

AUSGABE 2/2018

S. 57 - 88

13. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht*

- Das „Gremienproblem“, die Kausalität und die Logik  
Replik auf Rotsch, ZIS 2018, 1**  
Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn 57
- Future Concepts of Law: Strafe ohne Staat**  
Von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Augsburg 60
- Future Concepts of Law: Konturen eines Privatstrafrechts der  
Antidiskriminierung**  
Von Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Hamburg 65
- Strafe ohne Staat? Zukunftskonzepte für ein transnationales  
Strafrecht**  
Von Prof. Dr. Frank Meyer, Zürich 68

##### *Völkerstrafrecht*

- Recent developments in the jurisprudence of the  
International Criminal Court – Part 3**  
By Eleni Chaitidou, The Hague 73

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

- Szesny/Kuthe (Hrsg.), Kapitalmarkt Compliance, 2014**  
(Rechtsanwalt Dr. Julian Engel, Koblenz) 84
- Wicker, Cloud Computing und staatlicher Strafanspruch, 2016**  
(Dr. Markus Mavany, Trier) 86

#### Herausgeber

Prof. Dr. Roland  
Hefendehl  
Prof. Dr. Andreas Hoyer  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.  
Bernd Schünemann

#### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse  
Prof. Dr. Janique Brüning  
Prof. Dr. Bernd Hecker  
Prof. Dr. Michael  
Heghmanns  
Prof. Dr. Holm Putzke  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Arndt Sinn  
Prof. Dr. Hans Theile  
Prof. Dr. Bettina Weißer  
Prof. Dr. Mark Zöller

#### Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai  
Ambos, Richter am  
Kosovo Sondertribunal,  
Den Haag  
International Advisory  
Board

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiterin Diana  
Karakaplan  
Wiss. Mitarbeiter Kevin  
Kloska

#### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez  
Eneas Romero  
Jaime Winter Etcheberry

#### Internetauftritt

René Grellert

#### ISSN

1863-6470

# Das „Gremienproblem“, die Kausalität und die Logik

## Replik auf *Rotsch*, ZIS 2018, 1

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Das sog. Gremienproblem hat in der deutschen Strafrechtswissenschaft zahlreiche Aufsätze und Monographien hervorgerufen. Dies führte zu einer Lehre von der Gesamttat, bei der Verhaltensweisen mehrerer Personen zusammengefasst werden, um sie nur gemeinsam auf Kausalitäten hin zu prüfen,<sup>1</sup> es führte zu einem Verzicht auf einen vorhergehenden gemeinsamen Tatentschluss bei der Mittäterschaft<sup>2</sup> und schließlich zur Forderung nach einer fahrlässigen Mittäterschaft, die nur deshalb notwendig und legitim sein soll, weil man mit ihrer Hilfe das Gremienproblem löst.<sup>3</sup> Ich habe das Gremienproblem ohne Einführung einer Gesamttat und einer fahrlässigen Mittäterschaft auf der Ebene der Kausalität nach allgemeinen Regeln der Kausalitätsbestimmung gelöst.<sup>4</sup> Aber mit nichts macht man sich heute in der deutschen Strafrechtswissenschaft so unbeliebt wie damit, dass man ein Problem löst. Das ist ja auch unkollegial. Ein Zivilrechtler – wir wissen, wie abschätzig manche Zivilrechtler über unser Fach denken – bemerkte einmal zu mir: „Ihr Strafrechtler dürft eure Probleme ja gar nicht lösen, sonst habt ihr bald keine mehr.“ Seit mehr als 30 Jahren ist diese Lösung des sog. Gremienproblems Angriffen ausgesetzt,<sup>5</sup> die teilweise in

ungehörigem Ton vorgetragen werden.<sup>6</sup> Nun schreibt neuerdings *Rotsch* in seinem o.g. Aufsatz über diese Lösung, sie sei „logisch falsch und stellt einen Zirkelschluss dar“<sup>7</sup>. Das sind die schwersten Vorwürfe, die man in einer Wissenschaft gegen eine Problemlösung erheben kann. Deshalb sollten sie gewissenhaft geprüft und stringent am kritisierten Text nachgewiesen werden. Aus den Darlegungen von *Rotsch* kann ich nun aber nicht entnehmen, welche logischen Fehler und welche Zirkelschlüsse ich seiner Meinung nach begangen habe.

Aber zunächst stellt *Rotsch* die Frage, „wodurch das Vorgehen von *Puppe* methodisch legitimiert ist“.<sup>8</sup> Ich hatte geglaubt, ich hätte schon zu viel über das Problem der Mehrfachkausalität und insbesondere das damit identische Gremienproblem geschrieben,<sup>9</sup> aber es scheint offenbar immer noch

<sup>1</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 241; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1995, S. 157, 160; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 288; *ders.*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, Vor § 13 Rn. 90; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561 (563); *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 9 Rn. 13; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 70; *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (8 f.).

<sup>2</sup> BGHSt 37, 106 (129 f.); *Frister* (Fn. 1), § 26 Rn. 6; *Renzikowski* (Fn. 1 – StGB), Vor § 13 Rn. 90; vgl. auch die in Fn. 1 Genannten.

<sup>3</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 25 Rn. 213, 242.; *Renzikowski* (Fn. 1 – Täterbegriff), S. 282 ff.; *Ransiek* (Fn. 1), S. 67 ff.; *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 181 ff.; *Kamm*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 107, 171 ff.; *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001, S. 221 ff.; *Otto*, in: *Seebode* (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 271 (284 f.); *Weißer*, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 154 f.; *dies.*, JZ 1998, 230 (234). Eine fahrlässige Mittäterschaft hat der BGH bisher nicht anerkannt, auch nicht in der Entscheidung BGHSt 37, 106.

<sup>4</sup> *Puppe*, JR 1992, 30 (32 ff.).

<sup>5</sup> *Dencker* (Fn. 1), S. 113 f.; *Toepel*, in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 289 (296 ff.); *Kindhäuser*, GA 2012, 134 (138 ff.); dagegen *Puppe*, ZIS 2012, 267 (269).

<sup>6</sup> *Koriath* (Kausalität und objektive Zurechnung, 2007, S. 110) schreibt: „ich möchte nicht despektierlich sein, aber allzu groß scheint mir der Unterschied [zur csqn-Formel] nicht zu sein“; *Samson* (in: *Rogall/Puppe/Stein/Wolter* [Hrsg.], Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 259 [265]) bezeichnet die deutschen Vertreter der Lehre von der hinreichenden Minimalbedingung als „Epigonen“ von *Mackie*; *Knauer* ([Fn. 3], S. 121 f.) auf den sich *Rotsch* mehrfach beruft, schreibt: „Warum aber gerade diese Ursachenkomplexe [gemeint ist eine Mindestzahl von Ja-Stimmen] betrachtet werden und keine anderen [gemeint sind die überzähligen Ja-Stimmen], bleibt im Dunkeln. Im Übrigen verfährt *Puppe* hier ganz ähnlich wie die von ihr geradezu verspottete Lehre vom Erfolg in seiner konkreten Gestalt, wenn deren Vertreter Teile des Ursachenverlaufs in die Erfolgsbeschreibung mit aufnehmen: Sie erklärt Bestandteile des Einzelbedingungsbandels einfach für relevant, während sie andere für der Prüfung entzogen ansieht.“ *Kraatz* (Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, S. 337) bemerkt dazu: „Der Einwand zeigt jedoch nur, dass einige Autoren das Verfahren noch nicht logisch durchdrungen haben.“ Nachdem er sich dem Vorschlag seines Schülers *Knauer* zur Lösung des Gremienproblems angeschlossen hat, schreibt *Roxin* (Fn. 1), § 25 Rn. 213, Fn. 285: „Scharf dagegen allerdings *Puppe*, Spinellis-FS, 2001, 927 ff. ‚Dieses Problem muß auf der Ebene der Kausalität gelöst werden, nicht auf der der Mittäterschaft‘ (aaO., 929). Es fragt sich nur, wie!“

<sup>7</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7).

<sup>8</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7); so schon *Christina Putzke*, Rechtsbeugung in Kollegialgerichten, 2012, S. 26 f.

<sup>9</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (876 ff.) = *dies.*, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, S. 101 (112 ff.); *dies.*, JR 1992, 30 (32 ff.); *dies.*, GA 2004, 129 (137 ff.); *dies.*, ZJS 2008, 488 (490 f.); *dies.*, Rechtswissenschaft 2011, 400 (430 ff.); *dies.*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 108 f.; *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 9 ff.; *dies.*, ZIS 2012, 267.

nicht genug zu sein. Also muss ich diese Lösung nochmals als Kausalitätslösung methodisch legitimieren und erklären. Sie beruht auf der Lehre von der Ursache als notwendiger Bestandteil einer gesetzmäßigen Mindestbedingung des Erfolges<sup>10</sup>, die in der Philosophie auf *Hume*<sup>11</sup>, *Schopenhauer*<sup>12</sup> und vor allem *Mill*<sup>13</sup> zurückgeht und heute unter Bezeichnungen wie Lehre von der kausalen Erklärung, HO-Schema<sup>14</sup>, Inus-Bedingung<sup>15</sup> oder Ness-Test<sup>16</sup> in der Philosophie allgemein bekannt, wenn auch, wie sollte es in der Philosophie anders sein, als Kausaltheorie nicht unumstritten ist.

Nach dieser Lehre ergibt sich für das Gremienproblem, erläutert am Beispiel von *Rotsch*.<sup>17</sup> Es gibt drei Stimmen für den rechtswidrigen Beschluss. Nach den Regeln für das Zustandekommen eines Gesellschafterbeschlusses, die wir hier als allgemeine Gesetze behandeln können, genügen zwei Stimmen. Wir haben also drei verschiedene hinreichende

Minimalbedingungen für das Zustandekommen des Beschlusses: Erstens die Stimmen von A und B, zweitens die Stimmen von A und C, drittens die Stimmen von B und C. Diese hinreichenden Mindestbedingungen sind unabhängig davon gültig, wie sich derjenige Gesellschafter verhalten hat, der in der jeweiligen Mindestbedingung nicht vorkommt.

*Rotsch* schreibt dazu: „Dieses Vorgehen ist logisch falsch und stellt einen Zirkelschluss dar. Hält man – wie *Puppe* – zu Recht an der Notwendigkeit einer logischen Bestimmung des Bedingungsverhältnisses fest, so geht kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass die überzählige Stimme *nicht* kausal ist, da sie *kein notwendiger Bestandteil* der Mindestbedingung ist.“<sup>18</sup> Der Weg, der an dieser „Erkenntnis“ vorbeiführt, besteht in der Feststellung, dass es eben mehrere hinreichende Minimalbedingungen für das Zustandekommen des Beschlusses gibt, wenn mehr Stimmberechtigte als notwendig für ihn gestimmt haben.

Wenn man freilich, wie *Rotsch*, glaubt, dass es niemals mehrere hinreichende Bedingungen für ein- und denselben Erfolg geben kann,<sup>19</sup> dann folgt nach *Palmström* daraus, dass ein Verhalten in einer hinreichenden Bedingung nicht vorkommt, dass es auch nicht kausal sein kann. Denn es kann ja keine zweite hinreichende Bedingung geben. Nun zeigt aber gerade unser Beispiel, dass es durchaus mehrere hinreichende und wahre Mindestbedingungen für den Eintritt eines Erfolges geben kann.

Die Lehre von der hinreichenden Minimalbedingung soll nicht nur logisch falsch, sondern obendrein ein Zirkelschluss sein. Nach *Rotsch* stellt es einen Zirkelschluss dar, wenn man „sein [eines Gremiumsmitglieds] Abstimmverhalten mit einer (welcher?) [Antwort: einer beliebigen] weiteren Stimme kombiniert, und die dritte Stimme vernachlässigt [...], weil es das auf seine Kausalität hin zu prüfende Einzelverhalten bereits als kausal voraussetzt“.<sup>20</sup> Das verstehe ich nicht. Ich setze das Verhalten eines Abstimmungsberechtigten deshalb in eine hinreichende und wahre Minimalbedingung für das Zustandekommen des Beschlusses ein, weil nach der Verfassung der Gesellschaft zwei Stimmen für das Zustandekommen eines Gesellschafterbeschlusses hinreichend sind. Den Inhalt der hinreichenden Minimalbedingung bestimmt das allgemeine empirische Gesetz, das den Erfolgseintritt erklärt.<sup>21</sup>

Schließlich ist diese Lösung des Gremienproblems nach *Rotsch* auch deshalb widersprüchlich, weil sie „zu dem unzutreffenden Ergebnis führt, dass es drei notwendige Bestandteile (nämlich die Stimmen von A, B und C) der hinreichenden Mindestbedingung, die aus nur zwei Stimmen zusam-

<sup>10</sup> *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (875 ff.) = *dies.* (Fn. 9 – Anlysen), S. 101 (112 ff.); *dies.*, Rechtswissenschaft 2011, 400 (404 ff.); zust. *Neumann*, GA 2008, 463 (464); *Stuckenberg*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, S. 480; *Sofos*, *Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen*, 1999, S. 107 ff.; *Osnabrügge*, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, S. 74 ff.; *Neudecker*, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen dargestellt am Beispiel der Geschäftsleitungsgremien von Wirtschaftsunternehmen*, 1995, S. 224 f.; *Richter*, *Schadenzurechnung bei deliktischer Haftung für fehlerhafte Sekundärmarktinformationen*, 2012, S. 143 ff.; *Rodriguez Montanes*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, S. 307 (313 f.); *Grosse-Wilde*, *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung*, 2017, S. 307 ff.; *ders.*, ARSP-B 135 (2012), 45 (50).

<sup>11</sup> *Hume*, *A Treatise of Human Nature*, 1739-1740, Bd. 1, Teil 3, §§ XIV, XV; *ders.*, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 1748, § VII, Teil 1 und 2.

<sup>12</sup> *Schopenhauer*, *Ueber die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde*, 2. Aufl. 1847, § 20; siehe näher *Birnbacher*, in: *Birnbacher* (Hrsg.), *Schopenhauers Wissenschaftstheorie: Der „Satz vom Grund“*, 2015, S. 97 ff.

<sup>13</sup> *Mill*, *A System of Logic*, 8. Aufl. 1882, Bd. 3 Kap. V, X.

<sup>14</sup> Vgl. dazu *Stegmüller*, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, Bd. 1, *Erklärung Begründung Kausalität*, 2. Aufl. 1983, S. 124 ff.

<sup>15</sup> *Mackie*, *American Philosophical Quarterly* 2 (1965), 245; *ders.*, *The Cement of the Universe*, 1974, S. 59 ff., insb. S. 62.

<sup>16</sup> Die Formulierung stammt von *Wright*, *California Law Review* 73 (1985), 1735 (1788 ff.), der aber immer wieder betont, dass diese Bestimmung der Beziehung zwischen Einzelursache und Folge nicht, wie allgemein geglaubt wird, von *Mackie* stammt, sondern von *Honoré*, ZStW 69 (1957), 463 (470); *Hart/Honoré*, *Causation in the Law*, 1959; vgl. dazu auch *Wright/Puppe*, *Chicago-Kent Law Review* 91 (2016), 461 (470, 482 f.). In der Sache auch *Psillos*, in: *Hitchcock/Beebe/Menzies* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Causation*, 2009, S. 131 (148 ff.).

<sup>17</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1.

<sup>18</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7, *Hervorhebungen* im Original).

<sup>19</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (8); *ders.*, in: *Heinrich/Jäger/Schünemann* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, 2011, S. 377 (382 ff.); ebenso *Kindhäuser*, GA 2012, 134 (140 f.); *ders.*, ZIS 2016, 574 (580 f.).

<sup>20</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7); ebenso *Knauer* (Fn. 3), S. 121 f.; *Christina Putzke* (Fn. 8), S. 26 f.

<sup>21</sup> *Puppe* (Fn. 9 – NK-StGB), Vor §§ 13 ff. Rn. 103.

mengesetzt ist, gibt.<sup>22</sup> Aber ich habe nie behauptet, dass es drei notwendige Bestandteile gibt, wenn zwei für die Erfolgsherbeiführung hinreichen. Ich habe nur behauptet, dass es drei verschiedene hinreichende Mindestbedingungen gibt, die je aus nur zwei Stimmen bestehen, erstens die Stimmen von A und B, zweitens die Stimmen von A und C, drittens die Stimmen von B und C. Innerhalb jeder dieser hinreichenden Mindestbedingungen ist jede der beiden Stimmen notwendig.

*Rotsch* stellt zur Bestimmung der Kausalität zwei Forderungen auf, die logisch nicht miteinander vereinbar sind, wenn der Kausalverlauf überbedingt ist, also Bedingungen vorhanden sind, die sich gegenseitig in einer kausalen Erklärung des Erfolges ersetzen können. Die erste Forderung ist, dass es nur eine hinreichende Bedingung für einen Erfolg geben darf, so dass alle mehrfach vertretenen Elemente in diese eine hinreichende Bedingung zusammengefasst werden müssen. Die zweite Forderung ist, dass innerhalb dieser einen hinreichenden Bedingung jedes Element notwendig sein muss. Daraus, dass diese beiden Forderungen bei mehrfach bedingten Kausalverläufen nicht zugleich erfüllt sein können, zieht *Rotsch* die Konsequenz, dass keine der mehrfach vertretenen Bedingungen kausal sein kann.<sup>23</sup>

Wie sieht nun aber die Lösung des Gremienproblems von *Rotsch* aus? Obwohl er für die Mittäterschaft keine Kausalität des einzelnen Tatbeitrags verlangt,<sup>24</sup> lehnt *Rotsch* es ab, die für den Beschluss stimmenden Gesellschafter als Mittäter durch positives Tun für den rechtswidrigen Beschluss verantwortlich zu machen, weil es an einer gemeinsamen Tatverabredung fehlt. Gleichwohl will er eine Verantwortung der Beteiligten als Mittäter durch Unterlassen begründen, indem er auf deren Garantspflicht aus Ingerenz hinweist. Hier tritt nun zunächst das Problem auf, ob eine Garantspflicht aus Ingerenz auch dann besteht, wenn im Vorhinein keine Aussicht besteht, durch eine Handlung den Erfolg abzuwenden, weil die anderen Beteiligten die erforderliche Mitwirkung verweigern würden. Es ist das Problem der Politbüroentscheidung.<sup>25</sup>

Vor allem aber fragt sich, ob nun eine gemeinsame Tatverabredung besteht, wenn alle Beteiligten es unterlassen, eine Revision des Beschlusses zu betreiben. Nach *Rotsch* besteht sie in dem Beschluss selbst. Aber der enthält keine Verabredung zu weiterem Verhalten, weder zu einem Tun, noch zu einem Unterlassen. Die Beteiligten hielten den Fall mit der Beschlussfassung ja für erledigt, zumal, da sie den Beschluss für rechtmäßig hielten. Die Erfüllung der Garantpflicht hätte zunächst darin bestanden, eine neue Sitzung des Gremiums einzuberufen, die Aufhebung des Beschlusses auf die Tagesordnung zu setzen und für diese Aufhebung zu argumentieren und zu stimmen. Das hätte jeder Gesellschafter für sich allein ohne Verabredung mit anderen tun können, und er hat es ohne Verabredung mit den anderen unterlassen.

Das Gremienproblem stellt sich also für das nachträgliche Unterlassen in genau der gleichen Weise, wie für das vorhergehende Tun.

---

<sup>22</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (7).

<sup>23</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (8).

<sup>24</sup> *Rotsch*, ZIS 2018, 1 (8 f.).

<sup>25</sup> BGHSt 48, 77 (92); dazu *Puppe* (Fn. 9 – NK-StGB), Vor §§ 13 ff. Rn. 124.

# Future Concepts of Law: Strafe ohne Staat

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Augsburg

## I. Von der nicht-staatlichen zur staatlichen Strafe – und zurück?

### 1. Verstaatlichung des Strafens

Am Abend fand Herr Becker einen anderen Mann bei seiner Ehefrau. Er stach seine untreue Gattin nieder und verletzte sie schwer. Die Ratsherren entschieden, dass Herr Becker den Ehebruch seiner Frau angemessen bestraft habe und verzichteten darauf, Frau Becker ein weiteres Mal zu sanktionieren. Dieser Fall einer anerkannten, privaten Strafe trug sich im Jahr 1416 zu.<sup>1</sup> Formen der Privatjustiz blieben in Deutschland lange verbreitet. Erst als die Landesfürsten ihr Gewaltmonopol durchsetzen und eine grosso modo gleichmäßige Rechtsanwendung gewährleisten konnten, erschien die staatliche Strafe den Untertanen als einzige legitime Reaktion auf die Verletzung grundlegender Rechte.<sup>2</sup>

Die Verbindung von Staat und Strafe verfestigte sich in der Folge nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in legitimierungstheoretischer und begrifflicher Hinsicht.<sup>3</sup> Für *Kant* verdient eine jede das Recht des Menschen kränkende Tat Strafe, „wodurch das Verbrechen an dem Täter gerecht (nicht bloß der Schaden ersetzt) wird.“ Die Strafe sei dabei kein „Akt der Privatautorität des Beleidigten, sondern eines von ihm unterschiedenen Gerichtshofes, der den Gesetzen eines Oberen über alle, die demselben unterworfen sind, Effekt gibt [...]“<sup>4</sup> Demzufolge strafe, so *Kant*, auch nicht das Volk, sondern „das Gericht (die öffentliche Gerechtigkeit)“<sup>5</sup> – wenn man so will: der institutionalisierte homo noumenon. *Hegel* zufolge ist dies eine „Forderung einer vom subjektiven Interesse und Gestalt sowie von der Zufälligkeit der Macht befreiten, so nicht rächenden, sondern strafenden Gerechtigkeit.“<sup>6</sup>

Die Entprivatisierung und Verstaatlichung der Strafe wurde im Laufe des 19. Jahrhunderts so selbstverständlich, dass sie nicht mehr hinterfragt wurde. Selbst *Friedrich Nietzsche*, demzufolge Sinn und Zweck der Strafe und Ausgestal-

tung des Strafrechts „flüssig“ sind, hält das „Drama“ der Strafvollstreckung und eine gewisse strenge „Abfolge von Prozeduren“ für unveränderlich.<sup>7</sup> Zu diesem Kern zählt der Umstand, dass nicht das Opfer der Straftat, sondern eine von ihm zu unterscheidende Körperschaft – staatliche Gerichte – das „Drama“ der Strafvollstreckung initiiert und inszeniert; dies habe sich, so *Durkheim*, als das dauerhafte Element in allen gesellschaftlichen Formen des Strafens erwiesen.<sup>8</sup>

Gefestigt wurde die Verbindung von Strafe und Staat dadurch, dass Fürsten und Könige des 19. Jahrhunderts das Strafrecht als wichtiges Symbol ihrer staatlichen Macht begriffen und dementsprechend einsetzten: Die bayerische Strafrechtsreform, die zu *Feuerbachs* berühmtem Bayerischen Gesetzbuch von 1813 führte, diente dem König von Bayern auch und vor allem als Ausweis moderner Staatsverwaltung und Beleg seiner Macht über die hinzugewonnenen Territorien.<sup>9</sup> Der preußische König und frisch gekrönte deutsche Kaiser erstreckte das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund bereits im Mai 1871 auf das soeben gegründete Deutsche Reich, während das Bürgerliche Gesetzbuch und das Handelsgesetzbuch erst 1900 in Kraft traten. Nicht nur aus politisch-symbolischen, sondern auch aus funktionalen Erwägungen war das Strafrecht an den Nationalstaat und seine innere Ordnung gebunden. Dem Strafrecht kam (und kommt) die Aufgabe zu, die innere Ordnung des Staates zu stabilisieren, und muss(te) zu diesem Zweck Anschluss an Kultur und Tradition des jeweiligen Landes halten und den von der Gesellschaft als bedrängend empfundenen sozialen Problemen begegnen. Eine internationalisierte Strafgesetzgebung oder supranationale Strafgewalt war daher aus (kriminal-)politischen Gründen undenkbar.

### 2. Der Staat als Träger aller echten Strafgewalt

Im Jahr 1916 diskutierten Strafrechtswissenschaftler in Deutschland und Österreich-Ungarn erstmalig über die Schaffung eines einheitlichen mitteleuropäischen Strafrechts. Im Zentrum der Debatte stand *Franz von Liszt*, der eine abgestimmte Strafgesetzgebung in den Staaten Mitteleuropas für eine Aufgabe „der allernächsten Zukunft“<sup>10</sup> hielt. Damit eilte *v. Liszt* seiner Zeit weit voraus. Jedoch dachte selbst er nicht daran, den Staat als Garantmacht des Strafrechts oder gar als zur Strafvollstreckung berechtigte Instanz zu verabschieden. Weder die Kompetenz zur Setzung von Strafrecht noch die Befugnis zur Durchsetzung des Strafrechts sollten vom Staat auf über- oder zwischenstaatliche Institutionen übertra-

<sup>1</sup> *Willoweit*, in: Hilgendorf/Weitzel (Hrsg.), *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*, 2007, S. 37 (43).

<sup>2</sup> Umfassend dazu die Beiträge in *Willoweit* (Hrsg.), *Die Entstehung des öffentlichen Strafanspruches*, 1999. Zum lange fortbestehenden Einfluss von Ständen und sozialen Genossenschaften auf die Verhängung von Strafe *Eb. Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, §§ 86 ff.; *Sieber*, in: *Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2014, *Einführung* Rn. 18.

<sup>3</sup> Vgl. *Pawlik*, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, S. 15 f., wonach die Verhängung der Strafe in einem formalisierten staatlichen Verfahren zum alltagssprachlichen und rechtlichen Begriff der Strafe zählt. Siehe ferner *Zürcher*, *Legitimation von Strafe*, 2014, S. 30.

<sup>4</sup> *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, Reclam Ausgabe, 1990, S. 460.

<sup>5</sup> *Kant* (Fn. 4), S. 335.

<sup>6</sup> *Hegel*, *Grundlinien der Rechtsphilosophie*, § 103.

<sup>7</sup> Dazu und zum Folgenden *Nietzsche*, in: *Vormbaum* (Hrsg.), *Strafrechtsdenker der Neuzeit*, 1998, S. 500, 508.

<sup>8</sup> *Durkheim*, *Über die Teilung der sozialen Arbeit*, 1977, S. 137 f.

<sup>9</sup> Zur politischen Bedeutung der bayerischen Strafrechtsreform und ihrer Ikonographie *Kubiciel*, in: *Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik* (Hrsg.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch*, 2014, S. 1 ff., 393 ff.

<sup>10</sup> *v. Liszt*, *ZStW* 38 (1917), 1 (4). Dazu *Kubiciel*, *JZ* 2015, 64.

gen werden. *Franz von Liszt* entwarf vielmehr einen Mechanismus, mittels dessen sich eine überschaubare Gruppe von Staaten auf ein weitgehend vereinheitlichtes Strafgesetzbuch verständigen sollte. Die Souveränität des Staates in Strafsachen sollte erhalten bleiben. *Franz von Liszt's* Vorstellung von der „Zukunft des Strafrechts“ sah anders aus als sein Plädoyer für ein mitteleuropäisches Strafgesetzbuch annehmen lässt: Er hielt einen Staat für denkbar, der ohne die Strafe im klassischen, tatschuldvergeltenden Sinne auskommt; an ihre Stelle sollte ein spezialpräventives Maßregelrecht treten.<sup>11</sup> Dass sich – umgekehrt – die Strafe und das Strafrecht vom Staat ablösen könnten, vermochte er sich nicht vorzustellen. Lediglich in einer Ausnahmesituation, am Ende des 2. Weltkrieges, sprachen internationale Militärtribunale, nicht Staaten, Recht. Sie schrieben ein Kapitel der Strafrechtsgeschichte, dem zunächst keine weiteren folgten. Die Prophezeiung *Jeschecks*, dass sich der Staat als „Träger aller echten Strafgewalt“ zurückziehen werde und Gebiete seiner Strafgewalt „übernationalen Gemeinschaften“ abtreten werde, blieb für ein halbes Jahrhundert unerfüllt.<sup>12</sup>

### 3. Tendenzen zur Entstaatlichung der Strafe

Dies hat sich grundlegend geändert. Heute setzt der Internationale Strafgerichtshof überstaatliches Recht gegen (para-)staatliche Makrokriminalität durch, während sich im Bereich der Alltagskriminalität der Staat die Gesetzgebung mit den verschiedensten internationalen Akteuren teilt. So hat die Europäische Union begonnen, das Strafrecht ihrer Mitgliedstaaten zu harmonisieren und internationale Organisationen wie die Vereinten Nationen, der Europarat oder die OECD schreiben den Staaten die Kriminalisierung von Wirtschafts-, Umwelt- und Cyberdelikten vor. Das Strafrecht ist zu einem gängigen Instrument transnationalen und internationalen Regierens geworden.<sup>13</sup> Damit reagieren die Staaten auf ihre geschrumpfte Handlungsmacht: Die Mobilität von Menschen, Waren und Daten haben grenzüberschreitende – im Internet sogar: grenzenlose – Räume entstehen lassen, in denen ein Staat allein nicht für die Durchsetzung des Rechts sorgen kann. Infolgedessen gehen Staaten eine Vielzahl von Kooperationen ein, um ihre Ordnungsansprüche in einer veränderten Kriminalgeographie einlösen zu können. Die internationalen Übereinkommen, die in Folge dieser Politikkoordination entstehen, sind Kompromisse. Sie führen in der Regel auch dazu, dass ein Staat verpflichtet wird, Verhaltensweisen zu kriminalisieren, die seine Bürger bzw. die betroffenen Ver-

kehrskreise nicht ohne weiteres als strafwürdig erachten.<sup>14</sup> Setzt der Staat das Übereinkommen gleichwohl um und werden seine Strafgerichte tätig, machen letztere zwar in formeller Hinsicht einen staatlichen Strafanspruch geltend; hinter diesem steht aber der *materielle* Inhalt einer überstaatlichen Institution bzw. eines zwischenstaatlichen Übereinkommens. Fragt der Angeklagte, weshalb sein Verhalten unter Strafdrohung stehe und weshalb er bestraft werde, lautet die Antwort: weil sich die Bundesrepublik Deutschland zur Kriminalisierung des fraglichen Verhaltens völkerrechtlich verpflichtet habe. Dass völkerrechtliche Vertragstreue kein hinreichender Strafgrund ist, liegt dabei auf der Hand.

Ob die Europäisierung und Internationalisierung zu einem Strafrecht führt, das sich vom Staat noch weiter löst, indem beispielsweise die Durchführung des Strafverfahrens und die Vollstreckung der Strafe auf die Europäische Union übertragen werden, vermag niemand mit Bestimmtheit zu sagen. Die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft mit ihren Ständigen Kammern, die auch judikative Funktionen übernehmen, deutet immerhin in diese Richtung.<sup>15</sup> Eine Weiterführung dieses Prozesses ist nicht ausgeschlossen,<sup>16</sup> zumal die Verbindung von Strafe und Staat nicht logisch oder rechtlich zwingender, sondern politischer Natur und daher veränderlich ist.<sup>17</sup> So wie das Strafrecht sich mit der Entwicklung der Gesellschaft verändert, so wandelt sich auch die Strafe. Diese ist zwar eine Rechtsinstitution,<sup>18</sup> wird aber gesellschaftlich präformiert, so dass nicht nur ihre äußere Gestalt und innere Rechtfertigung Veränderungen unterliegen. Auch der Umstand, dass heute in aller Regel der Staat die Strafe verhängt, um die mit der Strafverhängung verfolgten Aufgaben zu erfüllen, ist – als ein „Produkt historischer Kontin-

<sup>14</sup> Siehe zur Aufnahme des in Deutschland heftig umstrittenen sog. Geschäftsherrn-Modells in § 299 StGB *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos* Kommentar zum StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 299 Rn. 2 f.; *Gaede*, in: Rosenau/Leitner (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2016, § 266 StGB Rn. 3 ff.; *Hoven*, *NSZ* 2015, 553 (555 ff.); *Kubiciel*, *ZIS* 2014, 667; *Rübenstahl/Teubner*, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2017, § 299 Rn. 1 f.

<sup>15</sup> Einen „Legitimationsbruch“ sieht darin *Noltenius*, in: Jakl/Brunhöber u.a. (Hrsg.), *Recht und Frieden – Wozu Recht?*, ARSP-Beiheft 140 (2014), S. 148 (158). Umfassend zur Verordnung zur Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft *Brodowski*, *StV* 2017, 684.

<sup>16</sup> Die Spielräume im bestehenden Unionsrecht (vgl. Art. 288 AEUV) sind indes eng, wenn auch noch nicht ausgeschöpft, dazu *Kubiciel*, *öAnwBl.* 2017, 324.

<sup>17</sup> Siehe aber *Zaczyk*, *ZStW* 123 (2011), 691 (699 ff.), für den ein freiheitliches und damit legitimes Strafrecht nur denkbar ist, wenn die Strafgesetzgebung über eine demokratische Legitimationskette an den Bürger zurückgebunden ist, was im Staat, nicht aber innerhalb der Europäischen Union möglich sei.

<sup>18</sup> *Kubiciel*, *ZStW* 118 (2006), 44; *Neumann*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, 2007, S. 435.

<sup>11</sup> Zur spezialpräventiven Umdeutung der Strafgesetzgebung v. *Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, 1905, S. 1, 15 ff., insbes. S. 22. Zur Einordnung *Schild*, *ARSP* 70 (1984), 71 (102 ff.) Zur Renaissance dieses Gedankens in den 1970er Jahren siehe *Plack*, *Abschaffung des Strafrechts*, 1974, passim, insbes. S. 202.

<sup>12</sup> *Jescheck*, *ZStW* 65 (1953), 496 (497); dazu *Böse*, in: Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2013, § 1 Rn. 1.

<sup>13</sup> Umfassend und grundlegend *Meyer*, *Strafgenese in Internationalen Organisationen*, 2012.

genz<sup>19</sup> – nicht zwingend, sondern änderbar. In dem Maße, in dem der Nationalstaat seine Souveränität und Handlungsmacht an internationale oder supranationale Organisationen abgibt, kann sich auch die Strafgesetzgebung und Strafrechtsdurchsetzung vom Nationalstaat ablösen. Der Internationale Strafgerichtshof und die Europäische Staatsanwaltschaft markieren daher eher den Anfang als das Ende der Entwicklung.

Auch innerhalb seiner Grenzen ist der Staat immer öfter auf nicht-staatliche Kooperationspartner angewiesen: Ermittlungen in großen Unternehmen werden häufig von internen Untersuchungen durch Rechtsanwaltssozietäten begleitet, die ihre Ergebnisse der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stellen. Da letztere bei komplexen Verfahren schnell an die Grenzen ihrer Ressourcen stoßen, ist diese Hilfe willkommen und wird mit Nachlassen auf Strafe bzw. Unternehmensgeldbußen honoriert. Hier zieht sich der Staat zwar nicht vollständig zurück, wohl aber testet er Kooperationsformen, um das Recht unter erschwerten Bedingungen durchzusetzen.<sup>20</sup> Dazu zählt auch die Strategie, Straftatbestände vornehmlich als Impulsgeber für die Auslösung von Selbstheilungskräften bzw. Compliance-Maßnahmen einzusetzen.<sup>21</sup> So gesehen, haben Vorschriften wie die §§ 299a, 299b StGB vor allem eine „katalytische Funktion“, da sie Heilberufler, Verbände und Kammern dazu anhalten, sich um die Unterscheidung von zulässigen und unzulässigen Kooperationen zu bemühen.<sup>22</sup> Ihre Wirkung besteht mithin eher darin, eine private Regelkonkretisierung<sup>23</sup> und Selbstregulierung bzw. Selbstreinigung zu aktivieren als staatliche Ermittlungsverfahren zu initiieren.

## II. Strafe ohne Staat: Neue Phänomene, neue Forschungsfragen

### 1. Unbeantwortete grundlegende Fragen

Bereits die gerade skizzierten Entwicklungen werfen eine Vielzahl ungelöster Grundsatzprobleme auf. Mit Blick auf die Internationalisierung der Kriminalpolitik fragt sich vor allem, ob eine internationalisierte Strafgesetzgebung noch unter Hinweis auf demokratische Mitwirkungsrechte der Bürgerinnen und Bürger gerechtfertigt werden kann, wenn nationale Parlamente Strafnormen verabschieden, die ihnen internationale Übereinkommen oder Empfehlungen zwischenstaatlicher Evaluierungskommissionen vorschreiben.<sup>24</sup> Selbst wenn man diese Frage nicht pauschal verneint,<sup>25</sup> lässt sich nicht leugnen, dass der demokratische Legitimationsfa-

den umso dünner wird, je weiter sich der Prozess der Strafgesetzgebung von nationalen Parlamenten entfernt und auf die Ebene internationaler Organisationen bzw. Expertengremien verlagert. In dem Maße, in dem die prozedural-demokratische Legitimation schwindet, tritt die materielle Rechtfertigung von Straftatbeständen in den Vordergrund und damit die Frage, ob und wie sich grundrechtliche Mindeststandards der Strafgesetzgebung und Strafrechtsdurchsetzung transnational begründen lassen und wie deren Einhaltung garantiert werden kann.<sup>26</sup>

Soweit bereits die Strafverhängung internationalisiert ist, bedarf eine solchermaßen inter- bzw. supranationalisierte Strafe einer tragfähigen Legitimationsbasis. Dabei ist schon unklar, aus welcher Quelle die überstaatliche Instanz ihre Strafberechtigung gegenüber dem Einzelnen schöpft bzw. weshalb der Einzelne einer Instanz Gehorsam schuldet, die ihm keine demokratischen Mitwirkungsrechte und allenfalls punktuellen Schutz gewährt.<sup>27</sup> Sodann stellt sich bei einer internationalisierten Strafe mit besonderer Dringlichkeit die Frage, wie sich diese straftheoretisch rechtfertigen lässt.<sup>28</sup> Paradoxerweise ist dies im Hinblick auf völkerstrafrechtliche Delikte, die schwerste Menschenrechtsverletzungen betreffen, noch schwieriger zu beantworten als für die nationale Bestrafung von Alltagsdelikten: Zum einen verstoßen solche Taten zwar gegen Normen, die in vielen Ländern der Welt anerkannt sind, die aber in der Situation eines (Bürger-)Krieges oder in einer Diktatur keine Geltung haben, so dass eine retributive Strafbegründung nur schwer möglich ist. Zum anderen ist es sehr zweifelhaft, ob die gelegentliche Bestrafung von Menschenrechtsverletzungen wirklich jene generalpräventive Wirkung erzeugt, die man sich für die Zukunft von ihnen verspricht. Wenn aber schon die Grundlagen des (existierenden) Völkerstrafrechtsgebäudes unsicher sind,<sup>29</sup> ist von einer Erweiterung dieses Gebäudes tendenziell abzura-

ten.<sup>30</sup> Die „Reprivatisierung“<sup>31</sup> strafrechtlicher Ermittlungen ist nicht nur ein praktisch eminent wichtiges, sondern auch rechtsstaatlich heikles Thema, da bei privaten Untersuchungen andere Rechtsstandards gelten als im staatlichen Ermittlungsverfahren.<sup>32</sup> Letzteres macht interne Untersuchungen einerseits für Unternehmen und Strafverfolgungsbehörden attraktiv, andererseits ist dafür Sorge zu tragen, dass sie nicht in einer Weise durchgeführt werden, die strafprozessuale und

<sup>19</sup> Martins, ZIS 2014, 514 (518).

<sup>20</sup> Umfassend und grundlegend Bung, ZStW 125 (2013), 536.

<sup>21</sup> Dazu Kubiciel, ZStW 129 (2017), 473 (490 ff.).

<sup>22</sup> Kubiciel, WiJ 2016, 1 (9 f.).

<sup>23</sup> Treffend Pieth, in: Prittwitz/Baurmann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 317 (325). Am Beispiel der (strafrechtlichen) Regulierung der Pharmaindustrie Kuhlen, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Hassemer, 2010, S. 875, und insbes. S. 888.

<sup>24</sup> Umfassend dazu Meyer (Fn. 13), S. 653 ff.

<sup>25</sup> Zutreffend Meyer (Fn. 13), S. 709.

<sup>26</sup> Kubiciel, GA 2015, 61 (63 f.).

<sup>27</sup> Vgl. dazu am Beispiel des Strafanwendungsrechts Pawlik, ZIS 2006, 274.

<sup>28</sup> Umfassend Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005; Werkmeister, Straftheorien im Völkerstrafrecht, 2015. Aus kriminologischer Sicht Neubacher, ZIS 2015, 485.

<sup>29</sup> Treffend Gierhake, (Fn. 28), S. 30. Zustimmung Werkmeister (Fn. 28), S. 26.

<sup>30</sup> So R. Merkel während der Kölner Tagung.

<sup>31</sup> Zabel, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 733.

<sup>32</sup> Vgl. Rotsch, ZStW 125 (2013), 481 (488).

verfassungsrechtliche Mindeststandards unterläuft. Denn in einem solchen Fall nähmen nicht nur die Grundrechte der Betroffenen Schaden; auch das staatliche Strafverfahrenssystem trüge einen Legitimationsverlust davon, wenn es planmäßig mit Erkenntnissen arbeitete, die auf rechtsstaatlich zweifelhafte Art erlangt worden sind.<sup>33</sup>

## 2. Neuartige Phänomene und Fragestellungen

Während die gerade skizzierten Grundlagenfragen noch unbeantwortet sind, deuten sich bereits neue Entwicklungen an, deren Legitimationsprobleme noch nicht einmal erfasst, geschweige denn gelöst sind.

### a) Rechtsdurchsetzung im Internet bzw. sozialen Netzwerken

Am deutlichsten scheinen diese Entwicklungen in der virtuellen Welt auf, genauer: bei der Rechtsdurchsetzung im Internet, insbesondere im sog. Darknet und den sozialen Netzwerken. Der Satz von Bundeskanzlerin Angela Merkel, das Internet sei noch Neuland, ist zwar oft belächelt worden, trifft aber jedenfalls für das Recht und die Strafrechtswissenschaft zu. Geklärt hat sich in den letzten beiden Jahrzehnten der Ausbreitung des Internets nämlich lediglich, dass zwei Extrempositionen zu verwerfen sind.<sup>34</sup> Einerseits ist das Internet kein Ort, der sich selbst überlassen und von staatlichem Recht freizuhalten ist, sind es doch nicht zuletzt die Nutzer des Internets, die nach Schutz ihrer Grundrechte verlangen. Andererseits geht die von Politikern gern verwendete Formel, dass in der virtuellen Welt das Recht genauso gelte wie in der realen Welt, an der Wirklichkeit vorbei. Denn die Besonderheiten des Internets und von internetbasierten (sozialen) Netzwerken haben die Begehung von Straftaten erleichtert und die Rechtsdurchsetzung erschwert. Wer eine Filesharing-Software installiert, sich anonym in das Darknet begibt oder hinter einem Fake-Account bei Facebook versteckt, dem fällt es nicht nur in technischer Hinsicht, sondern auch psychologisch leichter, unberechtigt Filme oder Musik zu nutzen, nach verbotener Pornographie oder Waffen zu suchen oder andere zu beleidigen oder zu verleumden. Es kommt hinzu, dass die Aufklärung von Straftaten und die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs mit den für die reale Welt geschaffenen Mitteln des Strafverfahrensrechts im Internet schwer möglich ist. Und selbst wenn sich der Verbreiter urheberrechtlich geschützter Musik- und Filmdateien oder verbotener Pornographie bzw. der Verfasser eines volksverhetzenden Tweets unter großen Mühen feststellen lässt, ist damit weder der soziale Konflikt erledigt noch die Gefahr für Rechte Dritter gebannt: Denn die Dateien bzw. der Tweet sind noch in der virtuellen Welt und haben sich oft schon hundertfach weiterverbreitet, bevor eine Löschung gerichtlich angeordnet werden kann.

Dem Staat stehen in dieser Situation zwei Handlungsoptionen zur Verfügung. Zum einen kann er seine Institutionen – namentlich Strafverfolgungsbehörden und Gerichte – an die

Herausforderungen anpassen, indem er ihnen vereinfachte und schnellere Entscheidungswege eröffnet und vor allem sie mit der in der virtuellen Welt erforderlichen Technik (bildlich: vom Trojaner bis hin zu Auswertungsalgorithmen und künstlicher Intelligenz) ausstattet. Zum anderen kann er die Netzbetreiber oder Rechteinhaber gezielt zur Rechtsdurchsetzung einsetzen, indem er ein Rechtsregime schafft, das eine verstärkte Selbstregulierung und engagiertere Rechtsdurchsetzung „triggert“. Im vergangenen Jahr hat der Gesetzgeber bekanntlich für einen Teilbereich des Problems die zweite Handlungsoption gewählt: Das Gesetz zur Durchsetzung des Rechts in sozialen Netzwerken verpflichtet die Betreiber sozialer Netzwerke (NetzDG) zur Vorhaltung eines Beschwerde-Management-Systems, das für eine zeitnahe Löschung strafrechtswidriger Inhalte sorgt.<sup>35</sup> Damit soll gewährleistet werden, dass soziale Netzwerke, die für ihnen bekannte rechtswidrige Inhalte nach dem TMG verantwortlich sind, überhaupt auf Beschwerden reagieren und diese löschen, bevor sich die Rechtsverletzung vertieft. Diese Löschung setzt eine (partielle) Anwendung des Strafrechts voraus, da die sozialen Netzwerke die Strafrechtswidrigkeit eines Inhalts beurteilen oder diese Prüfung einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung (vgl. § 3 Abs. 6 NetzDG) überlassen müssen. Gleichwohl ist die Löschung der Inhalte keine Strafe im engeren Sinne und soll auch ein mögliches Strafverfahren nicht ersetzen. Dessen ungeachtet wird sie von vielen Nutzern als Quasi-Strafe empfunden, da die sozialen Netzwerke auf eine strafrechtswidrige Handlung mit einer als Übel verstandenen Löschung antworten. Da diese Löschung mittelbar vom Staat angeordnet wird, sehen die Kritiker des NetzDG darin eine unzulässige Privatisierung der (Straf-) Justiz.<sup>36</sup> Ob das NetzDG ein rechtspolitischer Irrweg oder ein innovativer Ansatz zur Durchsetzung des Rechts in der virtuellen Welt ist, ist nicht ausgemacht. Klar ist bislang nur, dass die für die reale Welt entwickelten, langsamen Rechts- und Kriminalrechtssysteme an ihre Grenzen stoßen, wenn sie soziale Konflikte in der virtuellen Welt befrieden sollen. Ohne die Entwicklung von Alternativen, ohne eines „future concepts of criminal law“ werden sich die Herausforderungen nicht lösen lassen.

### b) Neue Formen gesellschaftlicher Strafen

Ein weder vom Staat noch der Wissenschaft initiiertes neuartiges Phänomen ist die gelegentlich aufscheinende Renaissance gesellschaftlicher Strafen, namentlich Verfahren des „naming and shamings“ oder Boykottaufrufe. Diese lösen nicht die Forderung *Nils Christies* nach der „Rückgabe des Konflikts“ durch den Staat an die Gesellschaft ein.<sup>37</sup> Vielmehr reklamieren gesellschaftliche Gruppen ein eigenes

<sup>35</sup> § 3 NetzDG. Dazu nur *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 7/2017.

<sup>36</sup> Aus dem vielstimmigen Chor der Kritiker siehe nur *Guggenberg*, ZRP 2017, 98; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721; *Spindler*, K&R 2017, 533. Gegenkritik bei *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 7/2017.

<sup>37</sup> Vgl. *Christie*, Grenzen des Leids, 1986, S. 125 ff. Kritisch dazu *Neumann*, in: Neumann/Prittowitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung der Strafe, 2005, S. 89 (92 ff.).

<sup>33</sup> Dazu *Kaspar*, GA 2013, 206; *Kubiciel*, GA 2013, 226.

<sup>34</sup> Dazu und zum Folgenden *Kubiciel*, GA 2013, 226 (236 ff.).

Sanktions„recht“ für einen Konflikt, dessen rechtliche Existenz nicht gerichtlich festgestellt worden ist, ja nicht einmal an der Behauptung einer Rechtsverletzung anknüpft. Da solche gesellschaftlichen Sanktionen – im Unterschied zum NetzDG – weder vom Staat getriggert noch regelgeleitet vollzogen werden, können sie staatliche Sanktionen nicht nur nicht ersetzen; sie können nicht einmal als normativ und funktional gleichwertig bzw. gleichartig an die Seite staatlicher Rechtsfolgen treten. Zudem zielen sie mehr auf die Verschärfung eines sozialen Konflikts als auf dessen Beilegung bzw. Befriedung. Daher lassen sie sich auch nicht mit dem sich im (Wirtschafts-)Privatrecht ausbreitenden Phänomen privater „alternative dispute resolutions“ vergleichen.<sup>38</sup> Gleichwohl spiegeln sie ein gesellschaftliches Bedürfnis nach Sanktionierung, das staatliche Institutionen und Verfahren nicht befriedigen können und das wegen seiner (zumindest schwachen) Institutionalisierung etwas qualitativ anderes ist als ein individueller Racheakt.

c) *Transnationalisierung des Verfahrens*

Neuartig ist schließlich das Phänomen transnationaler Strafrechtsdurchsetzung im europäisierten Strafverfahren. Die Rechtshilfe innerhalb der Europäischen Union hat mittlerweile eine Struktur angenommen, die sich grundlegend von der klassischen zwischenstaatlichen Rechtshilfe unterscheidet. Anstelle von zwei klar voneinander zu unterscheidenden Verfahren – dem Strafanspruch des einen Staates, der mit Hilfe eines anderen, rechtshilfeleistenden Staates durchgesetzt werden soll – amalgamieren innerhalb der Europäischen Union beide Verfahren zu einer neuartigen Form. Diese lassen nicht nur das bereits oben angesprochene strafrechtstheoretische Problem einer supra- oder jedenfalls transnationalen Strafe in einem neuen Licht erscheinen, sondern werfen auch die bislang nicht beantwortete Frage nach der Gewährleistung eines hinreichenden Grundrechtsschutzes auf.

### III. Future Concepts of Law

Den beiden zuletzt (unter II. 2. b) und c) genannten Entwicklungen widmen sich die beiden nachstehenden Beiträge.<sup>39</sup> Ihnen liegen Vorträge zugrunde, die *Jochen Bung* (Hamburg) und *Frank Meyer* (Zürich) im Januar 2016 auf Einladung des *Verfassers* und seines (damaligen) Kölner Kollegen *Dan Wielsch* im Rahmen der Veranstaltungsreihe „Future Concepts of Law“ gehalten haben.<sup>40</sup> Ein dritter Vortrag, den *Reinhard Merkel* (Hamburg) zur Zukunft des Völkerstrafrechts gehalten hat, liegt leider nicht als Manuskript vor. Ganz im Sinne der Vortragsreihe formulieren die hier publizierten Texte keine Antworten, sondern widmen sich einer (möglichen) Zukunft des Strafrechts.

---

<sup>38</sup> Dazu zuletzt *Basedow*, JZ 2018, 1 (7 ff.).

<sup>39</sup> *Bung*, ZIS 2018, 65; *Meyer*, ZIS 2018, 68.

<sup>40</sup> Zu dieser Reihe und zur ersten Veranstaltung siehe *Schiffbauer*, JZ 2015, 718.

# Future Concepts of Law: Konturen eines Privatstrafrechts der Antidiskriminierung\*

Von Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Hamburg

## I. Strafen ohne Staat – Freilegung eines Gegenstands

Man kann das Thema „Strafe ohne Staat“ schnell abhandeln, indem man Strafe als etwas einführt, das per definitionem eine staatliche Veranstaltung ist.<sup>1</sup> Strafe ohne Staat ist dann etwas, was es gar nicht gibt. Im herkömmlichen Begriff der Kriminalstrafe ist das angelegt. Aber eine solche Voraussetzung ist zu normativ, zu eng, für eine wissenschaftliche Untersuchung zu wenig ergiebig. Weiterführende Untersuchungen zur Strafe haben immer mit weiteren Strafbegriffen gearbeitet. Ein eindrucksvolles Beispiel ist die Studie von *Edwin Sutherland* über „White Collar Crimes“.<sup>2</sup> Solche Straftaten gibt es zum Zeitpunkt der Untersuchung noch gar nicht. Jedenfalls gibt es im strengen Sinne des Begriffs vom Kriminalrecht keine solchen Straftatbestände, die den heute so selbstverständlichen Bereich des Wirtschaftsstrafrechts ausmachen. Der Gegenstandsbereich der White Collar Crimes musste erst gewonnen, er musste durch seine Untersuchung erst konstituiert werden. *Sutherland* greift für dieses Unternehmen in großem Umfang auf Verfahrensdokumente zurück, die keinem Strafprozess entstammen. Er analysiert diese Dokumente nach ihrem kriminologisch relevanten Gehalt und gewinnt so einen weiten Begriff von Strafe, über den er den neuen Gegenstand einführt.

Folgt man einer verbreiteten Begriffsbestimmung, lässt sich Strafe als Ausdruck der Missbilligung eines individuellen Verhaltens bestimmen, die mit der Zufügung eines Übels nicht notwendigerweise verbunden sein muss (vgl. §§ 59, 60 StGB<sup>3</sup>), aber regelmäßig und typischerweise verbunden ist.<sup>4</sup> Ich will mich hier nicht mit der Überlegung aufhalten, dass bereits der Umstand, zum Adressaten eines Unwerturteils gemacht zu werden, als Zufügung eines Übels betrachtet werden kann. Für eine solche Annahme gibt es durchaus Gründe. Vieles spricht jedoch für die analytische Trennung

beider Begriffselemente (Unwerturteil plus Übelszufügung), weil man dann die Übelszufügung als dauerhafte oder temporäre Einschränkung von sozialen Partizipationsmöglichkeiten rekonstruieren kann, während der missbilligende Sprechakt als solcher noch keine solche Einschränkung bedeuten muss.

Jedenfalls kommunizieren Gesellschaften, Gemeinschaften oder, ganz allgemein, Gruppen in mancherlei Fällen Abwertung und schränken Partizipationsmöglichkeiten ein und lassen sich insoweit als strafende Sozialpraktiken bestimmen, ohne dass schon der Staat in irgendeiner Weise ins Spiel gebracht worden wäre. Zum Teil geht es hierbei um Strafen, deren Bedeutung von vornherein keine öffentliche Aussagekraft zukommt. Denken wir etwa an das Fernsehverbot der Eltern, mit dem sie ein Kind disziplinieren wollen. Solche privaten Strafpraktiken von lediglich partikularer Bedeutung interessieren mich hier nicht. Ebenso wenig interessieren mich Ausprägungen privater Sanktionsregimes, die, wie etwa Vertragsstrafen, ein synallagmatisches Interessenverhältnis zwischen zwei Parteien ausgestalten. Mich interessieren Strafen, die ohne Beteiligung des Staates zustande kommen und denen zugleich eine Aussagekraft für die gesamte Gesellschaft zukommt oder zukommen soll. Während lokale außerstaatliche Strafpraktiken ein bekanntes und alltägliches Phänomen darstellen, handelt es sich bei außerstaatlichen Strafpraktiken mit öffentlichem Anspruch um ein neues Phänomen, das sich derzeit noch entwickelt und daher nicht abschließend beobachtet und bewertet werden kann.

## II. Private Strafpraktiken mit öffentlichem Anspruch

Ich nenne zwei Beispiele: Münchner Kreditinstitute haben dem Vorsitzenden einer rechtspopulistischen und islamfeindlichen Partei Girokonten gekündigt. In einer Stellungnahme des Genossenschaftsinstituts Münchner Bank wird die öffentliche Bedeutung des Vorgangs unmissverständlich hervorgehoben: „Die genossenschaftlichen Werte basieren auf einem friedlichen Miteinander von Menschen unterschiedlicher Herkunft und Religion. Die Münchner Bank e.G. will daher nicht – wie vom Kontoinhaber im Internet veranlasst – in einem Atemzug mit Aktionen genannt werden, die die Menschenwürde verletzen und dieses friedliche Miteinander bedrohen.“<sup>5</sup>

Ein zweites Beispiel: Ein deutsches Automobilunternehmen kündigt einem Auszubildenden, der einen menschenverachtenden Kommentar auf seiner Facebookseite veröffentlicht hatte. Die freiwillige Feuerwehr einer oberösterreichischen Gemeinde hatte an einem heißen Sommertag syrische Flüchtlinge mit einer Wasserdusche erfrischt. Der Lehrling kommentierte auf Facebook, dass Flammenwerfer die bessere Lösung seien. Der Autobauer reagierte prompt und ließ durch einen Sprecher mitteilen: „Der Lehrvertrag wurde mit sofortiger Wirkung gekündigt.“

\* Vortrag im Rahmen der Veranstaltungsreihe „Future Concepts of Law – Kölner Forum zur Zukunft des Rechts“ an der Universität zu Köln am 28.1.2016.

<sup>1</sup> Vgl. z.B. die Begriffsbestimmung von *Hobbes*, wonach „Beleidigungen und Rache einzelner Bürger nicht eigentlich Strafe [sind]; denn sie rühren nicht vom Staate her“, *Hobbes*, *Leviathan*, Übers. der lat. Ausgabe von 1668, Reclam Ausgabe 1986, S. 230 (2. Teil, Kap. XXVII). Diese Definition ist freilich auch für erweiternde Zugriffe auf das Thema offen, denn mit der Strafe im uneigentlichen Sinne kommen eben gerade jene Formen von Strafe in den Blick, die unabhängig vom Staat praktiziert werden und denen man gleichwohl nicht sinnvoll den Charakter von Strafen absprechen kann. *Hobbes* selbst bezieht den Strafbegriff produktiv auf außerkriminalrechtliche Zusammenhänge, so etwa in seiner Abgrenzung zur „feindseligen Tat“, die später von *Günther Jakobs* aufgegriffen wurde.

<sup>2</sup> *Sutherland*, *White Collar Crime*, 1948; *Sutherland* verwendet den Begriff erstmals 1939.

<sup>3</sup> Verwarnung mit Strafvorbehalt, Absehen von Strafe.

<sup>4</sup> *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl. 2014, S. 15 ff.

<sup>5</sup> SZ Online v. 30.9.2013

<http://www.sueddeutsche.de/muenchen/rechte-partei-die-freiheit-banken-kuendigen-stuerzenbergers-konten-1.1784508> (19.1.2018).

tiger Wirkung vorzeitig beendet. Wir lehnen jegliche Art der Diskriminierung strikt ab. Dieser Vorfall hat uns daher zum Handeln gezwungen.“<sup>6</sup>

Ob diese Vorgänge mit den Regeln des Privat- oder Arbeitsrechts konform sind, ist hier nicht der interessante Punkt. Maßgeblich ist, dass beide Vorgänge nach der vorgeschlagenen allgemeinen Definition als Verhängung von Strafen beschrieben werden können. In beiden Fällen wird in Bezug auf ein bestimmtes individuelles Verhalten ein Unwerturteil ausgesprochen und zwar eines, das an universell gültige Normen, nämlich Menschenrechte und den Gedanken der Gleichheit in seiner Ausprägung als Prinzip der Nichtdiskriminierung appelliert. Und in beiden Fällen wird das Unwerturteil öffentlich kommuniziert und den Verurteilten das Übel einer Beschränkung sozialer Partizipationsmöglichkeiten auferlegt.

Unschwer lassen sich die beschriebenen Sanktionspraktiken auch im Lichte der herkömmlichen Strafzwecke als Bestrafungsvorgänge deuten. Bedenkt man etwa, dass in Umsetzung einer EU-Richtlinie ab 2016 jeder das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu einem Bankkonto haben soll,<sup>7</sup> lässt sich vor diesem Hintergrund die Kündigung eines Kontos aus dem Gesichtspunkt der Antidiskriminierung als retributive Maßnahme darstellen: Wenn diskriminierungsfreier Zugang zu einem Bankkonto ein Menschenrecht ist, dann ist die Diskriminierung des Diskriminierers durch Kontokündigung ein Akt der Vergeltung. Ohne Schwierigkeiten lassen sich den beschriebenen Sanktionspraktiken auch generalpräventive Zwecksetzungen entnehmen: Abschreckung potentieller Diskriminierer sowie die Bestätigung des Vertrauens in die Unverbrüchlichkeit der Geltung elementarer menschenrechtlicher Normen. Dass es der Münchner Bank und Porsche auch um Selbstdarstellung und Integritätsmanagement geht, ist geschenkt. Das ist auch bei staatlichem Strafen der Fall. Auch staatliches Strafen lässt sich ohne Schwierigkeiten aus dem Selbstdarstellungs- und Integritätsinteresse jenes Großunternehmens begründen, dessen normative Grundlage der Gesellschaftsvertrag ist. Was der Autor einer kritischen Auseinandersetzung mit der Porsche-Entscheidung bemerkt, gilt für öffentliche wie private Akteure gleichermaßen, dass sie es sich nicht leisten können, „eine solche Aussage unwidersprochen stehen zu lassen“<sup>8</sup>.

Von diesem Standpunkt aus stellt sich freilich, für staatliches wie außerstaatliches Strafen gleichermaßen, die Frage nach der Angemessenheit des Strafmaßes. Gerade im Fall des gefeuerten 17-jährigen Kfz-Lehrlings mag zweifelhaft erscheinen, ob die fristlose Kündigung seines Ausbildungsplatzes eine sinnvolle Maßnahme ist. Zweifel an Sinn und Angemessenheit lassen sich gerade in Fällen von Jugendverfehlungen aus dem Erfordernis einer spezialpräventiven Begründung der Strafe anmelden. So schreibt der Autor in seiner Kritik der Porsche-Entscheidung: „Bestrafung hat noch ein anderes Ziel: Täter sollen aus ihren Fehlern lernen und ihr Verhalten hinterfragen. [...] Straffällige Jugendliche brauchen Unterstützung und Betreuung, keine soziale Isolation. Beim Porsche-Lehrling ist es genauso.“<sup>9</sup> Es ist naheliegend zu vermuten, dass das neue Privatstrafrecht der Antidiskriminierung, eben weil es noch ein unentwickeltes und formal unabgesichertes Feld darstellt, die Gefahr birgt, den Gedanken der reintegrativen Funktion der Strafe gegenüber generalpräventiven und retributiven Faktoren zu vernachlässigen. Aber auch dies ist keine spezielle Eigenschaft der hier beschriebenen außerstaatlichen Bestrafungsformen, sondern allgemein das Problem von jungen, noch in der Entwicklung begriffenen Strafordnungen, die sich großer Themen annehmen, wie man ganz gut am Völkerstrafrecht sehen kann, bei welchem dem Resozialisierungsinteresse bislang auch kein maßgebliches Begründungsgewicht zukommt.

Die schwache Ausprägung des Reintegrationsinteresses bedeutet noch keine Delegitimierung dieser neuen Strafpraktiken, sie müssen sich aber im Interesse ihrer eigenen Integrität am menschenrechtlichen Maßstab des Erfordernisses messen lassen, dass in einer aufgeklärten humanen Gesellschaft nicht ohne Absicht auf Reintegration gestraft werden darf. Dauerhafte soziale Exklusion ist nur im äußersten Grenzfall eines Akteurs denkbar, der jederzeit und unabsehbar eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben anderer Personen darstellt, ansonsten ist sie, wie gerade die jüngeren Auseinandersetzungen um die Sicherungsverwahrung gezeigt haben, unverhältnismäßig und die neuen Strafpraktiken, gerade weil sie die horizontale Geltung menschenrechtlicher Normen beanspruchen und bekräftigen, müssen sich selbst an diese Normen gebunden fühlen.

### III. Veränderte gesellschaftliche Empfindlichkeiten

Es ist gut möglich, dass die beschriebenen Strafpraktiken, denen ich Konturen eines neuen Privatstrafrechts der Antidiskriminierung entnehme, an Umfang und Bedeutung zunehmen werden. Sie bilden insofern, um mit Bezug auf den Titel dieser Vortragsreihe zu sprechen, ein „future concept of law“. Dies jedoch in wirklichkeitshaltiger Weise nur dann, wenn sie als Reflexionsformen gesellschaftlicher Entwicklungen mit einer Befindlichkeit korrelieren, die sich als gesteigerte Empfindlichkeit für jene Art von friedensstörenden Akten wahrnehmen lässt, die darin besteht, dass man andere über eine kollektivierende Zuschreibung aus einem privilegierten Kollektiv ausschließt. Es ist nicht sicher, dass die in vielen Gesellschaften zu beobachtende gesteigerte Empfind-

<sup>6</sup> Spiegel Online v. 24.7.2015

<http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/oesterreich-porsche-entlaesst-lehrling-wegen-hass-kommentar-a-1045306.html> (19.1.2018); siehe auch den ähnlichen Fall Spiegel Online 25.8.2015

<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/kommentar-gegen-fluechtlinge-awo-kuendigt-mitarbeiterin-a-1049774.html> (19.1.2018).

<sup>7</sup> ZEIT Online 13.6.2015

<http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-06/bankkonto-fluechtlinge> (19.1.2018).

<sup>8</sup> Hurz, SZ Online v. 26.7.2015

<http://www.sueddeutsche.de/politik/porsche-lehrling-rassismus-gehoert-geachtet-aber-nicht-so-1.2583179> (19.1.2018).

<sup>9</sup> Siehe Fn. 8.

lichkeit für den Unrechtscharakter solcher Akte nicht wieder rückläufig werden könnte, dass Gesellschaften wieder zu robusteren Referenzrahmen des Dazugehörens und Nichtdazugehörens übergehen, wie es zum Teil schon heute – man denke nur an die gegenwärtige Flüchtlingsdiskussion oder die allenthalben zu beobachtenden Re-Nationalisierungsprozesse – zu bemerken ist.

Eine Gesellschaft aber, die sich durch eine gesteigerte Empfindlichkeit für das Unrecht öffentlich artikulierter Missachtung von gleichen Achtungsansprüchen anderer Personen und Personengruppen ausweist, wird ihre Strafpraktiken ganz sicher nicht auf formalisierte kriminalverfahrensrechtliche Prozeduren beschränken, sondern ein Privatstrafrecht der Antidiskriminierung ausbilden, das für die Herstellung eines innergesellschaftlichen Friedenszustands eine wichtigere Rolle spielen könnte als das Kriminalstrafrecht im engeren, offiziellen Sinne.

Man muss sich in diesem Zusammenhang daran erinnern, dass es eine ehrwürdige Tradition der liberalen Staatsbegründung gibt, wonach die Verfolgung bestimmter Angriffe auf Achtungsansprüche der Person (herkömmlich: Beleidigungen) gar nicht zu den Aufgaben staatlicher Strafverfolgung gehört. Für *Hobbes* ergibt sich die Unzuständigkeit des Staates aus dem naturrechtlichen Gebot, dass man nicht schnell beleidigt sein darf.<sup>10</sup> Dieser Punkt wird bereits von *Grotius* ausführlich erörtert und unter Einbeziehung christlicher Verhaltensregeln einer ähnlichen Empfehlung zugeführt.<sup>11</sup> Freilich haben sowohl *Grotius* als auch *Hobbes* nur Verletzungen der Individuallehre vor Augen, nicht aber jene Fälle, in denen die Verletzung des Achtungsanspruchs der Person über die Einbeziehung in ein als nicht gleichwertig erachtetes Kollektiv vermittelt ist. Friedensstörende Akte, mit denen sich das neue Privatstrafrecht der Antidiskriminierung beschäftigt, lassen sich kaum mit einem individuellen Ethos des aufgeklärten Desinteresses kompensieren. Die Gesellschaft kann es sich, um die oben zitierte Wendung aufzugreifen, nicht leisten, die Negation der Geltung menschenrechtlicher Elementarnormen un widersprochen zu lassen.

Da es bei diesen Elementarnormen um *zwischenmenschliche* Normen geht, ist es von erheblicher Bedeutung, dass nicht nur der Staat als Garant ihrer Unverbrüchlichkeit auftritt, sondern dass sie gerade auch in außerstaatlichen Zusammenhängen bekräftigt werden. Das neue Privatstrafrecht der Antidiskriminierung belegt und bekräftigt insofern nichts anderes als die unmittelbare Horizontalwirkung von Grund- und Menschenrechten. Es bestätigt auch die rechtssoziologische Vermutung einer „sich weltweit durchsetzende[n] Empfindlichkeit“ für Situationen, „in denen Rollenasymmetrien durch eine externe Referenz festgeschrieben und als unumkehrbar behandelt werden.“<sup>12</sup>

<sup>10</sup> *Hobbes* argumentiert, „dass diejenigen, welche durch Worte aufgebracht werden können, völlig unbrauchbare Bürger sind“, *Hobbes* (Fn. 1), S. 249 (2. Teil, Kap. XXVII).

<sup>11</sup> *Grotius*, Drei Bücher über das Recht des Krieges und des Friedens, 1869, S. 225 f. (2. Buch, Kap. 1, X).

<sup>12</sup> *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 580.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Moderne Gesellschaften entwickeln vielfach eine gesteigerte Empfindlichkeit für den Unrechtscharakter von artikulierter Missachtung des gleichen Achtungsanspruchs anderer Personen und Personengruppen. Zum Teil sind solche Missachtungen über positives materielles Strafrecht erfasst, im Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts etwa über §§ 185 ff. oder 130 StGB. Das Kriminalisierungsbedürfnis diskriminierungsempfindlicher Gesellschaften wird aber durch die Aktivierung dieser Normen in herkömmlichen kriminalverfahrensrechtlichen Handlungsprogrammen nicht abgedeckt. Es bildet sich ein informelles Antidiskriminierungsstrafrecht heraus, dessen Eingriffsintensität regelmäßig höher ist, als die Auswirkungen einer formellen kriminalrechtlichen Sanktion. Beispielhaft: Verlust des Arbeits- oder Ausbildungsplatzes, Entziehung der Kontoführungserlaubnis und dergleichen.

Dass die entsprechenden Eingriffe als Bestrafungsvorgänge erfasst werden können, wird durch eine allgemein anerkannte Definition von Strafe ermöglicht, wonach Strafe eine Übelzufügung ist, die durch ein sozialetisches Unwerturteil in Bezug auf individuell zu verantwortendes Fehlverhalten begründet ist. Durch das Unwerturteil wird im privaten Antidiskriminierungsstrafrecht bekräftigt, dass menschenrechtliche Normen auch horizontale Geltung beanspruchen. Um sich nicht in ein widersprüchliches Selbstverhältnis zu setzen, müssen die neuen Sanktionspraktiken dabei berücksichtigen, dass auch sie dem Kriterium der Angemessenheit genügen müssen, das sich in herkömmlicher Weise im Zusammenspiel der retributiven und präventiven Strafzwecke darstellen lässt. Insbesondere muss auch das neue private Antidiskriminierungsstrafrecht berücksichtigen, dass es neben Vergeltung, Abschreckung und Normgeltungsbekräftigung darum geht, dem Bestraften eine Perspektive der Reintegration zu gewähren. In dieser Hinsicht bleibt das neue Privatstrafrecht der Antidiskriminierung häufig hinter den Leistungen formeller strafrechtlicher Verhaltenskontrolle zurück.

Dieser Aspekt ist jedoch nur ein Anknüpfungspunkt dafür, neue Sanktionspraktiken kritisch zu begleiten, kein grundsätzlicher Einwand gegen eine Praxis, deren Vernünftigkeit sich aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit ergibt. Die Sicherung von zivilisatorischen Mindeststandards der Anerkennung kann vom Staat allein gar nicht bewerkstelligt werden, weil die Mindeststandards interpersonaler Anerkennung nicht in einem Subordinationsverhältnis generiert, sondern in einem System der Reziprozität etabliert werden. Insofern sind gerade private Akteure berufen, dieses System im Falle seiner Negation mittels eklatanter Missachtungsgesten durch Sanktionierung zu bekräftigen. Weil diese Bekräftigung in ihrer Aussagekraft über das private Verhältnis hinausgeht, lassen sich die entsprechenden Sanktionspraktiken rechtssoziologisch ohne weiteres als Recht ansprechen, als ein Beleg dafür, dass die Zukunft des Rechts in wachsendem Umfang auch darin bestehen könnte, dass Strafe ohne Beteiligung des Staates stattfindet. Um diese Entwicklung zu erfassen, muss man über den engen Horizont einer juristischen Analyse hinausgehen: „Denn das Rechtssystem beruht nicht nur auf den systemeigenen Sanktionen [...], sondern auch auf gesellschaftsweiter Resonanz festgestellter Rechtswidrigkeit, die zusätzlich motiviert, sich ans Recht zu halten.“<sup>13</sup>

<sup>13</sup> *Luhmann* (Fn. 12), S. 585.

# Strafe ohne Staat? Zukunftskonzepte für ein transnationales Strafrecht

Von Prof. Dr. Frank Meyer, Zürich

## I. Einleitung

Im Fokus des Beitrags stehen die strafrechtlichen Entwicklungen im über- und transstaatlichen Bereich. Dabei wird das Thema der Veranstaltung „Strafe ohne Staat“ nicht selbst zu einem zu explorierenden Konzept gemacht, sondern als Hypothese verstanden, welche die Suche nach Konzepten anleiten soll. Ist die Rede von „Strafe ohne Staat“, dann sind damit aus Sicht des Strafrechtlers Phänomene angesprochen, die gerne als Entstaatlichung, Verdrängung des Staates oder Privatisierung der Rechtspflege verschlagwortet werden. Am Ende dieser Evolution stünde gar ein transnationales Recht einer globalen Gesellschaft, unter deren gestaltungsmächtigen Akteuren der Staat nur einer unter vielen ist, dafür aber Private und internationale Organisationen eine umso größere Rolle bei Normgebung, Ermittlungen und Sanktionierung spielen.<sup>1</sup> Ich halte dieses Bild weder für eine treffende Momentaufnahme noch für eine realistische Prognose des Endpunkts einer angestrebten oder laufenden Entwicklung.

Der Beitrag wird deshalb mit der Gegenthese eröffnet, dass der Abgesang auf den Staat verfrüht ist und es der rechtlichen Diskussion schadet, wenn der Ist-Zustand nicht scharf in den Blick genommen wird. Zu ihrer Untermauerung muss ich es hier bei einer notwendig skizzenhaften Bestandsaufnahme bewenden lassen, die uns aber gleichwohl zu den drei Hauptproblembereichen führen wird, bei denen „future concepts“ ansetzen müssen. Es sind dies:

1. das Proprium der Kriminalstrafe,
2. die Begründung und Allokation von Strafhoheit,
3. der Grund- und Menschenrechtsschutz.

Das Nachdenken über „Strafe ohne Staat“ verlangt zunächst einmal eine Vergewisserung darüber, was wir eigentlich unter Kriminalstrafe verstehen.<sup>2</sup> Denn möglicherweise ist Kriminalstrafe konzeptuell untrennbar an den Staat oder zumindest andere Formen konstitutionalisierter gesellschaftlicher Selbstbestimmung (mit eigenem Gewaltmonopol) gebunden. Dies lässt sich aktuell überzeugend vertreten, weil nur staatliche Gremien den wohl unerlässlichen gesellschaftlich-expressiven Gehalt von Kriminalstrafe zum Ausdruck bringen und die dafür erforderliche Rechtsförmigkeit herstellen können.<sup>3</sup> Private funktionale Äquivalente zum strafrecht-

lichen Rechtsgüterschutz gibt es dann schlichtweg nicht.<sup>4</sup> Mit einem solchen Begriffsverständnis wäre daher gleich zu Beginn zu konstatieren, dass sich die Staatenwelt, außer im Bereich des Völkerstrafrechts, den theatralischen Akt der Bestrafung vorbehält und es eben nicht so ist, dass der Staat (private und supranationale) Sanktionsakteure ohne Weiteres neben sich erwachsen lässt.

Richtig ist aber ganz gewiss, dass es zu tektonischen Verschiebungen gekommen ist. Kennzeichnend für diese ist aber weder die Verdrängung des Staates noch eine großflächige Ausdifferenzierung der transnationalen Strafrechtspflege, sondern: Der Staat kämpft. Und das muss er auch, denn es ist schon fast eine Binsenwahrheit, dass die Handlungsmacht des Staates sich nicht mit den kriminalgeografischen Risikoräumen deckt, deren Wirkungen er ausgesetzt ist. Das können wir bei der Schlepperkriminalität tagtäglich in den Medien beobachten. Zahl und Erscheinungsformen grenzüberschreitender Zusammenhänge nehmen auf allen Ebenen menschlicher Gesellschaften laufend zu.<sup>5</sup> Der Staat muss daher reagieren und sich Handlungspotenziale und Verfolgungsmöglichkeiten innerhalb der für ihn bedeutenden kriminalgeografischen Räume erschließen. In diese komplexen internationalen Kooperationsbeziehungen bringt der Staat als elementare Fähigkeit seine Kompetenz zu strafen, aber auch sein noch immer fast exklusives Recht zur Vornahme von prozessualen Zwangsmaßnahmen ein.<sup>6</sup> Zwar ist der Staat auf Kooperation angewiesen, wenn Straftaten im nur schwer durchschaubaren Innenleben großer (multinationaler) Unternehmen ihren Ursprung haben (Stichwort: Compliance) oder es primär Private sind, die über besonders vitale Informationen verfügen (Stichwort: Vorratsdaten), doch gibt er das Heft nicht aus der

invasiv wäre. Jede Konzeptionierung privater Übelzufügung als Strafe muss daher eine ganze Reihe kritischer Fragen beantworten können. Dies beginnt schon bei ganz banalen Fragen. Wer ist für eine Sanktionierung zuständig? Wer sorgt für die Einhaltung von Proportionalität? Wie ist eine solche überhaupt zu bemessen? Müssen Private einer bestimmten Strafzwecklehre folgen und woraus folgte eine solche? Gilt der ne-bis-in-idem-Grundsatz für solche Sanktionen? Welche schützenden Formen bestehen bei der Ermittlung der Sanktionssachverhalte durch Private? Gibt es Rechtsschutz? Welche Entschädigung ist für rechtswidrige und v.a. unverhältnismäßige Sanktionierung vorzusehen und von wem? Es erscheint sehr fraglich, ob sich dies über Drittwirkungsdogmatik und grundrechtliche Schutzpflichten einfangen lässt; insb. dann, wenn die privaten Sanktionsakteure unterstützt durch das grenzenlose Internet in mehreren Staaten aktiv werden.

<sup>4</sup> Anders Sieber, *Rechtstheorie* 41 (2010), 151 (165), der aber nicht den Begriff der Kriminalstrafe problematisiert; nicht zu leugnen ist freilich, dass in der Diskussion ein Aufbrechen klassischer Vorstellungen von Strafe anzutreffen ist.

<sup>5</sup> Vgl. u.a. Sieber, *Rechtstheorie* 41 (2010), 151 (152 ff.).

<sup>6</sup> Für eine Taxonomie der unterschiedlichen Strafrechtstypen, die dabei entstehen, siehe Meyer, *ZStW* 123 (2011), 1 (15 ff.).

<sup>1</sup> Ausf. Sieber, *Rechtstheorie* 41 (2010), 151 (158 ff.).

<sup>2</sup> Dazu Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998; Meyer, *Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen*, 2012, S. 58 ff.; dezidiert zur EMRK *ders.*, *ZDAR* 2014, 99; und zur EU *ders.*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Kommentar, AEUV*, 7. Aufl. 2015, Vor Art. 82 ff. Rn. 27 ff.

<sup>3</sup> Damit ist zugleich gesagt, dass alle anderen punitiven Rechtseingriffe durch Private keine Kriminalstrafe im strengen Sinn sind; z.B. Umsetzung von Smart Sanctions, FIFA-Disziplinarrecht, öffentliches Naming & Shaming, Boykottaufrufe gegen Unternehmen etc. Das heißt freilich nicht, dass Privatstrafe harmlos und nicht (potenziell sehr) grundrechts-

Hand. Der Staat behält das Steuer auch in der Hand, wenn er sich auf Ko-Regulierungsmodelle mit der Privatwirtschaft einlässt, um sich deren größere Expertise und Sachnähe bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung<sup>7</sup> nutzbar zu machen.<sup>8</sup>

Als elementare Herausforderung erweist sich dabei jedoch, dass sich jenseits des Staates kein passendes institutionelles Gefäß findet, das umfassend zur Kompensation der Defizite in der Lage wäre. Zudem sind auch Risikoraum und notwendiger Aktionsraum nicht statisch, sondern variieren nach Delikt, Herausforderungsszenario und materieller Regelungsmaterie; d.h. den geltenden und zu schützenden Verhaltensnormen. Es fehlt dementsprechend an koordiniertem, kohärentem Vorgehen bei der Risikobewältigung, aber auch schon bei der Risikobewertung und Verständigung auf kriminalpolitische Ansätze. Das Strafrecht ist zu einem Tummelplatz internationaler, supranationaler und nationaler Akteure geworden, die sehr unterschiedliche Agenden verfolgen und ihr Vorgehen nur bedingt miteinander koordinieren. Besonders spannungreich ist dabei das Verhalten von Staaten mit multiplen Mitgliedschaften, z.B. in UN, EU, OECD, Europarat, die zeitgleich mehrere Spielfelder mit unterschiedlichen Zielsetzungen bespielen, während die Organisationen ihrerseits primär auf die effektive und binnenkohärente Aufgabewahrnehmung fokussiert sind.

Spannungreich ist aber auch das Verhalten der Staaten zueinander. Staat ist nicht gleich Staat. Beim Umgang mit internationalen Sicherheitsrisiken geht es auch um die Fragen, welches Politikmodell sich durchsetzt, wie mit Machtasymmetrien umzugehen ist und in welchem Rahmen demokratische Staaten mit anderen Staatssystemen kooperieren können.

Die Komplexität und Gegensätzlichkeit der Interessenlagen, aber auch die Eigenart der Regelungsmaterie können sektoral dazu führen, dass Regelungsvakuen entstehen, die entweder gar nicht<sup>9</sup> oder von transnationalen privaten Akteu-

ren gefüllt werden. Prominente Beispiele sind die Regulierung der Domainvergabe und andere Teilaspekte der Internetregulierung<sup>10</sup>, des Sports oder des Handels (*lex mercatoria*)<sup>11</sup> oder Kryptowährungen wie Bitcoin<sup>12</sup>. Verdrängt wird der Staat hier nicht, eher handelt es sich um einen Aufwuchs von transnationalem (privat gesetztem) Recht. Es fehlt deshalb unter den selbst geschaffenen Durchsetzungsmechanismen auch an Strafrecht im technischen Sinn. Jedoch zeigt sich in der Praxis eindrücklich, dass staatliche Gremien auch in diesem transnationalen Bereich auf den Plan treten können, wenn Verletzungen der ursprünglich nicht-staatlich geschaffenen Normen als zu schwer erscheinen und sie sich für die Durchsetzung der bestehenden Regeln verantwortlich fühlen; so zuletzt der Europarat hinsichtlich der Manipulation von Sportwettbewerben. Dies zieht allerdings die Frage nach sich, welcher Staat oder welche Organisation bei transnationalen Sachverhalten mit überstaatlichen bzw. transnationalen Regelungen legitim für sich in Anspruch nehmen darf, Abweichungen von diesen Verhaltensnormen nach eigenem Recht unter Strafe zu stellen. Ein Zuweisungssystem oder ein Divergenzvereinbarungsverfahren für Ausschnitte, bei denen die Strafwürdigkeit abweichend bewertet wird, existiert nicht.

Entstanden ist dadurch eine zerklüftete Regelungslandschaft, deren Hauptmerkmal die Polyzentrik der handelnden Institutionen und Rechtsentstehungsprozesse ist.<sup>13</sup> Eine weitere wesentliche Charakteristik ist ihre Asynchronität. Unter Asynchronität verstehe ich primär, dass sich die betroffenen Rechtsräume in unterschiedlichen Geschwindigkeiten entwickeln. Die Schaffung materieller Strafnormen erfolgt regelmäßig schneller als die Effektivierung ermittlungsrelevanter Kooperationsinstrumentarien und diese wiederum schneller als die Entwicklung strukturadäquater schützender Formen und Verfahrensrechte, aber auch schneller als die Rückkopplung an demokratisch-rechtsstaatliche Verantwortungszu-

<sup>7</sup> Sieber/Vogel, Terrorismusfinanzierung, Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht, 2015.

<sup>8</sup> Weitere Beispiele sind die Einbindung von Telekommunikationsunternehmen bei der Blockade von IS-Werbung im Internet, die Applikation von Smart Sanctions durch Finanzdienstleister, der Informationsaustausch zwischen Sportverbänden, staatlichen Behörden und Wettanbietern zur Bekämpfung von Sportmanipulation sowie konkrete Meldepflichten von Wettanbietern oder der automatische Informationsaustausch von Bankkundendaten für Steuerzwecke.

<sup>9</sup> Man denke beispielsweise an die fast ausschließlich von Soft Law erfasste Verantwortung multinationaler Unternehmen für die Gewährleistung von Menschenrechten oder Fragen der strafrechtlichen Konzernhaftung. Lücken entstehen auch, wenn eine Rechtsgutsschädigung auf verschiedene Ursachen in verschiedenen Jurisdiktionen rückführbar ist und damit zwar einzelne Anknüpfungspunkte für eine Haftung bestehen, aber keine zusammenhängende Gesamtzuständigkeit für eine integrierte Lösung. Als zusätzliche Schwierigkeit kann sich erweisen, wenn die Schadensereignisse in

anderen Jurisdiktionen auftreten als ihre Ursachen. Als aktuelles Beispiel mögen die gesundheitsgefährdenden Mängel bei Hoverboards dienen. Bei diesen Elektrorollbrettern bestehen offenbar gravierende Konstruktions- und Programmierfehler. Da Konstruktion, Herstellung, Vertrieb und Gebrauch sich zumeist auf eine Mehrzahl von Ländern verteilen, lässt sich ein umfassender Handlungsansatz kaum entwickeln.

<sup>10</sup> Viellechner, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 127 ff.

<sup>11</sup> Röthel, JZ 2007, 755.

<sup>12</sup> Zur Rechtslage in der EU, SWIFT Institute Working Paper No. 2015-001, S. 8.

<sup>13</sup> Diese Vielfalt stellt auch die gebräuchliche Trichotomie in Frage, welche das Strafrecht in domestic criminal law, transnational criminal law und international criminal law gliedert. Sie blendet sowohl die sicherheitspolitische Verwobenheit der Materien als auch die Zahl und partielle Verquickung der Rechtsentstehungsprozesse aus. In vielen Bereichen dürfte es daher sinnvoller erscheinen, nach themenspezifischen Regimes zu differenzieren, um Aufschluss über die Entstehung und Hintergründe von Normen zu erlangen sowie legitimatorische Herausforderungen klarer erkennen zu können.

sammenhänge.<sup>14</sup> In allen drei Punkten gibt es wiederum Entwicklungsdivergenzen nach ihrer räumlichen Reichweite; nur wenige Regelungen sind wirklich transnational in einem globalen Sinn. So können beispielsweise die Kooperationsmöglichkeiten für ein- und dasselbe Delikt regional auseinanderklaffen.

## II. Die Begründung und Verteilung/Allokation von Kriminalhoheit

Mit diesem Zwischenfazit gelangen wir direkt zum zweiten Problemkreis, den ich hier aber nicht ausführen kann, nämlich der Begründung und Allokation von Kriminalhoheit. Auch wenn der Akt der Kriminalstrafe beim Staat verbleibt, sind zumindest strafrechtliche Rechtsetzungskompetenzen aus dem Staat abgeflissen. Es stellt sich damit die grundsätzliche Frage, ob und wie Kriminalhoheit außerhalb des Staates begründet werden kann. Das ist im Übrigen eine Frage, die selbst das Völkerstrafrecht noch nicht vollends überzeugend beantwortet hat. Praktisch noch weitaus bedeutsamer ist freilich, welche der zahlreichen Inhaber von Kriminalhoheit für bestimmte Normverletzungen zuständig sind und sich bestimmter Herausforderungen ggf. annehmen müssen. Das betrifft zum einen die Behandlung von Jurisdiktionskonflikten. Zum anderen ist die Sanktionierungsverantwortlichkeit bei transnationalen Sachverhalten angesprochen. Hier bedarf es einer prinzipiengeleiteten Koordinierung der potenziell Handlungsbefugten. Als besonders knifflig dürfte sich dabei der Bereich des durch Private geschaffenen transnationalen Rechts erweisen. Es muss eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage stattfinden, wer unter welchen Voraussetzungen als Schutzgarant für einzelne Verhaltensnormen auftreten darf, die aber hier aus Zeitgründen ausbleiben muss. Das Hauptaugenmerk des Beitrags soll auf dem Schutz der Grund- und Menschenrechte liegen.

## III. Grund- und Menschenrechtsschutz

Dort stehen drei Aspekte im Vordergrund. Zunächst ist bei Begründung und Allokation von Kriminalhoheit die individuelle Selbstbestimmung und demokratische Rückkopplung zu gewährleisten.<sup>15</sup> Dieses Erfordernis kann insbesondere für

die demokratischen Mitglieder der Staatenwelt dazu führen, dass ihnen der Weg zu output-technisch effektiveren Normgebungsverfahren verschlossen bleiben muss. Diese Staaten stehen letztlich vor dem Trilemma, gleichzeitig für die Förderung supra- oder transstaatlicher Demokratisierung, die Erhaltung nationaler Selbstbestimmung und die Verbesserung effektiver transnationaler Strafverfolgung sorgen zu müssen. Zur Vermeidung einer rechtspolitischen Legitimationskrise, welche die Last unerfüllbarer Sicherheitsversprechen auslösen könnte, erscheint aber nicht die Aufopferung demokratisch-rechtsstaatlicher Fundamentalnormen indiziert, sondern die von gesellschaftlichem Diskurs begleitete Rückbesinnung auf deren Unverbrüchlichkeit.

Zweitens ist das Fehlen von kohärenten normativen, insbesondere autonomiesichernden Kriminalisierungstheorien zu problematisieren. Man findet solche allenfalls ansatzweise in einzelnen Staaten und supranationalen Entitäten. Das gegenwärtige, sicherheitsgetriebene und funktionalistische Vorgehen ist potenziell freiheitsgefährdend und muss daher eingehegt werden. Allerdings wäre jedes Bemühen in diese Richtung mit der unangenehmen Wahrheit konfrontiert, dass die divergierenden politischen Ordnungsvorstellungen es hochgradig unwahrscheinlich machen, dass die Staaten sich auf eine gemeinsame Position verständigen können. Als theoretisches Konzept ist eine „transnational autonomy“ gewiss begründbar, aber politisch-praktisch ist es nicht realisierbar. Entsprechende Versuche versprechen daher allenfalls in Weltregionen mit annähernd vergleichbarem Autonomie- und Demokratieverständnis Aussicht auf Erfolg. In Abwesenheit von anschlussfähigen Leitmotiven sind daher für den Moment die demokratische Rückbindung und der Schutz (im spezifisch strafrechtlichen Kontext international noch auszuhärtender) elementarer Menschenrechte umso wichtiger.

Drittens müssen schützende Formen und Verfahrensrechte jenseits und über den Nationalstaat hinaus neu gedacht werden. Auf sie soll sich der Beitrag im weiteren Verlauf konzentrieren. Auch bei der grenzüberschreitenden strafrechtlichen Zusammenarbeit ist die große rechtliche Herausforderung weder derzeit noch künftig, dass Private oder internationale Akteure ohne den Staat strafverfolgend tätig werden. Eine Delegation von Exekutivbefugnissen nehmen Staaten nur höchst selten vor. Die Herausforderung liegt vielmehr in der (teilweisen) Disaggregation von Strafverfolgungsfunktionen auf nationaler Ebene. Kritische Fahndungs-, Ermittlungs-, Analyse- und Koordinierungsaufgaben werden auf transnationaler Ebene in Partnerschaft mit anderen Staaten, internationalen Organen und bisweilen auch durch überstaatliche Einrichtungen wahrgenommen. Im Gegensatz zur oft thematisierten vermeintlichen Privatisierung der Strafverfolgung durch Compliance und Internal Investi-

<sup>14</sup> Prima vista unterscheiden lassen sich verschiedene kriminalgeografische Risikoräume, Gestaltungsräume (untergliedert nach Organisation und Delikt), Kooperationsräume (wiederum untergliedert nach Organisation und jeweiligem völkervertraglichen oder supranationalen Kooperationsrecht, nach speziellen Kooperationsregelungen einzelner Delikte und nach Aktionsbereichen von supra-/internationalen Strafverfolgungseinrichtungen), territoriale Anwendungsbereiche von Strafnormen bzw. Räume mit weitgehend identischen Strafvorschriften im nationalen Strafrecht (untergliedert nach Delikten bzw. Kriminalitätskomplexen) sowie territoriale Anwendungsbereiche von Grund- und Menschenrechten.

<sup>15</sup> Vgl. Meyer (Fn. 2), S. 597 ff.; zur legitimatorisch heiklen Strafgesetzgebung durch den UN-Sicherheitsrat gestützt auf Kap. VII UN-Charta siehe S. 158 ff. sowie Macke, UN-Sicherheitsrat und Strafrecht – Legitimation und Grenzen

einer internationalen Strafgesetzgebung, 2010, S. 226 ff. Nach einigen Jahren der Abstinenz hat der Sicherheitsrat mit SR-Res. Nr. 2178 (2014) erneut zum Mittel der verordneten Strafgesetzgebung gegriffen. In der Sache geht es um sog. „traveling jihadists“.

gations<sup>16</sup> haben diese kaum Aufmerksamkeit von Wissenschaft und Rechtspolitik erfahren. Umfassende verfahrensrechtliche Regelungskörper gibt es daher wenig überraschend nicht. Und spezifische grundrechtsschützende Regelungen jenseits des Staates findet man auch nur dort, wo sich unmittelbare Eingriffe nicht mehr leugnen lassen, also insbesondere bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Bereitwillig übersehen wird dagegen, dass die operativen Tätigkeiten nationaler Stellen in wichtigen Kriminalitätsbereichen maßgeblich durch Akteure außerhalb des eigenen Justizsystems beeinflusst, wenn nicht gelenkt werden. Da förmliche Prozesshandlungen weiterhin nationalen Autoritäten vorbehalten sind, bleibt den Betroffenen diese verdeckte Vertikalisierung regelmäßig verborgen. Ich möchte diesen Effekt als Invisibilisierung der Eingriffsverantwortung und Eingriffsdimension bezeichnen. Er verschleiert geschickt, dass es zu einer erheblichen Relativierung der Verantwortlichkeiten für den Grundrechtsschutz gekommen ist. Weitere sichtbare Effekte sind Partikularisierung und Sektoralisierung von Grundrechtsschutz. Rechtlich zur Prüfung gestellt werden können regelmäßig nur die unmittelbaren nationalen Teilakte einer grenzüberschreitenden Ermittlung im jeweiligen Nationalstaat. Eine Gesamtbewertung bleibt dagegen aus – ein Problem, das uns vor allem bei der ESTa noch intensiv beschäftigen wird. Soweit sektoral spezielle Schutzmechanismen eingeführt worden sind, v.a. im Datenschutz, gilt auch hier, dass jede Kooperationseinrichtung (SIS II, Interpol, Europol etc.) ihr eigenes Schutzsystem hat, aber dieses wiederum nicht in einen überwölbenden abgestimmten Rechtsrahmen eingebettet ist und mithin auch keine übergreifende Kontrolle des interinstitutionellen Zusammenwirkens erfolgt.

#### IV. Future concepts

Nach dieser knappen Analyse drängen sich zwei Bereiche als Anknüpfungspunkte für Zukunftskonzepte auf.

Anzusetzen ist erstens beim Mangel an Leitmotiven, welche die Entwicklungen animieren und normativ mit Leben erfüllen (crisis of animating ideas). Es fehlt an rechtlichen Leitprinzipien für den Bau überstaatlicher Strafrechtsräume und der internationalen Zusammenarbeit allgemein. Wir finden zwar entsprechende Grundsätze innerhalb des Staates und innerhalb diverser supra- und internationaler Organisationen, aber nicht in Bezug auf ihr Miteinander. Es kann dabei freilich nur um die sukzessive Ausbildung sehr allgemeiner Rechtsgrundsätze gehen, zumal sich leicht Friktionen zwischen den Zielen, Prinzipien und rechtlichen Limitierungen sowohl von internationalen Akteuren untereinander als auch im Verhältnis zu Nationalstaaten einstellen können. Kandidaten hierfür sind u.a. Komplementarität und Kohärenz bei der institutionellen und materiellen Aufgabenverteilung, Effektivität<sup>17</sup>, aber auch Solidarität und Impunität. Letztere ist nicht

nur im Völkerstrafrecht ein echtes Problem, wenn negative Kompetenzkonflikte auftreten oder allgemein keine Kooperation stattfindet. In einigen Ministerien wird derzeit daher beispielsweise geprüft, ob Kooperation (auch mit Staaten wie China) die „default rule“ sein sollte. Normative Grundlage hierfür könnten neben einem allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsatz der Solidarität<sup>18</sup> auch positive menschenrechtliche Verpflichtungen zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit (zumindest zur Verfolgung schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen)<sup>19</sup> sein.

Bei der Genese dieser Rechtsprinzipien geht es also ganz bescheiden erst einmal um wenige verbindliche Basisregeln, nicht um sog. Verfassungsprinzipien (constitutional principles) einer globalen Rechtsgemeinschaft. Die Konstitutionalisierungsmetapher ist im hiesigen Kontext irreführend.<sup>20</sup> Sie ist nicht mehr als eine Chiffre oder ein Platzhalter, unter dem das Nachdenken über die rechtlichen Folgen der Entstaatlichung begonnen hat, bis überzeugende Kategorien gefunden wurden.<sup>21</sup>

Als Zutat hierzu und zugleich als Gegengewicht zu den obigen Prinzipien der Kooperationsförderung braucht es freilich etwas, was *Anne Peters* als subjektives internationales Recht bezeichnet, nämlich die Anerkennung der Völkerrechtsfähigkeit des Individuums, welche dann die Zuschreibung von Rechten ohne vertragliche Einräumung, also losgelöst von der Normsetzungstätigkeit der Nationalstaaten eröffnet.<sup>22</sup> Zu bedenken ist, dass die Anerkennung der Völkerrechtsfähigkeit nicht automatisch dazu führt, dass der Einzelne sogleich mit einem Basissatz an Rechten ausgestattet ist, den die wirksame Ausübung der Völkerrechtsfähigkeit quasi erforderlich macht. Jedoch sollten sich künftig einige essenzielle, aus der Menschenwürde erwachsende Schutzgehalte formen lassen.<sup>23</sup> Denn zumindest mit einem menschenwürde-

---

International Law, Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, S. 913.

<sup>18</sup> *Hilpold*, JöR 2007, 195 (196 ff.).

<sup>19</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 7.1.2010 – 25965/04, Rn. 288. Auf außereuropäischer Ebene könnte sich eine solche Pflicht aus dem IPBPR ergeben. Ob eine solche Pflicht zur Kooperation zumindest bei gravierenden Rechtsverletzungen auch schon völkergewohnheitsrechtlich gesichert ist, muss als ungeklärt gelten.

<sup>20</sup> Mit den Worten *Luhmanns*, ARSP 57 (1971), 1 (4): „Es droht die Gefahr, dass die Begriffsprägungen über ihre Zeit hinauswirken und unsere Erwartungen und Beobachtungen fehlleiten. Mangels alternativer Erfahrungen müssten neue Konzepte aber notgedrungen aus den Trümmern der alten Ordnung gewonnen werden.“

<sup>21</sup> *Viellechner* (Fn. 10), S. 94 f.

<sup>22</sup> Zur Herleitung *Peters*, JöR 2011, 411 (440).

<sup>23</sup> Mit diesem Ansatz lassen sich menschenwürdebasierte staatliche Pflichten in Rechte transformieren; z.B. wenn im ersuchenden Staat eine ständige Praxis grober, offenkundiger oder massenhafter Verletzungen der Menschenrechte herrscht oder erniedrigende Strafen und Haftbedingungen drohen; ferner sollte sich aus dem Menschenwürdekern ein Anspruch auf rudimentären Rechtsschutz bzw. ein Anspruch auf ge-

---

<sup>16</sup> *Zerbes*, ZStW 125 (2013), 551; eingehend zur Drittwirkungsproblematik *Jahn/Kirsch*, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, 2015, § 33 Rn. 2 f., 68 ff.

<sup>17</sup> *Hilf/Hörmann*, in: Dupuy/Fassbender/Shaw/Sommermann (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung, Common Values in

basierten Achtungsanspruch wäre der völkerrechtsfähige Einzelne eo ipso ausgestattet.<sup>24</sup> Das subjektive Recht ist als rechtliche Kategorie gerade Ausdruck der Würde des Menschen und bringt seine Personalität zum Ausdruck.

Dieser Gedanke ist auch für die Problematik der Jurisdiktionsallokation fruchtbar zu machen und mit gesellschaftsvertraglichen und normtheoretischen Erwägungen zu koppeln. Der Einzelne muss mit seinem Anspruch auf Berücksichtigung der negativen Beeinflussung seiner Rechtsstellung wahrgenommen werden, die von den ungesteuerten und ungebändigten Beanspruchungen von Kriminalhoheit bei grenzüberschreitenden Sachlagen ausgeht. Normtheoretisch ist in diesem Zusammenhang gezielt danach zu fragen, welcher Akteur als Schutzgarant in der Pflicht steht respektive nach welchen Leitprinzipien eine Selektion versucht werden kann, um die Zuständigkeit zu konzentrieren. Man wird vermutlich zwischen verschiedenen Regimes und Deliktsbereichen im transnationalen Strafrecht unterscheiden müssen. Bei Tatbeständen, die der staatenübergreifende internationale Konsens hervorgebracht hat, wonach gegen derartiges Unrecht aus gemeinsamem Interesse auf internationaler Ebene zusammen vorgegangen werden muss, ließe sich ebenso wie bei von vornherein genuin transnationalen Normen überzeugend begründen, dass die Schutzgarantenfunktion gemeinschaftlich wahrgenommen wird. Dies hätte zur Folge, dass keine multiplen unabhängigen Zuständigkeiten beansprucht werden könnten, sondern die Staaten bei einer Strafverfolgung füreinander als Treuhänder tätig werden; umgekehrt wäre auch nur eine einmalige Verfolgung zulässig.

Zweitens sollte klar geworden sein, dass schützende Formen und Verfahrensrechte neu gedacht werden müssen. Es bedarf eines strukturadäquaten Konzepts transnationaler Verfahrensrechte bzw. der Entwicklung einer Theorie von transnationalen Prozesssubjekten. Das klingt wohlfeil und wirft die Frage auf, wie das vonstattengehen soll. Denkbar sind zwei Herangehensweisen. Man könnte sich wiederum auf die Suche nach (wie auch immer herzuleitenden) Metaprinzipien im Strafrecht und internationalen Recht begeben. Ankerpunkt könnte das schon zuvor angesprochene Konzept subjektiver internationaler Rechte sein, um die Kluft zu überbrücken, welche die Staaten aufreißen lassen, indem sie selbst keine spezifischen Rechte schaffen.

Es gibt aber noch eine zweite Möglichkeit, die in fruchtbarer Wechselbeziehung mit besagtem Konzept steht. Auch im Interesse heutiger und künftiger Alltagswirksamkeit erscheint es mir unerlässlich, von den bestehenden menschenrechtlichen Verpflichtungen auszugehen und diesen Bestand sukzessive auszubauen. Hierbei muss aber eine andere Rich-

tung eingeschlagen und unser Verständnis von Hoheitsgewalt bei der strafrechtlichen Zusammenarbeit orientiert an den beschriebenen Effekten neu ausgerichtet werden.<sup>25</sup>

Methodisch bewegen wir uns dabei im Bereich der Grundrechtsdogmatik. Zum einen muss der Eingriffsbegriff konsequent auf mittelbare (bzw. faktische) Grundrechtseingriffe erweitert werden. Dieser muss auch die besonderen Wirkungszusammenhänge zwischen den beteiligten Kooperations- und -einrichtungen aufnehmen und verarbeiten können. Die Transnationalität des Interagierens und der daraus erwachsenden Wirkungen drängt ferner darauf, auch deren kumulativen Effekten bei der Bemessung individueller Betroffenheit Rechnung zu tragen. Kurz: Sehen wir einen Beschuldigten als einheitlichen Grundrechtsträger, dessen menschenwürdegetragene Subjektsqualität im Angesicht grenzüberschreitender Ermittlungsverbünde gesamthaft gewahrt werden muss? Oder bleibt er eine vielfach gespaltene Rechtspersönlichkeit, der isoliert für einzelne Ermittlungsepisoden mal partikulär und separat in beteiligten Nationalstaaten, mal sektoral bei überstaatlichen Einrichtungen Grundrechtsschutz gewährt wird?

Soll die individuelle Betroffenheit gesamthaft verkoppelt werden, stellt sich in Ermangelung eines universal gültigen Katalogs von insbesondere auch transnational anwendbaren Justiz- und Freiheitsgrundrechten allerdings die berechnete Frage, wie das konstruktiv funktionieren soll. Ganz nüchtern betrachtet muss bei der Ausdehnung der extraterritorialen Anwendbarkeit schon bestehender Grundrechte und der Betonung von aus ihnen folgenden „positive obligations“ angesetzt werden.<sup>26</sup> Staaten und internationale Organisationen müssen (auch als Ausfluss solcher positive obligations) in die Verantwortung genommen werden, auch die Entwicklung strukturadäquater Schutzmechanismen mitzudenken und zu implementieren, wenn ein Ausbau des Kooperations-Acquis erfolgt.

Auftrag einer zukunftsorientierten Wissenschaft ist es daher, sich bei der Anleitung dieser Ausformung konstruktiv einzubringen. Ihr obliegt es, für eine exakte und umfassende Beschreibung der Entwicklung der sich herauskristallisierenden Interaktionsformen zu sorgen. Was die schützenden Formen betrifft, besteht die Herkulesaufgabe darin, sich ein wirklich zutreffendes Bild davon zu machen, woran es bei bestimmten Kooperationsmechanismen krankt, und kreativ strukturadäquate Abhilfen zu ersinnen. Dazu gehört auch, dass die geforderten grundrechtsdogmatischen Anpassungen theoretisch unterfüttert werden. Das ist kein anspruchsloses Vorhaben, aber aller Mühen wert.

---

samthafte und gemeinschaftliche Beachtung etwaiger massiver Einwirkungen auf das Selbstbestimmungsrecht durch verantwortliche Akteure herleiten lassen (z.B. normativer Anspruch auf zwischenstaatlichen ne-bis-in-idem-Schutz für bestimmte Deliktssituationen).

<sup>24</sup> Zur Menschenwürde als Begründung von Menschenrechten *Besson*, in: *Moeckli/Shah/Sivakumaran, International Human Rights*, 3. Aufl. 2018, S. 22 (34 f.); *Mahlmann*, *EuR* 2011, 469 (479 ff.).

---

<sup>25</sup> Zum Begriff der komplexen Hoheitsgewalt, *Peters*, *AVR* 48 (2010), 1 (52 ff.).

<sup>26</sup> *Viellechner* (Fn. 10), S. 285 ff., verwendet für eine derartige Durchdringung grundrechtlich defizitärer Rechtsräume mittels Förderung extraterritorialer Geltungsansprüche den Begriff der Fremdkonstitutionalisierung von transnationalen Regelungsarrangements.

# Recent developments in the jurisprudence of the International Criminal Court – Part 3\*

By **Eleni Chaitidou**, The Hague

## IV. Situation in Mali (Pre-Trial Chamber I)<sup>1</sup>

No proceedings at the situation level took place during the review period. To date, only one case emanated from this situation.

### 1. *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi (Trial Chamber VIII)*<sup>2</sup>

- Warrant of arrest: 18 September 2015
- First appearance: 30 September 2015
- Confirmation of Charges: 24 March 2016
- Trial: 22-24 August 2016
- Judgment and Sentencing: 27 September 2016
- Victims participating: 8 (trial)/139 (reparations)<sup>3</sup>
- Current status: Implementation of reparations

Following an admission of guilt, Al Mahdi was convicted for the count of intentionally directing attacks against ten buildings dedicated to religion and historic monuments, pursuant to article 8 (2) (e) (iv).<sup>4</sup> He was sentenced to 9 years imprisonment.<sup>5</sup>

#### a) *Reparations Order*

Upon receiving the reparations applications, expert reports and submissions of the parties and participants, the Trust Fund for victims and amici curiae,<sup>6</sup> namely the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (“UNESCO”), Queen’s University Belfast Human Rights Centre and the Redress Trust, the Fédération internationale des ligues des droits de l’Homme (“FIDH”) and the Associa-

tion malienne des droits de l’Homme (“AMDH”), the Chamber rendered on 17 August 2017 the Reparations Order.<sup>7</sup>

At the outset of its Reparations Order, the Chamber highlighted the significance of international cultural heritage.<sup>8</sup> The Judges made clear that this order was made against Al Mahdi bearing in mind that his liability for reparations must be proportionate to the harm caused and, “inter alia, to his [...] participation in the commission of the crimes for which he [...] was found guilty”.<sup>9</sup> As regards the principles to be applied, the Chamber saw no reason to deviate from and applied the reparation principles formulated by the Appeals Chamber in the Lubanga case.<sup>10</sup>

In relation to the rule 85 criteria to be met for natural persons and organisations<sup>11</sup> in order to be recognised as victims, the Chamber adopted in essence the same understanding as in trial for participation purposes.<sup>12</sup> The Chamber followed the definition of “harm” established by the Appeals Chamber in the Lubanga case, holding that the harm suffered may not be direct but personal to the victim,<sup>13</sup> and clarified that for the purpose of determining the harm suffered by victims it is “not limited to admissible evidence for this purpose, nor need it limit itself to the kinds of harm identified in the Judgment”.<sup>14</sup> As regards the causality for establishing the link between the crime and the harm, the Chamber specified that the crime committed by Al Mahdi must be “actual (‘but/for’) and ‘proximate’ cause of the harm for which reparation is sought” that would be assessed against the requisite threshold of a

\* The first part of this article was published in ZIS 2017, 733; the second part was published in ZIS 2018, 23.

<sup>1</sup> The record carries the situation number ICC-01/12.

<sup>2</sup> The record carries the case number ICC-01/12-01/15.

<sup>3</sup> Of the 139 victims requesting reparations, 137 are natural persons and two organisations. Of the 137 individual applicants, 46 (33 %) are male and 91 (66 %) are female.

<sup>4</sup> All articles mentioned in this paper without reference to the legal instrument are those of the Rome Statute (UN [ed.], Treaty Series, vol. 2187, p. 3).

<sup>5</sup> For a summary of the developments in this case, see Chaitidou, ZIS 2016, 813 (835-838).

<sup>6</sup> ICC, Decision of 31.10.2016 – ICC-01/12-01/15-180 (Decision on Application by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization [“UNESCO”] to Submit Amicus Curiae Observations); Decision of 25.10.2016 – ICC-01/12-01/15-178 (Decision on Application by Queen’s University Belfast Human Rights Centre, the Redress Trust, the FIDH and AMDH to submit amicus curiae observations [ICC-01/12-01/15-175 and ICC-01/12-01/15-176]).

<sup>7</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Reparations Order [“Al Mahdi Reparations Order”]).

<sup>8</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 13-22.

<sup>9</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 50.

<sup>10</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 26-38; ICC, Judgment of 3.3.2015 – ICC-01/04-01/06-3129-AnxA (Order for Reparations [amended]); for a summary of the Lubanga Appeals Chamber judgment, see Chaitidou, ZIS 2016, 813 (815-816).

<sup>11</sup> This includes, for example, non-governmental, charitable and non-profit organisations statutory bodies including government departments, public schools, hospitals, private education institutes, companies, telecommunications firms, institutions that benefit members of the community and other partnership, ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 41.

<sup>12</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 39-44.

<sup>13</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 43.

<sup>14</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 42.

“balance of probabilities”.<sup>15</sup> When assessing the harm suffered, the Chamber considered freely all submissions, applications, supporting material, expert reports, and other relevant information.<sup>16</sup>

As regards the types of reparations, the Chamber accepted individual and collective reparations that may take various forms, including symbolic reparations.<sup>17</sup> “Compensation” was defined as “something, typically money, awarded to one or more victims”,<sup>18</sup> “rehabilitation” was defined as aiming “at restoring the victims and their communities to their former condition”, through means “such as economic development or social, medical or legal services”.<sup>19</sup>

The Chamber had only received victims’ applications pertaining to the Timbuktu community; UNESCO, which had spent EUR 2.53 million in rebuilding Timbuktu’s mausoleums and rehabilitating the mosques and libraries of manuscripts from the time of the attack until 2015, had not submitted any application for reparations.<sup>20</sup> While acknowledging the suffering endured by the Malian population and the international community as a whole, the Chamber limited its assessment of the various kinds of harm, in principle, to that suffered by or within the Timbuktu community. In addressing the harm suffered by the community of Timbuktu the Chamber considered to effectively address the broader harm suffered by the Malian population and the international community.<sup>21</sup> The harm and personal liability of Al Mahdi was determined by the Judges as follows:

*aa) Damage of Protected Buildings*

Collective reparations in the form of measures for their protection and maintenance were awarded.<sup>22</sup> In addition, the Chamber ordered that a video excerpt of Al Mahdi’s apology at trial be made available on the Court’s website or, if requested, to the victims.<sup>23</sup> The fact that the protected buildings had been restored in the meantime by UNESCO was consid-

ered irrelevant.<sup>24</sup> Al Mahdi’s liability for this harm was set at EUR 97.000.<sup>25</sup>

*bb) Consequential economic loss*

Individual reparations were awarded to those “whose livelihoods exclusively depended upon the Protected Buildings”, including certain “business owners whose only purpose was to sell sand perceived as holy from the sites of the Protected Buildings”,<sup>26</sup> collective reparations were awarded for the community of Timbuktu as a whole in order to rehabilitate the community, such as educational and awareness raising programs to promote Timbuktu’s cultural heritage, return/resettlement programs, microcredit system or other cash assistance programs.<sup>27</sup> Al Mahdi’s liability for this harm was set at EUR 2.12 million.<sup>28</sup>

*cc) Moral harm*

Individual reparations for mental pain and anguish were awarded to those whose ancestor’s burial sites were damaged in the attack; collective reparations through measures of rehabilitation, including symbolic measures like a memorial, commemoration or forgiveness ceremonies, were awarded to the Timbuktu community as a whole.<sup>29</sup> Al Mahdi’s liability for this harm was set at EUR 483.000.<sup>30</sup>

*dd) Other harm*

Reparations for the death or bodily harm of persons or damages to property other than the Protected Buildings were rejected on account of the insufficiency of information.<sup>31</sup>

A few last points are worth noting: the Chamber rejected the approach of assessing reparations only on the basis of individual victim applications but, in reference to the Regulations of the Trust Fund for Victims,<sup>32</sup> determined that it may award individual reparations in cases where the Court does not identify individual beneficiaries. Equally, in the context of collective reparations, the Chamber declared not to be

<sup>15</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 44.

<sup>16</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 57.

<sup>17</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 45 and 49.

<sup>18</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 47.

<sup>19</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 48.

<sup>20</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 52 and 116.

<sup>21</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 53-56.

<sup>22</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 67.

<sup>23</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 71.

<sup>24</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 65.

<sup>25</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 116-118.

<sup>26</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 81.

<sup>27</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 83.

<sup>28</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 119-128.

<sup>29</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 90.

<sup>30</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 129-133.

<sup>31</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 93-103.

<sup>32</sup> Regulations 60-65 of the Regulations of the Trust Fund for Victims.

limited to the number of reparation applicants.<sup>33</sup> Furthermore, even though the Chamber had promised to limit its assessment of harm to the Timbuktu community, it nevertheless awarded EUR 1 to the Malian State and UNESCO, respectively, as part of the reparations award.<sup>34</sup> While UNESCO may qualify as an “organisation” within the meaning of rule 85 of the Rules of Procedure and Evidence, it is unclear on what basis the Chamber awarded nominal damages to the Malian State.

As regards the implementation of the reparations order, the Chamber, like other chambers before, drew upon the services of the Trust Fund for Victims. The Trust Fund for Victims was requested to propose a draft implementation plan reflecting the parameters of the Reparations Order, “including objectives, outcomes and necessary activities” and to submit it for the Chamber’s approval by 16 February 2018.<sup>35</sup> Guiding the Trust Fund for Victims in devising its implementation plan, the Chamber (i) encouraged the Trust Fund for Victims “to complement the individual and collective awards to the extent possible”;<sup>36</sup> (ii) clarified that the Trust Fund for Victims is not limited to the Chamber’s intermediate liability calculations, only the final determination on Al Mahdi’s total liability of EUR 2.7 million;<sup>37</sup> (iii) advised the Trust Fund for Victims to reflect in its implementation plan the prioritisation of the individual reparations;<sup>38</sup> and, lastly, (iv) ordered the Trust Fund for Victims to conduct an administrative screening of potential victims for individual reparations.<sup>39</sup> In relation to the last instruction, it is apparent that the Chamber actually “outsourced” the review of applications and identification of beneficiaries to the Trust Fund for Victims. In this respect, the approach differs from that taken in the Katanga case in which the applications were assessed individually and judicially by the Chamber. One may agree perhaps with Trial Chamber VIII’s approach in this particular instance considering that the security situation on the ground is difficult and may have prevented victims from submitting an application in time. In a follow-up decision, the Chamber will decide, having heard the participants involved, on the implementation plan proposed by the Trust Fund for Victims.

<sup>33</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 59.

<sup>34</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 106-107.

<sup>35</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 136 and operative part of the decision. An extension of time was granted until 6 April 2018, ICC Decision of 12.2.2018 – ICC-01/12-01/15-257 (Decision on Trust Fund for Victims’ Request for Extension of Time).

<sup>36</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 138.

<sup>37</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 139.

<sup>38</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), para. 140.

<sup>39</sup> ICC, Decision of 17.8.2017 – ICC-01/12-01/15-236 (Al Mahdi Reparations Order), paras 141-146.

#### *b) Appellate Proceedings*

The legal representative of victims appealed Trial Chamber VIII’s Reparations Order “in part and limited”.<sup>40</sup> He recalled that individual reparations for economic loss have been awarded to victims whose livelihood exclusively depended upon the Protected Buildings. He indicated to appeal Trial Chamber VIII’s finding relating to the fact that this criterion would be assessed by the Trust Fund for Victims in the course of the administrative screening “without giving it a definition”.<sup>41</sup> He also requested that the Appeals Chamber does not grant any suspensive effect to the appeal “so that the reparations envisaged together with the Trust Fund can take their normal course”.<sup>42</sup> On 7 November 2017, the Appeals Chamber issued a decision on the conduct of proceedings for this appeal.<sup>43</sup> A decision is pending.

#### **V. Situation in Darfur/Sudan (Pre-Trial Chamber II)<sup>44</sup>**

No proceedings at the situation level took place during the review period. To date, five cases emanated from this situation. The warrants of arrest against the suspects Al Kushayb and Harun, Bashir, Banda and Hussein have not been executed yet and the persons are at large. Developments can be reported only in relation to the Bashir case as will be discussed below.

##### *1. Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Pre-Trial Chamber II)<sup>45</sup>*

- First warrant of arrest: 4 March 2009
- Second warrant of arrest: 12 July 2010
- Victims participating: 12
- Current status: suspect at large

In 2017, the Chamber finally addressed the question whether South Africa, by not arresting and surrendering President Bashir in 2015, had not complied with its obligations under

<sup>40</sup> ICC, Filing of 20.10.2017 – ICC-01/12-01/15-242-Corr-Red-tENG (Public redacted version of the corrected NOTICE OF APPEAL “In part and limited” against the Reparations Order of 17.8.2017 (paragraphs 81, 83 and 146) pursuant to Appeals Chamber Order ICC-01/12-01/15-240-Conf, paragraphs, with Redacted Annexes 1-5, of 6.10.2017, ICC-01/12-01/15-242-Conf-Exp-Corr [“Al Mahdi Victims’ Notice of Appeal”]); Filing of 17.10.2017 – ICC-01/12-01/15-244-tENG (Brief in support of the Appeal [in part and limited] ICC-01/12-01/15-242-Conf-Exp-Corr filed against the Reparations Order of 17.8.2017 [ICC-01/12-01/15-236] issued by Trial Chamber VIII).

<sup>41</sup> ICC-01/12-01/15-242-Corr-Red-tENG (Al Mahdi Victims’ Notice of Appeal), paras 11-13.

<sup>42</sup> ICC-01/12-01/15-242- Corr-Red-tENG (Al Mahdi Victims’ Notice of Appeal), para. 16.

<sup>43</sup> ICC, Decision of 7.11.2017 – ICC-01/12-01/15-246 (Directions on the conduct of the appeals proceedings).

<sup>44</sup> The record carries the situation number ICC-02/05.

<sup>45</sup> The record carries the case number ICC-02/05-01/09.

the Rome Statute. Before summarising the relevant findings of the Chamber, it is pertinent to quickly set out the facts against which the decision was rendered.<sup>46</sup>

*a) Events Leading to the Decision*

In May 2015, it became known that President Bashir would travel to South Africa to attend a summit of the African Union (“AU”) in Johannesburg from 7-15 June 2015. On 28 May 2015, the Court notified the competent authorities of South Africa of the cooperation request asking South Africa to arrest and surrender Bashir, should he enter South African territory; and to consult the Court without delay in case of problems impeding the execution of the request. On 11 June 2015, the Embassy of South Africa in The Netherlands requested an urgent meeting between the Registrar and the Chief State Law Adviser to the Government of South Africa and a delegation from the Embassy for the following day with a view to conducting consultations within the meaning of article 97. The meeting took place the next day in the presence of the Presiding Judge of the Chamber, Judge Tarfusser, representatives of the Office of the Prosecutor, the Registry and the representatives of South Africa. During the meeting, Judge Tarfusser pointed out that “(i) all of the issues tabled by South Africa had already been decided upon by the Court; and (ii) the consultations had no suspensive effect on South Africa’s outstanding obligations under the Statute”.<sup>47</sup> The following day, on 13 June 2015, President Bashir entered the territory of South Africa. In the course of the same day, the Chief State Law Adviser of South Africa met, separately, with representatives of the Registry and the Office of the Prosecutor. In the evening, the Chamber received an urgent request by the Prosecutor to clarify the obligations of South Africa under the Statute. This request was rejected the same evening by Judge Tarfusser observing that the position of the Court had already been made clear to South Africa and that no further reminder or clarification was needed.<sup>48</sup> President Bashir left South African territory in the morning of 15 June 2015. South Africa had not arrested and surrendered him to the Court.

Procedurally, the Chamber triggered the article 87(7) proceedings on 4 September 2015 by requesting South Africa to submit their views in accordance with regulation 109 of the Regulations of the Court.<sup>49</sup> Mindful of the situation before

domestic courts, the Chamber granted an extension of time “until such time as the currently ongoing relevant judicial proceedings before the courts of South Africa are finalised”.<sup>50</sup>

On 30 November 2016, a note verbale of South Africa addressed to the Secretariat of the Assembly of States Parties was filed into the record of the case stating that South Africa would submit its views and observations. On 8 December 2016, the Chamber decided to convene a hearing in the presence of representatives of South Africa, the Prosecutor, and representatives of the UN<sup>51</sup> for the purpose of receiving submissions on two questions: (i) “whether South Africa failed to comply with its obligations under the Statute by not arresting and surrendering Omar Al-Bashir to the Court while he was on South African territory despite having received a request from the Court under articles 87 and 89 of the Statute for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir; and, if so (ii) whether circumstances are such that a formal finding of non-compliance by South Africa in this respect and referral of the matter to the Assembly of States Parties to the Rome Statute and/or the Security Council of the United Nations within the meaning of article 87 (7) of the Statute are warranted”.<sup>52</sup>

Prior to the hearing, the Chamber received submissions of South Africa, the Prosecutor, as well as amicus curiae submissions from Belgium and the Southern Africa Litigation Centre. Conversely, any written or oral submissions of victims accepted to participate in the Bashir case were rejected on the basis that article 68 (3) does not provide victims the right to present view and concerns in any proceedings leading to an article 87 (7) determination.<sup>53</sup> The hearing took place on 7 April 2017.<sup>54</sup>

*b) The Decision and Minority Opinion*

On 6 July 2017, the Chamber issued its decision making a finding of non-cooperation but, having exercised its discretion,<sup>55</sup> declined to refer the matter to the Assembly of States

<sup>46</sup> See also the summary in *Chaitidou*, ZIS 2016, 813 (821).

<sup>47</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Decision under article 87 (7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al Bashir [“Bashir Immunity Decision”]), para. 10.

<sup>48</sup> ICC, Decision of 13.6.2015 – ICC-02/05-01/09-242 (Decision following the Prosecutor’s request for an order further clarifying that the Republic of South Africa is under the obligation to immediately arrest and surrender Omar Al Bashir).

<sup>49</sup> ICC, Order of 4.9.2015 – ICC-02/05-01/09-247 (Order requesting submissions from the Republic of South Africa for the purposes of proceedings under article 87 [7] of the Rome Statute).

<sup>50</sup> ICC, Decision of 15.10.2015 – ICC-02/05-01/09-249, (Decision on the request of the Republic of South Africa for an extension of the time limit for submitting their views for the purposes of proceedings under article 87 [7] of the Rome Statute), p. 6.

<sup>51</sup> The United Nations declined to take any position on the matter and neither transmitted any submissions in writing nor attended the hearing.

<sup>52</sup> ICC, Decision of 8.12.2016 - ICC-02/05-01/09-274 (Decision convening a public hearing for the purposes of a determination under article 87 [7] of the Statute with respect to the Republic of South Africa), para. 15.

<sup>53</sup> ICC, Decision of 9.3.2017 – ICC-02/05-01/09-286 (Decision on the “Request to present views and concerns in 7.4.2017 public hearing for the purposes of a determination under article 87 [7] of the Statute with respect to the Republic of South Africa”).

<sup>54</sup> ICC, Transcript of Hearing, 7.4.2017, ICC-02/05-01/09-T-2-ENG.

<sup>55</sup> ICC, Judgment of 19.8.2015 – ICC-01/09-02/11-1032 (Judgment on the Prosecutor’s appeal against Trial Chamber

Parties (“ASP”) or the Security Council since, in its view, a referral would not be warranted in order to achieve cooperation from South Africa. The pre-trial judges addressed (i) whether Bashir enjoyed immunity at the relevant time and how this circumstance affected the cooperation obligation of South Africa vis-à-vis the Court; (ii) whether South Africa had an obligation to comply with the request for arrest and surrender; (iii) whether South Africa’s interactions with the Court in June 2015 entitled South Africa not to comply with its obligations under the Statute; and (iv) whether the Chamber should refer the matter to the ASP or the Security Council.

This résumé will present the Chamber’s main findings on the first two issues. While the Chamber determined, as other Judges in the Chamber before, that President Bashir did not enjoy any immunity at the relevant time, it followed a slightly new argumentation. After the decisions concerning Malawi (2011)<sup>56</sup> and the DRC (2014),<sup>57</sup> this would be the third attempt of the Court to tackle the issue of the States’ Parties obligations towards the Court in the light of Bashir’s immunities.

*aa) Decision: Bashir’s Immunity*

South Africa had advanced two different legal bases for President Bashir’s immunity: (i) article VII(1) of the host agreement concluded between South Africa and the AU for the purpose of the AU summit;<sup>58</sup> and (ii) customary international

---

V [B]’s “Decision on Prosecution’s application for a finding of non-compliance under Article 87 [7] of the Statute”), para. 43.

<sup>56</sup> ICC, Decision of 13.12.2011 – ICC-02/05-01/09-139-Corr (Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87 [7] of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir).

<sup>57</sup> ICC, Decision of 9.4.2014 – ICC-02/05-01/09-195 (Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court). It is noted that this approach was followed subsequently in 2016 by the same Chamber in relation to the Republic of Uganda and the Republic of Djibouti, see ICC, Decision of 11.7.2015 – ICC-02/05-01/09-266 (Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute); ICC, Decision of 11.7.2015 – ICC-2/05-01/09-267 (Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute).

<sup>58</sup> That provision reads: “The Government shall accord the Members of the Commission and Staff Members, the delegates and other representatives of Inter-Governmental Organizations attending the Meetings the privileges and immunities

law. As regards the first basis, the Chamber clarified that the relevant provision of the agreement was inapplicable vis-à-vis Bashir as he did not qualify as any of the persons listed in said provision that were granted immunities. As regards the second basis, the Chamber determined categorically, and in glaring contrast to the Malawi decision, that it is “unable to identify a rule in customary international law that would exclude immunity for Heads of State when their arrest is sought for international crimes by another State, even when the arrest is sought on behalf of an international court, including, specifically, this Court”.<sup>59</sup> Without more, the Chamber continued and emphasised that the matter under consideration did not concern the exercise of jurisdiction of the Court but, rather, South Africa’s cooperation obligations under Part 9 of the Statute.<sup>60</sup> The ensuing discussion on immunities would therefore unfold from this vantage point.

*bb) Decision: South Africa’s Obligation to Cooperate*

While accepting that heads of States enjoy immunities under customary international law, the Chamber enquired whether there existed any derogation of the rule in case the Court sought the arrest and surrender of such a person enjoying immunity as head of State.<sup>61</sup> The Judges explored the effects of article 27 (2) on Part 9 and found that article 27 (2) excludes the immunity of heads of States comprehensively, including from arrest.<sup>62</sup> In the opinion of the judges, allowing States to rely on immunities or procedural rules to refuse cooperation with the Court would create an “insurmountable obstacle to the Court’s ability to exercise its jurisdiction”.<sup>63</sup> This effect of article 27 (2) was considered to pertain both to the vertical relationship between a State Party and the Court and the horizontal inter-State relationship between States Parties.<sup>64</sup> The Chamber concluded that since there is no immunity from arrest and surrender involved, no waiver of immunity is required under article 98 (1).<sup>65</sup>

By the same token, the Chamber confirmed that States not parties to the Statute are under no obligation to cooperate with the Court and the irrelevance of immunities, as set forth in article 27 (2), has no effect on their rights. In relation to non-States Parties, article 98 (1) remains the applicable re-

---

set forth in Sections C and D, Articles V and VI of the General Convention on the Privileges and immunities of the OAU”.

<sup>59</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 68.

<sup>60</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), paras 69-70.

<sup>61</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 71.

<sup>62</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 74.

<sup>63</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 75.

<sup>64</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), paras 76-79.

<sup>65</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 81.

gime.<sup>66</sup> The legal regime pertaining to States Parties and non-States Parties is, however, further complemented by a third “*sui generis* regime” whereby obligations under the Statute arise for a State as a result of the UN Charter.<sup>67</sup> In this regard, the Chamber concluded that in case of a Security Council resolution referral, the legal framework of the Statute applies “in its entirety”, including its cooperation regime.<sup>68</sup> In other words, in the view of the Chamber, Sudan has, “for the limited purpose of the situation in Darfur, Sudan, [...] rights and duties *analogous to those of States Parties* to the Statute”.<sup>69</sup> As a consequence of the aforementioned, the Chamber held that article 27 (2) applies equally to Sudan, “rendering inapplicable any immunity on the ground of official capacity belonging to Sudan that would otherwise exist under international law”.<sup>70</sup> This means that not only Sudan has the obligation to arrest and surrender Bashir but, by virtue of the horizontal effect of article 27 (2), States Parties to the Statute are equally duty-bound to execute a cooperation request for arrest and surrender since his immunities do not apply. In the words of the Chamber, “article 98 (1) is not applicable to the arrest of Omar Al-Bahir and his surrender to the Court: no immunity needs to be waived and States Parties can execute the Court’s request for arrest and surrender of Omar Al-Bashir without violating Sudan’s rights under international law”.<sup>71</sup> Of significance is in this respect the Chamber’s indirect response to the previous decision in relation to the DRC holding that it was unnecessary to determine whether the Security Council resolution had “waived” explicitly or implicitly the immunity of Bashir.<sup>72</sup> Indeed, following the Chamber’s argumentation, the absence of any immunities entailed that there was nothing to be waived. In conclusion, the Chamber held that in the absence of any immunity preventing arrest and surrender, South Africa was duty-bound to execute the Court’s cooperation request.

*cc) Decision: Other Findings*

Other important legal findings set forth in this decision concern the Chamber’s determination that article 98 (1) does not provide any right on States Parties to unilaterally refuse or

suspend compliance with the Court’s cooperation requests;<sup>73</sup> and the object and purpose of “consultations” with the Court within the meaning of article 97 highlighting that consultations equally do not suspend or otherwise affect the validity of the Court’s cooperation requests.<sup>74</sup> When deciding not to refer the matter to the ASP or the Security Council, the Chamber took into account various factors, such as South Africa’s request for consultation under article 97, its presentation of extensive legal arguments, both in writing and orally, the complex legal problems revolving around the present questions and the Court’s unclear case-law. Notwithstanding South Africa’s non-compliance, the Chamber held that referring the matter would not be warranted as a way to obtain cooperation.

*dd) The Minority Opinion*

Judge Perrin de Brichambaut appended a “minority opinion” to the decision. While he agreed with the general outcome of the Chamber’s decision, he disagreed with regard to the legal basis for the removal of Bashir’s immunity. In his view, Bashir did not enjoy immunity from arrest and surrender because Sudan had relinquished the immunities of its head of State when acceding to 1948 Genocide Convention. Hence no impediments existed at the horizontal level between Sudan and South Africa regarding the execution of the request for arrest and surrender. In addition to setting out his interpretation of the effects of the 1949 Genocide Convention he also laid down a series of discrete legal questions, albeit without taking a position: (i) the effects of the Security Council referral on Sudan’s status vis-à-vis the Statute holding that given the current state of law, it cannot be determined exclusively on the basis of the legal effects of Security Council resolution 1593 whether either article 27 (2) or 98 (1) apply between the Court, Sudan and South Africa; (ii) whether the Security Council referral had removed Bashir’s immunities, arguing that the current state of the law does not allow a definite answer; and, finally, (iii) whether the involvement of international courts affected the application of the rules of customary international law regarding the personal immunity of heads of States arguing that due to conflicting positions of States and varying approaches of international courts, this question equally remained undecided.<sup>75</sup>

*c) Events After the Decision*

On 29 March 2017, Bashir was present on Jordan’s territory attending the 28<sup>th</sup> Arab League Summit in Amman. The Jordanian authorities did not arrest and surrender Bashir to the Court claiming that Bashir, as sitting head of State, enjoyed immunity from the criminal jurisdiction of Jordan under the rules of customary international law. Upon receipt of Jor-

<sup>66</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 82.

<sup>67</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 83.

<sup>68</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), paras 85-86.

<sup>69</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 88 (emphasis added). That said, the Chamber was eager to clarify that these obligations did not encompass voting rights in the ASP or contributions to the Court’s budget, ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 90.

<sup>70</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 91.

<sup>71</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), para. 93.

<sup>72</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), paras 95-96.

<sup>73</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), paras 99-106.

<sup>74</sup> ICC, Decision of 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09-302 (Bashir Immunity Decision), paras 112-121.

<sup>75</sup> ICC, Opinion of 6.7.2017 - ICC-02/05-01/09-302-Anx (Minority Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut).

dan's submissions under regulation 109 (3) of the Regulations of the Court, the Chamber found that Jordan had not complied with its obligations under the Rome Statute and referred the matter to the ASP and the Security Council.<sup>76</sup> Jordan appealed directly, or in the alternative sought leave to appeal, this decision.<sup>77</sup> At the time of writing, the matter is still pending. Moreover, Uganda and Chad were requested to provide submissions concerning their failure to arrest Omar Al-Bashir and surrender him to the Court pursuant to regulation 109 (3) of the Regulations of the Court.

## VI. Situation in Libya (Pre-Trial Chamber I)<sup>78</sup>

No proceedings at the situation level took place during the review period. To date, three cases emanated from this situation. The warrants of arrest against the suspects Gaddafi, Khaled and Al Werfalli have not been executed yet and the persons are at large.

### 1. *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi (Pre-Trial Chamber I)*<sup>79</sup>

- Warrant of arrest: 27 June 2011
- Victims participating: -
- Current status: Suspect at large

According to media reports, Saif Al-Islam Gaddafi remains in the custody of the militia controlling Zintan, Libya. In an attempt to push things forward, and considering the volatile and complex political situation on the ground, in particular Libya's inability to secure Gaddafi's transfer from his place of detention in Zintan into State custody, the Prosecutor requested on 26 April 2016 that the Chamber order the Registrar to transmit the warrant of arrest and corresponding cooperation request to "Mr al-Ajami AL-ATIRI, commander of the Abu Bakr Al-Siddiq Battalion based in Zintan".<sup>80</sup>

As a result, the Chamber ordered first the Registrar to communicate with the Libyan authorities enquiring whether there is any liaison between them and the militia in Zintan; and whether the Libyan authorities would agree that the re-

quest for arrest and surrender be addressed to the Zintan militia, and if so, whether the Libyan authorities would facilitate the transmission of the documents to, or agree that the Court directly transmit those documents to the Zintan militia.<sup>81</sup>

Upon receiving information from the representative of Libya, who declared to represent lawfully both the Government of National Accord and the Libyan House of Representatives, the Chamber rendered its decision on 21 November 2016 rejecting the Prosecutor's request.<sup>82</sup> Reiterating Libya's obligations to cooperate with the Court, the Chamber stressed that any communication between the Court and the State must be transmitted through the diplomatic channel or any other appropriate channel as designated by the State, as foreseen in article 87 (1) (a). With regard to the case at hand the Chamber determined that, in the absence of any other channel clearly designated, such official channel of communication remained that between the Court and the "Government of National Accord, which is recognised by the international community to represent the State". Accordingly, the Judges decided that the Court "cannot but deal with the de jure government and cannot direct its cooperation requests to any other non-State entity claiming to represent the State".<sup>83</sup>

### 2. *Prosecutor v. Al Tuhamy Mohamed Khaled (Pre-Trial Chamber I)*<sup>84</sup>

- Warrant of arrest: 18 April 2013 (public on 24.4.2017)
- Victims participating: -
- Current status: Suspect at large

On 18 April 2013, Pre-Trial Chamber I had issued a warrant of arrest against Al-Tuhamy Mohamed Khaled, alleged former Lieutenant General of the Libyan army and former head of the Libyan Internal Security Agency, for the commission of crimes against humanity and war crimes allegedly committed in various locations in Libya, in the context of a widespread and systematic attack against the civilian population, from 15 February 2011 to 24 August.<sup>85</sup> Khaled is believed to bear criminal responsibility for the crimes of imprisonment, torture, other inhumane acts and persecution as crimes

<sup>76</sup> ICC, Decision of 11.12.2017 – ICC-02/05-01/09-309 (Decision under article 87 [7] of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir).

<sup>77</sup> ICC, Filing of 18.12.2017 – ICC-02/05-01/09-312 (The Hashemite Kingdom of Jordan's Notice of Appeal of the Decision under Article 87 [7] of the Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir; or, in the Alternative, Leave to Seek Such an Appeal).

<sup>78</sup> The record carries the situation number ICC-01/11.

<sup>79</sup> The record carries the case number ICC-01/11-01/11.

<sup>80</sup> ICC, Filing of 26.4.2016 – ICC-01/11-01/11-624 (Request for an order directing the Registrar to transmit the request for arrest and surrender to Mr. al-"Ajami AL-"ATIRI, Commander of the Abu-Bakr al-Siddiq Battalion in Zintan, Libya).

<sup>81</sup> ICC, Decision of 2.6.2016 – ICC-01/11-01/11-627 (Order to the Registrar with respect to the "Request for an order directing the Registrar to transmit the request for arrest and surrender to Mr. al-"Ajami AL-"ATIRI, Commander of the Abu-bakr al-Siddiq Battalion in Zintan, Libya").

<sup>82</sup> ICC, Decision of 21.11.2016 – ICC-01/11-01/11-634-Red (Decision on the Prosecutor's "Request for an order directing the Registrar to transmit the request for arrest and surrender to Mr. al-"Ajami AL-"ATIRI, Commander of the Abu-Bakr Al Siddiq Battalion in Zintan, Libya" ["Gaddafi Transmission Decision"]).

<sup>83</sup> ICC, Decision of 21.11.2016 – ICC-01/11-01/11-634-Red (Gaddafi Transmission Decision), para. 15.

<sup>84</sup> The record carries the case number ICC-01/11-01/13.

<sup>85</sup> ICC, Warrant of 18.4.2013 – ICC-01/11-01/13-1 (Warrant of Arrest for Al-Tuhamy Mohamed Khaled).

against humanity, and torture, cruel treatment and outrages upon personal dignity as war crimes. The warrant of arrest was made public 4 years later with decision dated 24 April 2017.<sup>86</sup>

3. *Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al Werfalli (Pre-Trial Chamber I)*<sup>87</sup>

- Warrant of arrest: 15 August 2017
- Victims participating: -
- Current status: Suspect at large

On 15 August 2017, Pre-Trial Chamber I issued a warrant of arrest against Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, a commander in the Al-Saiqa Brigade that has been involved in the armed conflict ever since the days of the revolution against the Gaddafi regime and since May 2014.<sup>88</sup> Al-Werfalli is alleged to have directly committed and to have ordered the commission of murder in the context of 7 incidents, involving 33 civilians, which took place from on or before 3 June 2016 until on or about 17 July 2017 in Benghazi or surrounding areas, in Libya. The events underlying the warrant of arrest occurred only recently and hence the linkage between these crimes and the Security Council referral was specifically discussed in the decision. The Chamber accepted the link between the case and the situation referred to the Court on account of the same armed group ever since the days of the “revolution” underlying the Security Council referral.<sup>89</sup>

**VII. Situation in the Republic of Burundi (Pre-Trial Chamber III)**<sup>90</sup>

On 5 September 2017, the Prosecutor submitted an under seal request for an authorisation of the commencement of the investigation into the situation in Burundi<sup>91</sup> pursuant to article 15 to Pre-Trial Chamber III.<sup>92</sup> For the first time, article 15 proceedings were to be conducted under seal and with the participation of the Prosecutor only. On 15 September 2017,

the Chamber requested additional information on, inter alia, her classification request and the reasons that set this situation “apart from previous requests under article 15”.<sup>93</sup>

On 25 October 2017, Pre-Trial Chamber III authorised the commencement of the investigation regarding crimes within the jurisdiction of the Court allegedly committed in Burundi or by nationals of Burundi outside Burundi since 26 April 2015 until 26 October 2017.<sup>94</sup>

*a) Classification and Delayed Notification*

In its decision, issued first under seal ex parte, the Chamber first set forth the reasons for accepting the classification proposed by the Prosecutor. In brief, the Judges accepted the classification on an exceptional basis because the “past and present circumstances in Burundi and neighbouring countries indeed establish that there is a danger to the life and well-being of victims and potential witnesses”.<sup>95</sup> It is also worth noting that the Judges noted that during the authorisation process States, which would normally exercise jurisdiction over the alleged crimes, do not enjoy any participatory rights, while victims enjoy a “direct avenue to make representations before a Pre-Trial Chamber” that can only be curtailed upon judicial scrutiny.<sup>96</sup>

In addition, mindful of the continued risks facing the victims and potential witnesses in Burundi and neighbouring States as well as the lack of international cooperation on the part of the Burundian authorities, the Prosecutor was exceptionally granted a limited delay of 10 working days to notify the commencement of the investigation to States under article 18 in order to prepare and implement protective measures for victims and potential witnesses to mitigate the potential risks.<sup>97</sup> Hence, the decision was rendered public on 9 November 2017.

<sup>86</sup> ICC, Decision of 24.4.2017 - ICC-01/11-01/13-18 (Decision on Reclassification of the Warrant of Arrest).

<sup>87</sup> The record carries the case number ICC-01/11-01/17.

<sup>88</sup> ICC, Warrant of 15.8.2017 – ICC-01/11-01/17-2 (Warrant of Arrest).

<sup>89</sup> ICC, Warrant of 15.8.2017 – ICC-01/11-01/17-2 (Warrant of Arrest), para. 23.

<sup>90</sup> The record carries the situation number ICC-01/17.

<sup>91</sup> ICC, Filing of 15.11.2017 – ICC-01/17-5-Red (Public Redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15”, 6.9.2017, ICC-01/17-5-US-Exp); at the time, the filing was classified under seal ex parte Prosecutor only. The filing was rendered public, with redactions, on 15.11.2017 (notified on 16.11.2017).

<sup>92</sup> ICC, Decision of 23.8.2017 – ICC-01/17-1 (Decision on the constitution of Pre-Trial Chamber III and on the assignment of the situation in the Republic of Burundi [“Additional Information Decision”]).

<sup>93</sup> ICC, Decision of 25.9.2017 – ICC-01/17-6-Red (Public Redacted Version of “Order to the Prosecutor to Provide Additional Information”, ICC-01/17-X-6-US-Exp, 15.9.2017), para. 8. At the time, the decision was classified under seal, ex parte. The decision was rendered public, with redactions, on 9.11.2017.

<sup>94</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Public Redacted Version of “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi”, ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25.10.2017 [“Burundi Decision”]). The decision was issued on 25.10.2017 under seal, ex parte Prosecutor only. It was made public, in redacted form, on 9.11.2017. Due to the initial classification of the request, the following interim situation number was assigned: “ICC-01/17-X”. After making the decision public, the situation number was amended to “ICC-01/17”.

<sup>95</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 14.

<sup>96</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), paras 8-10.

<sup>97</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 19.

*b) Effects of Withdrawal*

With Burundi having withdrawn from the Statute (effective 27 October 2017), it was necessary for the Chamber to elaborate on the effects of such withdrawal. It found, first, that the Court had jurisdiction while Burundi was a State Party to the Statute, namely from the moment the Statute entered into effect for Burundi (1 December 2004) until the end of the one-year period since the notification of Burundi's withdrawal (26 October 2017).<sup>98</sup> In the view of the Chamber, this means that the Court retains jurisdiction over any crime within its jurisdiction up to and including 26 October 2017, regardless of Burundi's withdrawal.

As regards the exercise of jurisdiction, the Judges held that the Court may conduct its investigation and prosecution even after the withdrawal became effective for Burundi as long as the Court's activities relate to the crimes allegedly committed during the time Burundi was a State Party to the Rome Statute. In other words, there is no time limit for the exercise of jurisdiction by the Court.<sup>99</sup>

As regards Burundi's obligations to cooperate, the Chamber held that Burundi has a duty to cooperate since the investigation was authorised on 25 October 2017, two days prior to the date on which the withdrawal became effective for Burundi (article 127 [2]). The Judges were of the view that this obligation remained in effect for as long as the investigation lasts and encompasses any proceedings resulting from the investigation.<sup>100</sup>

*c) Facts of the Situation*

As regards the test to be applied under article 15 (4), the Chamber stayed in line with previous decisions: its assessment of the Prosecutor's request was based on the criteria enumerated in article 53 (1) (a)-(c) and the material was reviewed against the evidentiary standard "reasonable basis to proceed" that entailed "a sensible or reasonable justification" without the need of pointing towards one conclusion or being conclusive.<sup>101</sup> Following this standard, the Chamber agreed with the Prosecutor and confirmed that the Burundian State agents (such as the Burundian army, national police and the national intelligence service), together with the youth wing of the ruling party (known as the "Imbonerakure"), conducted a widespread and systematic attack against the Burundian civilian population since at least 26 April 2017. Crimes were allegedly committed against those against or perceived to be against the ruling party and who demonstrated against President Nkurunziza's third term. According to estimates, at least 1.200 persons were allegedly killed, thousands illegally detained, thousands reportedly tortured, and hundreds disap-

peared. The alleged acts of violence reportedly resulted in the displacement of 413.490 persons between April 2015 and May 2017.

*d) The Crimes*

The Judges found a reasonable basis to believe that the crimes of murder and attempted murder, torture, rape, imprisonment and severe deprivation of liberty, enforced disappearance and persecution had been committed. This decision offers for the first time further clarifications on the specific legal requirements of in particular three crimes: imprisonment or severe deprivation of liberty, enforced disappearance and persecution. They shall be briefly discussed.

As regards the crime of imprisonment or severe deprivation of liberty within the meaning of article 7 (1) (e), the Chamber clarified that imprisonment encompasses "unlawful captivity of a person in an enclosed environment, such as a prison or psychiatric institution"; severe deprivation of physical liberty was defined as the "unlawful restriction of the person's movements to a specific area, such as a ghetto, camp or a house".<sup>102</sup> The Chamber added that such conduct must have been in violation of fundamental rules of international law, if, for example, the person was detained without any legal basis or the person is denied any procedural rights.<sup>103</sup> Lastly, the Chamber pointed out that the crime "does not require the imprisonment or the deprivation of liberty to be for a prolonged period of time, contrary to what is provided for in article 7 (2) (i) of the Statute for the crime of enforced disappearance".<sup>104</sup>

As regards the crime of enforced disappearance within the meaning of article 7 (1) (i), it is worth noting that the Chamber evidently interpreted the crime in the light of related international instruments, the work of the Human Rights Committee, and the case-law of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights. The Chamber understood the crime to be composed of "two inseparably interrelated components: (i) the victim's deprivation of liberty; and (ii) the ensuing denial or suppression of information".<sup>105</sup> With regard to the first component, the Chamber clarified that it understood the requirement of deprivation of liberty comprehensively, including "the scenario in which a victim, initially arrested and detained lawfully, may be 'disappeared' in custody".<sup>106</sup> With regard to the second component, the Chamber held that the "refusal to acknowledge or give information encompasses outright denial or the giving of false information about the fate or wherea-

<sup>98</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 24.

<sup>99</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 24.

<sup>100</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 26.

<sup>101</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 30.

<sup>102</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 68.

<sup>103</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 68.

<sup>104</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 68.

<sup>105</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 118.

<sup>106</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 118.

bouts of the victim”.<sup>107</sup> In line with international case-law, the Chamber emphasised that the lodging of a complaint by the victim’s family was not a pre-requisite but that it was incumbent on the State to commence an impartial and thorough investigation *ex officio* without delay into the disappearance of the victim.<sup>108</sup> Further, the Chamber held that as a result of the disappearance the victim must have been removed from the protection of the law, “i.e. the victim no longer has access to judicial assistance and legal procedures”.<sup>109</sup> The Judges explained that they would infer the intention to remove the victims from the protection of the law from the manner in which the person was deprived of his or her liberty, such as “the lack of a court order for the detention; abduction in cars without licence plates and with tinted windows, detention in secret, unofficial prisons; non-registration of names of the detainees in official records; or capture in desolate areas”.<sup>110</sup> Lastly, the Judges stressed that the crime of enforced disappearance is continuous in nature “as long as the perpetrators continue to conceal the fate and whereabouts of the person or persons who have disappeared and these facts remain unclarified”.<sup>111</sup>

As regards the crime of persecution within the meaning of article 7 (1) (h), the Chamber highlighted that the “conduct constituting persecution must have been committed in connection with any other crime within the jurisdiction of the Court (connection requirement), thus filtering out discriminatory measures that would not fall within the Court’s jurisdiction if committed without such connection”.<sup>112</sup> The Chamber then accepted that persecutory acts could take many forms, adding that only severe deprivation of fundamental rights contrary to international law, whether derogable or not (such as the right to life, the right not to be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment, freedom of expression, freedom of assembly and association, and the right to private property), would be relevant.<sup>113</sup> Lastly, it was said that the persecutory conduct must have been directed against a group or collectivity based on the grounds enumerated in article 7 (1) (h) or any other ground recognised as impermissible under international law, as identified by the perpetrator.<sup>114</sup> Against the backdrop of the case, the Judges defined “political grounds” as not pertaining “only to the victim’s

membership of a political party or adherence to a particular ideology but also to differences of opinion over public affairs, or (actual or presumed) political affiliations”.<sup>115</sup>

In her request, the Prosecutor had declined to confirm the existence of war crimes alleging that the alleged degree of intensity of the armed confrontation and the level of organisation of the armed entities did not allow her to conclude that a non-international armed conflict existed at the time. Recalling the Comoros and Georgia standard that allowed the Prosecutor to draw conclusions on the information received, provided those conclusions did not appear manifestly unreasonable,<sup>116</sup> the Judges remarked that the material did suggest, at the requisite standard applicable at this early phase, the existence of a non-international armed conflict. They opined that the Prosecutor had assessed the evidence too restrictively having “imposed requirements on the material that cannot reasonably be met in the absence of an investigation” and encouraged her to extend her investigation to this crime as well.<sup>117</sup>

#### *e) Admissibility*

With regard to the admissibility of potential cases, the Chamber assessed the activities and outcome of three commissions of enquiry, which had been established to examine three discrete events in 2015, as well as national proceedings. Before embarking on an assessment of the commissions’ work, the Chamber stressed that “national investigations that are not designed to result in criminal prosecutions do not meet the admissibility requirements under article 17 (1)”.<sup>118</sup> It then looked briefly into the establishment, composition and powers of those commissions and accepted their findings for the purposes of the complementarity determination at this stage.<sup>119</sup>

In the view of the Chamber, the Burundian authorities had remained inactive in relation to potential cases either because (i) the domestic proceedings did not concern the same persons that are likely to be the focus of an ICC investigation into the situation in Burundi or they did not concern the same crimes as identified by the Chamber; or (ii) national investigations were deficient. In particular, the Chamber criticised that the commissions did not take tangible, concrete and progressive investigative steps, such as approach witnesses who could provide information, provide protective measures for the witnesses to safely testify, or conduct forensic examinations. As a result, the Chamber saw no conflict of jurisdic-

<sup>107</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 118.

<sup>108</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 118.

<sup>109</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 120.

<sup>110</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 120.

<sup>111</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 121.

<sup>112</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 131.

<sup>113</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 132.

<sup>114</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 133.

<sup>115</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 133.

<sup>116</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 138.

<sup>117</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 141.

<sup>118</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 152.

<sup>119</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 153.

tion between the Court and Burundi.<sup>120</sup> The Chamber also noted that the potential cases are of sufficient gravity.<sup>121</sup>

*f) Parameters of the Investigation*

Finally, when setting out the parameters of the authorised investigation, the Chamber clarified that the Prosecutor is not restricted to the incidents and crimes described in the decision but may, on the basis of the evidence, extend her investigation to other crimes against humanity or other crimes within the jurisdiction of the Court (i.e. genocide and war crimes), as long as she remains within the parameters of the authorised investigation.<sup>122</sup> In this regard, the Chamber deviated from Kenya which had restricted the Prosecutor to crimes against humanity only. Moreover, as regards the temporal scope of the investigation, the Chamber authorised the Prosecutor to go, in certain circumstances, beyond the time frame of 26 April 2015 and 26 October 2017. She was authorised to extend her investigation over crimes that had been committed before 26 April 2015 if the legal requirements of the contextual elements are fulfilled. In the light of the continuous nature of certain crimes, the Prosecutor was also authorised to extend her investigation to crimes even if they continue after 26 October 2017.<sup>123</sup> Lastly, as regards the geographical scope of the authorised investigation, the Prosecutor was authorised to extend her investigation to all crimes committed on the territory of Burundi (article 12 [2] [a]) or committed outside Burundi by nationals of Burundi (article 12 [2] [b]) if the legal requirements of the contextual elements of crimes against humanity are fulfilled.<sup>124</sup> For the first time, a situation before the Court is not only territorially defined.

**VIII. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (Pre-Trial Chamber III)**<sup>125</sup>

Having concluded her preliminary examination, the Prosecutor informed the Presidency on 30 October 2017 of her intention to submit a request under article 15 (3). The Presidency assigned the situation to Pre-Trial Chamber III.<sup>126</sup> On 9 November 2017, the Judges of the Chamber decided that

for this situation Judge Antoine Kesia-Mbe Mindua will act as the Presiding Judge.<sup>127</sup>

On the same day, the Chamber granted an extension of the page limit for the Prosecutor's impending article 15 (3) request and organised the process of receiving victims' representations.<sup>128</sup> In that decision, the Chamber extended the time limit within which victims may submit representations to Wednesday, 31 January 2018.<sup>129</sup> The Prosecutor was ordered to indicate in her public notice to the victims<sup>130</sup> the deadline as established by the Chamber. Standard representation forms, prepared by the Victims Participation and Reparation Section ("VPRS") in English, Pashto and Dari, were also approved by the Chamber. Moreover, the VPRS was instructed to conduct a preliminary assessment of all representations received and transmit them to the Chamber on a rolling basis. Of interest is the Chamber's encouragement that the VPRS "identify community leaders of the affected groups" and gather collective representations.<sup>131</sup>

The Prosecutor submitted her request for authorisation on 20 November 2017.<sup>132</sup> At the time of writing, a decision on the request is pending.

<sup>120</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), paras 142-182.

<sup>121</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), paras 183-189.

<sup>122</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 193.

<sup>123</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 192.

<sup>124</sup> ICC, Decision of 25.10.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Decision), para. 194.

<sup>125</sup> The record carries the situation number ICC-02/17.

<sup>126</sup> ICC, Decision of 3.11.2017 – ICC-02/17-1 (Decision assigning the situation in the Islamic Republic of Afghanistan), with one annex.

<sup>127</sup> ICC, Decision of 9.11.2017 – ICC-02/17-4 (Decision on the Election of the Presiding Judge). For the first time, a Pre-Trial Chamber has two presiding judges. With regard to the situation in Burundi, Judge Chang-ho Chung is the Presiding Judge. In the Court's practice, the Pre-Trial Chambers are presided by one judge only, irrespective of the number of situations assigned to it.

<sup>128</sup> ICC, Order of 9.11.2017 – ICC-02/17-6 (Order to the Victims Participation and Reparation Section Concerning Victims' Representations ["Afghanistan Victims' Decision"]).

<sup>129</sup> According to rule 50 (1) of the Rules of Procedure and Evidence the Prosecutor must to inform victims known to her, inter alia, via public notice by general means. Following this provision of information by the Prosecutor, the victims may make representations in writing to the Chamber within 30 days, as foreseen in regulation 50 (1) of the Regulations of the Court.

<sup>130</sup> Rule 50 (1) of the Rules of Procedure and Evidence.

<sup>131</sup> ICC, Order of 9.11.2017 – ICC-02/17-6 (Afghanistan Victims' Decision), para. 15.

<sup>132</sup> ICC, Filing of 20.11.2017 – ICC-02/17-7-Red (Public redacted version of "Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp).

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

**Szesny, André-M./Kuthe, Thorsten (Hrsg.)**, Kapitalmarkt Compliance, C.F. Müller, Tübingen, 2014, 1.210 S., € 139,99.

Compliance. Ein Wort, das in den vergangenen Jahren nicht nur im privatwirtschaftlichen, sondern auch im öffentlichen Bereich eine nicht zu unterschätzende Bedeutung erlangt hat.<sup>1</sup> Auch der Kapitalmarkt ist hiervon nicht ausgenommen, sondern vielmehr in höchstem Maße betroffen, wenn es um die Vermeidung von Rechtsverstößen in Unternehmen, insbesondere in Kreditinstituten und Wertpapierhandelsunternehmen geht. Bereits durch das Vorwort des rezensierten Werkes (S. V) wird deutlich, dass auch die *Autoren* die Dimensionen compliancerechtlicher Vorgaben – insbesondere auf europäischer<sup>2</sup> Ebene – erkannt haben. Hierbei weisen sie zu Recht auf die erheblichen Herausforderungen eines Compliance-Verantwortlichen aufgrund der andauernden Entwicklungen hin. Die erheblichen Herausforderungen ergeben sich hierbei aber nicht nur aus der fortwährenden Weiterentwicklung bestehender Rechtsätze, sondern vor allem aus den (teilweise erheblichen, auch strafrechtlichen) Konsequenzen eines Verstoßes gegen Compliance-Vorschriften, deren Behandlung in dem zu rezensierenden Werk ebenfalls Eingang gefunden hat.

### I. Inhaltsübersicht

Bereits durch einen ersten Blick auf das Inhaltsverzeichnis des rezensierten Werkes (S. XI-LVI) zeigt sich, dass die *Autoren* dem im Vorwort geäußerten Anliegen, das Kapitalmarktrecht für den Rechtsanwender verständlich und praxisfreundlich aufzubereiten und ihm eine Hilfe beim Aufbau bzw. der Effektivierung eines Compliance-Systems im jeweiligen Unternehmen zu bieten, gerecht werden.

Der erste Teil des Werkes (S. 3 ff.) gibt dem Leser durch eine Übersicht und Darstellung grundsätzlicher Aspekte der Organisation der Kapitalmarkt-Compliance bereits einen ersten Eindruck von der Bedeutung des Kapitalmarktrechts für die gesamte Wissenschaft und Praxis im Bereich Compliance. Hierbei zeigt sich, dass das (nationale) Compliance-Recht in höchstem Maße durch europäische Rechtssetzungsaktivitäten geprägt ist.<sup>3</sup> Daneben wird bereits im ersten Teil

des Werkes deutlich, dass Compliance zunehmend zu einer Managementfunktion und -aufgabe wird und bereits aus diesem Grund in jedem Fall die Leitungsebene eines Unternehmens betrifft (S. 21 ff.). Insoweit werfen die *Autoren* allerdings berechtigterweise die Frage auf, ob die zunehmende regulatorische Dichte in immer kürzeren Abständen überhaupt eine planbare Compliance-Tätigkeit im jeweiligen Unternehmen ermöglicht (S. 26).

Der zweite Teil des Werkes (S. 31 ff.) betrifft die sog. Emittenten-Compliance und befasst sich insoweit insbesondere mit den Themenkomplexen der Ad-hoc-Publizität in börsennotierten Unternehmen (S. 43 ff.) sowie dem Problemfeld des Directors' Dealing<sup>4</sup> (S. 45 ff.). Zum letztgenannten Problemfeld ist insbesondere auch die jüngste Entwicklung rund um den Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Börse AG zu berücksichtigen, der durch den Kauf von Wertpapieren der Deutschen Börse AG Schlagzeilen gemacht hat. Der Kauf ist aktuell Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens wegen des Vorwurfs des Insiderhandels.<sup>5</sup>

Im zweiten Teil des Werkes weisen die *Autoren* zutreffend darauf hin, dass die Etablierung von ordnungsgemäßen Mitteilungs- und Veröffentlichungsleitlinien sowie die hierzu erforderlichen organisatorischen Maßnahmen im Zentrum der Emittenten-Compliance stehen (S. 45). Die *Autoren* empfehlen in diesem Kontext zutreffend die Führung einer funktionsbezogenen Insiderliste (S. 46), auf der alle natürlichen Personen erfasst werden sollten, die entweder Führungsaufgaben beim Emittenten oder eine direkte oder indirekte Kontrolle beim Emittenten ausüben (vgl. § 15a Abs. 3 S. 3 WpHG).

Neben dem zuvor dargestellten Thema werden in dem zweiten Teil des Werkes auch Stimmrechtsmitteilungen (S. 112 ff.), die Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex für die Kapitalmarkt-Compliance (S. 167 ff.) sowie die Regelpublizität (S. 188 ff.) eingehend beleuchtet. Hierbei gelingt es dem jeweiligen *Bearbeiter*, dem Rechtsanwender auch komplexe Themenfelder zugänglich zu machen. Dies zeigt sich insbesondere im Hinblick auf Stimmrechtsanteile (S. 114 ff.), bei dem die *Autoren* insbesondere § 22 WpHG und die Zurechnung von Stimmrechtsanteilen anhand einer Vielzahl von Sachverhalten darlegen (S. 115 ff.).

<sup>1</sup> Zum Thema Compliance bei Unternehmen der öffentlichen Hand siehe *Passarge*, NVwZ 2015, 252, sowie *Sonder*, VR 2014, 229. Zu neueren Compliance-Fragen in M&A-Prozessen siehe *Blassl*, CCZ 2017, 37.

<sup>2</sup> Insoweit sei auf die Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und auf die Transparenzrichtlinie 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2013 verwiesen, die beide auch für den Bereich Compliance von großer Bedeutung sind.

<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang sei beispielsweise auf die Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) vom 28.1.2003 oder aber auf die Richtlinie

2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften verwiesen. Beide beispielhaft zitierten Rechtssetzungsakte haben auch den Bereich Compliance maßgeblich geprägt.

<sup>4</sup> Zu dem Begriff „Directors' Dealings“ siehe bereits *Weimann*, in: *Hohnel* (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, 2013, 14. Teil Rn. 108-111; *Görres*, in: *Habersack/Mülbert/Schlitt* (Hrsg.), Handbuch der Kapitalmarktinformation, 2. Aufl. 2013, § 32 Rn. 84 ff.; sowie *Fleischer*, ZIP 2002, 1217.

<sup>5</sup> Siehe hierzu die umfangreiche Presseberichterstattung, etwa bei Spiegel Online unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/deutsche-boerse-aufsichtsrat-stuetzt-vorstandschef-kengeter-a-1148067.html> (19.1.2018).

Der dritte Teil des Werkes behandelt das Themenfeld der transaktionsbezogenen Compliance und hierbei insbesondere Fragen der Compliance beim Börsengang und Kapitalerhöhung (S. 219 ff.), bei M&A-Transaktionen einschließlich öffentlicher Übernahmen (S. 243 ff.), bei dem Erwerb eigener Aktien (S. 265 ff.) und der Hauptversammlung (S. 303 ff.). Durch die strikte Trennung zwischen der Emittenten-Compliance und der transaktionsbezogenen Compliance (sowie in dem vierten bzw. fünften Teil des Werkes zwischen den kreditwesensrechtlichen Spezifika bzw. der Finanzdienstleister-Compliance) ist es dem Leser, der ggf. nur eine Handreichung zu einem der jeweiligen Themenfelder sucht, möglich, sich schnell – gleichwohl aber umfassend – zu dem für ihn relevanten Thema zu informieren und entsprechend zu handeln.

Der vierte Teil (S. 384 ff.) und fünfte Teil (S. 461 ff.) des rezensierten Werkes behandeln – wie bereits vorstehend erwähnt – kreditwesensrechtliche Spezifika sowie das Themenfeld der Finanzdienstleister-Compliance. Insbesondere im vierten Teil bieten die Bearbeiter dieses Teils dem Leser zunächst die Darstellung der besonderen Organisationspflichten von Instituten nach § 25a Abs. 1 KWG (S. 384 ff.), bevor sodann der Aufbau einer Compliance-Organisation nach § 25a KWG bzw. die internen Sicherungsmaßnahmen gemäß § 25c KWG dargestellt werden (S. 419 ff.). Der Aufbau einer Compliance-Organisation nach § 25a KWG sowie das Ergreifen interner Sicherungsmaßnahmen gemäß § 25c KWG sind durch eine Vielzahl von Herausforderungen geprägt, die die Schwierigkeiten einer ordnungsgemäßen Compliance-Tätigkeit beispielhaft darstellen (S. 437 ff.).

Um insbesondere die strafrechtliche Komponente von Verstößen gegen Compliance-Vorgaben herauszustellen, wurde dieser mit dem sechsten Teil des Werkes ein eigener Abschnitt gewidmet (S. 675 ff.). Nach der Darstellung allgemeiner straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlicher Grundsätze (S. 675-718) werden im Folgenden die einschlägigen Straftatbestände, etwa aus §§ 263, 264a, 265b StGB, aus compliancerechtlicher Sicht dargelegt (ab S. 719 ff.). Auch der Straftatbestand der Untreue aus § 266 StGB, der Geldwäsche aus § 261 StGB sowie die Darstellung steuerrechtlicher Verfehlungen haben Eingang in den sechsten Teil des Werkes gefunden. Neben den Straftatbeständen aus dem Kernstrafrecht werden auch strafrechtliche Konsequenzen aus dem WpHG (S. 894 ff.), dem KWG (S. 949 ff.) sowie dem BörsG (S. 975 ff.) für den Leser eingehend aufbereitet. Durch die Darstellung der straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Konsequenzen wird dem Leser zunächst ein umfassendes Bild der (teilweise erheblichen) Konsequenzen aufgezeigt, aus dem deutlich wird, dass ein Verstoß gegen eine Compliance-Vorgabe nicht nur eine bloße Lappalie ist, sondern vielmehr dem Compliance-Verantwortlichen durch die Strafandrohung des jeweiligen Tatbestandes nicht nur eine Geldstrafe, sondern in manchen Fällen auch eine Freiheitsstrafe droht.

Abgeschlossen wird das Werk durch den siebenten Teil (S. 1061 ff.), der die Aufdeckung vergangener Verstöße zum Thema hat. Hierbei werden insbesondere auch die Planung und Organisation sowie Durchführung der Ermittlung mögli-

cher Verstöße gegen Compliance-Vorgaben durch externe Ermittler dargestellt. Die Beauftragung externer Ermittler erfreut sich in der Vergangenheit bereits großer „Beliebtheit“.<sup>6</sup> Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Heranziehung externer Ermittler in das System rechtlicher Rahmenbedingungen – insbesondere auch aus dem Strafgesetzbuch (vgl. § 203 StGB [Geheimnisverrat] oder § 202a StGB [Auspähung von Daten]) einzupassen ist, wofür das vorliegende Werk Leitlinien und Empfehlungen bereithält.

## II. Bewertung

Das Handbuch von Szesny und Kuthe zur Kapitalmarkt-Compliance bietet eine hervorragende Möglichkeit für den Rechtsanwender, komplexe Probleme der kapitalmarktrechtlichen Compliance zu erfassen und entsprechend den Vorgaben des Gesetzes und der Rechtsprechung, die an vielen Stellen in das Werk eingearbeitet wurde,<sup>7</sup> zu lösen. Das Handbuch beinhaltet eine umfangreiche und tiefgehende Darstellung und ermöglicht durch die Trennung etwa zwischen der Emittenten-, der transaktionsbezogenen und der Finanzdienstleister-Compliance trotz der hohen Seitenzahl eine schnelle Handreichung. Insbesondere das Thema der Ad-hoc-Publizität in börsennotierten Unternehmen hat in der Vergangenheit bereits mehrfach (im Falle von Verstößen) für Aufmerksamkeit gesorgt und wird von den *Autoren* in hervorragender Art und Weise unter Einbeziehung der maßgeblichen Entscheidungen des BGH und des EuGH aufgearbeitet, wodurch für den Rechtsanwender die Vermeidung von Rechtsverstößen ermöglicht wird. Dass das vorliegende Werk mit den darin enthaltenen Abhandlungen zu den einzelnen Themenbereichen von höchster Aktualität ist, zeigt sich insbesondere – wie erwähnt – im Hinblick auf die *Directors' Dealings*.

Trotz der teilweise erheblichen Komplexität der aufgezeigten Themenkomplexe gelingt es den jeweiligen *Bearbeitern*, die rechtlichen Probleme umfassend, aber gleichwohl verständlich darzustellen. Auf insgesamt 1.188 Seiten behandeln die *Autoren* das Feld der Kapitalmarkt-Compliance in einer Tiefe, die für jeden interessierten Leser einen großen Mehrwert bietet. Insgesamt ist das Werk daher sehr zum Kauf zu empfehlen.

*Rechtsanwalt Dr. Julian Engel, Koblenz*

<sup>6</sup> Insoweit sei beispielhaft für die Heranziehung externer Hilfe bei der Aufklärung von möglichen Rechtsverstößen auf die Beauftragung der Kanzlei Jones Day durch den Volkswagen-Konzern sowie der Kanzlei Freshfields durch den Deutschen Fußballbund verwiesen.

<sup>7</sup> Beispielhaft sei an die Besprechung von BGH, Beschl. v. 22.11.2010 – II ZB 7/09 = NJW 2011, 309, zur Frage der Ad-hoc-Mitteilungspflichten bei zeitlich gestrecktem Vorgang auf S. 64 bzw. die zum gleichen Sachverhalt ergangene Entscheidung des EuGH, Urt. v. 28.6.2012 – C-19/11 = NZG 2012, 784, die auf S. 65 ff. behandelt wird, erinnert.

## Buchrezension

**Magda Wicker**, Cloud Computing und staatlicher Strafanspruch. Strafrechtliche Risiken und strafprozessuale Ermittlungsmöglichkeiten in der Cloud, Nomos, Baden-Baden, 2016, 503 S., € 129,-.

Die Monographie mit dem Titel „Cloud Computing und staatlicher Strafanspruch“ von *Magda Wicker* enthüllt ihren Inhalt erst im Untertitel. Denn wo der Titel zunächst nur eine Abhandlung über die materiell-rechtlichen Folgen des Cloud Computing erahnen lässt, liefert *Wicker* darüber hinaus auch eine Untersuchung der strafprozessualen Problematiken in diesem Umfeld. Dies geschieht nicht ohne zuvor die technischen Grundlagen sowie die zivil-, und medienrechtliche Einordnung des Cloud Computing zu erläutern. Dabei dürfte der Umstand, dass das Werk von *Wicker* im Rahmen zweier Forschungsprojekte entstand, die sich interdisziplinär mit der Praktikabilität und Sicherheit von Cloud Computing beschäftigten, für die umfassende Perspektive und das erkennbare technische Hintergrundwissen der *Autorin* förderlich gewesen sein. Der Leser bekommt somit ein thematisches Komplettpaket zum Thema Cloud Computing und Strafrecht geliefert, was sich auch im – für eine Dissertationsschrift recht stattlichen – Umfang niederschlägt.

Im Aufbau geht *Wicker* stringent vor. Zunächst werden in einem ersten Kapitel (S. 23-34) neben einer Einleitung die grundlegenden Informationen zum Werk wie z.B. Stand der Forschung (S. 28) oder Rahmen und Methodik der Untersuchung (S. 26 bzw. 30) erläutert. Die technischen Hintergründe, soweit zum Verständnis des Werkes notwendig, sind im zweiten Kapitel (S. 35-62) dargelegt. Die juristische Auseinandersetzung beginnt sodann im dritten Kapitel (S. 63-98) mit der erwähnten rechtlichen Einordnung des Cloud Computings im Zivil- und Medienrecht. Die materiell-strafrechtlichen Risiken im Rahmen des Cloud Computings werden im vierten Kapitel (S. 99-280) untersucht. Die Folgen für das Strafprozessrecht sind im fünften Kapitel (S. 281-444) dargelegt. Die Ergebnisse und Schlussfolgerungen aus dem Vorhergenannten fasst *Wicker* im sechsten und letzten Kapitel (S. 445-472) nochmals konzentriert zusammen.

Im ersten Kapitel ist die Darstellung des methodischen Vorgehens besonders erwähnenswert. Hier stellt *Wicker* heraus, dass im späteren materiell-strafrechtlichen Teil insbesondere untersucht werden soll, welche Strafbarkeitsrisiken sich aus der Nutzung von Cloud Computing für die beteiligten Akteure ergeben können (S. 30). Strafbarkeitsrisiken meint dabei die mögliche Strafbarkeit von Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Cloud Computing, die nach der weitesten zulässigen Auslegung der Tatbestände denkbar ist. Gleichwohl, darauf sei schon jetzt hingewiesen, stellt *Wicker* in der Bearbeitung der einzelnen Tatbestände auch die ihrer Ansicht nach zutreffende Auslegung dar.

Von grundlegend wichtiger Bedeutung für das weitere Vorgehen sind die Ausführungen im zweiten Kapitel. *Wicker* stellt hier verschiedene vorhandene Definitionsansätze für Cloud Computing vor (S. 38 ff.) und stellt deren besondere Merkmale heraus. Dabei greift sie neben den nationalen An-

sätzen, etwa des BSI (S. 39), vor allem auch auf die in diesem Kontext wohl maßgeblichen Beschreibungen aus dem US-amerikanischen Raum zurück. Im Ergebnis identifiziert *Wicker* verschiedene Merkmale, die Cloud Computing erfüllen muss (S. 40). Danach ist, grob zusammengefasst, Cloud Computing als ein IT-Bereitstellungsmodell zu verstehen, bei dem der Cloud-Nutzer auf die Beschaffung eigener Hard- und/oder Software verzichtet und stattdessen auf die ständig zu diesem Zweck bereitgestellten Ressourcen des Cloud-Anbieters zurückgreift. Insbesondere die Virtualisierung, die Skalierbarkeit und der Bezug über das Internet seien wesentliche Merkmale (vgl. S. 40-43). Neben der Definition werden auch der Stand der Technik sowie die gängigen Modelle dargestellt, in denen Cloud Computing erfolgt. *Wicker* versteht es hierbei, technische Begriffe und Kürzel (z.B. SaaS, PaaS, IaaS etc.) auch für den Laien verständlich aufzubereiten und zu erläutern.

Nach der technischen Einführung widmet sich die *Autorin* der juristischen Aufarbeitung des Cloud Computings. Dabei erfolgt die Einordnung in zivilrechtlicher Hinsicht (S. 65-83) nicht zum Selbstzweck. Das gefundene Ergebnis wird in der späteren Bearbeitung der straf- und strafprozessrechtlichen Ebene immer wieder aufgegriffen und argumentativ genutzt. *Wicker* dekliniert verschiedene im besonderen Schuldrecht kodifizierte Vertragstypen durch und kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei Cloud Computing weder um einen Kauf-, noch einen Dienst- oder Werkvertrag handelt. Vielmehr sei das Bereitstellungsmodell als Mietvertrag einzuordnen (S. 71). Der Cloud-Nutzer beanspruche die Ressourcen des Cloud-Anbieters, welche dieser ihm auch in dem vertraglich vereinbarten Maße zum Gebrauch gewähre. Die Einordnung wird anhand der Rechtsprechung zu ähnlichen Fragestellungen verifiziert und gelingt argumentativ überzeugend. So sei beispielsweise durch den Mietvertrag lediglich die Gebrauchsüberlassung geschuldet. Der Umstand, dass der Cloud-Nutzer keinen Besitz an der genutzten Hardware erhalte, sei in diesem Zusammenhang irrelevant, da bei IT-Systemen der Gebrauch über den Weg des Internets die Besitzverschaffung nicht erfordere (S. 74). Gerade dieses Merkmal (Virtualisierung) unterscheidet andere und vertragstypologisch abweichend eingeordnete Absprachen wie z.B. den Webhostingvertrag.

Im Rahmen der medienrechtlichen Einordnung (S. 83-89) erläutert *Wicker* auf Basis der technischen Definition, dass eine Anwendung des TKG auf Cloud Computing nicht möglich sei. Dies begründe sich aus dem Umstand, dass Telekommunikationsdienste zwar für den Up- bzw. Download beim Cloud Computing benötigt werden, sie aber gerade nicht Teil des Cloud Computing-Vertrages sind. Eine Kommunikation finde bei der reinen Übertragung von Daten des Cloud-Nutzers zu der gemieteten Infrastruktur und zurück gerade nicht statt. Anders sei die Lage in Bezug auf das TMG zu bewerten. Der Cloud-Anbieter erfülle die Voraussetzungen des § 2 S. 1 Nr. 1 TMG. In diesem Zusammenhang sei zwischen Bestands-, Nutzungs- und Inhaltsdaten zu unterscheiden, deren Einordnung und Voraussetzungen im Einzelnen dargestellt werden.

Nach diesen detaillierten Vorarbeiten wird nach den dargestellten Grundsätzen auf die bestehenden Strafbarkeitsrisiken eingegangen, denen sich Cloud-Nutzer, Cloud-Anbieter und Dritte gegenübersehen. *Wicker* geht auch hier umfassend vor. Dabei nimmt sie zunächst die Straftatbestände des StGB und im Anschluss die der relevanten Nebengesetze (wie z.B. des UWG) in den Blick. Um nicht den Rahmen einer Rezension zu sprengen, sei hier nur auf einige wenige Tatbestände hingewiesen. Eine umfassende Zusammenfassung der möglichen Strafbarkeitsrisiken findet sich, aufgeschlüsselt nach den jeweiligen Akteuren, auf den Seiten 252-280.

Wenig überraschend nimmt *Wicker* zunächst § 202a StGB in den Blick. Sie stellt klar, dass die Abreden im Cloud-Vertrag keine Berechtigung des Cloud-Anbieters enthalten, die in der Cloud gespeicherten Daten auszulesen oder zu verändern (S. 107). Dies sei auch bei technisch notwendigen Zugriffen oder vereinbarten Sicherungskopien der Fall, weil hierfür ein inhaltlicher Zugriff nicht erforderlich sei (S. 108). Interessant ist die Beantwortung der Frage, ob die Daten des Cloud-Nutzers gegenüber dem Zugriff des Cloud-Anbieters i.S.d. § 202a StGB besonders gesichert sind. Eine solche Sicherung sei regelmäßig durch das Nutzerkennwort gegeben, welches aber dem Cloud-Anbieter in Klarform oder als zum Inhaltzugriff nutzbarer Hashwert zur Verfügung stehe (S. 112). *Wicker* kommt mittels einer Analogie zur realen Welt zu dem Schluss, dass ein Nutzerkennwort dennoch für den § 202a StGB tatbestandlich ausreiche. Ebenso wie ein Vermieter einen Schlüssel zu dem Mietobjekt behalten könne, er in der Anwendungsbefugnis aber aufgrund des Mietvertrages beschränkt sei und sich bei vertraglich nicht genehmigtem Betreten strafbar machen könne, sei dies auch bei dem Cloud-Anbieter der Fall, wenn er vertragswidrig das ihm bekannte Passwort zur Einsichtnahme in die Daten nutze (S. 113 f.). Im Ergebnis sei ein Strafbarkeitsrisiko des Cloud-Anbieters bei einer solchen Einsichtnahme zu bejahen.

Einen für die Praxis besonders relevanten Tatbestand im Zusammenhang mit Cloud Computing nimmt *Wicker* in Form des § 203 StGB in den Blick. Es stellt sich hier die Frage, ob die Speicherung etwa von Mandanten- oder Krankenakten sowie Verfahrensakten verschiedener Behörden in der Cloud den Tatbestand erfüllen könnte. Die *Autorin* sieht ein Offenbaren nach dieser Vorschrift bereits dann als gegeben an, wenn die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Geheimnisses gegeben ist. Dies ist zwar nicht unumstritten, vor dem Hintergrund der Aufdeckung von Strafbarkeitsrisiken jedoch folgerichtig. Durch die Speicherung in der Cloud und der damit einhergehenden technischen Möglichkeit des Cloud-Anbieters, vertragswidrig in die Daten Einsicht zu nehmen, sei der Tatbestand an sich erfüllt. Dies ließe sich nur durch eine Sicherung auf dem Stand der Technik, insbesondere durch Verschlüsselungslösungen umgehen (S. 133). Hier lässt sich auch exemplarisch die Praxisrelevanz des Werkes erkennen, indem *Wicker* auf die daraus folgenden Umsetzungsprobleme hinweist. So ist eine Verarbeitung der Daten, anders als eine reine Speicherung, im Wege des Cloud Computing (z.B. mittels Software as a Service/SaaS) derzeit im verschlüsselten Zustand nicht möglich (S. 132). Auch ändere sich der technische Stand, sodass fortlaufend zu prüfen sei,

ob die Verschlüsselung noch zeitgemäß sei. Ebenso werden die Möglichkeiten, eine Strafbarkeit durch Einwilligung der Betroffenen zu umgehen, ausgelotet und auf Praxistauglichkeit hin untersucht.

In Bezug auf § 303a StGB widmet sich *Wicker* unter anderem der Problematik, wie die Löschung einer Sicherungskopie von Daten durch den Cloud-Anbieter (im Regelfall wegen der Erstellung einer neuen Sicherungskopie auf aktuellem Stand) zu bewerten sei. Hiermit verzahnt ist die Frage, ob der Cloud-Anbieter, der technisch bedingt die Daten des Cloud-Nutzers nicht dauerhaft auf einem Server speichert, sondern fortlaufend die Daten auf einen anderen Server kopiert und sodann vom Ursprungsserver löscht, sich gem. § 303a StGB strafbar macht. *Wicker* kommt zu dem Schluss, dass die Löschung anderer Kopien oder durch den Kopiervorgang hergestellter weiterer Originale nicht tatbestandsmäßig sei, solange der Zugang zu den Daten für den Cloud-Nutzer möglich bleibt. Verhindere der Cloud-Anbieter aber den Zugang des Cloud-Nutzers zu den Daten, etwa weil dieser den schuldrechtlichen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkomme, sei die Unterdrückensvariante des § 303a StGB gegeben (S. 185). Hierbei sei aber die individuelle Vertragsabrede zu beachten, die ggf. einen Rechtfertigungsgrund statuieren könne.

Im Rahmen des § 353b StGB erkennt *Wicker* ein Strafbarkeitsrisiko durch Nutzung des Cloud Computings von Behörden, sofern keine ausreichende Verschlüsselung genutzt wird. Es ergeben sich viele Parallelen zu § 203 StGB. Anders als dort wird hier aber der Umstand näher beleuchtet, dass oftmals auf Seiten des Cloud-Nutzers die Positionen des Sachbearbeiters, der die Daten speichert, des Administrators, der Kenntnis von der jeweiligen IT-Infrastruktur hat und des Behördenleiters auseinanderfallen. Hierdurch kann die Situation gegeben sein, dass der Sachbearbeiter durch die Speicherung von Daten in der Cloud zwar objektiv tatbestandlich handelt, subjektiv aber nicht die notwendige Kenntnis in seiner Person gegeben ist (S. 215), beim Administrator verhielte es sich umgekehrt. *Wicker* prüft hier eine mögliche Zurechnung und verweist auf die Anwendung der allgemeinen Regelungen des § 25 StGB.

In strafprozessualer Hinsicht verfährt *Wicker* in ähnlicher Weise wie bei der Ermittlung materiell-rechtlicher Strafbarkeitsrisiken. Sie stellt zunächst allgemeine Grundlagen voran, um sodann mögliche Eingriffsermächtigungen zur Datenerhebung in der Cloud zu identifizieren und diese vor deren Tauglichkeit zum Umgang mit Cloud Computing zu untersuchen. Auch hier sollen nur einige wenige Punkte der umfangreichen Untersuchung dargestellt werden.

So geht die *Autorin* in Bezug auf eine mögliche Durchsichtung der Cloud gem. § 102 StPO darauf ein, in wessen Gewahrsam die dort gespeicherten Daten stehen. Nach *Wicker* seien die Server zwar im Gewahrsam des Cloud-Anbieters, durch die mietvertragliche Einordnung des Cloud Computing-Vertrages gelte dies aber nicht für die durch den Vertrag zum Gebrauch überlassenen Ressourcen. Diese seien dem Cloud-Nutzer zugesprochen und ihm durch den jeweiligen Nutzeraccount samt Kennwort auch zuzuordnen, sodass insoweit der Gewahrsam des Cloud-Nutzers begründet sei

(S. 336-341). Dies ist ein innovativer Ansatz, der mit Blick auf die technische Entwicklung und die zivilrechtliche Einordnung dogmatisch fundiert eine der Realität angemessene Lösung bietet.

Sollte der jeweilige Server sich im Ausland befinden, sieht *Wicker* keine Hindernisse, den jeweiligen Cloud-Speicherplatz gem. der §§ 102, 110 Abs. 3 StPO zu durchsuchen. Ein willkürlicher Zugriff inländischer Ermittlungspersonen auf das Ausland sei hier nicht anzunehmen (S. 356). Anders als beim IT-Outsourcing, in dessen Rahmen die Verortung der Server im Ausland bekannt sei, könne diese Kenntnis den Beamten beim Cloud Computing gerade nicht unterstellt werden. Wo sich die Daten befänden, sei oftmals nicht einmal dem Cloud-Anbieter bekannt. Daher sei eine Verortung im Inland nicht ausgeschlossen, ein willkürlicher Zugriff auf das Ausland somit nicht gegeben. Eine solche Ansicht überzeugt wenig. Zwar ist zuzugeben, dass der Praxis hier mit den bisherigen Regeln Grenzen gesetzt sind. Sollte der Ort des jeweiligen Servers tatsächlich ermittelt werden können, ist der Weg über die traditionelle Rechtshilfe meist dermaßen lang, dass die Daten zu dem Zeitpunkt der ersuchten Ermittlungshandlung bereits wieder an einen anderen Server übertragen oder schlicht gelöscht sind. Es ist *Wicker* zuzugeben, dass diese Lösung vor dem Hintergrund der technischen Entwicklung nicht überzeugen kann. Eine recht künstlich wirkende Unwissenheit der Beamten zu postulieren und hierdurch völkerrechtliche Grundsätze auszuhebeln, kann aber dogmatisch auch nicht überzeugen.

Im Übrigen ist die strafprozessuale Analyse ebenso wie die materiell-strafrechtliche detailliert, erschöpfend und argumentativ überzeugend. Die Zusammenfassung zum Schluss bietet zugleich einen aussagekräftigen Überblick und Leitlinien für die weitere Entwicklung. *Wicker* gelangt zu dem Schluss, dass sich unser Strafrechtsregime im Großen und Ganzen gegenüber der neuen Entwicklung des Cloud Computings als robust und sachgerecht darstellt. Sie weist jedoch auf die gefundenen Ergebnisse hin und plädiert für gezielte Korrekturen in einzelnen Bereichen.

Alles in allem ist *Wicker* mit dem Werk eine umfassende Untersuchung zum Thema Cloud Computing und Strafrecht gelungen. Es setzt sich sowohl mit den technischen Grundlagen als auch mit der juristischen Dogmatik auseinander. Dabei ist es gleichermaßen als Beitrag zur wissenschaftlichen Diskussion und als Nachschlagewerk für den juristischen Praktiker geeignet und daher vollumfänglich zu empfehlen.

*Dr. Markus Mavany, Trier*