In Bezug auf die empirische Kriminologie können nach Ansicht *Ruskes* die Lehre der Sozialverteidigung ebenfalls nicht mit den Modellen der Hirnforscher zusammengeführt werden. Denn die Sozialverteidigung interessiere weniger die empirische Erforschung der Kriminalitätsursachen als vielmehr die Reaktionen auf Kriminalität (S. 305).

Im Abschnitt über die Elemente des Strafrechts und Strafvollzugs folgt weitgehend eine Zusammenfassung der bereits im ersten und zweiten Teil zusammengetragenen Positionen der Hirnforscher und der Lehren der Sozialverteidigung (S. 310 ff.). Insgesamt kann man den dritten Teil der Arbeit eher als Synopse bezeichnen. Die ambitionierte Ankündigung in der Überschrift, eine Synthese der Positionen anzugehen, d.h. eine Verknüpfung mehrerer Elemente zu einer neuen Einheit, wird nicht weiter betrieben. Vielmehr erschöpft sich

der Teil in einer (nochmaligen) Darstellung der Positionen und deren Vergleich.

Die Synopse ist gelungen, die Synthese wird unterlassen. Begründet wird das (inzident) mit der teilweisen Gegensätzlichkeit der Positionen. Dennoch gibt es ebenso viele Übereinstimmungen oder zumindest Annäherungen, die einen guten Ansatz gegeben hätten, eine neue Positionierung zu vagen. Mit der Arbeit von *Ruske* ist – auch wenn er selbst Zurückhaltung übt – sicherlich ein Grundstein gelegt, neue Konzeptionierungen anzudenken. In seinen Schlussbetrachtungen zeigt er noch einmal auf, dass neben ethischen Fragen auch Fragen des Rechtsgüterschutzes eine neue Priorität gewinnen werden. Eine weitere Perspektive sieht er in dem Überdenken der Reaktionen auf kriminelles Verhalten. Neben dem Behandeln von Rechtsbrechern nach Lernregeln unter Berücksichtigung des dynamischen Gehirns könne auch nach Möglichkeiten gesucht werden, kriminellem Verhalten präventiv entgegenzuwirken (S. 338 ff.). Insoweit wird angeregt, kriminologische Forschungsarbeiten in diesem Bereich weiter voranzutreiben. Diese Anregung ist sicher wichtig und richtig. Allerdings bleibt die Enttäuschung, dass eine Synthese der kriminalpolitischen Konzepte von deutschen Hirnforschern und den Lehren der Sozialverteidigung letztlich nicht vorgenommen wurde. Es bleibt zu hoffen, dass eine solche Synthese oder aber auch neue kriminalpolitische Überlegungen und Ansätze in naher Zukunft erfolgen.

*Prof. Dr. Anja Schieman, Münster*

# Conference Report: “Africa and the International Criminal Court” by the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice

Cape Town (South Africa), 22.-23.11.2013

Marlen Vesper-Gräske, LL.M. (NYU), Berlin\*

On 22./23.11.2013 the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice<sup>1</sup> hosted the international conference “Africa and the International Criminal Court” in Cape Town (South Africa).

The Centre is a joint project between Humboldt-Universität zu Berlin and the University of the Western Cape, Cape Town. In 2008, it was founded as one of six “Centres of African Excellence” as a research and teaching institution. Since then, the Centre is providing the LL.M. and Doctoral Programme “Transnational Criminal Justice and Crime Prevention – An International and African Perspective“, which aims to attract international students with a particular focus on Africa. Up to now, 83 LL.M. students and three PhD students, most of them Africans, graduated from the Centre. Currently, 15 students are enrolled in the LL.M. programme 2014 and ten students in the PhD programme.

The conference “Africa and the International Criminal Court” focused on the controversies surrounding the prosecution of crimes under international law in Africa, both by international and domestic courts, taking into account African alternatives to address such crimes.<sup>2</sup> A specific focus was placed on the achievements and the shortcomings of the International Criminal Court (ICC) in relation to Africa. The conference assembled 60 participants, outstanding international practitioners and academics as well as young legal experts from 15 different countries, including twelve African states.

The conference was opened by the directors of the Centre, Prof. *Lovell Fernandez* (University of the Western Cape, Cape Town) and Prof. *Gerhard Werle* (Humboldt-Universität zu Berlin). Then, Deputy Vice Chancellor of the University of the Western Cape, Prof. *Ramesh Bharuthram* welcomed the audience. He endorsed the appropriate timing of the conference and the contentious conference theme. In particular, he addressed the young scholars, urging them to test their theories and skills while participating in the conference and confronting the international practitioners with their African perspectives. Following *Bharuthram*, the German Ambassa-

dor to the Republic of South Africa, *Dr. Horst Freitag*<sup>3</sup> welcomed the conference participants. In his opening address *Freitag* referred chiefly to the concrete fight against impunity without exceptions for sitting heads of state. The use of immunity, explicitly excluded by the Rome Statute, would sow the seeds for selective justice and inequality. *Freitag* also stressed that the biggest challenge was to prevent these gross human rights violations that the ICC has to deal with; striving solely for punishment would to some extent constitute a failure of the international community. He reminded the audience that the ICC is a vital pillar for safeguarding fundamental human rights and human lives. *Dr. Dorothee Weyler*, the Project Manager of the Centres of African Excellence of the German Academic Exchange Service, in her welcoming speech, introduced the structure, the aims and achievements of the Centres of African Excellence.

The theme of the conference “Africa and the International Criminal Court” could not have been more topical than these days, given the latest developments between Kenya, the African Union (AU) and the ICC.<sup>4</sup> Although the relationship between the AU and the ICC already started to deteriorate in 2009 – with the issuance of an arrest warrant for Sudanese president Al Bashir – the criticism against the ICC has now reached another level. In addition, Kenyan president Kenyatta’s trial before the ICC had to be postponed several times – quite recently in January 2014 the trial scheduled for 5.2.2014 was vacated again.<sup>5</sup>

Therefore, the relevance of the conference was evident. This holds true in particular – as *Werle* mentioned in his introductory remarks – because Africa has been of great importance to the overall development of international criminal

---

\* The author is Research Fellow and PhD Candidate at Humboldt-Universität zu Berlin (Chair of Professor *Werle*).

<sup>1</sup> Directors of the project are Prof. *Lovell Fernandez* (University of the Western Cape, Cape Town, South Africa) and Prof. *Dr. Gerhard Werle* (Humboldt-Universität zu Berlin). The project’s coordinator is *Dr. Moritz Vormbaum*. The Centre is funded by the German Academic Exchange Service and the “Aktion Afrika” by the German Federal Foreign Office. For more details to the Centre and the project please visit our webpage: <http://www.transcrim.org/>.

<sup>2</sup> All conference presentations will be published in 2014.

---

<sup>3</sup> The opening remarks by Ambassador *Freitag* can be accessed at the Embassy’s homepage: [http://www.southafrica.diplo.de/Vertretung/suedafrika/en/\\_p\\_r/Speeches-Freitag/2013/11-ICC.html?archive=3519722](http://www.southafrica.diplo.de/Vertretung/suedafrika/en/_p_r/Speeches-Freitag/2013/11-ICC.html?archive=3519722) (last accessed January 2014).

<sup>4</sup> Cf. the Closing Session of the Extraordinary Session of the Assembly of the African Union on 12.10.2013, available at: <http://summits.au.int/en/icc>. On the criticism raised recently against the ICC, see also *Ambos*, *Misguided criticism*, D+C/E+Z, 26.11.2013, accessible at:

<http://www.dandc.eu/en/article/criticism-international-criminal-court-being-too-focussed-africa-misleading> (last accessed January 2014) and *id.*, in: *Schabas/McDermott/Hayes* (ed.) *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, 2013, p. 499 et seqq.

<sup>5</sup> See ICC (Trial Chamber V [B]), decision of 23.1.2014 - ICC-01/09-02/11-886 (Prosecutor v. Kenyatta), Order vacating trial date of 5.2.2014, convening a status conference, and addressing other procedural matters, available at: (<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1716620.pdf>).

law. At the Rome Conference on the establishment of a permanent international criminal court, African states played a key role and today, with 34 members, they form the largest regional group of States Parties to the Rome Statute. *Werle* admitted that the criticism raised with respect to the exclusive choices of proceedings made by the ICC were understandable. Why were only Africans prosecuted, when international crimes are committed in other regions, too, where they end up going unpunished?

The key note speech was delivered by *Sanji Mmasenono Monageng* (First Vice-President and Judge at the ICC), talking on the topic “Africa and the ICC – Then and Now”. In her speech, *Monageng* made unambiguously clear that the ICC as a judicial body is in charge of interpreting and applying the law. As such, it has to respect the legal framework given to it and it is not in the Court’s capacity to remedy any deficiencies of the Rome Statute. This task should be taken seriously instead by the Assembly of States Parties (ASP), which as a political body constitutes the right forum to suggest changes and eventually amend the Statute. Moreover, *Monageng* underscored the importance to maintain the differentiation and separation of roles between the states, the ASP and the court. The different sections should be capable of working with leeway in their specific branch without interference from other divisions. With respect to the latest tendencies by Kenya and the AU, *Monageng* emphasized that any proceedings before the court were entirely conducted in accordance with the Rome Statute, which, of course, included the proceedings against sitting heads of state. Thus, she was surprised to see that the ICC is criticized by the states for doing precisely what it was created for by those states. *Monageng* left little doubt about her opinion regarding accusations of racism against the Court, calling it a ridiculous criticism. There were so many African people working at the ICC in every different branch, who have established and made the court what it represents today. Given the complementarity principle, *Monageng* recalled that it is the very own responsibility and opportunity for African states to take the ownership of justice for atrocities committed in their territory, by implementing proper domestic legislation in order to deal with these crimes. Although *Monageng* clearly marked the current relationship between Africa and the ICC as having “probably never been as tense and strained as it is today”, she stressed that from her point of view there is a very bright future for the ICC. The ensuing discussion, moderated by *Werle*, focused on a potential political role of the ICC: Is the ICC competent in working also with a “political lens”? *Shamila Batohi* (Senior Legal Advisor to the Prosecutor at the ICC) conceded that the ICC should also use a political lens at some point, since it is not working in a vacuum. However, *Batohi* stressed the strengthening of the role of other international players as well, especially when it comes to defending the ICC as an institution itself. She also posed the interesting question of the use of social media and whether these could help the ICC in its work. *Tim Murithi* (Institute for Justice and Reconciliation, Cape Town) inquired about the ICC’s role in the prevention of atrocities. *Monageng* responded that clearly the means of the Court in regard to prevention were

strong prosecutions and investigations. *Ekaterina Trendafilova* (Judge at the ICC), too, pointed to the most successful contribution to prevention by the ICC, which consisted of the full effectiveness and functioning of the Court as a legal institution, serving the people and international justice, instead of listening to the opinions of politicians. This view was further shared by Ambassador *Freitag*, who commented that he believed this preventive role of the ICC would work, it was just not as evident as other forms of political outreach.

Following *Monageng*’s speech, *Ekaterina Trendafilova* (Judge at the ICC) presented on “Africa and the ICC – a Judge’s Perspective”. Central to *Trendafilova*’s speech was the admissibility of African cases before the ICC, the immunity of heads of state and the cooperation of African states with the court. *Trendafilova* elaborated on the only two instances of admissibility challenges brought by states before the ICC, namely by Kenya and Libya. According to Art. 17 para. 1 lit. a Rome Statute, both countries claimed the inadmissibility of the trials at the ICC because of alleged ongoing domestic investigations and prosecutions. *Trendafilova* explained the Kenyan situation, where judicial reforms were initiated and the prosecutions were only “prepared” at that time. She argued, with the jurisprudence of the Court, that any determination on domestic proceedings had to be based on the facts at the time of the admissibility challenge by the state, i.e. there had to be “concrete and progressive steps” towards criminal investigations. Pre-Trial Chamber II was using the “same person/same conduct test” establishing that domestic investigations needed to comprise the same persons accused by the ICC as well as the same conduct charged by the ICC. In result, the promised Kenyan judicial reforms and the envisaged future investigations did not meet this standard and were subsequently rejected. In regards to the decisions on the Libyan admissibility challenges *Trendafilova* articulated some criticism. When she turned to the issue of immunity for sitting heads of state, she navigated through the Al Bashir case and the important question on the exclusion of immunity for heads of state from non-States Parties, discussing whether there was a possible exclusion of immunity by virtue of the Security Council referral in 2005.<sup>6</sup> This means that the referral was not simply triggering the jurisdictional mechanism, but comprehensively the whole framework of maintenance of international peace and security of the Rome Statute. That would include the exclusion of immunity as provided for in Art. 27 para. 2 Rome Statute. Furthermore, *Trendafilova* addressed the lack of cooperation of member states like Malawi, Chad, and Nigeria – in regards to the Al Bashir case – that were actually obliged to cooperate with the ICC under Art. 86 and 89 of the Rome Statute. On this occasion, she exemplified two very recent court decisions,<sup>7</sup> in which the

---

<sup>6</sup> Resolution 1593 of the UN Security Council, 31.3.2005, available at:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/283244/N0529273.pdf>.

<sup>7</sup> ICC (Pre-Trial Chamber II ), decision of 18.9.2013 - ICC-02/05-01/09-162 (Prosecutor v. Al Bashir), available at:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1646291.pdf>;

ICC expanded the view of comprehensive obligations towards the ICC due to the Security Council’s referral. In particular, the potential travel plans of Al Bashir to the US, Ethiopia and Saudi Arabia have urged Pre-Trial Chamber II to stress that non-States Parties – even without any obligations under the Rome Statute – would be in duty to cooperate fully with the court as a result of the complex Resolution 1593 issued by the UN Security Council under Chapter VII of the UN-Charter. *Trendafilova* further expressed her discontent with the UN Security Council as to its inactivity in following up its referrals to the ICC and to support the court. In concluding her presentation, *Trendafilova* declared obstacles in the cooperation regime as some of the most challenging ones of the ICC and the most disturbing obstacles in regards to an effective and operational international criminal court. The discussion following *Trendafilova*’s presentation was dominated by concerns about the role of the UN Security Council. *Florian Jeßberger* (Professor at Universität Hamburg, Germany) commented on the independence of the ICC from the UN Security Council, remarking that the possibility of referrals to the ICC by the Security Council was still difficult insofar as it could weaken the ICC’s autonomous capacity and turn the court into an agent of the Council. *Jeßberger* tested the ICC’s independence in scrutinizing the funding of the court and whether the Security Council is capable of ending proceedings before the ICC. There is neither any funding by the UN nor is there any ability by the UN Security Council to stop proceedings by the ICC. According to Art. 16 Rome Statute, the Council can only defer proceedings for a period of twelve months by issuing a resolution under Chapter VII UN-Charta. Nevertheless, the last part of Art. 16 also stipulates the possibility for the Security Council to renew such a resolution after the twelve months-period. In accordance with these concerns, *Sam Rugege* (Chief Justice of the Supreme Court of Rwanda) raised the general question about justification of the role of the UN Security Council in relation to the ICC framework, highlighting the point that most of its members were not States Parties to the ICC.

The third speaker turned to the prosecutor’s perspective of the ICC. *Shamila Batohi* (Senior Legal Advisor to the Prosecutor of the ICC) discussed the complementarity mechanisms in detail, focusing in particular on the role that positive complementarity could play. She underlined the importance of states’ encouragement by the ICC, stimulating the states to initiate own investigations and therefore prosecuting crimes at the level where they were committed. *Batohi* reminded the audience of the real constituency of the ICC, namely the victims of mass atrocities and the affected communities. Their fate should constitute the focus. Furthermore, *Batohi* acknowledged the awareness at the Office of the Prosecutor (OTP) about the criticism of selective justice, but assured that the OTP was only acting when it believed in going the right way and not in order to appease certain nations or states. States were always acting in accordance with their interests,

not with principles, she described. *Batohi* explained the court’s activism on the African continent with reference to the jurisdiction of the ICC: The OTP was obliged to select the most serious situations of international crimes under its jurisdiction for investigations. It is a fact that in some instances on the continent five million victims were displaced, more than 40.000 killed, hundreds of thousands children converted into child soldiers and thousands of people raped in the pillages of violent conflict. She, furthermore, declared that she strongly believed in “peace with justice” and did not think that both are mutually exclusive. Justice could create peace that is more stable and long-lasting. In the discussion *Batohi* plead for more cooperation with the court. If the international community was serious about having a permanent, independent international criminal court, they had to give the mechanisms for effective functioning. She drew a comparison to organized crime, where undercover investigations were commonplace and essential, but she had to regret that such options were not available for the ICC. This felt like the ICC being handcuffed, *Batohi* admitted. Being asked about the relative stagnation of opening investigations other than against African states, *Batohi* referred to Colombia and remarked in general that preliminary investigations might take longer sometimes, because the ICC actually wanted the national systems to take over and to address the cases themselves, which simply required little more time. With regard to Palestine, *Batohi* explained that it was now up to Palestine itself to accept the jurisdiction of the ICC. There was the need to launch a new declaration of acceptance since the previous one was placed before the recognition of Palestine as a non-member observer state by the UN General Assembly<sup>8</sup>. *Batohi* made clear that the temporal jurisdiction would only concern future crimes and would not be reactive. Moreover, *Jessberger* inquired about the general view on external interests and whether there was a “red line”, when those externalities render the trial unfair and therefore the prosecution would stop to proceed further on. *Batohi* provided a clear statement as response: She did not believe that external obstacles or operational difficulties would be capable of disturbing the interest of justice. Therefore, in her opinion, there was no so called “red line” to trespass and no good reasons for ending prosecutions in such an event. Furthermore, *Werle* commented on the issue of the so-called “self-referrals”, which was also a point of debate during the discussion. He stated that it would be a misperception believing that the Rome Statute actually would exclude this possibility as a jurisdictional triggering mechanism.<sup>9</sup> On the contrary, the text of the Rome Statute was fairly clear on that, he pointed out.

The fourth speaker, concluding the first day of the conference, was *René Blattmann* (DAAD Professor at Humboldt-Universität zu Berlin, former Vice-President and Judge at the ICC). His presentation was titled “The Lubanga Case – Some

---

ICC (Pre-Trial Chamber II), decision of 10.10.2013 - ICC-02/05-01/09-164 (Prosecutor v. Al Bashir), available at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1662849.pdf>.

<sup>8</sup> Resolution adopted by the General Assembly, Status of Palestine in the United Nations (A/RES/67/19), 4.12.2012.

<sup>9</sup> *Werle* referred to the article by *Robinson*, JICJ 9 (2011), 355.

Legal Aspects of the First Trial Judgment of the ICC". *Blattmann* commenced his presentation by an unusual way of looking back at the history of international criminal justice. He reported about the first international mixed courts, established in the 19<sup>th</sup> century on the African continent in order to stop the transatlantic slave trade. These courts tried more than 600 cases and freed about 80.000 slaves, *Blattmann* informed.<sup>10</sup> After the introduction, he then turned to the issue of the stays of proceedings as a specific challenge for the work of the ICC in the Lubanga case. The chief reason for the stays of proceedings was the problem of non-disclosure of potentially exculpatory evidence that was deemed to form a fundamental aspect of the defendant's right to a fair trial.<sup>11</sup> The non-disclosure of several documents was related to confidentiality agreements (cf. Art. 54 para. 3 lit. e Rome Statute) between the Prosecutor and the UN. For the first stay of proceedings, there were about 156 documents, of which only two were fully disclosed, *Blattmann* explained. He illustrated the possible solutions discussed for the disclosure of some documents. With respect to the subject matter of the Lubanga trial, *Blattmann* turned to the conscription and enlistment of child soldiers. He highlighted the difficulties to face with child soldiers, namely being victim and perpetrator at the same time. *Blattmann* endorsed the regulations of the Rome Statute that were crystal clear about the jurisdiction, which only encompassed adult perpetrators. Children could never consent to become soldiers; they belonged on the playground, not on the battlefields, he declared. *Blattmann* also acknowledged the complicated and disturbing situation, in which victims of child soldiers are left. In the discussion that followed, *Batohi* commented that the OTP would not charge any child soldiers, not only – and most importantly – since there was no jurisdiction under the Rome Statute, but also because the policy of the OTP focused on charging the most responsible persons. Another contested issue of the Lubanga trial, raised by *Olwethu Kinyunyuu* (Alumna of the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice), concerned the exclusion of charges related to sexual offences. *Blattmann* explained that the Court wanted to get these charges into the indictment, since listening to the victims and witnesses about the horrendous crimes committed, and that they actually expected the OTP would expand the indictment. *Batohi* admitted that the OTP itself learned a lot of lessons during the Lubanga trial and was aware that there were issues that could have been done better. The final remarks revolved around the problem of non-disclosure. *Hannah Woolaver* (Lecturer at the University of Cape Town) posed the question, whether the ICC will be vested with appropriate mechanisms to bridge the gap between security interests and the guarantees of a fair trial in the future, taking into account that for the crime of aggression the security concerns were even

heightened. *Blattmann* replied that from his experience, he thought it could become very hard, but he was hopeful, since there was still some time left until 2017, when the question of jurisdiction over the crime of aggression would arise.

On the second day, the focus shifted from the perspective of ICC practitioners to scholars and African legal experts. *Florian Jeßberger* (Professor at Universität Hamburg, Germany) presented on the topic "Universal Jurisdiction in the African Context". He described the African position on universal jurisdiction, voiced in the recent extraordinary session by the AU on 12.10.2013, where the AU repeatedly was pointing out to the so-called "abuse of universal jurisdiction". At the same time, the AU was pushing for a Model National Law on universal jurisdiction in order to improve and strengthen the domestic African laws in this respect. *Jeßberger* commented on the noteworthy fact about this envisaged legislative initiative, which is that the model law shall include universal jurisdiction not only confined to the international core crimes, but shall go beyond this by also encompassing piracy, trafficking in narcotics and terrorism. Therefore, *Jeßberger* concluded that the AU actually endorsed the principle of universal jurisdiction as a principle of international law. He remarked that, however, while a great many of African states provided for universal jurisdiction in their laws in the books, it is not being exercised. *Jeßberger* referred to the case of Rwandan genocidaires, who – as to his knowledge – have not been prosecuted by African states other than Rwanda, whereas there had been trials in a number of European countries (for example, Switzerland, France, Norway, Spain, Belgium, the Netherlands and Germany). A recent survey<sup>12</sup>, presented by *Jeßberger*, revealed that there had been about 1.051 defendants worldwide, whose cases had been triggered by the use of universal jurisdiction. According to this survey, during the last 25 years, 26 cases globally reached the bench for trial. The total number of African defendants did not even extend to 5 % out of all complaints and cases. *Jeßberger* inferred that universal jurisdiction is still an exceptional concept and rarely used. He furthermore argued that there was no racial bias against Africans, but rather that prosecutions based on universal jurisdiction focused on so called "low cost defendants", i.e. where the international community agreed on prosecutions and the domestic legal system has not been activated.<sup>13</sup> As a unique instance for African use of universal jurisdiction, *Jeßberger* singled out the current case of Hissène Habré tried in the Republic of Senegal. The ensuing discussion revolved around the selection of cases under universal jurisdiction. *Batohi* argued that because of states' own interests, the exercise of universal jurisdiction in national proceedings might be very selective and abusive. *Rugege* criticized a dismissive attitude towards the claim of "abuse of universal jurisdiction". To him it had substance. He also disapproved of the employment of universal jurisdiction by Spain, where arrest warrants were sent out for members of the Rwandan military, but apparently there

<sup>10</sup> Cf. *Martinez*, The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law, 2012.

<sup>11</sup> See the two ICC decisions referred to: ICC (Trial Chamber I), decision of 13.6.2008 - ICC-01/04-01/06-1401, which was affirmed by the ICC (Appeals Chamber), judgement of 21.10.2008 - ICC-01/04-01/06-1486 OA13.

<sup>12</sup> Survey published by *Máximo Langer*, AJIL 105 (2011), 1.

<sup>13</sup> According to the survey published by *Máximo Langer*, AJIL 105 (2011), 1.

was no interest in following up the trial; *Rugege* critically questioned the purpose of such actions. *Jeßberger*, in his reply, informed about the radical changes of the Spanish attitude in this regard after the time of Judge Garzón, concerning the legislation and the attitude of the judiciary. Spain did not seem to be too eager anymore about universal jurisdiction.

The subsequent speaker was *Gerhard Kemp* (Professor at Stellenbosch University, South Africa), who presented on “The Implementation of the ICC Statute in Africa”. *Kemp* started with a technical overview on the different types of implementation. His main question of the presentation focused on the (likely) impact of the Rome Statute on selected national systems. The specific strategies for the implementation of the Rome Statute were key to this question. Therefore, *Kemp* introduced one strategy from the southern part of Africa, the Windhoek Plan of Action on the ICC Ratification and Implementation in SADC<sup>14</sup> from 2001, wherein it was agreed on giving “priority to the drafting of implementing legislation of the Rome Statute in order to effectively cooperate with the ICC and give effect to the principle of complementarity”<sup>15</sup>. However, *Kemp* reported that there was not much of an organized and collaborative approach in pursuing the objects of the *Windhoek Plan*. He went on to portray several national legislative initiatives from African countries, including South Africa (in 2002) and Mauritius (in 2011) as examples for full acts of transformation as well as Kenya (in 2008), Senegal (in 2007) and Uganda (in 2010) as instances for at least some form of incorporation of international criminal law into domestic law. “The Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act” (ICC Act) from South Africa was enacted in 2002, which thereby made South Africa the first African country to fully implement the Rome Statute. In regards to South Africa, *Kemp* called attention to a current case,<sup>16</sup> in which the High Court dealt with the notion of universal jurisdiction and held that it would be absurd if the ICC Act was providing only for conditional universal jurisdiction, i.e. prosecutions contingent on the presence of the suspect on South African territory.<sup>17</sup> The case was recently affirmed by the Supreme Court of Appeal.<sup>18</sup> However, the

case could still be appealed to the Constitutional Court, but for now this judgment constituted an authoritative interpretation of the ICC Act. In the discussion *Kemp* was asked by *Robert Mugaga-Muwanguzi* (State Attorney, Uganda and PhD student at the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice) about explanations for the delay of African implementation. He explained that in general there was a huge delay regarding the implementation of the law of the Rome Statute. States had draft-legislation for about nine to ten years, but did not act. A reason for this could most probably be seen in internal political disturbances, *Kemp* argued. *Monageng* appreciated the recent South African approaches in regards to universal jurisdiction in the Zimbabwean cases, brought by the Southern Africa Litigation Centre that *Kemp* referred to in his presentation.

*Sam Rugege* (Chief Justice of the Supreme Court of Rwanda) presented on the topic of “Prosecutions of International Crimes by Domestic Courts – The Rwandan Experience”. *Rugege* began with some remarks on the concurrence of domestic and international jurisdictions, arguing that the two would not be alternative mechanisms. He stated that the domestic apparatus should function as the default jurisdiction in any case, supplemented, if need be, by international or regional tribunals. Therefore, *Rugege* asserted that the role of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) was twofold: Achievements were most evidently the convictions of numerous genocidaires, the establishment of a vast body of jurisprudence on genocide and crimes against humanity and the assistance of the ICTR in capacity building of the Rwandan judiciary. As shortcomings, *Rugege* identified the ICTR’s role for the contribution to peace building and national reconciliation in Rwanda. In particular, the distance of the proceedings was named as detrimental, since only a handful of victims and their relatives were able to follow the proceedings in person, *Rugege* remarked. He then turned to the domestic trials and the extreme struggle the Rwandan justice system was facing, including the difficulty of being vested with appropriate staff: it was estimated that only about 70 qualified judges as well as 14 prosecutors were available for the judiciary in Rwanda after the genocide. At the same time the number of suspects was raising and in the year 2000 amounted to 125.000. With respect to legislative matters at that time, he recalled the important introduction of the Organic Law of 30.8.1996, enabling Rwandan judges to make use of international norms incriminating genocide and crimes against humanity as well as war crimes according to the Geneva Conventions. *Rugege* highlighted the principle of dual incrimination, incorporated in the 1996-law, which laid down the possibility for judges to rely on both sources, the domestic regulations in the Penal Code as well as international norms. Nevertheless, it did not prove to be very effective, since judges were not used to this approach and most of the lawyers were not professionally trained, but undertook accelerated legal training programs. *Rugege* conceded that the Rwandan judicial system was overstrained, which in the end gave

---

<sup>14</sup> SADC stands for Southern African Development Community. It consists of 15 member states from Southern Africa, namely: Angola, Botswana, the Democratic Republic of Congo, Lesotho, Madagascar, Malawi, Mauritius, Mozambique, Namibia, Seychelles, South Africa, Swaziland, United Republic of Tanzania, Zambia and Zimbabwe.

<sup>15</sup> See Windhoek Plan of Action on the ICC Ratification and Implementation in SADC, para. 4.

<sup>16</sup> High Court of South Africa, judgment of 8.5.2012 – 77150/09 (Southern Africa Litigation Centre and others v. National Director of Public Prosecutions and others), available at: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPPHC/2012/61.pdf>.

<sup>17</sup> For a detailed discussion on the case, see *Werle/Bornkamm*, JICJ 11 (2013), 659.

<sup>18</sup> Supreme Court of Appeal of South Africa, judgment of 27.11.2013 – 485/2012 (National Commissioner of the South African Police and another v. Southern Africa Litigation

---

Centre and others), available at: [http://www.justice.gov.za/sca/judgments/sca\\_2013/sca2013-168.pdf](http://www.justice.gov.za/sca/judgments/sca_2013/sca2013-168.pdf).

rise to the reactivation of the Gacaca courts<sup>19</sup>, a heritage of Rwandan culture. The Gacaca courts as a traditional institution received a modern character – aiming to pursue reconciliation and to put “genocide convicts on the right path as citizens”, *Rugege* explained. He argued that this form of participatory justice was recalling that the crimes were committed in public and that there existed a “moral obligation to tell the truth” about the crimes witnessed, experienced or perpetrated. *Rugege* qualified the Rwandan model therefore, as “Truth through Justice”. Taking into account the amount of cases tried (1.958.643<sup>20</sup>), the rather informal procedures of the courts that promoted a less intimidating and more relaxed atmosphere, thereby encouraging truth-telling, the Gacaca courts were a successful, but a “uniquely Rwandan solution to a uniquely Rwandan problem”, *Rugege* assessed. In the following talk *Werle* commented that Rwanda could be considered as a laboratory of transitional justice: Compared to the overall-size of the country, such high numbers of perpetrators were unheard of. *Sylvester Kalemba* (Judge at the High Court of Malawi and Alumnus of the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice) inquired about the possibility of filing an appeal against Gacaca courts’ judgments, which *Rugege* affirmed. The Gacaca court structure included one higher level for appeals, but precluded the possibility to appeal to the ordinary courts. Moreover, there existed no option in general to transfer cases to the ordinary Rwandan judiciary, alternatively. Another subject was raised by *Murithi*, who asked about how an international tribunal could contribute to reconciliation in a state, reminding that the ICTR’s impact in Rwanda was fairly minimal. In his reply, *Rugege* conceded that there were still limitations for international tribunals to contribute to reconciliation. However, he believed this process could be improved by settling tribunals in the place, where the crimes have been committed; the people needed to see justice to be done.

Another presentation on a very specific experience by an African state was held by *Mbacké Fall* (Chief Prosecutor at the Extraordinary African Chambers in the Courts of Senegal) on “The Extraordinary African Chambers: The Case of Hissène Habré”. The Extraordinary African Chambers are considered the first internationalized tribunal, which was established by an agreement between the AU and an AU member state – namely the agreement with Senegal on 22.8.2012.<sup>21</sup> This consequently implied that the prosecutions were

conducted on behalf of Africa, *Fall* argued. He informed on the law and procedure applied by the Chambers and that the jurisdiction of this internationalized tribunal was constrained in several ways: *ratione materiae* – the crimes belonging to the subject matter jurisdiction were genocide, crimes against humanity, war crimes and torture as a stand-alone crime; *ratione temporis* and *loci* – the investigations would only focus on crimes perpetrated on the territory of Chad between 7.6.1982 and 1.12.1990. Moreover, he explained that the sentences to be applied range from 30 years up to life imprisonment, in cases where there is an extreme gravity of the crimes committed and the personal circumstances of the convict require so. Interestingly, whenever situations would occur, for which the tribunal’s statute does not provide a solution, the Chambers would be allowed to employ Senegalese Law, as a subsidiary source, *Fall* explained. Furthermore, on appeal the judges were allowed to directly refer to the jurisprudence of international criminal courts and tribunals. Also, the statute’s resemblance to the ICTY and the ICTR statutes in regards to some procedural law aspects became obvious throughout the presentation. *Fall* stressed the independence of the OTP of the Chambers. There was no link whatsoever to the Senegalese Ministry of Justice nor to the AU, i.e. no monitoring by those bodies or reporting to them. As final remarks *Fall* turned to possible ICC alternatives for the African continent. He elaborated on the opportunity to expand the jurisdiction of the Court of Justice of the AU, in order to provide for prosecutions of international crimes by this institution itself. However, he concluded, there would be need for crucial amendments to the structure and basis of the court, enabling the creation of a special criminal chamber. Given the requisite of permanent staff and continuous financing, *Fall* argued in favor of temporary ad hoc tribunals as an alternative, in lieu. As a conclusion, *Fall* remarked on the relationship of the ICC and the AU, suggesting that the AU should act in advance of the ICC, meaning that the AU should encourage States Parties to act according to their obligations under the Rome Statute and to try those responsible for international crimes themselves; only when States Parties fail, the ICC’s complementarity mechanism should apply. During the discussion, *Monageng* inquired about the status quo of witness protection available by the Chambers and whether there were still witnesses alive to testify. *Fall* admitted the lack of witness protection mechanisms at the Chambers, but referred to about 1.000 victims in Chad, who would be available for testimony. Another question posed by *Brenda Akia* (Research Fellow at Human Rights Watch, NYC and PhD student at the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice) concerned the admissibility and use of collected evidence by Belgium in the Habré trial. *Fall*’s response clarified that the statute allowed for the employment of any information the authorities got and that Belgium was very helpful and transferred all the files needed.

The conference was concluded by *Tim Murithi* (Head of the Justice and Reconciliation in Africa Programme at the Institute for Justice and Reconciliation, Cape Town), who spoke on the topic: “The African Union and the International Criminal Court – The road ahead”. Central to *Murithi*’s speech

---

<sup>19</sup> Established by the Organic Law No. 40/2000 of 26.1.2001.

<sup>20</sup> Total number of cases until the Gacaca courts were closed on 18.6.2012.

<sup>21</sup> The Chambers were established ensuing the ICJ decision that Habré had to be either extradited or prosecuted by the Senegalese justice, see ICJ, judgment of 20.7.2012, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>. Habré was charged with crimes against humanity, war crimes and torture. Besides Habré, there are also five other accused persons, who should be tried under the Chambers’ statute for allegedly having committed torture and crimes against humanity.

was the claim to replace the view of the ICC from a purely legal lens with a political lens. Obviously all three self-referrals to the ICC to date were politically motivated at the domestic level, he claimed. Therefore, the ICC was put into the political equation. *Murithi* argued for a stronger political role of the prosecutor of the ICC, which he deemed essential for any solution of the current relationship between Africa and the ICC. The OTP would be able to reframe this relationship with assistance from the presidency; *Murithi* even raised the option of a three-way discussion, including the ICC, the AU and the UN Security Council. He explained that everything about this relationship was about perceptions. That the present perceptions were linked to alleged bias against Africa was considered a natural consequence, recalling the history of discrimination and colonialism on the African continent, *Murithi* said. In general, he claimed, problematic perceptions on self-exclusion of powerful states already began with the “nullification” of the US-signature to the Rome Statute in 2002. Moreover, *Murithi* argued that there will be no fair international justice, unless there would be compulsory international jurisdiction. He noted that up to now no strong argument was really heard against compulsory international jurisdiction. In any case, *Murithi* concluded, it would not be of any help to anyone, if there was a continent wide, African criminal jurisdiction established in order to withdraw from the ICC’s jurisdiction.

In response to *Murithi*’s presentation, discussant *Juliet Okoth* (Lecturer at the University of Nairobi, Kenya) elaborated on the current Kenyan situation. Taking into account the fact that Kenya literally dragged herself to the ICC, she expressed her thorough disagreement with the recent developments, reproaching Kenya with dishonesty towards the ICC. In particular, it was very unfortunate that Kenya now, after the AU summit, seems to have the vote of Africa behind herself, even South Africa. *Okoth* voiced her beliefs in regards to the role of the ICC in Kenya and assessed that the Court indeed played a vital role for peace and reforms in this country. *Okoth* summarized that she does not believe in peace before justice.

The second respondent of the panel discussion was *Sostness Materu* (Lecturer of the University of Dar es Salaam, Tanzania, and Researcher at the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice, Cape Town/Berlin). He focused on the divide between political and judicial institutions and recalled that the ICC was a purely judicial organ that was surrounded by two political bodies, namely the AU and the Security Council of the UN. Art. 16 of the Rome Statute, he argued, created an improper link between the ICC and the Security Council, which should be cut by amendments to the Rome Statute. The ICC should by all means not be undermined by politics. Moreover, *Materu* reminded that with respect to the publication of perceptions of an allegedly politicized court, one should be very careful and precise, whether those are perceptions of the African people, the ordinary citizens or whether these come from the politicians themselves. It would mostly be portrayed as the view of the people. *Materu* presented a recent Kenyan survey according to which still 67 % of the Kenyan citizens wanted to see their

president facing the ICC charges. Finally, *Materu* did not suppose that a political solution could be reached between the AU and the ICC.

The potential political role of the different branches of the ICC became the guiding theme of the ensuing discussion. The ICC representatives strongly engaged into the debate. The judges agreed on the point that there should not be a strong political role, but all bodies – as legal institutions – would have to decide according to sound legal reasoning and not on the basis of politics. The OTP should push cases, for which they are well-equipped with reliable evidence, *Trendafilova* argued. *Monageng* reminded that regarding the presidency of the ICC, it had to be kept in mind that all of them are acting as judges at the same time, thus, making them also fully unsuitable for any politics-driven action. This view was shared by *Blattmann*, who spoke out against the involvement of judges or prosecutors in strengthening the ICC via outreach activities. The Court should concentrate on being the guardian of fair and expeditious trials. *Batohi*, on the other hand, seemed to be more sympathetic to a “communicative way” of the ICC with various entities. She argued that one had to be cognizant about the realities, which made it important for the ICC to engage with states, since the Court required their support for its overall-functioning. *Kemp*, too, concluded that not everything should be condemned as being political, but that it was about applying the law in its context. It would be difficult sometimes, he assessed, to differentiate between political decision-making and properly take into account the societal impact of judicial acts; the latter would constitute sensible and logical judicial reasoning. The concluding remarks by *Batohi* and *Monageng* informed about the attempts of the ICC to reach out a hand to the AU, which unfortunately turned out as being not very successful.

Resuming the imperfection of the ICC-system, some of the last words at the conference aptly remembered that Rome was not built in a day and neither will be the Rome justice system. *Werle* then closed the conference with an assessment on the AU and ICC relationship: He pointed out that the criticism of racial bias and alleged neo-colonialism towards the ICC could be dismissed as pure propaganda, but what really should be taken seriously was the selectivity of prosecutions, especially the selection on which cases *not* to investigate.

The conference of the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice was successfully completed and shed more light on the recent tense relationship between Africa and the ICC. All participants contributed to an open-minded and enriching two-day program in South Africa, which hopefully will be a good sign for fruitful discourses and illuminating communication on the work of the Court in The Hague in future.

The publication of this conference report will be followed by the conference volume, which will include all presentations in full length, and is planned to be published by the end of this year.