Inhalt

AUFSÄTZE

Internationales Strafrecht

- Zur Bedeutung der Spezialprävention bei der Ahndung von Völkerrechtsverbrechen**
Von PD Dr. Boris Burghardt, Wiss. Mitarbeiter Aziz Epik, LL.M. (Cambridge), Berlin 286
- Rechtskulturelle Differenzen in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen**
Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg 298
- Die Vorratsdatenspeicherung als Spielball höchstgerichtlicher Rechtsprechung**
Von Prof. Dr. Jens Puschke, LL.M. (King's College), Marburg 308

BUCHREZENSIONEN

Internationales Strafrecht

- Heiko Ahlbrecht/Klaus Michael Böhm/Robert Esser/Franziska Eckelmans, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2018**
(Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg) 318

Strafrecht

- Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, 2019**
(Jean Pierre Matus, Santiago) 320
- Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, 2019**
(Jean Pierre Matus, Santiago) 322

Strafprozessrecht

- Antje Schumann, Verhör, Vernehmung, Befragung, Zu Geschichte und Dogmatik des Rechtsbegriffs der Vernehmung im Strafprozess und seiner Auflösung im 20. Jahrhundert, 2016**
(Staatsanwalt PD Dr. Jens Dallmeyer, Frankfurt a.M.) 324

VARIA

Völkerstrafrecht

- Tagungsbericht „Rethinking the Crime of Aggression: International and Interdisciplinary Perspectives“**
Von Wiss. Mitarbeiter Nicolai Bülte, Wiss. Mitarbeiter Tobias Römer, Marburg 326

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. Mitarbeiter Dennis Klein

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Zur Bedeutung der Spezialprävention bei der Ahndung von Völkerrechtsverbrechen

Von PD Dr. Boris Burghardt, Wiss. Mitarbeiter Dr. Aziz Epik, LL.M. (Cambridge), Berlin

In der strafrechtlichen Literatur gilt als ausgemacht, dass der Spezialprävention bei der Ahndung von Völkerrechtsverbrechen keine oder doch allenfalls eine untergeordnete Bedeutung als Strafzweck zukommen könne. Der vorliegende Beitrag hinterfragt diese Ansicht. Er zeigt, dass sie auf einer zweifelhaften Prämisse beruht und zudem den Bezugspunkt der Prävention im Völkerstrafrecht nicht zutreffend bestimmt. Tatsächlich ist die Berücksichtigung spezialpräventiver Gesichtspunkte im Völkerstrafrecht nicht weniger sinnvoll als im allgemeinen Strafrecht auch. Aus den Besonderheiten völkerstrafrechtlicher Begehungszusammenhänge ergibt sich vielmehr, dass hier regelmäßig eine spezifische Spielart der negativen Spezialprävention zum Tragen kommt: der Ausschluss von gesellschaftlichen Machtpositionen durch strafrechtliche Ahndung.

In academic discourse it is commonly accepted that the theory of "special prevention" is of little, if any, relevance to the prosecution of crimes under international law. We challenge this view. Firstly, it is based on the false premise that criminal prosecution of these crimes can only take place once the macro-criminal context within which the perpetrator has operated so far (e.g. a dictatorship, an armed conflict etc.) has been done away with. Secondly, we argue that those who reject the theory of "special prevention" disregard the possibility that perpetrators of international crimes may switch over from one macro-criminal context to another. Finally, even if such perpetrators find themselves in a socio-political context in which the commission of mass atrocities such as genocide, crimes against humanity or war crimes is improbable, they might still cling to their authoritarian or discriminatory views and thereby continue to pose a threat to a process of democratization and the protection of human rights if they remain in positions of power. We argue that special prevention makes no less sense as a theory of punishment for crimes under international criminal law than it does with regard to ordinary crimes. Rather, a specific variety of negative special prevention comes into play in such circumstances: the exclusion of perpetrators from positions of power by way of criminal sanctions.

I. Statt einer Einleitung: Vier biographische Miniaturen

Zum Beispiel Alois Brunner: Der ehemalige SS-Hauptsturmführer hatte im Rahmen der sog. „Endlösung der Judenfrage“ in ganz Europa Kenntnisse und Erfahrungen gesammelt, die ihresgleichen suchten: In Wien bei der „Zentralstelle für jüdische Auswanderung“, im Referat IV B 4 des Reichssicherheitshauptamts, als Mitglied des „Sonderkommandos der Sicherheitspolizei für Judenangelegenheiten Saloniki-Ägäis“, als Leiter des Sammel- und Durchgangslager Drancy nordöstlich von Paris und eines Sonderkommandos der Gestapo an der Côte d’Azur, schließlich in der Slowakei nach der Niederschlagung des „Nationalaufstands“ als Leiter des Sammel-lagers Sereď bei Tyrnau (Trnava), wo er letzte Züge noch bis in den März 1945 rollen ließ, als Auschwitz bereits von der

Roten Armee befreit war.¹ Beraubung, Internierung, Miss-handlung, Deportation, Ermordung – ob am Schreibtisch oder vor Ort, Brunner kannte Theorie und Praxis des Völkermords an den europäischen Juden in Administration und Ausführung, daran besteht kein Zweifel.

In Syrien, wohin sich Brunner Mitte der 1950er Jahre dank mancher Hilfeleistung hatte flüchten können, machte ihn das für die Baath-Partei und deren schnell wachsenden Sicherheitsapparat offenbar interessant.² Kolportiert wird, Brunner habe dem syrischen Geheimdienst Mukhabarat unter dem Alias Dr. Georg Fischer als „Berater für Judenfragen“ zugearbeitet, sei bei der Entwicklung von Foltertechniken und -instrumenten behilflich gewesen und habe Offiziere für die Unterdrückung von Aufstandsbewegungen geschult.³ Es ist unwahrscheinlich, dass sich hierzu jemals belastbare Nachweise werden finden lassen. Hafiz al-Assad und seinem Sohn Baschar blieb der Gast mit besonderer Vergangenheit jedenfalls wichtig genug, um ihm bis zu seinem Tod Aufenthalt in Syrien zu gewähren und verschiedene, mal pflichtschuldige, mal ernsthafte Versuche, eine Auslieferung Brunners zu erreichen, zu ignorieren oder durch falsche Angaben ins Leere laufen zu lassen.⁴

¹ Zu Brunner während der NS-Zeit vgl. z.B. *Felstiner*, Holocaust and Genocide Studies 2 (1987), 21; *Hafner/Schapira*, Die Akte Alois Brunner, 2000, S. 34 ff.; *Safrian*, Eichmann und seine Gehilfen, 1995, S. 12 f., 17, 175 ff. (Wien), 189 ff. (Berlin), 233 ff. (Saloniki), 261 ff. (Frankreich), 308 ff. (Slowakei).

² Zu Brunners Flucht und seinen Helfern vgl. *Hafner/Schapira* (Fn. 1), S. 215 ff.; *Safrian* (Fn. 1), S. 333 f.

³ Vgl. zuletzt *Kellerhoff*, Die Welt v. 2.12.2014, abrufbar unter

<https://www.welt.de/geschichte/zweiter-weltkrieg/article134938779/Hitlers-Bluthund-perfektionierte-die-Menschenjagd.html> (24.4.2019); ferner *Epelbaum*, Alois Brunner, 1990, S. 287 ff.; *Hafner/Schapira* (Fn. 1), S. 236 ff.; sowie *Meyer*, Täter im Verhör, 2005, S. 204, der davon spricht, dass Brunner in Damaskus „die Geheimpolizei aufbaute“.

⁴ In Deutschland führte die Staatsanwaltschaft beim LG Frankfurt a.M. bereits seit 1960 – eingeleitet noch auf Initiative von Fritz Bauer – ein Ermittlungsverfahren gegen Alois Brunner unter dem Aktenzeichen Js 141/60 bzw. 931 Gs 5007/61. Ein weiteres Ermittlungsverfahren, das (neben anderen) Alois Brunner betraf, wurde ab 1966 „in der Sache ‚Endlösung der Judenfrage‘ in Frankreich“ unter dem Aktenzeichen 103 (24) Js 1/66 (Z) bei der Staatsanwaltschaft am LG Köln geführt. Auf einen zweiten Haftbefehl, den die Kölner Staatsanwaltschaft 1984 ausstellen ließ, wurde im Dezember 1984 erstmals mündlich ein Auslieferungersuchen bei den syrischen Stellen vorgetragen – und blieb folgenlos. In Österreich führte die Staatsanwaltschaft beim Landesgericht Wien zwei Ermittlungsverfahren gegen Brunner; 1961, 1985 und 1989 ergingen vergebliche Auslieferungersuchen Österreichs an die syrische Regierung. In Frankreich

Dass Klaus Barbie seine im Dienst des NS-Regimes erlangte Expertise auch nach 1945 noch nutzen können, ist dagegen aktenkundig. Der ehemalige Leiter der Abteilung IV der Gestapo beim Kommandeur der Sicherheitspolizei und des SD in Lyon hatte sich durch Folterung und Ermordung von tatsächlichen und mutmaßlichen Mitgliedern der Résistance, von Kommunisten und Juden den Beinamen „der Schlächter von Lyon“ erworben.⁵ Ein besonderes Anliegen war es Barbie, 44 jüdische Kinder und ihre Betreuer, die sich auf einem Hofgut in der Gemeinde Izieu versteckt hielten, im April 1944 in den Tod zu schicken.⁶ Nachdem er 1951 mit Hilfe des US-amerikanischen Counter Intelligence Corps nach Lateinamerika fliehen und seit 1955 als Klaus Altmann in Bolivien dank des Bundesnachrichtendienstes und der auf den Export von deutschen Waffen in Krisengebiete spezialisierten MEREX AG ein komfortables Auskommen hatte finden können, gelang es Barbie, den schnell wechselnden Machthabern seine Erfahrungen in der Partisanenbekämpfung anzutragen. Insbesondere unter den Diktatoren René Barrientos Ortuño, Hugo Banzer Suárez und Luis García Meza Tejada bekleidete Barbie im bolivianischen Sicherheitsapparat als Oberst der bewaffneten Streitkräfte ehrenhalber eine prominente Stellung.⁷ Es erscheint beinahe überflüssig zu erwähnen, dass diesem Sicherheitsapparat vorgeworfen wird, für

wurde Ende 1987 auf Initiative u.a. von Serge Klarsfeld ein Verfahren gegen Brunner eingeleitet, das zu dem Erlass eines internationalen Haftbefehls und einem – ebenfalls erfolglosen – Auslieferungersuchen Frankreichs an Syrien führte. 1990 ersuchte die DDR Syrien um Rechtshilfe im Hinblick auf Brunner. Ein fünftes Auslieferungersuchen wurde schließlich von israelischer Seite gestellt. Vgl. dazu *Epelbaum* (Fn. 3), S. 18 ff.; *Hafner/Schapira* (Fn. 1), S. 17 ff., 21 ff.; *Meyer* (Fn. 3), S. 204 f., 391 Fn. 276.

⁵ Vgl. zu Barbies Tätigkeit in der NS-Zeit z.B. *Bower*, Klaus Barbie, Lyon, Augsburg, La Paz – Karriere eines Gestapo-Chefs, 1984, S. 31 ff. Zu den bestenfalls als halbherzig zu bezeichnenden Strafverfolgungsbemühungen der Bundesrepublik siehe *Meyer* (Fn. 3), S. 223, 416 Fn. 134, 442 Fn. 107: Die Staatsanwaltschaft beim Landgericht München I stellte am 22.6.1971 das Ermittlungsverfahren gegen Klaus Barbie ein, weil ihm keine Kenntnis nachweisbar sei, dass die Juden, an deren Deportation in das Sammel- und Durchgangslager Drancy er maßgeblich mitgewirkt habe, ermordet werden sollten.

⁶ Zu diesem insbesondere in der französischen Erinnerungsgeschichte zentralen Ereignis vgl. z.B. *Zaoui*, in: Jean/Salas (Hrsg.), *Barbie, Touvier, Papon. Des procès pour la mémoire*, 2002, S. 53.

⁷ Vgl. zu den Verbindungen der US-amerikanischen und der bundesdeutschen Geheimdienste zu Barbie z.B. *Hammer-schmidt*, Deckname Adler, Klaus Barbie und die westlichen Geheimdienste, 2014; United States Department of Justice, Klaus Barbie and the United States Government, Report to the US Attorney General, 1983, abrufbar unter <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-hrsp/legacy/2011/02/04/08-02-83barbie-rpt.pdf> (24.4.2019).

zahlreiche Massaker, Morde und Folter politischer Gegner verantwortlich zu sein.⁸

Eine länderübergreifende Laufbahn wird auch Johnny Abbes García nachgesagt. Unter dem dominikanischen Diktator Rafael Trujillo war Abbes der Chef des weithin gefürchteten militärischen Geheimdienstes SIM. In dieser Funktion war er mitverantwortlich für die Folterung und Ermordung von (mutmaßlichen) Oppositionellen im Inselstaat. Zudem ließ er Dissidenten im Ausland entführen und ermorden. Auch Staatsoberhäupter, die das Trujillo-Regime im Rahmen der Organisation amerikanischer Staaten kritisierten, waren nicht vor dem Diktator und seiner rechten Hand sicher: Ein Mordkomplott des SIM gegen den costa-ricanischen Präsidenten José Figueres Ferrer konnte 1957 noch vereitelt werden. Erfolgreicher war Abbes mutmaßlich aber im Falle des guatemaltekischen Junta-Chefs Carlos Castillo Armas, der im selben Jahr ermordet wurde. Und drei Jahre später war es wohl erneut Abbes, der auf Geheiß Trujillos das Attentat auf den damaligen venezolanischen Präsidenten Rómulo Betancourt plante und in Auftrag gab. Bei der Explosion einer Autobombe starben Betancourts Fahrer und ein Leibwächter, Betancourt selbst überlebte schwer verletzt.

Nach dem gewaltsamen Ende Trujillos wurde Abbes alsbald innenpolitisch kaltgestellt und auf Auslandsposten abgeschoben. Abbes sah seine Talente offenbar an anderer Stelle und heuerte kurz darauf als Sicherheitsberater beim haitianischen Diktator François Duvalier, genannt „Papa Doc“, an, unter dessen Regime nach Schätzungen circa 30.000 Menschen ermordet wurden.⁹

Lehrreich ist schließlich der Fall Maurice Papons. Als Generalsekretär der Präfektur in der Region Bordeaux war Papon ein hoher Beamter des Vichy-Regimes. Als solcher kollaborierte er bereitwillig mit den deutschen Verantwortlichen bei der Organisation der Deportation und Ermordung der französischen Juden.¹⁰ Seiner Karriere im Dienste der vierten und fünften französischen Republik nach 1945 tat das keinen Abbruch. Als Regionalpräfekt im algerischen Constantine unterstützte er zwischen 1956 und 1958 die Bekämpfung des wachsenden Widerstands gegen die Kolonialmacht Frankreich mittels sogenannter „détachements opérationnels de protection“, Sondereinheiten also, zu deren Spezialität insbesondere extralegale Tötungen und Folter gehörten.¹¹

⁸ Der bekannteste Fall ist zweifellos Ernesto „Che“ Guevara, vgl. dazu z.B. *Castañeda*, Che Guevara, 1997, S. 435 ff.

⁹ Zu Duvalier, vgl. z.B. *Eser*, in: Witthaus/Eser (Hrsg.), *Machthaber der Moderne, Zur Repräsentation politischer Herrschaft und Körperlichkeit*, 2016, S. 257.

¹⁰ Vgl. z.B. *Boulanger*, Maurice Papon, un technocrate français dans la collaboration, 1993. Sehr verständnisvoll *von Münchhausen*, in: Vormbaum (Hrsg.), *Vichy for Gericht: Der Papon-Prozess*, 2000, S. VIII.

¹¹ Vgl. zu Papon in Algerien z.B. *Kelly*, in: Golsan (Hrsg.), *The Papon Affair, Memory and Justice on Trial*, 2000, S. 35. Zu Folter und extralegalen Tötungen als Mittel der französischen Kolonialpolitik in Algerien *Aussaresses*, *Services spéciaux: Algérie 1955–1957*, 2001; *Robin*, *Escadrons de la mort, l'école française*, 2004.

Der Einsatz in Nordafrika qualifizierte Papon im März 1958 für den Posten als Polizeipräfekt von Paris, wo die französische Sektion der Front de libération nationale (FLN) den Algerienkonflikt in die Metropole zu tragen suchte. Der tatkräftige Beamte zeigte sich erneut nicht um Rücksichtnahme verlegen und favorisierte auch hier ein Vorgehen außerhalb der lästigen Schranken des Rechtsstaats oder, wie es in einem internen Dokument vom August 1958 heißt, ein „régime répressif approprié“.¹² Er ließ Hilfspolizeinheiten formieren, die bei Razzien zu ungezügelter Gewaltausübung und bei Festnahmen zu Misshandlung und Folter neigten. Die Devise, die Papon seinen Untergebenen für diese Einsätze gab, lautete: „Pour un coup donné, nous en porterons dix“.¹³ Informell war die Sprache noch unverhohlener: Das routinierte Zusammenprügeln der algerischstämmigen Bevölkerung firmierte unter dem Begriff „Ratonnade“, von „raton“, „Ratte“. Die Früchte blieben nicht aus: Am Abend des 17. Oktober 1961 veranlasste Papon die gewaltsame Auflösung einer großen Demonstration von Algeriern in Paris. Am Ende des Einsatzes trieben Dutzende Leichen in der Seine, die genaue Zahl ist bis heute ungeklärt.¹⁴ Nur vier Monate später starben bei der Auflösung einer weiteren Demonstration an der U-Bahnstation „Charonne“ neun Personen infolge der hemmungslosen Polizeigewalt, hunderte wurden verletzt. Noch einmal zwei Monate später gibt es Schätzungen zufolge bei der „Ratonnade de la Goutte d’Or“ nach inoffiziellen Schätzungen erneut mehr als hundert Schwerverletzte.¹⁵

II. Zur idée reçue der Spezialprävention als Strafzweck im Völkerstrafrecht und ihrer Überprüfungsbedürftigkeit

„Die besondere Kontextbedingtheit völkerstrafrechtlicher Verbrechen entzieht der Spezialprävention ihre Berechtigung als Legitimation und Maßstab internationaler Strafzumessung.“¹⁶ Der Satz fasst präzise die im Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung zur Frage der Spezialprävention als Strafzweck im Völkerstrafrecht zusammen.¹⁷ Sie ist kaum

jünger als das Völkerstrafrecht selbst und wurde in der deutschen Diskussion schon in Bezug auf die Bestrafung nationalsozialistischer Gewalt- und Kriegsverbrecher vertreten¹⁸. Danach trägt die Spezialprävention im Völkerstrafrecht nicht als Strafzweck, weil die Begehung von Völkerrechtsverbrechen an die Existenz eines verbrecherischen Systems gekoppelt sei¹⁹. Da die strafrechtliche Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen regelmäßig erst nach dem Ende eines Unrechtssystems einsetze, könne zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung grundsätzlich ausgeschlossen werden, dass es zu einer Tatwiederholung durch die Verurteilten komme.²⁰ Daher müssten Völkerrechtsverbrecher weder von der Begehung weiterer Taten abgeschreckt werden, noch bedürfe es einer Sicherung der Rechtsgemeinschaft vor diesen Tätern. Auch eine Resozialisierung unter Einsatz von Strafe sei verzichtbar, da die Täter mit dem Zusammenbruch des Unrechtssystems gleichsam automatisch resozialisiert beziehungsweise aufgrund ihres innerhalb des Unrechtssystems sozialadäquaten Verhaltens zu keinem Zeitpunkt desozialisiert gewesen seien.²¹

Bereits die vier an den Anfang gestellten biographischen Skizzen wecken Zweifel an der im Schrifttum verbreiteten Argumentation. Sie steht auch in bemerkenswertem Kontrast zu der Selbstverständlichkeit, mit der die völkerstrafrechtliche Rechtsprechung die Spezialprävention als relevanten Strafzweck und Gesichtspunkt der Strafzumessung anerkennt.²² Der vorliegende Beitrag will zeigen, dass die Fälle

Fisher, Moral Accountability and International Criminal Law, 2012, S. 51 f.; *Günther/Reuss*, in: Safferling/Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik, 2014, S. 127 (148 f.); *Möller*, Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof, 2003, S. 465 ff.; *Zimmermann*, ZIS 2013, 102 (114).

¹⁸ Siehe dazu etwa *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1993, 1. Abschn. Rn. 45; *Möller* (Fn. 17), S. 475; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 19; *Walter*, ZIS 2011, 636 (644).

¹⁹ Vgl. *Bommer* (Fn. 17), S. 28, 42 f.; *Hoven*, ZStW 125 (2013), 137 (146 f.); *Möller* (Fn. 17), S. 465 f.

²⁰ Vgl. *Fisher* (Fn. 17), S. 51 f.; *Günther/Reuss* (Fn. 17), S. 148 f.; *Nimaga*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 27 (2006), 251 (254).

²¹ Vgl. *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Bd. 1, 2013, S. 69; *Jäger*, Makrokriminalität, 1989, S. 180; *Stolle/Singelstein*, in: Kaleck/Ratner/Singelstein/Weiss (Hrsg.), International Prosecution of Human Rights Crimes, 2007, S. 37 (39 f.); dagegen schon *Werle*, ZStW 1997, 808 (822).

²² IStGH (Trial Chamber), Urt. v. 21.6.2016 – ICC-01/05-01/08 (The Prosecutor v. Bemba Gombo), Rn. 11; IStGH (Trial Chamber), Beschl. v. 23.5.2014 – ICC-01/04-01/07 (The Prosecutor v. Katanga), Rn. 38; IStGH (Trial Chamber), Urt. v. 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15 (The Prosecutor v. Al Mahdi), Rn. 67. Auch die Ad-hoc-Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda erkennen sowohl die Abschreckungs- und Sicherungsspezialprävention als auch die positive Spezialprävention in ständiger Rechtsprechung als Strafzwecke an, vgl. dazu die Nachweise bei *Epik*, Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch,

¹² *Blanchard*, La police parisienne et les Algériens (1944–1962), 2011, S. 291 ff.; *Golsan*, Vichy’s Afterlife, 2000, S. 166 ff.

¹³ *Blanchard* (Fn. 12), S. 375.

¹⁴ Vgl. dazu ausführlich *Einaudi*, La Bataille de Paris – 17 Octobre 1961, 1991; zusammenfassend z.B. *Blanchard* (Fn. 12), S. 377 ff.; *Golsan* (Fn. 12), S. 168 ff.

¹⁵ Papons Karriere endete mit diesen Zwischenfällen keineswegs. Erst im Januar 1967 tritt Papon, als er angesichts der Verwicklung französischer Sicherheitsbehörden in die Verschleppung und Ermordung des marokkanischen Oppositionellen Ben Barka in Paris nicht mehr zu halten ist, von seinem Posten als Pariser Polizeipräfekt ab. Er bleibt freilich politisch aktiv: Abgeordneter und Schatzmeister der gaullistischen Union des démocrates pour la République, Bürgermeister des Städtchens Saint-Amand-Montrond und noch von 1978 bis 1981 nationaler Ministre du budget, vgl. z.B. *Golsan* (Fn. 12), S. 159.

¹⁶ *Hoven*, ZStW 125 (2013), 137 (147 f.).

¹⁷ Vgl. z.B. *Bommer*, in: Münk (Hrsg.), Die Vereinten Nationen sechs Jahrzehnte nach ihrer Gründung, 2008, S. 28, 42 f.;

Brunner, Barbie, Abbes und Papon mehr sind als Extrembeispiele von bloß anekdotischem Wert und dass sich die Rechtsprechung nicht lediglich als unreflektierte Übertragung von strafzwecktheoretischen Versatzstücken aus dem Kontext der Alltagskriminalität abtun lässt. Im Folgenden wird die These entfaltet, dass die Spezialprävention als Strafzweck im völkerstrafrechtlichen Kontext nicht weniger oder schlechter legitimiert ist als im Zusammenhang mit „alltäglicher“ Kriminalität.

Damit ist zugleich umrissen, was außerhalb der Betrachtung bleibt: Zum einen bleibt die Kritik unberührt, die sich grundsätzlich gegen die Spezialprävention in ihren verschiedenen Spielarten als Strafzweck wendet, nicht nur gegen die Einbeziehung der Spezialprävention in den Strafzweckkanon des Völkerstrafrechts im Besonderen.²³ Zum anderen besagen die Ausführungen nicht, dass die Spezialprävention im Völkerstrafrecht der einzige oder auch nur der wichtigste Strafzweck wäre. Dargelegt werden soll nur, dass die Spezialprävention auch im Zusammenhang mit der Ahndung von Völkerrechtsverbrechen ein tauglicher strafzwecktheoretischer Gesichtspunkt sein kann, wenn nicht in jedem Einzelfall, so doch in vielen Fällen. Kurz: Es geht hier nicht um eine allgemeine strafzwecktheoretische Stellungnahme zu Gunsten der Spezialprävention. Das Ziel der Ausführungen ist lediglich, einen gängigen Argumentationstopos in der völkerstrafrechtlichen Strafzweckdiskussion näher zu betrachten und zu widerlegen.

III. Begriffsklärung

Erforderlich ist zunächst, begriffliche Klarheit über die beiden Bezugspunkte des Themas zu schaffen: die Spezialprävention einerseits und Völkerrechtsverbrechen als Regelegenheitsgegenstand des Völkerstrafrechts andererseits.

1. Spezialprävention

Mit dem Begriff „Spezialprävention“ werden jene Ansätze bezeichnet, die zur Rechtfertigung der Verhängung von Strafe, für die Zumessung der im Einzelfall angemessenen Strafe und für die Ausgestaltung des Strafvollzuges auf die präventive Wirkung strafrechtlicher Sanktionierung im Hinblick auf die Begehung weiterer Straftaten des straffällig gewordenen

Individuums verweisen. Wird „Spezialprävention“ als Strafzweck bejaht, so meint dies also, dass die Frage, ob und inwieweit in der Zukunft die Begehung weiterer Straftaten durch den konkreten Täter verhindert werden, für die Begründung und die Begrenzung der Einwirkung mittels Strafrechts als ein bestimmender Faktor zu berücksichtigen ist.²⁴

Spezialpräventive Überlegungen begreifen die Zurechnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit sowie die daran anknüpfende Verhängung und Vollstreckung einer Strafe als Mittel, um die – durch die Tatbegehung in Zweifel gezogene – hinreichende kognitive Sicherheit wiederherzustellen, dass der Täter keine Straftaten begeht. Im Anschluss an die klassischen Ausführungen von *Franz von Liszt*²⁵ lassen sich dabei drei Arten unterscheiden, wie die Strafe auf dieses Ziel hinwirken kann: Zum einen kann die strafrechtliche Sanktion die tatsächliche Möglichkeit zur Begehung von Straftaten nehmen oder doch beschränken (Sicherungsspezialprävention). Beispielhaft: Wer inhaftiert ist, kann keine Straftaten außerhalb der Haftanstalt begehen. Sodann kann die strafrechtliche Ahndung als fortdauernder, psychisch wirkender Zwang den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abhalten (Individualabschreckung). Schließlich kann die strafrechtliche Sanktion als Mittel verstanden werden, den Verurteilten zur Anerkennung der hinter den kriminalisierten Verhaltensverbote stehenden ethischen Grundentscheidungen der Rechtsgemeinschaft zu motivieren, so dass er diese zukünftig in seinem autonomen Verhalten wahr (positive Spezialprävention, Resozialisierung).²⁶

2. Völkerrechtsverbrechen

Gegenstand des Völkerstrafrechts sind Völkerrechtsverbrechen. Damit ein Verhalten als Völkerrechtsverbrechen qualifiziert werden kann, muss es gegen eine Norm der Völkerrechtsordnung verstoßen, die individuell vorwerfbares Unrecht beschreibt und als Rechtsfolge Strafe androht, unabhängig davon, ob die Norm zuvor in innerstaatliches Recht transformiert worden ist.²⁷ Zweifelsfrei erfüllen diese Voraussetzungen nach heutigem Diskussionsstand nur vier Tatbestände: Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und das Aggressionsverbrechen.²⁸

In der Sache ist diesen sogenannten Kernverbrechen gemeinsam, dass sie, wie es in der Präambel sowie in Art. 5 Abs. 1 S. 1 des IStGH-Statuts heißt, „die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren“ („of concern to the international community as a whole“). Mit dieser Formel soll umschrieben werden, dass die Kernverbrechen eine qualitativ gesteigerte – internationale – Unrechtsdimension erreichen, die sich in einem für Völkerrechtsverbrechen charakteristi-

2017, S. 107 Fn. 126 f., 116 Fn. 172; 120 Fn. 193. Gleiches gilt für die hybriden Strafgerichte, vgl. SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 8.4.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon, Gbao), Rn. 13 f., 16; SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 30.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), Rn. 14 f.; ECCC (Trial Chamber), Urt. v. 7.8.2014 – 002/19-09-2007/ECCC/TC (Nuon Chea und Khieu Samphan,), Rn. 1067.

²³ Zur Kritik an der Spezialprävention vgl. nur *Hörnle*, Strafrecht, 2011, S. 21 f.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 8 IV. 5.; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2015, S. 26 f.; *Roxin* (Fn. 18), § 3 Rn. 16 ff. Zu den Einwänden, die sich aus sprachphilosophischen Gründen gegen die Spezialprävention als Rechtfertigung der gängigen Praxis des Strafrechts formulieren lassen, vgl. *Burghardt*, Zufall und Kontrolle, 2018, S. 314 ff.

²⁴ Vgl. *Hörnle* (Fn. 23), S. 20 f.; *Meier* (Fn. 23), S. 24 f.; *Roxin* (Fn. 18), § 3 Rn. 11 ff.

²⁵ v. *Liszt*, ZStW 3 (1883), 1.

²⁶ *Hörnle* (Fn. 23), S. 20 f.; *Roxin* (Fn. 18), § 3 Rn. 12.

²⁷ Vgl. *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 90.

²⁸ Vgl. *Werle/Jeßberger* (Fn. 27), Rn. 91.

schen „Kontext systematischer oder massenhafter Gewaltanwendung“²⁹ manifestiert.

Dem empirischen, nicht dem normativen,³⁰ Regelbild entspricht es, dass die Verbrechen unter Beteiligung oder Duldung eines Staates begangen werden.³¹ In besonders extremen Fällen der staatsgesteuerten Makrokriminalität fehlt es daher nicht nur an einer innerstaatlichen strafrechtlichen Ahndung; vielmehr wird das völkerrechtlich kriminalisierte Verhalten durch innerstaatliche Rechtsakte sogar legalisiert. Auf diese Weise wird dem Einzelnen die Begehung der Taten erleichtert: Die innerstaatliche Bewertung des Verhaltens als rechtmäßig erleichtert es dem Einzelnen, intuitive oder ethisch fundierte Hemmschwellen zu überwinden.³²

Indes werden Völkerrechtsverbrechen auch in der Praxis zunehmend durch nichtstaatliche Akteure begangen, die in ihrer Organisationsstruktur, ihrem Macht- und Gewaltpotential sowie in Bezug auf die Auswirkungen ihrer Taten auf die internationale Gemeinschaft nicht hinter den Dimensionen staatsverstärkter Makrokriminalität zurückbleiben.³³ Auch derartige Systeme bedienen sich oftmals gezielt gruppenspezifischer Prozesse und ideologisieren die unter ihrem Einfluss stehenden Personen unter Einsatz massiver Propaganda, um ihre Mitwirkung an Völkerrechtsverbrechen zu sichern.³⁴

IV. Spezialprävention als völkerstrafrechtlicher Strafzweck

Auf der Grundlage dieser Vorüberlegungen lässt sich genauer bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die im Schrifttum herrschende Auffassung, spezialpräventive Überlegungen könnten für das Völkerstrafrecht keine Rolle spielen, überzeugen kann. Dies ist der Fall, wenn Täter von Völkerrechtsverbrechen auch ohne strafrechtliche Sanktionierung ihrer Taten erwarten lassen, dass sie in Zukunft keine Straftaten mehr begehen. Die Spezialprävention in ihren drei beschriebenen Spielarten liefe leer, wenn Völkerrechtsverbrechern zum Zeitpunkt der strafrechtlichen Ahndung und Verfolgung ohnehin die Möglichkeit zu weiterer Tatbegehung fehlte oder anzunehmen wäre, dass die Täter die hinter den Völkerrechtsverbrechen stehenden ethischen Grundentscheidungen auch ohne strafrechtliche Intervention fortan respektieren und dementsprechend handeln. Es lässt sich zeigen, dass diese Voraussetzungen regelmäßig nicht erfüllt sind.

²⁹ Werle/Jeßberger (Fn. 27), Rn. 110.

³⁰ Eine Ausnahme bildet das Verbrechen der Aggression, vgl. Werle/Jeßberger (Fn. 27), Rn. 92 Fn. 178.

³¹ Vgl. Werle/Jeßberger (Fn. 27), Rn. 92.

³² Vgl. Epik (Fn. 22), S. 9 f.

³³ Vgl. Werle/Burghardt, ZIS 2012, 271 (276 f.). Besonders deutlich wurde dies zuletzt bei überregional agierenden Terrororganisationen wie dem sogenannten „Islamischen Staat“, vgl. etwa zum Vorgehen des „Islamischen Staates“ gegen die Jesiden Epik, KJ 51 (2018), 33 ff.

³⁴ Siehe dazu etwa Jäger, (Fn. 21), S. 27 ff., 187 ff.; Neubaucher, Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, 2005, S. 251 ff.; ders., ZIS 2015, 485 (490 f.).

1. Zur Möglichkeit der Begehung von Völkerrechtsverbrechen in der Zukunft

Das Argument, einem angeklagten Völkerrechtsverbrecher werde es ohnehin nicht mehr möglich sein, erneut einschlägige Taten zu begehen, beruht auf der Prämisse, dass die Begehung von Völkerrechtsverbrechen ohne einen entsprechenden Begehungskontext unmöglich ist und ein solcher zum Zeitpunkt der strafrechtlichen Ahndung regelmäßig nicht länger bestehen wird. Entfällt der Kontext, beispielsweise weil der bewaffnete Konflikt beendet wird oder das Unrechtssystem untergeht, das die Verbrechenbegehung gefördert oder angeordnet hat, kann der Täter – so die Überlegung – unabhängig von strafrechtlicher Verfolgung und Ahndung keine Völkerrechtsverbrechen mehr begehen.³⁵

Gegen diese Prämisse lassen sich zwei Einwände formulieren. Erstens wird vernachlässigt, dass die strafrechtliche Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen nicht erst nach Wegfall des Begehungszusammenhangs einsetzen muss (dazu a). Zweitens bleibt außer Betracht, dass Täter von einem völkerstrafrechtlichen Begehungskontext in einen anderen wechseln bzw. selbst über die Machtmittel verfügen können, erneut einen solchen Begehungszusammenhang herbeizuführen (dazu b).

a) Fortbestehender völkerstrafrechtlicher Begehungszusammenhang

Die These, Tätern von Völkerrechtsverbrechen fehle zum Zeitpunkt der strafrechtlichen Verfolgung und Ahndung ohnehin die Möglichkeit zur Begehung weiterer Völkerrechtsverbrechen, ist offensichtlich falsch, wenn sich die relevanten tatsächlichen Verhältnisse seit der ersten Tatbegehung nicht geändert haben. Das Unrechtsregime besteht fort, der bewaffnete Konflikt dauert an, die terroristische Bewegung ist weiterhin aktiv.

Ist ein solches Szenario bei Völkerrechtsverbrechen ausgeschlossen? Rechtlich ist diese Frage selbstredend zu verneinen. Im Gegenteil: Auch für das Völkerstrafrecht besteht das rechtspolitische Ideal in einer Strafverfolgung und -ahndung, die unmittelbar nach Tatbegehung erfolgt. Es ist geradezu *ratio essendi* des Internationalen Strafgerichtshofs, als permanentes Gericht eine möglichst zeitnahe strafrechtliche Reaktion auf Völkerrechtsverbrechen zu gewährleisten. Gleiches gilt für die Möglichkeit der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten.³⁶

³⁵ Vgl. Bommer, (Fn. 16), S. 28, 42 f.; Hoven, ZStW 125 (2013), 137 (146 f.); Möller (Fn. 16), S. 465 f.

³⁶ Dementsprechend lauten die Absätze 5 und 6 der Präambel des IStGH-Statuts: „[5] *bekräftigend*, dass die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht unbestraft bleiben dürfen und dass ihre wirksame Verfolgung durch Maßnahmen auf einzelstaatlicher Ebene und durch verstärkte internationale Zusammenarbeit gewährleistet werden muss, [6] *entschlossen*, der Straflosigkeit der Täter ein Ende zu setzen und so zur Verhütung solcher Verbrechen beizutragen“.

Die im Schrifttum herrschende Meinung stützt sich indes auf einen tatsächlichen Befund: De facto setzte eine völkerstrafrechtliche Verfolgung in der Vergangenheit regelmäßig voraus, dass sich die Machtverhältnisse zuvor grundlegend geändert hatten. Die Nürnberger Prozesse waren erst möglich, nachdem die Alliierten das Deutsche Reich militärisch besiegt und besetzt hatten; die Verfahren gegen japanische Politiker und Generäle setzten ebenfalls die vollständige Niederlage Japans voraus. Der Völkermord in Ruanda konnte erst strafrechtlich verfolgt werden, nachdem Kagames Front Patriotique Rwandais (FPR) die Regierungstruppen besiegt und die Macht übernommen hatten. Die Völkerrechtsverbrechen der Roten Khmer, der argentinischen Juntas, der Pinochet-Diktatur werden erst jetzt, Jahrzehnte nach dem Ende ihrer Herrschaft, (teilweise) juristisch aufgearbeitet usw.

Damit wird freilich stets nur ein Defizit der Anwendungspraxis des Völkerstrafrechts beschrieben. Dieses Defizit – daran lässt sich nicht zweifeln – besteht auch heute noch. Es sollte allerdings nicht aus dem Blick geraten, dass mit der Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofs sowie der Implementierung völkerstrafrechtlicher Verbrechenstatbestände in nationale Rechtsordnungen und der – freilich vielfach stark eingeschränkten – Anerkennung des Weltrechtsgrundsatzes für solche Taten zunehmend institutionelle und strukturelle Voraussetzungen geschaffen worden sind, die eine Strafverfolgung unmittelbar nach Tatbegehung zumindest rechtlich ermöglichen, in gewissem Umfang sogar dazu verpflichten.³⁷

Auf dieser Grundlage sind immerhin erste Erfolge zu verzeichnen, die zeigen, dass prinzipiell eine zeitnahe Strafverfolgung wegen Völkerrechtsverbrechen stattfinden kann, auch wenn die Macht des Unrechtssystems noch nicht gebrochen ist. Beispielhaft sei das Verfahren gegen Ignace Murwanashyaka und Straton Musoni vor dem Stuttgarter Oberlandesgericht genannt. Die unter anderem wegen Taten nach dem VStGB erstinstanzlich verurteilten Funktionäre der Hutu-Rebellenmiliz Forces Démocratiques de Libération du Rwanda (FDLR) haben zwar überraschend lange Zeit von Deutschland aus ihren Tätigkeiten im Dienste der FDLR nachgehen können, bevor die hiesigen Strafverfolgungsbehörden tätig wurden. Als aber 2009 schließlich ein Haftbefehl erging und 2010 Anklage erhoben wurde, war die FDLR in den Kivu-Provinzen der Demokratischen Republik Kongo weiterhin aktiv.³⁸ Auch der Internationale Strafgerichtshof hat in anhaltenden Konflikten interveniert.³⁹

³⁷ Vgl. *Epik* (Fn. 22), S. 114 m.w.N.; zu den Strafpflichten vgl. *Werle/Jeffberger* (Fn. 27), Rn. 252 ff.

³⁸ OLG Stuttgart, Urt. v. 28.9.2015 – 3 StE 6/10.

³⁹ Zu nennen sind erneut die Situation in der Demokratischen Republik Kongo und in der Zentralafrikanischen Republik. Siehe hierzu die Übersicht auf der Homepage des Internationalen Strafgerichtshofs, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/drc> (24.4.2019, Demokratische Republik Kongo), <https://www.icc-cpi.int/car> (24.4.2019, Zentralafrikanische Republik) und

Dennoch ist zuzugeben: Die Fälle einer Strafverfolgung wegen Völkerrechtsverbrechen, die einsetzt, noch während der Beschuldigte seine Machtposition bekleidet bzw. das Unrechtssystem intakt ist, beweisen bislang in der großen Mehrzahl die immensen Schwierigkeiten, denen solche Verfahren begegnen. Die entsprechenden Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof legen davon trauriges Zeugnis ab: Einige der Beschuldigten sind offenbar mächtig genug, sich der Strafverfolgung zu entziehen.⁴⁰ In anderen Situationen scheitert bereits die Einleitung international konzentrierter Strafverfolgungsbemühungen.⁴¹ Die Situation in Syrien und die bislang noch andauernde Straflosigkeit nahezu aller dort beteiligten Akteure ist hier das im negativen Sinne derzeit wohl eindrücklichste Beispiel.

Es bleibt aber die Frage zu beantworten, wie aus dem Befund, dass ein praktisches Defizit in der Anwendung und vor allem in der Durchsetzung des Völkerstrafrechts gegenüber Tätern besteht, die an der Spitze einer Machtstruktur stehen bzw. im Rahmen einer solchen Machtstruktur tätig werden, die ihre Macht noch nicht eingebüßt hat, Rückschlüsse auf die Strafbegründung und die Strafzwecke gezogen werden können. Warum sollte die empirische Feststellung, dass die Verfolgung solcher Täter derzeit nur in Ausnahmefällen gelingt, Konklusionen für die straftheoretischen Überlegungen gebieten?

Die gängige Feststellung, die besondere Kontextbedingtheit völkerstrafrechtlicher Verbrechen entziehe der Spezialprävention ihre Berechtigung als Legitimation und Maßstab internationaler Strafzumessung, greift in ihrer Allgemeinheit zumindest solange zu kurz, wie nicht alle Anstrengungen erschöpft sind, die praktischen Defizite zu beseitigen. Oder anders formuliert: Der Mangel an Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechern, die offensichtlich noch die Möglichkeit zur Begehung von Völkerrechtsverbrechen in der Zukunft haben, spricht vorerst nur dafür, umso energischere Strafverfolgungsanstrengungen in diesen Fällen zu unternehmen, nicht aber dafür, eine Bestrafung als Mittel der Verhinderung zukünftiger Tatbegehung grundsätzlich auszuschließen.

b) Wechsel in einen anderen völkerstrafrechtlichen Begehungszusammenhang

Die These, eine Möglichkeit zu erneuter Begehung von Völkerrechtsverbrechen fehle unabhängig von strafrechtlicher Verfolgung, ist aber auch dann falsch, wenn berücksichtigt wird, dass Täter auch nach dem Ende des ursprünglich tatrelevanten Begehungszusammenhangs erneut in einen völkerstrafrechtlichen Kontext geraten bzw. sich zielgerichtet in

<https://www.icc-cpi.int/carII> (24.4.2019, Zentralafrikanische Republik II).

⁴⁰ IStGH, ICC-02/05-01/09 (The Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir); IStGH, ICC-02/04-01/05 (The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti); IStGH, ICC-01/09-02/11 (The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta).

⁴¹ Vgl. zuletzt IStGH (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 12.4.2019 – ICC-02/17 (Situation in the Islamic Republic of Afghanistan).

einen solchen begeben können.⁴² Idealtypisch lassen sich hier drei Konstellationen unterscheiden.

Zum einen ist denkbar, dass auf einen völkerstrafrechtlichen Begehungskontext ein zweiter Begehungskontext folgt: Ein neues Unrechtssystem wird auf den Trümmern des alten errichtet, das zur Rekrutierung von Mitgliedern zumindest auch auf bereits „bewährtes“ Personal zurückgreift. Auf den Krieg mit einem anderen Staat folgt etwa ein Bürgerkrieg.

Der Ansicht, eine erneute Begehung von Völkerrechtsverbrechen scheidet nach dem Wegfall eines völkerstrafrechtlichen Begehungszusammenhangs aus, liegt offenbar die unausgesprochene Vorstellung zugrunde, dass auf einen solchen Begehungszusammenhang ein rechtsstaatliches System und ein dauerhafter Zustand des Friedens folgt, in dem die Begehung von Völkerrechtsverbrechen nach den politischen Rahmenbedingungen ausgeschlossen ist. Das ist jedoch eine optimistische, durch die Geschichte keineswegs ausnahmslos verbürgte Vorstellung, die kaum die Grundlage für eine Bewertung der Spezialprävention als Strafzweck bilden kann. Um nur das Beispiel von Maurice Papon aufzugreifen: In dem Kontext der durch das nationalsozialistische Deutschland orchestrierten Deportationen der Juden aus Frankreich zeigte sich Papon als bereitwilliger Helfer des Völkermords. Nach dem Ende der deutschen Besatzung Frankreichs stand zwar nicht mehr seine Beteiligung an dem Genozid an den europäischen Juden in Frage. Dafür stellte sich Papon unter den Bedingungen der französischen Kolonialherrschaft in Algerien aber die Frage der Mitwirkung an Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit gegen die algerische Zivilbevölkerung.

Zum anderen können die Täter einen Wechsel des völkerstrafrechtlichen Begehungszusammenhangs auch vollziehen, indem sie sich nach dem Untergang eines Unrechtssystems gezielt in den Dienst eines anderen Unrechtssystems in anderen Staaten oder Regionen stellen. Das verdeutlichen nicht nur die eingangs genannten Beispiele von Brunner, Barbie und Abbes García. Verweisen lässt sich in diesem Zusammenhang auch auf Berichte, nach denen bosnische Serben nach dem Ende des Balkankrieges auf Seiten der kongolesischen Regierungarmee – ihrerseits nicht als Hüter der Menschenrechte bekannt – gekämpft haben sollen.⁴³ Aktuell ist an die globale Vernetzung radikalislamischer „Gotteskrieger“ zu denken. Es scheint, als gebe es hier zumindest in gewissem Umfang Wanderbewegungen einer djihadistischen Funktionsebene von einer Krisenregion in die nächste, von einer Terrorgruppe zur anderen.⁴⁴

Schließlich können insbesondere die Täter der Führungsebene auch nach dem Ende des ursprünglichen Begehungszusammenhangs noch mächtig genug sein, um ein weiteres Mal einen völkerstrafrechtlichen Begehungskontext entstehen zu lassen, also etwa ein zweites Unrechtssystem zu errichten oder einen erneuten bewaffneten Konflikt auszulösen.⁴⁵ Um nur ein Beispiel zu nennen, das sich in dieser Weise deuten lässt: Im Sommer 1994 flohen nach der militärischen Niederlage der radikalen Hutu Power-Bewegung gegen Kagames FPR zehntausende génocidaires von Ruanda nach Ostkongo. Von dort organisierten viele der alten Führungskräfte alsbald den politisch-militärischen Neuaufbau der Bewegung und gründeten verschiedene Milizen wie die bereits erwähnte FDLR. Die ohnehin instabile Region stürzte dadurch in einen jahrelangen Zustand wechselnder bewaffneter Konflikte, in deren Verlauf zahllose Kriegsverbrechen und schwerste Menschenrechtsverletzungen verübt wurden.⁴⁶

Alle drei Szenarien verdeutlichen: Auch nach dem Wegfall eines völkerstrafrechtlichen Begehungszusammenhangs besteht die reale Möglichkeit, dass Täter sich erneut an der Begehung von Völkerrechtsverbrechen beteiligen, wenn auch in einem veränderten Kontext. Die Behauptung, es bedürfe mangels Wiederholungsgefahr keiner strafrechtlichen Sanktionierung solcher Täter, lässt sich daher schon auf tatsächlicher Ebene nicht halten.

2. Erweiterung des Bezugspunkts der Spezialprävention bei Völkerrechtsverbrechen

Besteht somit ohne die strafrechtliche Verfolgung und Ahndung vielfach schon die Möglichkeit der erneuten Begehung von Völkerrechtsverbrechen, so gilt dies erst recht für die Möglichkeit der Begehung von Straftaten, die nicht das Vorhandensein eines spezifischen Unrechtskontextes voraussetzen.

Dass eine solche Erweiterung des spezialpräventiven Bezugspunkts sinnvoll ist, ergibt sich aus der folgenden Überlegung: Wenn gängiger Weise konstatiert wird, mit dem Wegfall des völkerstrafrechtlichen Begehungskontextes entfalle auch die Möglichkeit zukünftiger Begehung von Völkerrechtsverbrechen, so nimmt diese Feststellung allein auf die Rahmenbedingungen der Makroebene Bezug, die tatbestandlich vorausgesetzt werden oder doch typisch für solche Taten sind. Zu nennen ist insbesondere das Bestehen eines bewaffneten Konflikts oder eines politischen Systems, das keine rechtliche Begrenzung von Handlungsspielräumen zum Schutz von politischen Gegnern und missliebigen Minderheiten vorsieht.

Außer Betracht bleiben dabei aber andere, allgemeinere Charakteristika der Begehung von Völkerrechtsverbrechen. So kennzeichnen sich Völkerrechtsverbrechen regelmäßig durch den Missbrauch institutioneller Handlungsmacht und das Ausnutzen hierarchischer Apparate zur rücksichtslosen Durchsetzung politischer Ziele. Auf der Ebene der Befehlsempfänger ist die Verbrechenbegehung nicht denkbar ohne

⁴⁵ In diese Richtung Möller (Fn. 17), S. 482 ff.

⁴⁶ Vgl. Johnson, Kongo, 2. Aufl. 2009, S. 70 ff.; Van Reybrouck (Fn. 43), S. 491, 494.

⁴² So bereits Werle, ZStW 109 (1997), 808 (822).

⁴³ Vgl. Van Reybrouck, Kongo, 2013, S. 505.

⁴⁴ Vgl. dazu Cragin/Stipanovich, Journal of Strategic Studies 40 (2017), 1 (4 ff.). Zudem lässt sich bereits seit mehreren Jahren beobachten, dass sich der „Islamische Staat“ in verschiedenen Staaten ausbreitet, in dem er „Filialen“ eröffnet, vgl. Osborne, Independent Online v. 3.8.2016, abrufbar unter <http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/isis-terrorism-terror-groups-al-qaeda-al-shabaab-security-attacks-counterterrorism-a7169516.html> (24.4.2019).

weit verbreitete Autoritätshörigkeit, ausgeprägten Konformismus und opportunistisches Karrierestreben.⁴⁷

Die damit nur stichwortartig beschriebenen allgemeineren Bedingungen der Begehung von Völkerrechtsverbrechen sind aber unabhängig vom Fortbestehen bestimmter makropolitisch-er Rahmenumstände. Zu Missbrauch institutioneller Handlungsmacht und Ausnutzung hierarchischer Strukturen zur Begehung von Straftaten gegenüber Minderheiten oder politisch missliebigen Gruppen kommt es auch in Friedenszeiten und in politischen Gemeinwesen, in denen im Großen und Ganzen rechtsstaatliche und menschenrechtliche Standards gewahrt oder doch jedenfalls nicht in einem Ausmaß verletzt werden, der das Kontextelement der Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder – soweit dies für erforderlich gehalten wird – des Völkermordes erfüllen würde. Autoritätshörigkeit und opportunistisches Karrierestreben verschwinden nicht mit dem Ende eines bewaffneten Konflikts oder der Beseitigung eines menschenverachtenden Regimes. Mit anderen Worten: Die Strukturen, Handlungsmuster und Einstellungen, die in einem völkerstrafrechtlichen Unrechtskontext die Beteiligung an der Begehung von Völkerrechtsverbrechen ermöglichen und begünstigen, können auch unter anderen politischen Rahmenbedingungen zur Begehung von Straftaten ausgenutzt und instrumentalisiert werden.

Erneut verdeutlicht dies beispielhaft die eingangs skizzierte Karriere Maurice Papons: Während seiner Tätigkeit als Polizeipräfekt von Paris in der 5. Französischen Republik fehlte ihm im Gegensatz zu früheren Lebensabschnitten vielleicht die Gelegenheit zur Mitwirkung an Völkerrechtsverbrechen. Er besaß aber jedenfalls noch die Möglichkeit, seine Stellung zur Beteiligung an schweren Menschenrechtsverletzungen auszunutzen.

Dieser Befund lässt sich ohne Schwierigkeiten verallgemeinern: Angehörige des Militärs oder der Polizei mögen nach dem Ende eines bewaffneten Konfliktes oder dem Untergang eines Unrechtsregimes nicht mehr vor der Entscheidung stehen, an systematischen Erschießungen oder Folterprogrammen mitzuwirken. Aber auch in Rechtsstaaten und zu Friedenszeiten stellt sich ihnen die Frage, wie Einsätze gegen Demonstranten und Protestierende geführt und verhaftete Personen behandelt werden.⁴⁸ Die Angehörigen der Justiz mögen durch die Anwendung von Rechtsnormen nicht mehr dazu aufgefordert werden, an der massenhaften Inhaftierung oder Ermordung von Oppositionellen, Andersdenkenden oder angeblich Andersartigen mitzuwirken. Aber sie entscheiden auch in Rechtsstaaten noch über die Abgrenzung von Frei-

heitssphären, die Rechtmäßigkeit von Nachteilszufügungen und die Diskriminierung abweichender Lebensformen und -entwürfe. Und schließlich mögen Unternehmer und Wirtschaftsführer nach dem Ende eines Unrechtsregimes nicht mehr vor die Entscheidung gestellt werden, inwieweit sie Zwangsarbeiter beschäftigen oder bei der Verfolgung politisch unliebsamer Angestellter kooperieren. Aber es stellt sich ihnen die Frage, ob wirtschaftliche Gewinnchancen über Standards des Arbeits- oder Umweltschutzes gestellt und in welchem Umfang sie bereit sind, mit autoritären und menschenrechtsverachtenden Regimen im Ausland zu kooperieren.⁴⁹

Wird der Bezugspunkt der Spezialprävention auf andere Straftaten und Menschenrechtsverletzungen erweitert, bleibt die These, mit dem Wegfall der Kontextbedingungen der Völkerrechtsverbrechen entfalle die Möglichkeit zur erneuten Tatbegehung, nur noch dann plausibel, wenn sich feststellen ließe, dass Amtsinhaber und Funktionsträger, die in die Begehung von Völkerrechtsverbrechen verwickelt sind, mit dem Ende des jeweiligen Unrechtsregimes oder einem Friedensschluss regelmäßig auch ihre institutionellen Machtpositionen einbüßen. Die historische Erfahrung zeigt indes genau das Gegenteil. Zu beobachten ist nach Übergangsprozessen von Unrechtsregimen zu rechtsstaatlichen politischen Ordnungen oder vom Kriegs- zu einem Friedenszustand zumeist ein hohes Maß an personeller Kontinuität innerhalb der staatlichen Beamtenapparate sowie der gesellschaftlichen Eliten.⁵⁰ Das Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, für das stellvertretend der Name Hans Globke steht, ist hinlänglich bekannt.⁵¹ Von den insgesamt 23 Angeklagten im I.G. Farben-Prozess konnten sich nach 1949 mindestens 18 erneut Posten in Aufsichtsräten und Vorständen sichern und auf diesem Weg wieder erheblichen Einfluss auf die Unternehmenspolitik großer Konzerne nehmen.⁵²

Wie diese personelle Kontinuität in eine Fortsetzung von Handlungsmustern auf einem den veränderten makrogesellschaftlichen Umständen angepassten Unrechtsniveau mündet, illustriert anschaulich ein weiteres Beispiel aus der deutschen Geschichte: Nach 1945 waren nämlich dieselben Polizeibe-

⁴⁷ Vgl. *Welzer*, Täter, Wie aus ganz normalen Menschen Massenmörder werden, 2005, S. 76 ff.; mit Bezug auf den Nationalsozialismus z.B. *Bauer*, Die Wurzeln faschistischen und nationalsozialistischen Handelns, Neuauflage 2016, S. 31, 59 ff.; *Browning*, Die Entfesselung der „Endlösung“, Nationalsozialistische Judenpolitik 1939–1942, 2005, S. 333.

⁴⁸ Vgl. etwa zu dem Zusammenhang zwischen den politischen Leitvorstellungen der Berliner Polizeiführung und dem Umgang mit den Protesten Studierender gegen die westdeutsche Gesellschaftsordnung Ende der 1960er z.B. *Kraft*, Vom Hörsaal auf die Anklagebank, 2010, S. 255.

⁴⁹ Vgl. dazu *Kaleck/Saage-Maaß*, Unternehmen vor Gericht, 2016, S. 57 ff.

⁵⁰ Vgl. *Werle/Vormbaum*, Transitional Justice, 2018, S. 17 f., 128 f.

⁵¹ Vgl. allgemein zur personellen Kontinuität zwischen NS-Zeit und Bundesrepublik die Beiträge zu verschiedenen Berufsgruppen in *Frei* (Hrsg.), Hitlers Eliten nach 1945, 2001; sowie *Herbert*, in: *Weisbrod* (Hrsg.), Rechtsradikalismus in der politischen Kultur der Nachkriegszeit, 1995, S. 57; *Ruck*, in: *Loth/Rusinek* (Hrsg.), Verwandlungspolitik, 1998, S. 117; *Schildt*, Geschichte, Politik und ihre Didaktik 24 (1996), 20. Speziell zu Hans Globke, dessen Tätigkeit im Reichsinnenministerium zwiespältig bewertet wird, ausführlich *Lommatzsch*, Hans Globke (1898–1973), 2009.

⁵² Die Kurzbiographien der Angeklagten sind abrufbar unter http://www.wollheim-memorial.de/de/biografien_von_fuehrenden_igangestellten (24.4.2019).

amten, die zuvor in den „Dienststellen für Zigeunerfragen“ tätig waren und in dieser Funktion an der rassistischen Verfolgung, Deportation und Ermordung von als „Zigeunern“ eingestuft Personen mitgewirkt hatten, mit der Prüfung der Entschädigungsanträge der Verfolgten befasst. Den Tätern wurde also die Bewertung ihrer eigenen Verfolgungsmaßnahmen übertragen – die Entscheidungen fielen, wenig überraschend, entsprechend restriktiv aus.⁵³ Nicht zuletzt unter diesen Vorzeichen verzögerte sich die offizielle Anerkennung der Sinti und Roma als Opfer des Nationalsozialismus in der Bundesrepublik bis in die 1980er Jahre.⁵⁴

3. Kognitive Sicherheit künftiger Normkonformität?

Ein Ausschluss der Spezialprävention als Strafzweck des Völkerstrafrechts lässt sich nach alledem nicht damit begründen, dass den Tatbeteiligten nach dem Wegfall des völkerstrafrechtstypischen Begehungskontexts schlicht die Möglichkeit zur Begehung weiterer Taten fehlte. Lässt sich nicht aber zeigen, dass ehemalige Völkerrechtsverbrecher ohne eine vorangegangene strafrechtliche Ahndung ihrer Taten eine hinreichende kognitive Sicherheit künftiger Normkonformität erwarten lassen, so dass eine Spezialprävention aus diesem Grund leerläuft? Gleich zwei Beispiele aus der jüngeren deutschen Geschichte werden in diesem Sinne geltend gemacht: Sowohl nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen „Dritten Reiches“ als auch nach dem Ende der DDR gab es Personen, die – obschon zuvor maßgeblich an Verbrechen des jeweiligen Regimes beteiligt – über lange Zeit hinweg ein strafrechtlich unauffälliges Leben in der neu konstituierten Bundesrepublik bzw. dem vereinigten Deutschland führten. Die Rede war hier oftmals von einer „automatischen Resozialisierung“, von der Verzichtbarkeit der Kriminalstrafe, ja sogar davon, dass der Resozialisierungsgedanke einer Bestrafung entgegenstehe, da die Verhängung von (Freiheits-)Strafen die mustergültig in die Gesellschaft integrierten und ein normkonformes Leben führenden Personen überhaupt erst desozialisieren würde.⁵⁵

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass eine „automatische Resozialisierung“ ernsthaft ohnehin nur für solche Täter in Betracht gezogen werden kann, die sich mittlerweile nicht mehr im Einflussbereich des Unrechtssystems befinden, insbesondere weil das System als solches nicht mehr existiert. Täter, die weiterhin innerhalb des Unrechtssystems agieren, bieten hingegen von vornherein nicht die erforderliche kognitive Sicherheit, da sie in unveränderter Weise den entsprechenden Neutralisierungsmechanismen und Tatanreizen ausgesetzt sind.

Aber selbst wenn erneut allein solche Personen betrachtet werden, die den völkerstrafrechtlichen Unrechtskontext hinter sich gelassen haben, überzeugt die These einer „automatischen Resozialisierung“ nicht. Es zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass nicht der richtige Bezugspunkt für das normkonforme Verhalten gewählt wird. Abgestellt wird nämlich auf die *innerstaatliche* Normkonformität – also darauf, dass die Personen das am Ort ihres dauerhaften Aufenthalts geltende (Straf-)Recht als verbindlich akzeptieren und ihr Verhalten danach ausrichten. Die innerstaatliche Legalisierung des völkerrechtlich kriminalisierten Verhaltens ist aber ein typisches – wenn auch nicht zwingendes – Kennzeichen von Völkerrechtsverbrechen. Anders formuliert: Durch die Beteiligung an der Begehung von Völkerrechtsverbrechen wird die kognitive Sicherheit innerstaatlicher Normkonformität des Täters ohnehin nicht erschüttert. Der Hinweis, dass sich Völkerrechtsverbrecher nach dem Ende des Unrechtsregimes innerstaatlich normkonform verhalten, ist daher zwar richtig, liegt aber neben der Sache. Wäre die innerstaatliche Legalität der entscheidende Bewertungsmaßstab, wäre das Verhalten regelmäßig gar nicht strafbar. Dementsprechend kann innerstaatliche Normkonformität auch nicht der Maßstab für die strafzwecktheoretische Bewertung der Spezialprävention bei der Ahndung von Völkerrechtsverbrechen sein.⁵⁶

Den Bezugspunkt der Normkonformität bilden in diesem Fall vielmehr stets die auf Individuen anwendbaren völkerrechtlichen Normen – insbesondere die internationalen Menschenrechte –, die losgelöst von jeder staatlichen Bewertung Geltung beanspruchen. Rechtskonformität meint im Zusammenhang mit dem Völkerstrafrecht daher im Kern die Beachtung völkerrechtlicher Mindeststandards des Individual- und Gruppenschutzes.⁵⁷ Die Spezialprävention läuft daher nur dann leer, wenn sich sagen lässt, dass der an der Begehung von Völkerrechtsverbrechen Beteiligte die hinreichende kognitive Sicherheit bietet, in Zukunft diese Standards des Völkerrechts zu wahren, und zwar auch dann, wenn diese Standards im Widerspruch zu der innerstaatlichen Legalität stehen.

Dass die „vorbildlich resozialisierten“ Täter aber auch normkonformes Verhalten in diesem Sinne mit hinreichender Sicherheit erwarten lassen, ist bisher nicht dargelegt und angesichts ihres Verhalten in der Vergangenheit jedenfalls solange zu bezweifeln, wie eine glaubhafte Auseinandersetzung mit und Distanzierung von der eigenen Unrechtsvergangenheit nicht erkennbar ist.⁵⁸ In diesem Fall liegt es näher, dass die Täter allein mangels Tatgelegenheit nicht wieder in Erscheinung getreten sind. Wieso sollte anzunehmen sein,

⁵³ Vgl. dazu Rose, in: BKA (Hrsg.), Das Bundeskriminalamt stellt sich seiner Geschichte, 2008, S. 125, 129 f.; Sparing, Bundeszentrale für politische Bildung, Aus Politik und Zeitgeschichte 22-23/2011 v. 25.5.2011, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/apuz/33275/ns-verfolgung-von-zigeunern-und-wiedergutmachung-nach-1945?p=7> (24.4.2019).

⁵⁴ Vgl. insbesondere BT-Drs. 9/2360, S. 3 ff.

⁵⁵ Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 3 Rn. 45; Jescheck/Weigend (Fn. 23), § 8 IV. 5.; Jäger (Fn. 21), S. 180.

⁵⁶ Vgl. Werkmeister, Strafrecht im Völkerstrafrecht, 2015, S. 170 ff.

⁵⁷ Vgl. Epik (Fn. 22), S. 126; Werkmeister (Fn. 56), S. 173.

⁵⁸ Vgl. mit Blick auf die Beteiligten an den nationalsozialistischen Verbrechen Bauer, in: Huss/Schröder (Hrsg.), Antisemitismus, Zur Pathologie der bürgerlichen Gesellschaft, 1965, S. 167 (175 f.). Beispielhaft zu dem Verhalten der Angeklagten im Frankfurter Auschwitz-Prozess Perels, in: Mahlmann (Hrsg.), Gesellschaft und Gerechtigkeit, Festschrift für Hubert Rottleuthner, 2011, S. 492 (494).

dass die Täter von früher sich in der Zukunft anders verhalten sollten, würde von ihnen erneut verlangt, schwerstes Unrecht zu begehen? Allein die langjährige Normkonformität in Bezug auf *staatliche Verbotsnormen* kann zur Festigung des *völkerstrafrechtlich* relevanten Rechtsbewusstseins jedenfalls nichts beigetragen haben. Dies gilt umso mehr, wenn der beteiligte Staat selbst keine ernsthafte Vergangenheitsbewältigung betreibt und personelle sowie institutionelle Kontinuitäten keinen Bruch mit dem vorangegangenen Regime erkennen lassen. Die Annahme, dass ausgerechnet „linientreue“ Täter die Völkerrechtswidrigkeit ihres früheren Verhaltens einsehen und entsprechende Schlussfolgerungen ziehen, erscheint lebensfremd und widerspricht der historischen Erfahrung.⁵⁹

4. Neubestimmung des Ziels spezialpräventiver Strafe im Völkerstrafrecht

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass die gegen den Strafzweck der Spezialprävention im Völkerstrafrecht vorgebrachte Kritik in keinem Punkt durchgreift. Mit dieser Widerlegung der bestehenden Einwände kann es jedoch nicht sein Bewenden haben. Vielmehr bereiten die als Entgegnung auf die herrschende Lehre dargelegten Argumente den Boden für eine inhaltliche Präzisierung der Spezialprävention im Völkerstrafrecht. Sie könnte dazu beitragen, dass sich die wissenschaftlichen Bemühungen fortan stärker auf die völkerstrafrechtliche Reformulierung des Strafzwecks als auf seine Desavouierung richten.

Zunächst ist hierbei erneut zwischen den drei Zielrichtungen der Spezialprävention zu differenzieren: Individualabschreckung, Resozialisierung und Sicherungsspezialprävention.

a) Individualabschreckung

Spezialprävention durch Abschreckung verlangt auch im Kontext des Völkerstrafrechts eine nachhaltige Einwirkung auf den Einzelnen zur Vermeidung neuerlicher Taten. Die Bestrafung müsste dem einzelnen Täter verdeutlichen, dass die völkerstrafrechtlichen Verbotsnormen nicht zur Disposition stehen und ein Verstoß gegen diese mit Kriminalstrafe sanktioniert wird. Der dadurch etablierte „psychologische Zwang“⁶⁰ müsste so beschaffen sein, dass er sich auch gegenüber den in makrokriminellen Systemen wirksamen Neutralisierungsmechanismen durchsetzen könnte. Im Idealfall verhinderte die von der einmal erlittenen Bestrafung ausgehende Zwangswirkung bereits die erneute Verstrickung in einen solchen Unrechtskontext oder erhöhte in der Tatbegehungssituation als gegenläufiger Impuls doch zumindest die Zurückhaltung gegenüber völkerrechtsverbrecherischen Anordnungen und Befehlen.

⁵⁹ Vgl. etwa am Beispiel der sog. Hilfsgemeinschaft auf Gegenseitigkeit (HIAG), *Wilke*, Die „Hilfsgemeinschaft auf Gegenseitigkeit“ (1950–1990), 2011, S. 419 ff.

⁶⁰ Dazu v. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 5. Aufl. 1812, §§ 12 ff.

Dass die einmal erlittene Kriminalstrafe tatsächlich einen so starken Impuls oder ein so nachhaltig wirksames Motiv für spätere Entscheidungssituationen etablieren kann, erscheint allerdings zweifelhaft. Zum einen ist auf die grundsätzlichen Einwände gegen die Tauglichkeit des Verhaltensmodells zu verweisen, das der Abschreckungsprävention zugrunde liegt.⁶¹ Zum anderen büßt die These einer spezialpräventiven Wirksamkeit durch Abschreckung gerade im völkerstrafrechtlichen Kontext weiter an Überzeugungskraft ein: Die Praxis des Völkerstrafrechts ist und bleibt auf absehbare Zeit in höchstem Maße selektiv.⁶² Jedenfalls dann, wenn die Abschreckungsprävention als strafrechtsspezifische Ausformulierung eines rational choice-Modells der Entscheidungsfindung verstanden wird,⁶³ konterkariert die Selektivität des Völkerstrafrechts diesen Ansatz offensichtlich. Weil ein rationaler Völkerrechtsverbrecher kaum befürchten muss, für seine Völkerrechtsverbrechen überhaupt strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen zu werden, kann auch die einmal erlittene Bestrafung nicht als rationales Motiv gegen eine erneute Beteiligung an Völkerrechtsverbrechen wirken. Die Wahrscheinlichkeit einer ersten oder gar erneuten Bestrafung ist regelmäßig so gering, dass sie bei einem Kosten-Nutzen-Kalkül nicht ins Gewicht fallen kann. Als ernst zu nehmende Zielbestimmung des Völkerstrafrechts scheidet diese Spielart der negativen Spezialprävention daher derzeit regelmäßig aus. Ausnahmen mögen allerdings für bestimmte Tätergruppen gelten, bei denen einzelne Staaten ein besonderes Strafverfolgungsinteresse haben. Dies ist etwa bei IS-Rückkehrern der Fall, die schon heute in vielen europäischen Staaten, darunter auch in Deutschland, nicht mehr ohne Weiteres mit Straflosigkeit für die von ihnen begangenen Völkerrechtsverbrechen rechnen können.⁶⁴

b) Resozialisierung

Die Resozialisierung von Völkerrechtsverbrechern ist, wie dargelegt, kein Automatismus, der mit dem Ende der makrokriminellen Situation wirkt. Eine gelungene Resozialisierung setzt vielmehr voraus, dass der Täter die hinter den strafbewehrten Verhaltensverboten stehenden ethischen Grundentscheidungen der Rechtsgemeinschaft anerkennt und künftig autonom danach handelt.⁶⁵ Dazu ist mehr erforderlich, als schlichte Normkonformität zum nationalen Recht. Internalisiert werden muss der durch das Völkerstrafrecht geschützte Kernbestand völkerrechtlicher Normen und ihr absoluter Geltungsanspruch. Es ist nicht nur eine passive Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu bewirken. Der Täter muss vielmehr die völkerstrafrechtlichen Verbotsnormen als für ihn verbindlich akzeptieren und erforderlichenfalls bereit

⁶¹ Ausführlich zu den Einwänden *Wittig*, Der rationale Verbrecher, 1993, S. 126 ff.

⁶² Vgl. *Werle/Jeßberger* (Fn. 27), Rn. 105 ff.

⁶³ Vgl. z.B. *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 369 ff.; *Hoerster*, GA 1970, 272; *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 23 ff.

⁶⁴ Vgl. *Franck/Schneider-Glockzin*, NSTZ 2017, 1 (4 ff.).

⁶⁵ Vgl. *Werkmeister* (Fn. 56), S. 170 ff.

sein, sich anderslautenden Normbefehlen zu verweigern.⁶⁶ Dies hat zur Konsequenz, dass im Zweifelsfall Normkonformität zum Völkerstrafrecht nur durch die bewusste Missachtung staatlichen Rechts herzustellen ist.⁶⁷ Wie zuvor erläutert, ist der Einzelne erst dann von seiner Verantwortlichkeit zu dispensieren, wenn eine konkrete Notstandslage besteht.

Erkennbar werden damit die immensen Herausforderungen, die das Ziel einer Resozialisierung im völkerstrafrechtlichen Kontext an die Ausgestaltung des Strafvollzugs und der Strafvollstreckung stellt. Es bedürfte spezifischer Resozialisierungsprogramme, die den Besonderheiten makrokriminellen Unrechts Rechnung zu tragen hat.⁶⁸ Derartige Programme müssten darauf ausgerichtet sein, die Verurteilten in die Lage zu versetzen, Neutralisierungsmechanismen makrokrimineller Systeme zu identifizieren und sich ihnen zu entziehen.⁶⁹ Ein auf Resozialisierung zielender Strafvollzug für Völkerrechtsverbrecher dürfte gerade nicht auf die Anpassung des Straftäters an die Regeln der Mehrheitsgesellschaft gerichtet sein. Er müsste vielmehr bewirken, dass die Verurteilten künftig in der Lage sind, ihnen erteilte Normbefehle kritisch zu hinterfragen und ihre Umsetzung zu verweigern, sofern diese in Widerspruch zu den Grundwerten des Völkerrechts stehen.⁷⁰ Der Strafvollzug müsste dementsprechend ein erzieherisches Element aufweisen und die Geltung universeller Menschenrechte und deren Status als unverbrüchlicher Kern des Völkerstrafrechts verdeutlichen.

Jenseits der Frage, ob eine solche Erziehung bei Menschen ab einem gewissen Alter überhaupt noch möglich ist, ist evident, dass der Strafvollzug, so wie er derzeit ausgestaltet ist, diesen Anforderungen nicht gerecht wird. Die Strafvollstreckung erfolgt nach dem IStGH-Statut in unterschiedlichen Vertragsstaaten und grundsätzlich nach dem Strafvollstreckungsrecht des jeweiligen Staates.⁷¹ Ein einheitliches Strafvollzugsprogramm existiert bisher nicht; ebenso wenig sind die jeweiligen Strafvollzugsanstalten dazu in der Lage, die zuvor umrissenen Herausforderungen zu bewältigen. Soll die positive Spezialprävention mehr sein, als ein pflichtschuldiges Zitat in Entscheidungen des Internationalen Strafgerichtshofs, bedürfte es daher erheblicher Nachbesserungen in der Praxis des Strafvollzugs.⁷²

⁶⁶ Klassisch *Bauer* (Fn. 58), S. 183.

⁶⁷ Vgl. *Günther/Reuss* (Fn. 17), S. 148; *Werkmeister* (Fn. 56), S. 170 f.

⁶⁸ Vgl. *Epik* (Fn. 22), S. 126 f.

⁶⁹ Vgl. auch *Neubacher*, NJW 2006, 966 (968).

⁷⁰ Vgl. *Günther/Reuss* (Fn. 17), S. 148; *Reuss*, *Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts*, 2012, S. 10; *Werkmeister* (Fn. 56), S. 170 ff.

⁷¹ Vgl. Art. 103 ff. IStGH-Statut, insbesondere Art. 106 Abs. 2 IStGH-Statut: „Die Haftbedingungen werden durch das Recht des Vollstreckungsstaats geregelt [...]“.

⁷² Erste Ansätze für ein entstehendes Problembewusstsein sind immerhin erkennbar. So werden ehemalige IS-Kämpfer in von Rebellen kontrollierten Gebieten Syriens in speziellen Kursen gezielt deradikalisiert, vgl. *Callaghan*, *Isis rehab lesson one: do not behead or take sex slaves*, *The Sunday Times* v. 19.11.2017, abrufbar unter

Eine weitere Herausforderung besteht mit Blick auf die Gesellschaft, in welche der Täter zu integrieren ist. Im Rahmen eines erfolgversprechenden Resozialisierungsprogramms darf sie jedenfalls nicht außer Acht gelassen werden.⁷³ Sofern das makrokriminelle System noch besteht, wird die Integration des resozialisierten Völkerrechtsverbrechers erhebliche Probleme bereiten, wenn nicht gar unmöglich sein. Hier wird die Gewährung von Asyl oder eine andere Form von Aufenthaltsgestattung in einem Drittstaat die einzige sinnvolle Alternative darstellen. Hat die relevante Gesellschaft das Unrechtssystem hingegen überwunden, stellt sich die Frage, ob diese überhaupt zur Aufnahme ihrer ehemaligen Mitglieder bereit ist.⁷⁴ Gegen ihren Widerstand wird sich eine Rückkehr von Verurteilten in ein Leben in sozialer Verantwortung (so beispielhaft § 2 S. 1 StVollzG) nämlich nicht bewerkstelligen lassen. Die Resozialisierung darf daher nicht allein bei dem Verurteilten ansetzen; erforderlich ist ein integrativer Ansatz, der Überlegungen miteinbezieht, in welche Gemeinschaft der Völkerrechtsverbrecher resozialisiert werden soll, und reflektiert, wie ein zukünftiges wertbezogen-nonkonformistisches Verhalten des Einzelnen und sein verantwortlicher Umgang mit der Unrechtsvergangenheit gerade unter den Bedingungen der Gesellschaft gefördert werden kann, die den Täter wiederaufnehmen wird.

Die vorangegangenen Ausführungen verdeutlichen: Auch im Völkerstrafrecht laufen positiv-spezialpräventive Überlegungen keineswegs leer. Sie bedürfen freilich der Bestimmung des zutreffenden normativen und gesellschaftlichen Bezugspunkts. Und: Die Anforderungen, die sich für eine ernst gemeinte Strafzweckbestimmung der positiven Spezialprävention an die Ausgestaltung der Praxis von Strafvollzug und Strafvollstreckung ergeben, verleihen diesem Ansatz geradezu utopische Züge.

c) Sicherungsspezialprävention

Schließlich lässt sich auch und insbesondere die Sicherungsspezialprävention als Zielbestimmung für das Völkerstrafrecht reformulieren: Die Bestrafung von Völkerrechtsverbrechern bezweckt, der zukünftigen Begehung von Straftaten im Allgemeinen und Völkerrechtsverbrechen im Besonderen vorzubeugen, indem Personen, die in der Vergangenheit Machtpositionen aktiv zur Planung und Begehung von Völkerrechtsverbrechen missbraucht oder sich in ihrer Dienstausübung als besonders opportunistisch, besonders autoritätshörig und besonders überzeugt von einer menschenverachtenden Ideologie erwiesen haben, von gesellschaftlichen

<https://www.thetimes.co.uk/article/isis-rehab-lesson-one-do-not-behead-or-take-sex-slaves-0d90vc5sk> (kostenpflichtiger Artikel, 24.4.2019).

⁷³ Vgl. *Epik* (Fn. 22), S. 123.

⁷⁴ *Möller* (Fn. 17), S. 478, wirft die Frage auf, „ob jedenfalls Täter der Kategorie von Hitler, Pol Pot, Pinochet etc. nicht auch ihr ‚Resozialisierungs- und Integrationsrecht‘ durch ihr Tun verwirkt haben, richten sich ihre Taten doch gegen den Kern der menschlichen Gesellschaft.“

Schlüsselstellungen ausgeschlossen werden.⁷⁵ Im Rahmen einer solchen Sicherungsspezialprävention durch Exklusion sind Schlüsselstellungen nicht nur hohe Staatsämter oder Führungspositionen in Behörden. Eine solche nimmt letztlich jede Person ein, die im Rahmen ihrer Dienstausbübung regelmäßig in besonders intensiver Weise in die Freiheitsrechte anderer eingreift. Bei diesen Personen muss gewährleistet sein, dass sie sich auch unter ungünstigen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen nicht zu Handlangern einer menschenrechtswidrigen Politik machen lassen oder sich gar an der Begehung von Völkerrechtsverbrechen beteiligen.⁷⁶ Dies betrifft jedenfalls Militärangehörige, Mitglieder des Sicherheitsapparates und der Regierungsbehörden, zudem das Personal der Justiz ebenso wie die Ärzteschaft, aber auch Unternehmerinnen und Unternehmer. Dabei ist für diese Form der Sicherungsprävention zumeist nicht einmal der Freiheitsentzug entscheidend, sondern der öffentlichkeitswirksame Verlust der politisch-gesellschaftlichen Machtposition, des Amtes oder der institutionellen Funktion. Denn er lässt ein machtpolitisches Vakuum entstehen, das eine personelle und inhaltliche Emanzipation von der Vergangenheit oder zumindest die Stabilisierung neuer rechtsstaatlicher Strukturen erheblich erleichtern kann.

Besonders einleuchtend ist der spezifisch völkerstrafrechtliche Ansatz der Sicherungsprävention durch Exklusion für die politische Führungsspitze eines Unrechtsregimes sowie hochrangiger Vertreter von Militär, Verwaltung, Justiz und Wirtschaft. Es liegt auf der Hand, dass dieser Personenkreis, wenn er nicht zumindest für eine gewisse Zeit aus dem politischen und gesellschaftlichen Machtspiel genommen wird, die Transition eines Gemeinwesens zu einem Zustand des Friedens und des Rechts und die dafür erforderliche Erneuerung der institutionellen und organisatorischen Strukturen behindern kann. Beispielhaft lässt sich auf Chile verweisen, wo die nachhaltige Aufarbeitung der diktatorischen Vergangenheit erst beginnen konnte, als der vormalige Machthaber Augusto Pinochet im Oktober 1998 in London verhaftet wurde und auch nach der Rückkehr in sein Heimatland im Hausarrest verblieb.⁷⁷ Die Sicherungsprävention durch Exklusion von gesellschaftspolitischen Macht- und Schlüsselpositionen kann auch dann eine taugliche Zweckbestimmung der Verfolgung und Ahndung von Völkerrechtsverbrechen darstellen, wenn die Praxis des Völkerstrafrechts höchst selektiv ist und bleibt. Der Ausschluss einzelner Personen von Schlüsselstellungen der Machtausübung bleibt sinnvoll, selbst wenn bei weitem nicht alle Beteiligten an Völkerrechtsverbrechen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Mit einem instrumentellen Kalkül, wie es durch die Sicherungsspezialprävention nahegelegt wird, ist ohne Weite-

res vereinbar, das Ob der Strafverfolgung abzustufen und sich auf die Verfolgung derjenigen zu beschränken, die durch ihr Verhalten in der Vergangenheit besonderen Anlass zu der Vermutung gegeben haben, dass sie unter ungünstigen gesellschaftspolitischen Rahmenbedingungen diese Schlüsselstellungen erneut missbrauchen werden.

Dass der Exklusion von Zentralfiguren eines Unrechtssystems aus gesellschaftspolitischen Schlüsselpositionen überdies auch besondere expressive Bedeutung zukommt, ist klar: Mit ihrer Bestrafung wird zugleich in augenfälliger Weise das verbrecherische System delegitimiert, das sie repräsentiert haben.⁷⁸ Zudem werden die politischen und gesellschaftlichen Kräfte gestärkt, die auf eine Erneuerung „von Innen“ dringen. Es braucht also nicht zwingend eine umfassende Strafverfolgung sämtlicher Verantwortlicher, um wichtige Ziele des Völkerstrafrechts, zuvorderst den Schutz grundlegender Menschenrechte, zu erreichen. Auch der Umstand, dass nicht alle Unrechtssysteme gleichermaßen im Fokus des Völkerstrafrechts stehen, kann unter dem Gesichtspunkt der Sicherungsspezialprävention – jedenfalls vorübergehend – hingenommen werden. Der Fortbestand eines Unrechtssystems gefährdet nämlich nicht die erfolgreiche Transition eines anderen.

V. Schluss

Spezialprävention ist entgegen der weit verbreiteten Gegenansicht ein fester Bestandteil des völkerstrafrechtlichen Strafzweckkonzeptes. Die gängigen Argumente, die gegen eine Berücksichtigung der spezialpräventiven Gesichtspunkte bei der Ahndung von Völkerrechtsverbrechen angeführt werden, können nicht überzeugen. Auch bei Beteiligten an Völkerrechtsverbrechen kann in der Regel nicht einfach unterstellt werden, dass ihnen zukünftig die Gelegenheit zu erneuter Tatbegehung fehlen wird. Ebenso wenig überzeugt die Annahme, diese Täter ließen bereits ohne Intervention durch Strafe erwarten, sich fortan im Einklang mit den rechtlichen Normen zu verhalten, die sie zuvor verletzt haben. Dabei kommt es freilich darauf an, den inhaltlichen Bezugspunkt der Spezialprävention zutreffend zu bestimmen: Für die Legalbewährung geht es im völkerstrafrechtlichen Kontext nicht um Konformität mit der einzelstaatlichen Rechtsordnung, sondern um die hinreichende kognitive Sicherheit, dass der Täter die durch die Tatbestände des Völkerstrafrechts geschützten Grundwerte des Völkerrechts respektieren wird, und zwar auch dann, wenn die Rechtsgemeinschaft, der er unmittelbar angehört, Völkerrechtsverbrechen toleriert oder sogar gebietet.

Über diese Widerlegung gängiger Einwände hinaus kommt der Spezialprävention im Völkerstrafrecht insbesondere in Form der Sicherungsprävention durch Exklusion eine eigenständige Bedeutung zu: Völkerstrafrechtliche Verfolgung und Ahndung schließen solche Personen von der Ausübung gesellschaftlicher Schlüsselpositionen aus, die sich unter ungünstigen makropolitischen Bedingungen als besonders anfällig für den Missbrauch solcher Machtstellungen gezeigt haben.

⁷⁸ Zu expressiven Straftheorien im Völkerstrafrecht vgl. *Drumbl, Atrocity, Punishment, and International Law*, 2007, S. 173 ff.; *Werkmeister* (Fn. 56), S. 272 ff.

⁷⁵ In diesem Sinne schon *Neubacher*, NJW 2006, 966 (968); *Stolle/Singelstein* (Fn. 21), S. 39. Ähnlich für „Täter makrokriminellen Machtmissbrauchs“ bereits *Möller* (Fn. 17), S. 482 ff.

⁷⁶ Dementsprechend wird als eine Maßnahme der Transitional Justice auch eine Überprüfung des öffentlichen Dienstes vorgeschlagen, vgl. *Werle/Vormbaum* (Fn. 50), § 8.

⁷⁷ Anschauliche Darstellung dieses Prozesses bei *Roht-Arriaza*, *The Pinochet Effect*, 2005, S. 32 ff.

Rechtskulturelle Differenzen in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen

Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg*

Eine der zentralen Fragen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ist, ob ein fremdes Strafverfahren auch dann unterstützt werden darf, wenn es mit hiesigen Verfahrensprinzipien nicht kompatibel ist. Zum Schutz der Verfassungsidentität hat das BVerfG die Menschenwürdegarantie zum absoluten Rechtshilfemaßstab ernannt. Jedenfalls bei einer extensiven Auslegung von Art. 1 GG birgt dieser Ansatz die Gefahr einer bedenklichen Verabsolutierung deutscher Rechtsvorstellungen. Vorzugswürdig erscheint die Anerkennung und Stärkung eines europäischen ordre public.

I. Einleitung: Europäische Integration und rechtskulturelle Sensibilität des Strafrechts

1. Vom „Reservat des nationalen Rechts“ zur europäisierten Rechtsmaterie

Das Verhältnis zwischen Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht und Strafrecht war in den ersten Jahrzehnten des Europäischen Integrationsprozesses von – so hat es Klaus Tiedemann einmal sehr treffend formuliert – „gegenseitigem Desinteresse“ geprägt.¹ Aus dem (ursprünglichen) Fehlen spezifisch strafrechtlicher Regelungsbefugnisse der Gemeinschaften²

wurde gemeinhin geschlossen, dass das Strafrecht in der Souveränitätssphäre der Mitgliedstaaten verblieben und als „Reservat des nationalen Rechts“ europäischen Einflüssen weitgehend³ entzogen sei.⁴ Dies hat sich in den letzten 30 Jahren grundlegend geändert. Ausgehend von der berühmten „Griechischer Mais“-Entscheidung, in der der EuGH erstmals festgehalten hat, dass die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sind, Interessen und Rechtsgüter der Gemeinschaften bzw. Union strafrechtlich zu schützen,⁵ wurden die mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen von einem wahren „Europäisierungssog“ erfasst.⁶ Mittlerweile sind sie in weiten Teilen europäisch beeinflusst. Nachdem nach und nach die klassischen Europäisierungstechniken auf das Strafrecht übertragen wurden,⁷ wurden der Union mit

daher im Rat, vgl. KOM (2001) 272 endg. (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft v. 23.5.2001); hierzu Satzger, ZRP 2001, 549 (552 f. m.w.N.).

³ Eine Ausnahme galt für die Rechtshilfe in Strafsachen, die aber zunächst auch innerhalb Europas durch völkerrechtliche Verträge ausgestaltet wurde und sich nicht grundlegend von der traditionellen (außereuropäischen) Rechtshilfe unterschied. Dies änderte sich erst mit dem Paradigmenwechsel von der vertragsbasierten Rechtshilfe zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, dazu Fn. 10 und dazugehöriger Text.

⁴ Vgl. Satzger, Internationales Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 9 Rn. 2, mit Verweis auf Schack, ZRP 1995, 47; siehe auch Weigend, ZStW 105 (1993), 774 (778); Nelles, ZStW 109 (1997), 727 („Bastion nationalstaatlicher Souveränität“); Thomas, NJW 1991, 2233; Sieber, ZStW 103 (1991), 957 (958).

⁵ EuGH, Urt. v. 21.9.1989 – Rs. 68/88 (Griechischer Mais), Rn. 24; hierzu Tiedemann, EuZW 1990, 100; Pache, Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 1994, S. 242 ff.; Gröbblinghoff, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 12 ff.; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 334 ff.; Covolo, L'émergence d'un droit pénal en réseau, Analyse critique du système européen de lutte antifraude, 2015, S. 45 ff.; sowie Asp, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechts, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1389.

⁶ So treffend Hecker, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, § 1 Rn. 1.

⁷ Siehe beispielsweise zur Neutralisierung des nationalen Strafrechts infolge des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts EuGH, Urt. v. 22.9.1983 – Rs. 271/82 (Vincent Rodolphe Auer), oder zur unionsrechtskonformen Auslegung des deutschen Betrugstatbestandes BGH NJW 2014, 2595, mit krit. Bespr. bei Heger, HRRS 2014, 467; Hecker, JuS 2014, 1043; Rönnau/Wegner, JZ 2014, 1064; ausführlicher Überblick über die verschiedenen Techniken zur Europäisierung des nationalen Strafrechts bei Ambos, Internationales

* Prof. Dr. Stefanie Bock ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsvergleichung an der Philipps-Universität Marburg. Der Beitrag ist eine erweiterte Fassung ihrer öffentlichen Antrittsvorlesung vom 22. Juni 2018, die sie gemeinsam mit ihren geschätzten Kollegen Jens Puschke, Sven Simon und Constantin Willems unter dem gemeinsamen Oberthema „Rechtskulturelle Differenzen in Europa“ gehalten hat.

¹ Tiedemann, NJW 1993, 23. Ähnlich Weigend, StV 2001, 63 („Das ‚europäische Strafrecht‘, bis in die neunziger Jahre hinein für die meisten Strafrechtler ein unbekanntes Wesen, [...]“); Jung, JuS 2000, 417 („Noch vor zwanzig Jahren hätte man einen Beitrag zum europäischen Strafrecht eher als Rarität bewertet.“); zur im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten verzögerten Europäisierung des Strafrechts auch Kühl, ZStW 109 (1997), 777 (779 f.).

² Diesen Umstand betonen u.a. Weigend, ZStW 105 (1993), 774 (779); Kühl, ZStW 109 (1997), 777 (779); Rüter, ZStW 105 (1993), 30 (31). Beispielsweise ermächtigte Art. 280 Abs. 4 EGV a.F. zwar die Gemeinschaft, alle erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen ihre finanziellen Interessen richten, zu ergreifen, bestimmte aber zugleich, dass die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege von diesen Maßnahmen unberührt bleiben müssten. Dies wurde mehrheitlich so verstanden, dass die Gemeinschaft auch im Bereich der Betrugsbekämpfung nicht die Kompetenz hatte, den Mitgliedstaaten Vorgaben zur Ausgestaltung ihres nationalen Strafrechts zu machen, ausführlich hierzu Fromm, Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteressen der EG, Die Frage der Einführung einer supranationalen Strafrechtskompetenz durch Artikel 280 IV EGV, 2004, S. 107 ff. Ein entsprechender Gesetzgebungsvorschlag der Kommission scheiterte

dem Vertrag von Lissabon auch im Bereich der Strafrechtspflege weitreichende Kompetenzen zur Angleichung der nationalen Rechtsordnungen eingeräumt,⁸ von denen sie bereits umfänglich Gebrauch gemacht hat.⁹ Zugleich wurde der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ausdrücklich zum Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen erklärt (Art. 82 Abs. 1 AEUV). Dieser verlangt im Wesentlichen, dass jeder Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat ergangene strafrechtliche Entscheidung ohne weitere Prüfung anerkennt und vollstreckt – und zwar auch dann, wenn die Anwendung seines eigenen nationalen Rechts zu einem anderen Ergebnis geführt hätte.¹⁰

2. Europäisierung der Strafrechtspflege als Reaktion auf die Globalisierung der Kriminalität

Leitmotiv der beständig fortschreitenden¹¹ Europäisierung des Strafrechts ist die Effektivierung der Strafrechtspflege. Wenn Straftäter zunehmend grenzüberschreitend agieren und dabei ggf. gezielt versuchen, die in einem Staat bestehenden Sanktionslücken auszunutzen,¹² verlieren rein nationale Maß-

Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 11 Rn. 5 ff.; Hecker (Fn. 6), § 7 Rn. 1 ff.; Satzger (Fn. 4), § 9 Rn. 1 ff.

⁸ Siehe Art. 83 Abs. 1 AEUV: Vorgabe von Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension; Art. 83 Abs. 2 AEUV: Vorgabe von Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen auf einem Gebiet, auf dem bereits (außerstrafrechtliche) Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind (sog. Annexkompetenz); Art. 83 Abs. 2 AEUV: Harmonisierung spezifischer Aspekte des Strafverfahrens (insbesondere Zulässigkeit von Beweismitteln, Rechte des Einzelnen im Strafverfahren und Rechte der Opfer von Straftaten) zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen sowie der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen.

⁹ Siehe die Überblicksdarstellungen bei Ambos (Fn. 7), § 11 Rn. 12, § 12 Rn. 8 i.V.m. § 10 Rn. 146 ff.

¹⁰ Siehe z.B. EuGH, Ur. v. 11.2.2003 – Rs. C-187/01, C-385/01 (Strafverfahren gegen Hüseyin Gözütok und Klaus Brügge), Rn. 33; EuGH, Ur. v. 11.12.2008 – Rs. C-297/07 (Strafverfahren gegen Klaus Bourquain), Rn. 37; EuGH, Ur. v. 29.6.2016 – Rs. C-486/14 (Strafverfahren gegen Piotr Kossowski), Rn. 50.

¹¹ Die umfängliche Europäisierung der nationalen Strafrechtsordnungen, wie sie aktuell zu verzeichnen ist, markiert nicht zwangsläufig das Ende der europäischen Strafrechtsentwicklung. Derzeit wird auch diskutiert, ob der Vertrag von Lissabon der Union zumindest in bestimmten Bereichen die Kompetenz einräumt, echtes supranationales Strafrecht, d.h. unmittelbar gegenüber den Bürgern geltende Strafnormen, zu schaffen, siehe hierzu nur Ambos (Fn. 7), § 9 Rn. 18; Hecker (Fn. 6), § 4 Rn. 82; Satzger (Fn. 4), § 8 Rn. 18 ff.

¹² Siehe beispielsweise die Argumentation in KOM (2011) 654 endg. (Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulation v. 20.10.2011), S. 3; KOM (2012) 363 endg. (Vorschlag für eine Richtlinie des

nahmen an Wirkkraft. Die Globalisierung der Kriminalität weckt das Bedürfnis nach einer staatsübergreifenden, gemeinsamen Reaktion, die wiederum nach einer Angleichung der Strafrechtsordnungen und einer Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit verlangt.¹³

3. Wahrung rechtskultureller Identitäten im europäischen Integrationsprozess

Ungeachtet der (vielleicht nur gefühlten, zumindest aber mittlerweile fast einhellig akzeptierten) Notwendigkeit, die Verbrechensbekämpfung zu globalisieren, sehen sich strafrechtliche Aktivitäten der Union z.T. sehr grundsätzlichen Einwänden ausgesetzt.¹⁴ Hintergrund der Kritik und Ursache des verzögerten Beginns des strafrechtlichen Integrationsprozesses sind vor allem die zwischen den Mitgliedstaaten bestehenden rechtskulturellen Unterschiede. Zwar können die Mitgliedstaaten auch im Strafrecht auf ein gemeinsames kulturelles Erbe zurückblicken¹⁵ – dies gilt namentlich für die Aufklärung, die in ganz Europa zu einer Rationalisierung und Humanisierung der Strafrechtspflege geführt hat;¹⁶ hieraus ergibt sich aber „nur“ ein Kernbereich gemeinsamer Rechtsüberzeugungen.¹⁷ Verlässt man diesen, divergieren die mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen z.T. erheblich und es zeigt sich, dass sie in hohem Maße in den Kulturtraditionen der einzelnen Staaten verwurzelt sind.¹⁸ Die Beobachtung

Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug v. 11.7.2012), S. 4.

¹³ Siehe insbesondere KOM (2011) 573 endg. (Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the Effective Implementation of EU Policies through Criminal Law v. 20.9.2011), S. 3; sowie Weigend, ZStW 105 (1993), 774 (784); Sieber, ZStW 103 (1991), 957 (974); Satzger, NStZ 2016, 514; speziell zur transnationalen Wirtschaftskriminalität Pieth, ZStW 109 (1997), 767.

¹⁴ Überblick bei Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Bd. 1, 57. Lfg. August 2015, Art. 83 AEUV Rn. 16 ff.; exemplarisch Rüter, ZStW 105 (1993), 30; Schünemann, GA 2002, 501; kritisch auch Weigend, ZStW 105 (1993), 774.

¹⁵ Hecker (Fn. 6), § 1 Rn. 5; auch Sieber, ZStW 103 (1991), 957 (976); sowie Kühl, ZStW 109 (1997), 777 (794).

¹⁶ Vgl. *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 697; Prittwitz, in: Ambos (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, 2011, S. 29 (31 f.).

¹⁷ Vgl. auch BVerfGE 123, 267 (360).

¹⁸ Siehe z.B. Weigend, ZStW 105 (1993), 774 (775, 789); Rüter, ZStW 105 (1993), 30 (33, 35 ff.); Maiwald, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Fn. 5), S. 1375 f.; Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 11; Gärditz, JZ 2016, 1116; speziell zum Strafverfahrensrecht Nelles, ZStW 109 (1997), 727 (747); siehe auch Landau, EuGRZ 2016, 505 (507); sowie KOM (2011) 573 endg. (Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the Effective Implementation of EU Policies through Criminal Law v. 20.9.2011), S. 2. Zum Fehlen einer (umfassenden) gemeinsamen Rechtstradition als Hemmnis für eine genuine europäi-

von Savignys: Das Recht „wächst mit dem Volke, bildet sich aus mit diesem und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert“¹⁹ hat im Strafrecht besondere Gültigkeit.

In diesem Sinne hat das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil betont, dass die Strafrechtspflege, „sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig [ist], die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen.“²⁰ Hieraus zog das Gericht den Schluss, dass strafrechtsrelevante Entscheidungen „im besonderen Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet“ seien, sodass eine Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU in diesem Bereich nur unter engen Voraussetzungen zulässig sei.²¹ Die Entscheidung lässt sich insoweit als Plädoyer verstehen, die kulturellen Wurzeln und Besonderheiten der Einzelstaaten nicht dem europäischen Integrationsprozess oder globalen Effektivitätsbestrebungen zu opfern – ein Gedanke, der sich auch an prominenter Stelle in den EU-Verträgen wiederfindet. So verpflichtet Art. 4 Abs. 2 EUV die Union, die nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten und damit insbesondere ihre jeweiligen (verfassungsmäßigen) Grundprinzipien und Grundwerte²² zu achten. Im Folgenden möchte ich der Frage nachgehen, ob und inwieweit sich hieraus Grenzen für die Rechtshilfe in Strafsachen, also für die Unterstützung eines fremden, in einem anderen Mitgliedstaat geführten Strafverfahrens,²³ ergeben.

II. Das BVerfG-Urteil zu Auslieferungen bei Abwesenheitsentscheidungen

Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist eine Leitentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2015.²⁴ In dem zugrunde liegenden Fall sollte ein US-amerikanischer Staatsangehöriger auf Grundlage eines europäischen Haftbefehls nach Ita-

sche Strafrechtswissenschaft *Kühl*, ZStW 109 (1997), 777 (794).

¹⁹ v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, insoweit abgedruckt in: Wolf (Hrsg.), Deutsches Rechtsdenken, Heft 8, Friedrich Carl von Savigny – Grundgedanken der Historischen Rechtsschule, 2. Aufl. 1948, S. 5.

²⁰ BVerfGE 123, 267 (359 f.).

²¹ BVerfGE 123, 267 (360).

²² *Obwexer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Nomos Kommentar, Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Art. 4 EUV Rn. 28; *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV Rn. 14 ff.

²³ Zum Begriff der Rechtshilfe *Ambos/Poschadel*, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, 1. Hauptteil – Grundlagen Rn. 4 ff.

²⁴ BVerfGE 140, 317. Die Entscheidung heißt offiziell „Identitätskontrolle I“. Um aber ihren inhaltlichen Schwerpunkt zu verdeutlichen, wird im Folgenden die Bezeichnung „Abwesenheitsentscheidung“ verwendet.

lien ausgeliefert werden, damit dort ein gegen ihn in Abwesenheit ergangenes Strafurteil vollstreckt werden kann.

1. Abwesenheitsentscheidungen und rechtskulturelle Prägnanzen

Aus Sicht des deutschen Strafverfassungsrechts sind Verfahren in absentia problematisch. Ziel des Strafprozesses ist nach unserem Verständnis die Ermittlung der materiellen Wahrheit,²⁵ die – vereinfacht gesagt – als Grundvoraussetzung einer inhaltlich richtigen und damit gerechten Entscheidung angesehen wird.²⁶ Ist der Beschuldigte aber nicht in der Verhandlung anwesend, kann er keine entlastenden oder strafmildernden Umstände vortragen, von denen ggf. nur er allein Kenntnis hat. Es besteht daher die Gefahr, dass der entscheidungsrelevante Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt wird.²⁷ Zugleich droht eine Verletzung des Schuldprinzips. Strafe ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG dadurch geprägt, dass gegenüber dem Verurteilten ein sozial-ethischer Tadel zum Ausdruck gebracht wird, der ihn in seinem Wert- und Achtungsanspruch trifft.²⁸ Um bestimmen zu können, welche Strafe schuldangemessen ist, muss sich das Gericht mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzen, was wiederum voraussetzt, dass es sich einen unmittelbaren Eindruck vom Angeklagten verschaffen kann und „einen Einblick in seine Persönlichkeit, seine Beweggründe, seine Sicht der Tat, des Opfers und der Tatumstände erhält.“²⁹

²⁵ Siehe den in § 244 Abs. 2 StPO verankerten Amtsermittlungsgrundsatz, aus dem das BVerfG ein Gebot bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung bzw. Beweiserhebung ableitet, BVerfGE 57, 250 (277); BVerfG NJW 2003, 2444 (2445); siehe auch BVerfG NJW 2018, 2385 (2389); *Trüg/Habetha*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 244 Rn. 4 m.w.N.

²⁶ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 3; auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2 ff.

²⁷ BVerfGE 140, 317 (345, Rn. 56, 58); BGHSt 3, 187 (190 f.); BGHSt 26, 84 (90); BGH NJW 2010, 2450 (2451); *Kamp*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 661 (662); zum Verhältnis zwischen Anwesenheit und Wahrheitsfindung auch *Arnoldi*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Fn. 25), § 230 Rn. 2; kritisch, da der Beschuldigte infolge des nemo-tenetur-Grundsatzes nur zur Anwesenheit verpflichtet werden könne, er aber gerade nicht aktiv an der Wahrheitsermittlung mitwirken müsse, *Volk*, in: Schöch/Helgerth/Dölling/König (Hrsg.), Recht gestalten – dem Recht dienen, Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, 2007, S. 213 (215).

²⁸ Statt aller BVerfGE 90, 145 (172); BVerfGE 96, 245 (249); BVerfGE 120, 224 (240); siehe auch *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 1 m.w.N.

²⁹ BVerfGE 140, 317 (346, Rn. 58); auch in BGHSt 3, 187 (190); BGHSt 26, 84 (90), wird betont, dass das Tatgericht sich einen persönlichen Eindruck vom Angeklagten verschaf-

Schlussendlich ist Anwesenheit Grundvoraussetzung für die selbstbestimmte und eigenverantwortliche Ausübung von prozessualen Aktivrechten. Der abwesende Angeklagte kann nicht in das Verfahren eingreifen, sich in Person zu den Vorwürfen äußern oder Beweismittel vorlegen. Er droht zum bloßen Objekt des Strafprozesses degradiert zu werden.³⁰

Staaten, die – wie Italien – Abwesenheitsverfahren zumindest unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachten, verstehen Anwesenheit hingegen primär als Recht des Angeklagten, nicht als Pflicht.³¹ Hieraus folgt, dass der Angeklagte auf die Anwesenheit verzichten³² und so den Weg für eine Entscheidung in Abwesenheit freimachen kann. Zugleich wird im Interesse einer effektiven Strafrechtspflege davon ausgegangen, dass der staatliche Strafanspruch nicht faktisch zur Disposition des Beschuldigten gestellt werden könne. Ihm dürfe nicht die Macht gegeben werden, das Strafverfahren durch Flucht zu vereiteln.³³

Welcher Ansatz vorzugswürdig ist, ist für die weiteren Überlegungen nicht von Belang. Insoweit genügt die Erkenntnis, dass es von rechtskulturell geprägten Vorverständnissen von dem Wesen der Strafe und der Aufgabe des Strafprozesses abhängt, ob ein Staat Verurteilungen in Abwesenheit gestattet oder nicht. Das Unionsrecht verlangt insoweit Toleranz. Der Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (Rb EuHB)³⁴ verpflichtet alle Mitgliedstaaten – und

fen müsse; insbesondere im Zusammenhang mit der Strafzumessungsschuld *Neuhaus*, Der Grundsatz der ständigen Anwesenheit, 2000, S. 67.

³⁰ BVerfGE 140, 317 (347, Rn. 61); zur Bedeutung der Anwesenheit für die Ausübung von Verteidigungsrechten auch BGHSt 3, 187 (190 f.); BGHSt 26, 84 (90); BGHSt 55, 87 (89); *Arnoldi* (Fn. 27), § 230 Rn. 1 f.; sowie EGMR, Urt. v. 1.3.2006 – App. No. 56581/00 (*Sejdovic*), Rn. 82; speziell im Zusammenhang mit dem Grundsatz rechtlichen Gehörs *Riess*, JZ 1975, 265 (267 f.); *Justenhoven*, Die Anwesenheit des Betroffenen in der Hauptverhandlung, 2016, S. 31 ff.

³¹ Zur Ambivalenz des deutschen Ansatzes, Anwesenheit sowohl als Recht, als auch als Pflicht zu konzipieren, BGHSt 26, 84 (90); BGHSt 55, 87 (89); auch *Riess*, JZ 1975, 265 (266 mit Fn. 19); vertiefend *Wheeler*, CLF 28 (2017), 99.

³² Vgl. *Wheeler*, CLF 28 (2017), 99 (108, 113).

³³ Siehe *Wheeler*, CLF 28 (2017), 99 (118); sowie SCSL, Ruling on the issue of the refusal of the third accused, Augustine Gbao, to attend hearing of the Special Court for Sierra Leone on 7 July 2004 and succeeding days v. 12.7.2004 – Case No. SCSL-04-15-T (*Prosecutor v. Sesay, Kallon und Gbao*), Rn. 8. In diesem Sinne wird auch der deutsche § 231 Abs. 2 StPO, der es in Ausnahmefällen gestattet, die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten fortzuführen, mit dem Bedürfnis nach einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege gerechtfertigt, *Arnoldi* (Fn. 27), § 231 Rn. 9; *Deiters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 4, 5. Aufl. 2015, § 231 Rn. 10.

³⁴ Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1, geändert durch Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom

damit auch solche, die Abwesenheitsverfahren aus prinzipiellen Gründen ablehnen – die in einem anderen Mitgliedstaat ergangene Abwesenheitsentscheidung anzuerkennen und bei ihrer Durchsetzung Rechtshilfe zu leisten, sofern das Verfahren bestimmten Standards entspricht (Art. 4a Rb EuHB).

2. Die Entscheidung des BVerfG: Die Menschenwürdegarantie als absolute Grenze der Rechtshilfe

In seiner Abwesenheitsentscheidung bekräftigte das BVerfG zunächst, dass das Unionsrecht – inklusive der sekundärrechtlichen Rahmenbeschlüsse – im Prinzip Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht genießt und daher nicht am Maßstab des deutschen Grundgesetzes zu messen ist.³⁵ Ist Deutschland also unionsrechtlich verpflichtet, einen Europäischen Haftbefehl zu vollstrecken, werden dieser und das ihm zugrunde liegende ausländische Verfahren grundsätzlich nicht auf seine Vereinbarkeit mit den deutschen Grundrechten überprüft. Zugleich geht das BVerfG aber seit seinem Lissabon-Urteil davon aus, dass der Europäische Integrationsprozess durch die in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegte Verfassungsidentität begrenzt wird. Die dort für unantastbar erklärten Grundsätze – insbesondere die Menschenwürdegarantie – dürften nicht durch Maßnahmen der EU berührt werden.³⁶

Dieser Gedanke wird sodann auf die Rechtshilfe übertragen. Die deutsche Hoheitsgewalt dürfe „die Hand nicht zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen.“³⁷ Dies gelte auch innerhalb der EU. Der Beschuldigte kann bei der Auslieferung aufgrund eines EuHB demnach zwar keine einfache Grundrechtsverletzung, wohl aber eine Beeinträchtigung seiner Menschenwürde rügen.

Für die Anerkennung von Verurteilungen in absentia sollen sich hieraus allerdings keine unüberwindbaren Schranken ergeben. Zwar betonte das BVerfG, dass Abwesenheitsverfahren aus den bereits genannten Gründen – Gefahr der defizitären Sachverhaltsaufklärung und unzulängliche Befassung mit der Persönlichkeit des Beschuldigten – die Menschenwürdegarantie und insbesondere das in ihr verkörperte Schuldprinzip beeinträchtigen können.³⁸ Zugleich verwies das Gericht aber darauf, dass der Rb EuHB keine vorbehalt-

26.2.2009, zur Änderung der Rahmenbeschlüsse 2002/584/JI, 2005/214/JI, 2008/909/JI, zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist, ABl. EU 2009 Nr. L 81, S. 24.

³⁵ BVerfGE 140, 317 (355, Rn. 84); siehe auch schon BVerfGE 73, 339 (375); BVerfGE 75, 223 (244); BVerfGE 126, 286 (301); grundlegend EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – Rs. 26/62 (*Van Gend & Loos*); speziell zum Anwendungsvorrang im Kontext der Rechtshilfe *Böhm*, NStZ 2017, 77 (78); *Satzger*, NStZ 2016, 514 (517); *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1135).

³⁶ BVerfGE 123, 267 (343 f.); BVerfGE 131, 195 (240 f.); BVerfGE 140, 317; BVerfGE 142, 194 f.

³⁷ BVerfGE 140, 317 (347, Rn. 62).

³⁸ BVerfGE 140, 317 (342, Rn. 51 ff.).

lose Anerkennung von Abwesenheitsentscheidungen verlangen, sondern sie an die Einhaltung prozessualer Mindestvoraussetzungen knüpfe. Zusammengefasst besteht eine Kooperationspflicht nur dann, wenn der Beschuldigte informiert und freiwillig auf die Anwesenheit im Verfahren verzichtet hat (Art. 4a Abs. 1 lit a und b Rb EuHB) oder wenn er einen Rechtsbehelf gegen die Abwesenheitsverurteilung einlegen und dabei auch neue Beweismittel vorlegen kann (Art. 4a Abs. 1 lit. c und d Rb EuHB). Diese Einschränkungen entsprechen der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR³⁹ und führen aus Sicht des BVerfG dazu,⁴⁰ dass der verfassungsrechtlich unabdingbare prozessuale Mindestbestand an Beschuldigtenrechten gewahrt bleibt.⁴¹ Der Rb EuHB hat den Würdetest bestanden.

Für den konkreten Fall erklärte das BVerfG die Auslieferung allerdings dennoch für unzulässig, weil zu befürchten stand, dass der Beschuldigte im Berufungsverfahren nicht die Möglichkeit haben würde, neue Beweismittel vorzubringen.⁴² Da das italienische Recht daher den Anforderungen des Rb EuHB nicht genüge, war Deutschland aber bereits unionsrechtlich nicht zur Auslieferung verpflichtet. Die Rechtshilfe hätte daher ohne weiteres und vor allem ohne Rekurs auf eventuelle Integrationsgrenzen verweigert werden können.⁴³

3. Eine erste Würdigung

Die Entscheidung des BVerfG wirft einige interessante europarechtliche⁴⁴ und prozessuale⁴⁵ Fragen auf. Für das hier im Mittelpunkt stehende Verhältnis zwischen national gewachsenen Rechtsüberzeugungen und Rechtshilfe ist zunächst festzuhalten, dass es dem BVerfG im Ergebnis gelingt, den Kerngehalt der deutschen Verfassungsidentität mit den euro-

päischen Vorgaben zu vereinbaren.⁴⁶ Für die Anerkennung von Abwesenheitsentscheidungen ergibt sich hieraus eine relative Offenheit für abweichende rechtskulturelle Wertungen. Es wird akzeptiert, dass sich in anderen Staaten uns vertraute, aber dennoch rechtsstaatlich unbedenkliche Rechtsinstitute herausgebildet haben (oder sich noch herausbilden) können, die im Rahmen der Rechtshilfe auch dann unterstützt werden dürfen, wenn sie – wie die Durchführung von Abwesenheitsverfahren – dem deutschen Recht grundsätzlich wesensfremd sind.

Dieses Ergebnis steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass das ausländische Recht mit der Menschenwürdegarantie vereinbar ist. Der BVerfG-Entscheidung wird man auch entnehmen müssen, dass der Einführung eines Abwesenheitsverfahrens ins deutsche Recht keine zwingenden verfassungsrechtlichen Hindernisse entgegenstünden.⁴⁷ Wenn aber das ausländische Recht nicht den Vorgaben des Art. 1 GG entspricht, so gilt, dass Deutschland nicht die Hand zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen darf. In solchen Fällen – das scheint die notwendige Folge der Handreichungsdoktrin zu sein – muss Rechtshilfe stets und ggf. auch unter Zurückstellung unionsrechtlicher Kooperationspflichten verweigert werden.

III. Menschenwürdegarantie und Rechtshilfe bei objektiver Erfolgshaftung

Ein Beispiel, an dem sich die zwischen den Mitgliedstaaten bestehenden rechtskulturellen Unterschiede besonders prägnant aufzeigen lassen, ist das der objektiven Erfolgshaftung.⁴⁸ Es geht um die Frage, ob derjenige, der einen rechtlich missbilligten Erfolg herbeigeführt hat, ggf. auch ohne Nachweis einer individuellen Verantwortlichkeit und damit verschuldensunabhängig bestraft werden kann.⁴⁹

Aus deutscher Sicht ist die Antwort ein klares „Nein“. Das BVerfG leitet aus der Menschenwürdegarantie⁵⁰ bzw. dem Rechtsstaatsprinzip⁵¹ ab, dass eine strafrechtliche Tatahndung nur zulässig ist, wenn der Täter die Tat persön-

³⁹ Siehe z.B. EGMR, Urt. v. 12.10.1992 – App. No. 14104/88 (T v. Italy), Rn. 26 ff.; EGMR, Urt. v. 1.3.2006 – App. No. 56581/00 (Sejdovic), Rn. 82; auch *Brodowski*, JZ 2016, 415 (416 f.).

⁴⁰ Kritisch dazu, dass das BVerfG den Rb EuHB autonom auslegt, anstatt den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen, *Satzger*, NStZ 2016, 514 (519).

⁴¹ BVerfGE 140, 317 (355, Rn. 84 ff.).

⁴² BVerfGE 140, 317 (370, Rn. 115).

⁴³ Siehe *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1135); auch *Brodowski*, JZ 2016, 415 (422); *Burchardt*, ZaöRV 76 (2016), 527 (541); *Classen*, EuR 2016, 304 (308 f.); *Meyer*, HRRS 2016, 332 (333); *Satzger*, NStZ 2016, 514 (518).

⁴⁴ Siehe bspw. zur Vereinbarkeit von Identitätskontrolle und Unionsrecht ausführlich *Hwang*, Der Staat 56 (2017), 107; siehe auch *Burchardt*, ZaöRV 76 (2016), 527; *Classen*, EuR 2016, 304 (312); *Sauer*, NJW 2016, 1134; *Satzger*, NStZ 2016, 514, (517).

⁴⁵ Siehe zur schwierigen Umsetzung der vom BVerfG etablierten prozessualen Aufklärungspflicht, die vom Gericht verlangt, von Amts wegen zu ermitteln, welche Behandlung der Beschuldigte im ersuchenden Staat erfahren wird (BVerfGE 140, 317 [348, Rn. 64 ff.]) *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106 (115 f.); *Kühne*, StV 2016, 299 (300); auch *Meyer*, HRRS 2016, 332 (336, 338).

⁴⁶ Siehe auch *Brodowski*, JZ 2016, 415 (426); *Finke*, HRRS 2016, 327 (330); *Landau*, EuGRZ 2016, 505 (509); *Satzger*, NStZ 2016, 514 (518).

⁴⁷ Bereits das geltende Recht erlaubt es unter engen Voraussetzungen, ein Verfahren in Abwesenheit des Angeklagten zu Ende zu führen, § 231 Abs. 2 StPO.

⁴⁸ Zur strict liability als mögliches Anwendungsbeispiel für die Identitätskontrolle auch *Satzger*, NStZ 2016, 514 (522).

⁴⁹ *Vogel*, in: Tiedemann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, 2002, S. 125 (137); *Klip*, European Criminal Law, 3. Aufl. 2016, S. 221; *Herring*, Criminal Law, 7. Aufl. 2016, S. 211.

⁵⁰ BVerfGE 57, 250 (275); BVerfGE 80, 367 (378 f.); BVerfGE 90, 145 (173); BVerfGE 123, 267 (413); BVerfGE 140, 317 (342, Rn. 51); auch BGHSt 2, 194 (200); BGHSt 10, 259 (263); *Kaufmann*, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, S. 116 ff. (Schuldprinzip als Konsequenz der personalen Natur des Menschen).

⁵¹ BVerfGE 20, 323 (331); BVerfGE 58, 159 (163); BVerfGE NJW 1989, 2679 (2680).

lich zu verantworten hat,⁵² ihm also zumindest der Vorwurf fahrlässigen Fehlverhaltens gemacht werden kann.⁵³ Der Schuldgrundsatz gilt nach deutschem Verständnis absolut und schließt die Einführung einer verschuldensunabhängigen Haftung im Strafrecht kategorisch aus.⁵⁴

Dass dieses Verständnis vom *nulla-poena-sina-culpa*-Grundsatz durchaus speziell, d.h. landes- bzw. kulturspezifisch ist, zeigt bereits ein kurzer Blick in andere EU-Staaten.⁵⁵ So kennt beispielsweise das englische Recht eine Vielzahl von sog. *strict-liability*-Delikten,⁵⁶ die strafrechtliche Verantwortlichkeit unabhängig von subjektiver Vorwerfbarkeit (*mens rea*) konstruieren.⁵⁷ Diese Regelungstechnik kommt vor allem bei Taten mit geringerem Unrechtsgehalt zum Einsatz,⁵⁸ findet aber auch im Sexualstrafrecht Anwendung. Wer beispielsweise den Geschlechtsverkehr mit einem Kind unter 13 Jahren vollzieht, wird wegen Vergewaltigung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt.⁵⁹ Dabei kann sich der Täter nicht damit entlasten, das Alter des Kindes nicht gekannt zu haben.⁶⁰ Dies gilt selbst dann, wenn der Altersunterschied zum Opfer vergleichsweise gering ist. In einem vom House of Lords 2008 entschiedenen Fall war der Täter zum Tatzeitpunkt erst 15 Jahre alt und trug im Verfahren unwiderlegbar vor, dass das zwölfjährige Opfer ihm vor dem einvernehmlich durchgeführten Sexualakt versichert

habe, sie sei ebenfalls 15 Jahre alt.⁶¹ Besonders prominent kommen *strict-liability*-Tatbestände aber im Wirtschafts- und Umweltstrafrecht zum Einsatz. Beispielhaft seien die unerlaubte Müllentsorgung⁶² oder die Missachtung insolvenzrechtlicher Vorgaben⁶³ genannt. Ähnliche Regelungen finden sich in Frankreich.⁶⁴ Zudem arbeitet die französische Rechtsprechung im Wirtschaftsstrafrecht zunehmend mit faktisch kaum widerlegbaren Vermutungen. So wird z.T. aus der beruflichen Funktion des Beschuldigten nahezu automatisch geschlossen, dass er Kenntnis von bestimmten Vorgängen im Unternehmen gehabt habe. Dies kommt einer objektiven Erfolgshaftung zumindest sehr nahe.⁶⁵

Auch wenn das deutsche Recht häufig zu ähnlichen Ergebnissen kommen wird – sei es durch die Schaffung von Gefährdungsdelikten, das Anlegen eines strengen Fahrlässigkeitsmaßstabs oder dadurch, dass der Einwand des Beschuldigten, er habe von einem bestimmten Umstand keine Kenntnis gehabt, schlicht als nicht glaubhafte Schutzbehauptung zurückgewiesen wird – unterscheiden sich die verschiedenen Ansätze in theoretisch-dogmatischer Hinsicht fundamental. Das strikte deutsche Verständnis vom Schuldgrundsatz beruht im Wesentlichen auf der Vorstellung, dass der Täter den mit der Strafe verbundenen sozial-ethischen Tadel nur dann verdient, wenn er sich – mit den Worten des BGH – „für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können“.⁶⁶ Die Strafe muss also ihre Legimitati-

⁵² Siehe *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vorbemerkung zu § 13 Rn. 237 ff.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den § 13 ff. Rn. 103/104.

⁵³ *Walter*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 28), Vor § 13 StGB Rn. 159; siehe auch bereits RGSt 71, 193 (195, „Mit der Forderung, daß die Tat nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes Bestrafung verdient [...], ist die – übrigens selbstverständliche – Forderung aufgestellt, daß beim Angeklagten eine Schuld, sei es Vorsatz oder bedingter Vorsatz, sei es Fahrlässigkeit, nachgewiesen sein muss.“).

⁵⁴ Zur absoluten Geltung des Schuldprinzips deutscher Prägung *Kaufmann* (Fn. 50), S. 116; *Heitzer*, Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 116.

⁵⁵ Rechtsvergleichender Überblick bei *Vogel* (Fn. 49), S. 127 ff.; *Pradel*, Droit Pénal Comparé, 4. Aufl. 2016, Rn. 81 ff.

⁵⁶ Vertiefend und kritisch hierzu *Ashworth/Blake*, Criminal Law Review 84 (1996), 306 ff.

⁵⁷ Grundlegend zum Verhältnis zwischen *strict liability* und *mens rea* *Gammon (Hong Kong) Ltd. v. Attorney-General of Hong Kong* [1985] AC 1 (PC); sowie *Herring* (Fn. 49), S. 215 f. m.w.N. zur englischen Rechtsprechung.

⁵⁸ *Herring* (Fn. 49), S. 212.

⁵⁹ Siehe Section 5 des Sexual Offences Act 2003 „Rape of a Child under 13“: „A person commits an offence if (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth with his penis and (b) the other person is under 13. A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life“.

⁶⁰ R. v. G. [2008] 1 WLR 1379 = [2008] United Kingdom House of Lords 37 (HL); zuvor schon der Court of Appeals im gleichen Verfahren (R. v. G. [2006] 1 WLR 2052).

⁶¹ R. v. G. [2008] 1 WLR 1379 = [2008] United Kingdom House of Lords 37 (HL).

⁶² Siehe die Delikte in der *Tranfrontier Shipment of Waste Regulations 2007*, die überwiegend als *strict-liability*-Delikte verstanden werden, R. v. Ezeemo [2013] Env L R 15, 333 (CA), Rn. 72; R. v. K.V. [2011] EWCA Crim 2342, Rn. 41.

⁶³ Siehe z.B. Section 11 (1) des *Company Directors Disqualification Act 1986*, der es unter Strafe stellt, als noch nicht rehabilitierter Konkurschuldner ein Unternehmen ohne gerichtliche Genehmigung zu leiten. Hierbei handelt es sich um eine *strict liability*, soweit es um das Wissen geht, insolvenzrechtlichen Beschränkungen zu unterliegen, siehe R. v. Brockley [1994] BCC 131 (CA), 132.

⁶⁴ So setzen Übertretungen (*contraventions*) – geringfügigere Straftaten, die nicht mit einer Freiheitsstrafe sanktioniert werden können (Art. 111-1 Code Pénal) – grundsätzlich kein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten voraus. Eine Bestrafung scheidet aber (wohl) aus im Falle höherer Gewalt (Art. 122-2 Code Pénal), bei krankheits- bzw. konstitutionsbedingter Schuldunfähigkeit (Art. 122-1 Code Pénal) sowie bei einem unvermeidbaren Verbotsirrtum, Art. 122-3 Code Pénal; vertiefend *Bouloc*, Droit Pénal Général, 25. Aufl. 2017, Rn. 301, zu den Ausschlussstatbeständen Rn. 292 f.; *Vogel* (Fn. 49), S. 132.

⁶⁵ Hierzu ausführlich *Pin*, in: Ambos/Bock (Hrsg.), Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts – 6. Deutsch-Französische Strafrechtstagung, 2019, S. 41.

⁶⁶ BGHSt 194, 200.

on in der Person des Betroffenen finden.⁶⁷ Dem englischen und – mit einigen Abstrichen – dem französischen Recht liegt hingegen ein funktionaleres Verständnis vom Strafrecht zugrunde. Dieses soll (auch) dem Schutz grundlegender gesellschaftlicher Interessen dienen – eine Aufgabe, die aus Gründen des Gemeinwohls ggf. unabhängig von der inneren Einstellung des Täters wahrgenommen werden müsse.⁶⁸

Man kann mit guten Gründen der hierin zum Ausdruck kommenden Unterordnung der Interessen des Einzelnen unter die Belange der Gesellschaft und damit einer strict liability im Strafrecht kritisch gegenüberstehen. Sie ist aber nicht per se menschenrechtswidrig. So ist nach Ansicht des EGMR eine objektive Erfolgshaftung mit der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) vereinbar, sofern sie sich unter Berücksichtigung der Bedeutung des Regelungsinhalts in angemessenen Grenzen hält und die Verteidigungsrechte des Betroffenen insgesamt gewahrt bleiben.⁶⁹ Ebenso zählt der Schuldgrundsatz zwar nach überzeugender h.M. zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts,⁷⁰ beansprucht aber keine absolute Geltung. Im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR hat der EuGH in der Rechtssache Hansen ausgeführt, dass ein System der objektiven strafrechtlichen Verantwortlichkeit unionsrechtskonform sei, sofern die hierauf basierenden konkreten Sanktionen gegenüber dem jeweils angestrebten Ziel nicht unverhältnismäßig, also in Anbetracht der Schwere der zu ahndenden Zuwiderhandlung angemessen sind.⁷¹

Nach den Maßstäben des BVerfG kann es hierauf allerdings nicht ankommen. Jede objektive Erfolgshaftung – auch die menschenrechtlich zulässige – verstößt aus deutscher

Sicht gegen Art. 1 GG. Damit ist aber zugleich jede Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens, das der Durchsetzung einer objektiven Erfolgshaftung dient – und sei diese noch so verhältnismäßig – eine Handreichung zur Verletzung der Menschenwürde.⁷² Dieser Gedanke findet sich bereits⁷³ im IRG wieder. Die Vollstreckung einer in einem anderen EU-Mitgliedstaat verhängten Geldsanktion ist gem. § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG unzulässig, wenn die betroffene Person in dem ausländischen Verfahren keine Gelegenheit hatte einzuwenden, für die der Entscheidung zugrunde liegenden Handlung nicht verantwortlich zu sein. Sichergestellt werden soll hierdurch, dass Deutschland keine Vollstreckungshilfe leisten muss, die in Konflikt mit dem hiesigen Menschenwürde- bzw. Rechtsstaatsverständnis geraten könnte.⁷⁴ Gedacht hat der Gesetzgeber dabei insbesondere an die Halterhaftung im Straßenverkehr. In einigen Mitgliedstaaten wird der Halter eines Fahrzeugs allein deswegen für Verkehrsverstöße zur Verantwortung gezogen, weil er der Halter des Fahrzeugs ist, mit dem der Verstoß begangen wurde. Der Nachweis vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens ist nicht erforderlich.⁷⁵ Europarechtlich ist § 87b Abs. 3 Nr. 9 IRG zumindest nicht unbedenklich. Der Rahmenbeschluss Geldstrafe⁷⁶ verpflichtet Deutschland grundsätzlich, die in einem anderen Mitglied-

⁷² Siehe auch *Satzger*, NStZ 2016, 514 (522); *Meyer*, HRRS 2016, 332 (337), mit weiteren Beispielfällen.

⁷³ § 87b IRG wurde bereits 2010 und damit fünf Jahre vor der Abwesenheitsentscheidung des BVerfG in das IRG eingefügt. Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI des Rates vom 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen v. 18.10.2010, BGBl. I 2010, 1408. Die Einführung des Vollstreckungsverweigerungsgrundes „fehlendes Verschulden“ ist allerdings eine direkte Reaktion auf das Lissabon-Urteil, in dem das BVerfG den Schuldgrundsatz dem unantastbaren und damit integrationsfesten Kern der Verfassung zugeordnet hat, BT-Drs. 17/1288, S. 28, mit Verweis auf BVerfGE 123, 267 (413).

⁷⁴ Siehe OLG Köln NZV 2012, 450 (451 f.); OLG Braunschweig NZV 2013, 148 (149); *Trautmann*, in: *Krumm/Lempp/Trautmann* (Hrsg.), *Das neue Geldsanktionsgesetz*, 2010, § 87 b IRG Rn 26.

⁷⁵ BT-Drs. 17/1288, S. 28; siehe aus der Rechtsprechung exemplarisch OLG Köln NZV 2012, 450; OLG Düsseldorf ZIS 2012, 78; KG NStZ 2013, 603 (604); sowie den rechtsvergleichenden Überblick bei *Milke*, NZV 2010, 17.

⁷⁶ Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates v. 24.2.2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, ABl. EU 2005 Nr. L 76, S. 16, geändert durch Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates v. 26.2.2009 zur Änderung der Rahmenbeschlüsse 2002/584/JI, 2005/214/JI, 2008/909/JI, zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist, ABl. EU 2009 L 81, 24. Die §§ 86–87p IRG dienen der Umsetzung des Rahmenbeschlusses Geldstrafe.

⁶⁷ *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 32.

⁶⁸ Vgl. *Ashworth/Horder*, *Principles of Criminal Law*, 7. Aufl. 2013, S. 161.

⁶⁹ Siehe EGMR, Urt. v. 7.10.1988 – App. No. 10519/83 (Salabiaku), Rn. 28 („within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.“); sowie EGMR, Urt. v. 25.9.1992 – App. No. 13191/87 (Pham Hoang), Rn. 33; EGMR, Urt. v. 30.3.2004 – App. No. 53984/00 (Radio France), Rn. 24; EGMR, Urt. v. 20.3.2001 – App. No. 33501/96 (Telfner), Rn. 16. Z.T. beziehen sich die Entscheidungen auf die Zulässigkeit von Verschuldensvermutungen, die aber in funktionaler Hinsicht mit einer objektiven Erfolgshaftung vergleichbar sind, *Blomsma*, *Mens rea and defences in European Criminal Law*, 2012, S. 220.

⁷⁰ Ausführlich *Schaut*, *Europäische Strafrechtsprinzipien*, 2012, S. 219 ff.; siehe auch *Vogel/Eisele* (Fn. 14), Art. 83 AEUV Rn. 35; sowie EuGH, Urt. v. 11.7.2002 – Rs. C-210/00 (Käseri Champignon Hofmeister), Rn. 35; kritisch *Blomsma* (Fn. 69), S. 225.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 10.7.1990 – Rs. C-326/88 (Hansen), Rn. 18–20; bestätigt in EuGH, Urt. v. 27.2.1997 – Rs. C-177/95 – (Ebony Martime SA), Rn. 36; EuGH, Urt. v. 9.2.2012 – Rs. C-210/10 (Urbán), Rn. 48; ähnlich auch EuGH, Urt. v. 2.10.1991 – Rs. C-7/90 (Vandevenne), Rn. 18.

staat verhängten Geldsanktionen zu vollstrecken und erkennt „fehlendes Verschulden“ nicht als Vollstreckungsverweigerungsgrund an.

IV. Problematische Universalisierung des deutschen Menschenwürdeverständnisses

Das BVerfG hat die Würdegarantie in seiner Abwesenheitsentscheidung zu einem allgemeingültigen Rechtshilfemaßstab gemacht,⁷⁷ an dem sich alle ausländischen Rechtsordnungen messen lassen müssen und der ggf. unionsrechtliche Kooperationspflichten verdrängt. Dies kann die Gerichtspraxis bereits deswegen vor erhebliche Herausforderungen stellen, weil die geforderte Unterscheidung zwischen Beeinträchtigungen der Menschenwürde und sonstigen Grundrechtsverletzungen nicht immer trennscharf ist. Da fast alle Grundrechte einen Menschenwürdekern haben,⁷⁸ kann der Beschuldigte bei nahezu jeder hinreichend schweren Grundrechtsverletzung mit einer gewissen Plausibilität vortragen, dass eine Verletzung seiner Menschenwürde drohe.⁷⁹ Hinzu kommt, dass das BVerfG z.T. sehr konkrete Vorgaben aus Art. 1 GG ableitet. Man denke nur an die detaillierten Anforderungen, die das BVerfG an eine verfassungskonforme Ausgestaltung der strafprozessualen Verständigung – des sog. deals – stellt.⁸⁰ Auch sie könnten vermittelt über die Handreichungsdoktrin zum verbindlichen Rechtshilfestandard werden.⁸¹ Dies stünde nicht nur im Widerspruch zur Grundidee der europäischen Rechtshilfe, die nationale Prüfvorbehalte überwinden will und daher eine Pflicht zur (im Grundsatz) vorbehaltlosen Anerkennung ausländischer Entscheidungen begründet. Vielmehr droht auch eine bedenkliche Universalisierung spezifisch deutscher Vorstellungen zur Ausgestaltung eines menschenwürdegerechten Strafverfahrens.⁸²

⁷⁷ Siehe auch *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106 (114).

⁷⁸ Hierzu *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 55. Lfg. 2009, Art. 1 Rn. 26 f.

⁷⁹ *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1136); ähnlich *Meyer*, HRRS 2016, 332 (336 f.). Siehe auch den in der grundsätzlich positiven Entscheidungsbesprechung von *Bender* enthaltenen Verweis auf den „in anderen Grundrechten unterschiedlich stark enthaltenen Menschenwürdegehalt“, der die „subjektivrechtliche Gewährleistung eines gewissen Grundrechtsstandards im Rahmen der Identitätskontrolle“ erlaube, *Bender*, ZJS 2016, 260 (264); ähnlich *Burchardt*, ZaöRV 76 (2016), 527 (544); *Finke*, HRRS 2016, 327 (331); *Nettesheim*, JZ 2016, 425 (427); speziell mit Blick auf strafprozessuale Garantien *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106 (114); *Kühne*, StV 2016, 299 (302).

⁸⁰ BVerfGE 133, 168.

⁸¹ *Brodowski*, JZ 2016, 415 (432); *Meyer*, HRRS 2016, 332 (337).

⁸² Allgemein *Hwang*, Der Staat 56 (2017), 107 (131, „Verabsolutierung der eigenen nationalen Verfassungsidentität“). Die Entscheidung des BVerfG hingegen grundsätzlich begründend u.a. *Gärditz*, JZ 2016, 1116; *Nettesheim*, JZ 2016, 424.

V. Lösungsalternativen

1. Restriktive Auslegung der Menschenwürdegarantie

Will man auch für den Rechtshilfeverkehr innerhalb der Union an der Handreichungsdoktrin festhalten, so erscheint dies nur dann akzeptabel, wenn man die Menschenwürdegarantie restriktiv auslegt und auf ihren wahrhaft unantastbaren Kern zurückführt.⁸³ In diese Richtung zielt eine Entscheidung des BVerfG vom September 2016.⁸⁴ Das Gericht hatte über die Verfassungsbeschwerde eines kroatischen und irischen Staatsangehörigen zu befinden, der in Berlin festgenommen worden war und auf Grund eines Europäischen Haftbefehls nach England überstellt werden sollte. Der Beschuldigte rügte, dass im englischen Verfahren seine Entscheidung, zu den Tatvorwürfen zu schweigen, zu seinen Lasten verwertet werden könne⁸⁵ und daher eine Verletzung seiner Menschenwürde drohe. Diese Argumentation ist im Lichte der Abwesenheitsentscheidung durchaus naheliegend: Das BVerfG verankert die Selbstbelastungsfreiheit in Art. 1 GG. Verbieten ist dabei nicht nur, den Beschuldigten dazu zu zwingen, sich selbst einer Straftat zu bezichtigen, oder aktiv an seiner Überführung mitzuwirken.⁸⁶ Vielmehr darf sein (vollständiges)⁸⁷ Schweigen auch nicht im Rahmen der Beweiswürdigung gegen ihn verwendet werden, da anderenfalls der aus der Menschenwürde fließende nemo-tenetur-Grundsatz entwertet würde.⁸⁸ Hieraus ergibt sich nach Ansicht des BVerfG aber kein Auslieferungshindernis. Auch wenn der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit in der Menschenwürde wurzle, unterfalle nicht jede verfassungsrechtlich gewährleistete Ausprägung dieses Grundsatzes zwingend dem Schutz des Art. 1 GG. Nur wenn der unmittelbar zur Menschenwürde gehörende Kerngehalt der Selbstbelastungsfreiheit berührt sei, liege eine Verletzung von Art. 1 GG vor. Dies sei im vorliegenden Fall zu verneinen, da der Beschuldigte nicht zu einer Aussage gezwungen werden könne und zudem sein Schweigen nur bei der Gesamtwürdigung der

⁸³ In diese Richtung *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106 (123); auch *Gärditz*, JZ 2016, 1116 (1117); *Nettesheim*, JZ 2016, 425 (428); sowie *Meyer*, HRRS 2016, 332 (340).

⁸⁴ BVerfG JZ 2016, 1113 m. zust. Anm. *Gärditz*, JZ 2016, 1116.

⁸⁵ Section 35 (3) Criminal Justice and Public Order Act: „Where this subsection applies, the court or jury, in determining whether the accused is guilty of the offence charged, may draw such inferences as appear proper from the failure of the accused to give evidence or his refusal, without good cause, to answer any question.“

⁸⁶ BVerfGE 56, 37 (42); BVerfG NStZ 1995, 555; siehe auch die Nachweise in BVerfG JZ 2016, 1113 (1115).

⁸⁷ Zur umstrittenen Behandlung des Teilschweigens, das nach Rechtsprechung des BGH – siehe z.B. BGHSt 20, 298 (300); BGH NStZ-RR 2013, 118; BGH NStZ 2015, 601 – als belastendes Indiz verwertet werden darf, siehe *Schneider*, NStZ 2017, 73 (75 ff.).

⁸⁸ BVerfG NStZ 1995, 555; bestätigt in BVerfG NJW 2009, 1061 (1062); siehe auch die Nachweise in BVerfG JZ 2016, 1113 (1115).

dem Gericht vorliegenden Beweise berücksichtigt werden dürfe, die Verurteilung also nicht allein auf sein Schweigen gestützt werden könne.⁸⁹

Diese Entscheidung ist insoweit zu begrüßen, als sie die in der Abwesenheitsentscheidung angelegte Überbetonung deutscher Rechtsvorstellungen im europäischen Rechtshilfeverkehr relativiert⁹⁰ und Offenheit für fremde Wertvorstellungen signalisiert.⁹¹ Für die Auslieferungsgerichte dürfte sie die Arbeit allerdings nicht leichter machen, da sie nun entscheiden müssen, ob die in Frage stehende (aus Art. 1 GG hergeleitete) Verfahrensgarantie durch das ausländische Recht lediglich in einem Randbereich oder in ihrem unmittelbar zur Menschenwürde gehörenden Kernbereich berührt wird.⁹² Zudem birgt sie die Gefahr der Relativierung innerstaatlicher Rechtsgrundsätze. Wenn der *nemo-tenetur*-Grundsatz nur noch in seiner Essenz von Art. 1 GG, im Übrigen aber durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht⁹³ gewährleistet wird, steht er dann in Teilen zur Disposition des Gesetzgebers? Wäre eine Vorschrift, die es den Gerichten zumindest bei besonders schwerwiegenden Taten gestattet, das Schweigen des Beschuldigten gegen ihn zu verwerten, verfassungsrechtlich⁹⁴ zulässig? Bislang hat das BVerfG diese Möglichkeit ausgeschlossen.⁹⁵

2. Ein europäischer *ordre public*

Solche Verwerfungen lassen sich durch eine Differenzierung zwischen vertikalem Anweisungsverhältnis und horizontalem Rechtshilfeverhältnis vermeiden. Soweit die Union unmittelbar auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten einwirkt, ist es legitim und europarechtlich zulässig,⁹⁶ eine weitgehende

Achtung rechtskultureller bzw. verfassungsrechtlicher Kernidentitäten zu verlangen. Art. 1 GG begrenzt in diesem Sinne die Kompetenzen der Union zur Rechtsangleichung. Um im Beispiel zu bleiben: Die Union kann von Deutschland nicht verlangen, eine mit dem hiesigen Menschenwürdeverständnis absolut unvereinbare objektive Erfolgshaftung einzuführen.⁹⁷

Spannungen ergeben sich erst dann, wenn man diesen Gedanken pauschal auf die horizontale Ebene, d.h. auf die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten untereinander, überträgt. Die Rechtshilfe ist für die nationalen Rechtsordnungen weniger eingriffsintensiv als die Rechtsangleichung. Sie zielt nicht darauf ab, einem Staat fremde Wertvorstellungen aufzudrängen und ihn zu zwingen, sein Recht an diese anzupassen. Vielmehr geht es allein darum, inwieweit man akzeptieren kann, dass das Recht des um Unterstützung bittenden Staates anderen Regeln folgt. Die Handreichungsdoktrin hat dabei insoweit ihre Berechtigung, als sie einer Mitwirkung an international geächteten Menschenrechtsverletzungen entgegensteht. Deutschland darf einen Beschuldigten nicht an einen Staat ausliefern, in dem ihm Folter droht. Dieser im Grundsatz zutreffende Gedanke läuft aber Gefahr auszufern, wenn man ihn nutzt, die Rechtsordnungen anderer EU-Mitgliedstaaten in Gänze am deutschen Würdeverständnis zu messen.

Für den Rechtshilfeverkehr innerhalb der EU lässt sich der Konflikt zwischen Effektivität der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit und Gewährleistung prozessualer Mindeststandards über einen europäischen *ordre public* lösen, wie er mittlerweile auch vom EuGH⁹⁸ anerkannt wird. Rechtshilfeersuchen können hiernach nur, aber auch stets dann ver-

⁸⁹ BVerfG JZ 2016, 1113 (1115); kritisch hierzu *Esser*, StV 2017, 241 (242).

⁹⁰ Siehe auch *Satzger* (Fn. 4), § 10 Rn. 26d.

⁹¹ Siehe insbesondere BVerfG JZ 2016, 1113 (1115): „Eine Auslieferung auf Grundlage eines Europäischen Haftbefehls ist somit nicht schon dann unzulässig, wenn die Selbstbelastungsfreiheit im Prozessrecht des ersuchenden Staates nicht in demselben Umfang gewährleistet ist, wie dies von Verfassungen wegen im deutschen Strafverfahren der Fall ist.“ Vgl. auch die Würdigung bei *Gärditz*, JZ 2016, 1116 (1117); sowie *Esser*, StV 2017, 241 (243).

⁹² Auch *Esser*, StV 2017, 241 (243).

⁹³ Siehe BVerfG JZ 2016, 1113 (1115).

⁹⁴ Mittlerweile würde eine entsprechende Vorschrift allerdings gegen das Unionsrecht verstoßen, siehe Art. 7 Abs. 5 Richtlinie 2016/343/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafsachen, ABl. EU 2016 Nr. L 65/1.

⁹⁵ Siehe BVerfG NStZ 1995, 555.

⁹⁶ Zunächst werden die Kompetenzen der Union zur Rechtsangleichung durch das Notbremseverfahren begrenzt. Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen auszusetzen und ggf. scheitern zu lassen, wenn die vorgeschlagene Richtlinie grundlegende Aspekte ihrer Strafrechtsordnung berührt. Zudem lässt sich aus der Pflicht der Union, die nati-

onalen Identitäten der Mitgliedstaaten zu wahren (Art. 4 Abs. 2 EUV) i.V.m. mit dem Verhältnis- und Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 EUV) ein strafrechtsspezifisches Schonungsgebot ableiten, dass die Union verpflichtet, bei der Wahrnehmung ihrer Angleichungskompetenzen den – auf einem regionalen Wertekonsens beruhenden – nationalen Eigenheiten der mitgliedstaatlichen Strafrechtssysteme Rechnung zu tragen und sie nach Möglichkeit intakt zu lassen, grundlegend *Satzger* (Fn. 5), S. 166 ff.

⁹⁷ Siehe auch *Heger*, ZIS 2009, 406 (414); *Hecker* (Fn. 6), § 8 Rn. 57; *Ambos* (Fn. 7), § 11 Rn. 11.

⁹⁸ Grundlegend EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – Rs. C-404/15, C-595/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru, Aufschiebung der Auslieferung, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass der Beschuldigte im ersuchenden Staat menschenrechtswidrigen Haftbedingungen ausgesetzt sein wird). Ansätze in diese Richtung finden sich auch in der Entscheidung des BVerfG zum Schweigerecht, in der das Gericht ergänzend darauf verweist, dass die englische Regelung nicht gegen die EMRK verstößt, BVerfG JZ 2016, 1113 (1116); anders noch EuGH, Urt. v. 29.1.2013 – Rs. C-396/11 (Radu); EuGH, Urt. 26.2.2013 – Rs. C-399/11 (Melloni). Zugestanden sei, dass die uneingeschränkt zu begrüßende Kursänderung des EuGH eine Reaktion auf die – aus Luxemburger Sicht möglicherweise provozierend wirkende – Abwesenheitsentscheidung des BVerfG war, *Gärditz*, JZ 2016, 1116 (1118); *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106 (122).

weigert werden, wenn das Recht des ersuchenden Mitgliedstaates nicht mit den Vorgaben der EMRK oder der Grundrechtecharta der EU übereinstimmt. Auf nationale Wertungen käme es hingegen nicht an. Für Deutschland würde dies bedeuten, dass es – soweit die einschlägigen europäischen Vorgaben dies verlangen – an der Durchsetzung einer objektiven Erfolgshaftung mitwirken müsste, sofern das jeweilige ausländische Recht menschenrechtlichen Standards genügt.⁹⁹ Auch die Berücksichtigung des Schweigens zulasten des Beschuldigten in England stand hiernach zumindest 2016¹⁰⁰ einer Auslieferung nicht entgegen, weil dies mit der EMRK grundsätzlich vereinbar ist.¹⁰¹ Da es in diesen und ähnlichen Konstellationen materiell allein um die – nochmals: menschenrechtskonform ausgeübte – Unterstützung fremder Hoheitsgewalt geht, scheint mir mit der Ersetzung der Handreichungsdoktrin durch einen europäischen *ordre public* keine inakzeptable Preisgabe der deutschen Verfassungsidentität verbunden zu sein.¹⁰²

VI. Fazit

Die staatlichen Strafrechtsordnungen sind in hohem Maße in den jeweiligen nationalen Kulturtraditionen verwurzelt und reagieren besonders sensibel auf externe Einflüsse. Dies gilt auch für den Bereich der Rechtshilfe, sofern – wie es innerhalb der Union der Fall ist – verlangt wird, ausländische Verfahren auch dann zu unterstützen, wenn sie mit den eigenen nationalen Rechtstraditionen nicht kompatibel sind. Eine solch weitreichende Anerkennungspflicht kann nicht bedingungslos gelten. Die europäische Idee ist aber gefährdet, wenn die Mitgliedstaaten in einer Schutzreaktion gegen eine europäische Übervereinnahmung spezifisch nationale Wertekonzepte wie die Menschenwürdegarantie zu universalisieren suchen.¹⁰³ Dass rechtskulturelle Unterschiede zu unüberwindbaren Divergenzen werden, kann in bestimmten Konstellationen vielmehr dadurch verhindert werden, dass man sich auf gemeinsame Grundstandards besinnt und abweichende Detailausprägungen akzeptiert. Für die internationale Rechtshilfe in Strafsachen kann über die Anerkennung, Stärkung¹⁰⁴ und – sofern notwendig – gerichtliche Durchsetzung eines europäischen *ordre public* das hierfür notwendige Vertrauen in die Systeme der anderen Mitgliedstaaten gestärkt werden.

⁹⁹ Im Lichte der einschlägigen EGMR-Rechtsprechung äußerst bedenklich erscheint beispielsweise die Kombination von objektiver Erfolgshaftung und lebenslanger Freiheitsstrafe, wie sie in Section 5 des Sexual Offences Act 2003 („Rape of Child under 13“ – siehe hierzu Fn. 59) erfolgt.

¹⁰⁰ Etwas anderes könnte für Fälle gelten, die nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2016/343/EU (siehe Fn. 94) entschieden werden; vgl. auch *Esser*, StV 2017, 241 (243).

¹⁰¹ Siehe bspw. EGMR, Urt. v. 8.2.1996 – App. No. 18731/91 (Murray), Rn. 47 ff.; sowie *Esser*, StV 2017, 241 (242 f. m.w.N.).

¹⁰² Tendenziell ebenso *Meyer*, HRRS 2016, 332 (340).

¹⁰³ Ähnlich *Hwang*, Der Staat 56 (2017), 107 (131).

¹⁰⁴ Siehe hierzu auch *Meyer*, HRRS 2016, 332 (339).

Die Vorratsdatenspeicherung als Spielball höchstgerichtlicher Rechtsprechung

Von Prof. Dr. Jens Puschke, LL.M. (King's College), Marburg*

Die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten ist eines der besonders intensiv diskutierten Sicherheitsprojekte der vergangenen zwei Jahrzehnte. Die hierzu ergangenen Urteile des BVerfG und des EuGH weisen in den Auswirkungen auf die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme erhebliche Differenzen auf, basieren aber auf vergleichbaren rechtlichen Prämissen. Rechtskulturelle Differenzen können insofern weniger in den materiellen Grundlagen der Entscheidungen als in kompetenziellen Fragen erblickt werden.

I. Einleitung

Das Verhältnis von Sicherheit und Freiheit ist Inhalt grundlegender gesellschaftlicher Debatten. Die vertretenen Einstellungen divergieren nach politischen Anschauungen und aufgrund kultureller Prägungen. Nicht umsonst wird übergreifend von einer „Sicherheitskultur“ gesprochen. Wo die Grenzen von in Grundrechte eingreifenden Sicherheitsmaßnahmen liegen, wird gerade für den Umgang mit Kriminalität kontrovers diskutiert. Die Diskussion erfolgt regional, innerhalb der Nationalstaaten und auf der Ebene der Europäischen Union mit unterschiedlicher Intensität und Schwerpunktsetzung. Im rechtlichen Diskurs spielen dabei Sicherheitsgesetze und ihre Ausgestaltung eine bedeutsame Rolle. Dies ruft die nationale und europäische höchstgerichtliche Rechtsprechung auf den Plan, die angehalten ist, absolute Grenzen für staatliche Eingriffsbefugnisse mit Blick auf die Grundrechte zu definieren. Bei der Beurteilung einer der beachtenswertesten sicherheitsrechtlichen Regelungen der vergangenen Jahre, der Vorratsdatenspeicherung, traten inmitten eines langen politischen Tauziehens inhaltliche Differenzen in Entscheidungen des BVerfG und des EuGH zu Tage. Der Beitrag beschäftigt sich mit den Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung und den hierzu ergangenen Entscheidungen. Dabei wird auch der Frage nachgegangen, ob sich die inhaltlichen Abweichungen in den Urteilen des BVerfG und des EuGH als rechtskulturelle Differenzen auf einer vertikalen Ebene zwischen europäischer und deutscher Rechtsprechung deuten lassen.¹

* Prof. Dr. Jens Puschke ist seit dem 17.10.2016 Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Medizinstrafrecht an der Philipps-Universität Marburg. Der Beitrag stellt eine angepasste Fassung seiner öffentlichen Antrittsvorlesung dar, die er am 22.6.2018 in der Aula der Alten Universität gemeinsam mit Stefanie Bock, Sven Simon und Constantin Willems unter dem Oberthema „Rechtskulturelle Differenzen in Europa“ gehalten hat.

¹ Siehe zum vagen und vielschichtigen Begriff der Rechtskultur Mankowski, Rechtskultur, 2016, S. 1 ff.

II. Hintergründe der Diskussion um die Vorratsdatenspeicherung

1. Ausweitung des nationalen und europäischen Sicherheitsrechts

Die Verfolgung und Verhütung von Straftaten ist ein zentraler Gegenstand nationaler und europäischer Politik und Gesetzgebung. Entsprechend hat das Sicherheitsrecht in den vergangenen Jahrzehnten eine beträchtliche Ausdehnung erfahren. Dies gilt in Deutschland für die Erweiterung des Strafrechts und der Eingriffsbefugnisse in der Strafprozessordnung in gleicher Weise wie für Maßnahmen im Polizeirecht und im Recht der Nachrichtendienste.² Ausgeweitet wird auch die allgemeine Strafverfolgungsvorsorge, insbesondere durch die Ansammlung und Verknüpfung großer Datenbestände, wozu neben dem Aufbau einer Antiterrordatei³ und der Speicherungspflicht für Fluggastdaten⁴ auch die im Zentrum dieses Beitrages stehende Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten der Telekommunikation zählt. Diese Entwicklung betrifft nicht nur Deutschland: Sie lässt sich in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in ähnlicher Weise aufzeigen und steht im Zusammenhang mit dem Fortschreiten einer Sicherheitsgesellschaft.⁵ Sie ist zudem nicht allein durch die nationalen Rechtsordnungen bestimmt, sondern geht häufig auf europäische Initiativen und Vorgaben zurück.⁶

2. Parallele Entwicklung datenschutzrechtlicher Vorgaben

Parallel hierzu werden grundrechtliche Schutzstandards intensiv diskutiert und sind Grundlage und Gegenstand vielzähliger nationaler und europäischer Gerichtsentscheidungen. Gerade in einem sich ausdehnenden Sicherheitsrecht müssen rechtsstaatliche Begrenzungen ausreichende Beachtung finden und gegen die Überbetonung von Sicherheitsbelangen gesetzt werden. Dies gilt in besonderer Weise für das Strafrecht als „schärfstes Schwert“ des Staates und konkret für das Strafverfahrensrecht als geronnenes Verfassungsrecht⁷ und als Seismograph der Staatsverfassung⁸. Für Letzteres gewan-

² Vgl. nur Puschke, in: Goeckenjan/Puschke/Singelstein (Hrsg.), Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive, Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag, 2019, S. 695 (698 ff.).

³ BGBl. I 2006, S. 3409.

⁴ BGBl. I 2017, S. 1484; hierzu die eingehende Kritik von Arzt, DÖV 2017, 1023.

⁵ Vgl. nur Singelstein/Stolle, Die Sicherheitsgesellschaft, 3. Aufl. 2012, S. 17 ff.; zur Rechtskultur in der Risikogesellschaft Mankowski (Fn. 1), S. 142 ff.

⁶ Zu den Einflüssen auf das materielle Strafrecht s. bei Bock, ZIS 2019, 298 m.w.N.; hinsichtlich einer Vorfeldkriminalisierung vgl. Puschke, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, S. 32 ff.

⁷ Siehe hierzu Jahn, JuS 2005, 1057.

⁸ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 2 Rn. 1.

nen in den vergangenen Jahrzehnten das Recht auf Privatheit, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Grundrecht des Art. 10 GG als datenschutzrechtliche Grundprämissen zunehmend an Bedeutung. Dies ist Folge der beträchtlichen Steigerung der Relevanz von Informationen und Daten für die Strafverfolgung, was zur Einführung einer Vielzahl eingriffsintensiver verdeckter Eingriffsbefugnisse zur Informationsbeschaffung in die StPO geführt hat. Gleiches gilt für informatorische Maßnahmen im Vorfeld der Strafverfolgung, wie die Vorratsdatenspeicherung. Auch diese werden für eine umfassende Bewertung eines strafrechtsbezogenen Grundrechtsschutzes immer bedeutsamer, da sie auch mit dem Ziel eingeführt werden, Erkenntnisse für spätere Strafverfahren zu erbringen.

Die Relevanz eines Datenschutzrechts, das staatliche Informationseingriffe zu begrenzen versucht, wurde in Deutschland zunächst national vor allem durch das Volkszählungsurteil⁹ geprägt.¹⁰ Daneben und im Zusammenhang hiermit wurden die Datenschutzgesetze von Bund und Ländern etabliert und erweitert. Es erging zudem eine Vielzahl von Entscheidungen des BVerfG im Bereich des Sicherheitsrechts, die neu geschaffenen Eingriffsbefugnissen zur Strafverfolgung, Straftatenverhütung oder Strafverfolgungsvorsorge aus dem Grundgesetz abgeleitete Grenzen setzten.¹¹ Auch auf europäischer Ebene hat der Datenschutz einen hohen Stellenwert,¹² wobei die in Art. 7 GRCh gewährleistete Achtung des Privat- und Familienlebens und der in Art. 8 GRCh festgeschriebene Schutz personenbezogener Daten zusammen mit weiteren europäischen datenschutzrechtlichen Vorgaben und Grundrechtsinterpretationen an Einfluss gewinnen.¹³ Als Folge hiervon und in Verbindung mit den sicherheitsrechtlichen Bestrebungen auf europäischer Ebene beschäftigt sich auch der EuGH immer häufiger mit Fragen des Datenschutzes in Bezug auf sicherheitsrechtliche Belange.¹⁴

⁹ BVerfGE 65, 1.

¹⁰ Siehe zur Beschreibung von Entwicklungsphasen des Datenschutzes *Bodenschatz*, *Der europäische Datenschutz*, 2010, S. 31 ff.

¹¹ Siehe etwa BVerfGE 93, 181; BVerfGE 100, 313; BVerfGE 103, 21; BVerfGE 109, 279; BVerfGE 112, 304; BVerfGE 120, 274; BVerfGE 133, 277; BVerfGE 141, 220.

¹² *Classen*, EuR 2014, 441 (442); *Rusteberg*, VBIBW 2007, 171 (171 f.); zur Notwendigkeit einer nationalen datenschutzrechtlichen Vielfalt *Masing*, NJW 2012, 2305 (2310 f.).

¹³ Siehe etwa Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.10.1995; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.7.2002; Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates v. 27.11.2008 sowie aktuelle Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 und Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016; zu Entwicklung und Inhalten siehe *Bodenschatz* (Fn. 10), S. 181 ff.

¹⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 30.5.2006 – C-317, 318/04 (Parlament u.a. v. Rat und Kommission u.a.) = EuZW 2006, 403 (mit Anm. *Westphal*); EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/

3. Nationale und europäische Schutzstandards

In der deutschen Diskussion um rechtsstaatliche Grenzen bei der Verfolgung und Verhütung von Straftaten wird mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze häufig der besonders hohe Schutzstandard, wie er sich aus dem Grundgesetz ergebe, hervorgehoben. Damit wird zumeist die Skepsis verbunden, dass der europäische Grundrechtsschutz dem deutschen nachstehe.¹⁵ Insofern gilt insbesondere das materielle Strafrecht als eine der letzten Bastionen nationaler Gesetzgebung, das europäischen Einflüssen in seinem Kern entzogen und durch die strikten Vorgaben des Grundgesetzes eingeeignet bleiben soll.¹⁶ Gerade für das eingriffsintensive Strafrecht müssten die hohen Standards gewahrt bleiben, die das Grundgesetz vorsehe. Diese grundlegende Skepsis gegenüber geringeren europäischen Schutzstandards läuft im Hintergrund bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen, strafrechtsbezogen vor allem im Lissabon-Urteil¹⁷ und in dem Beschluss zur Auslieferung bei Abwesenheitsentscheidungen,¹⁸ mit.

Für das materielle Strafrecht dient vor allem das verfassungsrechtlich verankerte und in Art. 1 GG verortete Schuldprinzip als unüberwindbare Identitäts- und Schutzstandard-schranke gegenüber europäischen Vereinnahmungsversuchen, weshalb bei einem entsprechenden Verstoß hiergegen der Anwendungsvorrang von Europarecht vor dem Grundgesetz ausgeschlossen sei. Angesprochen sind damit insbesondere strafrechtsbezogene rechtskulturelle Differenzen auf einer horizontalen Ebene zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, deren strafrechtstheoretischer Unterbau sich zum Teil fundamental unterscheidet.¹⁹ In den bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen wird deutlich, dass der Schuldgrundsatz als Ausfluss der Menschenwürdegarantie zur Verfassungsidentität gehöre und bei Akten deutscher Hoheitsgewalt auch mit Blick auf Handlungen anderer Staaten stets gewahrt bleiben müsse.²⁰

Die Vehemenz, mit der das BVerfG auf die Einhaltung verfassungsrechtlicher Vorgaben im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten und der Europäischen Union pocht, steht materiell in einem gewissen Widerspruch zur Zurückhaltung, die es bei der Etablierung verfassungsrechtlicher Grenzen gegenüber deutschen Strafnormen in der Vergangenheit üb-

12 (*Digital Rights Ireland Ltd u.a.*) = NJW 2014, 2169; EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15 (*Tele2 Sverige*) = NVwZ 2017, 1025.

¹⁵ Vgl. etwa *Dannecker*, in: *Ambos/Bock* (Hrsg.), *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts – 6. Deutsch-Französische Strafrechtstagung*, S. 115; *Landau/Trésoret*, DVBl 2012, 1329 (1330, 1336 f.); siehe hierzu auch *Kühling*, NVwZ 2014, 681 (684); *Westphal*, K&R 2014, 410 (411); *Wolff*, DöV 2014, 608 (609).

¹⁶ Siehe allerdings zu den umfassenden europarechtlichen Einflüssen auf das Strafrecht *Dannecker* (Fn. 15).

¹⁷ BVerfGE 123, 267 (413).

¹⁸ BVerfGE 140, 317.

¹⁹ *Bock*, ZIS 2019, 298 (303 ff.).

²⁰ Siehe insbesondere BVerfGE 140, 317.

te.²¹ Zu konstatieren ist zudem, dass sich zwar der theoretisch-dogmatische Unterbau des Strafrechts vor allem mit Blick auf das Schuldprinzip in Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union unterscheidet. Jedoch haben auch europäisch initiierte und geprägte strafrechtliche Neuregelungen in den letzten Jahren, insbesondere im Bereich des Terrorismus-, Computer- und Wirtschaftsstrafrechts, Veränderungen deutscher Strafnormen mit sich gebracht, die diese Unterschiede zum Teil nivellieren, aber dennoch – jedenfalls bisher – von Verfassung wegen in der Sache nicht beanstandet wurden. Hinzuweisen ist etwa auf die Vorverlagerung, z.B. durch Vorbereitungsstraftatbestände im Terrorismusstrafrecht, die einen eigenständigen Schuldgehalt kaum noch erkennen lassen,²² und auf die Frage, wie sich das „Law in Books“ rechtstatsächlich als „Law in Action“ darstellt.²³ Die Überzeugung vom (stets) höheren Schutzniveau des Grundgesetzes gerät weiter ins Wanken, wenn der Blick über die reinen Grundsätze des Strafrechts hinaus erweitert wird. Werden etwa die gerichtlichen Vorgaben zur Sicherungsverwahrung,²⁴ zum Brechmitteleinsatz,²⁵ zur überlangen Verfahrensdauer eines Strafverfahrens²⁶ oder zum rechtsstaatswidrigen Einsatz eines agent provocateurs²⁷ betrachtet, so zeigt sich, dass insbesondere der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Schutzmaßstäbe setzt, die auf nationaler Ebene nur zögerlich anerkannt und umgesetzt werden.

Mit dem Bedeutungsgewinn von staatlichen Eingriffen zur Informationsbeschaffung gewinnt die Frage an Relevanz, wie es um die nationalen und europäischen datenschutzrechtlichen Schutzstandards und ihr Verständnis als Begrenzung sicherheitsrechtlicher Eingriffe bestellt ist. Mit Blick auf grundlegende Wertungen des Verhältnisses von Freiheit, Datenschutz und Sicherheit, deren jeweilige Bedeutung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und im Unionsrecht selbst unterschiedlich gewichtet werden, können rechtskulturelle Prägungen Bedeutung erlangen. Diese können sich nicht nur auf einer horizontalen Ebene im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander zeigen. Auch die Europäische Union und ihre Institutionen können

bereichsbezogen eine rechtskulturelle Prägung erfahren und entwickeln, die von derjenigen in einzelnen Mitgliedstaaten abweicht. Mit dem unterschiedlichen Umgang des BVerfG und des EuGH mit den Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung tut sich nunmehr ein weiteres strafrechtlich und übergreifend sicherheitsrechtlich relevantes Feld auf, in dem europäische Schutzstandards die deutschen zu übersteigen scheinen. Zu fragen ist, ob dies Ausdruck einer europäischen Sicherheits- und Datenschutzkultur ist, die sich grundlegend von dem deutschen Zugang unterscheidet und somit rechtskulturelle Differenzen auf einer vertikalen Ebene zwischen einem deutschen und europäischen Rechtsverständnis in den Entscheidungen der obersten Rechtsprechungsorgane offenbart.

III. Historie und Inhalt der Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung

Die Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH ist vor dem Hintergrund der Historie der Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung zu bewerten, die alles andere als kontinuierlich und ohne Brüche verlief.

1. Entwicklung bis zur aktuellen deutschen Gesetzeslage

Wie viele Debatten um gesetzliche Sicherheitsregelungen bekam auch die Diskussion um die Vorratsdatenspeicherung, jedenfalls auf europäischer Ebene, Aufwind nach den terroristischen Anschlägen auf das World Trade Center im Jahr 2001 sowie weiteren Anschlägen in Madrid und London. Nachdem die Umsetzung eines Rahmenbeschlusses der Ministerrates zur Einführung der Vorratsdatenspeicherung in den Mitgliedstaaten der EG auf Grundlage der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit²⁸ in Strafsachen aus dem Jahr 2004 scheiterte, wurde im Jahr 2006 die Richtlinie 2006/24/EG²⁹ erlassen.³⁰ Sie sah die Pflicht der Telekommunikationsdienstleister zur Vorratsdatenspeicherung von sechs bis zu 24 Monaten mit einer entsprechenden Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Speicherung der Daten sicherzustellen, vor.³¹ Die deutsche Umsetzung erfolgte mit dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21. Dezember 2007 mit der Einführung der beschriebenen Speicherpflichten im Telekommunikationsge-

²¹ Vgl. etwa *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 51 ff.; *Roxin*, StV 2009, 544 (545); *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (25); *Sieber/Vogel*, Terrorismusfinanzierung, 2015, S. 134.

²² Siehe nur *Puschke*, KriPoZ 2018, 101 ff.

²³ Beispielhaft hierzu die Ausführungen des BVerfG zum Vollzugsdefizit bzgl. der gesetzlichen Regelungen zur Verständigung im Strafprozess, BVerfGE 133, 168 (233 ff.); siehe auch *Mankowski* (Fn. 1), S. 373 ff.

²⁴ EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Deutschland) = NJW 2010, 2495.

²⁵ EGMR, Urt. v. 11.7.2006 – 54810/00 (Jalloh v. Deutschland) = JuS 2007, 264 (mit Anm. *Dörr*).

²⁶ EGMR, Urt. v. 22.1.2009 – 45749, 51115/06 (Kaemena und Thöneböhn v. Deutschland) = StV 2009, 561 (mit Anm. *Krehl*).

²⁷ EGMR, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Deutschland) = NJW 2015, 3631.

²⁸ Rat der Europäischen Union DOK. 8958/04.

²⁹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG.

³⁰ Siehe zur Historie auch *Gundel*, EuR 2009, 536; *Oehmichen/Mickler*, NZWiSt 2017, 298 f.; *Sandhu*, EuR 2017, 453 (454 f.); *Ziebarth*, ZUM 2017, 398; zur Entstehungsgeschichte der europäischen Richtlinie *Rusteberg*, VBIBW 2007, 171 (173 f.); zu ersten Bestrebungen im Deutschen Bundestag vgl. BT-Drs. 13/4438.

³¹ Überblicksartig zum Inhalt der Richtlinie nur *Westphal*, EuZW 2006, 555.

setz, deren Dauer mit sechs Monaten am untersten Rand der Richtlinienvorgaben angesiedelt war, sowie den Regelungen zum Datenabruf zur Strafverfolgung in der StPO.³² Dieses Umsetzungsgesetz wurde vom BVerfG im Jahr 2010 aufgrund einer von über 34.000 Personen unterstützten Klage für nichtig erklärt.³³ Im Jahr 2014 hatte sodann der EuGH die europäische Richtlinie für nicht mit der Grundrechtecharta vereinbar und ungültig erklärt.³⁴

2. Aktuelle Gesetzeslage in Deutschland

Trotz dieser unübersichtlichen Rechtslage und dem Wegfall einer europäischen Verpflichtung für eine nationale Regelung der Vorratsdatenspeicherung aufgrund der Rechtsprechung des EuGH wurde in Deutschland ein neues Gesetz eingeführt, das den Vorgaben des BVerfG entsprechen sollte und im Jahr 2015 in Kraft trat.³⁵ Es verpflichtete die Telekommunikationsunternehmen erneut zur Speicherung bestimmter Verkehrsdaten ab dem 1. Juli 2017. Diese Pflicht gilt unabhängig davon, ob die Speicherung der Daten für eigene Zwecke der Dienstleister erforderlich ist. Zudem gilt die Pflicht anlasslos, d.h. die Daten müssen unabhängig von einer bestimmten Gefährdungslage oder begangenen Straftaten gespeichert werden und betreffen nahezu alle Personen, die sich öffentlicher Telekommunikation bedienen. Ziel der Regelung ist es, die Verkehrsdaten zu sichern, um bei einem späteren Anlass, etwa zur Aufklärung einer Straftat, rückwirkend hierauf zurückgreifen zu können.

Dementsprechend verlangt § 113b TKG, dass die Kennungen, also vornehmlich die Rufnummern, von Anrufer und Angerufenem bei Telefonaten ebenso wie der Zeitpunkt und die Dauer des Telefonates erfasst werden. Gleichermaßen sind bei SMS- und MMS-Nachrichten Send- und Empfangsdaten zu speichern. Bei der Internetnutzung sind die jeweils zugewiesenen IP-Adressen ebenso wie Dauer und Zeitpunkt der Internetnutzung zu erfassen. Diese Daten sind für zehn Wochen zu speichern. Jeweils zu Beginn der Nutzung mobiler Telefon- und Internetdienste werden darüber hinaus auch die Funkzellenangaben und damit Standortdaten des Mobiltelefons für vier Wochen gespeichert. Explizit ausgenommen sind nach § 113b Abs. 5 TKG Inhalte der Kommunikation, also was gesprochen oder geschrieben wurde. Im Kern handelt es sich bei den relevanten Daten folglich um solche, die einen Einblick dahingehend ermöglichen, wann wer mit wem von wo aus und wie lange in welcher Form via Telekommunikation in Kontakt getreten ist.

Die Speicherungspflichten werden ergänzt durch gesetzliche Regelungen zum Zugriff auf die gespeicherten Daten. So regelt § 100g Abs. 2 und 3 StPO, dass bei einem Tatverdacht hinsichtlich einer besonders schweren Straftat die gem. § 113b TKG gespeicherten Daten erhoben werden dürfen, wenn dies für die Strafverfolgung erforderlich ist. § 100j Abs. 2 StPO ermöglicht einen Rückgriff auf die Verkehrsda-

ten zur Bestandsdatenauskunft. Weitere Zugriffsregelungen befinden sich in Gesetzen zur Gefahrenabwehr sowie im bayerischen Verfassungsschutzgesetz (Art. 15 Abs. 3).

3. Nachfolgende rechtliche Entwicklungen

Im Jahr 2016 entschied der EuGH, dass die nationalen Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung in Großbritannien und Schweden nicht mit Unionsrecht vereinbar seien.³⁶ Für das nunmehr neue deutsche Recht schloss sich das OVG Münster dieser Betrachtung in der Sache an, woraufhin die verantwortliche Bundesnetzagentur die Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung aussetzte.³⁷ Das Ergebnis dieser Odyssee für Deutschland ist nun, dass die beschriebenen gesetzlichen Regeln zwar bestehen, sich hieraus aber keine Rechtspflichten für die Telekommunikationsdienstleister ergeben.

Zurzeit sind mehrere Verfassungsbeschwerden gegen die bestehende gesetzliche Regelung in Deutschland beim BVerfG anhängig.³⁸ Eine Entscheidung in der Hauptsache steht noch aus. Allerdings hob das BVerfG in einer ablehnenden Entscheidung bzgl. einer einstweiligen Anordnung nach dem Urteil des EuGH aus dem Jahr 2016 bereits die Bedeutung der europäischen Rechtsprechung hervor.³⁹

IV. Die Urteile des BVerfG und des EuGH

1. Inhaltliche Kernkriterien der Entscheidungen

Die aktuelle Rechtslage in Deutschland ist geprägt durch die Entscheidungen des BVerfG und des EuGH sowie durch das Bestreben des deutschen Gesetzgebers, die Vorratsdatenspeicherung national zu regeln.

a) BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08 u.a.

Die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2010, in der es das damalige deutsche Umsetzungsgesetz zur Vorratsdatenspeicherung aufgrund eines Verstoßes gegen das Grundgesetz

³⁶ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15 (Tele2 Sverige) = NVwZ 2017, 1025.

³⁷ Vgl. Bundesnetzagentur, Verkehrsdatenspeicherung, Mitteilung zur Speicherverpflichtung nach § 113b TKG; siehe auch Graf, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2019, § 100a Rn. 220; vgl. auch VG Köln, Urt. v. 20.4.2018 – 9 K 7417/17.

³⁸ Siehe zu den Eilanträgen BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvQ 42/15 = NVwZ 2016, 1240; BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvR 229/16 = ZD 2016, 433; BVerfG, Beschl. v. 26.3.2017 – 1 BvR 141/16 = BeckRS 2017, 106846.

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 26.3.2017 – 1 BvR 141/16 = BeckRS 2017, 106846 Rn. 1; siehe auch Gola/Klug, NJW 2018, 2608 (2609). In den vorausgehenden Eilentscheidungen (BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvQ 42/15, Rn. 18; BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvR 229/16, Rn. 19) wurde dabei allerdings, wie in der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2010, die Regelungen zum Abruf der Daten als entscheidend für die Eingriffstiefe benannt und nicht maßgeblich auf die Ausgestaltung der Speicherung als solche abgestellt, wie es der EuGH vornehmlich tat.

³² BGBl. I 2007, S. 3198.

³³ BVerfGE 125, 260.

³⁴ EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd u.a.) = NJW 2014, 2169.

³⁵ BGBl. I 2015, S. 2218.

für nichtig erklärte, fußt materiell vornehmlich auf folgenden Erwägungen:

Bereits die Speicherung und nicht erst der Abruf der Daten stelle einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG dar.⁴⁰ Dieser Eingriff sei zudem besonders schwerwiegend, was das BVerfG vornehmlich damit begründet, dass die Speicherung anlasslos und umfassend erfolge und sensible Daten betreffe, die Rückschlüsse auf die Privat- bzw. sogar Intimsphäre zuließen.

„Die Aussagekraft dieser Daten ist weitreichend. Je nach Nutzung von Telekommunikationsdiensten seitens der Betroffenen lassen sich schon aus den Daten selbst – und erst recht, wenn diese als Anknüpfungspunkte für weitere Ermittlungen dienen – tiefe Einblicke in das soziale Umfeld und die individuellen Aktivitäten eines jeden Bürgers gewinnen. [...] Auch aus diesen Daten lassen sich jedoch bei umfassender und automatisierter Auswertung bis in die Intimsphäre hineinreichende inhaltliche Rückschlüsse ziehen. Adressaten (deren Zugehörigkeit zu bestimmten Berufsgruppen, Institutionen oder Interessenverbänden oder die von ihnen angebotenen Leistungen), Daten, Uhrzeit und Ort von Telefongesprächen erlauben, wenn sie über einen längeren Zeitraum beobachtet werden, in ihrer Kombination detaillierte Aussagen zu gesellschaftlichen oder politischen Zugehörigkeiten sowie persönlichen Vorlieben, Neigungen und Schwächen derjenigen, deren Verbindungsdaten ausgewertet werden.“⁴¹

Zur Begründung der besonderen Eingriffstiefe stellt es zudem auf den sog. „chilling effect“, also Abschreckungseffekt, ab, wonach Bürgerinnen und Bürger durch verdeckte Überwachung von der Ausübung ihrer Grundrechte abgehalten werden können.

„Besonderes Gewicht bekommt die Speicherung der Telekommunikationsdaten weiterhin dadurch, dass sie selbst und die vorgesehene Verwendung der gespeicherten Daten von den Betroffenen unmittelbar nicht bemerkt werden, zugleich aber Verbindungen erfassen, die unter Vertraulichkeitserwartungen aufgenommen werden. Hierdurch ist die anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten geeignet, ein diffus bedrohliches Gefühl des Beobachtetseins hervorzurufen, das eine unbefangene Wahrnehmung der Grundrechte in vielen Bereichen beeinträchtigen kann.“⁴²

Die damalige deutsche Regelung könne einen derart tiefgehenden Eingriff nicht rechtfertigen, so das BVerfG, da weder die Datensicherheit hinreichend sichergestellt⁴³ noch der

Abruf der Daten auf die Bekämpfung schwerer Straftaten beschränkt sei.⁴⁴ Zudem wurden weitere Vorgaben zur Löschung und Kennzeichnung der Daten, zum Schutz von Vertrauensbeziehungen, zur Transparenz der Abfrage und zum Rechtsschutz postuliert.⁴⁵

b) *EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12, und EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15*

Die vier bzw. sechs Jahre später ergangenen Entscheidungen des EuGH über die Ungültigkeit der Richtlinie selbst und über die Unionsrechtswidrigkeit der britischen und schwedischen Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung basieren weitgehend auf den gleichen materiellen Prämissen wie die Entscheidung des BVerfG und kamen auch in großen Teilen zu vergleichbaren Ergebnissen.

So führt der EuGH im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und mit Blick auf das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem. Art. 7 und den Schutz personenbezogener Daten gem. Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union aus, dass bereits der Eingriff durch die breit gestreute Speicherung besonders schwer wiege und aus den gespeicherten Daten genauso sensible Informationen abgeleitet werden könnten wie aus dem Inhalt der Kommunikationen selbst. Nahezu inhaltsgleich mit den Ausführungen des BVerfG wird dargelegt:

„Die Daten, die somit von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf Vorrat zu speichern sind, ermöglichen die Rückverfolgung und Identifizierung der Quelle und des Adressaten einer Nachricht sowie die Bestimmung von Datum, Uhrzeit, Dauer und Art einer Nachrichtenübermittlung, der Endrichtung von Benutzern und des Standorts mobiler Geräte. [...] Aus der Gesamtheit dieser Daten können sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der Personen, deren Daten auf Vorrat gespeichert wurden, gezogen werden, etwa auf Gewohnheiten des täglichen Lebens, ständige oder vorübergehende Aufenthaltsorte, tägliche oder in anderem Rhythmus erfolgende Ortsveränderungen, ausgeübte Tätigkeiten, soziale Beziehungen dieser Personen und das soziale Umfeld, in dem sie verkehren.“⁴⁶

Mit Verweis auf die Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit gem. Art. 11 GRCh bedient sich der EuGH ebenso wie zuvor das BVerfG des Arguments des „chilling effects“:

„Der Umstand, dass die Vorratsspeicherung der Daten vorgenommen wird, ohne dass die Nutzer der elektronischen Kommunikationsdienste darüber informiert werden, ist geeignet, bei den Betroffenen das Gefühl zu erzeugen,

⁴⁰ BVerfGE 125, 260 (318); wobei sich die Maßgaben des BVerfG zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung weitgehend auf Art. 10 GG übertragen lassen (siehe auch BVerfGE 100, 313 [359]).

⁴¹ BVerfGE 125, 260 (319).

⁴² BVerfGE 125, 260 (320).

⁴³ BVerfGE 125, 260 (325 ff.).

⁴⁴ BVerfGE 125, 260 (328 f.).

⁴⁵ BVerfGE 125, 260 (332 ff.).

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15 (Tele2 Sverige), Rn. 98 f.; vgl. auch bereits EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd u.a.), Rn. 26 f.

dass ihr Privatleben Gegenstand einer ständigen Überwachung ist.“⁴⁷

Die Anlasslosigkeit der Speicherung, die nicht hinreichend beschränkten Zugriffsmöglichkeiten der öffentlichen Behörden und zu geringe Anforderungen an die Datensicherheit⁴⁸ führen also auch nach dem EuGH im Ergebnis dazu, dass die Regelungen nicht verhältnismäßig und unionsrechtswidrig sind.

Anders als das BVerfG betont der EuGH aber die Notwendigkeit, dass die Pflicht zur Speicherung als solche auf das absolut notwendige Maß zu beschränken sei. Während das BVerfG die eigenständige, besonders hohe Eingriffsqualität der Speicherung zwar anerkennt, sie aber vornehmlich durch strikte Vorgaben für den Abruf der Daten als hinreichend beschränkbar ansieht, genügt dies dem EuGH nicht. Er führt in seinem Urteil aus dem Jahr 2016 aus:

„Eine solche Regelung [Anm. des *Verf.*: Vorgaben zur Vorratsdatenspeicherung in Schweden und Großbritannien] verlangt keinen Zusammenhang zwischen den Daten, deren Vorratsspeicherung vorgesehen ist, und einer Bedrohung der öffentlichen Sicherheit. Insbesondere beschränkt sie die Vorratsspeicherung weder auf die Daten eines Zeitraums und/oder eines geografischen Gebiets und/oder eines Personenkreises, der in irgendeiner Weise in eine schwere Straftat verwickelt sein könnte, noch auf Personen, deren auf Vorrat gespeicherte Daten aus anderen Gründen zur Bekämpfung von Straftaten beitragen könnten [...]. Eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende überschreitet somit die Grenzen des absolut Notwendigen und kann nicht als in einer demokratischen Gesellschaft gerechtfertigt angesehen werden.“⁴⁹

Wenngleich sowohl das BVerfG als auch der EuGH die Möglichkeit einer Regelung zur Vorratsspeicherung zumindest formal nicht vollständig ausgeschlossen haben, führen die aufgestellten materiellen Kriterien des EuGH dazu, dass eine vollständig anlasslose Speicherung nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen ist. Allenfalls eine Vorratsdatenspeicherung „light“ wäre somit noch denkbar. Die aufgestellten Voraussetzungen erfüllt auch die neue deutsche Regelung nicht,⁵⁰ die trotz der weitgehenden Umsetzung

der vom BVerfG eingeforderten Beschränkungen⁵¹ weiterhin die Speicherung von Verkehrsdaten ohne Bezug zu einer aktuellen Sicherheitslage verlangt.

2. Bewertung der Entscheidungsinhalte

Sowohl dem Urteil des BVerfG als auch den Urteilen des EuGH liegt ein Verständnis des Ausgleichs von Freiheitsbelangen auf der einen Seite und Fragen der Sicherheit auf der anderen Seite zugrunde. Dabei spielt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Austarieren dieser Interessen die entscheidende Rolle, wobei sich beide Gerichte auf die Angemessenheitsprüfung in einem deutschen Dogmatikverständnis konzentrieren, wenngleich der EuGH diese Prüfung hier formal auf der Ebene der Erforderlichkeit vornimmt.⁵²

An diesem zügigen Hinweggehen über die Geeignetheit der Vorratsdatenspeicherung als Mittel zur Strafverfolgungsvorsorge und insbesondere der Annahme, dass sie hierfür das relativ mildeste Mittel darstellt,⁵³ kann Kritik geübt werden, die die Entscheidungen beider Gerichte betrifft. Während für Deutschland vor allem das Bundeskriminalamt die unbedingte Notwendigkeit der Datenspeicherung betont, legen wissenschaftliche empirische Erhebungen nahe, dass der Vorratsdatenspeicherung allenfalls eine sehr eingeschränkte Bedeutung bei der Strafverfolgung zukommt. So zeichnet eine Studie des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg (MPI), die Veränderungen bei der Strafverfolgung während und nach dem Bestehen der Speicherpflicht in Deutschland untersuchte, ein eher pessimistisches Bild von der Effektivität der Vorratsdatenspeicherung, wobei allerdings darauf hingewiesen wird, dass die statistische Datengrundlage noch sehr unsicher sei.⁵⁴ Es gebe keine belastbaren Hinweise darauf, dass Schutzmöglichkeiten durch den Wegfall der Vorratsdatenspeicherung reduziert worden wären. Auch seien Veränderungen in den Aufklärungsraten nicht sichtbar geworden. Zudem ist zu beachten, dass die zu einer effektiven Strafverfolgung notwendige eingehende Auswertung der Daten ressourcenintensiv sein kann und jedenfalls für bestimmte Deliktsbereiche noch andere Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung stehen. Dennoch ist den Gerichten im Ergebnis dahingehend zuzustimmen, dass die Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme von der Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers als gedeckt anzusehen ist. Aus rechtlicher Sicht entscheidend für die Bewertung der Rechtmäßigkeit einer Vorratsdatenspeicherung ist somit die Frage, ob sich die Beschränkungen der Privatheit der Bevölkerung und des Datenschutzes als angemessen darstellen.

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15 (Tele2 Sverige), Rn. 100; vgl. auch bereits EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd u.a.), Rn. 28.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd u.a.), Rn. 56 ff.; EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15 (Tele2 Sverige), Rn. 97 ff.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15 (Tele2 Sverige), Rn. 106 f.

⁵⁰ *Oehmichen/Mickler*, NZWiSt 2017, 298 (306 f.); *Roßnagel*, NJW 2017, 696 (698); *Ziebarth*, ZUM 2017, 398 (404 ff.); offener *Derksen*, NVwZ 2017, 1005 (1009); *Sandhu*, EuR 2017, 453 (468 f.); *Wollenschläger*, NJW 2018, 2532 (2535).

⁵¹ Siehe aber zu einer Kritik an fehlenden Speicherungsbeschränkungen für die Kommunikation mit beruflichen Vertrauenspersonen *Oehmichen/Mickler*, NZWiSt 2017, 298 (304).

⁵² *Classen*, EuR 2014, 441 (444).

⁵³ BVerfGE 125, 260 (317 f.); EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-293/12, C-594/12 (Digital Rights Ireland Ltd u.a.), Rn. 49 f.

⁵⁴ MPI, Schutzlücken durch Wegfall der Vorratsdatenspeicherung?, 2011, S. 218.

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verdeutlichen beide Gerichte die besondere Eingriffstiefe, die in einer anlasslosen Speicherung von Verkehrsdaten der Telekommunikation liegt, die nunmehr auch weitgehend anerkannt zu sein scheint.⁵⁵ Auch der argumentative Rückgriff auf den „chilling effect“, der insbesondere aus dem Volkszählungsurteil bekannt ist,⁵⁶ weist Plausibilität auf,⁵⁷ müsste aber durch bereichsspezifische empirische Analysen untermauert werden.⁵⁸ Dem Befund des tiefgehenden Eingriffs entsprechend werden von beiden Gerichten hohe Anforderungen an beschränkende Regelungen zur Datensicherheit, zum Abruf der Daten und zu Transparenzanforderungen aufgestellt. Diese von den Gerichten aufgezeigten Beschränkungen der Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten auf Vorrat und deren Abrufs können überzeugen und messen der Privatheit, der informationellen Selbstbestimmung und dem Datenschutz einen hohen Stellenwert bei.

Im Grundsatz ebenfalls begrüßenswert sind die Beschränkungen einer Vorratsdatenspeicherung durch den EuGH, soweit sie über die Vorgaben des BVerfG hinausgehen.⁵⁹ Mit Blick auf den Eingriffscharakter der Speicherung als solcher muss jede einzelne Form der Datenverarbeitung der Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten. So ist die umfassende Speicherung sensibler Daten nur tolerabel, wenn sie auf das absolut notwendige Maß beschränkt wird. Zwar spielt für die Abwägung der Eingriffstiefe durch die Speicherung selbst mit bestehenden Sicherheitsinteressen auch eine entscheidende Rolle, unter welchen Voraussetzungen die gespeicherten Daten abgerufen werden können. Eine hohe Zugriffsschwelle und weitere Regelungen zur Datensicherheit und zur Transparenz der Datenverwendung rechtfertigen die Speicherung aller verfügbaren Daten allerdings nicht. Diese Beschränkungen können die Anlasslosigkeit der Speicherung nicht kompensieren. Der Zweck der Speicherung kann nur dann eine hinreichend beschränkende Wirkung entfalten, wenn er auch hinsichtlich des Umfangs und der Tiefe der Verpflichtung zur Datenerfassung als Abwägungskriterium einfließt und so den

Zusammenhang zwischen der Datenspeicherung und einer Bedrohung der öffentlichen Sicherheit herstellt.⁶⁰

Problematisch ist jedoch die Annahme des EuGH, dass der notwendige Zusammenhang zwischen dem Eingriff durch die Speicherung und der Bedrohungslage durch Begrenzungen der Speicherung von Daten hinsichtlich eines bestimmten Zeitraums, eines geografischen Gebietes oder eines bestimmten Personenkreises⁶¹ in grundrechtskonformer Weise erfolgen könne. Die aufgezeigten Kriterien sind weit im Vorfeld einer konkreten Gefahr oder eines Tatverdachtangesiedelt und weisen eine erhebliche Streubreite auf. Sie verlieren sich daher in vagen Gefährlichkeitsprognosen, die einer rechtlich nachprüfbarer Objektivierung nur schwer zugänglich sind und betroffene Personen erheblichen Diskriminierungsrisiken aussetzen würden.⁶²

3. Unterschiede in den Entscheidungen als Ausdruck rechtskultureller Differenzen?

Es hat sich gezeigt, dass neben vergleichbaren Erwägungen auch beachtliche rechtliche Differenzen in der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH in Bezug auf die Grenzen einer Vorratsdatenspeicherung bestehen. Diese Differenzen sind folgenreich. Während das BVerfG eine Speicherung von Verkehrsdaten der Telekommunikation unter engen Bedingungen grundsätzlich zulässt, ist dem Gesetzgeber nach der Entscheidung des EuGH eine Vorratsdatenspeicherung, die vollständig von jedem aktualisierten Anlass gelöst ist, verwehrt.

a) Gewachsene inhaltliche Grundprämissen

Trotz dieser beträchtlichen Unterschiede in den Auswirkungen handelt es sich nicht um Entscheidungen, die auf inhaltsbezogene rechtskulturelle Differenzen zurückzuführen sind. Die Grenzen einer Vorratsdatenspeicherung betreffen, anders als das strafrechtliche Schuldprinzip, nicht kulturelle oder verfassungsrechtliche Identitäten⁶³ und Besonderheiten der Mitgliedstaaten. Sie entspringen nicht unmittelbar historisch über Jahrhunderte gewachsenen und vornehmlich national

⁵⁵ Einschränkung demgegenüber die abw. Meinungen der Richter Schluckebier, BVerfGE 125, 260 (365 ff.), und Eichberger, BVerfGE 125, 260 (380).

⁵⁶ BVerfGE 65, 1 (43).

⁵⁷ So auch *Marsch*, in: Hascher/Jung/Paris/Schulze (Hrsg.), *Sicherheit und Freiheit*, 2018, S. 77 (82); zur Kritik an der Begründung dieser überindividuellen Grundrechtsdimension allerdings Schluckebier, BVerfGE 125, 260 (365 ff.), und Eichberger, BVerfGE 125, 260 (380 f.); vgl. auch *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1., 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 87.

⁵⁸ Zu allgemeinen sozialwissenschaftlichen Bestätigungstendenzen *Penney*, *Berkeley Technology Law Journal* 31 (2016), 117.

⁵⁹ Kritisch demgegenüber etwa *Kühling/Drechsler*, *NJW* 2017, 2950 (2955); *Sandhu*, *EuR* 2017, 453 (462 ff.); *Wolff*, *DöV* 2014, 608 (611).

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15 (*Tele2 Sverige*), Rn. 109 ff.; zur Kritik an „zweckentfernten“ Eingriffen *Puschke* (Fn. 2), S. 707 ff.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15 (*Tele2 Sverige*), Rn. 111. Diese Kriterien weisen eine gewisse Nähe zur deutschen Rechtsprechung zur Relevanz bestimmter Bedrohungsszenarien als Eingriffsvoraussetzungen auf, vgl. *BVerwG*, *NVwZ* 2017, 1057 (1060); *BVerfG* *NVwZ* 2017, 1526 (1529).

⁶² Siehe auch *Sandhu*, *EuR* 2017, 453 (463); siehe beispielhaft den Verweis auf die Überwachung für „Araber bzw. Nordafrikaner“ bei *Frenz*, *DVB1* 2017, 183 (185); von einer nichtdiskriminierenden Ausgestaltungsmöglichkeit ausgehend *Ziebarth*, *ZUM* 2017, 398 (403); skeptisch demgegenüber *Priebe*, *EuZW* 2017, 136 (139); vgl. insgesamt zudem *Puschke* (Fn. 2), S. 708 ff.

⁶³ Jedenfalls soweit sie keine Totalüberwachung begründen, siehe hierzu BVerfGE 125, 260 (324).

geprägten Vorstellungen, die sich einseitig auf Ebene der Europäischen Union verfestigt haben. Vielmehr handelt es sich um ein Themengebiet, das sich mit Blick auf die technische Entwicklung in den vergangenen Jahrzehnten europaweit auf ähnlicher Grundlage und durch gegenseitige Beeinflussung entwickelt hat. Der gemeinsam durchgeführte gesellschaftliche und rechtliche Prozess hinsichtlich des Umgangs mit Daten in der sog. Informationsgesellschaft und der demokratiekonstitutiven Bedeutung des Datenschutzes⁶⁴ hat innerhalb der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten im Kern gemeinsame Bewertungskriterien entstehen lassen. In der Sache geht es bei den Entscheidungen nicht um grundsätzliche Unterschiede oder Charakteristika eines deutschen und europäischen Datenschutzes.⁶⁵ Vielmehr werden anerkannte Argumente verhandelt und gesetzt. Dies zeigt sich auch an den den Entscheidungen zugrundeliegenden Prämissen, die weitgehend vom BVerfG aufgestellt und vom EuGH und von den Generalanwälten rezipiert wurden.⁶⁶ Dass aus diesen im Einzelnen unterschiedliche Ergebnisse abgeleitet werden können, ist ein wenig überraschender Befund. In dieser Hinsicht sprechen im Ergebnis auch die Entscheidungen zur Unzulässigkeit der Vorratsdatenspeicherungsgesetze in Belgien, Bulgarien, Österreich, Rumänien, Tschechien und Zypern gegen nationalstaatliche Sonderwege.⁶⁷ Auch das BVerfG hätte im Jahre 2010 zu einem entsprechenden Ergebnis gelangen können. Angesichts der starken Betonung des Datenschutzes in der rechtlichen Diskussion in Deutschland mit dem weltweit ersten Datenschutzgesetz aus dem Jahr 1970 in Hessen und dem wegweisenden Volkszählungsurteil des BVerfG aus dem Jahr 1983 sowie dem Rückgriff auf die überindividuelle Grundrechtsdimension des „chilling effect“ hätte die Untersagung einer anlasslosen, strukturellen Speicherung von Verkehrsdaten nicht ferne gelegen. In gleicher Weise war es vor der Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2014 keineswegs ausgemacht, dass aus Art. 7 und Art. 8 GRCh die Unzulässigkeit einer anlasslosen Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten abgeleitet wird.

b) Die Bedeutung gerichtlicher Zuständigkeiten und Entscheidungskompetenzen

Institutionalisierte rechtskulturelle Differenzen können demgegenüber in den Begründungen der gerichtlichen Zuständig-

⁶⁴ Westphal, EuZW 2006, 555 (560); Hefendehl, JZ 2009, 165 (173).

⁶⁵ Diese Kriterien werden als bedeutsam für Rechtskulturen angesehen von Mankowski (Fn. 1), S. 2.

⁶⁶ Classen, EuR 2014, 441 (443); Marsch (Fn. 57), S. 81, 83.

⁶⁷ Verfassungsgerichtshof Brüssel, Entscheidung v. 11.6.2016 – 84/2015; Oberstes Verwaltungsgericht Bulgariens, Entscheidung v. 11.12.2008 – 13627; Verfassungsgerichtshof Österreichs, Entscheidung v. 27.6.2014 – G 47/2012, G 59/2012, G 62/2012, G 70/2012, G 71/2012; Verfassungsgericht Rumäniens, Entscheidung v. 8.10.2009 – 1258; Verfassungsgericht Tschechiens, Urt. v. 22.3.2011 – Pl. ÚS 24/10; Oberster Gerichtshof Zyperns in den Beschwerdesachen, Entscheidung v. 1.2.2011 – 65/2009, 78/2009, 82/2009 und 15/2010-22/2010; siehe auch Bäcker, JA 2014, 1263 (1265).

keiten und Entscheidungskompetenzen erblickt werden, die sich insgesamt im Fluss befinden.⁶⁸ Insofern treffen bundesverfassungsgerichtliche Beharrungstendenzen und die Ausdehnung des eigenen Rechtsprechungskompetenzbereichs durch den EuGH – nicht zuletzt über den Anwendungsbe- reich von Unionsgrundrechten – aufeinander.⁶⁹

So musste das BVerfG, um die Entscheidung über das nationale Gesetz zur Umsetzung von europäischem Recht überhaupt treffen zu können, annehmen, dass die durch die Richtlinie vorgegebene Verpflichtung der nationalen Gesetzgeber, eine Mindestspeicherungsdauer von sechs Monaten sicherzustellen, noch den Anforderungen des Art. 10 GG entsprechen würde, eine verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Umsetzung der Richtlinie somit grundsätzlich möglich sei.⁷⁰ Entsprechend hat das BVerfG auch keinen Anlass für ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH gem. Art. 267 AEUV gesehen. Die Wirksamkeit der europäischen Richtlinie als solche wurde nicht als entscheidungserheblich angesehen, da die Richtlinie, insbesondere auch hinsichtlich der Regelungen zum Abruf der Daten durch nationale Strafverfolgungsbehörden, einen hinreichenden Spielraum zur verfassungskonformen Umsetzung belasse. Hieraus ergab sich möglicherweise bereits die Tendenz, den Schwerpunkt auf die Prüfung der Regelungen zum Abruf zu legen, die das BVerfG allein als Sache des nationalen Gesetzgebers und damit vollumfänglich als überprüfbar ansah. Ein Vorgehen, das sowohl hinsichtlich der Erzeugung eines unionsrechtswidrigen Zustandes durch die vollständige Nichtigkeitserklärung als auch bzgl. des Verzichtes auf eine Vorlage an den EuGH kritisch gesehen wird.⁷¹

Der EuGH wiederum begründete den Anwendungsbe- reich des Unionsrechts damit, dass die geprüften nationalen Regelungen nunmehr in den Geltungsbereich der sog. E-Privacy-Richtlinie⁷² fielen. Art. 15 Abs. 1 dieser RL sieht die Möglichkeit vor, dass Mitgliedstaaten Ausnahmen von den Löschungspflichten für Verkehrsdaten regeln dürfen, die als Durchführung von Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh gewertet werden. Wenngleich der EuGH auch die

⁶⁸ Kingreen, JZ 2013, 801 (810), spricht von tektonischen Verschiebungen.

⁶⁹ Offenkundige Disharmonie ergibt sich vor allem aus den Entscheidungen EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åklagare v. Åkerberg Fransson) = JZ 2013, 613 (mit Anm. Dannecker), und BVerfGE 133, 277; zur Antiterrordatei vgl. etwa Derksen, NVwZ 2017, 1005; Gärditz, GSZ 2017, 1 (5); Kingreen, JZ 2013, 801 (802); Schiedermaier/Mrozek, DÖV 2016, 89 (93); zum Ringen um Deutungshoheit auch Nußberger, JZ 2018, 845 (852); konkret zu Fehlleistungen des BVerfG bzgl. der Vorratsdatenspeicherung Giegerich, ZEuS 2014, 3 (14 ff.); Hornung/Schnabel, DVBl 2010, 824 (828 f.).

⁷⁰ BVerfGE 125, 260.

⁷¹ Vgl. etwa Bäcker, EuR 2011, 103 (114 ff.); Giegerich, ZEuS 2014, 3 (14 ff.); Kingreen, JZ 2013, 801 (809 f.); das Vorgehen als „Kniff“ bezeichnend Marsch (Fn. 57), S. 81.

⁷² Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.7.2002.

Regelungen zur Abfrage der Daten hierunter fasst, so bezieht sich diese Ausnahmeregelung primär auf die Speicherpflicht selbst.⁷³ Diese Auslegung der Richtlinie ist freilich umstritten.⁷⁴ Durch den Rückgriff auf Art. 15 der E-Privacy-Richtlinie tritt der Ausnahmecharakter für die Speicherung stärker hervor, als das bei der mehr auf eine Gesamtabwägung angelegten Prüfung anhand des Art. 10 GG der Fall ist. Auch das Datenschutzgrundrecht des Art. 8 GRCh als Maßstab für die EuGH-Rechtsprechung, das so kein Äquivalent im deutschen Grundgesetz hat, verdeutlicht die strikte Bindung jedes einzelnen Datenverarbeitungsvorgangs an den Zweck der Maßnahme und legt eine Beschränkung der Speicherungspflichten nahe.

V. Fazit und Ausblick

Die Historie europäischer und nationaler Vorgaben zur Vorratsdatenspeicherung ist ein Beispiel dafür, wie die Ausprägung eines im Ergebnis begrüßenswerten hohen Grundrechtsschutzes nicht erfolgen sollte. Europäische und nationale Alleingänge, das Ausreizen des als rechtlich möglich Angesehenen durch die Gesetzgebung und divergierende Gerichtsentscheidungen führen zu Rechtsunsicherheit und Rechtsverdross.⁷⁵ Der Angleichung rechtlicher Kriterien des Grundrechts- und Datenschutzes, soweit sie möglich und nötig ist, müssen sich gerade die Gerichte verpflichtet fühlen. Die nationalen Gerichte, allen voran das BVerfG, können auf diese Weise die europäische Gesamtrechtsordnung mitgestalten,⁷⁶ die Herausbildung einer gesamteuropäischen Rechtskultur befördern und rechtliche und rechtskulturelle Differenzen zu beseitigen helfen, wo es sie zu beseitigen gilt. Hierzu müssen die bestehenden Dialogmöglichkeiten zwischen den nationalen Gerichten und dem EuGH möglichst umfassend genutzt werden.⁷⁷ Obwohl im Ergebnis ein Großteil der recht-

lichen Erwägungen des BVerfG über die Bande gespielt⁷⁸ und ohne explizite Bezugnahme⁷⁹ in die Entscheidungen des EuGH eingeflossen sind, hätte sich die entstandene Rechtsunsicherheit vermeiden oder jedenfalls reduzieren lassen, wenn das BVerfG bereits im Jahr 2010 die Frage der Vorratsdatenspeicherung dem EuGH vorgelegt hätte.⁸⁰

Für den Bereich des Datenschutzes hat der EuGH auf materieller Ebene nunmehr „geliefert“ und beachtliche Schutzstandards gesetzt.⁸¹ Mit Blick auf die beim BVerfG anhängigen Verfahren gegen die deutsche Neuregelung zur Vorratsdatenspeicherung kann der Schritt des Dialoges durch Vorlage nun nachgeholt werden. Angesichts der nach wie vor nicht eindeutigen Rechtslage wäre ein solches Vorgehen folgerichtig,⁸² wenngleich es mit erheblichem Zeitaufwand bis zu einer abschließenden Entscheidung verbunden wäre.⁸³

Für zukünftige Gesetzesvorhaben müssen europäische Grundrechtsstandards und das Datenschutzrecht ernstgenommen werden, woraus sich nunmehr auch Grenzen für das nationale Sicherheitsrecht ergeben. Dabei sollten Sicherheits- und Datenschutzrecht nicht als parallellaufende Rechtsmaterien verstanden werden, die sich lediglich gegenseitig begrenzen. Vielmehr erscheint es notwendig, die Materien bereits im Rahmen der Gesetzgebung als Einheit zu begreifen und die datenschutzrechtlichen Vorgaben schon beim Gegenstand der Sicherheitsgesetzgebung zu berücksichtigen. Für die Vorratsdatenspeicherung dürfte dies das Aus bedeuten,⁸⁴ will sich die Legislative nicht erneut in den Graubereich des Vielleicht-rechtlich-gerade-noch-Möglichen begeben und wiederum Rechtsunsicherheit schaffen.⁸⁵ Werden die von der

⁷³ EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15 (Tele2 Sverige), Rn. 75 f.

⁷⁴ Kritisch zur Anwendung der Unionsgrundrechte über die Ausnahmeregelung des Art. 15 Abs. 1 der RL 2002/58/EG *Schiedermaier/Mrozek*, DÖV 2016, 89 (91 f.); *Wollenschläger/Krönke*, NJW 2016, 906 (907 ff.).

⁷⁵ Siehe auch *Nußberger*, JZ 2018, 845 (853 f.).

⁷⁶ *Kühling/Drechsler*, NJW 2017, 2950; *Kingreen*, JZ 2013, 801 (810 f.); vgl. auch *Bäcker*, EuR 2011, 103 (107 ff.), zu diesbezüglichen Chancen aus dem Vorratsdatenspeicherungsurteil des BVerfG.

⁷⁷ Dies gilt grundsätzlich für allgemeine Auslegungsfragen, aber auch für solche, bei denen Schutzlücken oder der Bruch mit Verfassungsidentitäten im Raum stehen; siehe zur Bezugnahme auf die verfassungsrechtliche Identität bei einer Totalüberwachung BVerfGE 125, 260 (324); vgl. auch *Hornung/Schnabel*, DVBl 2010, 824 (827 f.); *Papier*, NJW 2017, 3025 (3027); zu Möglichkeiten einer Einbettung in den Solange II-Vorbehalt *Bäcker*, EuR 2011, 103 (118 f.); zum Dialog der Gerichte über nationale Identitäten *Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, S. 268 ff.; zum Dialog zwischen BVerfG und EGMR siehe *Nußberger*, JZ 2018, 845 (850 ff.).

⁷⁸ Der EuGH konnte über die Richtlinie und die Vorratsdatengesetze der jeweiligen Mitgliedsländer nur durch die Vorlagen des Österreichischen VerGH und des Obersten Gerichts in Irland (High Court) sowie des Verwaltungsgerichts Stockholm (Kammarrät i Stockholm) und des Berufungsgerichts England & Wales (Court of Appeal) entscheiden.

⁷⁹ *Westphal*, K&R 2014, 410 (411).

⁸⁰ *Giegerich*, ZEuS 2014, 3 (14 ff.); *Marsch* (Fn. 57), S. 82; im Ergebnis so auch *Classen*, EuR 2014, 441 (446 f.); *Kühling/Drechsler*, NJW 2017, 2950 (2955); *Wolff*, DöV 2014, 608 (612).

⁸¹ Vgl. auch *Bäcker*, JA 2014, 1263 (1273); *Classen*, EuR 2014, 441; auf eine Unausgewogenheit des europäischen Grundrechtsschutzes hinweisend *Gärditz*, GSZ 2017, 1 (4 f.).

⁸² Siehe etwa *Schiedermaier/Mrozek*, DÖV 2016, 89 (96); *Sandhu*, EuR 2017, 453 (467 f.); *Wollenschläger*, NJW 2018, 2532 (2536).

⁸³ Zur Möglichkeit der Anpassung der Entscheidungsprämissen des BVerfG an die Rechtsprechung des EuGH *Thym*, JZ 2015, 53 (57 ff.); zur Implementierung europäischer Schutzstandards in das Grundgesetz *Bäcker*, EuR 2015, 389.

⁸⁴ So auch *Derksen*, NVwZ 2017, 1005 (1006); *Priebe*, EuZW 2017, 136 (139); *Wolff*, DöV 2014, 608 (610).

⁸⁵ Siehe demgegenüber zu nationalen und europäischen Bestrebungen, die Vorratsdatenspeicherung in veränderter Form erneut zu etablieren, BT-Drs. 19/2079; BT-Drs. 19/2325; Working Paper des Europäischen Rates v. 12.4.2018 – WK 3974/2018 INIT; zu weiteren datenbezogenen Vorhaben auf

Vorratsdatenspeicherung betroffenen, nunmehr europäisch dominierten und ausgelegten Grundrechte in diesem Sinne als „paradigmatisch für das Verständnis der Rolle des Staates“ angesehen,⁸⁶ dann bestehen Hoffnungen für die europaweite Etablierung eines ausgewogenen Verhältnisses von Privatheit, Datenschutz und Sicherheitsbelangen.

Ebene der EU *Monroy*, Bürgerrechte & Polizei/CILIP 2017, 22 ff.

⁸⁶ *Hefendehl*, JZ 2009, 165 (174).

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

**Heiko Ahlbrecht/Klaus Michael Böhm/Robert Esser/
Franziska Eckelmans**, Internationales Strafrecht, C. F. Müller, Heidelberg, 2. Aufl. 2018, 780 S., € 99,99.

Das moderne Strafrecht ist ohne internationale Bezüge kaum mehr denkbar. Mit der (europäischen) Harmonisierung ganzer Rechtsbereiche geht die Schaffung und Vereinheitlichung zahlreicher Strafnormen einher. Die internationalen Einflüsse sind etwa im Bereich des Umweltstrafrechts, des Kapitalmarktstrafrechts oder des Steuerstrafrechts kaum mehr wegzudenken. Das materielle Recht – insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht – ist zunehmend europäisch geprägt. Auch auf Ebene des Prozessrechts sind Einflüsse des internationalen und europäischen Rechts nicht zu vernachlässigen. Neben der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sind zunehmend auch europarechtliche Vorgaben an die Verfahrensgestaltung zu verzeichnen. Hinzu kommt, dass strafrechtliche Themenstellungen immer häufiger Gegenstand von Verfahren vor internationalen Gerichten sind.

Es ist ein großes Verdienst der Autoren – aus Praxis und Wissenschaft – des nun bereits in zweiter Auflage erschienenen Grundlagenwerks „Internationales Strafrecht“, die praktische Bedeutung der internationalen Dimension des Strafrechts erkannt und für Praktiker und Wissenschaftler zugleich zugänglich gemacht zu haben. Die außergewöhnlich gute Balance zwischen intellektuellem Tiefgang und praktischer Herangehensweise machen das Werk zur Pflichtlektüre für jeden Strafverteidiger, der den Blick über den Tellerrand des eigenen Bezirks wagt. Obschon „Internationales Strafrecht“ in der Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ erschienen ist, beschränkt es sich keineswegs einseitig auf die Verteidigerperspektive – dies sicherlich auch aufgrund der Vielseitigkeit des Erfahrungsschatzes der Autoren – und ist als Lektüre für Oberlandesgerichte, Generalstaatsanwaltschaften und Wissenschaftler sehr zu empfehlen. Die über 700-seitigen Ausführungen – noch umfangreicher als die bereits sehr ausführliche Voraufgabe aus dem Jahr 2007 – sollten in keiner Fach- und Kanzeleibibliothek fehlen.

Das Werk ist in fünf Kapitel unterteilt. Der erste Teil widmet sich dem EGMR. Dies wird durch Ausführungen zum internationalen Menschenrechtsschutz durch den Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen (HRC) und den Ausschuss der Vereinten Nationen gegen Folter (CAT) in Teil 2 ergänzt. Im umfangreichsten Teil 3 des Buches wird das Rechtshilfeverfahren – auf internationaler und europäischer Ebene – im Detail erläutert. Die stetig wachsende Architektur der europäischen und internationalen justiziellen Zusammenarbeit und die dort aktiven Ermittlungsbehörden werden in Teil 4 besprochen. Abgerundet wird dies durch praxisnahe Ausführungen zum internationalen Strafrecht und zur Tätigkeit von Anwälten vor Internationalen Strafgerichten.

Der erste Teil, bearbeitet von *Esser*, befasst sich vorrangig mit dem Individualbeschwerdeverfahren vor dem EGMR. Der Autor beschränkt sich dabei nicht nur auf eine Darstel-

lung der Zulässigkeitsvoraussetzungen, sondern wertet die Rechtsprechung des EGMR en détail aus und erlaubt so ein hervorragendes Verständnis der relevanten Verfahrensnormen. Der – auch für die anwaltliche Beratungssituation – äußerst hilfreiche Blick hinter die Kulissen und das damit einhergehende Verständnis für die minutiös dargestellten praktischen Abläufe im Straßburger Menschenrechtsgerichtshof zeichnet dieses Werk aus. Darüber hinaus befasst sich der Autor mit für den im Strafrecht tätigen Praktiker wesentlichen Verfahrensfragen, wie der Gewährung von Verfahrenshilfen, der Anordnung einer obligatorischen Vertretung oder das Thema der Kostenerstattung. Hiermit setzt sich das Werk von anderen Abhandlungen zum europäischen Menschenrechtsschutz ab, denen oft der Blick für derartige vermeintliche Randnotizen fehlt. Äußerst sinnvoll ist auch, dass die für den nationalen Praktiker ungewohnten und im Konventionstext nicht erwähnten, standardisierten Formvorgaben des Individualbeschwerdeverfahrens und die „Gepflogenheiten“ beim EGMR genau erläutert werden. Die Kombination von europarechtlicher Expertise und Nähe zur strafprozessualen Praxis ist eindeutig ein Gewinn für den Leser. Für die deutsche Strafrechtspraxis ist es zudem hilfreich, dass der Autor die europäische Rechtsprechung in den verfassungsrechtlichen Kontext einordnet und neben der Rechtsprechung des EGMR auch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs unter die Lupe nimmt.

Der zweite Teil, ebenfalls verfasst von *Esser*, befasst sich in gebotener Kürze mit Kontrollausschüssen auf Ebene der Vereinten Nationen. Beide Ausschüsse werden mitsamt der Individualbeschwerdeverfahren vorgestellt. Angesichts des effektiven Menschenrechtsschutzes durch Bundesverfassungsgericht und EGMR weisen die Individualbeschwerdemöglichkeiten auf Ebene der Vereinten Nationen für die deutsche Praxis eine nachrangige Bedeutung auf. Dennoch ist es wichtig, dass die Autoren diesen Abschnitt aufgenommen haben. Die Tatsache, dass der Weg in der strafrechtlichen Praxis häufig nach Karlsruhe, Straßburg oder – immer mehr – nach Luxemburg führt, bedeutet nämlich keinesfalls, dass die UN-Institutionen für die deutsche Gerichtspraxis keine Bedeutung hätten. Der Einfluss ist allerdings eher mittelbar. So veröffentlicht vor allem der Ausschuss der Vereinten Nationen gegen Folter (CAT) regelmäßige Berichte zu (Haft-) Bedingungen in Drittstaaten, auf die im Rahmen von Auslieferungungsverfahren rekuriert werden kann (und sollte).¹ Auch europäische Gerichte nehmen auf Berichte der Vereinten Nationen Bezug, wenn über die Zulässigkeit der Auslieferung in Staaten mit zweifelhaften Schutzstandards zu befinden ist.²

Der von *Klaus Michael Böhm* und *Heiko Ahlbrecht* verfasste dritte Teil befasst sich ausgiebig mit dem Rechtshilfeverfahren – innerhalb und außerhalb der EU. Dabei werden zunächst die Grundzüge des regelmäßig zweigliedrigen Verfahrens – Zulässigkeitsverfahren und Bewilligungsverfahren – und die Ausgestaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes

¹ Vgl. OLG Bremen, EuGH-Vorlage v. 27.3.2018 – 1 Ausl A 21/17.

² Vgl. EuGH NJW 2016, 1709.

erläutert. Der Schwerpunkt liegt auf der Erläuterung der normativen Rahmenbedingungen für die Auslieferung nach dem (völkerrechtlichen) EuAIÜbk und dem (supranationalen) EU-Haftbefehlsverfahren. Dem Leser werden hier die wesentlichen Unterschiede in beiden Rechtsregimen deutlich vor Augen geführt. Während beim EuAIÜbk zahlreiche Auslieferungshindernisse geltend gemacht werden können und von den Oberlandesgerichten zu prüfen sind, ist innerhalb der Europäischen Union die Auslieferung – vor allem von Nichtstaatsangehörigen – zum Regelfall geworden. Auslieferungshindernisse bestehen nur noch in wenigen Ausnahmefällen. Böhm weist allerdings treffend darauf hin, dass die Einhaltung der menschenrechtlichen Standards zu den Haftbedingungen auch innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union immer problematischer wird und der EuGH in der Rechtssache Aranyosi/Căldăraru³ unter außergewöhnlichen Umständen weitere – ungeschriebene – Grenzen der gegenseitigen Anerkennung von Justizentscheidungen innerhalb der EU anerkannt hat. Diese, von den Autoren aufgezeigte Entwicklung ist nach Fertigstellung der 2. Auflage durch den EuGH fortgesetzt worden. Mit zwei Entscheidungen im Juli 2018⁴ hat sich der EuGH als wichtiger neuer Akteur im europäischen Auslieferungsrecht positioniert. All dies zeigt die Vielschichtigkeit der Materie, das Bedürfnis nach einer vertieften Auseinandersetzung mit EU-Recht und Völkerrecht im internationalen Strafrecht und die Notwendigkeit eines Grundlagenwerks wie „Internationales Strafrecht“. Der letzte, von Ahlbrecht verfasste Abschnitt dieses Teils zeigt ebenfalls, dass das internationale Strafrecht schon längst keine Randmaterie mehr ist. Internationale und supranationale Regelwerke strahlen in das deutsche Straf- und Strafprozessrecht ein und sind aus dem Alltag eines Strafverteidigers nicht mehr wegzudenken. Vor allem in wirtschaftsstrafrechtlichen und steuerstrafrechtlichen Verfahren wird ein Auslandsbezug immer häufiger. Dies liegt zum einen darin begründet, dass unternehmerisches Handeln in Europa regelmäßig grenzüberschreitend ist. Darüber hinaus ist eine Grenzüberschreitung für viele Delikte des Steuerstrafrechts erforderlich (Umsatzsteuerkarusselle, Verbrauchssteuerhinterziehung, etc.). Die Europäisierung der Wirtschaftsbeziehung hat neue Tatbegehungsmuster hervorgebracht. Es ist daher kaum überraschend, dass die Ermittlungsbehörden nachgezogen haben und europäische und internationale Kooperation im Ermittlungsverfahren stetig zunimmt. Im Abschnitt „Sonstige Rechtshilfe“ erläutert Ahlbrecht daher ausführlich diverse Formen der Ermittlungskooperation, die in Zukunft weiter an Bedeutung gewinnen dürften

Die „institutionelle Aufrüstung“ der Strafverfolger wird von Ahlbrecht in Teil 4 erläutert. Der Schwerpunkt liegt in der Darstellung der Betrugsbekämpfung durch OLAF. Daneben werde Europol, das Europäische Justizielle Netzwerk, Eurojust und die Europäische Staatsanwaltschaft sowie Inter-

pol behandelt. Dieses rundet die Ausführung zur Rechtshilfe ab.

Der letzte Teil, verfasst von Franziska Eckelmanns, befasst sich mit der internationalen Strafjustiz und nimmt dabei vor allem den Internationalen Strafgerichtshof (IStGH/ICC) in den Blick. Im Vergleich zu anderen Abhandlungen zum IStGH bestechen die Ausführungen mit der besonderen Praxisnähe und dem Fokus auf die anwaltliche Tätigkeit und die praktische Darlegung von Verfahrensabläufen. Da diese Materie dem Durchschnittsleser womöglich nicht sehr vertraut ist, wird dies durch eine historische Darstellung der wichtigsten Gerichte und einen Überblick über die wesentlichen Straftatbestände und Grundprinzipien des Völkerstrafrechts sinnvoll ergänzt.

Das Werk „Internationales Strafrecht“ ist allen Praktikern und Wissenschaftlern dringend zu empfehlen. Es bietet sowohl einen Einstieg in die Materie als auch detaillierte und aktuelle Informationen für die Bearbeitung strafrechtlicher Sachverhalte mit Auslandsbezug. Ein rundum gelungenes Werk.

Dr. Mayeul Hiéramente, Hamburg

³ EuGH NJW 2016, 1709.

⁴ EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18 PPU; EuGH, Urt. v. 25.7.2018, C-216/18 PPU, mit Anm. Payandeh, JuS 2018, 91.

Buchrezension

Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 161 S., € 39,-.

Wer die Arbeit von *Kai Ambos* und die Geschichte der juristischen Fakultät der Universität Göttingen kennt, konnte sich schon denken, dass er sich früher oder später mit dem Problem der Beziehung zwischen der deutschen Strafrechtswissenschaft und der NS-Diktatur beschäftigen wird.

Ambos ist einer der ersten deutschen Professoren, die den Nürnberger Prozess nicht als „Siegerjustiz“ abgelehnt haben. Im Gegenteil, sie werden in seiner bahnbrechenden Habilitationsschrift als wesentlicher Bestandteil der Entwicklung des Völkerstrafrechts untersucht, einschließlich der sog. „Juristen-Prozesse“ (U.S. v. Alstötter et al), wo die formale Erfüllung der nationalsozialistischen Legalität als Verteidigungseinwand abgelehnt wurde, „wenn diese Gesetze die Begehung internationaler Verbrechen zum Inhalt haben“.¹ Seit 2003 ist *Ambos* Lehrstuhlinhaber für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Internationales Strafrecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Seine in mehreren Sprachen veröffentlichten Texte sind weltbekannt und werden allerorten zitiert. Sein Einfluss im Völkerstrafrecht zeigt sich u.a. in den Urteilen des Internationalen Strafgerichtshofs. *Ambos* ist der Praxis durch eine langjährige Richtertätigkeit verbunden, derzeit als Richter am Kosovo Sondertribunal, sowie durch seine Verteidigung in völkerstrafrechtlichen Verfahren. Im Jahre 2018 wurde er auch zum Berater (amicus curiae) der kolumbianischen Sondergerichtsbarkeit für den Frieden ernannt. Seine wissenschaftliche Verbindung mit Lateinamerika zeigt sich auch in der von ihm geleiteten Forschungsstelle für lateinamerikanisches Straf- und Strafprozessrecht (CEDPAL) an der Universität Göttingen.

Wie *Halfmann* zeigt, war die juristische Fakultät der Universität Göttingen, neben Kiel und Straßburg, eine der drei Fakultäten, an denen der Nationalsozialismus am stärksten war. Die Nazis haben u.a. Richard Honig vertrieben. Im Jahre 1936 wurde Hans Welzel zum Lehrstuhlinhaber, bis er nach dem Krieg nach Bonn berufen wurde.²

Die aktuelle Beschäftigung von *Ambos* mit dem NS-Strafrecht geht auf seine Rezension des Werks „Doctrina Penal Nazi“ des argentinischen Strafrechtsprofessors Eugenio R. Zaffaroni (2017) zurück. *Ambos* unterzieht das Werk Zaffaronis einer „eingehende[n] Überprüfung“ mit Blick auf dessen Quellen und zwar unter „Herbeiziehung weiterer Primär- und Sekundärquellen“ (S. 7). Daraus erklärt sich das umfassende Schrifttum, das es *Ambos* ermöglicht, Zaffaronis Thesen und Ansätze zu verifizieren oder falsifizieren. *Ambos* will die Kontinuitätsthese – rückwärtsgerichtet (post-Weimar) und zukunftsorientiert (mit Blick auf die Nachkriegszeit und

Bonner Republik) – „durch die systematisch-analytische Aufbereitung der Texte relevanter Autoren“ belegen, wobei es ihm „primär um die – für sich selbst sprechenden – Texte, nicht die moralische Beurteilung ihrer Verfasser“ geht (S. 7).

Strukturell folgt *Ambos* der Gliederung Zaffaronis, wobei in jedem Abschnitt die Hauptthesen Zaffaronis zusammenfassend vorangestellt werden. So beschreibt *Ambos* in seinem ersten Kapitel prägnant den Inhalt von Zaffaronis Buch und seine Bedeutung für den deutschen und lateinamerikanischen Leser, wobei dieser stark vom deutschen Denken beeinflusst wird. Im zweiten Kapitel werden die Grundlagen des NS-Strafrechts beschrieben: zunächst Rassismus, Volksgemeinschaft, Führerstaat, Führerprinzip und Exklusion; sodann materieller Unrechtsbegriff, Ethnisierung, „totales“ Strafrecht und Entformalisierung; und last but not least die Begründung eines generalpräventiven und sühnenden Willensstrafrechts. Insoweit scheint zwischen den Ansätzen von Zaffaroni und *Ambos* kein substantieller Unterschied zu bestehen, abgesehen von formalen Fehlern, insbesondere mit Blick auf die Quellenauswertung, die *Ambos* bei Zaffaroni identifiziert. Im dritten Kapitel widmet sich *Ambos* dem nur scheinbaren Kampf zwischen der klassischen und modernen Strafrechtsschule um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert, die letztlich ihr gemeinsamer Konservatismus und Autoritarismus eint. Gleichwohl hat, so *Ambos*, „der antiliberal-nationalsozialistische Strafrechtsdiskurs die liberalen Ansätze beider Schulen bekämpft und sie gleichermaßen als Repräsentanten – ‚Schößlinge derselben Wurzel‘ – des zu überwindenden individualistischen und positivistischen Liberalismus angesehen [...]“ (S. 54).

Im grundlegenden vierten Kapitel setzt sich *Ambos* sehr kritisch mit den Thesen Zaffaronis zum (angeblichen) Einfluss des Neukantianismus auf das NS-Strafrecht auseinander. *Ambos* stellt fest, dass die meisten juristischen Anhänger des Neukantianismus zum Zeitpunkt der Machtübernahme Hitlers (1933) tot waren und die noch Lebenden schnell von ihren Lehrstühlen entfernt wurden, sei es, weil sie jüdischer Herkunft (Grünhut und Honig) oder Liberale (Radbruch) waren. Die nationalsozialistische Nähe von Autoren wie Mezger, Schwinge und Zimmerl versteht *Ambos* nicht als Folge neukantianischer Postulate, sondern Ausdruck persönlich-kriminalpolitischer Präferenzen. *Ambos* weist darauf hin, dass der Neukantianismus „insbesondere in seiner wertrelativistisch-pluralistischen Variante“ Radbruchs „einer autoritären Verabsolutierung bestimmter Werte oder einer bestimmten Weltanschauung diametral“ entgegensteht (S. 81). Das Kapitel endet mit der Feststellung, dass der pluralistisch-liberale Neukantianismus grundsätzlich, ebenso wie Radbruch selbst, die „Anerkennung unveräußerlicher Menschenrechte“ unterstützt, weshalb es „auch nicht verwundern [kann], dass sich das neukantianisch-wertbezogene Denken im Strafrecht der (Bonner und Berliner) Republik des Grundgesetzes gehalten hat“ (S. 86).

Im folgenden fünften Kapitel befasst sich *Ambos* mit der Kieler Schule und ihren wichtigsten nationalsozialistischen Denkern, nämlich Dahm und Schaffstein. Obwohl *Ambos* im sechsten Kapitel – in Widerspruch zu Zaffaroni – eine sehr differenzierte Analyse der Person und des Werks von Erik

¹ *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, S. 118.

² *Halfmann*, in: Becker/Dahms/Wegeler (Hrsg.), Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus, 2. Aufl. 1998, S. 102.

Wolf vorlegt, bestätigt er doch tendenziell Zaffaroni insoweit, als vor allem „die Kieler“ (zu denen etwa auch der Zivilrechtler Larenz gehörte) für die Radikalisierung des dogmatischen Denkens im Nationalsozialismus maßgeblich Verantwortung trugen.

Im Schlusskapitel diskutiert *Ambos* die von Zaffaroni sogenannte „selektive Rezeption des deutschen Strafrechts in Lateinamerika“ (S. 129) und kritisiert seine Darstellung von Welzel als „Überwinder des (neukantianischen) NS-Strafrechts“ (S. 131). Zaffaroni ignoriert insoweit die modernere kritische Welzel-Forschung, zu der etwa auch der Rezensent beigetragen hat.³ Hier erweist sich Zaffaronis Arbeit, so die Kritik von *Ambos*, als eine „Fortsetzung der Auseinandersetzung zwischen Kausalismus und Finalismus mit anderen Mitteln“ (S. 139), wobei Zaffaroni sich auf seinem finalistischen Auge als blind erweist, wie es schon zuvor Bacigalupo, Donna und (jüngst) Aller waren (S. 132 und S. 133, Fn. 709). Im letzten Abschnitt, der sich mit der Frage der Kontinuität des Denkens des nationalsozialistischen Strafrechts in Lateinamerika befasst, stimmt *Ambos* jedoch grundsätzlich mit Zaffaroni überein, was das Bild gefährlicher moralistischer, populistischer Tendenzen betrifft; er betont auch die Notwendigkeit solcher Studien, die es der lateinamerikanischen Strafrechtswissenschaft ermöglichen, ihre Funktion der rationalen Einschränkung der Strafgewalt des Staates zu erfüllen.

Inhaltlich handelt es sich um eine dialektische Arbeit, in der die zentrale These Zaffaronis – Überwindung der nationalsozialistischen Strafrechtslehre durch die Welzelsche Handlungstheorie und Sachlogik – aufgedeckt und widerlegt wird. *Ambos* stellt ihr die schon erwähnte Kontinuitäts- und Radikalisierungsthese gegenüber und zwar sowohl rückwärtsgerichtet (post-Weimar) als auch zukunftsorientiert (hin zur Bonner Republik). Insoweit weist er nach, dass auch nach dem Untergang des dritten Reiches zahlreiche nationalsozialistisch orientierte Juristen und Hochschullehrer ihre Tätigkeit fortsetzten oder wiederaufnahmen. Sie lehrten im Wesentlichen das gleiche wie zuvor, bemühten sich aber darum, über ihr früheres Verhalten zu schweigen und sich jedenfalls von radikalen Positionen zu distanzieren. *Ambos* weist insoweit darauf hin, dass „mit einer gewissen Verwunderung festgestellt werden [kann], dass sich nur einer der angesehenen Strafrechtswissenschaftler [Schaffstein] öffentlich von seinen früheren Lehren distanziert hat“ (S. 25).

Das ist der Kern der Sache, das Unbestreitbare, unser Elefant im Raum! Wenn wir davon ausgehen, dass Demokratie mit Totalitarismus unvereinbar ist, wie kann es dann sein, dass die Lehren der deutschen Strafrechtswissenschaft sowohl mit der NS-Diktatur als auch mit der Bonner Republik kompatibel sind?

Angesichts der einfachen Antwort von Zaffaroni („Nur der Neokantianismus und die Kieler Schule haben den Nationalsozialismus ermöglicht bzw. waren selbst nationalsozialistisch“), entwickelt *Ambos* durchweg eine differenziertere Argumentation: Die Radikalisierung der deutschen Strafrechtslehre während des Nationalsozialismus war nicht mehr und nicht weniger als eben das – Radikalisierung – und zwar

aus politischen oder persönlichen Interessen und von Ideen, die nicht notwendigerweise die NS-Exzesse zur Folge haben mussten. So ist es möglich, die eigentlichen nationalsozialistischen Strafrechtswissenschaftlicher (insbesondere der Kieler Schule) zu identifizieren, die im Übrigen auch in nationalsozialistischen Organisationen aktiv waren. Da aber die dem NS-Strafrecht vorausgehenden (konservativ-autoritären) Ideen nicht zwangsläufig zu einer nationalsozialistischen Radikalisierung führen mussten, könnten sie auch als Grundlage des Strafrechts der Republik Bonn dienen.

Entgegen den Schlussfolgerungen von *Ambos* und Zaffaroni glaube ich nicht, dass die Strafrechtswissenschaft als autonome Quelle von Kriterien dienen kann, die die Strafgewalt des Staates einschränken würden. Mein Vorschlag ist bescheidener: die Unterwerfung der Dogmatik unter die Demokratie. Dies bedeutet, dass die Gültigkeit des Gesetzes und die Bindung an den Gesetzlichkeitsgrundsatz nur mit verfassungsrechtlichen Argumenten diskutiert werden kann, nicht aber unter Bezugnahme auf mehr oder weniger differenzierte Theorien von Gelehrten über Mensch und Gesellschaft. Und wenn wir nicht in einer Demokratie leben, hat jeder die politische Verantwortung für sein Handeln zu übernehmen und wir können uns nicht damit exkulpieren, dass unsere Wissenschaft „unpolitisch“ oder nur „gute Politik“ sei. Die Erfahrungen und Lehren deutscher Strafrechtsprofessoren während des Nationalsozialismus, die von *Ambos* detailliert dokumentiert und kritisch analysiert werden, belegen dies. Es ist erfreulich, dass schon eine englische und spanische Fassung der Studie in Arbeit ist.

Jean Pierre Matus, Santiago

³ *Matus*, ZIS 2014, 622.

Buchrezension

Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 161 S., € 39,-.

Quien conociera el trabajo de *Kai Ambos* y la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga, sabría que él, tarde o temprano, tendría que enfrentar el problema de la relación entre la ciencia penal alemana y la dictadura nacionalsocialista.

Ambos es uno de los primeros profesores alemanes que no rechazó los procesos de Nüremberg como “justicia de vencedores”. Por el contrario, en su extraordinaria Habilitación los estudia como parte esencial del desarrollo del Derecho Penal Internacional, incluyendo el llamado “proceso a los juristas” (U.S. v. Alstötter et al), donde se rechazó como defensa el cumplimiento formal de la legalidad nazi, “cuando esa legalidad contiene la realización de un crimen bajo el derecho internacional”.¹ Desde 2003 él es Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad de Gotinga. Sus obras, traducidas a varios idiomas, especialmente al español y portugués, son mundialmente conocidas y citadas. Su influencia es reconocible en los fallos de la Corte Penal Internacional. Además, se encuentra ligado hace varios años a la práctica de los tribunales penales internacionales, desempeñándose actualmente como juez del Tribunal Especial para Kosovo. Y en el año 2018 fue nombrado Consejero (*amicus curiae*) de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia. Su permanente vinculación científica con Latinoamérica se refleja en la dirección del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Gotinga.

Y como *Halfmann* explica, la Facultad de Derecho de la Universidad de Gotinga, en la cual *Ambos* hoy enseña, fue una de las tres facultades donde la implantación del nacionalsocialismo fue más evidente, junto con Kiel y Estrasburgo. De allí fue expulsado R. Honig y allí llegó a enseñar H. Welzel en 1936, hasta su traslado a Bonn tiempo después de finalizada la guerra.²

La oportunidad para *Ambos* de hacerse cargo del tema llegó al momento de asumir la tarea de escribir una reseña del libro “Doctrina Penal Nazi”, del profesor argentino Eugenio R. Zaffaroni (2017). Ello explica el método, la estructura y el fondo de sus planteamientos.

En cuanto al método, *Ambos* se enfrenta al documentado trabajo de Zaffaroni a través de una “exhaustiva revisión de las fuentes empleadas” y una propia “recopilación de otras fuentes primarias y secundarias” (p. 7). Ello explica la profusa y detallada bibliografía empleada por *Ambos*, que le permite, a través de la exposición de los textos de la época, confirmar o rebatir las propuestas de Zaffaroni. Se cuida *Ambos*

de sostener que su investigación de las fuentes “debe ocuparse en un análisis sistemático de lo que los textos de los autores relevantes por sí mismos nos dicen, no en un juicio moral acerca de sus autores” (p. 7).

Respecto de la estructura, el libro de *Ambos* se desarrolla siguiendo la del libro de Zaffaroni, cuidando en cada apartado confirmar o rechazar lo que allí se sostiene. Así, en el primer capítulo se describe someramente el contenido del libro de Zaffaroni y su importancia tanto para el lector alemán como para el latinoamericano, cuya doctrina está profundamente influenciada por la que se produce en Alemania. Además, se establece el punto de partida de *Ambos* en su aproximación al tema: la tesis dominante en Alemania de la continuidad del desarrollo de la ciencia penal alemana antes y después del nacionalsocialismo, etapa que puede describirse como radicalización de ciertos elementos preexistentes en la doctrina del cambio de siglo y de la República de Weimar. En el capítulo segundo se describen los fundamentos del derecho penal nacionalsocialista: en primer lugar, racismo, comunidad del pueblo, Führerstaat, Führerprinzip y exclusión; en segundo término, concepto de injusto material, etización, derecho penal “total” o totalitario y desformalización; y finalmente, el establecimiento de un derecho penal con una finalidad preventivo general, expiatorio y de la voluntad. Hasta aquí, no parece existir una diferencia de fondo, más allá de correcciones formales de ortografía y referencia, entre el planteamiento de *Ambos* y Zaffaroni. En el capítulo tercero, se describe la aparente lucha entre las escuelas clásica y moderna del Derecho Penal en el cambio de siglo, que escondería su común carácter conservador y autoritario. No obstante, *Ambos* deja establecido que, “el discurso antiliberal del penalismo nacionalsocialista se dirigía por igual contra ambas escuelas y sus representantes, vistas como hilos de la misma madeja liberal, individualista y positivista” (p. 54).

En el capítulo cuarto, se discute con Zaffaroni la (supuesta) influencia del neokantismo en el Derecho Penal nacionalsocialista. Se sostiene que la mayor parte de los autores de esa doctrina estaban muertos al momento de la asunción al poder de Hitler (1933), y los que quedaban vivos, rápidamente fueron separados de sus cátedras, sea por su origen judío (Grünhut y Honig) o su liberalismo (Radbruch), sin desconocer la abierta adscripción de Mezger, Schwinge y Zimmerl a los postulados nacionalsocialistas, pero entendida como su propia posición personal antes que una consecuencia de los postulados neokantianos, “especialmente en la variante relativista y pluralista de Radbruch, diametralmente opuesta a la absolutización de determinados valores o visión del mundo” (p. 81). Finaliza el capítulo afirmando que también el neokantismo permite sostener, como hizo el propio Radbruch, el “reconocimiento de los derechos humanos inalienables”, “por lo que no puede sorprender que el pensamiento neokantiano fundamente el pensamiento del Derecho Penal en la República Constitucional de Bonn y Berlin” (p. 86).

En el capítulo quinto se desarrolla propiamente la doctrina nacionalsocialista del derecho penal, a través de una reseña de los textos de sus cultores más prominentes: Dahm y Schaffstein (Escuela de Kiel). Aunque en el sexto capítulo *Ambos* discrepa con Zaffaroni acerca de la valoración de la

¹ *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002, p. 118

² *Halfmann*, en: Becker/Dahms/Wegeler (ed.), Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus, 2. edición 1998, p. 102.

persona y el trabajo de Erik Wolf, en estos dos capítulos el trabajo de Ambos confirma en general lo propuesto por el profesor argentino, en el sentido que estos juristas – especialmente los de Kiel (entre los cuales también se puede incluir al civilista Larenz) – parecen ser los responsables de la radicalización del pensamiento penal durante el nacionalsocialismo, con planteamientos directamente dirigidos a confirmar o desarrollar, en el derecho penal, la ideología nazi.

Finaliza el texto dando cuenta de lo que Zaffaroni describe como una “recepción selectiva del derecho penal alemán (inspirado en el nacionalsocialismo) en Latinoamérica” (p. 129) y rechazando su tesis sobre Welzel como el “superador del derecho penal nacionalsocialista (neokantiano)” (p. 131), que desconoce el testimonio escrito del propio Welzel y las investigaciones sobre sus ideas y actividades personales antes, durante y después del nacionalsocialismo, incluyendo la que cita en su obra.³ En este punto, a juicio de *Ambos*, lamentablemente la obra de Zaffaroni parece más que una investigación imparcial sobre el derecho penal nacionalsocialista, una “continuación de la disputa entre causalismo y finalismo por otros medios” (p. 139), donde el profesor argentino aparece cegado ante la evidencia por su previa adscripción al finalismo, como también lo estuvieron Bacigalupo, Donna y (recientemente) Aller (p. 132 y 133, nota al pie 709). No obstante, en el último apartado, donde se aborda la pregunta acerca de la continuidad del pensamiento del Derecho penal nacionalsocialista en Latinoamérica, *Ambos* coincide en términos generales con Zaffaroni en la imagen de la existencia de peligrosas tendencias moralistas, populistas y estigmatizadoras de la disidencia en nuestra legislación y jurisprudencia, y en la necesidad de que estudios de esta clase permitan a la ciencia penal latinoamericana cumplir con su función de limitar racionalmente el poder sancionador del Estado.

En cuanto al fondo, se trata de un trabajo dialéctico, en que se expone y rebate la tesis central del texto de Zaffaroni, que puede resumirse en la idea de la superación de la doctrina penal nacionalsocialista, a través de la teoría final de la acción de Welzel y sus estructuras lógico-objetivas. Contra esa tesis, *Ambos* levanta la dominante en Alemania hoy en día: la continuidad y radicalización de las tendencias racistas (antisemitas), populistas (germánicas) y totalitarias del Derecho penal del cambio de siglo y la República de Weimar, que no puede entenderse solo hacia el pasado anterior a la guerra. También existió continuidad después de ella, en la República de Bonn, pues la inmensa mayoría de los profesores que en sus escritos apoyaron la doctrina nacionalsocialista continuaron en sus puestos, enseñando esencialmente lo mismo que enseñaban durante la dictadura, cuidándose únicamente de silenciar su conducta durante ella y distanciarse de sus aspectos radicales. Sin embargo, como señala *Ambos*, “se puede constatar con estupor que solo uno de esos profesores de derecho penal [Schaffstein] se distanció abiertamente de sus enseñanzas anteriores” (p. 25).

¡He allí el quid del asunto, lo incontestable, nuestro elefante en el cuarto!: Si entendemos que la democracia es incompatible con el totalitarismo, ¿qué significa que las teorías

desarrolladas por la ciencia penal alemana sean compatibles tanto con la dictadura nazi como con la República de Bonn?

Frente a la respuesta simplista de Zaffaroni (“solo el neokantismo y la Escuela de Kiel habrían posibilitado o desarrollado el derecho penal nacionalsocialista”), *Ambos* desarrolla a lo largo del texto una más sutil: la radicalización de la doctrina penal alemana durante el nacionalsocialismo fue nada más y nada menos que eso, radicalización, por intereses políticos o personales, de ideas que no necesariamente conducían a los excesos nazis. Eso permite distinguir a quienes intentaron llevar directamente la ideología nazi al derecho penal (Escuela de Kiel), de aquellos otros que no, aún cuando hubieran incluso participado en organizaciones nacionalsocialistas. Las ideas de estos otros, anteriores al nacionalsocialismo, aunque conservadoras y autoritarias, no necesariamente llevaban a las propuestas nacionalsocialistas radicales, y por eso pudieron servir como fundamento del Derecho Penal de la República de Bonn.

Por eso mismo, al contrario de lo que concluyen *Ambos* y Zaffaroni, no me parece que la ciencia penal se encuentre en condiciones de servir como fuente autónoma de criterios que permitan limitar el poder del Estado. Mi alternativa es más modesta: asumir la sujeción de la dogmática penal a la democracia. Esto significa que la validez de la ley y la sujeción al principio de legalidad no pueden discutirse sino con argumentos constitucionales, y no con relación a teorías más o menos sofisticadas acerca del hombre o la sociedad que cada profesor de Derecho Penal tenga. Y cuando no vivamos en democracia, cada uno asumirá la responsabilidad política de sus actos, pero no podremos excusarnos con que lo nuestro es solo ciencia “apolítica” o sólo “buena política”. Las experiencias y enseñanzas de los profesores alemanes durante el nacionalsocialismo y a su término, detallada y críticamente analizada por *Ambos*, así lo demuestra.

Afortunadamente, pronto tendremos en inglés y español una versión de este importante texto, que prepara en la Editoriales Nomos/Hart y Tirant Lo Blanch. Esto permitirá seguir entre nosotros con este debate imprescindible, habiendo vivido dictaduras, similar continuidad personal del profesorado y no muy disímil radicalización del pensamiento de algunos de nuestros autores de aquellos tiempos.

Jean Pierre Matus, Santiago

³ *Matus*, ZIS 2014, 622.

Buchrezension

Antje Schumann, Verhör, Vernehmung, Befragung, Zu Geschichte und Dogmatik des Rechtsbegriffs der Vernehmung im Strafprozess und seiner Auflösung im 20. Jahrhundert, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, 265 S., € 84.

I. Mit der Geschichte und der Dogmatik „des Rechtsbegriffs der Vernehmung im Strafprozess und seiner Auflösung im 20. Jahrhundert“ (so die Beschreibung im Untertitel) beschäftigt sich *Antje Schumann* in ihrer im Wintersemester 2014/15 von der Leipziger Juristenfakultät angenommenen Habilitationsschrift. Die von *Heribert Schumann* betreute Arbeit fällt mit 213 Seiten (wenn man nur den Haupttext zählt) – nach meiner Meinung: erfreulich – schlank aus. *Antje Schumann* wendet sich einem Thema zu, das bis zu diesem Zeitpunkt von der Strafprozessrechtswissenschaft kaum untersucht worden ist.¹ Etwa zeitgleich mit der Annahme der Habilitationsschrift sind allerdings zwei weitere gehaltvolle Arbeiten erschienen, mit denen es thematisch Überschneidungen gibt – *Sickor*, Das Geständnis, 2014, und *Drews*, Die Königin unter den Beweismitteln, 2013. Die Arbeit von *Sickor* taucht zwar im Literaturverzeichnis der hier zu besprechenden Arbeit auf, eine nennenswerte Auseinandersetzung mit *Sickors* Erkenntnissen findet in *Antje Schumanns* Untersuchung aber nicht statt. *Drews* Arbeit wird – obgleich der rechtspsychologische Abschnitt in *Antje Schumanns* Arbeit (S. 191–202) dazu eingeladen hätte – nicht berücksichtigt.

II. 1. *Antje Schumann* beginnt ihre Untersuchung mit einer kurzen „Einführung“, in der sie die Vernehmung als „Nahtstelle des Staat-Bürger-Verhältnisses“ identifiziert (S. 1 f.).

2. Anschließend folgt auf 61 Seiten die eigentliche Einführung in das Thema, in der *Antje Schumann* aufzeigt, in welchen Spannungsfeldern sich der Begriff der Vernehmung heute bewegt („Begriff der Vernehmung: Der aktuelle Befund“). *Schumann* beginnt mit den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften, die aber darüber schweigen würden, wann sie auf eine Befragung im Strafverfahren anzuwenden seien. Dem sich hierauf beziehenden klassischen Streitstand formeller versus materieller Vernehmungsbegriff wendet sich *Schumann* sodann zu. In den hierzu vertretenen Theorien sieht sie keine allgemeinen Bestimmungen des Vernehmungsbegriffs, sondern „lediglich die Pole des Streits um die rechtlichen Folgen der verdeckten Befragung“. Letztlich gehe es um die zentrale Frage nach der Pflicht des Staates, seinen Bürgern in der Befragung mit „offenem Visier“ zu begegnen und nach den Folgen, wenn er es nicht tue. Einen Schwerpunkt legt *Schumann* in den weiteren Erörterungen der Problematik auf die mit dem Strafprozessänderungsgesetz vom 19.12.1964 eingeführten Belehrungspflichten in den §§ 136, 243, 163a StPO. *Schumann* legt dar, dass Rechtsprechung und Schrifttum sogleich nach der gesetzlichen Verankerung der Belehrungspflichten vielfältige dogmatische Konstruktio-

nen entwickelt hätten, die letztlich zu einer Suspendierung der gesetzgeberischen Entscheidung geführt hätten. Dazu gehöre etwa der anfängliche Versuch, den Belehrungspflichten den Charakter bloßer Ordnungsvorschriften zuzuweisen, die Konstruktion einer (belehrungsfreien) informatorischen Befragung und des (ebenfalls belehrungsfreien) informatorischen Vorgesprächs sowie die Dogmatik des Beschuldigtenbegriffs, die es gestatte, die befragte Person trotz bestehenden Anfangsverdachts erst spät als Beschuldigten einzustufen („verdächtiger Zeuge“). Alle diese Begründungsmuster verwirft *Schumann*, mit der (kleinen) Einschränkung, dass informatorische Vorgespräche im Vorfeld des Bestehens eines Anfangsverdachts zulässig seien, wenn die amtliche Eigenschaft der befragenden Person erkennbar sei. Ebenso verwirft *Schumann* anschließend die Versuche insbesondere der Rechtsprechung, verdeckte Befragungen unter gewissen Voraussetzungen für statthaft zu erachten. An der diesbezüglichen Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – namentlich an der Grundsatzentscheidung des *Großen Senats* für Strafsachen vom 13.5.1996 (sog. Hörfallenbeschluss) – übt *Schumann* harsche Kritik. Der formelle Vernehmungsbegriff der Rechtsprechung führe zur Suspendierung der Vernehmungsvorschriften bei der verdeckten Befragung. Mit der dabei argumentativ vorgenommenen Verschiebung des Problems vom konkreten Verfahrensrecht in das flexiblere Prinzipiengefüge des Verfassungs- und Konventionsrechts schaffe sich die Rechtsprechung eine eigene Abwägungsebene und lockere auf diese Weise ihre Bindung an das positive Gesetzesrecht zulasten des befragten Bürgers. Im Ergebnis legitimiere die Rechtsprechung die verdeckte Befragung als Strafverfolgungsmaßnahme neben der förmlichen Vernehmung.

3. Der mit 111 Seiten umfangreichste dritte Teil der Untersuchung ist die „Historische Grundlegung“. *Schumann* leitet diesen Teil mit den Worten ein, er sei „von der Idee geleitet, dass die Antworten auf die gegenwärtigen Fragen zur Vernehmung in der Vergangenheit zu suchen sind“. Die historische Untersuchung beginnt mit der *Constitutio Criminalis Carolina* und endet 1945. Eine zusammenfassende Darstellung dieses Teiles soll hier unterbleiben, da sie bereits an anderer Stelle – aus berufenerem Munde – erfolgt ist.²

4. *Schumann* selbst schließt die historische Untersuchung nicht mit einer Zusammenfassung ab. Allerdings beginnt sie den folgenden Teil zum „Rechtsbegriff der Vernehmung“ mit einem Abschnitt, den sie „Historische Auslegung“ nennt. Hier legt sie den Ertrag ihrer historischen Untersuchung dar, die – so *Schumann* – offenbart habe, dass dem deutschen Strafverfahren das Modell der richterlichen Vernehmung zugrunde liege. Selbstverständliches Begriffsmerkmal der richterlichen Vernehmung sei ihre Erkennbarkeit für den Befragten. Entsprechende ausdrückliche Vorschriften hätten für Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei zwar zunächst gefehlt. Es sei aber schon damals nicht davon auszugehen gewesen, dass der Gesetzgeber damit einen anderen Verneh-

¹ Siehe auch *Härter*, Rechtsgeschichte 26 (2018), 369 („Forschungslücke“), abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.12946/rg26/369-371> (24.4.2019).

² Nämlich durch den Rechtsgeschichtler *Härter*, Rechtsgeschichte 26 (2018), 369 (370 f.), abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.12946/rg26/369-371> (24.4.2019).

mungsbegriff für diese Strafverfolgungsorgane intendiert habe. Spätestens jedoch seit der Schaffung des § 163a StPO im Jahre 1964 erscheine die Auslegung des an der richterlichen Vernehmung orientierten „absoluten“ Vernehmungsbegriffs als „geradezu zwingend“. Die Befragung durch Strafverfolgungsorgane sei also nur dann eine Vernehmung, wenn sie offen erfolge. Die förmliche Vernehmung sei zudem die einzige nach dem Gesetz vorgesehene Art der Befragung. Da die Methode der historischen Auslegung – auch nach *Schumanns* Ansicht – nicht allein maßgeblich ist, wirft sie im Folgenden die Frage auf, ob „überzeugende Gründe“ zu finden seien, neben der im Gesetz vorgesehenen förmlichen Vernehmung andere Befragungsmethoden wie die verdeckte Befragung zuzulassen. Hier wendet sich *Schumann* zunächst dem Verhältnis von schützenden Formen und der Methode der Wahrheitsfindung sowie der Frage nach der Bedeutung der Verfahrensgerechtigkeit und den Strafzwecken zu. Sodann folgt der bereits eingangs erwähnte rechtspsychologische Abschnitt, in dem *Schumann* auf die Gefahren hinweist, die der Wahrheitserforschung durch verdeckte Befragungen drohen würden. Im Ergebnis sieht *Schumann* das Bild, das sich aus der historischen Auslegung ergeben hat, als aus „normativer und empirischer“ Sicht bestätigt: Es sei kein Grund ersichtlich, neben der in der StPO geregelten förmlichen Vernehmung die verdeckte Befragung als Ermittlungsmethode zuzulassen.

5. Im letzten Teil ihrer Arbeit wendet sich *Schumann* noch den „Konsequenzen“ des von ihr dargelegten Rechtsbegriffs der Vernehmung zu, zuerst der Frage nach der Verwertbarkeit von Informationen, die durch eine unzulässige Befragung gewonnen wurden. Da *Schumann* die herkömmliche „Abspaltung der Verwertungsverbote von den Beweiserhebungsverböten“ nicht für angängig hält, ergibt sich die Unverwertbarkeit für sie ohne Weiteres.³ Dass Unverwertbarkeit aber auch nach Maßgabe der herkömmlichen Beweisverbotsdogmatik anzunehmen sei, legt *Schumann* im Folgenden dar. Abschließend formuliert *Schumann* noch einen „Ausblick“, in dem sie – sehr knapp – begründet, dass verdeckte Befragungen auch de lege ferenda unstatthaft seien, weil sie gegen die Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen würden.

III. *Schumann* nimmt sich in ihrer Habilitationsschrift eines Themas an, das untersuchungsbedürftig und -würdig ist, weil die Probleme, die sich um Befragungen des Bürgers im Strafverfahren ranken, gewichtig und ungelöst sind. Die Lösungen auf die Probleme sucht *Schumann* ausdrücklich in der Vergangenheit und sie findet in den „alten“ Texten (Gesetze, Materialien, Schrifttum, Judikate) eine – den Befragten schützende – Klarheit, deren Auflösung im 20. Jahrhundert sie beklagt. Hiergegen ist indes einzuwenden, dass es die von *Schumann* den juristischen Texten entnommene „gute alte Zeit“ in der Rechtswirklichkeit nie gegeben hat, auch nicht 1877.⁴ Deshalb kann der seitdem stattgefundene Entwick-

lungsprozess auch nicht ohne Weiteres als Auflösung beschrieben werden. Vielmehr handelt es sich um eine Entwicklungsgeschichte, in der von Anbeginn an inquisitorische Motive mit den Befragten schützenden Motiven gerungen haben; diese Entwicklung ist naturgemäß nicht abgeschlossen.⁵ Man kann die Entwicklung der Rechtsprechung nach 1945 in diesem Sinne als Fortsetzung des Versuchs verstehen, die gegenläufigen Interessen auszutarieren. Soweit *Schumann* in ihrer Arbeit eindringlich darauf hinweist, dass das positive Recht dabei systematisch „unter die Räder“ gerät, teile ich ihre Kritik in weiten Teilen.⁶ Soweit sie allerdings annimmt, die Praxis der verdeckten Befragungen verletze die Menschenwürde, teile ich ihre Kritik nicht.

Staatsanwalt PD Dr. Jens Dallmeyer, Frankfurt a.M.

<http://dx.doi.org/10.12946/rg26/369-371> (24.4.2019). Eine Andeutung davon, dass dies auch *Schumann* bewusst ist, findet sich in ihrer Arbeit auf S. 178 unten. Es wäre auch überraschend, wenn die Strafverfolgungsorgane vor 150 Jahren – als die Bedeutung der Grund- und Menschenrechte für den Strafprozess noch kaum erkannt worden war – pfleglicher mit den Befragten umgegangen wären.

⁵ So auch *Wohlers*, GA 2017, 496 (497).

⁶ Ein vergleichbares Szenario beschreibe *ich* – am Beispiel der Beweisverbotsdogmatik – in *meinem* Buch *Beweisführung im Strengbeweisverfahren* (Fn. 3).

³ Ebenso *Dallmeyer*, *Beweisführung im Strengbeweisverfahren*, 2. Aufl. 2008, passim.

⁴ Darauf weist der Rechtsgeschichtler *Härter*, *Rechtsgeschichte* 26 (2018), 369, (371), hin, abrufbar unter

Tagungsbericht „Rethinking the Crime of Aggression: International and Interdisciplinary Perspectives“

Von Wiss. Mitarbeiter **Nicolai Bülte**, Wiss. Mitarbeiter **Tobias Römer**, Marburg

Vom 20. bis 22. September 2018 fand in Marburg eine internationale und interdisziplinäre Tagung zum Thema „Rethinking the Crime of Aggression: International and Interdisciplinary Perspectives“ statt. Dies war die mittlerweile fünfte Konferenz, die das dort ansässige Internationale Forschungs- und Dokumentationszentrum Kriegsverbrecherprozesse (ICWC) ausgerichtet hat.¹ Ziel war es, einen intensiven, interdisziplinären und internationalen Dialog über den Angriffskrieg und das Verbrechen der Aggression zu initiieren, der nicht nur die Genese der gegenwärtigen Situation adressiert, sondern zugleich Zukunfts- und Anwendungsperspektiven entwickelt. Die Beiträge reichten von soziologischen und psychologischen Interpretationen des Begriffs „Aggression“, über die historische Entwicklung der „Verbrechen gegen den Frieden“ in Nürnberg und Tokio, über die Entstehung des heutigen Tatbestandes bis hin zur individuellen Verantwortlichkeit und Verfolgung für dieses „Führungsverbrechen“.

I. Negotiating Aggression

Nach der Begrüßung durch die geschäftsführenden Direktoren des ICWC, Prof. Dr. Stefanie Bock (Rechtswissenschaften) und Prof. Dr. Eckart Conze (Geschichtswissenschaften), hielt Dr. Christoph Henrichs vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eine „Keynote“ mit dem Titel „Negotiating Aggression: From Rome over Kampala to New York“. Henrichs gab einen Überblick über die Entstehung des Tatbestandes und seine Verhandlungsgeschichte. So habe es bezüglich des von Robert Jackson so bezeichneten „Crime of Crimes“ nach der Anerkennung als „Verbrechen gegen den Frieden“ in den Nürnberger Prinzipien zunächst keine wesentlichen Fortschritte gegeben. Nach dem Ende des Kalten Krieges sei zwar die Notwendigkeit erkannt worden, Aggressionsverbrechen verfolgbar zu machen. Allerdings sei dies zunächst nicht möglich gewesen; man habe sich nicht auf eine Deliktsdefinition einigen können, und es habe sich Widerstand formiert gegen die Implementierung eines solchen Verbrechens. Während der Staatenkonferenz in Rom sei am 17. Juli 1998 zwar das „Rom-Statut“ angenommen worden, das sowohl Gründungsdokument des Internationalen Strafgerichtshofs als auch die erste weltweit gültige Kodifikation der völkerrechtlichen Kernverbrechen darstellt. Hinsichtlich des Tatbestandes der Aggression habe man dort aber noch keinen Kompromiss gefunden. In Kampala sei zwölf Jahre später zumindest eine Einigung über eine Definition erzielt worden. Schließlich habe man sich in New York am 15. Dezember 2017 abschließend darauf verständigt, unter welchen Voraussetzungen und gegenüber wem der Internationale Strafgerichtshof seine Zuständigkeit über das Verbrechen der Aggression ausüben kann.

¹ Ein Überblick über die vergangenen Tagungen findet sich unter <https://www.uni-marburg.de/icwc/forschung/konferenzen-ordner> (12.5.2019).

II. What is Aggression?

Das erste Panel der Konferenz eröffnete Prof. Dr. Wolfgang Knöbl vom Hamburger Institut für Sozialforschung mit einem Beitrag zum Thema „Aggression from a Sociological Perspective“. In der Soziologie sei der Begriff der Aggression selten Gegenstand des wissenschaftlichen Diskurses. Mit ihm ließen sich – je nach Perspektive – verschiedene Verhaltensweisen, Motive oder Emotionen erfassen. Es erscheine weiter schwierig, den Terminus zur Beschreibung von Makro-Verbrechen zu benutzen, weil er sich ursprünglich auf biologische oder psychologische Konzepte beziehe. Aufgrund eines insoweit schon sehr weiten Verständnisses der „Aggression“ sei der Begriff nicht mehr als eine generische Bezeichnung für verschiedene Verhaltensweisen. Knöbl äußerte sich daher kritisch zu seiner Verwendung bei der Analyse individueller und kollektiver Interaktionen.

Anschließend sprach Prof. Dr. Ulrich Wagner, Philipps-Universität Marburg, über „Dimensions of Aggression in Social Psychology“. In der Sozialpsychologie werde Aggression als eine Form der Gewalt verstanden, die sowohl impulsiv als auch kalkuliert („instrumental“) in Erscheinung trete und in weiten Teilen durch Prozesse wie Konditionierung oder Beobachtung erlernbar sei. Konflikte zwischen Gruppen, sogenannten „intergroup conflicts“, wohne zumeist eine höhere Intensität inne als interpersonalen Konflikten. Soziale Gruppen entstünden durch die Identifikation von Individuen mit bestimmten Kategorien bzw. Merkmalen. Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe sei aus sozialpsychologischer Perspektive ein wesentlicher Aspekt für das Auftreten extrem gewaltsamen Verhaltens.

III. States as Aggressors

Zu Beginn des zweiten Panels ging Prof. Dr. Mathias Albert, Universität Bielefeld, unter dem Titel „The Use of Force, Aggression and Statehood“ der Frage nach, inwieweit das Formulieren eines Verbrechens der Aggression nicht nur in politischer, sondern auch in rechtlicher Sprache Beweis einer zunehmenden Strukturalisierung des Völkerrechts sei. Dabei müsse beachtet werden, dass das „Westfälische System“, in dem Staaten als die alleinigen Akteure des Völkerrechts gelten, nie in Reinform existiert habe. Neben einzelnen Staaten gebe es andere, stärker werdende politische Autoritäten, die zu einer kosmopolitischen Ordnung beitragen. In dieser Ordnung bestehe die Hoffnung, dass das im Rahmen der Evolution des Völkerrechts einmal „erlernte“ Verbrechen der Aggression selbst für den Fall nicht wieder „verlernt“ werde, dass der Internationale Strafgerichtshof aufhören zu existieren.

Als weitere Rednerin sprach Fanny Coulomb, Maître de conférences, Universität Grenoble-Alpes/Sciences Po Grenoble, zum Thema „States as Aggressors: Some Economic Perspectives“. Sie schilderte zunächst die Annahme liberaler Wirtschaftswissenschaftler wie Adam Smith, wonach internationaler Handel und Globalisierung Kriegen entgegenwirkten, leitete im weiteren Verlauf jedoch zu gegensätzlichen Per-

spektiven über, die die Bedeutung wirtschaftlicher Interessen bei der Analyse staatlichen Handelns stärker betrachten. Seit den 1990er Jahren seien vor allem in den USA und Staaten der EU weite Teile des Verteidigungssektors privatisiert, also in die Hände wirtschaftlicher Akteure gelegt worden. Als aktuelle Bedrohungen für die globale Sicherheit nannte *Coulomb* Konflikte um Nahrungsmittel und seltene Ressourcen, den Klimawandel sowie volkswirtschaftliche Krisen.

Das Panel schloss mit einem Vortrag von Prof. *Dr. Philipp Osten*, Universität Keio (Japan), über „Japanese Aggression on Trial – Crimes against Peace at the Tokyo War Crimes Tribunal“. Obgleich fast sämtliche Angeklagten in dem Tokioter Verfahren wegen Verbrechen gegen den Frieden verurteilt wurden, habe der Prozess im Vergleich zu seinem Nürnberger Pendant wenig internationale Aufmerksamkeit erlangt. Im Weiteren setzte sich *Osten* insbesondere mit der Kritik auseinander, Verbrechen gegen den Frieden seien zur Zeit der Implementierung des Gerichts kein völkerrechtlich anerkannter Straftatbestand gewesen. Die hieran anknüpfende Kontroverse um die Legitimität der Strafnorm sei auch in der Folgezeit Gegenstand wissenschaftlicher Debatten in Japan gewesen. Letztlich habe die japanische Delegation sich in Kampala zwar dafür ausgesprochen, dass der Internationale Strafgerichtshof seine Gerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression ausüben solle, allerdings aus prinzipiellen Gründen nicht rückwirkend.

IV. Regulating Aggression

Das dritte Panel wurde von *Dr. Gerd Hankel*, Hamburger Stiftung zur Förderung von Wissenschaft und Kultur, mit einem Vortrag zum Thema „The Versailles Treaty and the Idea of Prosecuting Wars of Aggression“ eröffnet. Dabei stellte er die Schwierigkeiten der – letztendlich gescheiterten – Versuche dar, den deutschen Kaiser Wilhelm II. nach dem Ersten Weltkrieg vor ein internationales Tribunal zu stellen. Neben der Frage, ob ein solches Verfahren juristisch möglich sei, habe die Weigerung der Niederlande, den dorthin geflüchteten Kaiser auszuliefern, eine derartige Verzögerung bewirkt, dass letztlich die Staaten das Interesse an einer Strafverfolgung verloren hätten. Weiter ging *Hankel* auf die ebenfalls wenig erfolgreichen Leipziger Verfahren ein. Von 1.700 eingeleiteten Ermittlungsverfahren erreichte nur ein Bruchteil das Hauptverfahren, und lediglich zehn Angeklagte wurden verurteilt.

Anschließend richtete *Dr. Sergey Sayapin*, Assistant Professor, KIMEP University, Almaty (Kasachstan), in seinem Vortrag „Approaches of International Organisations and Institutions towards Acts of Aggression“ das Augenmerk auf die unterschiedlichen Positionen, die internationale Institutionen bezüglich der Anerkennung von Aggressionsverbrechen einnehmen. Dabei hob er hervor, dass der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen bislang nur sehr selektiv und zurückhaltend Angriffshandlungen als solche deklariert habe. Konsequenter seien hier regionale Institutionen wie die NATO, die Collective Security Treaty Organisation (CSTO) oder die Afrikanische Union (AU). Er ging auch auf die Reaktionen der EU auf die russische Annexion der Krim ein.

Dr. Eliav Lieblich, LL.M., Associate Professor, Tel Aviv University, hielt den letzten Vortrag dieses Panels und reflektierte über „An Internal Jus ad Bellum?“. Dabei stellte er heraus, dass die meisten und tödlichsten Konflikte der jüngeren Zeit interne gewesen seien. Es sei daher unzureichend, Aggression nur als zwischenstaatliches Phänomen wahrzunehmen; praktische und normative Gründe für eine Unterscheidung zwischen externem und internem Einsatz von Streitkräften existierten nicht. Darüber hinaus sollte es Regierungen wie nichtstaatlichen Akteuren verboten sein, in internen Konflikten Gewalt anzuwenden, solange es nicht um die Verteidigung von Leib und Leben gehe. Soweit sie dennoch in internen Konflikten angewandt werde und das entsprechende Verhalten nicht unter die bestehenden völkerstrafrechtlichen Normen zu subsumieren sei, bestünde bisweilen die Notwendigkeit für einen neuen „Verbrechen der internen Aggression“.

V. Legitimizing Aggression

Im vierten Panel sprach Prof. *Dr. Fabian Klose*, Leibniz-Institut für Europäische Geschichte, über „State Aggressions and Intervention: Patterns of Legitimization“. Dabei ging er auf humanitäre Interventionen ein, bei denen es sich um keine Idee des 20. Jahrhunderts handele, sondern um eine, die bereits im 19. Jahrhundert entwickelt worden sei. So hätten europäische Staaten im Osmanischen Reich zum Schutz christlicher Minderheiten interveniert, was ein Katalysator für humanitäre Interventionen gewesen sei. *Klose* wies dabei auch darauf hin, dass diese mitunter idealisiert würden, denn der Humanismus sei auch mit Imperialismus verbunden gewesen. So hätte die US-amerikanische Intervention im Freiheitskrieg Kubas gegen Spanien zu einer Herrschaft der USA auf Kuba geführt.

Prof. *Dr. Wilfried von Bredow*, Philipps-Universität Marburg, schloss sich mit einem Vortrag über „State Sovereignty and the Legitimacy of Aggression“ an. Er begann mit der Feststellung, dass die Globalisierung dazu geführt habe, dass Staatsgrenzen „dünner“ geworden seien, internationale Politik sich aber weiterhin an Einzelstaaten orientiere. Gleichzeitig sei die Souveränität von Einzelstaaten niemals ein klares Konzept gewesen, und größere Staaten hätten stets die Souveränität kleinerer verletzt. Weiter entspreche die Kodifizierung des Aggressionsverbrechens in Art. 8 bis Rom-Statut nicht mehr den realen Gegebenheiten: Die meisten Konflikte fänden nicht mehr zwischenstaatlich, sondern intern statt. Zudem hätten technische Entwicklungen die Art und Weise verändert, mit der Konflikte geführt werden; als Beispiel führte *von Bredow* „targeted killings“ an.

Im Vortrag mit dem Titel „The Crime of Aggression and the Prohibition of the Use of Force – Reflections on the Relation between the Rome Statute and General Public International Law“ sprach *Dr. Michael Lysander Fremuth*, Privatdozent, Freie Universität Berlin und Universität zu Köln, über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und dem Rom-Statut. Ausgehend von dem Befund, dass das Verbrechen der Aggression eine starke Nähe zu dem in Art. 2 Abs. 4 der VN-Charta verankerten Gewaltverbot aufweise, ging er unter anderem auf die Frage ein, was ein „offenkundiger Bruch“

(„manifest violation“) der VN-Charta sei und auf die Schwierigkeiten dieses Tatbestandsmerkmals. Es sei zu erwarten, dass das Merkmal selten als erfüllt angesehen werden wird. Dennoch sei die Existenz des Rom-Statuts im Allgemeinen und die von Art. 8 bis im Besonderen wichtig, weil sie Staatsoberhäuptern die Immunität nähmen. Die Schwellenklausel sei ein teuer erkaufter, aber politisch notwendiger Kompromiss zwischen dem Bedürfnis nach einer effektiven Strafverfolgung und staatlichen Souveränitätsinteressen; sie sei aber auch ein „hoher Preis“ für die Aufnahme des Aggressionsverbrechens in das Rom-Statut.

VI. Individualizing Guilt

Das fünfte Panel eröffnete *Dr. Tom Dannenbaum*, Assistant Professor, Fletcher School of Law and Diplomacy, mit einem Vortrag zum Thema „Criminalizing Interstate Wrongdoing“. Dabei ging er auf die Unterschiede zwischen dem Verbrechen der Aggression und den anderen Verbrechen des Rom Statuts („atrocity crimes“) ein. Diese seien letztlich nicht besonders groß. Insbesondere sei es nicht überzeugend, bei Aggressionsverbrechen einen Schwerpunkt auf die zwischenstaatliche Dimension der Tat zu legen. Eine solche Sicht übersehe, dass die anderen völkerrechtlichen Kernverbrechen ebenso eine starke politische Komponente hätten bzw. haben könnten. Zudem bliebe unberücksichtigt, dass auch das Verbrechen der Aggression letztlich Ausdruck eines Missbrauchs von Politik für die Verletzung von Menschenrechten und menschlicher Gemeinschaften sei.

Anschließend legte *Dr. Annette Weinke*, Privatdozentin, Friedrich-Schiller-Universität Jena, in ihrem Beitrag „Individualizing Guilt at Nuremberg“ dar, wie strafrechtliche Verantwortlichkeit nach den beiden Weltkriegen konstruiert wurde. Gerade in der englischsprachigen Forschung fänden sich Bemühungen, sowohl Kontinuitäten in der Entwicklung als auch den Einfluss nichtstaatlicher Akteure auf jene Prozesse herauszuarbeiten. Diese Idee führe aber in die Irre. Auch wenn gewisse Zusammenhänge existierten, könne man nicht von einer kohärenten Entwicklung sprechen. Bei der strafrechtlichen Verfolgung von Aggressionsverbrechen auf Grundlage individueller Verantwortlichkeit nach dem Zweiten Weltkrieg habe es sich vielmehr um ein Novum und einen Bruch mit dem damaligen Entwicklungsstand gehandelt.

Dr. Julia Geneuss, LL.M., Universität Hamburg, ging schließlich auf die Konstruktion individueller Verantwortlichkeit für Aggressionsakte im Rom-Statut ein. Der in Art. 8 bis Rom-Statut aufgestellte Maßstab unterscheide sich von dem, der in Nürnberg zugrunde gelegt worden sei, sowie von denjenigen, die für andere Tatbestände des Rom-Statuts gälten. So sei die „leadership clause“ ein echtes Tatbestandsmerkmal, nicht lediglich eine Frage der Zuständigkeit, und werde durch eine drastische Beschränkung von Art. 25 Abs. 3 Rom-Statut begleitet: Auch Hilfe leisten zu einem Aggressionsverbrechen könne nur ein sehr qualifizierter Kreis an Personen. Insgesamt sei der Tatbestand daher ein Rückschritt, denn nach Nürnberg wäre ein viel weiterer Kreis an Tätern oder Gehilfen erfassbar gewesen. Bedenklich sei insbesondere, dass der Tatbestand wirtschaftliche Akteure nicht erfasse.

VII. Prosecuting Aggression

Das letzte Panel wurde mit einem Vortrag von Prof. *Dr. Niels Blokker*, Universität Leiden, über „The Political Dimension of Aggression Trials: The Role of the Security Council“ eröffnet. Während der Verhandlungen in Kampala sei insbesondere die Frage, ob der Sicherheitsrat exklusiv das Vorliegen eines Akts der Aggression feststellen können sollte, kontrovers diskutiert worden. Art. 15 bis Rom-Statut stelle letztlich einen Kompromiss dar. Für den Fall, dass der Sicherheitsrat keinen Akt der Aggression feststelle, werde zwar ein sechsmonatiger Aufschub der Ermittlungen angeordnet, aber keine vollständige Blockade. Zuletzt betrachtete *Blokker* die Befugnis des Internationalen Strafgerichtshofs zu einer Überprüfung der Feststellungen des Sicherheitsrats. Eine solche Kompetenz sei sowohl vor dem Hintergrund der Unabhängigkeit des Gerichts als auch der Unschuldsvermutung erforderlich.

Dr. Patrycja Grzebyk, Universität Warschau, behandelte in ihrem Vortrag „Key Risks and Difficulties of Aggression Trials“ grundlegende Probleme von Verfahren wegen des Verbrechens der Aggression in Bezug auf den Frieden, das System der internationalen Strafjustiz sowie Versöhnungsprozesse. So hafte den Prozessen das Potential an, Friedensbemühungen des Sicherheitsrats entgegenzuwirken, zumal die Prozesse in der Regel Personen betreffen, die Teil von Friedensverhandlungen sein könnten. Weiter sei die Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs bei den Aggressionsverbrechen sehr eingeschränkt, weswegen entsprechende Verfahren nur sehr selektiv geführt werden könnten. Dies unterminiere die Glaubwürdigkeit des Gerichts. Gleichzeitig helfe eine derart eingeschränkte Betrachtung der Täter nicht dabei, die kollektiven Mechanismen von Aggressionsverbrechen zu verstehen. Dies könne auch aus der Opferperspektive problematisch sein, weil nicht alle aus ihrer Sicht Verantwortlichen verfolgt würden.

Als letzte Rednerin behandelte *Dr. Astrid Reisinger-Coracini*, Universität Wien, das Thema „National Implementation of the Crime of Aggression“. Insgesamt hätten 39 Staaten Aggressionsverbrechen im nationalen Recht unter Strafe gestellt. Diese ließen sich in die Kategorien Prä- und Post-Kampala einordnen. Die Strafvorschriften der ersten Gruppe ähnelten denjenigen der Nürnberger und Tokioter Tribunale, wohingegen später entstandene Tatbestände an Art. 8 bis Rom-Statut orientiert seien. Überraschenderweise sei die Reichweite der nationalen Tatbestände weiter als die des Rom-Statuts, da sie einerseits nicht den Restriktionen des Art. 15 bis Rom-Statut unterlägen und bisweilen mittels des Universalitätsprinzips verfolgt werden könnten. Weiter müsse man sich der Frage widmen, wie sich nationale Immunitäten auf die Verfolgung auswirken. Dabei spreche aufgrund systematischer Aspekte viel dafür, die vier völkerrechtlichen Kernverbrechen insgesamt von Immunitäten auszunehmen.

VIII. Fazit

Die vielfältigen Beiträge und Diskussionen offenbarten, dass eine multiperspektivische Betrachtung ein umfassendes Verständnis des Tatbestands der Aggression im Kontext seiner rechtlichen, historischen, politischen und soziokulturellen

Spannungsfelder befördern kann. Ein solches Verständnis erscheint in Anbetracht der dynamischen Genese des Völkerstrafrechts, und damit des Aggressionsverbrechens, für die Wissenschaft wie für die Praxis erforderlich, um die Vielseitigkeit seiner Zukunfts- und Anwendungsperspektiven besser erfassen zu können. Es ist geplant, die Beiträge in einem Tagungsband zu veröffentlichen.