

AUSGABE 7/2008

S. 298 - 353

3. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Internationales Strafrecht*

##### **Verbrechen gegen die Menschlichkeit und internationales Strafrecht**

##### **Kritische Beobachtungen**

Von Prof. Dr. Friedrich Dencker, Münster 298

##### **Fundamentos y propuesta legislativa para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile, elaborada por la Comisión Foro Penal**

Von Prof. Dr. Jean Pierre Matus Acuña, Talca 304

##### **Gefangene jenseits des Rechts?**

##### **Zur Entscheidung des U.S. Supreme Court im Verfahren Boumediene v. Bush**

Von Wiss. Mitarbeiter Jan Philipp Book,  
Wiss. Mitarbeiterin Julia Geneuss, Berlin 325

##### *Strafrecht*

##### **Änderung des Schutzzwecks einer Norm durch Auslegung?**

##### **Zur Reichweite des § 299 StGB a.F.**

Von Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, München 333

##### *Strafprozessrecht*

##### **Der Ermittlungsrichter – Ein Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft?**

##### **Eine kritische Würdigung der dogmatischen Einordnung ermittelungsrichterlicher Tätigkeit und Prüfungskompetenz bei sog. Ermittlungshandlungen**

Von Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning,  
RiLG Marc Wenske, Hamburg 340

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

##### **Günter Spendel, Für Vernunft und Recht, 2004**

(Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg) 348

##### *Internationales Strafrecht*

##### **Martin Wasmeier/Angelika Möhlig (Hrsg.), Strafrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2008**

(Dr. Stephanie Reiter, Wien) 353

#### Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dres. h.c. Bernd Schünemann

#### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

#### Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Internetauftritt

René Grellert

#### ISSN

1863-6470

# Verbrechen gegen die Menschlichkeit und internationales Strafrecht

## Kritische Beobachtungen

Von Prof. Dr. Friedrich Dencker, Münster\*

### I. Einleitung

Der Begriff des Völkerstrafrechts ist nicht einfach zu bestimmen, da er nicht nur international mit verschiedenen Inhalten in Verbindung gebracht wird, sondern auch in der deutschen Diskussion nicht immer einheitlich benutzt wird. Damit der Gegenstand der folgenden skizzenhaften Überlegungen deutlich wird, soll der Begriff des Völkerstrafrechts („im eigentlichen Sinne“<sup>1</sup>) im Sinne der Definition verstanden werden, die im deutschsprachigen Schrifttum wohl vorherrscht<sup>2</sup>: Danach soll im folgenden unter Völkerstrafrecht die Menge der völkerrechtlichen Normen verstanden werden, die ohne nationalrechtliche Transformation strafbares Verhalten beschreiben und Individuen für solches Verhalten Strafe androhen.<sup>3</sup>

Völkerstrafrecht in diesem Sinne gibt es, legt man der Einfachheit halber zunächst Art. 5 des Statuts des ständigen Internationalen Gerichtshofs (im folgenden: ICC) zugrunde, jedenfalls in vier großen Tatbestandsbereichen, nämlich Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Angriffskrieg. Am Beispiel der Verbrechen gegen die Menschlichkeit soll im folgenden eine kritische Überprüfung der „Euphorie“<sup>4</sup> vorgenommen werden, mit der im neuesten deutschen Schrifttum Völkerstrafrecht propagiert

---

\* Der nicht aktualisierte Beitrag wurde unter dem Titel *Crímenes de lesa humanidad y derecho penal internacional. Observaciones críticas* zuerst veröffentlicht in: Baigún u.a. (Hrsg.), *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. Maier*, 2005, S. 629.

<sup>1</sup> Weigend, *ZStW* 105 (1993), 774 (776); dort bezweifelt er – zu Recht – ob es das überhaupt gebe; die Annahme von entsprechendem „Gewohnheitsrecht“ gerade ein Jahrzehnt später (behauptet etwa im Vorwort des Lehrbuchs von Werle, *Völkerstrafrecht*, 2003, S. V) verblüfft angesichts dessen.

<sup>2</sup> Vgl. Werle (Fn. 1), S. 30 m.w.N.

<sup>3</sup> Ein begrifflich weiterreichendes Verständnis von „Völkerstrafrecht“ findet sich etwa im Lehrbuch von Dahm/Delbrück/Wolfrum, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, S. 994; danach fallen unter den Begriff alle Straftaten gegen international geschützte Rechtsgüter kraft Völkerrechts – auch dann, wenn die Strafbarkeit erst durch nationale Gesetze begründet wird, zu denen völkerrechtliche Konventionen die Mitgliedsstaaten verpflichten. Mit einem Rückgriff auf derart (und noch) weitere Begriffe von „Völkerstrafrecht“ wird z.T. im neueren deutschen Schrifttum operiert, wo die Existenz von Völkerstrafrecht kraft Völkergewohnheitsrecht begründet werden soll – so z.B. trotz seiner engeren Definition Werle (Fn. 1), S. 149; ders., *ZStW* 109 (1997), 808 (813); Ahlbrecht, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, 1999, S. 9 (enge Definition), S. 127 ff. (Rückgriff auf Konventionen als Beleg für Gewohnheitsrecht, wenn auch letztlich – s. S. 330 – kritisch).

<sup>4</sup> Vgl. Eser, in: ders./Kreicker (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut*, Bd. 5, 2005, S. 95, S. IX.

wird. Auf die Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Beispiel einzugehen bietet sich besonders deshalb an, weil der Schutz der Menschenrechte vielfach als wesentlicher Grund für die Propagierung von Völkerstrafrecht genannt wird.<sup>5</sup> Gerade im Interesse der Menschenrechte aber sollte stärker an die Notwendigkeit von Begrenzungen völkerstrafrechtlicher Normen gedacht werden; das ins Bewusstsein zu rufen, ist Ziel der folgenden Zeilen, die vorrangig auf die „Euphorie“ im deutschen Schrifttum reagieren, vielleicht aber auch in Lateinamerika – trotz dort vielfach ganz anderer rechtlicher, politischer und zeitgeschichtlicher Bedingungen – ertragen werden mögen.

Völkerstrafrecht im vorgenannten Sinne kann durch zwei Arten völkerrechtlicher Quellen begründet werden, Völkervertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht. Die im völkerrechtlichen Schrifttum als dritte Völkerrechtsquelle genannten gemeinsamen Rechtsprinzipien der großen Rechtssysteme der Welt können Strafrecht eventuell begrenzen, wegen ihrer Allgemeinheit konkrete Straftatbestände aber kaum begründen. Völkerstrafrecht kraft Völkervertragsrecht gilt in Teilen der Völkergemeinschaft, nämlich bei den Staaten, die das ICC-Statut ratifiziert haben. Durchaus fraglich ist, ob es, wie neuerdings im völkerstrafrechtfreundlichen Teil des deutschen Schrifttums behauptet<sup>6</sup>, auch Völkerstrafrecht kraft Völkergewohnheitsrecht gibt. Soweit es behauptet wird, geschieht das üblicherweise mit Hinweis auf die internationalen Militärtribunale von 1945, die ad-hoc-Tribunale der Vereinten Nationen für Ruanda (im folgenden ICTR) und das ehemalige Jugoslawien (im folgenden ICTY) sowie auf die Existenz des ICC in Den Haag. Dementsprechend soll zunächst darauf eingegangen werden, ob man ein Völkerstrafrecht kraft Völkergewohnheitsrecht so begründen kann, was den Reiz hätte, dass es auch außerhalb der Mitgliedsstaaten des ICC-Statuts Geltung hätte.

### II. Völkergewohnheitsrecht als Quelle von Völkerstrafrecht?

1. Strafrecht wird üblicherweise begrifflich unterteilt in materielles und formelles Strafrecht. Der Versuch, die wesentlichen Elemente des – derart vollständig gedachten – Strafrechts in eine gedankliche Ordnung zu bringen, könnte etwa wie folgt aussehen: Es müsste eine Norm existieren, welche die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses untersagt („Verhaltensnorm“); auf diese Norm aufbauend muss ein Tatbestand das normwidrige Verhalten genau definieren, und

---

<sup>5</sup> Die Idee des Menschenrechtsschutzes wird üblicherweise als Grundlage für die Entwicklung von Völkerstrafrecht genannt, vgl. Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 3), S. 995 f. m.w.N.; Werle (Fn. 1), S. 35; ders., *ZStW* 109 (1997), 808 (818 ff., 821); Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof – kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, 2003, S. 419 f. m.w.N.

<sup>6</sup> Z.B. Werle (Fn. 1), S. 54 m.w.N.; vorsichtiger Eser (Fn. 4), S. 3.

als Rechtsfolge muss für das tatbestandsmäßige Verhalten Strafe nicht nur angedroht sondern befohlen sein („Sanktionsnorm“). Ferner wird im materiellen Strafrecht zu regeln sein, wann ein tatbestandsmäßiges Verhalten ausnahmsweise nicht oder nicht individuell zum Vorwurf gereichen darf. Das formelle Strafrecht hat jedenfalls Regeln zu enthalten über das Verfahren und die Zuständigkeit von Gerichten, die festzustellen haben, ob die Voraussetzungen der materiellen Strafbarkeitsregeln im Einzelfall gegeben sind, und die gegebenenfalls als Adressaten der Sanktionsnorm die Strafe zu bestimmen haben. Schließlich gehören zum Strafrecht Regeln über den Verzicht auf Strafverfolgung sowie über die Vollstreckung der Strafe und darüber, ob, wie und durch wen zu verhängende und verhängte Strafen erlassen werden können, sei es im Wege richterliche Abänderung oder auch durch Gnadenakte, Amnestien o.ä.

Völkergewohnheitsrecht liegt vor, wenn eine von Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) getragene einheitliche und allgemeine einschlägige Praxis der Staaten (*longa consuetudo*) gegeben ist.<sup>7</sup> Letzteres ist nur dann der Fall, wenn die fragliche Praxis wenigstens von einer ganz überwiegenden Anzahl der Staaten geübt wird und wenn diese repräsentativ für die Staaten der Welt sind, also nicht nur für einzelne Bereiche.

Anhand dieser Maßstäbe ist nun zu messen, ob es einen völkerstrafrechtlichen Straftatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit gibt.

2. Eine völkergewohnheitsrechtliche (Verhaltens-)Norm, die die massiven Menschenrechtsverletzungen untersagt, welche man Verbrechen gegen die Menschlichkeit nennt, existiert – aus dem allgemein anerkannten Schutz der Menschenrechte folgt ohne weiteres das Verbot ihrer Verletzung. Schon schwieriger ist eine Aussage über einen entsprechenden Tatbestand, und zwar ganz unabhängig von dem Problem, ob ein strafbarkeitsbegründendes Gewohnheitsrecht angesichts des – ebenfalls völkerrechtlich anerkannten – Grundsatzes denkbar ist, nach welchem Strafbarkeit eine gesetzliche Grundlage haben muss<sup>8</sup> – *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>9</sup>.

Geht man über dieses Problem hinweg, bleibt festzustellen, dass jedenfalls eine lange (Völkerrechts-)Praxis nur in einem Teilbereich desjenigen – als des bestausformulierten – Tatbestandes festzustellen ist, den Art. 7 des ICC-Statuts formuliert. Das ergibt bereits ein Vergleich dieses Textes mit den Vorgängertexten seit den Statuten der Internationalen Militärtribunale von Nürnberg und Tokio aus dem Jahre

1945<sup>10</sup>. In diesem Bereich indes wird man einen solchen Tatbestand erkennen können.

Auch nicht ganz einfach ist ein gewohnheitsrechtlicher Strafrahmen festzustellen: Die IMT-Statuten sahen vor, das Tribunal könne jede ihm gerecht erscheinende Strafe (bis hin zur Todesstrafe) verhängen<sup>11</sup>, die Statuten für die ad-hoc-Tribunale für Ruanda und das ehemalige Jugoslawien nennen ohne weitere Spezifizierung Freiheitsstrafe als Rechtsfolgen und verweisen dabei für die Strafzumessung auf die Praxis des je betroffenen nationalen Strafrechts<sup>12</sup>. Das ICC-Statut schließlich sieht (im wesentlichen) zeitige Freiheitsstrafe (bis zu 30 Jahren) oder lebenslange Freiheitsstrafe vor<sup>13</sup>, wiederum, wie in allen Statuten, ohne Zuordnung zu bestimmten Tatbeständen und ohne nähere Eingrenzung.

Eine wirkliche Bestimmung der Strafe durch die Statuten (als Grundlage für die Existenz von Gewohnheitsrecht) erscheint danach zwar nicht auf den ersten Blick gegeben. Bedenkt man aber, dass es bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der IMT-Statute von 1945 um Straftaten, die in allen Strafrechtskulturen mit den jeweils höchsten Strafen bedroht waren und sind, erscheint die Fixierung allein der Straftat (Freiheitsstrafe<sup>14</sup>) und des Höchstmaßes einer zeitigen Freiheitsstrafe im ICC-Statut<sup>15</sup> als hinreichend, um insgesamt davon sprechen zu können, dass es einen völkergewohnheitsrechtlichen Straftatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit gibt, der auch ein Strafmaß vorgibt.

Bezüglich der weiteren materiellrechtlichen Elemente der Strafbarkeit sei lediglich darauf hingewiesen, dass seit den IMT-Statuten das Verbrechen gegen die Menschlichkeit als völkerrechtliches Verbrechen unabhängig davon existiert, „ob die Handlung gegen das Recht des Landes verstieß, in dem sie begangen wurde, oder nicht“<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 2c IMT-Statut und den gleichlautenden Art. 5 Abs. 2c des Statuts für das IMT von Tokio einerseits, die schon weitergehenden Art. 5 des ICTY- und 3 des ICTR-Statuts sowie schließlich den noch weitergehenden und ausdifferenzierten Art. 7 des ICC-Statuts.

<sup>11</sup> Art. 27 IMT-Statut und Art. 16 des Statuts für das IMT/Tokio.

<sup>12</sup> Art. 24 Abs. 1 ICTY-Statut; Art. 23 ICTR-Statut.

<sup>13</sup> Art. 77 Abs. 1 ICC-Statut.

<sup>14</sup> Nach den Statuten für ICTY, ICTR und ICC jedenfalls lässt sich sicher eine völkergewohnheitsrechtliche Todesstrafe verneinen.

<sup>15</sup> Entsprechend dem in Fn. 14 zur Todesstrafe Gesagten wird man nach dem Inkrafttreten des ICC-Statuts jedenfalls ausschließen können, dass völkergewohnheitsrechtlich zeitige Freiheitsstrafen von über 30 Jahren möglich seien.

<sup>16</sup> So der Text Art. 6 Abs. 2c des IMT-Statuts. Dieses Prinzip findet sich auch in den jeweils zweiten Absätzen der in Fn. 9 genannten „nulla-poena“-Garantien des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte sowie der EMRK. (Für die – hier bejahte – Annahme eines Völkergewohnheitsrechtssatzes nicht ganz unproblematisch ist indes die Tatsache, dass eine entsprechende Aussage im Pacto de San Jose de Costa Rica fehlt!).

<sup>7</sup> Werle (Fn. 1), S. 128 m.w.N. zitiert dazu zu Recht Art. 38 Abs. 1b des IGH-Statuts; ebenso Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 3), Bd. 1, 1.-2. Aufl. 1988, S. 56 ff. m.w.N.; Verdross, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. 348 ff.

<sup>8</sup> Zu dem Streit über dieses Problem im Zusammenhang mit dem Internationalen Militär-Tribunal von Nürnberg und seiner Handhabung des Art. 6 seines (im folgenden: IMT-)Statuts vgl. Werle (Fn. 1), S. 11 f.; Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 3), S. 1032 ff. m.w.N.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966; Art. 7 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) v. 7.8.1952; Art. 9 des Pacto de San José de Costa Rica.

3. Das sub b) Erwogene ist ein schieres Gedankenprodukt, so lange die Anordnung der Strafbarkeit in der Luft hängt – eine Sanktionsnorm ohne Sanktionsnormadressaten ergibt noch keine vollständige Strafbarkeitsnorm.

Wenn eine solche Norm lediglich den einzelnen Staaten erlauben würde, solche Verbrechen im jeweiligen nationalen Strafrecht mit solchen Rechtsfolgen zu ahnden, wäre sie der Rede nicht wert, sieht man von dem als Ergebnis der neueren Völkerrechtsentwicklung festzuhaltenden wesentlichen Satz ab, dass solche Verbrechen ohne Verstoß gegen international anerkannte Rechtssätze auch dann bestraft werden können, wenn sie von der Staatsführung begangen<sup>17</sup> oder angeordnet waren, sei es sogar durch Gesetze.

Folgenreich wäre die Annahme der gewohnheitsrechtlichen völkerrechtlichen Strafbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wenn aus ihr eine Pflicht eines jeden Staates folgen würde, solche Verbrechen unabhängig davon zu bestrafen, wo sie begangen worden sind. Eine solche völkerrechtliche Pflicht indes existiert völkergewohnheitsrechtlich nicht<sup>18</sup>, angenommen wird lediglich, dass völkerrechtlich nichts einer staatlichen Strafbarkeit entgegensteht, welche die Strafbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Recht dieses Staates weltweit erstreckt<sup>19</sup>. Der weiteren Frage, ob es richtig ist, von einer unbeschränkten Strafpflicht eines jeden Staates auszugehen, soweit es um Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf seinem eigenen Territorium geht<sup>20</sup>, soll am Ende dieses Beitrages nachgegangen werden.

Folgenreich wäre die Annahme gewohnheitsrechtlicher Strafbarkeit weiterhin dann, wenn sich einzelne Staaten oder auch die Staatengemeinschaft unter Berufung auf ein solches Gedankenprodukt eine tatsächliche Bestrafung ohne Bindung an staatliche oder internationale Strafrechtsbegründungsstandards (wie z.B. das nulla poena-Prinzip<sup>21</sup>) gestatten dürften. Als Vorgänge dieser Art lassen sich die Tribunale von Nürnberg und Tokio, ferner die UN-Gerichtshöfe für Ruanda und das ehemalige Jugoslawien anführen, in gewisser Weise dagegen die Regeln des ICC-Statuts<sup>22</sup>.

Über die internationalen Militärtribunale von Nürnberg und Tokio ist lange genug derart kontrovers diskutiert worden, dass sie allenfalls als Vorläufer, aber nicht als Beginn einer einschlägigen longa consuetudo gesehen werden können; das sehen selbst Befürworter einer Expansion des Völkerstrafrechts so<sup>23</sup>. Die ad-hoc-Tribunale der Vereinten Nati-

onen taugen als Argumentationsbasis für die Annahme eines solchen Gewohnheitsrechts aus zwei Gründen nicht:

Zum einen zeugen die jeweiligen Statuten mit ihrem Rekurs auf die Strafpraxis der jeweiligen nationalen Strafrechtsordnungen<sup>24</sup> bereits intern von einer gewissen Unsicherheit – danach liegt die Interpretation durchaus nahe, dass diese Tribunale nur stellvertretend die je nationalen Strafgewalten ausüben sollten, die ja ihrerseits die in den Art. 5 (ICTY) bzw. 3 (ICTR) der Statuten aufgelisteten Verbrechen gegen die Menschlichkeit durchaus auch nach dem jeweiligen nationalen Strafrecht hätten verfolgen müssen, hätten sie es faktisch gekonnt.

Zum anderen ist völkerrechtlich bei einer redlichen juristischen, nicht politischen und nicht von einem bestimmten Ergebniswillen getragenen Analyse kaum an dem die Legitimität dieser Tribunale erheblich in Frage stellenden Ergebnis vorbeizukommen, dass sie nicht „durch Gesetz errichtet“ wurden, wie es die Garantien der großen Menschenrechtspakte fordern<sup>25</sup>. Auch wenn man akzeptiert, dass der Begriff des „Gesetzes“ schon international nicht überall gleichbedeutend ist und erst recht im Völkerrecht nicht mit dem eines nationalen Gesetzes gleichgesetzt werden kann – die Errichtung dieser Tribunale durch den Sicherheitsrat lässt sich nicht mit diesen Konventionen und damit letztlich auch nicht mit der UN-Charta vereinbaren.

Nun hat zwar die Appeals Chamber des ICTY im Tadic-Urteil gegen entsprechende Angriffe der Verteidigung versucht zu begründen, das ICTY sei ein völkerrechtskonformes Gericht. Aber es ist nicht nur von vornherein höchst zweifelhaft, ob ein Gericht die richtige, richterlich neutrale Instanz für den Streit über seine eigene Existenzberechtigung ist<sup>26</sup>, vor allem sind auch die Argumente nicht überzeugend, die sich im Kern wie folgt zusammenfassen lassen:

Die auf nationale Strafjustiz bezogene Garantie passe von vornherein nicht auf „an international criminal court“, weil die Idee der Gewaltenteilung selbstverständlich nicht auf die Vereinten Nationen passe.<sup>27</sup> Die – danach im Hinblick auf die Garantie gesetzlicher Gerichte nahe liegende – Konsequenz, die Vereinten Nationen könnten demnach ohne Änderung ihrer Charta keine internationalen Gerichte errichten, lehnen die Richter ab<sup>28</sup>: Der Sicherheitsrat dürfe als friedenserhal-

<sup>17</sup> Vgl. zu dem damit verbundenen Immunitätsproblem ausführlich *Kreß*, GA 2003, 25 (34 ff.).

<sup>18</sup> S. dazu ausführlich und überzeugend *Tomuschat*, in: *Cremer u.a. (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger*, 2002, S. 315 ff. (337 f.) m.w.N.

<sup>19</sup> *Tomuschat* (Fn. 18), S. 340 m.w.N.; *Werle* (Fn. 1), S. 69.

<sup>20</sup> So *Tomuschat* (Fn. 18), S. 317 ff., 342 f. m.N.; *Werle* (Fn. 1), S. 73.

<sup>21</sup> Vgl. Fn. 9.

<sup>22</sup> Vgl. die strikte Beachtung des Prinzips in Art. 11, 22 und 23 des ICC-Statuts.

<sup>23</sup> Vgl. *Merkel*, *Rechtshistorisches Journal* 14 (1995), 491 (509 ff.).

<sup>24</sup> Vgl. die Art. 24 Abs. 1 (ICTY) und 23 Abs. 1 (ICTR) der Statuten.

<sup>25</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte; Art. 6 Abs. 1 der EMRK und Art. 8 Abs. 1 des Pacto de San Jose de Costa Rica. Auf die Unvereinbarkeit der Errichtung des ICTY mit dieser Garantie (und damit auch: mit der UN-Charta) hat bereits *Trautwein*, ZRP 1995, 87 (88), hingewiesen.

<sup>26</sup> Diese Zweifel hatte offenbar (zu Recht) die 1. Instanz im Tadic-Verfahren, die dazu erklärte, „the validity of the creation of the International Tribunal is not truly a matter of jurisdiction“ (s. Abschnitt 10 des Urteils der Appeals Chamber v. 2.10.1995, IT-94-1-A; <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>; im folgenden nur: „Tadic-Urteil“).

<sup>27</sup> Tadic-Urteil, Abschnitte 42 f.

<sup>28</sup> Tadic-Urteil, Abschnitt 44 („we disagree“ – wie erstaunlich!).

tende Maßnahme auch Gerichte errichten, weil die in Art. 41 der UN-Charta ausdrücklich genannten (ganz und gar andersartigen) Maßnahmen nur Beispiele seien<sup>29</sup> und dieser Artikel dem Sicherheitsrat alles erlaube, was darin nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei.

Nach der Logik dieses letzteren Arguments dürfte der Sicherheitsrat als Maßnahmen nach Art. 41 auch sämtliche anderen Garantien etwa der internationalen Menschenrechtskonventionen übergehen, also z.B. schlichte Verhaftungen auf Jahre ohne irgendwelche richterliche Kontrollen anordnen, um nicht beispielhaft noch schlimmere Konsequenzen zu nennen.

Soweit die Kammer im Tadic-Urteil schließlich versucht, sich selbst als „established by law“ deshalb darzustellen, weil sie nach der „rule of law“, also nach allen Standards zu verfahren habe, wie ein anständiges Gericht<sup>30</sup>, betrifft das das Verfahren des Gerichts, nicht aber seine Errichtung – die Garantie wird schlicht weginterpretiert, denn sie ginge nach dieser Logik in den übrigen Garantien der Menschenrechtskonventionen schlicht auf<sup>31</sup>. (Nicht ganz ohne Peinlichkeit i.ü. ist die Argumentation dort<sup>32</sup>, wo die Richter nicht davor zurückschrecken, beispielhaft für die Garantien eines fairen Verfahrens darauf zu verweisen, dass die Richter – sie – nach dem Errichtungsstatut Personen von „high moral character [...]“ usw. zu sein hätten).

Zusammenfassend: Die Tätigkeit dieser ad-hoc-Tribunale kann für ein Gewohnheitsrecht dafür nicht herangezogen werden, völkerrechtliche Strafbarkeit auch praktisch werden zu lassen. Als Zwischenfazit lässt sich festhalten: Vor dem Inkrafttreten des ICC-Statuts hat es das Verbrechen gegen die Menschlichkeit als nennenswertes Völkerstrafrecht im eigentlichen Sinne nicht als Völkergewohnheitsrecht gegeben. Was sich seit Nürnberg und Tokio entwickelt hat als *opinio iuris* und insgesamt auch *longa consuetudo* ist nicht mehr als 1. Verbrechen gegen die Menschlichkeit gibt es begrifflich; 2. auf den *nulla poena*-Satz des humanitären Völkerrechts können sich Täter solcher Taten nicht mit Erfolg dahingehend berufen, ihre Taten seien durch eine Staatsführung bzw. deren Rechtsakte gedeckt gewesen; 3. der Grundsatz der Staatenimmunität steht nicht im Wege, wenn es um die weltweite Erstreckung der Strafgewalt eines Staates über solche Taten geht.

---

<sup>29</sup> Tadic-Urteil, Abschnitt 35 – das ist eine juristischer Methode Hohn sprechende Passage, mit der der einschlägige Text der Charta (die Beispiele) für belanglos erklärt wird („merely illustrative“ heißt ja nichts anderes als „sachlich ohne Bedeutung“).

<sup>30</sup> Tadic-Urteil, Abschnitte 45 ff.

<sup>31</sup> Man könnte danach die Worte „established by law“ bzw. „establecido par la ley“ in den in Fn. 25 genannten Artikeln schlicht streichen. Nach dieser Logik wäre dann im deutschen Grundgesetz die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 GG) überflüssig, weil die Gerichte gem. Art. 97 Abs. 1 GG „dem Gesetz unterworfen“ sind, das ihre Verfahren regelt.

<sup>32</sup> Tadic-Urteil, Abschnitt 46.

Eine völkerrechtliche Strafgewalt der Staatengemeinschaft existiert kraft Völkergewohnheitsrecht so wenig wie eine völkerrechtliche Strafflicht der Staaten.

4. Abschließend sei auf die Frage eingegangen, wie sich im Hinblick auf die Existenz von Völkergewohnheitsrecht in diesem Punkte das Inkrafttreten des ICC-Statuts auswirkt. Das kann kurz geschehen:

Ein völkerrechtlicher Vertrag, der von den volkreichsten und den mächtigsten Staaten der Welt ebenso wenig ratifiziert ist wie von denen eines ganzen Kulturkreises, kann schlechterdings nicht für die Existenz von Völkergewohnheitsrecht herangezogen werden, allenfalls für dessen Nichtexistenz<sup>33</sup>. Denn wenn etwa Staaten wie die USA, Russland, Japan, China, Indien, Pakistan und die arabischen Staaten ein so weltweit abgestimmtes Statut zur effektiven Verwirklichung von Völkerstrafrecht in Sachen Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht ratifizieren, muss man sich fragen, ob zuvor eventuell von diesen Staaten in belanglosen politischen Zusammenhängen<sup>34</sup> abgegebene Lippenbekenntnisse zu einem Völkerstrafrecht beachtlich sein können; wie man im bürgerlichen Recht eine *protestatio facto contraria* als unbeachtlich einzustufen gewohnt ist, müsste man wohl auch im Völkerrecht eine *longa consuetudo* (zumindest auch) an Taten der Staaten zu messen haben, nicht nur an unverbindlichen, wohlfeilen Wörtern<sup>35</sup>.

### III. Völkerstrafrecht als Völkervertragsrecht

Ein letzter Blick sei auf das mit dem Inkrafttreten des ICC-Statuts entstandene völkervertragsrechtlich begründete Völkerstrafrecht gerichtet. Es ist nicht möglich, hier in einer Weise auf das Statut einzugehen, die ihm und seiner Bedeutung auch nur annähernd gerecht würde. Daher sei die kurze und begründungslose Wertung gestattet, dass das Statut einen nicht nur hochinteressanten, sondern auch juristisch höchst ehrenwerten Versuch darstellt, der immer wieder real werdenden Scheußlichkeit von Verbrechen gegen die Mensch-

---

<sup>33</sup> Zwar hält der Text von Art. 22 Abs. 3 des ICC-Statuts eine solche Möglichkeit offen, die strikten örtlichen und zeitlichen Begrenzungen der völkervertragsrechtlichen Bestrafung nach dem Statut legen aber jedenfalls partielle Gegenschlüsse nahe (s. dazu zutr. *Tomuschat* [Fn. 18], S. 348 f.).

<sup>34</sup> Wie etwa die von Befürwortern einer Expansion des Völkerstrafrechts gern bemühten Resolutionen der Generalversammlung der UN vom 11.12.1946 und vom 21.11.1947, mit denen die „Nürnberger Prinzipien“ „bestätigt“ (11.12.1946) und die ILC beauftragt wurde, einen entsprechenden Entwurf (!) vorzubereiten (21.11.1947); der Auftrag, „to prepare a draft code“ ist jedenfalls noch kein belangreiches Stück internationaler Praxis i.S. einer *longa consuetudo*.

<sup>35</sup> Es sei nur auf die krasse Divergenz zwischen der zunächst – noch folgenlos zurückziehenden – Unterzeichnung des ICC-Statuts durch die USA und ihrer später folgenden intensiven politischen und völkervertragsrechtlichen Praxis gegen den ICC hingewiesen – für die Bildung von Gewohnheitsrecht letztere auszublenden und nur auf „kostenlose“ Äußerungen abzustellen geht nicht an.

lichkeit rechtlich zu begegnen. Ob und wie der Text von den Organen dieser neuen Justiz zum Leben erweckt wird, bleibt abzuwarten. Nicht nur die Abstinenz von vielen wichtigen Staaten belastet den ICC, es ist auch ein Problem des Statuts, auf das abschließend kurz eingegangen sei: Entsprechend dem in der Präambel des Statuts genannten Ziel der Mitgliedstaaten, „to put an end to impunity“, kennt das Statut keinerlei Ausnahmen für die Pflicht (der Staaten und des ICC), die Täter zu verfolgen und zu bestrafen. Es fehlt also, gemessen am oben gezeichneten herkömmlichen Bild eines kompletten (nationalen) Strafrechts, an Regeln über den Verzicht auf Strafverfolgung, über Amnestien u.ä.<sup>36</sup>

Hier ergeben sich zwei Problemkreise, die sowohl aus der Sicht der Mitgliedstaaten wie auch der des Gerichtshofs zu betrachten sind: Zum einen sind bei einem derartigen totalen Zusammenbruch von Recht und Gerechtigkeit in einem Staate, wie ihn Verbrechen gegen die Menschlichkeit faktisch voraussetzen, regelmäßig so viele Personen auf der Täterseite beteiligt<sup>37</sup>, dass der Versuch, sie nach der Wiederherstellung eines rechtlichen Staatswesens alle zu verfolgen, jede Justiz vor Kapazitätsprobleme<sup>38</sup> stellen würde. Zum anderen geht es darum, ob und in welchem Umfang generelle Verzicht auf Strafverfolgung – im folgenden der Kürze halber: Amnestien – zulässig und zu respektieren sind.

Der erste Problemkreis existiert kraft der Macht der Realität – mit der des Rechts lässt sich ihm nicht begegnen; die Forderung nach unerbittlicher und vollständiger Strafverfolgung ist vielfach schlicht faktisch unerfüllbar. An ihr festzuhalten würde deshalb im Ergebnis nur dazu führen können, dass die tatsächliche Bestrafung oder Straflosigkeit nicht von rechtlichen Regeln gesteuert wird, sondern – im besten Falle: nur objektiv – willkürlich erfolgt. Hier sind rechtliche Regeln vorzugswürdig, die die tatsächliche Strafverfolgungstätigkeit auf die wesentlichen<sup>39</sup> Verfahren zu lenken (und d.h. oft auch: zu beschränken) erlauben. Staatliche Gesetze der Mitgliedstaaten über solche Modifikationen des Legalitätsprinzips stehen nach dem Statut im – unangebrachten – Licht des Völkerrechtsbruches; das ist ein Geburtsfehler des Statuts, der allenfalls durch eine weise Praxis der ICC-Organen gemildert werden kann. An einem gewissen Maß von Straflosigkeit, geboren aus den realen Verhältnissen, würde auch eine noch so rigorose Praxis eines noch so mächtig gedachten ICC international so wenig ändern können, wie es national oft wird vermieden werden können.

<sup>36</sup> Die Regeln in Art. 110 des ICC-Statuts sind dafür nicht einschlägig, sie schließen wohl sogar die in staatlichen Strafrechtsordnungen übliche Möglichkeit der Begnadigung aus.

<sup>37</sup> S. dazu die individuelle Verantwortlichkeit weit erstreckenden Regeln von Art. 25 Abs. 3 ICC-Statut.

<sup>38</sup> Dieses Problem einer generellen Strafpflicht wird immerhin angesprochen von *Guariglia*, *Nueva Doctrina Penal*, 2001, 209.

<sup>39</sup> Was immer das sei – bei der Bestimmung dessen wird es unumgänglich sein, aus der reinen Abstraktionshöhe genereller unverbrüchlicher Strafbarkeit herabzusteigen in das schwierige juristische Arbeitsfeld konkreter, nicht konfliktfrei möglicher Entscheidungen.

Der zweite Problemkreis ist vielschichtiger. Der Einfachheit halber seien hier nur zwei Idealtypen von Amnestien kurz angesprochen, die man mit den Wörtern Selbstamnestierung und Versöhnungsamnestie wohl hinreichend vor Augen führen kann. Dass letztere – wie etwa im bekannten Beispielsfall Südafrika – Respekt verdient und auch von einer etablierten internationalen Justiz nicht konterkariert werden dürfte, erscheint selbstverständlich<sup>40</sup> – mit der Folge im übrigen, dass angesichts dessen der übliche Satz von einer unumschränkten völkerrechtlichen Strafpflicht eines jeden Staates für die auf seinem Territorium begangenen Verbrechen gegen die Menschlichkeit<sup>41</sup> nicht unmodifiziert aufrecht erhalten werden kann.

Ebenso selbstverständlich ist eine schiere Selbstamnestierung, gedacht als letzter Regierungsakt eines danach die Macht verlierenden verbrecherischen Regimes, unbeachtlich. Aber so einfach das als juristische Wertung erscheint, so wenig ist es eine einfache Angelegenheit mit denkbaren Amnestievorgängen bis ganz in die Nähe solcher prototypischen Fälle.

Würde z.B. ein solches Regime im Wege eines militärischen Sieges einer Befreiungsbewegung gestürzt, wäre die Selbstamnestie für die Justiz der neuen, freien Staatsmacht selbstverständlich weder juristisch noch politisch ein Hindernis auch für eine nationale Strafverfolgung. Wie aber sähe es aus, wenn – und solche Vorgänge sind ja keine Erfindung eines Theoretikers – der Erlass einer Amnestie<sup>42</sup> der Preis wäre, den ein zwar wankendes, aber noch mächtiges verbrecherisches Regime für den Rückzug von der Macht fordert, und den die neue (legitime) Staatsmacht zahlt? Vor einer vorschnellen Antwort im Sinne des Textes des Statuts – Straflosigkeit für Verbrechen gegen die Menschlichkeit dürfe es nicht geben – sollte bedacht werden, dass der Antrieb für die Entwicklung eines Völkerstrafrechts die Idee der Menschenrechte war: Diese durch rigides Beharren auf der Idee einer ausnahmslosen Strafbarkeit von schweren Menschenrechtsverletzungen „schützen“ zu wollen, könnte im Hinblick auf solche Konstellationen Leid, Elend und Tod vieler Menschen, kurz, massivste Einbußen an Menschenrechten bedeuten, sähen infolgedessen die je in Rede stehenden Machthaber keine anderen Chance, die eigene Haut zu retten, als bis zum

<sup>40</sup> Bezeichnenderweise – wenn auch angesichts des weltweiten Respekts vor *Nelson Mandela* verständlich – drücken sich die Befürworter von Strafpflichten davor, dieses Beispiel als völkerrechtswidrig einzustufen; so verschweigt beispielsweise *Werle* (Fn. 1), S. 72, bei der Behauptung einer völkerrechtlichen Strafpflicht der Tatortstaaten nicht nur das Beispiel Südafrika sondern auch dessen durchaus sympathisierende Darstellung in seiner Antrittsvorlesung v. 18.5.1995 an der Humboldt-Universität Berlin; lediglich „aus Notstands Gesichtspunkten“ (S. 77) könne derartiges legitimiert werden.

<sup>41</sup> Vgl. Präambel des ICC-Statuts; *Werle* (Fn. 1), S. 72 m.w.N.

<sup>42</sup> Diese wäre ja ungeachtet völkerrechtlichen Verbots jedenfalls innerstaatlich wirksam, gleich ob schlicht amnestiert oder unter Modifikationen bzw. Bedingungen wie z.B. im südafrikanischen Modell.

letzten Blutstropfen um die Macht zu kämpfen – und zwar vor allem auch bis zum letzten Tropfen fremden Bluts!

Man wende dagegen nicht ein, eine solche Amnestie wäre dann zwar völkerrechtswidrig aber national ja gleichwohl wirksam. Das mag zwar eine völkerrechtlich übliche Antwort auf eine solche Lage sein, aber eine solche Argumentation des Völkerrechts mit seiner eigenen Schwäche wäre in einem solchen Zusammenhang unredlich: Entweder ist Völker-(straf)recht tatsächlich machtlos – dann kann es auch Menschenrechte nicht „schützen“; oder aber es hat Macht – etwa dergestalt, dass eine strafverfolgende Reaktion des ICC den Kräften im jeweiligen Staate zum Durchbruch verhilft, die sich mit der Straflosigkeit nicht abfinden. In einem solchen Falle wäre die Botschaft aus der amnestiewidrigen Bestrafung an alle zukünftigen Regime, einem solchen Pakt sei nicht zu vertrauen. Würden dann auch nur in einem Lande deshalb tausende weiterer Menschenopfer deswegen gebracht, weil bis zum bitteren Ende gekämpft werden muss, würde das Blut all dieser weiteren Opfer auch an den Händen derjenigen kleben, die mit natürlich dem allerbesten Gewissen im Namen der Menschenrechte kategorisch ein Ende der Straflosigkeit ohne Konzessionen fordern würden.

Der Popularität der Idee, Menschenrechte durch eine unverbrüchliche völkerstrafrechtliche Verfolgung aller Verbrechen gegen die Menschlichkeit schützen zu wollen, sollte im Sinne der Rechtsklugheit (*jurisprudentia*) nüchtern begegnet werden. Dabei geht es nicht etwa um ein schlichtes Zurückweichen des Rechts vor der (verbrecherischen) Macht, es geht um das Abwägen von Rechten: Gegen das Recht (der Weltgemeinschaft) auf Bestrafung des Verbrechers gegen die Menschlichkeit hat zwar dieser rechtlich nichts, aber auch gar nichts<sup>43</sup>, zu erwidern, wohl aber ist das Recht all derer zu bedenken, die durch die Geltendmachung dieses Strafanspruchs zu Opfern werden könnten. Die Annahme, die der Präambel des ICC-Statuts zu entnehmen ist, durch ein „Ende der Straflosigkeit“ „zur Verhütung solcher Verbrechen beizutragen“ jedenfalls ist nach all den historischen Erfahrungen seit den Internationalen Militärtribunalen von 1945 nicht mehr als eine Hoffnung – jedenfalls nicht realistischer als die zuletzt dagegen beschworene Befürchtung.

---

<sup>43</sup> Insbesondere nicht eine Berufung auf die jeweiligen „Rechtfertigungen“ ideologischer, rassistischer, religiöser oder ähnlicher Art, mit denen regelmäßig hinreichend viele Menschen für die Begehung solcher Taten gewonnen wurden, wenn es zu einem solchen Zusammenbruch einer rechtlichen Ordnung kommt.

# Fundamentos y propuesta legislativa para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile, elaborada por la Comisión Foro Penal

Von Prof. Dr. **Jean Pierre Matus Acuña**, Talca\*

En el presente texto, se desarrollan las ideas que sirvieron de fundamento a la propuesta de regulación de los delitos contra el medio ambiente, preparada por la Secretaría Técnica de la Comisión Foro Penal, y que fueran acogidas prácticamente en su totalidad en el articulado del texto de Anteproyecto de Código Penal entregado al Presidente de la República el día 18 de diciembre de 2005 y, recientemente, en un Proyecto de Ley separado de dicho Anteproyecto, presentado en el Congreso Nacional de Chile.<sup>1</sup> Estas ideas y articulado propuestos fueron elaboradas, en una versión preliminar, en el marco del Proyecto FONDECYT 1010206-2001, sobre tratamiento penal de los delitos contra el medio ambiente en Chile, que dirigí en la Universidad de Talca, cuyos resultados se encuentran publicados en un texto de mi edición<sup>2</sup>. Para llegar a estas conclusiones, se elaboraron durante el año 2001 diversos estudios de derecho comparado e internacional<sup>3</sup>, los que se complementaron, durante el año 2002, con otras investigaciones sobre el derecho internacional y el nacional<sup>4</sup>. El resultado de estas investigaciones fue discutido entre los investigadores del proyecto y expertos extranjeros en el Seminario Internacional sobre Derecho Penal del Medio Ambiente, que se desarrolló en Talca y Curanipe, en el mes de

octubre de 2002,<sup>5</sup> y en reuniones informales en enero de 2003 con miembros de la Comisión Nacional del Medio Ambiente. Posteriormente, al presentarse el texto a la Comisión Foro Penal, se introdujeron modificaciones al articulado primitivo para adecuarlo a la sistemática general del Anteproyecto e incorporar las observaciones de los miembros de la Comisión.<sup>6</sup>

---

\* Director Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Campus Santiago. Miembro de la Secretaría Técnica de la Comisión Foro Penal; director@dpenal.cl.

<sup>1</sup> Véase, al respecto, Proyecto de Ley presentado por los Senadores *Ávila, Girardi, Flores y Ominami*, Boletín N° 5614-12, que Establece Delitos contra el Medio Ambiente, en: [http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?5654-12](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5654-12) (visitado el 25.5.2008).

<sup>2</sup> Cf. *Matus* (Ed.), *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Jurídica, 2004. El Informe Final del que se extrajeron las ideas aquí reproducidas fue elaborado por *Matus, Ramírez, Castillo y Orellana*, todos investigadores de la Universidad de Talca.

<sup>3</sup> Los estudios referidos son los siguientes: “Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la República de Chile”, de los Profs *Matus y Orellana*. “Informe sobre la protección penal del medio ambiente en el derecho comparado de tradición continental”, de los Profs. *Matus, Ramírez y Castillo*; y “Derecho penal ambiental en la tradición del Common Law”, del Prof. *Orellana*.

<sup>4</sup> En este período, bajo la Dirección del Prof. *Matus*, se terminaron las Memorias para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, “Obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados no suscritos por Chile, Recopilación de Tratados Internacionales”, de la alumna *Allende*; y “Análisis de los delitos de carácter ambiental contenidos en el Código penal y en las leyes especiales chilenas”, de los alumnos *Troncoso y Quiroga*.

---

<sup>5</sup> Donde se presentaron, además, las ponencias que en forma resumida se incorporan a este trabajo, de los Profs. *Álvarez* (Cuestiones dogmáticas sobre el delito de contaminación ambiental en el artículo 325 del Código penal español), *Brandariz García* (Cuestiones derivadas de la concurrencia del derecho penal y del derecho administrativo en materia de tutela del medio ambiente), *Faraldo Cabana* (Autoría mediata con aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial); y *Puente Aba* (La reparación en el marco del derecho penal medioambiental).

<sup>6</sup> El proceso señalado explica por qué no se han considerado en este texto las reformas legales fuera de Chile y bibliografía de derecho comparado posteriores al año 2002 (especialmente la reforma de 2003 al art. 323 del código penal español, cuya importancia es, en todo caso menor, al menos frente al desarrollo jurisprudencial, como puede verse en *Menéndez*, en: Carbonell Mateu et al [Ed.], *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, pp. 635-643), las que no se tuvieron en cuenta como fundamento por los miembros de la Comisión Foro Penal al momento de aprobar el articulado propuesto. El lector interesado en el estado actual del derecho comparado puede consultar, a modo ilustrativo, las siguientes monografías de reciente aparición: a) para el derecho español: *Rodríguez López*, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal: la administración pública como garante*, 2007; b) *Escajedo*, *El medio ambiente en la crisis del Estado social: su protección penal simbólica*, 2006; c) para el derecho alemán: *Saliger*, *Umweltstrafrecht*, 2007; *Martin*, *Sonderdelikte im Umweltstrafrecht*, 2006; d) para la regulación de la comunidad europea: *Foerster*, (Umwelt-) *Strafrechtliche Maßnahmen im Europarecht: Bedeutung des EuGH-Urteils Rs C-176/03, Kommission/Rat*, 2007; *Knaut*, *Die Europäisierung des Umweltstrafrechts: von uneinheitlichen nationalen Regelungen über einheitliche europäische Mindeststandards hin zur Optimierung der Umweltstrafrechtsordnungen*, 2005; y sobre todo, la nueva Propuesta de Directiva de la Comunidad Europea, en <http://ec.europa.eu/environment/crime/index.htm> (visitado el 21.4.2008); e) para la situación en Latinoamérica: *Cassola Perezutti*, *Medio ambiente y derecho penal: un acercamiento*, 2005; y f) para el estado legislativo, jurisprudencia y opiniones doctrinarias en los Estados Unidos de América, véase la completa información contenida en la página Web <http://www.hg.org/envirus.html> (visitada el 22.4.2008). Finalmente, para el derecho italiano, que no se fue considerado en los trabajos previos a la

Siguiendo el esquema desarrollado en la investigación que dio origen a esta propuesta, sus fundamentos se exponen en siete partes, correspondiendo las seis primeras al texto del Informe Final del mencionado Proyecto FONDECYT 1010206-2001: la primera aborda la cuestión de la necesidad de un derecho penal protector del medio ambiente, ante los riesgos a que se encuentra sometido en las sociedades contemporáneas; la segunda, la necesidad de su regulación desde el punto de vista del Derecho Internacional y las obligaciones contraídas en la materia; la tercera, una descripción sucinta de los modelos de regulación de la protección penal del medio ambiente en el derecho comparado; la cuarta, una explicación acerca de las normas de derecho penal ambiental vigentes en Chile; la quinta, el por qué de la insuficiencia legislativa penal para la protección del medio ambiente, a la luz de las obligaciones internacionales contraídas en la materia, el estado del derecho comparado y la necesidad de evitar la burla del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; la sexta, una reseña y crítica científica de los proyectos de ley en materia penal ambiental presentados al Congreso Nacional; y la séptima, los fundamentos del proyecto de articulado presentado a la Comisión Foro Penal y el texto de la propuesta de Proyecto de Ley elaborado, producto final de nuestras investigaciones.

### I. La conciencia de los peligros ambientales y el sistema chileno de protección del medio ambiente

Ya es un lugar común afirmar que asistimos en la actualidad al escenario de una progresiva preocupación a nivel nacional e internacional por los peligros que, para la vida y la salud de las actuales y futuras generaciones, entrañan los fenómenos de degradación ambiental propios del estado actual del desarrollo económico y social de nuestra comunidad; es, naturalmente, esta preocupación la que motiva la pregunta acerca de la necesidad de una regulación penal de los graves atentados contra el medio ambiente y, consecuentemente, de la forma en qué dicha regulación debiera plantearse.

---

elaboración de la propuesta legal, véase el extenso trabajo de *Ramacci*, *Diritto penale dell'ambiente*: CEDAM, 2007.

Asimismo, el texto no considera las propuestas legislativas Chilenas posteriores a diciembre de 2005, las cuales recogen en su mayor parte los fundamentos de esta propuesta y muchas de sus disposiciones. Entre ellas se cuentan las mociones del año 2006 de las diputadas *Pascal* y *Pacheco*, y de los diputados *Accorsi*, *Jiménez*, *Vallespín*, *Bauer* y *Sepúlveda* que “sanciona los delitos contra el medio ambiente cometidos por personas jurídicas” (Boletín 4256-12, en [http://www.bcn.cl/actualidad\\_legislativa/temas\\_portada\\_2007-08-06.3540267194/4256\\_12.pdf](http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada_2007-08-06.3540267194/4256_12.pdf) [visitada el 22.4.2008]); y la más reciente, de 2007, presentada por los senadores *Ávila*, *Girardi*, *Navarro* y *Ominami*, que expresamente se basa en esta propuesta y la reproduce casi íntegramente, en la forma que apareció en el texto citado en la nota al pie n° 1 (Boletín 5654-12, disponible en <http://sil.senado.cl/pags/index.html> [visitado el 22.4.2008, se debe agregar el número de Boletín a la página de búsqueda que aparece].

Esta preocupación de nuestra comunidad se refleja en la cobertura informativa que se ha dado a diversos fenómenos propios de nuestro tiempo, que van más allá de las periódicas saturaciones de contaminantes en el aire de nuestras ciudades<sup>7</sup>, tales como episodios de grave contaminación de las aguas de los ríos<sup>8</sup> y mares<sup>9</sup>, etc. Últimamente, además, hemos visto la preocupación de la prensa por otro problema propio de las sociedades contemporáneas: el tratamiento de la producción de residuos de toda naturaleza, que podrían llegar a contener ciertas sustancias especialmente nocivas, y cuando no es ese el caso, su sola acumulación sin control ni tratamiento adecuado puede revestir una importante cuota de gravedad y peligrosidad para el medio ambiente y la salud de las personas<sup>10</sup>. A estos fenómenos han de sumarse los peligros que origina respecto de la mantención de las propiedades del aire, el agua y los suelos, la necesaria producción y transporte de elementos nucleares, químicos, biológicos y otras sustancias peligrosas, actividades que fuera de control pueden incluso afectar directa e indirectamente la vida y la salud de las personas y de la flora y fauna nacionales<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Ver al respecto las múltiples notas de prensa surgidas en relación a la contaminación ambiental en el Gran Santiago, particularmente las referidas a las alertas ambientales ocurridas en pasado año (por todos, *El Mercurio*, de 4 de mayo de 2002, Cuerpo C). Pero también existen otros riesgos de contaminación del aire no siempre igual de destacados, pero a veces de mayor gravedad para la salud de quienes los padecen, como la contaminación por plomo y cobre sufrida por un sector de la ciudad de Antofagasta (*El Mercurio*, 9 de noviembre de 2002, Cuerpo C). Entre la bibliografía científica, pueden verse los textos de *Hajek/Espinoza/Gross*, *percepción de los problemas ambientales en las Regiones de Chile*, 1994, A. A. V. V., *Gestión Ambiental del Gobierno de Chile*, 1997; y *Geisse*, *10 años de debate ambiental*, 1993.

<sup>8</sup> Ver al respecto, la noticia referida a las emergencias ambientales por derrames mineros en el tranque Talabre (Calama) y en el Río Elqui (*El Mercurio*, 9 de noviembre de 2002, Cuerpo C).

<sup>9</sup> Un ejemplo de lo cual fue el grave suceso del hundimiento del buque petrolero *Prestige*, y el posterior derrame de su cargamento en las costas gallegas (*Emol*, 30 de noviembre de 2002).

<sup>10</sup> El ejemplo más paradigmático de lo cual es el problema suscitado por el control de los vertederos y el depósito de residuos sólidos, reflejado en el Editorial de *La Tercera*, de 14 de febrero de 2002. Esta preocupación también se ha reflejado a nivel parlamentario, en las mociones contenidas en el Boletín 150-11, donde se intentó legislar prohibiendo el ingreso al territorio nacional de desechos provenientes de terceros países; en el Boletín 2401-12, sobre un Proyecto de Ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos; y en el Boletín 2721-12, que contenía un Proyecto de Ley que prohibía el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra.

<sup>11</sup> *Godoy*, alcalde de San Miguel y Presidente de Emeres, informó a la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacio-

Para enfrentar estos fenómenos, el derecho del medio ambiente en Chile ha experimentado numerosos y significativos cambios en los últimos 10 años, los cuales, como es sabido, han estado orientados a establecer, por una parte, una Institucionalidad Ambiental, conformada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente y sus respectivas Comisiones Regionales; y por otra, un conjunto de instrumentos jurídicos, entre los que destacan el Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental de las actividades y proyectos que inciden en el medio ambiente, y las Normas de Calidad y de Emisión dictadas en su conformidad, instrumentos inspirados en el propósito de lograr un desarrollo sustentable que permita, en el corto, mediano y largo plazo, el cumplimiento de estándares o normas de calidad ambiental que permitan el cabal disfrute de todos los chilenos del derecho consagrado en el artículo 19 No. 8 de nuestra Carta Fundamental.

Así, mientras el Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental pretende lograr una adecuada prevención y control de las actividades que podrían llegar a originar daños ambientales; la promulgación progresiva de Normas de Calidad Ambiental fija las metas ambientales generales para todo el territorio o parte de él, y especialmente, los objetivos y acciones a realizar para mantener las propiedades del ambiente sano y libre de contaminación; en tanto que las Normas de Emisión permiten fijar las cantidades máximas de emisión de contaminantes a cada fuente individual, estableciendo mecanismos de adaptación progresiva a dichos límites de las actividades sujetas a control.

Sin embargo, no existen en la Ley N° 19.300 ni en los restantes instrumentos ambientales, mecanismos de carácter penal establecidos directamente para sancionar a quienes causen un grave daño ambiental o burlen derechamente el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, haciendo ilusorias sus finalidades.

En efecto, El Título III de la Ley No. 19.300 establece, por una parte, una acción de carácter civil derivada solamente de daños ambientales y que se rige por los criterios tradicionales de responsabilidad extracontractual (artículo 51. inc. final), particularmente en lo referido a la prueba del dolo o la culpa civil (artículo 51 inc. primero) y de la relación de causalidad para efectos de obtener una indemnización (artículo 52). Estas limitaciones, mitigadas por la existencia de una acción de carácter meramente reparatorio del ambiente (artículo 53), respecto de la cual se abre el abanico

---

nales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados (Sesión 35ª de la 342 Legislatura, 5.9.2000), que en ese año a un vehículo que transportaba cloro al 8%, sin autorización ni medidas de prevención adecuadas, se le cayó una bolsa en la Carretera del Sol, lo cual dio como resultado que ocho funcionarios municipales y cuatro bomberos, fueran hospitalizados. Ver, además, el estudio Riesgo y Costo Social del Transporte de Sustancias Peligrosas en la Minería, por *Wrann, Andía y Lagos*, del Centro de Investigación Minero Metalúrgico y Pontificia Universidad Católica de Chile, Informe de Avance, Mayo 2000, en <http://www.cipma.cl/hyperforum/chile1.doc>.

de personas legitimadas para actuar (artículo 54) y se establece un procedimiento sumario algo más expedito que el juicio ordinario civil (artículos 60 y siguientes).

Por otra parte, las sanciones que se establecen en el artículo 57 de la Ley 19.300, respecto de los responsables de fuentes emisoras que infrinjan regulaciones relativas a los planes de prevención o descontaminación, o a las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental, si bien permiten sancionar por una vía que parece indicada (salvo en cuanto supone la realización de un juicio civil ante la judicatura ordinaria) ciertas infracciones de carácter menor a normas medioambientales, claramente son insuficientes preventivamente respecto de hechos de grave contaminación ambiental o peligro de ella, puesto que las normas de emisión y de calidad ambiental están referidas a finalidades de gestión que toman en cuenta factores acumulativos, territoriales, temporales, y hasta estacionales, los que hacen difícil identificar hechos que por sí mismos puedan considerarse como de grave daño ambiental.

Lamentablemente, tampoco el sistema fiscalizador de carácter administrativo dispuesto en el artículo 64 de la Ley No. 19.300 parece suficiente para los propósitos antes enunciados, básicamente por reducir su aplicabilidad al control del adecuado cumplimiento de las condiciones en que se autorizaron los proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dejando a las Comisiones Regionales y Nacional del Medio Ambiente impedidas de aplicar la fuerte multa que allí se dispone (hasta 500 UTM), a quienes sencillamente burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental<sup>12</sup> o causan graves daños ambientales no vinculados a proyectos o actividades sujetos a dicho sistema, etc. Asimismo, se crea un sistema burocrático, con un procedimiento que no está claramente descrito en la ley, y que opera, en la actualidad, a través de “Comités Operativos de Fiscalización”, cuya constitucionalidad y legalidad son dudosas<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Como la propia Contraloría General de la República ha reconocido en su Dictamen No, 8.988, de 14 de marzo de 2000, no existen sanciones en la Ley No. 19.300 para quienes infringen la obligación en ella establecida de someter los Proyectos o actividades que se señalan en su artículo 10 al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Cf. *Bascuñán Muñoz*, Jurisprudencia de la Contraloría General de la República relativa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: 1997-2000, 2001).

<sup>13</sup> En efecto, cuando se discutió el artículo 77 de la Ley 19.300. Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se acordó en el Senado otorgar al Director Ejecutivo de la Conama la facultad de crear Comités operativos, como “comités consultivos para el estudio, consulta, análisis y coordinación en materias relativas al medio ambiente”, posibilitando la incorporación de personas ajenas a la Conama, pero sin hacerse en ningún momento referencia a una función fiscalizadora y sancionatoria, como la que ha derivado en la práctica (Cf. *Toledo Tapia*, Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Historia fidedigna y concordancias internas, 1996, p. 249).

Incluso la referencia que en dicho artículo 64 de la ley No. 19.300 se hace al ejercicio por parte de las Comisiones Regionales o Nacional de las “acciones ... penales que sean precedentes”, parece de muy difícil aplicación práctica, pues como veremos a continuación, el resultado de nuestras investigaciones demuestra que las normas penales relativas al medio ambiente vigentes en Chile, parecen insuficientes – si se contraponen a la luz del estado actual del Derecho Internacional (y de las obligaciones contraídas en ese ámbito) y del derecho comparado – para sancionar adecuadamente a quienes causan sucesos de grave contaminación o daño ambiental, ponen en grave peligro al medio ambiente y, consiguientemente a nuestra comunidad, o burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

## II. Las exigencias impuestas por el Derecho Internacional en materia penal ambiental

En cuanto a la preocupación de la comunidad internacional – y del Estado de Chile como parte de la misma –, a partir de la década de 1950, con la celebración del Convenio de Londres de 1954, para la Prevención de la Contaminación del Mar por Hidrocarburos y, con mayor fuerza, con posterioridad a la Declaración adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo del día 5 al 16 de junio de 1972, aquella se ha visto reflejada en un impresionante corpus de Declaraciones, Resoluciones, Tratados multi y bilaterales, etc.<sup>14</sup>, en el cual aparece como

---

<sup>14</sup> No es claro el número total de Tratados, Convenciones, Declaraciones, etc., que directa o indirectamente tienen relación con el medio ambiente. *Fuentes Olivares*, en su Manual de Derecho Ambiental, 1999, p. 119 s., señala que existirían más de 4.000 instrumentos jurídicos en la materia, de los cuales, “de carácter estrictamente internacional, con pretensión de universalidad y globalidad, hay alrededor de 152”; en tanto que *González/Sánchez/Sáenz*, op. cit., p. 792, hablan de “varios centenares de textos”. En Recopilaciones elaboradas por la doctrina iuspublicista, podemos señalar que *Wirmie y Boyle*, Basic Documents on International Law and the Environment, 1995, enumeran a esa fecha alrededor 40 instrumentos que pueden considerarse como punto de partida para el estudio del Derecho Internacional Ambiental. Por su parte, respecto a los instrumentos suscritos por la República de Chile, el Prof. *Llanos Mansilla*, en su trabajo, también de 1995, La protección Jurídica del Medio Ambiente en Chile: Convenios internacionales, transcribe más de 70 Tratados, Convenciones y Declaraciones relativos a la materia. Para efectos de su estudio particular, nuestra Comisión Nacional del Medio Ambiente ha realizado una selección de los Tratados Internacionales relativos al ambiente, considerando como más relevantes para Chile un grupo de aproximadamente 20 Tratados, incluyendo sus respectivos Protocolos, cuyos principales contenidos, con referencia a su grado de cumplimiento a nivel nacional, se recopilan en la obra de *Montengro/Hervé/Durán*, Los Tratados Ambientales: Principios y aplicación en Chile, 2001. Por su parte, el PNUMA, en su texto Derecho Internacional Ambiental Regional, recopila 31 tratados y convenciones aplicables en América Latina.

una idea-fuerza constante la necesidad de sancionar penalmente y con independencia del régimen administrativo, las graves infracciones a la regulación ambiental de cada país, idea que se recoge en el Principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992, donde se insiste en la necesidad de que “los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente”, que reflejen “el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican”.

Esta necesidad, en los términos de la Comisión de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Criminal (fundida actualmente con la Oficina de las Naciones para el Control de las Drogas y la Prevención del Delito), debe traducirse en una activa participación de la “justicia criminal en la protección del medio ambiente” y en la adopción por parte de los Estados de disposiciones penales que castiguen: a) infracciones que tuviesen o pudiesen tener efectos transfronterizos que afectasen a la comunidad internacional toda, como las relativas a las emanaciones de gases invernaderos; b) infracciones que tuviesen efectos en un país distinto del lugar donde se cometen; y c) infracciones que pudiesen ser consideradas graves “delitos contra el medio ambiente” en cualquier país, entre los que debieran incluirse los relativos al patrimonio cultural, los relativos al manejo de desechos tóxicos y a la flora y fauna; y el cambio de la tradición romanista contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerada como “un instrumento ineficaz para combatir los delitos graves contra el medio ambiente porque la gran mayoría de los delitos de degradación ambiental era atribuible a entidades privadas y públicas”<sup>15</sup>.

Ya en particular, la necesidad de adoptar un régimen jurídicamente más coercitivo para prevenir daños ambientales, aparece claramente en una serie de Tratados y Convenciones suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, que abordan la protección del ambiente desde distintos puntos de vista, imponiendo obligaciones de diversa índole en orden a la:

### 1. Protección penal medio ambiente antártico

El artículo 13.1 del Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente, Madrid, 4 de octubre de 1991, señala que “cada Parte tomará medidas adecuadas en el ámbito de su competencia para asegurar el cumplimiento de este Protocolo, incluyendo la adopción de leyes y reglamentos, actos administrativos y medidas coercitivas”.

---

<sup>15</sup> Informe de la Reunión del Grupo Especial de Expertos sobre las formas más eficaces de cooperación internacional contra la delincuencia transnacional, Viena Diciembre 1993 (E/CN.4/1994/4/Add. 2,10) y del Noveno Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, El Cairo, 29 de abril a 8 de mayo de 1995 (A/CONF.169/16, 352-361).

*2. Protección penal del medio ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva*

EL artículo 7 de la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena/Nueva York, de 3 de marzo de 1980, establece que “la comisión intencionada” de los actos que se detallan, relacionados con el tráfico ilícito de materiales nucleares (plutonio y uranio en su estado no mineral) “(1) será considerada como delito punible por cada Estado Parte en virtud de su legislación nacional” y que “(2) cada Estado Parte deberá considerar punibles los delitos descritos [...] mediante la imposición de penas apropiadas que tengan en cuenta la gravedad de su naturaleza”. También relacionado con los materiales nucleares, el artículo I del Tratado que Prohíbe las Pruebas de Armas Nucleares en la Atmósfera, en el Espacio Exterior y el Mar, Moscú 5 de Agosto de 1963, obliga a los Estados a “prohibir” “el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los agentes, toxinas, armas [biológicas], equipos y vectores”, por una parte; y realizar una “explosión de prueba de armas nucleares” u “otra explosión nuclear”, por otra. Finalmente, similares obligaciones establece el Artículo IV de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción, Londres/Moscú/Washington, 1972.

*3. Protección penal del medio ambiente, y particularmente de los suelos, frente al tráfico ilícito de desechos peligrosos*

La Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989, establece en su artículo 4 que “(3) las Partes considerarán que el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos es delictivo”, agregando, en consecuencia, como obligación específica en su artículo 9, que “(5) cada Parte promulgará las disposiciones legislativas nacionales adecuadas para prevenir y castigar el tráfico ilícito”.

*4. Protección penal de las aguas y particularmente de las marinas*

El artículo 4 del Convenio Internacional Para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL 1973/1978), y particularmente la derivada de los derrames incontrolados de hidrocarburos, señala que “toda trasgresión de las disposiciones del presente Convenio ... estará prohibida y será sancionada por la legislación de la Administración del buque interesado”, lo que el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar de 1982, parece suponer casi sin lugar a dudas adoptar disposiciones legales en el orden interno de carácter penal, en orden a “proteger y preservar el medio ambiente marino”, y prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marítimo en sus diversas manifestaciones, obligaciones extensibles a las prohibiciones que dispone el artículo VII del Convenio Sobre Prevención de la Contaminación el Mar por Vertimientos de Desechos y otras Materias de 1972.

Además, facultando a los Estados para imponer sanciones de carácter penal que protejan las aguas marinas, encontramos el Artículo III del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Proveniente de Fuentes Terrestres, Quito 22 de Julio de 1983; y el Artículo II del Protocolo para la Protección del Pacífico Sudeste Contra la Contaminación Radioactiva, Paipa (Colombia), 1981.

*5. Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la fauna silvestre*

La más antigua disposición al respecto es la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas y su Anexo, Washington, de 2 de diciembre de 1946, cuyo Artículo IX dispone que “(1) cada Gobierno Contratante tomará las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y la sanción para las infracciones a tales disposiciones en las operaciones efectuadas por personas o por naves bajo su jurisdicción”, agregando “(3) los juicios por infracciones o contravenciones a esta Convención serán entablados por el Estado que tenga jurisdicción sobre tales delitos”.

Actualmente, la Conferencia de las Partes de la Convención Sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), Washington, 3 de marzo de 1973, entiende que dicho tratado obliga a aquéllas a establecer estrictas medidas de control sobre el tráfico ilícito de especímenes de especies en peligro y adoptar, en caso de violación de esas medidas de control, “las medidas apropiadas, en conformidad al Artículo VIII, párrafo 1, de la Convención, en orden a penalizar tales violaciones”<sup>16</sup>.

Además, el artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en la misma Conferencia Internacional de Río de Janeiro, el 5 de junio de 1992, “obliga” a “cada parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda”, a establecer “un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica” y “la legislación necesaria y/u otras disposiciones de reglamentación para la protección de especies y poblaciones amenazadas”. Junto a este tratado, existen también otros que se refieren a particulares elementos de la fauna y flora silvestre dignos de protección, en que se faculta a los Estados a adoptar medidas coercitivas, incluidas las penales, por supuesto. Entre ellos tenemos: el artículo 2 (2) de la Convención Sobre Conservación de Focas Antárticas, y su Apéndice, Londres 1 de junio de 1972; el Artículo V de la Convención para la protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América, Washington, 12 de octubre de 1940; los artículos 2º y 4º del Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña, Lima, diciembre de 1979; el Artículo Tercero del Convenio sobre Resguardo de Bosques Fronterizos Contra Incendios, suscrito entre el Gobierno de Chile y el de Argentina, Santiago de

<sup>16</sup> Resolutions of the Conference of the Parties to CITES in effect after the 11th meeting, Cites Secretariat, 2000, Res. 11. 3, p. 119.

Chile, 22 de diciembre 1961; y los Artículos 2 y 3 de la Convención sobre Prohibición de Pesca con Redes de Deriva de Gran Escala en el Pacífico Sur, 1989, y su Protocolo de 1990.

### III. Los modelos de regulación de la protección penal del medio ambiente en el derecho comparado

Siguiendo los dictados de los Tratados y Convenciones Internacionales, y afrontando derechamente la preocupación de las sociedades actuales por la degradación del medio ambiente, en buena parte de las naciones de nuestra órbita cultural podemos encontrar recientes modificaciones legales que abordan directamente la protección penal del medio ambiente o de la institucionalidad ambiental, asumiendo de este modo la insuficiencia de las vías civiles y administrativas para afrontar los problemas derivados de la degradación del medio ambiente en el estadio de desarrollo social y cultural que nos encontramos. Entre estas soluciones normativas al problema de la regulación de la protección penal del medio ambiente, podemos destacar las siguientes.

#### 1. Los delitos contra el medio ambiente en el derecho de tradición continental

Entre las legislaciones de tradición continental que han establecido nuevas figuras penales que castigan de manera más o menos independiente hechos que afectan o pongan en peligro el medio ambiente, podemos encontrar dos modelos diferentes de tratamiento del llamado delito ambiental: el de regulación general y el de regulación especial. La diferencia entre los modelos radica, básicamente, en la técnica legal empleada: en el primero los delitos de contaminación aparecen en el Código penal (así, en Europa, España y Alemania); mientras que en el modelo de regulación especial, el legislador ha optado por incorporar tales delitos en una Ley especial relativa al medio ambiente, que regula la protección del medio ambiente como objeto especial, tanto en los aspectos penal, procesal y administrativo (así, en Latinoamérica, Brasil).

Entrando en algún detalle, podemos constatar que de entre las legislaciones que siguen el modelo de regulación general, el Código penal español de 1995 establece en el Capítulo III del Título XVI de su Libro segundo, artículos 325 a 331, los llamados “delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”. En ese título, denominado genéricamente “delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente” se contemplan también los “delitos contra la ordenación del territorio” (Cáp. I), los que recaen “sobre el patrimonio histórico” (Cáp. II), y los “relativos a la protección de la flora y fauna”. De entre el variado catálogo de figuras penales que se contemplan en las disposiciones aludidas, parece haber acuerdo en la doctrina que el delito referido a la afectación propia del medio ambiente como tal, sería el contemplado en el artículo 325, conocido como “delito ecológico” o “de contaminación”, que recoge con algunas alteraciones el antiguo artículo 347 bis del Código Penal de 1944 (introducido por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio) y castiga con penas privativas de

libertad, multa e inhabilitación, al que “contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”<sup>17</sup>. En el mismo artículo 325 se contempla una primera agravación, consistente en provocar un “riesgo de grave perjuicio [...] para la salud de las personas”. El mismo efecto agravante se establece en el artículo 326 cuando en la comisión del delito concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones;

b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior;

c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma;

d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración;

e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico; y

f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones”. En figuras aparte, el artículo 328 castiga con la pena de multa y arresto de fin de semana a quienes establecieran depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las persona; y el artículo 330 impone la pena de prisión de hasta cuatro años y multa a “quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo”.

Por su parte, la legislación alemana reunió (18ª Ley de Reforma del Derecho Penal de 1980 y Segunda Ley para el Combate de la Criminalidad Ambiental de 1994 – 31ª Ley de Reforma del Derecho Penal –) en el actual Capítulo 29 de su Código penal, §§ 324 ss, bajo el epígrafe “Delitos contra el medio ambiente”, la mayor parte de los hechos de contaminación punibles que recaen sobre los “medios del ambiente”, estableciendo tipos penales diferentes para cada uno de ellos (agua, aire, suelo), junto con previsiones específicas para la protección de la flora y fauna, figuras penales antes dispersas en leyes especiales, siguiendo – al decir de *Tiedemann* – “la nueva política criminal alemana de ubicar todos los delitos importantes en el Código Penal común”, pues “son los delitos incluidos en el Código Penal los que interesan no sólo (y en cuanto tales) al público sino especialmente a los juristas, comenzando por los estudiantes

<sup>17</sup> Cf., por todos, *Huerta Tocildo*, Revista Penal 8 (2001), 39 (41); *Lizaur G. Margallo*, Rev. Jurídica Univ. Interamericana de Puerto Rico, vol. XXXV, Nº 1 (2000), 39 (43); *Vercher*, Revista Penal 7 (2001), 99 (106).

y terminando por los jueces y por la doctrina penal”, como una forma de hacer patente “la idea de que estamos ante una verdadera delincuencia [que] merece ser tomada seriamente en cuenta”<sup>18</sup>. Actualmente, el derecho penal ambiental alemán contempla las siguientes figuras penales: contaminación o alteración no autorizada del agua o de sus propiedades físicas (§ 324); aterramiento o depósito de materiales en el suelo, en importantes cantidades o poniendo en peligro serio la salud de las personas o la vida animal, vegetal y la pureza de las aguas, en contravención al ordenamiento administrativo (§ 324a); emisión e inmisión en el aire de sustancias no autorizadas, que puedan causar serios daños a la salud de las personas, la vida animal o vegetal, o la pureza de las aguas (§ 325); producción no autorizada de ruidos que puedan causar daños a la salud de las personas o serios daños a los animales y propiedades ajenas (§ 325a); verter, tratar, trasladar, o evacuar residuos químicos peligrosos o radiactivos no autorizados o fuera del margen de una autorización (§ 326); el establecimiento y administración no autorizados de instalaciones de energía nuclear, o de otras empresas productivas o extractivas que deban contar con autorización especial (§ 327); la realización no autorizada de operaciones o tratamientos con combustibles nucleares y otros elementos radioactivos (§ 328); la contaminación industrial no autorizada del aire durante períodos de emergencia ambiental<sup>19</sup>, la de aguas o fuentes de agua especialmente protegidas, así como la destrucción o alteración de parques naturales y áreas protegidas (§ 329). Estas figuras pueden agravarse, en un primer orden, cuando la contaminación producida pueda llegar a permanecer “largo tiempo”, con ella se ponga en peligro el suministro de agua a la población, se amenace la existencia de una especie animal o vegetal, o se haya producido por puro “afán de lucro”; y en segundo lugar, cuando se haya causado la muerte de una persona o se haya puesto en grave peligro la vida o salud de una persona o se haya puesto en peligro la salud de un número indeterminado de personas (§ 330). Además, el § 330a contempla una figura especial y agravada de peligro concreto para la salud y vida de las personas, consistente en la diseminación o liberación de venenos o sustancias que pueden transformarse en venenos que causen el peligro de muerte o de grave daño a la salud de otro o de daño en la salud de un número indeterminado de personas, que, según la doctrina mayoritaria concurre idealmente con el resto de los delitos que protegen el medio ambiente<sup>20</sup>.

En Brasil, en cambio, donde se sigue el modelo de regulación especial, es una ley separada del Código punitivo – la Ley N° 9.605, de 12 de febrero de 1998, que establece

sanciones penales y administrativas derivadas de conductas o actividades lesivas contra el medio ambiente –, donde se encuentran las sanciones penales en esta materia, las cuales, respondiendo a la exigencia constitucional contemplada en el artículo 225 § 3 de la Constitución Federal de 1988, castigan penalmente a quienes realicen actividades o conductas lesivas para el medio ambiente, sean personas naturales o jurídicas<sup>21</sup>. Desde el punto de vista formal, dicha Ley consta de 8 capítulos y 82 artículos, que desarrollan un amplio abanico de materias, no sólo penales (comprendidas en su Capítulo V), sino también infracciones administrativas, aplicación de la pena, ejercicio de la acción y el proceso penal, cooperación internacional para la preservación del medio ambiente, etc. En particular, el mencionado Capítulo V se divide en 5 secciones que tratan las siguientes materias: la Sección I “De los Delitos contra la Fauna”; la Sección II “De los Delitos contra la Flora”; la Sección III “De la Contaminación y otros Delitos Ambientales”; la Sección IV “De los Delitos contra el Ordenamiento Urbano y el Patrimonio Cultural”; y la Sección V “De los Delitos contra la Administración Ambiental”<sup>22</sup>. En cuanto a los delitos de contaminación propiamente tales, particular interés merece el artículo 54 de la Ley, que contempla propiamente el delito de contaminación, castigando con pena de reclusión de uno a cuatro años y multa, el “causar polución de cualquier naturaleza en niveles tales que resulten o puedan resultar de ella daños a la salud humana, o que provoquen una mortandad de animales o una destrucción significativa de la flora”; sancionándose además, con una pena inferior, su comisión culposa (artículo 54 § 1°). Las penas se agravan cuando la contaminación afecta directamente un área habitada, el agua potable, las playas o se comete por vertimiento de basuras o hidrocarburos (artículo 54 § 2°), o cuando se omite adoptar las medidas preventivas de un daño ambiental grave o irreversible, ordenadas por la autoridad competente (artículo 54, § 3°). En esta Sección se contemplan además dos delitos que castigan hechos potencialmente contaminadores, pero sin relacionar su comisión con la contaminación propiamente tal. Así, el artículo 56 sanciona penalmente el “producir, procesar, embalar, importar, exportar, comercializar, guardar, transportar, almacenar, tener en depósito o usar productos o sustancias tóxicas, peligrosas o nocivas para la salud humana o el medio ambiente, sin cumplir las exigencias legales o reglamentarias”. En este delito, también se castiga el abandono de tales sustancias o su utilización en contra de las normas de seguridad (artículo 56 § 1°), y su comisión culposa (artículo 56, § 3°), agravándose la pena en caso que la sustancia sea “nuclear o radioactiva” (artículo 56, § 2°). Por su parte, el artículo 60 castiga el “construir, reformar,

<sup>18</sup> Tiedemann, Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán), 1993, p. 175 s.

<sup>19</sup> No aplicable a los conductores de automóviles, quienes se rigen sólo por las disposiciones de Policía del tráfico rodado (Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar 55. Ed. 2008).

<sup>20</sup> Cramer, en Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Ed. 1997, Comentarios a los artículos 324 ss.

<sup>21</sup> Ver Leme Machado, Direito Ambiental Brasileiro, 1992 (5ª Edición), pp. 460 y ss.

<sup>22</sup> El único delito de esta sección que no tiene relación directa con el tratamiento de la participación de los funcionarios públicos en actos de contaminación, es el del artículo 69, una especie de desacato administrativo, que castiga el “obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais [...]”.

ampliar, instalar o hacer funcionar, en cualquier parte del territorio nacional, establecimientos, obras o servicios potencialmente contaminadores, sin licencia o autorización de los órganos ambientales competentes, o en contravención a las normas legales y reglamentarias aplicables”. Finalmente, se dispone que las penas de estos delitos se agravan todavía más, en casos de contaminación dolosa, cuando “resulta un daño irre-versible a la flora o al medio ambiente en general” (Art. 58, I); “resulta una lesión corporal grave en otra persona” (Art. 58, II); y cuando “resulta la muerte de otro” (Art. 58, III).

## 2. Los delitos contra el medio ambiente en el common law. El sistema norteamericano

Como principal característica del derecho penal ambiental en los EUA, tenemos su fragmentación en diversas leyes, protectoras a su vez de los distintos componentes del medio ambiente, a saber: la Clean Air Act (CAA), sobre contaminación del aire y la atmósfera<sup>23</sup>; la Clean Water Act (FWPCA), sobre contaminación de las aguas<sup>24</sup>; la Resource Conservation and Recovery Act (RCRA), para tratar el problema del manejo de los desechos peligrosos, “desde la cuna hasta la tumba”<sup>25</sup>; la Comprehensive Environmental Response, Conservation and Liability Act (CERCLA), que estableció mecanismos para la limpieza de los sitios contaminados con desechos peligrosos<sup>26</sup>; y finalmente la Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA) y la Toxic Substances Control Act (TSCA), que introducen delitos ambientales en el ámbito de las sustancias químicas<sup>27</sup>.

El desarrollo normativo del derecho penal del medio ambiente en los EUA no se agotó con la promulgación de estos estatutos, sino que más bien ha seguido una sostenida expansión, mediante modificaciones sucesivas y sustanciales a dichas leyes, con la intención explícita de fortalecer el programa de protección penal del medio ambiente. Es así como, por ejemplo ciertas faltas se elevaron a crímenes, se eliminaron ciertos elementos subjetivos del tipo, se aumentaron las penas, y se introdujeron delitos de peligro. Estas innovaciones perseguían fortalecer la capacidad del Estado para hacer efectiva la responsabilidad penal ambiental<sup>28</sup>.

Entre los aspectos más relevantes que distinguen este vasto sistema de protección del medio ambiente frente a los propios del sistema continental, aparte de la abierta admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de cierta tendencia a objetivizar al extremo las figuras penales, encontramos el hecho de que, aunque en última instancia el bien jurídico protegido por el sistema penal ambiental es la integridad del medio ambiente, de los elementos que lo componen y de la salud de las personas, su protección se

realiza en primera línea mediante la protección penal de la integridad del esquema administrativo que establece los mecanismos de protección ambiental. Así, en el entendido que ciertas declaraciones falsas o la omisión de las mismas usualmente buscan esconder el incumplimiento de la legislación ambiental y por ende afectan el funcionamiento y los objetivos de conservación del ambiente del sistema administrativo, se castiga penalmente la entrega de información falsa y la mantención de registros falsos, por parte de los operadores económicos a quienes se obliga a entregar información sobre una serie de elementos que configuran el impacto ambiental de sus actividades; el omitir la entrega de información a la autoridad, cuando ellos es obligatorio por ley; la omisión de entregar notificación inmediata acerca de derrames de petróleo o de liberación de sustancias peligrosas al ambiente, etc. Junto con esta protección del funcionamiento de la administración ambiental, las leyes que regulan la materia proveen también castigo a fenómenos de grave contaminación descontrolados, como la descarga no autorizada de contaminantes al aire o a las aguas, en infracción a los permisos ambientales, diferenciando en estos casos entre simples delitos (felonies) si el agente actuó a sabiendas (knowingly) y faltas (misdemeanors) si el agente actuó de forma negligente (negligently). Además, se contemplan delitos de knowing endangerment, que se acercan a la categoría de lo que nosotros conocemos como delitos de peligro concreto. En ellos se exige que el agente, además de la infracción de la norma o permiso ambiental, actúe con el conocimiento que coloca a otra persona en peligro inminente de muerte o de lesiones corporales serias. Estos delitos llevan aparejadas las penas más severas del sistema, hasta 15 años de cárcel y US\$ 250.000 de multa, las cuales son dobladas en casos de reincidencia. En caso que el autor del delito sea una organización, las multas penales pueden ascender hasta US\$ 1.000.000 por cada violación, las que se calculan aparte de las multas administrativas y la reparación del ambiente.

## IV. El estado actual de la protección penal del ambiente en Chile. La inexistencia de una legislación específicamente dirigida a la protección penal del medio ambiente

Como resulta evidente de la presentación de las diversas mociones parlamentarias surgidas en la materia<sup>29</sup>, no existe en Chile una protección penal sistemática y enfocada precisamente a la protección del medio ambiente en sí, como no existía en la mayor parte de las legislaciones del siglo pasado, básicamente porque al consolidarse la codificación decimonónica, no había una preocupación por el medio ambiente como tal como hemos visto hoy en día. En ese sentido, nuestra legislación se encuentra en un estadio de desarrollo del derecho penal ambiental que podríamos denominar de “prescindencia”, en que (como también sucede en otras naciones amigas, como la Argentina<sup>30</sup>), la regulación

<sup>23</sup> 33 U.S.C. § 7413.

<sup>24</sup> 33 U.S.C. § 1319.

<sup>25</sup> 42 U.S.C. § 6928.

<sup>26</sup> 42 U.S.C. § 9603.

<sup>27</sup> 7 U.S.C. § 136-136 y 15 U.S.C. § 2601-2629, respectivamente.

<sup>28</sup> Ver *Schroeder*, 35 Wm. & Mary L. Rev. 251, 1993.

<sup>29</sup> Ver *Infra*, el apartado VI. de esta presentación.

<sup>30</sup> Cf. *Libster*, *Delitos ecológicos*, 2ª ed. 2000.

penal de hechos que podrían considerarse como de contaminación o peligro de contaminación o daño ambiental, ha de buscarse en disposiciones del Código penal y de leyes especiales, que no han sido establecidas directa e independientemente con ese propósito, sino con el de proteger otros bienes que, al momento de la codificación o al de dictarse las diversas leyes especiales, se consideraron como dignos de una protección penal, atendiendo a la protección penal de intereses generales (como sucede con algunos delitos contra la salud pública) o específicos en algunos casos (como en muchas leyes especiales). Ahora bien, si ordenamos esas normas desde la perspectiva del medio ambiente y los elementos que lo constituyen, podemos constatar que el sistema chileno de protección penal del medio ambiente está compuesto principalmente por las siguientes normas.

### *1. Protección penal del aire y la atmósfera*

En la actualidad no existe en nuestro país ningún simple delito o crimen que castigue fenómenos de grave contaminación del aire, pudiendo citarse al respecto sólo las faltas de los números 20 (infracción de las reglas de policía en la elaboración de objetos fétidos o insalubres), 22 (no entregar basuras o desperdicios a la policía de aseo) y 29 del artículo 496 del Código penal (construcción en contravención de los reglamentos de fuentes de emisión fija – hornos, chimeneas o estufas –), de nula aplicación práctica.

### *2. Protección penal de las aguas y particularmente de las marinas*

En nuestro Código penal, el principal delito que protege penalmente a las aguas es el de su artículo 315, que castiga el envenenamiento o infección de aguas destinadas al consumo público (elaboradas para ser ingeridas por un grupo de personas indeterminadas), reduciendo con ello considerablemente su ámbito de aplicación, más aún si se tiene en cuenta que la contaminación aquí se limita a la proveniente de sustancias que podrían considerarse “venenosas” o “infecciosas”, y el carácter únicamente doloso del hecho punible, que excluye los corrientes casos de grave contaminación de mares, ríos o afluentes, causados por evitables y previsibles “accidentes” cuyo origen puede encontrarse en la negligencia, imprevisión o temeridad de quienes controlan las fuentes de emisión. Este delito se agrava seriamente si se produce la muerte o enfermedad grave de una persona (artículo 317 Código penal), agravación que suponen la comprobación de las siempre complicadas relaciones de causalidad entre la contaminación de las aguas y la muerte o enfermedad de una persona. Otros delitos vinculados a la protección de las aguas, relativos más bien a la mantención de sus caudales más que a su contaminación, son los de sacar éstas sin derecho de sus caudales (artículo 459 del Código penal); y alterar su reparto o permitir su sustracción (artículo 480 Código de Aguas).

Como un propio delito de contaminación de las aguas, particularmente de las marinas, encontramos en la Ley

General de Pesca el delito de su artículo 136, que castiga al que introdujere o “mandare a introducir” en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños. Con lo importante que resulta como modelo de regulación la decisión de contemplar expresamente un delito de contaminación y el castigo de quien decide la acción material (“manda a introducir”) aún antes de ejecutarse (lo que transforma a la figura en delito de peligro), la disposición citada deviene en la práctica como de muy difícil aplicación, en primer lugar, porque no contempla la figura culposa, que es la de mayor realización fenomenológica, y en segundo término, porque no se define en ella en qué consiste el daño que se pretende evitar, y del cual debe probarse una relación de causalidad con la introducción del agente contaminante, cuyo nivel de neutralización para excluir la tipicidad del hecho tampoco se encuentra fijado por la ley, a pesar de que en ella parece entenderse implícitamente que es posible la introducción de tales agentes a la aguas, siempre que previamente estén neutralizados.

### *3. Protección penal de los suelos y de los espacios naturales*

Tampoco existe a este respecto un delito que castigue propiamente la grave contaminación de los suelos o la alteración de sus propiedades, y sólo muy indirectamente, su degradación podría ser objeto de sanción penal a título de usurpación (artículo 462 del Código penal), cuando es dolosa y tiene por finalidad alterar o destruir los términos o límites de una propiedad; o a título de infracción al artículo 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que castiga la venta en verde de loteos que han de ser urbanizados, sin que previamente se cumplan los requisitos que dicha ley establece. Directamente, sólo podría entenderse que el artículo 38 de la Ley de Monumentos Nacionales permitiría la sanción penal de quienes degraden o contaminen seriamente los suelos de los “Santuarios de la Naturaleza”, entendiéndose que dicha contaminación sería una forma de “causar un perjuicio” a tales “Monumentos Naturales”<sup>31</sup>.

### *4. Protección penal de la biodiversidad y, en particular, de la flora y fauna silvestres*

A este respecto, nuestra Ley es, sin duda, más pródiga y cumple de mejor manera las prescripciones del Derecho Internacional, pues no sólo se castiga la propagación sin permiso de la autoridad de enfermedades o plagas animales (Art. 289 del Código penal); sino también la “propagación indebida” de cualquier organismo, producto, elemento o agente químico, viral, bacteriológico, radiactivo o de

---

<sup>31</sup> También podrían entenderse como parte de la dispersa legislación protectora de los espacios naturales especialmente protegido, las normas de la Ley de Bosques, que se citan en el siguiente apartado. Cf., con detalle, *Castillo S.*, Régimen jurídico de protección del medio ambiente, 2ª ed. 1994.

cualquier otro orden que por su naturaleza sea susceptible de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población. En estas figuras es donde mejor aparece recogida la idea del castigo a la emisión indebida de un contaminante, en los términos del artículo 2° de la Ley No. 19.300 (“todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”), pero únicamente referida a aquella que pone en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población (de productos animales o vegetales, se entiende). Sin embargo, la falta de una clara identificación de los deberes jurídicos que debieran infringirse para cometer el delito, hacen de muy difícil aplicación práctica la fórmula utilizada por el legislador; ello, sin contar con la dificultad adicional de probar la propagación de tales sustancias y, sobre todo, su capacidad (una vez propagadas) para poner en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población.

Por otro lado, la fauna silvestre rara, protegida o en peligro de extinción encuentra una decidida protección penal, integrando al derecho nacional las obligaciones contraídas en el tratado CITES, en los artículos 30 y 31 de la Ley de Caza, recientemente reformada íntegramente, donde se prohíbe la caza, captura y tráfico ilícito de tales especies. La Ley General de Pesca también ofrece una importante protección penal a las especies hidrobiológicas, castigando la pesca con artes prohibidos (artículo 135), la introducción ilegal de especies hidrobiológicas de carnadas no autorizadas (artículo 137), así como el procesamiento, elaboración o transformación de recursos hidrobiológicos vedados (Art. 139), disposición esta última de gran importancia como modelo de regulación, pues no sólo establece sanciones para personas jurídicas, sino que, además, hace directamente responsables de la falta que contiene a los gerentes o administradores de la industria donde se ella comete.

Finalmente, y en cuanto a la protección de la flora, nuestra Ley se limita a un castigo genérico, a título de incendio, de la destrucción por esta vía de bosques, mieses, plantíos y montes, siempre que el delito se cometa dolosamente (artículo 476 No. 3 del Código penal), y culposamente, sólo en los casos de roza a fuego con infracción de reglamentos (artículos 18 y 22 de la Ley de Bosques). Lamentablemente, los Reglamentos a que se refieren estas últimas disposiciones no han sido dictados. La misma Ley de Bosques contempla en su artículo 21 el delito de corte y tala ilegal de bosques y arbustos nativos; sin embargo, las limitaciones que se establecen para ese corte o tala están vinculadas más bien al aseguramiento de la mantención de los suelos y manantiales que a la protección de la masa arbórea, y siempre se permite solicitar al Servicio Agrícola y Ganadero una autorización para dicha tala o corte, con lo que la prohibición puede terminar siendo ilusoria.

### *5. Protección penal del medio ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva*

Este es otro aspecto de nuestra legislación en la materia que puede considerarse suficientemente regulado, atendido que, por una parte, la Ley de Seguridad Nuclear, No. 18.302, castiga penalmente la realización sin autorización de actividades relativas a la energía y materiales nucleares (artículo 45); la causación dolosa o culposa de un “daño nuclear” (artículo 47); el peligro que para el ambiente importa el daño, ataque o sabotaje de instalaciones nucleares (artículo 41); el robo, hurto, sustracción o apropiación ilícita de materiales radioactivos (artículo 41, inc. 1°); el dar ocasión negligentemente al robo, hurto, sustracción o apropiación de dichos materiales (artículo 43 inc. 2°); y la amenaza condicional de causar un daño nuclear (artículo 46). Y por otra, La Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, prohíbe absolutamente la posesión de armas especiales, esto es, “las químicas, biológicas y nucleares” (artículo 3° inc. 4), castigando con severas penas su porte y posesión (artículos 13° y 14°) – sin ofrecer siquiera un régimen de permisos sobre ellas, como en el caso de las armas de fuego comunes.

En resumen, a pesar de la no despreciable cantidad de las normas penales reseñadas (y de la relativa importancia de cada una de ellas), su carácter asistemático y de indirecta relación con el medio ambiente y sus componentes, deriva a la postre en su insuficiencia para proteger adecuadamente dichos intereses, como veremos a continuación.

### **V. La insuficiencia de la actual legislación penal ambiental chilena para una adecuada protección del medio ambiente y de la institucionalidad medioambiental. Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, actualmente vigentes, para cumplir con las obligaciones internacionales contraídas en la materia**

Revisado el actual estado de la legislación nacional relativa a la protección penal del medio ambiente, la primera conclusión que de ello resulta, la obvia inexistencia de una protección penal específicamente dirigida al medio ambiente o sus elementos, deja en entredicho el nivel de cumplimiento de las sugerencias que en esta materia se han realizado en el plano del Derecho Internacional. Pero también en particular, respecto de las materias en que específicamente los tratados suscritos por Chile imponen el establecimiento de delitos ambientales en la legislación nacional, una revisión del panorama legislativo nacional nos muestra serias insuficiencias, que es deber del Estado suplir.

En efecto, atendiendo el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales, podemos constatar lo siguiente:

a) Que existe un pleno grado de cumplimiento respecto de la obligación de proteger penalmente el ambiente frente a los peligros de las armas de destrucción masiva, mediante las figuras penales contempladas en las leyes 18.314, Sobre Control de Armas, y 18.302, sobre Seguridad Nuclear;

b) Que similar grado de cumplimiento parece existir respecto de la protección penal de la biodiversidad y, en

particular, de la fauna silvestre, a través de las disposiciones citadas en el apartado anterior contempladas en el Código penal, en la Ley General de Pesca y en la Ley de Caza; y

c) Que, en cambio, no existe una protección penal específica, en los términos a que obligan los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, por no existir tipos penales específicos, o porque los existentes no ofrecen un adecuado grado de protección en los términos de los tratados o convenciones, respecto de la protección penal del medio ambiente antártico (no existe legislación específica en la materia, y sólo podría aplicarse a su respecto el artículo 136 de la Ley General de Pesca, en cuanto se refiere a la contaminación de las aguas, pero con las importantes dificultades antes señaladas); del medio ambiente, y particularmente de los suelos, frente al tráfico ilícito de desechos peligrosos (un Proyecto de Ley que regulaba la materia – Boletín 150/11 – fue archivado recientemente en esta Cámara); y de las aguas, particularmente de las marinas (El D.L. 2.222, Ley de Navegación, entrega el control de la contaminación por hidrocarburos previsto en el Tratado MARPOL a la Dirección del Territorio Marítimo, estableciendo un régimen de sanciones administrativas solamente; mientras el artículo 136 de la Ley General de Pesca presenta serias dificultades de aplicación, como ya se explicó).

### *1. Insuficiencia de las disposiciones penales relativas al medio ambiente, para la prevención de fenómenos de grave contaminación ambiental*

Salvo las disposiciones de difícil aplicación práctica relativas a la contaminación de aguas con venenos o productos infecciosos (artículo 315 del Código penal) y de la introducción en ella de agentes contaminantes “que causen daño a los recursos hidrobiológicos” (artículo 136 de la Ley General de Pesca), no existen en nuestro ordenamiento jurídico normas que, como las previstas en el derecho comparado, castiguen la grave contaminación (tanto dolosa como negligente) de los aires, las aguas y el suelo, ni tampoco los hechos que producen serios riesgos de contaminación, como los relativos al tráfico ilícito de desperdicios y sustancias altamente peligrosas para el medio ambiente y aún la salud de las personas, originados tanto en el abuso de los permisos obtenidos mediante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, como en la codicia o maldad humana, o incluso en la negligencia de quienes, realizando actividades o proyectos peligrosos para el medio ambiente, no ponen el debido cuidado que ello exige para impedir derrames de fluidos o sustancias que podrían dañar gravemente el medio ambiente y la vida y salud humana, animal y vegetal.

Sin embargo, también es cierto que resulta muy difícil la configuración de delitos de grave contaminación ambiental, tomando en cuenta la inexistencia actual de Normas de Emisión para todos los contaminantes<sup>32</sup>; la utilización de las

<sup>32</sup> Actualmente se han dictado sólo las siguientes Normas de Emisión:

existentes como instrumentos de gestión ambiental, que permiten el gradual acercamiento de las fuentes a los límites que se fijan para cada una de ellas; y sobre todo, el carácter de dichas Normas de Emisión, cuyos límites máximos toman en cuenta objetivos relacionados con Normas de Calidad Ambiental, lo que supone considerar el efecto acumulativo de ciertas emisiones en determinados ámbitos territoriales, que por lo mismo, no permite tomarlas en general como indicadores de la gravedad intrínseca de la emisión de contaminantes en cada fuente, individualmente considerada.

### *2. Insuficiencia de los instrumentos jurídicos actualmente disponibles para la sanción de quienes burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*

Asumiendo que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previsto por la Ley No. 19.300 ha de constituir la base de la gestión ambiental nacional, si fijamos la atención en la necesaria protección que debiera dispensarse al adecuado funcionamiento de la administración ambiental – como se dispensa por la vía penal en el sistema norteamericano –, para evitar su burla y descrédito consecuente

a) Respecto de contaminantes en el aire, por fuentes móviles: D.S. N° 104 de 2000 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones), Norma de emisión para motocicletas; Decreto N° 130 de 2002 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones Subsecretaría de Transportes), Normas de emisión de Co, Hct, Hcnm, Ch4, Nox y material particulado para motores de buses de locomoción colectiva de la ciudad de Santiago; Decreto N° 103 de 2000 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Medio Ambiente), Norma la emisión de hidrocarburos no metánicos para vehículos livianos y medianos ; D.S. N° 4 de 1994 (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones), Normas de emisión de contaminantes aplicables a los vehículos motorizados;

b) Respecto de la contaminación del aire por otras fuentes: D.S. N° 167 de 1999 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión para olores molestos ; D.S. N° 165 de 1999 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión para la regulación del contaminante arsénico emitido al aire.

c) Respecto de la emisión de contaminantes en las aguas: D.S. N° 90 de 2000 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales; y D.S. 46 de 2002 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión de residuos líquidos a aguas subterráneas.

d) Respecto de la emisión de contaminación lumínica en las II, III y IV Regiones: D.S. N° 686 de 1998 (Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción), Norma de emisión para la regulación de la contaminación lumínica;

e) Respecto de la contaminación por ruidos molestos: D.S. N° 146 de 1997 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), Norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas.

(junto con los peligros o daños ambientales que de ello derivan), podemos hacer notar ciertas insuficiencias graves en la legislación ambiental, que no se encuentran en otros ámbitos de actividades especialmente reguladas.

Así, mientras en nuestra legislación se sanciona con las penas del perjurio a quienes presentan declaraciones juradas falsas para la realización de determinados trámites o la obtención de ciertas prestaciones<sup>33</sup>, quien presenta ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental una declaración jurada falsa sobre el Impacto Ambiental de su actividad o proyecto no está sujeto a ninguna sanción específica.

Lo mismo sucede con la presentación de antecedentes falsos o la omisión de otros verdaderos al presentar los correspondientes a un Estudio de Impacto Ambiental, cuya falsedad u omisión no tienen una sanción penal, mientras que sí la tendrían si se tratase de antecedentes a presentar con relación a la mayor parte de las actividades sujetas al control estatal por medio de Superintendencias u otros organismos de la Administración<sup>34</sup>.

Tampoco existen específicas sanciones que castiguen a quienes – como lo hace el artículo 327 del Código penal

respecto de los peritos judiciales y otros funcionarios auxiliares de la justicia que emiten informes falsos –, en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, emitan, a favor de terceros interesados, informes falsos o incompletos que influyan en la decisión de la Comisión respectiva o que, interviniendo de cualquier manera en el proceso oculten o adulteren información que deba tomar en cuenta el órgano resolutorio competente.

Por otra parte, una decidida protección del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental resultaría insuficiente y hasta inequitativa para quienes se someten a dicho sistema, si no se establecieran importantes estímulos coercitivos para quienes, debiendo someter sus actividades o proyectos a la aprobación de las Comisiones pertinentes, simplemente pretenden “ahorrarse” el gasto asociado a dicha Evaluación, y sin más se ponen fuera de la regulación ambiental, desarrollando sus actividades o proyectos fuera de toda legalidad, tal como sucede actualmente con la instalación de vertederos de residuos sólidos clandestinos<sup>35</sup>. Así, resulta necesaria, junto con la protección en el orden penal del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la sanción también penal – que vaya más allá de la inaplicada y modesta pena de falta prevista en el artículo 495 No. 9 para el que “abriere establecimientos sin licencia de la autoridad, cuando sea necesaria” – de quienes burlan derechamente dicho sistema, emprendiendo proyectos o actividades sin someterse a la Evaluación Ambiental, cuando ello es obligatorio, tal como hoy se castiga penalmente el desarrollo de ciertas actividades que, requiriendo un especial reconocimiento del Estado o el cumplimiento de ciertos requisitos legales, no lo tienen, como sucede con las Universidades, la actividad Bancaria y de Seguros, etc.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Ver al respecto: artículo 29 DL 1.305/1976 que reestructura y regionaliza el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo; artículo 17 DL 1.939/1977; artículo 1.º Ley 18.270, Establece Normas Para El Otorgamiento De Títulos Gratuitos De Dominio Sobre Tierras Fiscales Rurales En La XI Región; artículo 11 inc. 4 o. y 18 inc. 3º. Ley 18.883, Aprueba Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales; artículo 12 inc. 4 o. y 17 inc. 3º. Ley 18.834, Estatuto Administrativo; artículo 6 o. Ley 19.360; artículo 18 Ley 18.603, Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos; artículo 16 DL 539/1974, Establece Normas Sobre Reajustabilidad Y Pago De Dividendos De Deudas Habitacionales.

<sup>34</sup> Ver al respecto: artículo 70 Ley 16.741, Establece Normas Para Saneamiento De Los Títulos De Dominio y Urbanización de Poblaciones en Situación Irregular; artículo 1 o. Ley 19.083, Establece Normas Sobre Reprogramación De Deudas Del Crédito Fiscal Universitario; artículo 6º Ley 19.287, Modifica Ley 18.591 y Establece Normas Sobre Fondos Solidarios de Crédito Universitario; artículo 50 Ley 19.162, Establece Sistema Obligatorio de Clasificación de Ganado; artículo 37, inc. 2 o. Ley 18.168 General De Telecomunicaciones; artículo 50 Ley 18.933, Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional; artículo 49 DFL 251/1931, Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas Y Bolsas De Comercio; artículo 59, letras a) y f) Ley 18.045, Sobre Mercado de Valores; artículo 49 Ley 18.876, Establece el Marco Legal para la Constitución y Operación de Entidades Privadas de Depósito y Custodia De Valores; artículo 59 Ley 18.840 Orgánica Constitucional Del Banco Central De Chile; artículo 19 bis Ley 18.902, Crea Superintendencia de Servicios Sanitarios; 158 DFL 3/1997 (Hacienda), Ley General de Bancos; artículo 8 DFL 15/1991 (Vivienda), Establece Normas Sobre Deudores Habitacionales Ley 19.003; artículo 3º, ley 19.353, Condona deudas que indica derivadas del proceso de Reforma Agraria.

<sup>35</sup> Materia que por su gravedad ha concitado la atención de los Honorables Srs. Diputados patrocinantes de las mociones sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12) y sobre el que prohíbe el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra (Boletín 2721-12).

<sup>36</sup> Ver al respecto: artículo 3 DL 3.631/1981, Fija Normas sobre Universidades; artículo 25 D.L. 3.500/1980, establece Sistema de Pensiones; artículo 60 letras a), b) y c) Ley 18.045, sobre Mercado de Valores; artículo 46 DFL 251/1931 Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas De Comercio; artículo 48 DFL 251/1931 Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas De Comercio; artículo 51 DFL 251/1931 Sobre Compañías De Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas De Comercio; artículo 39 DFL 3/1997 (Hacienda), Ley General de Bancos; artículo 23, incs. 1o a 3o. Ley 18.933, Crea La Superintendencia De Instituciones De Salud Previsional; artículo 38 Ley 19.220, Regula Establecimientos De Bolsas De Productos Agropecuarios; artículo 8o. inc. 1o Ley 19.491 Regula Funcionamiento De Administradoras De Recursos Financieros De Terceros Destinados A La Adquisición De Bienes; artículo 76 Ley 19.518, Fija Nuevo Estatuto de Capacitación y Empleo; artículo 30, incs. 5o a 7o Ley 19.728, Establece Un Seguro De Desem-

## VI. La insuficiencia de los proyectos legislativos en la materia. Reseña y análisis crítico

Las más importantes Proyectos de Ley presentados en el parlamento hasta ahora y – que se encuentran en actual tramitación –<sup>37</sup>, referidos al establecimiento de una sanción penal para quienes dañan o ponen en grave peligro el medio ambiente o burlan el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se contienen en las siguientes mociones parlamentarias de los Diputados Srs. *Aníbal Pérez, Juan Bustos, Luksic, Elgueta, Sánchez, Encina, Ojeda, José Pérez, Mora y Rincón* sobre un proyecto de ley que tipifica el delito medioambiental (Boletín 2177-12); y la moción de los Diputados Srs. *Alessandri, don Gustavo; Delmastro, don Roberto; Arratia, don Rafael; Navarro, don Alejandro; Acuña, don Mario, y Sánchez, don Leopoldo* sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12), respectivamente<sup>38</sup>.

---

pleo; artículo 36 B, letra a), Ley 18.168 General De Telecomunicaciones; artículo 63 Ley 18.045, Sobre Mercado de Valores; artículo 205 Ley 18.290; artículo 23, incs. 1o. y 2o., Ley 18.118 Legisla Sobre El Ejercicio De La Actividad De Martillero Público; y artículo 495 No 9 Cp.

<sup>37</sup> Lamentablemente, en la sesión 7ª de la 34ª Legislatura ordinaria (13.6.2002 la importante, aunque insuficiente, moción sobre un proyecto de ley que prohibía el ingreso al territorio nacional de desechos provenientes de terceros países (boletín N° 150-11), fue archivada por la Cámara de Diputados en su tercer trámite constitucional, a sugerencia de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, donde es esgrimió que dichas conductas ya se encontraban reguladas en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, lo que si bien es cierto en cuanto obligación internacional (ver *Supra* II), no lo es si la Cámara creyó que bastaría con la aprobación de dicha Convención para modificar la ley nacional y establecer delitos y penas, pues no son las Convenciones Internacionales fuentes del derecho penal interno, mucho menos cuando en ellas se establece la obligación de legislar, naturalmente, una vez que se haya aprobado el Convenio que obliga en ese sentido.

<sup>38</sup> Además de las mociones citadas arriba en el texto, con especial incidencia en la penalización de conductas que afectan al medio ambiente, se encuentran en tramitación las mociones sobre el Proyecto que prohíbe el traslado y posterior depósito de basuras y desperdicios generados en una región, en el territorio de otra (Boletín 2721-12), y un número importante de mociones sobre protección del medio ambiente desde diferentes puntos de vista (Boletines 2725-12, 2992-12, 2238-12, 2703-12, entre otros).

### 1. El proyecto de Ley que Tipifica el Delito Ambiental (Boletín 2177-12)

Este Proyecto de Ley se fundamenta, según la moción que le dio origen<sup>39</sup>, en la constatación de que “el proceso de deterioro de nuestro medio ambiente constituye una realidad alarmante, que no muestra señales de detenerse o, al menos, de ir en un retroceso continuo que permitiera anticipar un futuro en el que fuera una realidad la garantía contemplada en el artículo 19 N° 8° de nuestra Constitución Política del Estado, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”; y de que “la necesidad de recurrir a normas penales protectoras de éste se debe a que la experiencia está cada día probando que la legislación civil y administrativa por sí sola ha demostrado ser muy ineficaz en su fuerza preventiva y protectora del medio ambiente”, pues “la denominada “delincuencia ambiental” por las Naciones Unidas ha sabido sobrepassar sin problemas los obstáculos que tales leyes han impuesto”. A esta constatación se agrega que “en nuestra Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente se mantienen los principios clásicos de responsabilidad subjetiva civil en materia del daño al medio ambiente”, y que, por tanto, “existe un gran vacío, pues esta ley apunta a la responsabilidad civil por el daño ambiental, pero no se tipifica el delito ecológico contra el medio ambiente como lo hacen otras leyes marco internacionales sobre el medio ambiente”.

Su texto contiene cuatro artículos, en el primero de los cuales se pretende tipificar el delito ambiental como una contravención grave a las normas de emisión y de calidad ambiental, y establecer las penas correspondientes, incluyendo entre ellas la clausura e intervención del establecimiento<sup>40</sup>; mientras en el segundo y el tercero se establecen las agravaciones por muerte o afección irreversible a la salud de

---

<sup>39</sup> Moción agregada a la cuenta de la Sesión 2ª. De la Legislatura 338, de 3 de junio de 1998.

<sup>40</sup> Artículo 1º. El que contraviniendo gravemente las normas primarias de calidad ambiental que establecen los valores de las concentraciones y períodos máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. Si la contravención de las normas constituye un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio.

Si dichas violaciones se producen por negligencia grave, la pena se rebajará en un grado.

En caso de reincidencia, las penas anteriormente señaladas se aumentarán en un grado.

En los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo además el Tribunal disponer la intervención de la empresa, para resguardar los derechos de los trabajadores.

las personas y destrucción irreversible del medio ambiente<sup>41</sup>; y en el cuarto, la aclaración de que estas sanciones son independientes de las civiles y administrativas que correspondan<sup>42</sup>.

En su primer trámite constitucional, el proyecto se ha discutido en la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara, donde se recibieron numerosas observaciones críticas, sin que hasta el momento se haya dado cuenta del Informe de dicha Comisión ante la Cámara de Diputados.

La primera observación importante que puede hacerse a este Proyecto, es que el delito ambiental que se pretende tipificar en el proyecto reseñado, parece reducirse únicamente a la sanción de ciertos supuestos de grave contaminación ambiental, dejando fuera de su alcance la protección del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por lo que resulta, por sí solo, insuficiente para la adecuada protección del medio ambiente, conforme las obligaciones internacionales contraídas y la experiencia del derecho comparado.

Además, como se puso de relieve en la discusión habida en el seno de la Comisión, el Proyecto parece adolecer de serias deficiencias técnicas, producto sin duda de las premuras legislativas más que de otra cosa. Así, entre los invitados a las discusiones, hubo acuerdo en que no es posible castigar la infracción de normas de calidad ambiental, pues éstas no permiten ser “infringidas”, en términos de ser sobrepasadas por una fuente individual, porque ellas definen únicamente concentraciones máximas de contaminantes en territorios y épocas determinadas, por lo que únicamente podría hacerse una referencia a las normas de emisión, que sí tienen relación con fuentes individuales de contaminantes<sup>43</sup>. Pero aún en ese caso se puso de manifiesto que la sola infracción a las normas de emisión, cronogramas de reducción de emisiones, paralización o restricciones referidas a situaciones especiales de emergencia ambiental, se encuentra sancionada hoy en día en el artículo 56 de la Ley 19.300, concluyendo que para “que el tipo penal propuesto

<sup>41</sup> Artículo 2°. Si como consecuencia de las conductas penales descritas en el artículo anterior, se produjera, por imprudencia grave, la muerte de una persona o una afección irreversible en su salud, la pena aplicable será la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Artículo 3°. Si como consecuencia de la contravención de las normas de calidad ambiental, la destrucción del medio ambiente es irreparable, la pena prescrita en el artículo 1° será de presidio menor en su grado medio a máximo.

<sup>42</sup> Artículo 4°. Las penas contempladas en la presente ley se impondrán sin perjuicio de otras sanciones y reparaciones que contemple la legislación vigente para las conductas descritas en los artículos anteriores.

<sup>43</sup> En este sentido se pronunciaron los Srs. *Sapag* (Director Jurídico de Conama), *Castillo* (experto invitado), y *Osorio* (Abogado del Instituto de Libertad y Desarrollo), según consta en el Borrador del Informe de la Comisión, que no ha sido ingresado todavía a la cuenta de la Cámara.

sea una norma eficaz y eficiente requiere de ser adecuado a la normativa ambiental vigente<sup>44</sup>. También se destacó que técnicamente el proyecto carecía de una descripción más o menos precisa de la conducta punible, pues si se saca la oración que continua a posteriori de la frase “normas primarias de calidad ambiental”, se llega a la siguiente redacción: “El que contraviniendo gravemente normas primarias de calidad ambiental será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo<sup>45</sup>”. También se señaló que el proyecto, a pesar de contener sanciones para las personas jurídicas en su artículo 1°<sup>46</sup>, no parecía hacerse cargo cabalmente del problema de en qué casos dichas personas jurídicas serían sancionables, teniendo en cuenta que, conforme a nuestro sistema punitivo, en materia penal las personas jurídicas no responden criminalmente, sino sólo sus administradores<sup>47</sup>. Finalmente, se echó en falta la carencia de mecanismos normativos que incentivaran la reparación del daño ambiental causado<sup>48</sup>.

## 2. El Proyecto de Ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12)

Este Proyecto se encuentra algo más avanzado en su tramitación que el anterior, pues ya se ha dado cuenta ante la Cámara del correspondiente Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente (Sesión 35ª de la 342 Legislatura, 6.9.2000).

Como se señala en la Moción origen del Proyecto, éste se fundamenta en que actualmente “las sanciones administrativas vigentes no resultan suficientes para disuadir a los que contravienen las normas sanitarias que regulan la puesta en marcha, operación o explotación de los vertederos o rellenos sanitarios<sup>49</sup>, pues las multas contempladas en el artículo 174 del Código Sanitario (de una a 1.000 UTM), no han sido obstáculo para “la operación de vertederos o rellenos sanitarios ilegales” que “pone[n] en riesgo la salud de la población y el medio ambiente, especialmente en las grandes ciudades”, ni mucho menos para frenar “la existencia de verdaderas asociaciones ilícitas que operan como mafias, en sitios eriazos, abandonados o fuera de los límites de la ciudad, recibiendo todo tipo de basuras y desechos, sin ningún control por parte de las autoridades<sup>50</sup>”.

<sup>44</sup> En este sentido se pronunciaron los Srs. *Sapag* (Director Jurídico de Conama) y el Diputado *Bustos*.

<sup>45</sup> En este sentido se pronunció *Castillo*.

<sup>46</sup> Ver nota 40.

<sup>47</sup> En este sentido se pronunciaron *Castillo* y *Osorio*.

<sup>48</sup> En este sentido se pronunciaron el Sr. *Osorio* y el Diputado Sr. *Bustos*.

<sup>49</sup> En el Informe de la Comisión se citan, en este mismo sentido, además, las opiniones de *Zsantó*, docente de la Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>50</sup> En el Informe de la Comisión, concordando con lo señalado en la Moción, se agrega la siguiente información que avala lo dicho arriba en el texto: “De acuerdo con información publicada por el diario ‘El Mercurio’, de fecha 25 de junio, el valor por camionada de residuos alcanza la suma de \$ 4.000. Es decir, por menos de \$ 30.000 una persona resuelve su

El Proyecto propone la introducción de un artículo único en el Libro II, Título VI, Párrafo 14 “Crímenes y simples delitos contra la salud pública”, del Código Penal, ocupando el lugar del artículo 319 a), que fuera derogado por la ley N° 17.934, que crea una figura penal que sanciona a quien mantuviere, administrare, operare o explotare vertederos, depósitos de basura o rellenos sanitarios ilegales; y también a quien transporte, conduzca, traslade o deposite basuras, desechos o residuos en lugares clandestinos; a gravándose las penas cuando las basuras o residuos fueren tóxicos, peligrosos, infecciosos, corrosivos, combustibles, inflamables o pusieren en grave peligro la salud de la población o el medio ambiente<sup>51</sup>.

Sin entrar en los detalles técnicos del Proyecto, es claro que, si bien se mira, en él se está sancionando principalmente la infracción a la obligación que establece el 10, letra O), de la Ley N° 19.300, Ley de Bases del Medio Ambiente, que obliga a someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, los proyectos de saneamiento ambiental, tales como plantas de tratamiento de residuos sólidos, de origen

---

problema de residuos sólidos. En cambio, si las mismas 10 toneladas son depositadas en un vertedero autorizado, la suma se eleva a \$ 46.600, sólo por dejarlos. La estimación publicada considera que la tonelada entregada a un depósito ilegal tiene un valor de entre \$ 1.800 y \$ 2.000 la tonelada, lo que explicaría la proliferación de los vertederos ilegales.” Además, según la información entregada a la Comisión por *Godoy*, entonces Presidente de Emeres, en 1994 existían en Santiago en 1994, la Región Metropolitana contaba con 101 vertidos indiscriminados de residuos sólidos en lugares no autorizados, de los cuales 78 se situaban en el área urbana y 23 en zonas rurales, con una superficie afectada de 713 hectáreas, ocupando los residuos 10 millones de metros cúbicos. Por su parte, el Doctor *Concha*, Director del Servicio Metropolitano del Ambiente, informó que aunque en la prensa ha contabilizado 101 vertederos, pero en la práctica “el catastro que tiene Sesma y los que han sido objeto de sumarios, alcanzan a diecinueve”, y que “las multas que al respecto establece el Código Sanitario, pueden aumentarse o duplicarse hasta el infinito, pero en la práctica no se cumplen, aun cuando también se puede decretar la clausura”.

<sup>51</sup> El Proyecto quedó como sigue, después de su discusión en la Comisión:

“Artículo Único. Intercálase un nuevo artículo 319 al Código Penal.

Artículo 319. El que mantuviere, administrare, operare o explotare vertederos, depósitos de basura o rellenos sanitarios ilegales, será sancionado con presidio menor en su grados mínimo a medio.

En la misma sanción, incurrirán el que transporte, manipule, conduzca, traslade o deposite basuras, desechos o residuos en dichos lugares.

Si las basuras, residuos o desechos fueren tóxicos, peligrosos, infecciosos, corrosivos, combustibles, inflamables o pusieren en grave riesgo la salud de la población o el medio ambiente, la pena podrá elevarse en uno o dos grados.”

domiciliario, rellenos sanitarios, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales.

De allí que, aunque nada parece aconsejar dejar de castigar penalmente esta burla al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ello parece muy insuficiente en orden a una protección moderna y adecuada a los requerimientos de la comunidad internacional y las experiencias del derecho comparado, pues la pregunta que surge inmediatamente es si no sería preferible una disposición que abarcara en general la infracción al deber impuesto por la Ley 19.300, de someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental todas las actividades que señala en la sus artículos 10 y 11, incluyendo naturalmente la actividad a que se refiere el proyecto, pero sin excluir las restantes actividades que allí se enumeran (letras a) a q) del artículo 10), precisamente por el impacto negativo que ellas producen o pueden producir en el medio ambiente<sup>52</sup>.

Estas insuficiencias del Proyecto, parecen haber hecho fuerza en la Sala de la Cámara al momento de su votación, pues no se aceptó su tramitación como Proyecto de Fácil Despacho, quedando hasta la fecha a la espera de ser puesto en la Tabla ordinaria (Sesión 37ª de la 342 Legislatura, 12.9.2000)<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> En un sentido similar se manifestó ante la Comisión el Sr. *Correa*, representante de Conama Región Metropolitana, pues aunque rechazó en particular el texto del Proyecto, pues entiende más eficaces otras vías de protección diferentes a la penal, afirmó que si se seguía esta última, sería preferible “pensar en la creación de otras figuras penales, como pudieran ser la contaminación de aguas, vertimiento de contaminantes atmosféricos o incluso la creación de un delito ecológico”. También opinó en contra del Proyecto el Dr. *Concha*, Director del Sesma Metropolitano, a pesar de reconocer la ineficacia de las sanciones administrativas que muchas veces no pueden siquiera notificarse o se dirigen a personas distintas de los operadores de los vertederos clandestinos. Sin embargo, es importante destacar el apoyo de los representantes de Hidronor, Srs. *Servanti* y *Irureta*, a la idea de imponer sanciones ejemplificadoras en esta materia, como un mecanismo de protección de las cuantiosas inversiones que realizan los operadores de vertederos legales.

<sup>53</sup> El parecer de la Sala se refleja en la opinión expresada por el Disputado *Pérez*, quien solicitando se estudie más detenidamente la materias, fundamenta esta petición con la pregunta acerca de “si el proyecto en discusión resuelve el problema [de los basurales clandestinos]”, pues, en consonancia con la opinión del diputado Navarro, afirma “que aquí estamos atacando sólo una parte – me temo que muy pequeña – de las dificultades ocasionadas por los basurales clandestinos, mediante el establecimiento de una figura penal: a quien tenga un vertedero o traslade basura se le aplicará una determinada sanción”. Añade que la figura propuesta, por una parte, deja fuera situaciones como la autorización indebida de los mismos (cita el ejemplo del basural en la comuna de Cabrero, autorizado por el servicio de Salud de esa provincia, pero no por la Comisión Regional del Medio Ambiente); y por otra, como señaló también el Diputado *Silva*, la figura penal, afec-

**VII. Conclusión: la necesidad de un nuevo derecho penal ambiental chileno. Ideas matrices del Proyecto que se propone.**

*1. La necesidad de un nuevo derecho penal ambiental chileno. Fundamentos de la propuesta al Foro Penal*

La preocupación por los peligros que para el medio ambiente y la salud de las personas de las actuales y futuras generaciones representan ciertas actividades de gran potencial contaminador propias de nuestro estadio de desarrollo económico y social, sumada a la existencia de concretas obligaciones en materia de derecho penal medioambiental<sup>54</sup>, la ya decantada práctica y doctrina en el derecho comparado acerca de la necesidad de regular penalmente los atentados al medio ambiente, y las insuficiencias en la regulación penal de la materia en el derecho nacional, justifican con creces las iniciativas parlamentarias que, desde diferentes puntos de vista, han propuesto establecer sanciones propiamente penales a quienes realizan hechos que podemos caracterizar como de grave contaminación ambiental (o peligro de la misma), como es el caso de las recién analizadas moción sobre un proyecto de ley que tipifica el delito medioambiental (Boletín 2177-12); o de burla del Sistema de Evaluación Ambiental, como en el caso particular la también ya revisada moción sobre el proyecto de ley que establece penalidades a los vertederos clandestinos (Boletín 2401-12)<sup>55</sup>. Sin embargo,

ta del mismo modo al propietario del predio en el que se deposita basura, a los dueños de los camiones que transportan residuos en forma ilegal, y a las personas naturales que depositan una bolsa, un cajón o cualquier desecho en un vertedero ilegal, por lo que “al no existir una graduación, es decir, al no haber distintas penas, ocurrirá lo que siempre sucede en nuestros tribunales de justicia: los jueces evitarán aplicar sanciones, porque éstas pueden resultar desproporcionadas”; y además, no señala una autoridad encargada de la acción penal en estos casos, pues “se sabe que cuando todos pueden iniciar una acción penal, al final nadie lo hace, porque no entregamos a una autoridad la facultad de representar a la comunidad”.

<sup>54</sup> Cf. al respecto, *Lizaur*, op. cit., p. 41 ss, quien reseña además los condicionamientos propios del sistema de la Unión Europea, que hacen inevitable esta clase de regulación. Un buen ejemplo de estos condicionamientos de Derecho Internacional lo constituye la iniciativa de la Comisión Europea que, siguiendo las indicaciones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de Octubre de 1999, ha propuesto el 13 de marzo de 2001 al Parlamento Europeo la dictación de una Directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal (COM [2001] 139, Final), con la justificación, entre otras, de que “la experiencia ha mostrado que las sanciones establecidas actualmente por los Estados miembros no son suficientes para hacer cumplir en su totalidad el Derecho comunitario”, que exige “garantizar un nivel de protección elevado del medio ambiente” (artículo 174. 2 CE).

<sup>55</sup> Ver nota al pie 29.

como acabamos de demostrar, dichas iniciativas son, también, insuficientes para una adecuada y moderna protección, en sede penal, del medio ambiente.

Atendido la anterior, sostiene la Secretaría Técnica de la Comisión Foro Penal en los Materiales de Estudio de la Unidad 4 (Parte especial), lo mismo que sostuviéramos en el Informe Final del Proyecto FONDECYT que sirvió de base para la propuesta de regulación:

“Los problemas normativos en esta materia no parecen, por tanto, referidos a la discusión acerca del “si” de la protección penal del medio ambiente, sino más bien a la pregunta respecto del “cómo” ha de establecerse esta regulación, en un sistema de derecho penal heredero en cierta medida del espíritu de la ilustración liberal<sup>56</sup>. Por ello, la regulación propuesta limita el castigo penal a graves y fácilmente comprobables actos de contaminación (daño ambiental, en los términos de la Ley N° 19.300) o peligro de ella, de modo que la ley se haga al mismo tiempo aprehensible para el ciudadano común e impida que una simple autorización dada por organismos o funcionarios administrativos elimine la tipicidad de la figura penal, no atribuyéndose al mismo tiempo la imposible tarea de prevenir todos los atentados al ambiente, sino la más modesta de aplicar un castigo proporcional y racional a quien ha puesto gravemente en peligro la comunidad o ha causado una grave contaminación. Esta forma de abordar la materia permite, además, excluir del ámbito de lo punible la contaminación de bagatela, producto de la actividad diaria de todos y cada uno de los habitantes de la República, cuyo control, naturalmente, sólo puede estar entregado a las disposiciones de carácter administrativo, como sucede paradigmáticamente con las emisiones de fuentes móviles (automóviles y similares) y fijas domésticas (chimeneas, etc.), que se excluyen derechamente de la sanción penal en el texto del que aquí proponemos”.

Sin embargo, una legislación penal ambiental moderna no sólo debe asumir el desafío de adecuar su estructura al sistema administrativo de protección ambiental, sino además sortear las críticas y dificultades que otras legislaciones en la materia han padecido, concentradas sobre todo en los delitos que castigan la contaminación, pues en cuanto a los que se refieren a la protección de la administración (declaraciones falsas, emprender actividades sin autorización, etc.), existe en Chile una larga tradición normativa que jamás ha sido objeto de críticas como las vertidas contra los “modernos” delitos ecológicos.

Así, en cuanto a la supuesta indeterminación que tendría un derecho penal ambiental vinculado a los conceptos del derecho administrativo, desde luego, dicha indeterminación no se produce cuando la remisión se hace a conceptos claramente definidos en las leyes, como “Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, “fuentes de emisión”, “biodiversidad”, etc. (artículo 2°. Ley 19.300), técnica de frecuente uso en el

<sup>56</sup> En este mismo sentido, Cf. *de Carvalho*, Enfoque Jurídico, JAN/FEV 1997, 16. En Chile, el reclamo doctrinal en este sentido lo podemos encontrar ya desde el año 1993, en el artículo de *Sharp*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Julio-Diciembre de 1993, 86.

derecho penal vigente (así, el No.1 del artículo 470 no sólo se refiere a contratos civiles – depósito, consignación, etc. –, sino que incluso somete su prueba a las reglas del Derecho civil). Pero tampoco se produce per se, cuando la remisión se hace a una norma de carácter reglamentario, pues tal como lo ha resuelto nuestro Tribunal Constitucional (Causa Rol No. 4), una ley penal en blanco no es contraria a la garantía del principio de legalidad, siempre que el núcleo esencial de la conducta punible se encuentre descrito en la ley, como sucede paradigmáticamente en la Ley 20.000, Sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

Tampoco parece de recibo, a priori, la crítica contra el establecimiento de delitos de peligro en esta materia, pues, en primer lugar, no está puesta en duda seriamente la constitucionalidad de los delitos de peligro, sino sólo su conveniencia. Y es un hecho que, tratándose de determinadas materias donde no resulta en absoluto conveniente esperar el resultado lesivo para su castigo penal, la vía adecuada es el establecimiento de delitos de peligro, tal como sucede con los delitos relativos a la salud pública, i.e. envenenamiento de aguas o diseminación de gérmenes patógenos de los (artículos 315 y 316 del Código penal), respecto de los cuales la producción de resultados lesivos para la vida o la salud de personas determinadas opera sólo como agravante de la figura de peligro básica.

También los problemas prácticos derivados de la prueba del peligro, sobre todo en la comprobación de si un suceso determinado puede calificarse o no de grave contaminación, pueden sortearse mediante la técnica de la ley penal en blanco, del mismo modo que actualmente la Ley 20.000 hace respecto de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas capaces de causar o no graves daños a la salud de las personas: mediante la determinación precisa, por un reglamento destinado exclusivamente al efecto, de las cantidades de emisiones o sustancias capaces de producir grave contaminación ambiental.

De esta manera, limitando el castigo penal a graves y fácilmente comprobables actos de contaminación o peligro de ella, la ley se hace aprehensible para el ciudadano común e impide que una simple autorización dada por organismos o funcionarios administrativos elimine la tipicidad de la figura penal, no atribuyéndose al mismo tiempo la imposible tarea de prevenir todos los atentados al ambiente, sino la más modesta de aplicar un castigo proporcional y racional a quien ha puesto gravemente en peligro la comunidad o ha causado una grave contaminación. Esta forma de abordar la materia permitiría, además, excluir del ámbito de lo punible la contaminación de bagatela, producto de la actividad diaria de todos y cada uno de los habitantes de la República, cuyo control, naturalmente, sólo puede estar entregado a las disposiciones de carácter administrativo, como sucede paradigmáticamente con las emisiones de fuentes móviles (automóviles y similares) y fijas domésticas (chimeneas, etc.), que se excluyen derechamente de la sanción penal en el texto del Proyecto de ley que aquí proponemos.

Y ante la crítica de una cierta ineficacia del derecho penal ambiental para prevenir y castigar sucesos de gran

contaminación<sup>57</sup>, de entrada puede replicarse que lo mismo habría que criticar al Derecho Administrativo ambiental<sup>58</sup>, y que, por tanto, ello no se opone seriamente a la “unánime opinión que considera imprescindible una protección penal del medio ambiente más extensa y eficaz”<sup>59</sup>. Además, no deja de ser cierto que esas críticas, provienen en España de la defectuosa técnica legislativa que allí se emplea (la indeterminada remisión a las “normas generales reguladoras del medio ambiente”)<sup>60</sup>, y en Alemania, de las orientaciones de los órganos de persecución, donde en la práctica, los procesos parecen haberse dirigido más hacia delitos de bagatela<sup>61</sup> que contra los “grandes” agentes contaminadores, y el recurso a la exclusión de la pena (abstención de condena) ha provocado muy dispares sentencias<sup>62</sup>. En este aspecto, es importante destacar la perspectiva pragmática de la experiencia norteamericana donde, junto con hacer hincapié en la protección penal del sistema administrativo de gestión ambiental mediante delitos formales de muy larga tradición jurídica (presentación de documentos falsos, etc.), para una adecuada persecución de los delitos de peligro de contaminación o de grave contaminación se han tomado seriamente en cuenta las necesidades logísticas que requiere un programa criminal ambiental exitoso, particularmente en el ámbito de la investigación y el análisis de evidencia, donde la capacidad instalada en personal y laboratorios especializados se han mostrado imprescindibles para la prueba del hecho punible.

## 2. Ideas matrices del texto aprobado por la Comisión Foro Penal

- Bien jurídico protegido: El proyecto propone proteger penalmente el medio ambiente, entendido como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y

<sup>57</sup> Crítica que muy claramente expresó, en la discusión en el seno de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, sobre el proyecto de ley que tipifica el delito ambiental, el representante del Instituto Libertad y desarrollo, abogado *Osorio* (Boletín 2177-12).

<sup>58</sup> Al respecto, es ilustrativa la ineficacia del SESMA en el control de los vertederos clandestinos, tal como su propio Director, Dr. *Concha*, lo reconoce, según recoge el Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente (Sesión 35ª de la 342 Legislatura, 6.9.2000).

<sup>59</sup> *Vega Ruiz*, Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código penal de 1995, 1996.

<sup>60</sup> En palabras de *Devesa* refiriéndose al anterior artículo 347 bis: “no se hubiera hecho mejor si, deliberadamente, se hubiese buscado la más absoluta ineficacia” (*Devesa/Serrano*: Derecho penal español, parte especial, 17ª ed. 1994, p. 1109).

<sup>61</sup> *Cramer*, nota 20.

<sup>62</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. II, 2ª ed. 1999, p. 306.

desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (artículo 2 letra II) de la Ley 19.300); directamente, a través de los delitos dolosos y culposos de grave contaminación o peligro de la misma (artículos 167 a 168); e indirectamente, a través de los delitos de realización sin autorización de las actividades sujetas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (art. 170) y de tráfico no autorizado de sustancias tóxicas o peligrosas (art. 171).

Producto de la sistemática general del Anteproyecto de Código Penal, las otras formas de protección del sistema de administración ambiental, esto es, el castigo penal de la presentación de declaraciones juradas falsas o documentos falsos o incompletos, omisión de presentación de antecedentes imprescindibles en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, evacuación de informes periciales u oficiales falsos, y otorgamiento de autorizaciones indebidas en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, quedan comprendidas en las reglas generales que para el castigo de esas conductas se establecen en los delitos funcionarios y contra la administración del Anteproyecto (perjurio, art. 288; Delitos contra la fiscalización administrativa de mercados especialmente regulados, arts. 350 y 351; y prevaricación administrativa, art. 276).

- Técnica legal empleada: Respecto de los delitos de contaminación o peligro de grave contaminación, se emplea la técnica de la ley penal en blanco, en el sentido autorizado por el Tribunal Constitucional, con referencia a un Reglamento específico que debe dictarse en la materia –siguiendo el modelo de la Ley 20.000–, el que sólo podrá considerar constitutiva de un “grave daño ambiental”, “la emisión de sustancias contaminantes en cantidades y proporciones significativamente superiores a los máximos señalados en las Normas de Emisión que sean aplicables (Art. 172)”. Esto significa que la comunidad deberá acordar cuánta contaminación acepta y cuál es el límite entre la simple contaminación (infracción administrativa) y grave daño ambiental. Se espera que por la naturaleza de la Reglamentación, ésta se somete al mismo procedimiento de discusión pública de las Normas de Calidad y Emisión actualmente vigente.

- Delitos de resultado, de peligro y de mera actividad: Los delitos que contempla el articulado propuesto atienden en su estructura al objeto de protección, de manera que no siguen una única línea en esta materia. Así, mientras los delitos de grave contaminación de los artículos 167 y 168, por su naturaleza son delitos de resultado, se prevén no obstante reglas especiales para determinar cuándo se producen los resultados que se pretenden evitar, vinculados a pruebas objetivas de cantidades de emisiones y de relación causal (artículos 172 y 232 del Anteproyecto), facilitando así la acción de los órganos encargados de hacer cumplir la ley. Lógicamente, también se prevé el castigo de la producción, transporte y almacenamiento no autorizado de ciertas sustancias contaminantes particularmente peligrosas para el medio ambiente, respecto de las cuales no resulta adecuado esperar que causen efectivamente un grave daño ambiental para ser punibles (artículo 171). Aquí, como en muchos delitos contra la salud pública, se impone la necesidad de

establecer una figura de peligro, cuyo ámbito de punibilidad se limita por la exigencia de que las sustancias y cantidades de las mismas deben estar fijadas previamente por el reglamento a que ya se ha aludido. Por otra parte, en los delitos relativos a la protección del Sistema de Evaluación Ambiental, se mantiene la técnica tradicional en esta clase de delitos vinculados a la protección de la administración, consistente en figuras de mera actividad (art. 170).

- Delitos dolosos y culposos: Los delitos que establece el Proyecto de ley son, por regla general dolosos, permitiendo tanto la imputación a título de dolo directo como de dolo eventual, evitando utilizar expresiones como “maliciosamente” o “con conocimiento de causa” u otras similares que podrían llevar a interpretar la exclusión del castigo a título de dolo eventual. Sólo respecto del delito de grave contaminación se establece el correspondiente delito culposo, atendido que es posible apreciar un resultado materialmente constatable, y que en tales casos, es precisamente la culpa por negligencia o infracción de reglamentos la que produce los “accidentes” ambientales de mayor magnitud (artículo 168).

- Responsabilidad de los administradores: El Proyecto, conciente de que la mayor parte de los delitos ambientales contemplados en él se comenten en el ámbito de una organización empresarial, y profundizando la senda iniciada por los artículos 136 y 139 de la Ley General de Pesca, pone en primera línea de imputación a los gerentes, directores y administradores a cualquier título del proyecto o actividad donde se origina la fuente de emisión de contaminantes o que están obligados a someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Sólo se permite la excepción de responsabilidad de los directivos a cargo, cuando es posible demostrar su oposición a los hechos constitutivos de delito, acciones de sabotaje u otra intervención de tercero imposible de controlar por los mecanismos internos de la empresa (artículo 228 del Anteproyecto).

- Responsabilidad de las personas jurídicas: En esta materia, el Proyecto no innova respecto de las reglas generales de nuestro ordenamiento, pero establece un régimen paralelo de sanciones de carácter administrativo, aplicadas por el Tribunal que conoce del delito ambiental respectivo, consistente en fuertes multas, clausuras temporales o definitivas en caso de reincidencia, y la inscripción en un sistema de Registro público que ha de tomarse en cuenta a la hora de evaluar nuevos proyectos o actividades de la persona jurídica sancionada (artículo 229).

- Cuantía de las multas: Siguiendo la tradición jurídica reflejada en el artículo 501 del Código penal, según la cual en las mismas materias las sanciones administrativas no pueden ser de mayor entidad que las penales, la cuantía de las multas que se establecen en el Proyecto propuesto *pretendían* ser superiores a las que pueden imponerse por la Administración en materias similares. Sin embargo, no en todos los casos se logró esa pretensión y, en lo que a mi juicio es la deficiencia más notable de la regulación de cuantías que se propuso al Foro Penal (y ello, independientemente de los cambios operados en las mismas) se echa en falta un análisis económico que permita efectivamente hacer de las multas un

instrumento disuasorio de los hechos cuya comisión se pretende evitar, y no un “incentivo perverso” a costear dentro de los cálculos financieros de los destinatarios de la norma.

- Modificaciones estructurales: Por la naturaleza del Anteproyecto de Código Penal, no fue posible introducir las normas relativas a las necesarias modificaciones estructurales que permitirían una eficaz persecución de esta clase de delitos, como sería la creación de un Comité Operativo al alero de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en conformidad al artículo 77 de la Ley 19.300, que, sin tener como función el ejercicio de la acción penal, colabore activamente en la investigación de los delitos contemplados en el Proyecto, y que, para lograr una adecuada coordinación con los organismos encargados de la persecución penal de los delitos de carácter ambiental, esté integrado necesariamente con personas provenientes del Consejo de Defensa del Estado, del Ministerio Público y de profesionales provenientes de las Universidades del Estado, expertos en ciencias de la naturaleza y que cuenten con laboratorios para la realización de los análisis y peritajes que sean pertinentes.

No obstante, se agrega en las *Disposiciones comunes* del Título de *delitos de peligro común* donde se encuentran los relativos al medio ambiente, una regla que facilita la prueba de la relación causal entre la contaminación y los daños causados, según el modelo de causalidad estadística (artículo 232 del Anteproyecto), salvando de este modo las importantes dificultades habidas en la experiencia comparada respecto a esta prueba.

### 3. Texto aprobado por la Comisión Foro Penal

#### “TÍTULO IX

#### DELITOS DE PELIGRO COMÚN

##### § 1. Delitos relativos al medio ambiente

**Art. 167.** El responsable o administrador de un proyecto o actividad que en su operación produzca un grave daño ambiental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa de dos mil a tres mil unidades tributarias mensuales.

La pena será el máximo de la señalada en el inciso anterior y multa de tres mil a cinco mil unidades tributarias mensuales, si el grave daño ambiental a que se refiere el inciso anterior pone en serio peligro la vida o la salud de personas determinadas.

Si el grave daño ambiental produce lesiones de las contempladas en el artículo 85 y 87 N° 2 de este código a una o más personas, se aplicará la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de cuatro mil a cinco mil unidades tributarias mensuales.

La pena será de reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo y multa de cinco mil a siete mil unidades tributarias si las lesiones producidas son las del N° 1 del artículo 87.

Si el grave daño ambiental produce la muerte de una o más personas, la pena será de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de siete mil a diez mil unidades tributarias mensuales.

**Art. 168.** El responsable o administrador de un proyecto o actividad que por imprudencia en su operación produzca un grave daño ambiental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de dos mil a cuatro mil unidades tributarias mensuales.

La pena corporal será de reclusión menor en su grado mínimo a medio si el grave daño ambiental pone en peligro la vida o la salud de personas determinadas; y de reclusión menor en su grado medio, si produce alguna de las lesiones de los artículos 85 y 87 a una o más personas. Si el grave daño ambiental produce la muerte de una o más personas, la pena corporal será de reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo. En todos los casos en que del grave daño ambiental se deriven lesiones o muertes, la pena pecuniaria no podrá ser inferior a tres mil unidades tributarias mensuales.

**Art. 169.** Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán a los responsables o administradores de un proyecto o actividad que contando con una autorización o certificación ambiental para su operación, produzcan un grave daño ambiental por el incumplimiento de las condiciones o exigencias bajo las cuales se les otorgó la certificación y los permisos correspondientes o que ponga en serio peligro la vida o la salud de una o más personas determinadas o les provoque lesiones o muerte, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones administrativas correspondientes.

**Art. 170.** El responsable o administrador de un proyecto o actividad que conforme a la Ley deba someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, lo ejecute o mande a ejecutar sin hacerlo previamente, será castigado con una multa de mil a tres mil unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las penas que correspondan por la comisión de alguno de los delitos descritos en los artículos anteriores.

La misma pena se impondrá al responsable o administrador de un proyecto o actividad que, habiéndose sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental, lo ejecute o mande a ejecutar en términos diversos a los que fueron aprobados o autorizados.

**Art. 171.** El administrador o responsable de un proyecto o actividad que sin la competente autorización extraiga, produzca, transforme, transporte, distribuya, venda, compre, importe o exporte, guarde o almacene sustancias tóxicas o peligrosas en cantidades tales que constituyan un serio peligro de grave daño ambiental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de tres mil a cinco mil unidades tributarias mensuales.

Si el peligro a que se refiere el inciso anterior incluyese un serio riesgo para la salud o la vida de personas determinadas, la pena será de reclusión menor en su grado medio y multa de tres mil a cinco mil unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se impondrán al responsable o administrador de un proyecto o actividad que, habiendo

obtenido la autorización a que se refiere el inciso primero, incumpla sus condiciones u obligaciones.

**Art. 172.** Un reglamento determinará las sustancias y cantidades o proporciones de contaminantes provenientes de una misma fuente emisora cuya emisión al medio ambiente constituya un grave daño ambiental en los términos descritos en los artículos 167 y 168, y las que, en su caso, pongan en serio peligro la vida y la salud de personas determinadas expuestas a él. Este reglamento sólo podrá considerar como constitutiva de un grave daño ambiental, la emisión de sustancias contaminantes en cantidades o proporciones significativamente superiores a los máximos señalados en las Normas de Emisión que sean aplicables.

El reglamento también determinará las cantidades de las sustancias tóxicas o peligrosas a que se refiere el artículo 171 respecto de las cuales las conductas allí señaladas constituyan un serio peligro de grave daño ambiental, y las que, en su caso, constituyan un serio riesgo para la vida y la salud de personas determinadas.

**Art. 173.** Las disposiciones de los artículos precedentes no serán aplicables a las emisiones provenientes de vehículos sujetos a inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados, chimeneas y demás sistemas de calefacción o refrigeración domésticos, las que, en caso de exceder las Normas de Emisión correspondientes, se regirán por las disposiciones generales aplicables en la materia.

#### § 9. Disposiciones comunes

**Art. 228.** Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderán como responsables o administradores de una empresa, proyecto o actividad los que lo sean de hecho o de derecho y, especialmente, sus representantes, directores y gerentes.

Respecto de estas personas, y sin perjuicio de las reglas generales, se estimará suficiente prueba para eximir las de responsabilidad penal por alguna de las conductas sancionadas en este Título, la de haberse opuesto al acto u omisión que constituye el delito, intentando seriamente evitar su realización; o mediante el establecimiento previo de medidas de control administrativo que sus subordinados hubiesen infringido, sin su conocimiento o sin que les fuese posible evitarlo, por provenir de acciones de sabotaje u otras intervenciones de terceros de similares características.

En el caso de los directores o gerentes de una persona jurídica, su oposición al acto que constituye el delito, podrá acreditarse con la sola exhibición de las actas correspondientes a la sesión del directorio en que se decidió su realización.

En caso de sabotaje o intervención de terceros de similares características, se sancionará con las mismas penas previstas para los responsables o administradores de la empresa, proyecto o actividad, a quienes lo sean del sabotaje o la intervención de que se trate.

**Art. 229.** Las personas jurídicas cuyos responsables o administradores sean condenados por alguno de los delitos

previstos en este Título, serán sancionadas por el Tribunal que conozca de dicho delito, sin perjuicio de las sanciones civiles y administrativas correspondientes, con una o más de las siguientes medidas:

a) Multa de entre trescientas a quince mil Unidades Tributarias Mensuales, de acuerdo a la gravedad de la infracción y al patrimonio de la empresa sancionada;

b) Revocación de las autorizaciones infringidas; o

c) Clausura definitiva del proyecto o empresa en que incide el delito;

En todo caso deberá decretarse además la inscripción de la sanción en un registro público especial que llevará la Contraloría General de la República. Un reglamento regulará las formalidades de este registro, cuyas inscripciones deberán ser tomadas en cuenta para evaluar la seriedad de las garantías de los proyectos o empresas sujetos por el Estado a concurso público o privado.

Las medidas señaladas en este artículo sólo se aplicaran cuando los delitos cometidos consistan en la infracción de un deber impuesto a la persona jurídica en el desarrollo del proyecto o actividad de que se trate, o cuando de su ejecución derive o pueda derivar un beneficio patrimonial para la empresa sancionada.

**Art. 230.** Las multas impuestas por la comisión de alguno de los delitos de este Título, o en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, podrán compensarse con los gastos que voluntaria y efectivamente se hubieran realizado para eliminar el peligro creado por el delito, reparar el daño producido o indemnizar a las personas afectadas, cuando corresponda.

**Art. 231.** Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos tercero y cuarto de este Código, la aprobación por parte de la autoridad administrativa de una empresa o actividad contra lo dispuesto expresamente en la ley o los reglamentos aplicables, no exime de la responsabilidad penal y sólo podrá considerarse como circunstancia atenuante en la comisión de los delitos contemplados en este Título, a menos de probarse que el responsable de los mismos hubiere obtenido dicha aprobación en connivencia con los funcionarios que indebidamente la otorgaron.

**Art. 232.** Sin perjuicio de las reglas generales, podrá tenerse por probado que la operación de un proyecto o actividad ha producido efectivamente lesiones graves o la muerte de una o más personas determinadas, si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que exista prueba de que una o varias personas determinadas estuvieron expuestas al peligro producido por el proyecto o actividad, con anterioridad a sus lesiones o muerte;

b) Que exista prueba pericial que aporte una explicación general sobre los procesos biológicos, químicos o físicos que desencadenan en las personas la exposición al peligro de que se trate; y

c) Que exista prueba pericial de que en las personas lesionadas o muertas se desencadenaron similares procesos a

los mencionados en la letra anterior, después de su exposición al peligro de que se trate.

**Art. 233.** Para los efectos de lo dispuesto en este Título, las expresiones técnicas se entenderán en el sentido de lo dispuesto en las leyes especiales y reglamentos aplicables.”

# Gefangene jenseits des Rechts?

## Zur Entscheidung des U.S. Supreme Court im Verfahren *Boumediene v. Bush*

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan Philipp Book**, Wiss. Mitarbeiterin **Julia Geneuss**, Berlin\*

### I. Einleitung

Am 12. Juni 2008 hat der U.S. Supreme Court in dem Verfahren *Boumediene v. Bush* eine vielbeachtete Entscheidung zur Rechtsstellung der in dem amerikanischen Militärgefängnis in Guantánamo Bay inhaftierten Personen getroffen. Der Oberste Gerichtshof entschied, dass die amerikanische Verfassung den Gefangenen ein Recht auf Zugang zu den ordentlichen Gerichten garantiere; Exekutive und Kongress dürften den Häftlingen diesen Zugang nicht ohne Weiteres versperren.

*Boumediene v. Bush* ist nach *Rasul v. Bush* (2004) und *Hamdan v. United States* (2006) bereits das dritte Verfahren, in dem sich der Supreme Court grundlegend mit den Rechten der sog. „feindlichen Kombattanten“ (enemy combatants) befasst. Im Hinblick auf die teils wenig übersichtliche Vorgeschichte der Entscheidung sollen zunächst die rechtliche Situation der Gefangenen beschrieben und die wesentlichen Elemente der juristischen Auseinandersetzung der letzten Jahre nachgezeichnet werden (II.). Anschließend werden das aktuelle Verfahren dargestellt und die rechtliche Argumentation des Gerichtshofs wiedergegeben und analysiert (III.). Zuletzt wird der Versuch einer Bewertung und eines Ausblicks unternommen (IV.).

### II. Vorgeschichte

Das Verfahren *Boumediene v. Bush* ist das Ergebnis einer mehrjährigen Entwicklung, welche durch zahlreiche gerichtliche Entscheidungen auf der einen sowie eine Vielzahl legislativer und exekutiver Reaktionen auf der anderen Seite geprägt ist. Unmittelbar nach dem 11. September 2001 wurde von der amerikanischen Exekutive das „System Guantánamo“ errichtet (1.). Dieses erfuhr in den Jahren 2004 und 2006 durch Entscheidungen des Supreme Court erhebliche juristische Erschütterungen, die ihrerseits umgehend Reaktionen von Regierung und Kongress hervorriefen (2.). Eine Neuordnung erfuhr das System durch den Erlass des Military Commissions Act 2006 (3.).

#### 1. Das „System Guantánamo“

Wenige Tage nach dem 11. September 2001 verabschiedete der amerikanische Kongress eine Resolution (Authorization for Use of Military Force against Terrorists<sup>1</sup>), welche es dem Präsidenten erlaubt, alle erforderlichen Maßnahmen gegen diejenigen Nationen, Organisationen oder Personen zu ergrei-

fen, die an den terroristischen Anschlägen in irgendeiner Weise beteiligt waren, um zukünftige Anschläge zu verhindern. Zwei Monate später erließ der Präsident eine Militärverordnung (Presidential Military Order: Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism<sup>2</sup>), welche die amerikanischen Sicherheits- und Streitkräfte ermächtigt, Ausländer auf unbestimmte Zeit und ohne Erhebung einer Anklage in Gewahrsam zu nehmen – sofern sie durch die amerikanische Regierung als enemy combatants deklariert wurden.

Im Januar 2002 wurden die ersten „feindlichen Kombattanten“ im U.S. Militärgefängnis von Guantánamo Bay interniert. Der Status als Kriegsgefangene und der Schutz der Genfer Konventionen wurden ihnen durch die amerikanische Regierung ausdrücklich vorenthalten. Zudem wurden durch präsidialen Befehl besondere militärische Spruchkörper (military commissions) geschaffen, vor denen die Festgenommenen – zu einem unbestimmten Zeitpunkt – wegen Verstößen gegen das Kriegsrecht abgeurteilt werden sollten.<sup>3</sup> Der Zugang zu ordentlichen Gerichten sollte den Gefangenen unter allen Umständen versperrt bleiben.

Dennoch wurden bereits wenig später beim zuständigen Columbia District Court die ersten habeas corpus<sup>4</sup>-Anträge eingereicht, mit denen einzelne Gefangene die Rechtmäßigkeit ihrer Inhaftierung in Frage stellten. Das Gericht erklärte sich – ganz im Sinne der U.S. Administration – für unzuständig und wies die Anträge ab.<sup>5</sup> Im darauf folgenden Jahr bestätigte das zuständige Bundesberufungsgericht diese Entscheidung (*Al Odah v. United States*)<sup>6</sup> und berief sich zur Begründung im Wesentlichen auf das Urteil des Supreme Court in

<sup>2</sup> Abrufbar unter [www.state.gov/coalition/cr/prs/6077.htm](http://www.state.gov/coalition/cr/prs/6077.htm) (24.6.2008).

<sup>3</sup> Bei den military commissions handelt es sich um von der Exekutive errichtete Militärtribunale, die – an Stelle eines ordentlichen Strafgerichts – über die Schuld des Angeklagten entscheiden und ein Strafmaß festsetzen. Die military commissions sind nur zuständig für die Aburteilung von Kriegsverbrechen und stellen gerade keine gewöhnlichen Militärgerichte im Sinne des Uniform Code of Military Justice dar. Die Zulässigkeit ihrer – historisch seltenen – Errichtung ist ebenfalls umstritten (dazu sogleich); vgl. v. *Stuckenberg*, JZ 2006, 1142.

<sup>4</sup> Habeas corpus (ad subjiciendum) ist ein außerordentlicher formloser Antrag auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung durch ein ordentliches Gericht. Das Schutzprinzip vor willkürlicher Verhaftung gehört zu den ältesten amerikanischen Verfassungsprinzipien. Einfachgesetzlich gilt der Habeas Act, 28 U.S.C. §§ 2241 ff. Vgl. *Hay*, US-Amerikanisches Recht, 3. Aufl. 2005, Rn. 735 ff.

<sup>5</sup> 215 F. Supp. 2 d 55 (2002).

<sup>6</sup> 321 F. 3 d 1134, 1144 (Court of Appeals for the D.C. Circuit).

\* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter an der Lichtenberg-Professur für Internationales Strafrecht und Strafrechtsvergleichung, Humboldt-Universität zu Berlin. Herrn Prof. Dr. *Jebberger* danken wir für hilfreiche Anregungen.

<sup>1</sup> Abrufbar unter <http://news.findlaw.com/wp/docs/terrorism/sjres23.es.html> (24.6.2008).

Johnson v. Eisentrager<sup>7</sup>. Nach dieser Entscheidung aus dem Jahre 1950 bestehe keine Gerichtsbarkeit amerikanischer Gerichte über habeas corpus-Anträge von Ausländern, die außerhalb amerikanischen Hoheitsgebietes festgehalten werden.

## 2. Juristische Erschütterungen des Systems und ihre legislativen Folgen

Eine erste juristische Niederlage erlitt die Konzeption der amerikanischen Exekutive mit der nachfolgenden Entscheidung des Supreme Court in *Rasul v. Bush*.<sup>8</sup> Dieser hob das Urteil des Berufungsgerichts im Juni 2004 auf und verwies die zu Grunde liegenden habeas corpus-Verfahren an den District Court zurück. Nach einfachem amerikanischen Bundesrecht stehe den Gefangenen – ohne Rücksicht auf ihre Nationalität – ein Recht auf gerichtliche Überprüfung ihrer Inhaftierung zu. Der Habeas Act<sup>9</sup> unterscheide seinem Wortlaut nach nicht zwischen Ausländern und amerikanischen Staatsbürgern. Auch der Entscheidung „*Eisentrager*“ sei nichts anderes zu entnehmen, da sie allein auf verfassungsrechtlichen Erwägungen beruhe und das einfache Recht unberührt lasse. Im Übrigen unterscheide sich das vorliegende Verfahren in wesentlichen Punkten ganz erheblich von dem damaligen Sachverhalt; insbesondere sei Guantánamo Bay ein Gebiet, über welches die Vereinigten Staaten exklusive Staats- und Strafgewalt (exclusive jurisdiction and control<sup>10</sup>) ausübten.

Am selben Tag erließ der Supreme Court in dem Verfahren *Hamdi v. Rumsfeld*<sup>11</sup> eine weitere bedeutsame Entscheidung; der Antragsteller *Hamdi*, amerikanischer Staatsbürger, war von amerikanischen Streitkräften in Afghanistan festgenommen worden und befand sich – als enemy combatant – in Haft auf einer Militärbasis innerhalb der USA. Das Gericht entschied nun, ein Staatsbürger, der als „feindlicher Kombattant“ festgehalten werde, müsse zumindest Gelegenheit erhal-

ten, diese Einstufung und die zugrundeliegenden Tatsachen vor einer neutralen Instanz anzufechten.<sup>12</sup>

Die Reaktion des Gesetzgebers auf „*Rasul*“ und „*Hamdi*“ erfolgte umgehend. Bereits eine Woche nach Verkündung setzte das Verteidigungsministerium<sup>13</sup> sog. Combatant Status Review Tribunals (CSRT) ein, welche – mit Militärangehörigen besetzt und vom Verteidigungsministerium kontrolliert – die von der Exekutive vorgenommene Einstufung der Gefangenen als enemy combatant und damit die Rechtmäßigkeit ihrer Inhaftierung überprüfen sollen.<sup>14</sup> Im Dezember 2005 trat der Detainee Treatment Act (DTA) in Kraft. Dieser entzog durch einfachgesetzliche Änderung des Habeas Act allen ordentlichen amerikanischen Gerichten die Zuständigkeit für Haftprüfungsanträge der auf Guantánamo Bay inhaftierten ausländischen Personen.<sup>15</sup> Diese sollte nunmehr ausschließlich bei den CSRT liegen.

Der Prozess vor den administrativen CSRT wird – neben den einschlägigen Normen des DTA – durch spezielle Verfahrensregeln bestimmt.<sup>16</sup> Danach darf sich der Gefangene keines Anwalts bedienen; ihm wird vom Verwaltungsleiter des CSRT ein Militärvertreter (personal representative) zur Seite gestellt, zu dem – so ausdrücklich in den Verfahrensregeln – kein Vertrauensverhältnis besteht. Es gilt die, allerdings widerlegbare, Vermutung, dass die Beweismittel, auf die die Regierung ihre Einschätzung, der Gefangene sei enemy combatant stützt, authentisch und fehlerfrei (genuine and accurate) sind. Der Gefangene darf als geheim eingestufte Beweismittel nicht einsehen, selbst wenn allein hierauf seine Einordnung als „feindlicher Kombattant“ gestützt wird. Das

<sup>7</sup> 39 U.S. 763 (1950). Die Entscheidung betraf habeas corpus-Anträge deutscher Staatsbürger, die nach dem Zweiten Weltkrieg von amerikanischen Streitkräften in China verhaftet und von einer amerikanischen military commission wegen Kriegsverbrechen verurteilt worden waren. Die Antragssteller befanden sich zur Strafverbüßung in einem amerikanischen Militärgefängnis in der amerikanischen Besatzungszone im besetzten Deutschland (Landsberg).

<sup>8</sup> 542 U.S. 466 (2004); im Internet abrufbar unter [www.supremecourtus.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf](http://www.supremecourtus.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf) (30.6.2008). Es handelt sich hierbei um ein und dasselbe Verfahren, das nunmehr unter dem Namen eines anderen Antragsstellers – *Shafiq Rasul* – anhängig ist.

<sup>9</sup> 28 U.S.C. § 2241(a): „Writs of habeas corpus may be granted by the Supreme Court, any justice thereof, the district courts and any circuit judge within their respective jurisdictions.“

<sup>10</sup> 542 U.S. 466, 476 (2004).

<sup>11</sup> 542 U.S. 507 (2004). Abrufbar unter [www.supremecourtus.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf](http://www.supremecourtus.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf) (1.7.2008).

<sup>12</sup> 542 U.S. 507, 533 (2004): „We therefore hold that a citizen-detainee seeking to challenge his classification as an enemy combatant must receive notice of the factual basis for his classification, and a fair opportunity to rebut the Government’s factual assertions before a neutral decisionmaker.“

<sup>13</sup> Deputy Secretary of Defense Order Establishing CSRT, vom 7. Juli 2004, abrufbar unter [www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf](http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf) (26.6.2008).

<sup>14</sup> Ebenfalls eingerichtet wurden die Administrative Review Boards (ARB). Diese überprüfen in einem jährlichen Turnus, ob die Inhaftierung in Guantánamo trotz Status als enemy combatants weiterhin erforderlich ist, oder ob der Gefangene in ein anderes Land verbracht oder freigelassen werden sollte.

<sup>15</sup> Durch DTA § 1005(e)(1) wurde dem Habeas Act folgender Absatz angefügt: „[...] no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by an alien detained by the Department of Defense at Guantanamo Bay, Cuba.“

<sup>16</sup> Vgl. Memo bezüglich der Implementation of CSRT Procedures for Enemy Combatants Detained at US Naval Base Guantanamo Bay, Cuba, vom 14. Juli 2006; abrufbar unter [www.defenselink.mil/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedures.pdf](http://www.defenselink.mil/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedures.pdf) (25.6.2008). Vgl. zur praktischen Umsetzung der CSRT-Verfahrensregeln die Erklärung von Lieutenant Colonel *Stephen Abrahams*, Appendix zu Reply to Opposition to Petition for Rehearing, abrufbar unter [www.scotusblog.com/movabletype/archives/AI%20Odah%20reply%206-22-07.pdf](http://www.scotusblog.com/movabletype/archives/AI%20Odah%20reply%206-22-07.pdf) (25.6.2008).

Tribunal ist nicht an die Beweisregeln eines gewöhnlichen Gerichtsverfahrens gebunden, sondern darf alle Informationen verwerten, die es für relevant und hilfreich hält, ohne Rücksicht auf deren Herkunft oder die Umstände ihrer Erlangung; insbesondere sind Beweise vom Hörensagen – entgegen dem allgemeinen US-amerikanischen Prozessrecht – unbegrenzt zulässig. Der Gefangene kann entlastendes Beweismaterial vorlegen und Zeugen laden, soweit das Tribunal deren Aussage für relevant hält und diese mit vertretbarem Aufwand – auf dem isolierten U.S.-Militärstützpunkt von Guantánamo Bay – verfügbar (reasonably available) sind.

Die so getroffene Feststellung wird in einem Rechtsmittelverfahren ausschließlich durch den Court of Appeals for the D.C. Circuit überprüft. Der Prüfungsmaßstab ist dabei erheblich eingeschränkt: überprüft wird – auf rechtliche Aspekte beschränkt – allein die Vereinbarkeit mit den prozessualen Vorgaben des Verteidigungsministeriums und der Verfassung und den Gesetzen der Vereinigten Staaten.<sup>17</sup> Ein entsprechendes Rechtsmittelverfahren sieht der DTA gegen die Entscheidungen der military commissions vor.<sup>18</sup>

Der status quo ante war durch den Erlass des DTA weitgehend wieder hergestellt.

Bereits im Juni 2006 wurden diese Bemühungen der Exekutive Gegenstand eines weiteren Urteils des Supreme Court. In einer mit fünf gegen drei Stimmen ergangenen Entscheidung<sup>19</sup> im Verfahren Hamdan v. Rumsfeld<sup>20</sup> befand das Gericht, dass der DTA auf die zum Zeitpunkt seines Erlasses bereits anhängigen Haftprüfungsanträge seinem Wortlaut nach keine Anwendung finden könne und damit die Zuständigkeit der amerikanischen Gerichte für die bereits laufenden Verfahren unberührt bleibe. Darüber hinaus stellte das Gericht mehrheitlich fest, dass die Einrichtung der military commissions gegen amerikanisches Recht verstoße. Denn die anwendbaren Verfahrensregeln wichen – unbestritten – in vielen Einzelheiten von dem herkömmlichen militärgerichtlichen Verfahren ab; eine solche Abweichung sei jedoch nur zulässig, wenn dies praktisch notwendig und diese Notwendigkeit vom Präsidenten förmlich festgestellt sei<sup>21</sup> – woran es vorliegend jedoch fehle.<sup>22</sup> Auch sei für die Notwendigkeit

einer solchen Abweichung nichts ersichtlich.<sup>23</sup> Zudem seien die military commissions unvereinbar mit den Genfer Konventionen, da sie – als im Widerspruch zu amerikanischem Recht errichtet – keine ordnungsgemäß bestellten Gerichte im Sinne des Gemeinsamen Art. 3 darstellten.<sup>24</sup>

Mit dieser Entscheidung hatte das „System Guantánamo“ seine tragenden Pfeiler eingebüßt.

### 3. Eine Neuordnung: der Military Commissions Act

In Reaktion auf das Urteil in Hamdan erließ der Kongress nur wenig später den Military Commissions Act 2006<sup>25</sup>. Dieser dient dem Zweck, die bisherige Praxis auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen und so das Urteil in Hamdan wirkungslos zu machen.

Durch den MCA wird nun ausdrücklich die Befugnis des Präsidenten festgeschrieben, military commissions einzurichten.<sup>26</sup> Zudem schließt das Gesetz in unzweideutigen Worten erneut durch Änderung des Habeas Acts die Gerichtsbarkeit ziviler amerikanischer Gerichte für – auch bereits anhängige – habeas corpus-Anträge der Gefangenen von Guantánamo aus.<sup>27</sup> Zugleich bestätigt der MCA, dass die Entscheidungen sowohl der CSRTs als auch der military commissions ausschließlich der Überprüfung durch den Court of Appeals for the D.C. Circuit unterliegen.<sup>28</sup> Der Maßstab dieser Kontrolle bleibt erheblich eingeschränkt.<sup>29</sup> Daneben enthält das Gesetz zahlreiche Regelungen zu dem Verfahren vor den military

<sup>23</sup> Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 60: “Nothing in the record before us demonstrates that it would be impracticable to apply court-martial rules in this case.”

<sup>24</sup> Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 70. Vier der Supreme Court Richter befanden darüber hinaus, das Verfahren vor den military commissions gewährleiste nicht „all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples“, wie es der Gemeinsame Art. 3 der Genfer Konventionen voraussetzt. Insbesondere die Möglichkeit eines Verfahrens in absentia sowie der Geheimhaltung von Beweismitteln wurde als Verstoß gegen Völkergewohnheitsrecht begriffen; Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 70 ff. Dieselben vier Richter befanden ebenfalls, dass der Tatbestand der „Verschwörung“ (conspiracy) kein nach allgemeinem Kriegsvölkerrecht strafbares Verbrechen darstelle und daher nicht unter die materielle Jurisdiktion der military commissions falle; Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 40; vgl. hierzu Fletcher, 4. 3 JICJ 442 (2006).

<sup>25</sup> Pub. L. 109-366; im Internet abrufbar unter [www.defenselink.mil/news/commissionsacts.html](http://www.defenselink.mil/news/commissionsacts.html) (30.6.2008).

<sup>26</sup> 10 U.S.C. § 948b. MCA Section 3 schafft ein Unterkapitel von 10 U.S.C., welches nunmehr die Errichtung und das Verfahren vor den military commissions regelt.

<sup>27</sup> MCA Section 7(b): „The amendment [...] shall take effect on the date of the enactment of this Act, and shall apply to all cases, without exception, pending on or after the date of the enactment of this Act which relate to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of detention of an alien detained by the United States since September 11, 2001.”

<sup>28</sup> Section 7(a) MCA.

<sup>29</sup> 10 U.S.C. § 950g.

<sup>17</sup> DTA § 1005(e)(2).

<sup>18</sup> DTA § 1005(e)(3).

<sup>19</sup> Zur Mehrheit zählen die Richter Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer und Kennedy, die Minderheit setzt sich zusammen aus den eher dem konservativen Lager zuzurechnenden Richtern Scalia, Alito und Thomas. Chief Justice Roberts nahm an dem Verfahren nicht teil, da er bereits als Richter am Berufungsgericht an der Entscheidung mitgewirkt hatte.

<sup>20</sup> 548 U.S. 557 (2006). Im Internet abrufbar unter [www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf) (30.6.2008). Die nachfolgenden Seitenzahlen beziehen sich auf diese Version des Urteils. Ausführlich hierzu v. Stuckenberg, JZ 2006, 1142 (1147 ff.).

<sup>21</sup> 10 U.S.C. § 836b; Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 59.

<sup>22</sup> Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), S. 60.

commissions; hervorzuheben ist die Möglichkeit, unter gewissen Umständen „erzwungene“<sup>30</sup> Aussagen als Beweismittel zu verwenden. Die unmittelbare Berufung der Gefangenen auf die Genfer Konventionen wird explizit ausgeschlossen.<sup>31</sup> Sofern amerikanisches Recht Verstöße gegen den Gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen unter Strafe stellt,<sup>32</sup> wird jede Auslegung, die sich auf internationales Recht stützt, untersagt.<sup>33</sup> Darüber hinaus wird dem Präsidenten die ausschließliche Befugnis zur verbindlichen Interpretation der Genfer Konventionen für die USA zugesprochen.<sup>34</sup>

Im Wege einer einfachen Gesetzesänderung nimmt der MCA – in Verbindung mit dem DTA – den Entscheidungen des Supreme Court in den Verfahren *Rasul* und *Hamdan* die Wirksamkeit; damit haben Exekutive und Kongress Guantánamo auf eine neue einfachgesetzliche Grundlage gestellt.

### III. Boumediene v. Bush

Die Entscheidung *Boumediene v. Bush*<sup>35</sup> nimmt nun verfassungsrechtliche Fragen auf.<sup>36</sup> Die Antragsteller<sup>37</sup> sind als enemy combatants im Militärgefängnis von Guantánamo

<sup>30</sup> 10 U.S.C. § 948r(d).

<sup>31</sup> MCA Section 5(a).

<sup>32</sup> 18 U.S.C. § 2441.

<sup>33</sup> MCA Section 6(a)(2).

<sup>34</sup> MCA Section 6(a)(3); zu diesen (undeutlichen) Bestimmungen vgl. *v. Stuckenberg*, JZ 2006, 1142 (1149).

<sup>35</sup> 553 U.S. \_\_\_\_ (2008). Das Urteil ist abrufbar unter [www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf](http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf) (29.6. 2008); die in Folge angegebenen Seitenzahlen beziehen sich auf diese Version des Urteils. Eine Vielzahl weiterer, das Gerichtsverfahren betreffende Dokumente finden sich im Internet unter [www.wilmerhale.com/boumediene](http://www.wilmerhale.com/boumediene) (29.6.2008).

<sup>36</sup> Die mündliche Verhandlung fand am 5. Dezember 2007 vor dem Supreme Court statt. Dieser hatte den Antrag auf Überprüfung des Berufungsgerichtsurteils (writ of certiorari) zunächst abgelehnt. Am 29. Juni 2007 revidierte der Supreme Court seine eigene Entscheidung und nahm den Fall für das Geschäftsjahr 2007/2008 an – der erste Sinneswandel dieser Art seit 1947. Vgl. *Glaberson*, in: NY Times vom 20. Juni 2007, im Internet unter [www.nytimes.com/2007/06/30/washington/30scotus.html](http://www.nytimes.com/2007/06/30/washington/30scotus.html) (29.6.2008).

<sup>37</sup> Der Großteil der Antragsteller wurde in Afghanistan festgenommen und von dort nach Guantánamo verbracht. Lakhdar Boumediene und fünf weitere Kläger, die sog. Algerian Six, wurden hingegen kurz nach dem 11. September in Sarajewo von der bosnischen Polizei inhaftiert. Amerikanische Behörden hatten den Verdacht, dass sie als Mitglieder einer Al Quaida nahestehenden Gruppierung einen Anschlag auf die amerikanische und britische Botschaft in Sarajewo planten. Nach drei Monaten Ermittlungen durch die bosnischen Strafverfolger, Interpol und amerikanische Behörden, ordnete der Oberste Gerichtshof Bosnien-Herzegowinas mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft die Freilassung der sechs Männer aus Mangel an Beweisen an. Daraufhin wurden sie von den amerikanischen Behörden nach Guantánamo verbracht, wo sie seitdem ohne Anklage inhaftiert sind. Vgl. [www.tagesschau.de/inland/meldung88620.html](http://www.tagesschau.de/inland/meldung88620.html) (29.6.2008).

inhaftiert; sie bestreiten ihren Status als „feindliche Kombattanten“. Ihre habeas corpus-Anträge sind zuletzt vom zuständigen Bundesberufungsgericht mit der Begründung verworfen worden, Section 7 MCA schließe jede ordentliche Gerichtsbarkeit für die Anträge aus.<sup>38</sup> Damit ist die Frage aufgeworfen, ob diese Bestimmungen mit der amerikanischen Verfassung vereinbar sind. Anknüpfungspunkt der Entscheidung ist die sog. suspension clause, welcher der verfassungsrechtliche Schutz des Rechts auf habeas corpus entnommen wird. Diese bestimmt: “The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it.”<sup>39</sup>

In der Folge soll zunächst die Mehrheitsentscheidung wiedergegeben werden (1.), bevor die abweichenden Sondervoten der Richter *Scalia* und *Roberts* (2.) erörtert werden.

#### 1. Die Mehrheitsentscheidung<sup>40</sup>

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des MCA erfolgt in zwei Schritten: Da eine Verletzung der suspension clause nur in Betracht kommt, wenn diese in territorialer Hinsicht auf Guantánamo und in personaler Hinsicht auf die Antragsteller Anwendung findet, bildet diese Frage einen ersten Schwerpunkt der Entscheidung (a.). Im zweiten Teil des Urteils prüft das Gericht, ob das Recht der Gefangenen auf habeas corpus in verfassungswidriger Weise ausgesetzt ist (b.).

##### a) Anwendbarkeit des Rechts auf habeas corpus

Einleitend betont das Gericht die Bedeutung des habeas corpus-Rechts als zentrale freiheitssichernde Bestimmung der Verfassung, welche als Instrument der Kontrolle exekutiver Freiheitsentziehungen zugleich der Gewaltenteilung diene.<sup>41</sup>

Hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit des habeas corpus-Rechts auf Guantánamo Bay führt das Gericht aus, dass die USA zwar, wie von Regierungsseite vorgebracht, keine Souveränität über Guantánamo ausübten, da diese – entsprechend dem lease agreement von 1903 – dem kubanischen Staat zukomme. Dies sei aber im vorliegenden Zusammenhang nicht allein entscheidend; denn die Anwendung des habeas corpus-Rechts sei – entgegen der Auffassung der Regierung – nicht starr an die Grenzen formaler Souveränität gebunden.<sup>42</sup> Vielmehr habe die Erstreckung einzelner Verfassungsrechte über die Grenzen des Staatsgebietes hinaus eine lange Tradition<sup>43</sup> – so seien einzelne Bestimmungen etwa auf den Philippinen oder Puerto Rico für anwendbar erklärt worden.<sup>44</sup> Diesen precedents liege ein funktionaler Ansatz (functional approach) zugrunde, nach dem Verfassungsbestim-

<sup>38</sup> 476 F. 3d 981 (CADC 2007).

<sup>39</sup> Artikel 1 § 9 S. 2 der amerikanischen Verfassung.

<sup>40</sup> Die Entscheidung des Gerichts wurde formuliert von Richter *Kennedy*; ihm haben sich die Richter *Stevens*, *Souter*, *Ginsburg* und *Breyer* angeschlossen.

<sup>41</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 15.

<sup>42</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 23.

<sup>43</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 26.

<sup>44</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 28; die sog. insular cases.

mungen im Einzelfall ihrem jeweiligen Zweck entsprechend zur Anwendung gebracht werden müßten. Auf diese Weise seien auch praktische Gegebenheiten zu berücksichtigen.

Die Entscheidung des Supreme Court in *Johnson v. Eisentrager* (1950)<sup>45</sup>, auf die sich die Argumentation der Regierung im Wesentlichen stützt, ergebe letztlich nichts anderes. Denn diese stelle nicht allein auf die formal fehlende Souveränität der USA über das Landsberger Gefängnis ab, sondern berücksichtige sehr wohl die praktischen Verhältnisse und sei daher mit dem funktionalen Ansatz der übrigen Rechtsprechung durchaus vereinbar.<sup>46</sup>

Daneben seien Aspekte der Gewaltenteilung zu berücksichtigen. Wäre die formale Souveränität über das jeweilige Gebiet entscheidend, so stünde es der Exekutive frei, die Anwendbarkeit der Verfassung auszuschließen – wie etwa durch zwischenstaatliche Abreden, die zwar vollständige Kontrolle gewährleisten, aber formal hinter voller Souveränität zurückbleiben.<sup>47</sup> Dies widerspreche aber der Verfassung: “The Constitution grants Congress and the President the power to acquire, dispose of, and govern territory, not the power to decide when and where its terms apply.”<sup>48</sup>

Anschließend konkretisiert das Gericht seinen funktionalen Ansatz in Bezug auf den vorliegenden Fall. Ausgangspunkt sind dabei – in Anlehnung an das Verfahren *Johnson v. Eisentrager* – drei Aspekte:<sup>49</sup> 1. der Status der Gefangenen sowie die Art und Weise, auf welche dieser festgestellt wurde, 2. der Ort von Festnahme und Gefangenschaft und 3. praktische Schwierigkeiten, die mit der Anwendung des habeas corpus-Recht verbunden wären.

Der Status der Gefangenen sei vorliegend gerade umstritten; anders als in *Eisentrager* habe kein wirksames adversatorisches Verfahren stattgefunden, sondern allenfalls eine begrenzte Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung im Rahmen der CSRTs. Der Ort der Gefangenschaft – Guantánamo Bay, Kuba – unterscheide sich von dem Landsberger Gefängnis – denn letzteres habe nicht ausschließlich der Kontrolle der USA unterlegen, da diese den übrigen Alliierten verantwortlich gewesen seien.<sup>50</sup> Zudem sei eine dauerhafte Besetzung Deutschlands nicht beabsichtigt gewesen. Anderes gelte jedoch für Guantánamo: “Guantanamo Bay, on the other hand, is no transient possession. In every practical sense Guantanamo is not abroad; it is within the constant jurisdiction of the United States.”<sup>51</sup> Schließlich stünden der Anwendbarkeit der suspension clause auf Guantánamo auch keine unüberwindlichen praktischen Schwierigkeiten entgegen.

Die Mehrheit der Richter kommt daher zu folgendem Schluss: „We hold that Art. I, § 9, cl. 2, of the Constitution

has full effect at Guantanamo Bay. If the privilege of habeas corpus is to be denied to the detainees now before us, Congress must act in accordance with the requirements of the Suspension Clause.”<sup>52</sup>

### b) Verletzung des Rechts auf habeas corpus

Das Recht auf habeas corpus darf grundsätzlich nur unter sehr engen, unstreitig nicht vorliegenden Voraussetzungen – im Falle von Invasion oder Rebellion, soweit es die öffentliche Sicherheit erfordert – ausgesetzt werden. Eine Aussetzung läge jedoch dann nicht vor, wenn ein angemessenes und effektives Alternativverfahren bereit stünde.<sup>53</sup>

Wie ein solches Verfahren ausgestaltet sein muss, und ob – wie von Regierungsseite vorgebracht – das durch den DTA geschaffene CSRT-(Rechtsmittel)Verfahren vor dem Bundesberufungsgericht für den D.C. Circuit diesen Anforderungen entspricht, wird vom Gerichtshof ausführlich erörtert.<sup>54</sup>

Der Supreme Court legt sich dabei nicht auf einen konkreten, abschließenden Katalog von Kriterien fest, welche ein Alternativverfahren erfüllen muss, um den Anforderungen der Verfassung zu entsprechen. Vielmehr betont er, dass sich dies nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu richten habe, wobei auch das der Inhaftierung zu Grunde liegende Verfahren zu berücksichtigen sei. Fest stehe jedoch, dass zwei Mindestvoraussetzungen erfüllt sein müssen: 1. dem Gefangenen muss die Möglichkeit eröffnet werden, darzulegen, dass er aufgrund irriger Anwendung oder fehlerhafter Auslegung des relevanten Rechts festgehalten wird; 2. das überprüfende Gericht muss die Möglichkeit haben, die Freilassung eines rechtswidrig festgehaltenen Gefangenen anzuordnen.<sup>55</sup>

Diese Voraussetzungen erfülle das vom DTA bereitgestellte Ersatzverfahren nicht. Dabei sei bei der konkreten Beurteilung insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich um einen Freiheitsentzug allein aufgrund exekutiven Befehls

<sup>45</sup> Vgl. oben Fn. 8.

<sup>46</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 34.

<sup>47</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 35.

<sup>48</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 35.

<sup>49</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 36 ff.

<sup>50</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 38: „The United States was therefore answerable to its Allies for all activities occurring there (at Landsberg prison, Verf.).“

<sup>51</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 39.

<sup>52</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 41.

<sup>53</sup> Vgl. *Hill v. United States*, 369 U.S. 424 (1962).

<sup>54</sup> Bemerkenswert ist bereits, dass sich der Supreme Court überhaupt mit dieser Fragestellung befasst, wurde sie doch vom Berufungsgericht ausdrücklich nicht geprüft, da dieses der Ansicht war, dass die Gefangenen von Guantánamo Bay nicht unter den Schutz der amerikanischen Verfassung und damit auch nicht unter den Schutz der Suspension Clause fielen. Entscheidet die Berufungsinstanz eine rechtliche Frage nicht, so enthält sich der Supreme Court normalerweise der Entscheidung und verweist die Sache zurück. Von diesem Grundsatz sei jedoch nach ständiger Rechtsprechung dann eine Ausnahme zu machen, wenn „außergewöhnliche“ Umstände vorlägen. Dies sei hier aus zwei Gründen der Fall: Zum einen handle es sich um eine bedeutsame Frage, die grundlegende Aspekte der Gewaltenteilung berührt. Zum anderen bedeute eine Zurückverweisung eine erhebliche Zeitverzögerung, die den Antragstellern nicht zuzumuten sei. Vgl. *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 42 ff.

<sup>55</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 50.

ohne adversatorisches Verfahren handle. „In this context the need for habeas corpus is more urgent.“<sup>56</sup>

Hinsichtlich des Verfahrens vor dem CSRT enthalten sich die Richter einer ausdrücklichen Bewertung der Ausgestaltung und praktischen Umsetzung. Dem Vortrag der Antragsteller folgend sehen sie jedoch die erhebliche Gefahr, dass das CSRT auf Basis fehlerhafter Tatsachen über den Status – und damit die auf unbestimmte Zeit andauernde Inhaftierung – des Gefangenen entscheidet. Diese Gefahr werde vor allem dadurch begründet, dass der Gefangene vor dem CSRT nur eine sehr begrenzte Möglichkeit habe, die Fakten, anhand derer die Exekutive seinen Status als enemy combatant behauptet, anzugreifen und zu widerlegen. Zweitens habe er keinen Zugang zu den von der Regierung als geheim eingestuftem Beweismitteln. Auch das Recht des Gefangenen, vor dem CSRT aussagende Zeugen zu befragen, sei wegen der unbegrenzten Zulässigkeit von Beweisen vom Hörensagen nur theoretischer Natur. Schließlich habe der Häftling nicht die Möglichkeit, sich durch einen Anwalt unterstützen zu lassen.

Zusammenfassend führt der Gerichtshof aus: “And given that the consequence of error may be detention for the duration of hostilities that may last a generation or more, the risk is too significant to ignore.”<sup>57</sup>

Von besonderer Bedeutung sei daher die Rolle des die Entscheidung des CSRT überprüfenden ordentlichen Gerichts. Diesem müsse zum einen die Möglichkeit eingeräumt sein, den Gefangenen freizulassen. Dies könne bei verfassungskonformer Auslegung des DTA angenommen werden. Zudem müsse es dem Gericht möglich sein, eine eigenständige Beweiserhebung und -bewertung vorzunehmen. Dies ist nach Ansicht der entscheidungstragenden Richtermehrheit nicht der Fall. Der Prüfungsmaßstab sei sehr eingeschränkt und falle weit hinter den eines gewöhnlichen habeas corpus-Verfahrens zurück.<sup>58</sup> Wie im Verfahren vor dem CSRT habe der Gefangene auch im Rechtsmittelverfahren keine ausreichende Gelegenheit, entlastendes Beweismaterial beizubringen. Dies gelte insbesondere für Beweise, welche erst nach Abschluss des CSRT-Verfahrens entdeckt wurden, denn solche könnten im Rechtsmittelverfahren selbst bei verfassungskonformer Auslegung des DTA nicht verwertet werden; Wortlaut und Telos des Gesetzes bildeten hier eine absolute Grenze.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Boumediene v. Bush, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 54.

<sup>57</sup> Boumediene v. Bush, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 56 f.

<sup>58</sup> Boumediene v. Bush, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 47 ff.

<sup>59</sup> Die Regierung wendet hiergegen ein, dass im Falle der Entdeckung neuer entlastender Beweise ein neues CSRT-Verfahren durchgeführt werden könne. Da diese Entscheidung aber im alleinigen und nicht anfechtbaren Ermessen des Deputy Secretary of Defense liegt, sei dies – so die Richtermehrheit – nicht ausreichend; Boumediene v. Bush, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 62 f. Vgl. hierzu Procedure for Review of New Evidence Relating to Enemy Combatant Status vom 7. Mai 2007, abrufbar unter [www.defenselink.mil/news/May2007/New%20Evidence%20Instruction.pdf](http://www.defenselink.mil/news/May2007/New%20Evidence%20Instruction.pdf) (25.6.2008).

Aus diesem Grunde sei im Ergebnis festzustellen, dass der „MCA [...] effects an unconstitutional suspension of the writ.“<sup>60</sup>

Im Gegensatz zu Chief Justice *Roberts* in seinem Sondervotum ist die entscheidungstragende Richtermehrheit nicht der Ansicht, dass die Antragsteller zunächst das CSRT-Rechtsmittelverfahren vor dem Court of Appeals durchlaufen müssen, bevor die Frage des adäquaten Ersatzverfahrens vor dem Supreme Court prozessual zulässig ist. Hier sei im Rahmen einer Abwägung insbesondere die Dauer der Inhaftierungen zu berücksichtigen: in einigen der zu Grunde liegenden Fälle seien bereits sechs Jahre vergangen, ohne dass es zu einer gerichtlichen Überprüfung der Haft oder einem sonst angemessenen Verfahren gekommen sei. Verlange man von den Gefangenen, dass sie erst das begrenzte DTA-Rechtsmittelverfahren durchlaufen, so würden weitere Monate, wenn nicht gar Jahre, vergehen.

## 2. Sondervoten

Vier Richter vertreten bezüglich der beiden zentralen Rechtsfragen einen gegenteiligen Standpunkt. Dieser ist in den Sondervoten der Richter *Roberts* und *Scalia* dargelegt, denen sich die übrigen Mitglieder der Minderheit<sup>61</sup> jeweils anschließen.

### a) Sondervotum Richter Scalia

Die abweichende Meinung des Richters *Scalia* gilt vorrangig der Frage der Anwendbarkeit der suspension clause und verweist im Übrigen auf das Sondervotum des Richters *Roberts*.

Schon aus Zurückhaltung gegenüber den Entscheidungen von Legislative und Exekutive hätte das Gericht – angesichts der nach Auffassung der Mehrheit keine eindeutige Antwort erlaubenden precedents – nicht zur Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Bestimmungen gelangen können. Für den funktionalen Ansatz der Mehrheit gäben die precedents – insbesondere die sog. insular cases<sup>62</sup> – nichts her; in *Johnson v. Eisentrager* sei zudem das glatte Gegenteil entschieden worden, indem allein auf die formale Souveränität abgestellt wurde.<sup>63</sup> In Bezug auf die von den USA ausgeübte Kontrolle über die Gefangenen bestünden zudem keine Unterschiede zwischen beiden Verfahren; geringere prozessuale Anforderungen im vorliegenden Zusammenhang rechtfertigten sich aus dem Status der Gefangenen als enemy combatants, die während eines andauernden Konflikts festgehalten würden. *Eisentrager* sei damit der controlling precedent, den die Mehrheit zu umgehen versuche.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Boumediene v. Bush, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 64.

<sup>61</sup> Richter *Thomas* und *Alito*.

<sup>62</sup> Sondervotum *Scalia*, S. 14.

<sup>63</sup> Sondervotum *Scalia*, S. 10: “*Eisentrager* thus held – held beyond any doubt – that the Constitution does not ensure habeas for aliens held by the United States in areas over which our Government is not sovereign.”

<sup>64</sup> Sondervotum *Scalia*, S. 17: “By blatantly distorting *Eisentrager*, the Court avoids the difficulty of explaining why it should be overruled.”

Selbst wenn man aber diese zentrale Entscheidung beiseite lasse, ergebe die Analyse des Common Law, dass nichts für die Anwendbarkeit des habeas corpus-Rechts auf inhaftierte feindliche Kämpfer außerhalb des Staatsgebietes spreche. Auch die Ausnahmen, unter denen die suspension clause eine Aussetzung erlaube, deuteten klar in diese Richtung.<sup>65</sup> In jedem Fall hätte daher die Entscheidung des Bundesberufungsgerichts bestätigt werden müssen. Die gegenteilige Entscheidung der Mehrheit entspringe einem übersteigerten Verständnis von Bedeutung und Überlegenheit der Judikative (inflated notion of judicial supremacy).

Seinen rechtlichen Ausführungen stellt Richter *Scalia* eine Bemerkung zu den nach seiner Ansicht verheerenden Konsequenzen der Mehrheitsentscheidung voran. Insbesondere hebt er die Gefahr hervor, freigelassene Gefangene könnten den terroristischen Kampf gegen die USA erneut aufnehmen. Das Eingreifen der Judikative schwäche die Exekutive im Kampf gegen den Terror. Richter *Scalia* schließt seine abweichende Meinung mit den Worten: „The Nation will live to regret what the Court has done today. I dissent.“<sup>66</sup>

### b) Sondervotum des Chief Justice Roberts

Das Sondervotum des Richters *Roberts* beruht auf einer von der Mehrheitsauffassung grundsätzlich abweichenden Einschätzung des CSRT-Verfahrens: „Today the Court strikes down as inadequate the most generous set of procedural protections ever afforded aliens detained by this country as enemy combatants.“<sup>67</sup>

Die Rechte der Gefangenen würden im Rahmen des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens hinreichend gewahrt. In jedem Fall sei zu verlangen, dass die Gefangenen den Rechtsweg erschöpften – schon aus diesem Grund hätte der Supreme Court das Verfahren nicht zulassen sollen.

In der Sache verkenne die Mehrheit zunächst, dass den Gefangenen nach dem Hamdi-Urteil nur ein „basic process“ zukomme. Denn selbst im Falle eines amerikanischen Staatsbürgers, der in den USA als enemy combatant festgehalten werde, sei nicht mehr erforderlich, als eine „meaningful opportunity“, diese Einstufung sowie die Rechtmäßigkeit der Inhaftierung in Frage zu stellen. Ferner lege die Mehrheit die zugrunde liegenden Gesetze in unzulässig verkürzender Weise aus; so sehe der DTA durchaus die Möglichkeit einer Entlassung im Rahmen des CSRT-Verfahrens vor. Auch die praktischen Ergebnisse der Mehrheitsentscheidung seien – insbesondere in Bezug auf die nähere Ausgestaltung des habeas corpus-Verfahrens – höchst ungewiss.

Selbst nach den Maßstäben, welche die Mehrheit zur Beurteilung der Angemessenheit des Verfahrens heranziehe, sei das CSRT-Verfahren jedoch völlig ausreichend. Denn dieses sehe ganz wesentliche Verfahrensrechte vor: u.a. Informationsrechte, das Recht, Zeugen zu befragen und zu benennen,

<sup>65</sup> Vgl. Sondervotum *Scalia*, S. 23, da die Invasion abschließlich, die Rebellion ganz überwiegend auf amerikanischen Staatsgebiet stattfinden müsse.

<sup>66</sup> Sondervotum *Scalia*, S. 25.

<sup>67</sup> Sondervotum *Roberts*, S. 1.

die Unterstützung durch einen personal representative, im Rechtsmittelverfahren durch einen Anwalt. Die Mehrheitsentscheidung bedeute daher für die Gefangenen keine Verbesserung, sondern stärke allein die Rolle der Judikative in Belangen der Außenpolitik, die den übrigen Gewalten vorbehalten bleiben sollten.

### IV. Fazit & Ausblick

Im Ergebnis ist die Entscheidung des Supreme Court uneingeschränkt zu begrüßen. Zunächst ist hervorzuheben, dass das Gericht keinen prozessualen Ausweg nimmt, sondern, angesichts der jahrelangen Inhaftierung der Antragsteller, selbst entscheidet.

In der Sache sind die prozessualen Mängel des CSRT-Verfahrens nicht hinnehmbar. Das Verfahren bleibt hinter elementaren Mindestanforderungen zurück und kann nicht als fair bezeichnet werden. Zur Verdeutlichung genügt es an dieser Stelle, auf den Beweismaßstab hinzuweisen, der eine Vermutung gegen den Inhaftierten und zugunsten der Regierung enthält.<sup>68</sup> Diese Mängel können auch durch das zuständige Rechtsmittelgericht mit seinem begrenzten Überprüfungsmaßstab nicht geheilt werden. Die Entscheidung des Gerichtshofes, dies nicht als angemessenen Ersatz für ein Verfahren vor ordentlichen Gerichten anzuerkennen, ist so folgerichtig wie notwendig. Allein die Begründung hätte stellenweise klarer ausfallen können; dies gilt insbesondere für den Umgang mit der Entscheidung „Eisenträger“. Hier hätte es nahe gelegen, die Unterschiede der historischen Situation, insbesondere die ungewisse Dauer des Kampfes gegen den Terror, hervorzuheben und auf dieser Grundlage Anpassungen vorzunehmen.

Den Sondervoten ist nur insoweit zuzustimmen, als die praktischen Auswirkungen der Entscheidung nicht klar absehbar sind. Dies liegt darin begründet, dass das Gericht in Bezug auf das anzuwendende Verfahren keine Festlegungen trifft. Über die konkrete Ausgestaltung des habeas corpus-Verfahrens werden – unter Berücksichtigung auch der berechtigten Sicherheitsinteressen der Regierung – die erstinstanzlichen Gerichte zu befinden haben. Ebensowenig entschieden ist die materielle rechtliche Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Person als enemy combatant festgehalten werden kann.<sup>69</sup> Damit ist die Entwicklung – freilich unter anderen Vorzeichen – nunmehr auch verfassungsrechtlich am Ausgangspunkt des einfachen Rechts angekommen, an dem

<sup>68</sup> Memo bezüglich der Implementation of CSRT Procedures for Enemy Combatants Detained at US Naval Base Guantanamo Bay, Cuba, vom 14. Juli 2006 abrufbar unter [www.defenselink.mil/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedures.pdf](http://www.defenselink.mil/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedures.pdf) (25.6.2008).

<sup>69</sup> Eine erste Entscheidung diesbezüglich wurde – unabhängig von dem Urteil des Supreme Court in *Boumediene v. Bush* – am 23. Juni 2008 vom Court of Appeals for the D.C. Circuit getroffen: Als Rechtsmittelgericht in einem CSRT-Verfahren entschied es, dass der Antragsteller zu Unrecht als enemy combatant eingestuft wurde. Das Urteil ist abrufbar unter <http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200806/06-1397-1124487.pdf> (2.7.2008).

sie bereits nach der Rasul-Entscheidung stand. Der juristische wie politische Umgang der (künftigen) Regierung mit Guantánamo bleibt abzuwarten.

In *Boumediene v. Bush* geht es der Mehrheit der Richter keineswegs darum, den Einfluss der Judikative in unzulässiger Weise auszudehnen. Vielmehr ist es ihr Ziel, die Geltung des Rechts und seiner äußeren Grenzen zu betonen:

“The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law.”<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. \_\_\_\_ (2008), S. 70.

# Änderung des Schutzzwecks einer Norm durch Auslegung?

## Zur Reichweite des § 299 Abs. 2 StGB a.F.

Von Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, München\*

*Nur wenige Bereiche des materiellen Strafrechts haben in den vergangenen Jahren in ihrer Aufarbeitung und Durchdringung in der Rechtsprechung und Literatur eine derartige Dynamik entwickelt wie die Korruptionsdelikte. Gleichwohl bleibt schon beinahe resignierend zu konstatieren, dass dogmatische Fortschritte kaum erzielt wurden, vielmehr die unzähligen Einzelprobleme weiterhin einer stringenten systematischen Aufarbeitung harren. Zu den noch weitgehend ungeklärten Problemen gehören solche der Anwendung deutscher Korruptionsvorschriften auf Auslandssachverhalte. Die Straftatbestände der §§ 331 ff. StGB über die Amtsträger-Korruption beziehen sich nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB („[...] wer nach deutschem Recht [...]“) nur auf deutsche Amtsträger. Ausländische Amtsträger werden von den §§ 331 ff. StGB nur dann erfasst, wenn sie nach bilateralen Übereinkommen deutschen Amtsträgern gleichgestellt sind.<sup>1</sup> Die Bestechung von Amtsträgern aus EU-Mitgliedsstaaten ist seit Inkrafttreten des EUBestG am 22.9.1998, die von Amtsträgern ausländischer Staaten seit dem 15.2.1999 durch das IntBestG unter Strafe gestellt.<sup>2</sup> Im privaten Sektor ist die Bestechung und Bestechlichkeit auf ausländischen Märkten durch Einfügung eines Absatzes 3 in § 299 StGB mit Wirkung vom 21.10.2002 ebenfalls umfassend unter Strafe gestellt, unabhängig davon, ob deutsche oder ausländische Wettbewerber betroffen sind.*

### I. Entscheidung des Landgerichts Darmstadt

Erstmals hatte das LG Darmstadt<sup>3</sup> u.a. darüber zu befinden, wie zwei frühere Siemens-Mitarbeiter zu bestrafen sind, die in den Jahren 1999 und 2000 – also vor Inkrafttreten des § 299 Abs. 3 StGB – Mitarbeiter des italienischen Energiekonzerns Enel bestochen haben, um den Zuschlag bei einer Ausschrei-

bung über den Kauf von Gasturbinen zu erlangen. Die Frage der Anwendbarkeit des § 299 Abs. 2 StGB stellte sich dabei aus folgendem Grund: Obgleich die italienischen Mitarbeiter von Enel nach italienischem Recht als Amtsträger anzusehen waren, lehnte das LG Darmstadt eine Strafbarkeit nach Art. 2 § 1 IntBestG wegen fehlender Amtsträgereigenschaft ab. Das LG Darmstadt ging – zutreffend – davon aus, dass der Amtsträgerbegriff i.S.d. IntBestG nicht anhand des jeweiligen nationalen Rechts, sondern autonom zu bestimmen sei. Enel sei aber nur eines von mehreren Energieversorgungsunternehmen in Italien gewesen und habe daher nach der Privatisierung des Energiesektors in Italien keine öffentliche Aufgabe mehr wahrgenommen. Daher kam es für die Strafbarkeit wegen eines Bestechungsdelikts entscheidend darauf an, ob § 299 Abs. 2 StGB auch schon in den Jahren 1999 und 2000, also vor der Einführung des Absatzes 3, auf Bestechungshandlungen auf ausländischen Märkten Anwendung finden kann.<sup>4</sup> Das LG Darmstadt hat dies mit der Begründung bejaht, dass sich eine Einschränkung des Schutzbereiches von § 299 StGB auf inländische Rechtsgüter weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte ergebe, eine europarechtskonforme Auslegung dieser Vorschrift die Ausdehnung des Schutzbereiches zumindest auf den europäischen (wenn nicht gar den weltweiten) Wettbewerbsgebiete und dem weder das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG noch der Grundsatz des *nulla poena sine lege* entgegenstehe.<sup>5</sup>

\* Der Verf. ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht und Fachanwalt für Steuerrecht in der internationalen Sozietät Nörr Stiefenhofer Lutz Partnerschaft.

<sup>1</sup> Vgl. beispielsweise Art. 31 des Gesetzes zu dem Vertrag vom 27. Mai 2005 zwischen dem Königreich Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, dem Königreich Spanien, der Französischen Republik, dem Großherzogtum Luxemburg, dem Königreich der Niederlande und der Republik Österreich über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration (BGBl. II 2006, S. 626) oder Art. 33 des Gesetzes zu dem Vertrag vom 2. März 2005 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich der Niederlande über die grenzüberschreitende polizeiliche Zusammenarbeit und die Zusammenarbeit in strafrechtlichen Angelegenheiten (BGBl. II 2006, S. 194).

<sup>2</sup> Wobei sich beide Gesetze nicht wechselseitig ausschließen, sondern sich deren Anwendungsbereich überschneidet.

<sup>3</sup> LG Darmstadt, Urt. v. 14.5.2007, 712 Js 5213/04-9 KLs = Beck RS 2007, 16611 = CCZ 2008, 37.

<sup>4</sup> Soweit aus dem Sachverhalt des Urteils hervorgeht, fanden die Gespräche, in denen die Schmiergeldzahlung versprochen wurde, in Italien statt; die Schmiergelder selbst wurden von Konten in Liechtenstein bzw. der Schweiz in verschiedenen Schritten auf die British Virgin Islands bzw. nach Dubai transferiert. Damit wurden die Tathandlungen des § 299 Abs. 2 StGB (Versprechen bzw. Gewähren eines Vorteils) im Ausland ausgeführt. Für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts wäre nach §§ 3, 9 StGB erforderlich, dass entweder die Tathandlung in Deutschland vorgenommen oder der Taterfolg des Bestechungsdelikts in Deutschland eingetreten ist. Ausführungen hierzu lässt das Urteil vermissen, obgleich eine Tathandlung nach den Urteilsgründen in Deutschland nicht vorgenommen wurde. Auch Ausführungen zu § 7 Abs. 2 StGB fehlen. Dessen Anwendbarkeit ist keineswegs selbstverständlich. Einen der Bestechung im privaten Sektor vergleichbaren Straftatbestand gab es zum Tatzeitpunkt in Italien nämlich nicht. Hinzu kommt, dass eine Auslandserstreckung der deutschen Strafnorm dann nicht in Betracht kommt, wenn diese primär inländische Rechtsgüter schützt (vgl. Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 7 Rn. 8).

<sup>5</sup> Überraschenderweise hat das LG Darmstadt auch das Vorliegen eines vermeidbaren Verbotsirrtums verneint, da bei einer entsprechenden Erkundigung die Angeklagten die Auskunft erhalten hätten, dass die Rechtslage – entgegen der absolut h.M. in Rechtsprechung und Literatur – ungeklärt sei und ei-

## II. Geschütztes Rechtsgut

Geschütztes Rechtsgut des § 299 StGB sind nach h.M. primär der freie Wettbewerb (als Institution) bzw. freie Wettbewerbsbedingungen,<sup>6</sup> die von unlauterer und sachwidriger Beeinflussung frei gehalten werden sollen. Daneben sollen aber auch die Vermögensinteressen von Wettbewerbern<sup>7</sup> und des Geschäftsherrn<sup>8</sup> geschützt sein. Umstritten ist, ob daneben noch eine Vielzahl weiterer Rechtsgüter geschützt ist, so das öffentliche Interesse an der Verhinderung von Auswüchsen im Wettbewerb bzw. das Allgemeininteresse an der Verhinderung der Verteuerung von Waren,<sup>9</sup> oder ob diese lediglich mittelbar, d.h. reflexhaft, geschützt werden.

Zur Tatzeit war von der Rechtsprechung und der ganz h.M. in der Literatur die Auffassung vertreten worden, dass § 12 UWG, die Vorgängernorm zu § 299 StGB, lediglich den Wettbewerb in Deutschland bzw. die Interessen deutscher Unternehmen schützt. Zwar mussten sich Strafgerichte mit dieser Vorschrift bei Auslandssachverhalten noch nicht beschäftigen,<sup>10</sup> allerdings gibt es eine Reihe höchstrichterlicher Urteile der Zivilgerichte. So hat die zivilrechtliche Rechtsprechung unisono angenommen, dass die Vorschriften des UWG im Ausland nur dort Anwendung finden, wo „[...] der fragliche Wettbewerb auf dem Auslandsmarkt sich ausschließlich zwischen inländischen Unternehmen abspielt [...]“ oder wenn die Wettbewerbshandlung sich speziell gegen den inländischen Wettbewerber richtet.<sup>11</sup> In der Folgezeit wurde diese Entscheidung mehrfach bekräftigt. § 12 UWG fand nur dann Anwendung, wenn durch eine im Ausland vorgenommene Bestechungshandlung ausschließlich oder jedenfalls in

erster Linie Interessen deutscher Mitwettbewerber beeinträchtigt waren.<sup>12</sup>

Diese Rechtsprechung hat in der Literatur weitgehende Zustimmung gefunden. Vor Einführung des Absatzes 3 zu § 299 StGB herrschte nahezu vollständige Übereinstimmung dahingehend, dass § 299 StGB nur den inländischen Wettbewerb bzw. inländische Wettbewerber schützt.<sup>13</sup> Abweichend davon vertrat insbesondere *Tiedemann* die Ansicht, dass angesichts des Gemeinsamen Marktes eine Auslegung des § 299 StGB, welche nur deutsche Unternehmen schütze, den gewandelten Verhältnissen nicht hinreichend Rechnung trage und befürwortete daher, Unternehmen aus EU-Mitgliedsstaaten in den Schutzbereich einzubeziehen.<sup>14</sup>

## III. Auslegung nach herkömmlichen Auslegungstopoi

Im Folgenden ist anhand der klassischen Auslegungsregelungen der grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung zu ermitteln, ob von § 299 Abs. 2 StGB a.F. tatsächlich auch ausländische Unternehmen vor Bestechung auf einem ausländischen Markt geschützt waren.

### 1. Grammatikalische Auslegung

§ 299 Abs. 1 StGB spricht von einer Bestechlichkeit „im geschäftlichen Verkehr“ bzw. von einer Bevorzugung „im Wettbewerb“. Ebenso befasst sich Absatz 2 mit einer Bestechung „im geschäftlichen Verkehr“ und einer Tat „zu Zwecken des Wettbewerbs“. § 299 StGB verwendet also lediglich den Begriff des Wettbewerbs, ohne dass sich aus dem Wortlaut der Vorschrift weitere Erkenntnisse darüber ableiten ließen, ob der Wettbewerb in Deutschland, zwischen deutschen Unternehmen oder auch im Ausland gemeint ist. Mit dem Wortlaut der Vorschrift wäre somit grundsätzlich sowohl eine Auslegung vereinbar, die den Anwendungsbereich auf den

ne Anwendung des § 299 StGB auf die Bestechung auf ausländischen Märkten nicht ausgeschlossen werden könne.

<sup>6</sup> BGH NJW 2006, 3290 (3298); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 299 Rn. 1; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 299 Rn. 1; *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 299 Rn. 2; *Tiedemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 299 Rn. 5; *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 299 Rn. 4; *Rudolphi*, in: ders. u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 50. Lieferung, Stand: April 2000, § 299 Rn. 1.

<sup>7</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 299 Rn. 1; *Fischer* (Fn. 6); *Heine* (Fn. 6); *Tiedemann* (Fn. 6); *Dannecker* (Fn. 6); *Rudolphi* (Fn. 6).

<sup>8</sup> BGHSt 31, 207 (211); *Lackner/Kühl* (Fn. 6); *Fischer* (Fn. 6); *Heine* (Fn. 6); *Tiedemann* (Fn. 6); *Dannecker* (Fn. 6); *Rudolphi* (Fn. 6); abl. *Bürger*, wistra 2003, 130 (133).

<sup>9</sup> Vgl. hierzu *Heine* (Fn. 6) m.w.N.; abl. *Pragal*, ZIS 2006, 63.

<sup>10</sup> Bei der Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1925, 486 handelte es sich um einen Inlandsfall. Die durch Bestechung bewirkte Belieferung eines Unternehmens mit hochwertiger, für Reparationszahlungen an das Ausland bestimmter Kohle, stellte eine Bevorzugung gegenüber anderen deutschen Wettbewerbern dar.

<sup>11</sup> BGH NJW 1964, 969 (971 f.).

<sup>12</sup> BGH BB 1968, 520; OLG Düsseldorf NJW 1974, 417.

<sup>13</sup> *Otto*, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2000, § 12 Rn. 12; *Piper*, in: Köhler (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 26. Auflage 2006, § 12 Rn. 3; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, 170. Lieferung, Stand: Mai 2008, § 12 UWG Rn. 2; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl. 2001, § 299 Rn. 1; *Rönnau*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, III. 2. Rn. 46; *Nietzer*, IstR 1998, 187 (188); *Stahl*, KÖSDI 1999, 12022 (12029); *Pelz*, StraFo 2000, 300 (301); *Kiesel*, DStR 2000, 949 (950); *Klingelhöffer*, StBp 2000, 309 (314); *Randt*, BB 2000, 1006 (1008); *von Gamm*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 1987, § 47 Rn. 5; *Vornbaum*, in: Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 649 ff. (655 ff.); *Heerspink*, wistra 2001, 441; *Weidemann*, DStZ 2002, 329 (323); *Fietz/Weidlich*, RIW 2005, 423 (424 f.); *Rönnau*, JZ 2007, 1084 (1087 ff.).

<sup>14</sup> *Tiedemann* (Fn. 6), § 299 Rn. 55; ihm folgend *Walter*, wistra 2001, 321 (323); *Heine* (Fn. 6); *Diemer/Krick*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 4, § 299 Rn. 28.

inländischen Wettbewerb beschränkt als auch eine solche, die ihn auf ausländische Wettbewerber ausdehnt. Anhand der grammatikalischen Auslegung ist daher kein eindeutiges Ergebnis zu ermitteln.

### 2. Historische Auslegung

Die Vorgängervorschrift des § 299 StGB, § 12 UWG, wurde durch Gesetz vom 7.6.1906 in das UWG eingeführt. Hintergrund war das Bemühen, die um sich greifenden Fälle von Angestelltenbestechung in Industrie und Landwirtschaft zu bekämpfen.<sup>15</sup> Die Gesetzesmaterialien<sup>16</sup> geben keinen Hinweis darauf, dass sich der historische Gesetzgeber mit der Frage befasst hätte, ob nur der inländische oder auch der ausländische Wettbewerb geschützt werden soll.

§ 12 UWG wurde durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13.8.1997 als § 299 in das StGB übernommen. Mit Ausnahme einer Anpassung der Strafrahmen war eine inhaltliche Änderung der Vorschrift nicht beabsichtigt. In den Gesetzesmaterialien wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „[...] für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des neuen § 299 StGB [...] weiterhin von Bedeutung sein [wird], dass es sich bei dieser Vorschrift um einen Straftatbestand aus dem Bereich des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb handelt [...]“ und demzufolge zu dessen Auslegung auf die bisherige Praxis zurückgegriffen werden kann.<sup>17</sup> Dem Gesetzgeber war die jahrzehntelange Rechtsprechung des BGH und die nahezu einhellige Auffassung in der Literatur bekannt, dass § 299 StGB lediglich den Wettbewerb im Inland sowie inländische Unternehmen bei Wettbewerbshandlungen auf ausländischen Märkten schützen will, hingegen ausländische Unternehmen nicht vom Schutzbereich der Vorschrift erfasst sind. Eine Ausdehnung des Schutzbereichs entgegen der ständigen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre war vom Gesetzgeber bei Überführung des § 12 UWG a.F. als § 299 StGB nicht gewollt. Dies kommt nicht zuletzt darin zum Ausdruck, dass die Bundesregierung auf verschiedene parlamentarische Anfragen geantwortet hat, dass sich die Tat auf den Wettbewerb in Deutschland beziehen müsse und der Tatbestand auf Auslandssachverhalte nicht anwendbar sei.<sup>18</sup> Tatsächlich hat der Gesetzgeber den Bereich der Auslandskorruption im privaten Sektor als gesetzlich noch nicht geregelt angesehen.<sup>19</sup>

Erst im Zusammenhang mit der Einführung des Absatzes 3 in § 299 StGB durch das Gesetz zur Ausführung der Gemein-

samen Maßnahme betreffend die Bestechung im privaten Sektor vom 12.12.1998 (Abl. EG Nr. L 358/2) vom 22.8.2002<sup>20</sup> heißt es in der Gesetzesbegründung, die Ergänzung durch den Abs. 3 solle klarstellen, dass nicht nur Handlungen im inländischen Wettbewerb erfasst werden, sondern der Wettbewerb generell, d.h. weltweit geschützt werden soll.<sup>21</sup> Im Hinblick auf die bisherige Gesetzeslage wird ausgeführt: „Da der Wortlaut nicht entgegensteht, könnte die Rechtsprechung bereits jetzt – ähnlich der gemeinschaftskonformen Auslegung verschiedener Tatbestände des geltenden Rechts [...] § 299 StGB maßnahmenkonform, d.h. hier auslandsbezogen, auslegen. [...] Da § 299 StGB in der Auslegung durch die überwiegende Lehre den Anforderungen der Gemeinsamen Maßnahme nicht entspricht, ist eine ausdrückliche Klärung seines Anwendungsbereichs gleichwohl geboten. Diesem Zweck dient die Anfügung eines neuen Absatzes 3. Tatbestandlich erfasst werden sollen alle wettbewerbsrelevanten Bestechungshandlungen, also unabhängig davon, auf welchem Markt sie vorgenommen wurden und wer die Mitbewerber sind, wie dies bereits eine gewichtige Mindermeinung [...] vertritt.“ Entgegen der Gesetzesbegründung handelt es sich bei der Einfügung des Absatzes 3 aber nicht um eine Klarstellung einer ohnehin bestehenden Rechtslage, sondern um eine erstmalige Regelung.<sup>22</sup> So begegnet es schon erheblichen Bedenken, wenn der Gesetzgeber der 14. Legislaturperiode verbindliche Aussagen darüber treffen will, wie Gesetze auszulegen sind, die ein früherer Gesetzgeber, namentlich derjenige der 13. Legislaturperiode, beschlossen hatte. Dies umso mehr, wenn eine Auslegungsmöglichkeit behauptet wird, die der frühere Gesetzgeber gerade nicht so verstanden hat und verstanden wissen wollte. Denn der Gesetzgeber hat nämlich weitere gesetzliche Regelungen zur Einbeziehung der Auslandskorruption für erforderlich angesehen, um diese Strafbarkeitslücke zu schließen.<sup>23</sup> Bezeichnend ist insoweit auch, dass das Bundesministerium für Finanzen ebenfalls davon ausging, dass durch die Einfügung des Absatzes 3 erstmals die Strafbarkeit der Bestechung im privaten Sektor auf ausländischen Märkten begründet wurde.<sup>24</sup>

### 3. Systematische Auslegung

#### a) Standort der Vorschrift im StGB

Nach Auffassung des LG Darmstadt spricht die Verankerung von § 299 StGB im 26. Abschnitt unter Straftaten gegen den Wettbewerb für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf den ausländischen Wettbewerb. Die Einordnung in den 26. Abschnitt lässt allerdings die vom Landgericht Darmstadt gezogene Schlussfolgerung nicht zu. Der 26. Abschnitt besteht lediglich aus zwei Straftatbeständen, nämlich dem eben-

<sup>15</sup> Bezeichnenderweise geschah dies damals bereits entgegen der einhelligen Meinung der betroffenen Wirtschaftskreise. Dies erinnert an die moderne Diskussion, ob Korruption im Ausland bestraft werden dürfe, da ohne Korruption dort oftmals keine Aufträge zu erlangen sind, vgl. *Haft/Schwoerer*, in: Heinrich (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 367 ff.

<sup>16</sup> Dargestellt in RGSt 48, 291 (294); BGHSt 31, 207 (211) sowie *Wassermann*, GRUR 1931, 549.

<sup>17</sup> BT-Drs. 13/5584, S. 15.

<sup>18</sup> BT-Drs. 13/642, S. 4 und 13/1020, S. 10; *Randt*, BB 2002, 2252 (2254).

<sup>19</sup> *Korte*, wistra 1999, 81 (88); ausführlich hierzu auch *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (62).

<sup>20</sup> BGBl. I 2002, S. 3387.

<sup>21</sup> BT-Drs. 14/8998, S. 9 f.

<sup>22</sup> *Randt*, BB 2002, 2252 (2254); *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 57 (64).

<sup>23</sup> Vgl. Fußnoten 18 und 19.

<sup>24</sup> Tz. 12 des BMF-Schreibens betreffend Abzugsverbot für die Zuwendung von Vorteilen i.S.d. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG vom 10.12.2002 (BStBl. I 2002, S. 1031).

falls mit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997 neu geschaffenen Submissionsbetrug in § 298 StGB sowie der aus dem UWG übernommenen Vorschriften gegen die Korruption im privaten Sektor. Dass auf europäischer Ebene eine Pflicht zur europaweiten Ausschreibung von Aufträgen besteht, mag zwar mit dem LG Darmstadt rechtspolitisch auch den Wunsch nach einer entsprechend umfassenden strafrechtlichen Flankierung für den Fall korruptiver Einflussnahme auf derartige Ausschreibungen auslösen, jedoch ergibt sich aus dem Titel des Abschnitts kein Hinweis darauf, dass § 299 StGB gerade diesen (auslandsbezogenen) Zweck erfüllen soll. Auch der Umstand, dass § 298 StGB auf einen Vorschlag der Kommission zur Einführung eines Straftatbestands gegen betrügerisches und unfares wettbewerbsbeschränkendes Verhalten bei öffentlichen Ausschreibungen auf dem Gemeinsamen Markt zurückgeht,<sup>25</sup> lässt keinen Rückschluss auf den Schutzzumfang von § 299 StGB zu. Bei dem Submissionsbetrug handelt es sich um einen neu geschaffenen Tatbestand, bei dem der Gesetzgeber das Schutzgut erstmals konkretisiert hat. § 299 StGB wurde hingegen aus dem UWG übernommen und sollte hinsichtlich seiner Auslegung und Anwendung gerade keine Änderungen erfahren.

#### b) Regelungszusammenhang im UWG

Für einen rein inlandsbezogenen Schutzzweck spricht jedoch ein anderer Gesichtspunkt. Für im Ausland begangene Straftaten der §§ 17, 18 und 20 UWG enthielt § 20a UWG a.F. eine Verweisung auf die Anwendung von § 5 Nr. 7 StGB. § 5 Nr. 7 StGB enthält eine Vorschrift des Strafanwendungsrechts. Deutsches Strafrecht findet danach, unabhängig vom Recht des Tatorts, auf im Ausland begangene Taten Anwendung, wenn es sich entweder um die Verletzung eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses eines im räumlichen Geltungsbereich des StGB liegenden Betriebs oder eines Unternehmens, das dort seinen Sitz hat oder eines Unternehmens mit Sitz im Ausland handelt, das jedoch von einem Unternehmen mit Sitz im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes abhängig ist und mit diesem einen Konzern bildet. Aus der Vorschrift des § 20a UWG a.F. folgt daher, dass die Vorschriften des UWG grundsätzlich nur inlandsbezogen gelten.<sup>26</sup> Zweck des § 20a UWG a.F. war es gerade, eine Strafverfolgung zu ermöglichen, wenn UWG-Straftaten gänzlich im Ausland stattgefunden haben.<sup>27</sup> Umgekehrt folgt aus der Regelung § 20a UWG a.F., dass deutsches Strafrecht bei Auslandstaten keine Anwendung findet, wenn nur ausländische Unternehmen betroffen sind, die weder einen Sitz in Deutschland haben noch von einer deutschen Konzernmutter abhängig sind.

Die Verweisung des § 20a UWG nimmt jedoch nicht Bezug auf die Vorschrift des § 12 UWG. Daraus lässt sich allerdings nicht im Umkehrschluss ableiten, § 12 UWG habe an-

ders als die anderen Wettbewerbsstraftaten einen weiteren Schutzzweck und umfasse auch ausländische Wettbewerber. Vielmehr sollte durch § 20a UWG die Verfolgung einer gegen Individualrechtsgüter deutscher Unternehmen begangene Tat unabhängig davon bestraft werden können, ob die Verletzungshandlung im Inland oder im Ausland vorgenommen wurde. Dies war gerade bei Auslandshandlungen deshalb erforderlich, weil der Verletzungserfolg i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB bei Handlungen auf einem ausländischen Markt meist auch im Ausland eintritt und anderenfalls eine Strafverfolgung in Deutschland nicht möglich wäre. Hingegen war damals die Schmiergeldzahlung auf ausländischen Märkten aus dem Blickwinkel des deutschen Rechts ohnehin zulässig und allgemein gebilligt.<sup>28</sup> Die systematische Auslegung ergibt, dass ausländische Wettbewerber auf Auslandsmärkten grundsätzlich nicht vom Schutzzumfang des § 299 StGB a.F. umfasst sind.

#### 4. Teleologische Auslegung

Ob eine Norm nur inländische oder auch ausländische Interessen schützt, ist durch deren Auslegung zu ermitteln.<sup>29</sup> Bei Individualrechtsgütern spielt es keine Rolle, ob es sich um einen inländischen oder ausländischen Rechtsgutsträger handelt. Anders ist es bei Kollektivrechtsgütern. Bei diesen werden ausländische Rechtsgüter grundsätzlich nicht geschützt.<sup>30</sup> So finden insbesondere Straftaten nach dem UrhG auch nur auf inländische Urheberrechtsverletzungen Anwendung.<sup>31</sup> Wie oben dargestellt schützt § 299 StGB den freien Wettbewerb als Kollektivrechtsgut. Die Interessen geschädigter Wettbewerber und des Geschäftsherrn sind zwar der Sache nach Individualrechtsgüter, sie werden aber lediglich als Ausfluss des freien Wettbewerbs mitgeschützt. Auch für das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist weithin anerkannt, dass es grundsätzlich nur den deutschen Wettbewerb schützen will.<sup>32</sup> Auch aus völkerrechtlichen Gründen bedarf die Ausdehnung der deutschen Strafgewalt auf im Ausland begangene Taten stets einer besonderen rechtfertigenden Anknüpfung und eines besonderen Bezugs zu Deutschland.<sup>33</sup> An einem solchen Anknüpfungspunkt hat es vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Gemeinsamen Maßnahme vom 22.12.1998 jedoch gefehlt.

#### 5. Europarechtskonforme Auslegung

Zum Teil wird eine Verpflichtung zu oder jedenfalls die Zweckmäßigkeit einer erweiternden Auslegung von § 299 StGB a.F., die auch den Schutz von Unternehmen aus EU-

<sup>25</sup> Heine (Fn. 6), Vorbem. §§ 298 ff. Rn. 1.

<sup>26</sup> Bruch, NStZ 1986, 259 (260); Möhrenschrager, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention, 2007, 8. Kapitel Rn. 395.

<sup>27</sup> Gloede, GRUR 1960, 464 (469); Bruch, NStZ 1986, 259 (260); Möllering, WRP 1990, 1 (4).

<sup>28</sup> Und über die steuerliche Absetzbarkeit von Schmiergeldzahlungen im Ausland sogar mittelbar gefördert.

<sup>29</sup> Werle/Jeffberger, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 6), 12. Aufl. 2007, Vor § 3 Rn. 274; Ambos, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), Bd. 1, Vor §§ 3-7 Rn. 84.

<sup>30</sup> Ambos (Fn. 29), Rn. 86.

<sup>31</sup> Ambos (Fn. 29).

<sup>32</sup> Gloede, GRUR 1960, 464 (469); Bruch, NStZ 1986, 259 (260); Möllering, WRP 1990, 1 (4); Möhrenschrager (Fn. 26).

<sup>33</sup> BGH NJW 2001, 624 (628) m.w.N.

Mitgliedstaaten umfasst, aus den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts abgeleitet.<sup>34</sup>

### a) Gemeinsame Maßnahme des Rats vom 22.12.1998

Eine derartige Verpflichtung könnte sich allenfalls aus der Gemeinsamen Maßnahme vom 22.12.1998 – vom Rat aufgrund Art. K. 3 des Vertrags über die Europäische Union angenommen – betreffend die Bestechung im privaten Sektor<sup>35</sup> ergeben.<sup>36</sup> Art. 3 Abs. 2 der Gemeinsamen Maßnahme verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass Bestechung im privaten Sektor<sup>37</sup> als Straftat verfolgt wird, sofern sie sich auf Verhaltensweisen bezieht, die eine Verzerrung des Wettbewerbs, zumindest im Gemeinsamen Markt, mit sich bringen oder mit sich bringen können.

### b) Rechtsnatur der Gemeinsamen Maßnahme

Die Gemeinsame Maßnahme war ein Instrument zur Koordination der Mitgliedstaaten im Rahmen der Dritten Säule nach Art. K. 3 Abs. 2 des Vertrags von Maastricht. Umstritten war allerdings, inwieweit in Gemeinsamen Maßnahmen enthaltene Vorgaben für die Mitgliedstaaten bindend waren.<sup>38</sup> Der Vertrag von Maastricht enthielt nämlich keinerlei Regelungen über Art und Umfang der Bindungswirkung einer Gemeinsamen Maßnahme. Überwiegend wird angenommen, dass einer Gemeinsamen Maßnahme keine Verbindlichkeit zukommt<sup>39</sup> bzw. sie nur die Regierungen, nicht aber die sonstigen Staatsgewalten binde.<sup>40</sup>

Im vorliegenden Fall ist dazu noch Folgendes zu beachten: Art. 8 Abs. 1 der Gemeinsamen Maßnahme sieht vor, dass die Mitgliedstaaten innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten geeignete Vorschläge zu deren Durchführung unterbreiten müssen. Jedenfalls bis zum Ablauf dieser Frist hat für den deutschen Gesetzgeber ein Überlegungs- und Gestaltungsspielraum bestanden, darüber zu befinden, ob und wie die Vorgaben der Gemeinsamen Maßnahme in nationales Recht umzusetzen sind. Von diesem Entscheidungsspielraum hat der deutsche Gesetzgeber, wenn auch verspätet, Gebrauch gemacht. In Umsetzung der Verpflichtungen aus der Gemeinsamen Maßnahme wurde durch Gesetz vom 22.2.2002<sup>41</sup> die Vorschrift des § 299 Abs. 3 StGB eingefügt und die Ausländerstreckung der bisher schon geltenden Bestechungsvorschriften angeordnet.

### c) Pflicht zur gemeinschaftskonformen Auslegung

Der Europäische Gerichtshof<sup>42</sup> betont die Verpflichtung, Gemeinschaftsrecht bei der Auslegung des nationalen Rechts zu berücksichtigen. Eine derartige Verpflichtung besteht auch für solche nationalen Rechtsvorschriften, die bereits vor dem Erlass von Gemeinschaftsrecht bestanden haben.<sup>43</sup> Bei Rechtsakten, die der Umsetzung in nationales Recht bedürfen, besteht eine Verpflichtung zur gemeinschaftskonformen Auslegung jedoch erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist.<sup>44</sup> Allerdings steht es den nationalen Gerichten frei, Gemeinschaftsrecht auch schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Auslegung nationalen Rechts heranzuziehen.<sup>45</sup>

Darüber hinausgehend nimmt der Europäische Gerichtshof sogar eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten an, unverbindliches Gemeinschaftsrecht, insbesondere Empfehlungen, bei der Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen.<sup>46</sup> In einer weiteren Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof auch für ebenfalls unverbindliche Rahmenbeschlüsse, die nach dem Vertrag von Amsterdam die Gemeinsame Maßnahme abgelöst haben, eine Verpflichtung zur Berücksichtigung bei der Auslegung nationalen Rechts bejaht.<sup>47</sup> Diese Grundsätze können aber nicht unbesehen auf die Gemeinsame Maßnahme übertragen werden, da dem Europäischen Gerichtshof keine Jurisdiktion über derartige Gemeinsame Maßnahmen zusteht.<sup>48</sup> Eine Verpflichtung zur maßnahmenkonformen Auslegung besteht daher nicht, wenngleich nach den allgemeinen Grundsätzen im Rahmen der Auslegung bei

<sup>34</sup> *Walter*, wistra 2001, 321 (323); *Heine* (Fn. 6); *Tiedemann* (Fn. 6), § 299 Rn. 55.

<sup>35</sup> ABI Nr. L 358 vom 31.12.1998, S. 2.

<sup>36</sup> Das thematisch ebenfalls noch einschlägige Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption vom 27.1.1999 ist erst nach dem Tatzeitraum, nämlich am 1.7.2002 in Kraft getreten. Es wurde von Deutschland bisher noch nicht ratifiziert (Stand 6.7.2008, siehe <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=173&CM=1&DF=7/6/2008&CL=ENG>).

<sup>37</sup> Allerdings definiert die Gemeinsame Maßnahme in Art. 3 Abs. 1 als Bestechung nur solche Handlungen, bei denen die bestochene Person eine Handlung unter Verletzung ihrer Pflichten vornimmt oder unterlassen soll. Der Begriff der Bestechung der Gemeinsamen Maßnahme ist daher enger als derjenige des § 299 UWG, da nach deutschem Recht eine Pflichtverletzung nicht Tatbestandsvoraussetzung ist. Der Gemeinsamen Maßnahme liegt strukturell das sog. Geschäftsherrenmodell zugrunde, das durch den Änderungsentwurf des § 299 StGB-E eingeführt werden soll (vgl. hierzu *Wolf*, ZRP 2007, 44; *Rönnau*, ZRP 2007, 193).

<sup>38</sup> *Jour-Schröder/Wasmeier*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union, 2004, Vorbem. zu den Art. 29-42 EU Rn. 27; *Röben*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Recht der Europäischen Union, Kommentar, 23. Lieferung, Stand: Mai 2004, Art. 34 EUV Rn. 10.

<sup>39</sup> *Suhr*, in *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 29 EUV Rn. 7; *Schünemann*, ZIS 2007, 535;

*Dannecker*, in: *Wabnitz/Janovski* (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, 2. Kapitel Rn. 60.

<sup>40</sup> *Hetzer*, NJW 2004, 3756 (3747); *Schuster/Rübenstahl*, wistra 2008, 201 (205).

<sup>41</sup> BGBl. I 2002, S. 3387.

<sup>42</sup> Vgl. nur EuGHE 1987, 3969 m.w.N.

<sup>43</sup> EuGHE 1990, 4159 (Marleasing); *Dannecker* (Fn. 39), Rn. 118; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 10 Rn. 30.

<sup>44</sup> *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, § 11 Rn. 45.

<sup>45</sup> *Hecker* (Fn. 43), § 10 Rn. 33.

<sup>46</sup> EuGHE 1989, 4421 (Grimaldi).

<sup>47</sup> EuGH NJW 2005, 2839.

<sup>48</sup> *Schuster/Rübenstahl*, wistra 2008, 201 (205).

mehreren zur Verfügung stehenden Alternativen der völkerrechtsfreundlichen der Vorzug zu geben ist.

Zudem kommt der Gemeinsamen Maßnahme auch kein Anwendungsvorrang zu. Gemeinschaftsrecht ist nur innerhalb des dem nationalen Richter eingeräumten Beurteilungsspielraums anzuwenden.<sup>49</sup> Gerade bei Strafvorschriften wird die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung jedoch durch das Rückwirkungsverbot begrenzt.<sup>50</sup> Eine strafbarkeitserweiternde gemeinschaftskonforme Auslegung, die zu einer Verschärfung von strafrechtlichen Verantwortlichkeiten führt, ist grundsätzlich nicht zulässig.<sup>51</sup> Vielmehr ergibt sich die Grenze der zulässigen gemeinschaftskonformen Auslegung aus dem Bestimmtheitsgebot sowie dem Rückwirkungsverbot.<sup>52</sup> So betont auch der EuGH, dass aufgrund eines Rahmenbeschlusses eine strafrechtliche Verantwortlichkeit desjenigen, der gegen die Vorschriften dieses Rahmenbeschlusses verstößt, dann nicht festgestellt werden kann, wenn der Rahmenbeschluss nicht in nationales Recht umgesetzt wurde.<sup>53</sup> Zudem ist auch bei einer gemeinschaftskonformen Auslegung nationalen Rechts ein erkennbar anderer Wille des nationalen Gesetzgebers zu beachten.<sup>54</sup>

Die Argumentation des LG Darmstadt, die Gemeinsame Maßnahme erfordere eine Auslegung dergestalt, dass § 299 StGB, wenn nicht den weltweiten, so doch den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt umfasst, begegnet daher erheblichen Bedenken.<sup>55</sup> Abgesehen von der Unverbindlichkeit des Rechtsinstituts der Gemeinsamen Maßnahme für die nationalen Gerichte war die Umsetzungsfrist für den nationalen Gesetzgeber zum Tatzeitpunkt noch nicht abgelaufen. Nicht bedacht hat das LG Darmstadt auch, dass nach Art. 8 Abs. 1 der Gemeinsamen Maßnahme die Mitgliedstaaten lediglich Vorschläge zur Durchführung der Gemeinsamen Maßnahme zu machen hatten. Inhaltlich verblieb den jeweiligen Mitgliedstaaten ein umfassender Entscheidungsspielraum dahingehend, ab wann und wie Gemeinschaftsrecht in nationales Recht umgesetzt wird. Eine strafbarkeitserweiternde Auslegung einer Strafnorm begegnet daher zumindest dann erheblichen Bedenken, wenn der Gesetzgeber selbst noch keine Entscheidung getroffen hat und die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Zudem war die erweiternde Auslegung des § 299 Abs. 2 StGB keineswegs die einzig mögliche Alternative, den Vorgaben der Gemeinsamen Maßnahme Genüge zu tun. Art. 3 Abs. 1 der Gemeinsamen Maßnahme definiert Bestechung dahingehend, dass der Bestochene unter Verletzung seiner Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt. Dieses Erfordernis kennt § 299 StGB jedoch nicht, vielmehr ist es unerheblich, ob der Arbeitnehmer oder Beauftragte pflichtgemäß

oder pflichtwidrig handelt. Hier hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt, eine neue, gegenüber § 299 StGB engere Strafvorschrift zu schaffen oder Vorbehalte in seiner Anwendung zu erklären. Eine vom LG Darmstadt vorgenommene vorgeblich gemeinschaftskonforme, jedoch strafbarkeitserweiternde Auslegung verletzt das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot.<sup>56</sup> Sie führt dazu, dass sich der Richter an die Stelle der Legislative setzt und neues Strafrecht schafft. Dies ist mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung des Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar.

## 5. Grenzen der Auslegung

### a) Verstoß gegen Rückwirkungsverbot

Art. 103 Abs. 1 GG sowie § 2 StGB enthalten fundamentale Verfassungsprinzipien. Eine Tat kann nur dann bestraft werden, wenn sie zum Zeitpunkt der Tatbegehung bereits unter Strafe gestellt war. Eine rückwirkende Änderung von Strafgesetzen ist unzulässig.

Grundsätzlich steht das Rückwirkungsverbot einer Auslegung einer Strafvorschrift, die zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit führt, nicht entgegen. Nach überwiegender Auffassung fällt nämlich eine Änderung der Rechtsprechung nicht unter das Rückwirkungsverbot, da andernfalls eine Fortentwicklung des Rechts nicht mehr möglich wäre.<sup>57</sup> Dieser Grundsatz muss jedoch eine Ausnahme erfahren: Ist eine dem Wortlaut nach unbestimmte Rechtsnorm erst durch langjährige Rechtsprechung hinreichend ausgefüllt, muss eine Rechtsprechungsänderung ebenso behandelt werden wie eine nachträgliche Gesetzesänderung durch den Gesetzgeber.<sup>58</sup>

Die Bestimmung des durch § 299 StGB a.F. geschützten Rechtsguts erfolgt grundsätzlich durch Auslegung der Vorschrift und wird per se nicht vom Rückwirkungsverbot erfasst. Allerdings folgt die Annahme einer Ausländerstreckung des § 299 StGB a.F. nicht (allein) aus dem Ergebnis einer Auslegung, die aufgrund einer späteren, besseren Erkenntnis der Vorschrift gewonnen worden wäre. Es werden hierbei nicht nur die Grenzen des Anwendungsbereichs der Vorschrift durch Auslegung ermittelt und ausgedehnt, sondern es wird das bislang geschützte Rechtsgut durch ein neues ersetzt. War bislang aufgrund einhelliger Rechtsprechung und h.M. nur der deutsche Wettbewerb geschützt, soll nunmehr der Wettbewerb innerhalb der EU oder gar weltweit Schutzgegenstand sein. Eine derartige Auswechslung des Rechtsguts ist aber qualitativ mit einer rückwirkenden Gesetzesänderung zu vergleichen.

### b) Bestimmtheitsgebot

Nach Art. 103 Abs. 2 GG müssen die Voraussetzungen der Strafbarkeit durch eine Strafnorm so konkret umschrieben sein, dass sich der Anwendungsbereich um die Tragweite eines Straftatbestands aus seinem Wortlaut ergibt oder sich jeden-

<sup>49</sup> Hecker (Fn. 45), Rn. 27.

<sup>50</sup> EuGHE 1987, 3969 (3986); Hecker (Fn. 45), Rn. 43.

<sup>51</sup> Lorenzmeier, ZIS 2006, 576 (578); Ambos (Fn. 44), § 11 Rn. 45.

<sup>52</sup> Dannecker, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 6), § 1 Rn. 347 ff.

<sup>53</sup> EuGH NJW 2005, 2839 (3841) m.w.N.

<sup>54</sup> Dannecker (Fn. 39), Rn. 122.

<sup>55</sup> Im Ergebnis auch Randt, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 13), III. 2. Rn. 47.

<sup>56</sup> Siehe dazu unten III. 5. b).

<sup>57</sup> BVerfG 18, 224 (240); BGHSt 41, 111.

<sup>58</sup> Schmitz, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), Bd. 1, § 1 Rn. 33; Dannecker (Fn. 52), § 1 Rn. 442.

falls durch Auslegung ermitteln lässt.<sup>59</sup> Grundsätzlich muss jedermann erkennen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.<sup>60</sup> Zwar kann es in Grenzfällen durchaus zweifelhaft sein, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Straftatbestand fällt, jedenfalls im Regelfall muss der Normadressat aber allein anhand der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist.<sup>61</sup> Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das strafwürdige Verhalten im Voraus zu bestimmen, dies darf nicht nachträglich durch die vollziehende oder rechtsprechende Gewalt geschehen.<sup>62</sup> Insbesondere muss der Gesetzgeber die Grenzen der Strafbarkeit selbst bestimmen und darf dies nicht der Entscheidung der Rechtsprechung überlassen.<sup>63</sup>

Für die Auslegung bestimmt der mögliche Wortsinn der Strafnorm die äußerste Grenze, die nicht überschritten werden darf. Diese äußere Grenze ist dabei aus Sicht des Normadressaten zu bestimmen.<sup>64</sup> Dient eine Norm der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ist eine völkerrechtsfreundliche Auslegung zu wählen<sup>65</sup> und das Analogieverbot im Lichte der völkerrechtlichen Instrumente zu sehen.<sup>66</sup> Dabei ist der Wortlaut der Vorschrift nur die äußerste Grenze, bis zu der eine Auslegung erlaubt ist. Gleichwohl darf aber die Wortlautgrenze nicht in jedem Fall ausgeschöpft werden, vielmehr kann sich aus anderen Grundsätzen ergeben, dass eine Auslegung zu wählen ist, die noch von der äußeren Grenze des Wortlauts entfernt ist.

Die Grenzen der Strafbarkeit nach § 299 StGB a.F. waren für den Bürger aufgrund der jahrzehntelangen Rechtsprechung und nahezu einhelligen Auffassung in der juristischen Literatur klar erkennbar. Eine Strafbarkeit bestand nur, wenn durch die im Ausland erfolgte Bestechung deutsche Mitwettbewerber maßgeblich betroffen waren. Dem entsprach, dass Schmiergelder bei Auslandsgeschäften bis Inkrafttreten des § 299 Abs. 3 StGB steuerlich als Betriebsausgabe absetzbar und auch nicht vom Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG ausgeschlossen waren.<sup>67</sup> Für den Normadressaten war daher in keinerlei Weise voraussehbar, dass die Bestechung Privater auf ausländischen Märkten strafbar sein konnte. Insoweit ist der Bürger im Hinblick auf den bisherigen Schutzzumfang der Norm auch in hohem Maße schutzwürdig. Ein „stillschweigender Bedeutungswandel“ einer Norm dergestalt, dass sich der Schutzbereich eines Gesetzes ohne Wortlautänderung oder sonstige Äußerung des Gesetzgebers vom Schutz rein nationaler Rechtsgüter auch auf den Schutz ausländischer Rechtsgüter erstreckt,<sup>68</sup> ist im Hinblick auf den

Bestimmtheitsgrundsatz abzulehnen. Dies stellt nichts anderes als den Austausch eines Rechtsgutes dar, welcher nur zulässig wäre, wenn für den Bürger erkennbar ist, ab wann ein bislang unstreitig rechtmäßiges Verhalten strafbar wird.

Die vom LG Darmstadt vorgenommene Auslegung ist auch deshalb mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht mehr in Übereinstimmung zu bringen, weil sich der Richter hierdurch an die Stelle des Gesetzgebers setzen würde. Wie oben ausgeführt, war durch die Gemeinsame Maßnahme nur die Regierung, nicht aber das Parlament als Gesetzgeber gebunden. Selbst der Regierung stand bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist der Gemeinsamen Maßnahme ein weiter Entscheidungsspielraum zu, wie sie die Ziele erreichen möchte. Die Erstreckung des Geltungsbereichs des § 299 StGB auf ausländische Märkte war eine von mehreren anderen Optionen. Eine strafbarkeitserweiternde Auslegung der Vorschrift durch ein Gericht führt dazu, dass der Richter nicht mehr Gesetze anwendet, sondern solche erst schafft und Gesetzgeber spielt. Das Bestimmtheitsgebot erfordert aber, dass der Gesetzgeber die Grenzen der Strafbarkeit festlegt (was hier einfach möglich ist); er darf dies nicht der Judikative überlassen.

#### IV. Fazit

Die Ausdehnung des Geltungsbereichs des § 299 StGB a.F. auf Bestechungshandlungen in ausländischen Märkten führt dazu, dass ein Austausch des geschützten Rechtsgutes (deutscher Wettbewerb) gegen ein anderes Rechtsgut (weltweiter/europäischer Wettbewerb) stattfindet. Damit werden nicht nur die Grenzen der Norm durch Auslegung bestimmt, vielmehr wird faktisch eine neue Strafnorm geschaffen. Aufgrund des Rückwirkungs- und Bestimmtheitsgebots kann dies nicht durch Auslegung einer Norm geschehen, sondern es bedarf einer Entscheidung des Gesetzgebers.

---

<sup>59</sup> BVerfG NJW 1987, 3175; 2002, 1779; 2007, 1666 jeweils m.w.N.

<sup>60</sup> BVerfG NJW 1987, 3175.

<sup>61</sup> BVerfG NJW 1987, 3175; 2001, 1848 (1849); 2007, 1666.

<sup>62</sup> BVerfG NJW 1987, 3175; 2007, 1666.

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2002, 1779 (1780).

<sup>64</sup> BVerfG NJW 2001, 1848 (1849); 2007, 1666.

<sup>65</sup> Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 120.

<sup>66</sup> BVerfG NJW 2001, 1848 (1850).

<sup>67</sup> Vgl. Tz. 12 des BMF-Schreibens vom 10.12.2002 (Fn. 24).

<sup>68</sup> Werle/Jeßberger (Fn. 29), Rn. 304.

# Der Ermittlungsrichter – Ein Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft?

## Eine kritische Würdigung der dogmatischen Einordnung ermittelungsrichterlicher Tätigkeit und Prüfungskompetenz bei sog. Ermittlungshandlungen

Von Wiss. Assistentin Dr. Janique Brüning, RiLG Marc Wenske, Hamburg\*

*Beantragt die Staatsanwaltschaft beim Ermittlungsrichter die Durchführung einer richterlichen Untersuchungshandlung, so hat dieser zu prüfen, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist (§ 162 Abs. 2 StPO). Angesichts erheblicher rechtspraktischer Unsicherheiten im Umgang mit § 162 StPO und den Grenzen dieser richterlichen Prüfungskompetenz unternimmt der Beitrag eine kritische Bestandsaufnahme und stellt einen eigenen Lösungsvorschlag vor.*

### I. Einleitung

Der Ermittlungsrichter fungiert als „Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft“. Diese nüchterne Bestandsaufnahme richterlicher Tätigkeit im Ermittlungsverfahren findet sich in einem Festschriftbeitrag des früheren Generalbundesanwaltes *Nehm* aus dem Jahre 2001.<sup>1</sup> Gegenstand seiner Analyse sind dabei nicht die unter einem Richtervorbehalt stehenden strafprozessualen Grundrechtseingriffe, wie beispielsweise Durchsuchungen und Beschlagnahmen. Thema seines Beitrages sind vielmehr die ebenfalls in § 162 Abs. 1 StPO geregelten sog. richterlichen Ermittlungshandlungen, wie namentlich Vernehmungen von Zeugen und Beschuldigten, Inaugenscheinnahmen und die Teilnahme an Leichenöffnungen. *Nehm* geht mit der h.M. davon aus, dass dem Ermittlungsrichter bei staatsanwaltschaftlichen Anträgen auf Durchführung einer Ermittlungshandlung – anders als bei Anordnungen strafprozessualer Grundrechtseingriffe – kein Entscheidungsspielraum eingeräumt wird. Angesichts dieser weitreichenden Befugnis der Staatsanwaltschaft und der damit verbundenen Missbrauchsgefahr appelliert die Kommentarliteratur an die staatsanwaltschaftlichen Dezernenten, ihr Antragsrecht nur in unabweisbar gebotenen Fällen zu gebrauchen.<sup>2</sup> Ein Aufruf, der seine Wir-

kung seither verfehlt. Dies sei am Beispiel der massenweise bei den Amtsgerichten eingehenden Vernehmungersuchen skizziert:

In der Hamburger ermittelungsrichterlichen Praxis sind wöchentlich staatsanwaltschaftliche Anträge zu bescheiden, in denen Zeugen auf polizeiliche Vorladungen nicht reagieren oder nur schleppend Angaben machen. In diesen Fällen soll der Ermittlungsrichter mit seiner angeblich weiteren Handhabe, insbesondere mit der Möglichkeit, die Zeugenaussage beidene zu lassen, weiterhelfen. Lehnt der Ermittlungsrichter diesen Antrag unter Hinweis auf vorhandene staatsanwaltschaftliche Vernehmungsmöglichkeiten als unzulässig ab, so ist die Entscheidungspraxis der Hamburger Beschwerdekammern jeweils nicht zu prognostizieren: In einigen der vorgenannten Konstellationen wird die ablehnende amtsgerichtliche Entscheidung gehalten und auf Rechtsmissbrauch der Staatsanwaltschaft erkannt.<sup>3</sup> Andere Kammern<sup>4</sup> weisen das Amtsgericht in gleichgelagerten Fällen zur Durchführung der Vernehmung an.<sup>5</sup> Nicht anders scheint die Lage in Berlin zu sein.<sup>6</sup>

Angesichts dieser *in praxi* auch nach der Neufassung des § 162 StPO<sup>7</sup> bestehenden Rechtsunsicherheit<sup>8</sup> und der zukünftig zu erwartenden steigenden Zahl staatsanwaltschaftli-

---

317 (324 f.), der bereits zu Beginn des letzten Jahrhunderts eine daraus resultierende missbräuchliche Verlagerung einfachster Ermittlungstätigkeit von den Polizeibehörden auf die Gerichte ausgemacht hat; ähnlich *Fuhrmann*, JR 1965, 253 (255).

<sup>3</sup> LG Hamburg, Beschl. v. 10.9.2004 – 606 Qs 52/04; v. 15.8.2002 – 618 Qs 66/02; v. 28.1.2000 – 612 Qs 6/00; v. 1.8.2000 – 608 Qs 39/00; v. 14.8.1998 – 603 Qs 524/98; die ermittelungsrichterliche Vernehmung sehen als ultima ratio nach Ausschöpfung aller staatsanwaltschaftlichen Befugnisse an: LG Hamburg, Beschl. v. 15.6.2004 – 632 Qs 41/04 und LG Köln NSTZ 1989, 41 (42).

<sup>4</sup> LG Hamburg, Beschl. v. 27.9.2005 – 616 Qs 38/05; vgl. auch LG Essen DRiZ 1975, 376; LG Verden NJW 1976, 1280; LG Wuppertal NJW 1977, 116 (117); LG Freiburg NSTZ 1993, 146 (147).

<sup>5</sup> Diese Kontroverse treibt ihre Blüten unterdessen so weit, dass Ermittlungsrichter trotz anordnender beschwerdegerichtlicher Entscheidungen unter Hinweis auf § 309 Abs. 2 StPO die Durchführung der Vernehmung ablehnen und die Beschwerdekammer für gehalten ansehen, die Vernehmungen ihrerseits durchzuführen; abgelehnt durch HansOLG Hamburg v. 21.7.2003 – 2 Ws 191/03 und v. 23.7.2004 – 3 Ws 83/04.

<sup>6</sup> Vgl. *Ebsen*, NSTZ 2007, 501.

<sup>7</sup> Durch Gesetz zur Änderung der StPO v. 20.12.2007, BGBl. I, S. 3879, mit dem in § 162 Abs. 1 StPO eine Zuständigkeitskonzentration auf den Ermittlungsrichter des Amtsgerichts am Sitz der Staatsanwaltschaft getroffen und § 162 Abs. 2 StPO a.F. gestrichen wurde.

<sup>8</sup> Anders noch die Einschätzung von *Rieß*, NSTZ 1991, 513 (516).

---

\* Die Autorin *Brüning* ist Wissenschaftliche Assistentin an der Bucerius Law School am Lehrstuhl für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht von Prof. Dr. *Erich Samson*. Der Autor *Wenske* ist Richter in Hamburg.

<sup>1</sup> *Nehm*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 277 ff. (279); einen ähnlichen gegenüber einer Tageszeitung geäußerten Befund von *Nehm* kommentieren kritisch *Boetticher/Landau*, in: Roxin/Widmair (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 555 ff. (557); von einem de lege lata „blind funktionierendem Exekutivorgang der Staatsanwaltschaft“ spricht *Geilen*, in: Amelung u.a. (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2003, S. 89 ff. (101).

<sup>2</sup> *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 51. Aufl. 2007, § 162 Rn. 3; *Wache*, in: Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 5. Aufl. 2003, § 162 Rn. 7; vgl. die Bestandsaufnahme von *Kronecker*, GA 1929,

cher Vernehmungsersuchen verbunden mit einer Videodokumentation soll im Folgenden die herrschende Ansicht von einer Bindungswirkung staatsanwaltschaftlicher Anträge auf den Prüfstand gestellt werden. Dazu wird zunächst der gegenwärtige Meinungsstand dargestellt (II.) und sodann kritisch gewürdigt (III.). Als praktisch bedeutsamste Ermittlungshandlung<sup>9</sup> soll dabei die richterliche Vernehmung im Mittelpunkt stehen.

## II. Meinungsstand zur Dogmatik der richterlichen Ermittlungshandlungen

### 1. Ermittlungshandlung als Amtshilfe

Während in Literatur und Rechtsprechung weitgehend anerkannt ist, dass die ermittelrichterliche Anordnung einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme einen Akt der Rechtsprechung darstellt<sup>10</sup>, wird über die dogmatische Einordnung der richterlichen Ermittlungshandlung im Sinne des § 162 Abs. 1 StPO gestritten. Die weit überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung bewertet diese Tätigkeit des Ermittlungsrichters im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft als Amtshilfe i.S.d. Art. 35 GG.<sup>11</sup> Der Ermittlungsrichter wird danach nicht als Organ der Rechtsprechung tätig, sondern führt selbst Aufgaben der vollziehenden Gewalt aus.<sup>12</sup> Demgegenüber gehen soweit ersichtlich allein *Prechtel* und *Katholnigg* davon aus, dass die Vornahme der richterlichen Ermittlungshandlung im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft ein Rechtsverhältnis eigenständiger prozessualer Art darstellt.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Die Teilnahme an Leichenöffnungen spielt in der ermittelrichterlichen Praxis heute keine Rolle mehr.

<sup>10</sup> BVerfGE 49, 329 (341); *Koller*, Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutive, 1997, S. 361; *Rieß*, NStZ 1983, 521 (522); *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 1.

<sup>11</sup> *Boll*, in: *Rieß* (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 25. Aufl. 2005, Vor § 156 Rn. 14, 18; *Meyer-Goßner* (Fn. 2), § 162 Rn. 1; *Plöd*, in: von Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), *KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Stand: September 2001, § 162 Rn. 1; *Erb*, in: *Erb u.a.* (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 26. Aufl. 2008, § 162 Rn. 2; *Rieß*, in: *ders.* (a.a.O.), 25. Aufl. 2003, § 162 Rn. 2; *ders.*, NStZ 1983, 520 (521); *ders.*, NStZ 1991, 513 (516); *Krehl*, in: *Lemke u.a.* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 3. Aufl. 2001, § 162 Rn. 1; *Achenbach*, in: *Wassermann* (Hrsg.), *Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung*, Bd. II/1, 1992, § 162 Rn. 4; *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 1; *Kubick*, DRiZ 1976, 114; *Nehm* (Fn. 1), S. 279; *Schellenberg*, NStZ 1991, 72 (73); *Schnarr*, NStZ 1991, 209 (211); BVerfGE 31, 43 (45); OLG Düsseldorf NStZ 1990, 144 (145); LG Freiburg NStZ 1993, 146; LG Köln NStZ 1989, 41; LG Verden NJW 1976, 1280.

<sup>12</sup> *Geppert*, DRiZ 1992, 405 (406); *Nehm* (Fn. 1), S. 277 (279); vgl. auch *Nelles*, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung*, 1980, S. 33.

<sup>13</sup> *Prechtel*, *Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter*, 1995, S. 195; *Katholnigg*, *Strafgerichtsverfassungsrecht*, 2. Aufl. 1995, § 156 GVG Rn. 2.

### 2. Prüfungsumfang des Ermittlungsrichters

Des Weiteren herrscht Uneinigkeit über die Frage, in welchem Umfang der Ermittlungsrichter den von der Staatsanwaltschaft gestellten Antrag überprüfen darf. Nach § 162 Abs. 2 StPO hat der Ermittlungsrichter zu prüfen, „ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falls gesetzlich zulässig ist“. Hier differenzieren Literatur und Rechtsprechung zwischen der Prüfung der Zulässigkeit des Antrags auf Vornahme einer Ermittlungshandlung (sog. formelles Prüfungsrecht) und der Zulässigkeit der Ermittlungshandlung selbst (sog. materielles Prüfungsrecht).<sup>14</sup>

#### a) Formelles Prüfungsrecht

Stellt die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Vornahme einer Ermittlungshandlung, so herrscht noch Einigkeit darüber, dass der Richter seine sachliche und örtliche Zuständigkeit überprüfen darf.<sup>15</sup> Gestritten wird jedoch über die Frage, ob bzw. in welchem Umfang das Entschließungsermessen der Staatsanwaltschaft, einen Antrag auf Vornahme einer richterlichen Ermittlungshandlung zu stellen, der richterlichen Prüfung unterliegt. Im Schrifttum wird eine Überprüfbarkeit mit unterschiedlichen Begründungsansätzen angenommen: *Kubick* und *Schellenberg* greifen auf die allgemeinen Amtshilfegrundsätze zurück, die neben § 162 Abs. 2 StPO anzuwenden seien.<sup>16</sup> *Prechtel* nimmt an, dass die Antragsstellung zwar im Ermessen der Staatsanwaltschaft stehe, dieses aber nur dann fehlerfrei ausgeübt werde, wenn besondere Gründe die Vornahme der richterlichen Ermittlungshandlung rechtfertigten.<sup>17</sup> Eine weitere Ansicht stützt die Überprüfung des staatsanwaltlichen Entschließungsermessens auf Verhältnismäßigkeitserwägungen.<sup>18</sup> Demgegenüber billigt die überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung der Staatsanwaltschaft ein uneingeschränktes Antragsrecht zu und lehnt damit eine Überprüfung durch den Ermittlungsrichter ab.<sup>19</sup>

#### b) Materielles Prüfungsrecht

Geht es um die Zulässigkeit einer Ermittlungshandlung als solcher, so ist der Ermittlungsrichter nach allgemeiner Auffassung lediglich befugt, ein staatsanwaltschaftliches Ersuchen dahin zu überprüfen, ob die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben ist oder ob der Ermittlungshandlung eine parlamentarische Immunität entgegen steht.<sup>20</sup> Ein weitergehendes inhaltliches

<sup>14</sup> LG Freiburg NStZ 1993, 146; *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 15 f.; *Rieß* nimmt eine solche Unterscheidung nicht vor, vgl. *ders.* (Fn. 11), § 162 Rn. 36 ff.

<sup>15</sup> *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 15; *Nehm* (Fn. 1), S. 284.

<sup>16</sup> *Kubick*, DRiZ 1976, 114; *Schellenberg*, NStZ 1991, 72 (73).

<sup>17</sup> *Prechtel* (Fn. 13), S. 256; in diesem Sinne auch *Els/Hinkel*, NJW 1977, 85 (87).

<sup>18</sup> OLG Düsseldorf NStZ 1990, 144 (145); *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 18; *Geppert*, DRiZ 1992, 405 (407).

<sup>19</sup> LG Freiburg NStZ 1993, 146; LG Tübingen MDR 1989, 1015; *Rieß*, NStZ 1991, 513 (516 f.); *Nehm* (Fn. 1), S. 281 jeweils m.w.N.

<sup>20</sup> *Rieß*, NStZ 1991, 513 (514); *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 15.

Überprüfungsrecht besteht nach überwiegender Auffassung nicht. Ursache hierfür dürfte die von namhaften Autoren vertretene Prämisse der vorherrschenden Meinung sein, nach der die Vornahme richterlicher Ermittlungshandlungen – anders als die Anordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe – nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft ist.<sup>21</sup> Infolgedessen soll der Ermittlungsrichter im Falle der Entscheidung über die Vornahme einer Ermittlungshandlung – anders als bei der Entscheidung über die Anordnung einer Zwangsmaßnahme – nicht befugt sein, die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen, z.B. das Vorliegen eines Strafantrags oder das Vorliegen von Verfahrenshindernissen, zu überprüfen.<sup>22</sup> Ferner stehe ihm eine Prüfung der spezifischen Voraussetzungen des Ermittlungsverfahrens, insbesondere das Vorliegen eines Anfangsverdachts i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO, nicht zu.<sup>23</sup> Schließlich wird vertreten, dass der Ermittlungsrichter an die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, eine Person als Beschuldigten und nicht als Zeugen zu vernehmen, gebunden sei.<sup>24</sup> Nach – soweit ersichtlich – einhelliger Ansicht, steht dem Ermittlungsrichter auch keine Zweckmäßigkeitskontrolle zu.<sup>25</sup> Er ist daher nicht befugt, die Untersuchungshandlung mit dem Hinweis darauf abzulehnen, dass eine Vernehmung durch einen Spezialisten des LKA oder gar eine Durchsuchung zweckmäßiger sei.

### III. Kritische Würdigung der herrschenden Meinung

Die der Staatsanwaltschaft von der h.M. eingeräumte Kompetenz, den Ermittlungsrichter nach § 162 StPO pauschal und bindend für Ermittlungshandlungen nach eigenem nicht justiziablem Ermessen in Anspruch nehmen zu können, begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie führt zu einer unkontrollierten und regelmäßig unzulässigen Vermengung exekutiver und judikativer Funktionen in der Person des Ermittlungsrichters in denselben Verfahren (1.). Dies kann durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 162 StPO dahin vermieden werden, dass der Ermittlungsrichter nur solche Ermittlungshandlungen vornehmen darf, die selbst Rechtsprechungsqualität aufweisen (2.). Anknüpfend daran ist der Ermittlungsrichter auch befugt, den entsprechend begründeten Antrag der Staatsanwaltschaft zu überprüfen (3.).

#### 1. Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung

Der *Nehmsche* Befund, nach dem der Ermittlungsrichter als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft im Falle der Vornahme von Ermittlungshandlungen Amtshilfe leistet und damit exekuti-

visch tätig wird, hält einer Überprüfung am verfassungsrechtlich garantierten Gewaltenteilungsgrundsatz nicht stand.

#### a) Zum Prinzip der Gewaltenschränkung

Ausgehend von dem im Verfassungsrecht überwiegend vertretenen materiellen Gewaltenteilungsverständnis werden die drei Staatsgewalten nach bestimmten Kernbereichen eingeteilt und besonderen Staatsorganen zugeordnet. Dabei können sich die den Staatsorganen zugewiesenen Kompetenzbereiche überschneiden.<sup>26</sup> Dies ist die Konsequenz des auch im Grundgesetz angelegten modifizierten Gewaltenteilungsprinzips, nach dem es keine strikte Trennung der Gewalten gibt. Insoweit ist der Gesetzgeber nach h.M. auch nicht durch den Grundsatz der Gewaltenteilung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gehindert, den Richtern neben der ihnen zugewiesenen Rechtsprechungsfunktion (Art. 92 GG) Aufgaben zu übertragen, die nicht zu den typischen und regelmäßigen Funktionen der Gerichte gehören.<sup>27</sup> Grundsätzlich ist danach auch eine Gewaltenschränkung von Verwaltung und Rechtsprechung im Sinne eines exekutivischen Handelns der Gerichte zulässig.<sup>28</sup>

Unabhängig davon, ob diese Auffassung mit Art. 92 GG zu vereinbaren ist oder ob sich die Funktion der Gerichte nicht ausschließlich auf rechtsprechende Tätigkeiten zu beschränken hat,<sup>29</sup> gibt es jedenfalls keine unbegrenzte Gewaltenschränkung und keine uferlose Erweiterung des richterlichen Tätigkeitsfeldes auf Exekutivaufgaben. In keinem Fall dürfen nach der herrschenden Kernbereichslehre Gewaltenschränkungen so weit gehen, dass wesensbestimmende Merkmale des betroffenen Funktionsbereichs angetastet werden.<sup>30</sup> Der Kern richterlicher Tätigkeit wird beispielsweise verletzt, wenn eine Vermengung von weisungsgebundener und weisungs-

<sup>26</sup> Als Grundvoraussetzung des Systems von „Checks-and-Balances“ *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kichhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, S. 1015 Rn. 55; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 541 f.; BVerfGE 7, 183 (188); vgl. dazu auch *Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 24; *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 141.

<sup>27</sup> Ausgehend vom materiellen Rechtsprechungsbegriff: BVerfGE 25, 336 (346); *Leibholz/Rinck*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 47. Lieferung, Stand: Dezember 2007, Art. 20 Rn. 522; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 51. Lieferung, 2007, Art. 92 Rn. 58; *Vofßkuhle* (Fn. 26), S. 56.

<sup>28</sup> *Leibholz/Rinck* (Fn. 27), 22. Lieferung, Stand: April 1992, Art. 92 Rn. 522; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 2000, Art. 92 Rn. 41; *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 92 Rn. 13.

<sup>29</sup> So *Koller* (Fn. 10), S. 276 ff.; *Brüning*, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005, S. 107.

<sup>30</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 26), S. 1015 Rn. 56; *Schulze-Fielitz* (Fn. 28), Bd. I, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 71 und 75; *Herzog*, in: Maunz/Dürig (Fn. 27), 18. Lieferung, 1980, Art. 20 (Abschnitt V, Gewaltenteilung) Rn. 115.

<sup>21</sup> *Rieß*, NStZ 1991, 513 (515).

<sup>22</sup> *Rieß* (Fn. 11), § 162 Rn. 41; *Erb* (Fn. 11), § 162 Rn. 41; *Geppert*, DRiZ 1992, 405 (406), der davon ausgeht, dass dies nur die Zulässigkeit des Ermittlungsverfahrens berühre, nicht aber die der konkreten Ermittlungshandlung; a.A. *Prechtel* (Fn. 13), S. 278.

<sup>23</sup> *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 16; *Rieß* (Fn. 11), § 162 Rn. 41; *Erb* (Fn. 11), § 162 Rn. 41; a.A. *Prechtel* (Fn. 13), S. 276.

<sup>24</sup> *Rieß*, NStZ 1991, 513 (515); a.A. *Prechtel* (Fn. 13), S. 268.

<sup>25</sup> Vgl. nur LG Köln MDR 1989, 1252; *Wache* (Fn. 2), § 162 Rn. 17; *Rieß* (Fn. 11), § 162 Rn. 41; *Erb* (Fn. 11), § 162 Rn. 41.

freier Tätigkeit im selben Verfahren vom Richter verlangt wird. Ein dadurch veranlasster oder drohender ständiger Rollenwechsel eines Richters im *selben* Verfahren stellt die psychologische Voraussetzung der richterlichen Unabhängigkeit nachhaltig in Frage<sup>31</sup> und greift damit in den Kernbereich richterlicher Tätigkeit ein.

*b) Die Gewaltenverschränkung und ihre Folgen für § 162 Abs. 1 StPO*

Die von der h.M. vertretene Auslegung des § 162 StPO überschreitet diese Grenzen zulässiger Gewaltenverschränkung. Denn der Ermittlungsrichter hat danach einen funktionellen Rollentausch zwischen (exekutiver) Strafverfolgungstätigkeit und (judikativer) gerichtlicher Kontrollinstanz in denselben Ermittlungsverfahren vorzunehmen. Einerseits fungiert er als Rechtsschutzrichter bzw. rechtsprechendes Kontrollorgan in dem von der Staatsanwaltschaft beherrschten Ermittlungsverfahren, soweit er unter Richtervorbehalt stehende Zwangsmaßnahmen anordnet. Andererseits leistet er nach h.M. Amtshilfe für die Staatsanwaltschaft, indem er an ihn gerichtete Ersuchen auf Vornahme von Ermittlungshandlungen zu erledigen hat und in diesem Rahmen eine Exekutivfunktion wahrnimmt. Gerade im Rahmen des besonders grundrechtssensiblen Bereichs der strafprozessualen Ermittlungen werden damit innerhalb desselben Verfahrens vom Richter eine unabhängige Kontrolle und ein gebundenes Tun zugleich verlangt.<sup>32</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass insbesondere Vernehmungsersuchen der Staatsanwaltschaft regelmäßig ohne Fragenkatalog oder Eingrenzung des Vernehmungsgegenstandes übersandt werden. Hier obliegt es nach den Erfahrungen der Praxis dem Richter, ob er sich auf einen engen Vernehmungsgegenstand beschränkt oder jedem Anhalt der Vernehmungsperson zur Nachfrage auch bzgl. anderer prozessualer Taten nachgeht und insoweit tatsächlich ermittelnd tätig wird. Dieser Rollentausch ist die Regel in großen komplexen Ermittlungsverfahren. Aber auch durchschnittliche und einfache Verfahren fordern oftmals beide Funktionen der ermittelungsrichterlichen Tätigkeit ein. Regelmäßig werden im Zeitpunkt einer richterlichen Vernehmung oder Anordnung einer Zwangsmaßnahme weder der weitere Ablauf des Ermittlungsverfahrens noch weitere staatsanwaltschaftliche Anträge auf Anordnung von Zwangsmaßnahmen absehbar sein. Ob aber ein solcher Rollentausch tatsächlich erfolgt, ist irrelevant, denn schon dessen *Möglichkeit* stellt einen nachhaltigen Eingriff in den Kern richterlicher Tätigkeit dar.

<sup>31</sup> So zutreffend schon *Herzog* (Fn. 30), Vorauf. 1976, Art. 92 Rn. 55.

<sup>32</sup> Diese Folge gibt § 162 StPO zwar nicht zwingend vor, sodass eine andere Regelung im Geschäftsverteilungsplan grundsätzlich getroffen werden kann. In der Praxis wird davon schon auf Grund der hohen Arbeitsbelastung und gebotenen besonders zügigen Bearbeitung der Ermittlungssachen nicht Gebrauch gemacht, damit sich nicht mehrere Richter in ein und dieselbe Sache einarbeiten müssen.

*2. Folgen für den Anwendungsbereich des § 162 StPO*

Vor diesem Hintergrund des durch die h.M. ausgelösten praktischen Verstoßes gegen Art. 20 Abs. 2 GG stellt sich die Frage, ob die Vorschrift verfassungskonform zur Vermeidung unzulässiger Gewaltenverschränkungen ausgelegt werden kann. Dies könnte dadurch erreicht werden, dass lediglich die Vornahme solcher Ermittlungshandlungen im Rahmen des § 162 StPO für zulässig erachtet wird, die ihrerseits Rechtsprechungsqualität aufweisen und damit einen möglichen Rollentausch in demselben Verfahren vermeiden.

*a) Ermittlungshandlungen mit Rechtsprechungsqualität*

Dies setzt voraus, dass die von der Staatsanwaltschaft beantragten Ermittlungshandlungen die Qualitätsmerkmale rechtssprechender Tätigkeit aufweisen. Nach dem vorherrschenden materiellen Rechtsprechungs begriff hängt die Einordnung einer Aufgabenerfüllung als Rechtsprechung wesentlich von der verfassungsrechtlichen, traditionellen oder durch den Gesetzgeber vorgenommenen Qualifizierung ab.<sup>33</sup> Unstrittig ist, dass der Verfassungsgeber insbesondere den traditionellen Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit der rechtsprechenden Gewalt zugerechnet hat. Nach der Rechtsprechung des BVerfG umfasst die rechtsprechende Gewalt weiter alle Tätigkeiten, die auf Entscheidungen angelegt sind.<sup>34</sup> Darüber hinaus ist anerkannt, dass alle gerichtlichen Handlungen, die diese Entscheidung vorbereiten sollen, unter den Begriff der Rechtsprechung fallen.<sup>35</sup> Erfasst wird danach die gesamte richterliche Beweiserhebung<sup>36</sup> und zwar unabhängig davon, in welchem Verfahrens stadium sie durchgeführt wird.<sup>37</sup> Ermittlungshandlungen, die der Beweissicherung dienen, bereiten also potentiell eine gerichtliche Entscheidung vor und könnten danach grundsätzlich Rechtsprechungsqualität aufweisen.

Problematisch erscheint jedoch der Umstand, dass der Ermittlungsrichter mit der Vornahme von Ermittlungsmaßnahmen zunächst eine staatsanwaltschaftliche Entschließung unterstützt und damit – auf den ersten Blick – vermeintlich keine eigene Entscheidung vorbereitet, sondern vielmehr eine solche der Staatsanwaltschaft.<sup>38</sup> Diese Betrachtung lässt jedoch unberücksichtigt, dass das Ergebnis insbesondere der

<sup>33</sup> *Leibholz/Rinck* (Fn. 28), Art. 92 Rn. 1; *Hillgruber* (Fn. 27), Art. 92 Rn. 31; *Vofßkuhle* (Fn. 26), S. 56; grundlegend BVerfGE 22, 49 (73 und 76 ff.).

<sup>34</sup> BVerfGE 7, 183 (188 f.).

<sup>35</sup> *Schulze-Fielitz* (Fn. 28), Art. 92 Rn. 35; *Clasen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. III, 5. Aufl. 2005, Art. 92 Rn. 19.

<sup>36</sup> *Hillgruber* (Fn. 27), Art. 92 Rn. 50; *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2008, Art. 92 Rn. 5; in diesem Sinne wohl auch BVerfGE 25, 336 (345 ff.), sowie BGHZ 50, 14 (17).

<sup>37</sup> Auch im selbständigen Beweisverfahren nach §§ 485 ff. ZPO ist ein späterer Zuständigkeitswechsel möglich, vgl. §§ 486 Abs. 2, 493 Abs. 1 ZPO.

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 31, 43 (46), wobei sich das Gericht bemerkenswerter Weise nicht mit der eine andere Tendenz erkennen lassenden Entscheidung BVerfGE 25, 336 auseinandersetzt.

ermittlungsrichterlichen Vernehmung *unmittelbar* zur strengbeweislichen Grundlage einer tatrichterlichen Entscheidung in der Hauptverhandlung werden kann. Steht nämlich beispielsweise zu erwarten, dass ein Zeuge für den Tatrichter in der Hauptverhandlung *tatsächlich*<sup>39</sup> nicht (mehr) erreichbar sein bzw. sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen wird<sup>40</sup> oder steht im Zeitpunkt der Ermittlungshandlung ein gleichbedeutender Beweismittelverlust zu besorgen, so wird durch die richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren gerade dem erwarteten Beweisnotstand im Hauptsacheverfahren vorgebeugt. Zur Beweisführung steht dem Tatrichter in der Hauptverhandlung unter Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes i.S.d. § 250 StPO als Beweissurrogat die Vernehmung aus dem Ermittlungsverfahren zur Verfügung, die beispielsweise durch Vernehmung des mitwirkenden Ermittlungsrichters in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann. Gleiches gilt für die richterliche Videovernehmung nach § 58a StPO und ihre Verwendung nach § 255a StPO.<sup>41</sup>

Der Ermittlungsrichter nimmt in diesen Fällen Teile der Hauptverhandlung vorweg, indem er an Stelle des Tatrichters agiert, eine antizipierte Beweisaufnahme durchführt und damit gerade (auch) eine *richterliche* Hauptsacheentscheidung vorbereitet.<sup>42</sup> Mithin unterstützt er neben der staatsanwaltschaftlichen Entschließung maßgeblich die später im Zwischen- und Hauptverfahren anstehenden gerichtlichen Entscheidungen.<sup>43</sup> Nach alledem lassen sich unter den Rechtsprechungsbegriff auch solche Ermittlungshandlungen fassen, die darauf gerichtet sind, für spätere Verfahrensabschnitte ein Beweissurrogat zu schaffen und so späteren richterlichen Entscheidungen unmittelbar zugrunde liegen.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> Wie beispielsweise beim Ableben eines schwerkranken Zeugen oder beim Auslandszeugen ohne festen Wohnsitz und Bindungen im Inland.

<sup>40</sup> An dieser Stelle soll ausdrücklich unerörtert bleiben, ob der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung von der Durchbrechung der Regelung des § 252 StPO für den Fall einer richterlichen Vernehmung zuzustimmen ist, vgl. dazu *Meyer-Gößner* (Fn. 2), § 252 Rn. 13 m.w.N.

<sup>41</sup> Das lege artis durch die Videoaufzeichnung konservierte Beweissurrogat kann im Rahmen der Hauptverhandlung die Vernehmung des Zeugen ersetzen und stellt auf Grund gesetzgeberischer Entscheidung zugunsten eines erweiterten Opferschutzes ebenfalls eine zulässige Ermittlungshandlung dar. Ob dies mit Blick auf den erheblich beeinträchtigten Unmittelbarkeitsgrundsatz und die sensiblen Berührungspunkte mit dem Konfrontationsrecht des Angeklagten uneingeschränkt zu begrüßen ist, mag hier dahin stehen. Auf die Ermittlungsrichter kommen aber insbesondere mit Blick auf die Vernehmung von kindlichen Zeugen nicht nur arbeitsintensive, sondern auch inhaltlich anspruchsvolle und erhebliche Vernehmungskompetenz einfordernde Aufgabenbereiche zu.

<sup>42</sup> Vgl. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 81.

<sup>43</sup> Oder die Anwendung der Diversionsvorschriften nach §§ 153, 153a StPO bzw. §§ 45, 47 JGG.

<sup>44</sup> So auch *Koller* (Fn. 10), S. 361, allerdings unter Rückgriff auf ein strukturell-funktionales Gewaltenteilungsverständnis.

#### b) Verfassungskonforme Auslegung

Diese mit dem *Wortlaut* der Norm korrelierende Lesart entspricht auch dem gegenwärtigen Verständnis der StPO, der – im Gegensatz zur RStPO – eine kontrollierende Funktion des Ermittlungsrichters zugrunde liegt. Der Blick in die Gesetzesgenese zeigt auf, dass in der RStPO der sog. Untersuchungsrichter noch selbst in die Sachverhaltsaufklärung eingebunden war.<sup>45</sup> Im Rahmen der sog. Voruntersuchungen oblag ihm sogar die Verfahrensführung.<sup>46</sup> Er war – anders als die Staatsanwaltschaft – mit weiten Zwangsmitteln<sup>47</sup> ausgestattet. Dahinter stand die Überlegung, die Staatsanwaltschaft nicht nur auf die Polizei und damit ein „nur unzulängliche[s] Institut“ zur Verbrechensaufklärung zu verweisen<sup>48</sup>, sondern ihr die Inanspruchnahme richterlicher Kompetenz zu eröffnen. Diese Konzeption wurde von der StPO zunächst übernommen. Erst mit dem 1. StVRG von 1974<sup>49</sup> wurde die Staatsanwaltschaft als alleinige Ermittlungsbehörde mit den notwendigen Zwangsmittelbefugnissen ausgestattet.<sup>50</sup> Gleichzeitig sollte die richterliche Tätigkeit im Ermittlungsverfahren auf eine kontrollierende Funktion beschränkt werden.<sup>51</sup> Grund dafür dürfte auch die Entwicklung hin zu einer technisch wie personell hochqualifizierten Polizeiarbeit gewesen sein, welche richterliche Unterstützung bei der Sachverhaltsaufklärung zunehmend entbehrlich machte. Dieser Entwicklung trägt der Gesetzgeber auch gegenwärtig mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens Rechnung, wonach nunmehr Zeugen auch verpflichtet sein sollen, vor der Polizei zu erscheinen.<sup>52</sup>

Das durch die Gesetzesgenese bestätigte Ergebnis – Zulässigkeit richterlicher Ermittlungshandlungen nur im Falle des prognostizierten Beweisnotstandes – ist nicht nur mit Art. 20 und 92 GG vereinbar. Es lässt sich auch mit der von der h.M. vertretenen Ansicht, die richterliche Ermittlungshandlung sei Amtshilfe i.S.d. Art. 35 GG, in Einklang bringen. Allein zugunsten größtmöglicher funktionaler Effizienz im föderalen Rechtsstaat durchbricht Art. 35 GG den Grundsatz strikter Kompetenzverteilung durch die Verpflichtung jeder Behör-

<sup>45</sup> Er war zur „selbstständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet“, vgl. *Schwarze*, StPO, Kommentar, 1878, Vor § 176, sowie *Hilger*, in: Geppert/Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 209 ff. (213 f.) und *Prechtel* (Fn. 13), S. 78 f.

<sup>46</sup> *Wohlers*, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, 1994, S. 185; die Funktion der Staatsanwaltschaft war danach beschränkt auf anregende und kontrollierende Beobachtung ohne direkten Einfluss auf den Ermittlungsverlauf (ebd., S. 186).

<sup>47</sup> Vgl. *Thilo*, StPO für das Deutsche Reich, 1878, § 160 Rn. 1; *Löwe*, StPO für das Deutsche Reich, 1879, § 160 Rn. 2a.

<sup>48</sup> So ausdrücklich der Abgeordnete *Buttfamer*, abgdr. in: Hahn (Hrsg.), Die gesammelten Materialien zur Strafprozessordnung, Protokolle der Kommission, Erste Lesung, S. 724 ff., Ziff. 214.

<sup>49</sup> BGBl. I, S. 3393.

<sup>50</sup> BT-Drs. 7/551, S. 37 und 39; *Els/Hinkel*, NJW 1977, 85.

<sup>51</sup> Vgl. dazu *Els/Hinkel*, NJW 1977, 85.

<sup>52</sup> Vgl. BT-Drs. 16/3659, S. 9.

de<sup>53</sup> zur gegenseitigen Hilfe. Dadurch soll entweder eine rechtliche oder eine tatsächliche Unmöglichkeit eigener Vornahme durch die berufene Behörde überwunden werden. Diese Voraussetzungen sind aber ausschließlich in den vorstehend benannten Fallgruppen des prognostischen Beweisnotstandes gegeben. Denn in allen übrigen Fällen verfügt die Staatsanwaltschaft als alleinige Ermittlungsbehörde über effektive Befugnisse, die denen des Gerichts nicht nachstehen. Das gilt insbesondere für allgemeine Zeugenvernehmungen,<sup>54</sup> auch wenn diese mit dem Antrag versehen werden, den Zeugen zu vereidigen.<sup>55</sup>

In Literatur und Rechtsprechung wird einer konsequenten Anwendung amtshilferechtlicher Grundsätze im Rahmen des § 162 StPO entgegengetreten.<sup>56</sup> Zur Begründung wird geltend gemacht, dass die Ermittlungshandlungen zwar „von ihrer Struktur her als Amtshilfe i.S.d. Art. 35 Abs. 1 GG“ einzuordnen seien, § 162 StPO aber gleichzeitig eine die Rechtsangelegenheiten zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht abschließend bestimmende Sonderregelung darstelle. Der Gesetzgeber habe abweichend von den amtshilferechtlichen Grundsätzen die Prüfungskompetenz auf eine reine Rechtsprüfungskompetenz beschränkt.<sup>57</sup> Eine Begründung für diese Behauptung bleibt dieser Ansatz schuldig und vermag auch deswegen nicht zu überzeugen.

Selbst wenn man – mit der h.M. – die Vornahme der richterlichen Ermittlungshandlung dogmatisch als Amtshilfe

einordnet, so lässt sich aus dem Wortlaut des § 162 StPO für eine solche Einschränkung des Prüfungsrechts nichts herleiten. Vielmehr belegt auch eine systematische, rechtsgebietsübergreifende Betrachtung, dass die allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze des Art. 35 GG<sup>58</sup> Anwendung finden müssten. An dieser Stelle seien exemplarisch nur § 65 Abs. 2 S. 1 VwVfG und § 22 Abs. 1 SGB X<sup>59</sup> hervorgehoben. Dort ist unter Anwendung amtshilferechtlicher Grundsätze unbestritten, dass die Behörden erst um gerichtliche Unterstützung ersuchen können, wenn sie selbst zuvor in gerichtlich nachprüfbarer Weise<sup>60</sup> alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen haben. Warum aber im Verwaltungs- und Sozialprozessrecht den Grundsätzen des Art. 35 GG entsprochen wird, im repressiven Strafprozessrecht die nahezu wortgleiche Vorschrift des § 162 StPO eine strikte Anwendung amtshilferechtlicher Grundsätze verbieten soll, bleibt dunkel.

Damit ist festzuhalten, dass die Vornahme einer richterlichen Ermittlungshandlung auch dann auf Fälle des Beweisnotstandes reduziert werden muss, wenn man diese nicht – wie hier – als Akt der Rechtsprechung, sondern mit der h.M. als Amtshilfe qualifiziert. Neben den für die hier vertretene Auslegung streitenden dogmatischen Gründen vermag die verfassungskonforme Reduzierung des Anwendungsbereichs des § 162 StPO auf Fälle der Beweissicherung zudem eine praktikable Handhabe der Norm und damit Rechtssicherheit für die Rechtsanwender zu bieten.

### 3. Prüfungskompetenz des Ermittlungsrichters

Ist nunmehr dargelegt, unter welchen Voraussetzungen der Ermittlungsrichter befugt ist, eine Ermittlungshandlung – insbesondere eine Vernehmung – im strafrechtlichen Ermitt-

<sup>53</sup> Vom grundgesetzlichen Behördenbegriff werden auch die Gerichte erfasst: *Erbguth*, in: Sachs (Fn. 28), 4. Aufl. 2007, Art. 35 Rn. 6; *Maunz*, in: ders./Dürig (Fn. 27), 1973, Art. 35 Ziff. 3; *Kissel*, GVG, Kommentar, 5. Aufl. 2008, § 156 Rn. 2; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 26), Art. 35 Rn. 1.

<sup>54</sup> Auch die Staatsanwaltschaft kann gegen den pflichtwidrig handelnden Zeugen die zwangsweise Vorführung anordnen, ein Ordnungsgeld gegen ihn festsetzen (§§ 163a Abs. 3, 161a Abs. 1, 51, 60 Abs. 1 StPO) und beim zuständigen Amtsgericht im Falle nicht beizutreibenden Ordnungsgeldes (§ 70 Abs. 1 StPO) oder unberechtigter Zeugnisverweigerung (§ 70 Abs. 2 StPO) auf Ersatzordnungs- bzw. Erzwingungshaft antragen.

<sup>55</sup> Seit der Neufassung der §§ 59, 62 StPO durch das Justizmodernisierungsgesetz aus dem Jahre 2004 (BGBl. I, S. 2198) ist kein Fall mehr denkbar, in dem eine von den vorstehend benannten Fallgruppen der Beweissicherung losgelöste Konstellation die Vereidigung einforderte bzw. das richterliche Ermessen dahin auf Null reduzierte. Nach §§ 59, 62 StPO ist im vorbereitenden Verfahren die Vereidigung (nur noch) „zulässig, wenn Gefahr im Verzug vorliegt oder der Zeuge voraussichtlich am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert sein wird und die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 StPO vorliegen“. Zentral für das Ersuchen muss daher auch in diesem Fall der drohende Beweisnotstand sein. In welchen Fällen Gefahr im Verzug die Vereidigung gebieten könnte, ist nicht ersichtlich und wird vom Gesetzgeber nicht näher ausgeführt, vgl. BT-Drs. 15/3482. Zur früheren Rechtslage *Prechtel* (Fn. 13), S. 248 f.

<sup>56</sup> *Rieß*, NStZ 1991, 513 (516); LG Freiburg NStZ 1993, 146.

<sup>57</sup> *Rieß*, NStZ 1991, 513 (516).

<sup>58</sup> So *Kissel* (Fn. 53), § 156 Rn. 2.

<sup>59</sup> § 22 Abs. 1 SGB X: „Verweigern Zeugen oder Sachverständige in den Fällen des § 21 Abs. 3 ohne Vorliegen eines der in den §§ 376, 383 bis 385 und 408 der Zivilprozessordnung bezeichneten Gründe die Aussage oder die Erstattung eines Gutachtens, kann die Behörde [...] das für den Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Zeugen oder Sachverständigen zuständige Sozial- oder Verwaltungsgericht um die Vernehmung ersuchen.“

<sup>60</sup> *Von Wulffen*, SGB X, Kommentar, 6. Aufl. 2008, § 22 Rn. 3; *Krasney*, in: Niesel u.a. (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 42. Lieferung, Stand: Dezember 2003, § 22 Rn. 3; LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 8.4.2003 – L 6 SB 552/03 B – zitiert nach juris, dort Rn. 11, sowie zuvor Beschl. v. 11.3.1996 – L 2 U 298/96 – zitiert nach juris (LS); Hessisches LSG, Beschl. v. 13.6.2004 – L 4 B 61/04 SB – zitiert nach juris, dort Rn. 7, das ausdrücklich von den Beschlüssen des LSG Baden-Württemberg abweicht, in seinen Entscheidungsgründen gleichwohl eine Prüfung eigener Bemühungen der Verwaltungsbehörde vornimmt; anderes folgt auch nicht aus dem Beschl. des Bayerischen LSG v. 19.3.1999, NZS 1999, 574 (575), denn auch dort wird dem Gericht diese Prüfung nicht abgesprochen, sondern werden allein zur Bindung an das behördliche Begehren der Durchführung einer beeideten Aussage Ausführungen gemacht.

lungsverfahren durchzuführen, so ist im Folgenden zu erörtern, in welchem Umfang der Ermittlungsrichter den staatsanwaltschaftlichen Antrag auf Vornahme einer solchen Ermittlungshandlung i.S.d. § 162 Abs. 2 StPO prüfen darf. Dabei ist anerkannt, dass der Ermittlungsrichter keine Zweckmäßigkeitprüfung vornehmen darf, sondern ausschließlich auf eine Zulässigkeits-, d.h. Rechtmäßigkeitprüfung, beschränkt ist.<sup>61</sup> Fraglich ist indes, was genau von der Rechtsprüfungskompetenz umfasst ist.

*a) Fall des prognostizierten Beweisnotstands*

Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich gemacht, dass der Richter nur unter der Voraussetzung befugt ist, eine Ermittlungshandlung durchzuführen, wenn ein Fall des Beweisnotstandes gegeben bzw. absehbar ist. Andernfalls wäre die Vornahme der Ermittlungshandlung als unzulässige exekutivische Betätigung des Richters rechtswidrig und damit unzulässig i.S.d. § 162 Abs. 2 StPO.

Die positive prognostische Feststellung eines drohenden Beweisnotstandes stellt danach nicht lediglich eine Zweckmäßigkeitserwägung dar, sondern ist vielmehr die Zulässigkeitsvoraussetzung und Durchführungslegitimation. Mit Rücksicht auf Art. 92 GG und die von einer unzulässigen Gewaltverschränkung ausgehenden Gefahr für richterlich unabhängiges Handeln und Entscheiden, wird diese Prognose auch nicht von einer staatsanwaltschaftlichen Einschätzungsprärogative erfasst. Die Staatsanwaltschaft hat vielmehr mit ihrer Antragschrift diese Voraussetzungen darzulegen, sofern die Umstände eines überschaubaren Falles sie nicht bereits an sich nahe legen. Die durch den Ermittlungsrichter zu treffende Prognose muss auf bestimmten, plausiblen und nachvollziehbaren Tatsachen beruhen. Die Vermutung, das Ableben eines Zeugen oder seine dauerhafte Ausreise stehe bevor, reicht freilich nicht. Anhaltspunkte können beispielsweise zeitlich befristete Aufenthaltstitel, ein besonders hohes Lebensalter oder die Ankündigung sein, in der Hauptverhandlung das Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht geltend zu machen.<sup>62</sup>

Diese Beschränkung der Ermittlungshandlungen auf Fälle des Beweisnotstands stellt schließlich den von *Rieß*<sup>63</sup> vermischten Rechtssatz dar, aus dem sich ergibt, unter welchen Voraussetzungen sich die Staatsanwaltschaft an den Ermittlungsrichter wenden kann. Dagegen kann aus der Formulierung des § 162 Abs. 1 StPO („Erachtet die Staatsanwaltschaft die Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung für erforderlich, [...]“) kein Argument für eine unüberprüfbare Einschätzungsprärogative der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Notwendigkeit des ermittelrichterlichen Einsatzes hergeleitet werden.<sup>64</sup> Neben den bereits dargelegten grammatikalischen und systematischen Gründen spricht gegen eine solche Argumentation auch, dass aus der Erforderlichkeit eines Antrages aus Sicht der Staatsanwaltschaft nicht stets dessen Zulässigkeit i.S.d. § 162 Abs. 2 StPO folgt. Dies bestreitet

auch *Rieß* für die von der Staatsanwaltschaft beantragten strafprozessualen Grundrechtseingriffe nicht. Denn wäre jeder erforderliche Antrag gleichsam zulässig, so wäre § 162 Abs. 2 StPO überflüssig. Wenn dies aber für die Prüfung der beantragten strafprozessualen Grundrechtseingriffe gilt, so muss es ungeachtet der verfassungsrechtlichen Gebotenheit aus grammatikalischen und teleologischen Erwägungen auch für Ermittlungshandlungen gelten. Wäre der Richter in dieser Situation nicht befugt, die beantragte Maßnahme zu prüfen und ihre Rechtswidrigkeit festzustellen, so würde dies die ermittelrichterliche Kontrollfunktion im Ermittlungsverfahren ad absurdum führen. Der Ermittlungsrichter könnte dann „sehenden Auges“ von der Staatsanwaltschaft verpflichtet werden, eine rechtswidrige – sogar verfassungswidrige – Maßnahme durchzuführen. Festzuhalten bleibt somit, dass der Ermittlungsrichter zu überprüfen befugt ist, ob ein Fall drohenden Beweisnotstandes vorliegt.

*b) Voraussetzungen der Ermittlungshandlung*

Darüber hinaus stellt sich die Frage, in welchem Umfang der Ermittlungsrichter die (weiteren) Voraussetzungen der von der Staatsanwaltschaft beantragten Ermittlungshandlung überprüfen darf. Dabei ist auch die Frage aufzuwerfen, ob die Vornahme einer richterlichen Ermittlungshandlung neben dem Vorliegen eines Beweisnotstandes an weitere Voraussetzungen geknüpft ist, die Gegenstand der ermittelrichterlichen Überprüfung nach § 162 Abs. 2 StPO sein könnten.

*aa) Anfangsverdacht*

Voraussetzung für die Durchführung jeder Ermittlungshandlung ist das Vorliegen eines Tatverdachts im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO. Ohne diesen Anfangsverdacht darf kein Ermittlungsverfahren eingeleitet und ohne rechtmäßig eingeleitetes Ermittlungsverfahren darf keine Ermittlungshandlung i.S.d. § 162 Abs. 1 StPO vorgenommen werden. Allerdings ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Staatsanwaltschaft bei der Feststellung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, ein Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>65</sup> Der Ermittlungsrichter ist daher nur befugt zu prüfen, ob die Staatsanwaltschaft diesen Spielraum überschritten hat. Dies dürfte regelmäßig erst bei willkürlichem Vorgehen der Staatsanwaltschaft der Fall sein.<sup>66</sup>

*bb) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*

Allgemein anerkannt ist, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung jeder Handlung im Ermittlungsverfahren ist und folglich dessen Einhaltung bezüglich der beantragten Ermittlungshandlung vom Ermittlungsrichter überprüft werden kann. Dabei ist jedoch anzumerken, dass die Vornahme einer richterlichen Ermittlungshandlung eher selten an Verhältnismäßigkeitserwägungen scheitern wird.<sup>67</sup>

<sup>61</sup> Vgl. statt vieler *Meyer-Goßner* (Fn. 2), § 162 Rn. 14 m.w.N.

<sup>62</sup> Vgl. Hinweis in Fn. 40.

<sup>63</sup> *Rieß*, NSTZ 1991, 513 (516).

<sup>64</sup> Anders *Rieß*, NSTZ 1991, 513 (516).

<sup>65</sup> Vgl. statt vieler *Meyer-Goßner* (Fn. 2), § 152 Rn. 4.

<sup>66</sup> So auch *Prechtel* (Fn. 13), S. 276.

<sup>67</sup> *Wohlens*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs-

cc) Weitere Verfahrensfragen, insbesondere Prozessvoraussetzungen

Ist zum Zeitpunkt der Durchführung der Ermittlungshandlung ein Verfahrenshindernis, beispielsweise Verjährung, erkennbar, so ist die Vornahme der Ermittlungsmaßnahme rechtswidrig. Bezüglich der Prozessvoraussetzungen muss dem Ermittlungsrichter deshalb eine Überprüfungsmöglichkeit im Rahmen des § 162 Abs. 2 StPO zuerkannt werden. Denn die Frage, ob ein Verfahrenshindernis gegeben ist, steht nicht im Ermessen der Staatsanwaltschaft, sondern ist Zulässigkeitsvoraussetzung i.S.d. § 162 Abs. 2 StPO. Überdies vermag es nicht zu überzeugen, wenn die h.M. dem Ermittlungsrichter zwar ein Prüfungsrecht hinsichtlich des Vorliegens der deutschen Gerichtsbarkeit zugesteht, während dies bei Verfahrenshindernissen nicht gelten soll. Für eine solche Differenzierung ist kein Grund ersichtlich.

Ferner unterliegt der prozessuale Status der Vernehmungsperson einer generellen Überprüfbarkeit durch den Ermittlungsrichter. Zwar steht der Staatsanwaltschaft auch insoweit ein Beurteilungsspielraum zu. Der Ermittlungsrichter hat jedoch auch hier einen Verstoß gegen das Willkürverbot zu überprüfen. Dementsprechend muss er eine Zeugenvernehmung abbrechen, wenn die Vernehmungsperson tatsächlich, insbesondere aus den Umständen des Verfahrens und der Vernehmung<sup>68</sup>, Beschuldigtenstatus hat.<sup>69</sup> Auch ist es unzulässig, wenn der Ermittlungsrichter eine Person als (Mit-)Beschuldigten einvernehmen muss, obgleich sich seine Zeugenstellung verbunden mit einem entsprechenden Zeugnisverweigerungsrecht aufdrängt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Vernehmung eines Zeugen oder eines Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft beantragt wurde.

#### IV. Ausblick

Die gegenwärtige, an der h.M. orientierte Handhabung des § 162 StPO in Bezug auf sog. Ermittlungshandlungen ist von erheblichen praktischen Unsicherheiten geprägt, die zu unnötigen, ressourcenbindenden Beschwerdeverfahren und Zeitverzögerungen führen; sie begegnet aus den dargestellten Gründen einer unzulässigen Gewaltenschränkung zudem durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Der Anwendungsbereich des § 162 StPO kann allerdings in der aufgezeigten Weise geltungserhaltend reduziert werden. Zulässig ist danach eine Ermittlungshandlung nur, sofern eine auf bestimmten Tatsachen beruhende Prognose die Annahme eines drohenden Beweisnotstands insbesondere in der Hauptverhandlung trägt.

Mit dieser Auslegung wird nicht nur die verfassungsrechtlich bedenkliche Gewaltenschränkung vermieden. Der Praxis wird darüber hinaus eine verlässliche Arbeits- und Entscheidungsgrundlage angeboten. Auf diesem Weg werden zudem Ressourcen geschont sowie insbesondere die rechtsstaatlich gebotene Kompetenzverteilung von Gericht und

Staatsanwaltschaft im strafprozessualen Ermittlungsverfahren nachhaltig unterstrichen.

---

gesetz, 57. Lieferung, Stand: Mai 2008, § 162 Rn. 30; Rieß, NSStZ 1991, 513 (515); Prechtel (Fn. 13), S. 298.

<sup>68</sup> Vgl. dazu jüngst BGH NSStZ 2007, 653 (654).

<sup>69</sup> Wohlers (Fn. 67), Rn. 27.

## R e z e n s i o n e n

**Günter Spendel**, Für Vernunft und Recht, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2004, 265 S., € 69.-

Dieses Buch unternimmt es, mit der Analyse einer zum Teil auf Wahnsinn<sup>1</sup> und/oder Unrecht gegründeten Vergangenheit die Gegenwart und die Zukunft im Lichte von Vernunft und Recht zu gestalten.

Den Auftakt zu den unter dem Titel „Für Vernunft und Recht“ zusammengefassten zwölf Abhandlungen dieses Gelehrten bildet der aus dem Jahre 1948 für die *Radbruch-Festschrift* erarbeitete Beitrag „Über eine rationalistische Geisteshaltung als Voraussetzung der Jurisprudenz“. Damit wird der reinen Gefühlsjurisprudenz, wie sie in der NS-Zeit ihren deutlichen Niederschlag gefunden hat, zu Recht eine Absage erteilt. Darüber hinausgehend wird diese Form des „juristischen Nihilismus“, wie er in der NS-Zeit betrieben wurde, im Anschluss an *von Hippel* „als Warnung und Lehre“ ins Gedächtnis eingeschrieben. Das erfolgt durch eine subtile Klärung der Gegenposition, also all derjenigen Voraussetzungen, die eine rationalistische Geisteshaltung ausmachen. Dabei geht es vornehmlich um die drei seelischen Grundfunktionen, Denken, Fühlen, Wollen, ihr In-einander-Verflochtensein und Zusammenwirken (S. 6 f.). „Zu einem heißen, unstillbaren Gefühl für Recht und Gerechtigkeit, geläutert, beherrscht und geführt von einem kühlen, scharfen Verstand, als Krönung ein starker Willen der nach dem Einklang von Wert und Wirklichkeit strebt – das ist die wahre, ideale Haltung eines Menschen des Rechts!“ (S. 10 f.). In Übereinstimmung mit seinem Mentor *Radbruch* hält auch *Spendel* dafür, dass „es Rechtsgrundsätze gibt, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so dass ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist“ – Grundsätze, die „man das Naturrecht oder das Vernunftrecht nennt“, und dass Gesetze „mit einem solchen Maße von Ungerechtigkeit und Gemeenschädlichkeit“ möglich sind, dass „auch die Juristen den Mut finden müssen, ihnen den Rechtscharakter abzusprechen!“ (S. 13). Zu den obersten Rechtsgrundsätzen zählen die Idee der Gerechtigkeit, der Fundamentalsatz, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden soll (S. 15 f.), der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und im Prozessrecht der Grundsatz der Gewährung beiderseitigen Gehörs. Das wird auf S. 16 f. näher dargelegt. Nicht unbedenklich ist es allerdings, wenn es zur Kennzeichnung des Naturrechts heißt, dass Gesetze, soweit sie nicht durch andere Rechtsgrundsätze ihre Rechtfertigung erfahren, nicht gegen Bedingungen der „gesunden menschlichen Natur“ verstoßen dürfen bzw. gegen die „gesunden physischen Bedingungen der Menschennatur“. Hier sollte man hinsichtlich des „gesunden“ nach einem weniger belasteten Begriff suchen oder auf dieses (überdies wenig präzise) Attribut verzichten.

Wer diese Überlegungen zu einer rationalistischen Geisteshaltung als Voraussetzung der Jurisprudenz teilt, wird – gleichsam in intellektueller Verbundenheit – den *Autor* auch

auf dem Weg „Wider das Irrationale unserer Zeit“ begleiten (S. 19 ff.). Dabei geht *Spendel* davon aus, dass Irrationales das ist, was Rationales verneint. Mit dem Begriff des Rationalen verbindet er all das, was durch Vernunft und Verstand geistig erfasst wird:

1. das begrifflich Gedachte statt des undeutlich Gefühlten und dunkel Gewollten, 2. das objektiv Erkannte statt des subjektiv Geschauten, 3. das verstandesmäßig Begründete statt des willkürlich Behaupteten, 4. das logisch Folgerichtige statt des gedanklich Widersprüchlichen, 5. das geistig Sinnvolle statt des Sinnlosen oder Unsinnigen. Eine Geisteshaltung, die auf solche Merkmale gerichtet ist, wird von *Spendel* als rationalistisch bezeichnet. Vor diesem Hintergrund handelt die Arbeit aus dem Jahre 1973 vornehmlich von der Schwächung der Fähigkeit zu begrifflichem, exaktem, selbständigem Denken. Folge dieser Schwächung der Denkfähigkeit sei eine Verflachung des Strebens nach Erkenntnis und damit nach Wahrheit, eines intellektuellen Bedürfnisses, dessen Erfüllung noch immer den rechten Gebrauch des Verstandes voraussetze. Diese Geringschätzung des Verstandes beruhe einmal auf dem wissenschaftlichen und technischen Fortschritt, der den modernen Menschen immer urteilsloser und unkritischer werden lasse. Als weitere Ursache benennt *Spendel* die sich gegen die Aufklärung entwickelnde irrationalistische Lebensphilosophie, wie sie bei *Bergson*, *Nietzsche*, *Spengler* und in der Erkenntnistheorie bei *Müller-Freienfels* ihren vollkommenen Ausdruck gefunden haben. Vorbereitet durch die vorgenannten vernunftfeindlichen Strömungen sei der Weg frei gewesen, nicht länger das Denken und Wägen, sondern wie im Nationalsozialismus nur noch das Wollen und Wagen als bestimmende Lebensgrundlage anzuerkennen (S. 31 unter Berufung auf *von Hippel*). Wo aber der Wille sich zum Herren aufschwinge und den Verstand entmachte, da erhielten die willkürlichen Behauptungen, ungeprüften Meinungen, schillernden Illusionen die Vormacht; da werde nicht länger argumentiert, d.h. begründet und bewiesen, da würden allgemeingültige Wahrheiten, die unabhängig vom denkenden und wollenden Subjekt bestehen, geleugnet, da werde nicht nach objektiver Einsicht, sondern nach persönlichem Gutdünken und subjektiver Willkür gehandelt. Folge der mangelnden Argumentationsfähigkeit bzw. -bereitschaft sei das Fehlen von echter Diskussion, politischer oder wissenschaftlicher, mithin das fehlende Bedürfnis nach strenger Argumentation und die fehlende Bereitschaft zur Überprüfung anfechtbarer eigener Standpunkte (S. 32 f.). Damit schwinde zugleich der Sinn für die Folgerichtigkeit von Denken und Handeln. Das wird zunächst verdeutlicht in Auseinandersetzung mit den Widersprüchen bei *Lucáes* und dessen marxistischer Philosophie, sodann im Denken und Handeln der westlichen Welt bis hin zu den die Universitäten störenden und zerstörenden Reformmaßnahmen oder der mangelnden Folgerichtigkeit im Kontext mit Strafrechtsreformen (S. 34 f.). Dass mit der gedanklichen Inkonsequenz zugleich ein weiterer Verlust einhergeht, nämlich der Blick für das Sinnvolle, wird zu Recht betont. Schließlich wird im Kontext mit der Irrationalisierung der Kultur, also der modernen Dichtung, Malerei, Musik und vor allem der Sprache, mit *Huizinga* beklagt, dass das ratio-

<sup>1</sup> Vgl. *Finkelkraut*, Verlust der Menschlichkeit, 1998, S. 76 ff. m.w.N.

nale Element, das mit allen diesen Ausdrucksformen verbunden ist, stets mehr zurückgedrängt werde (S. 38).

Dieses 1973 verfasste Plädoyer wider das Irrationale unserer Zeit und für eine rationalistische Geisteshaltung hat in seinem wesentlichen materialen Kern auch im Jahre 2008 nichts an Bedeutung eingebüsst. Allenfalls ließe sich dieses Plädoyer durch neuere Beispiele von Irrationalität und dadurch begründete zusätzliche Gefahren aktualisieren wie z.B. Antisemitismus durch Antizionismus, Xenophobia, Ausländerhass sowie manche Erscheinungsformen des Antiterrorismus. Und wenn wir uns nicht eifrig bemühen, die Irrationalität tatkräftig zurückzudrängen, wirken wir an deren Verfestigung mit. Und wohin das zu führen vermag, zeigen die Perversionen des Rechts und die Verbrechen gegen die Menschheit in der NS-Zeit, die in unvergleichbarem Ausmaß und mit einzigartiger Perfektion vollzogen wurden.

Der nächste Beitrag befasst sich mit einer historischen Persönlichkeit, einem Kirchenfürsten der Spätrenaissance, dem Fürstbischof *Echter von Mespelbrunn* (1545-1617) und seiner Lieblingsschöpfung, der Wiedergründung der Universität, der *Academia Juliana* oder *Alma Julia* im Jahre 1582. Er lebte in einer Zeit großer geistiger und politischer Umwälzungen (S. 44 f.), und vor diesem Hintergrund ist das Ziel seiner Universitätsgründung zu betrachten: Ermöglichung einer Ausbildung der Jugend im eigenen Lande zu Nutz und Frommen des Fürstbistums wie auch der Untertanen, Heranziehung eines tauglichen Nachwuchses, d.h. treuer Diener der katholischen Kirche und des territorialen Staates wie auch tüchtiger Bürger eines durch das Band der Religion geeinten Gemeinwesens (S. 50 f.). Lehr- und Lernfreiheit waren seiner Zeit unbekannt; vorherrschendes Prinzip war die konfessionelle (katholische) Gebundenheit. Diese Beschränkung, deren Ziel „mehr Tradition als Fortschritt“ war (S. 55), hatte ihren sachlichen Grund darin, dass die Wahrheit in jener Zeit noch weitgehend etwas „Vorgegebenes“ und Feststehendes, noch nicht wie in der Moderne „Aufgegebenes“ war, wozu erst die Aufklärung des 18. Jahrhunderts veranlasste (S. 57). Damit stellt sich die grundsätzliche Frage, ob überhaupt und dann, in welchem Umfang *Echters* Leitbild einer religiös gebundenen oder wenigstens mitgeprägten Universität mit dem heutigen universitären Wissenschaftsverständnis vereinbar ist. Die Antwort *Spendels* lautet: Festzuhalten ist an der Autonomie der Vernunft und dem Primat des Denkens für die Wahrheitserkennung. Insoweit ist der Wahrheitssuchende prinzipiell von kirchlichen Dogmen oder ideologischen Doktrinen frei. Die Kenntnis rechtlicher, moralischer oder religiöser Grundsätze vermag allerdings ausnahmsweise negativ die Untersuchung bestimmter Wissensfragen oder den Prozess der Wahrheitsgewinnung zu untersagen (S. 64). Nicht die Bindung an eine religiöse bzw. weltanschauliche Wahrheit bedeutet die Freiheit der Wissenschaft. Vielmehr ist es so: Die Bindung an die Wahrheit erfordert die Freiheit der Forschung (S. 65). Diesem Anliegen ist nichts hinzuzufügen. Insofern hat „die Universität im letzten und höchsten Sinne in Freiheit durch Forschung und Lehre grundsätzlich nur der Idee zu dienen, die in lapidarer Kürze auch als Devise an der Stirnseite der Neuen Universität Würzburg mahnt: *veritati – der Wahrheit*“ (S. 68). Indes: Die Wirklichkeit scheint eine Entwicklung zu

nehmen, in der die Idee, der Wahrheit zu dienen, zu einem nahezu unerreichbaren Ideal wird. Vordringlich sind vielfach Evaluationen, Drittmittelbeschaffung etc. Und ob sie zur Wahrheitsfindung taugen, darf bezweifelt werden.

Die Abhandlung über „Die goldene Regel als Rechtsprinzip“ ist einem Rechtsdenker gewidmet, für den es zu allen Zeiten, also auch „in der Zeit der Tyrannei“, elementare Rechtsätze gegeben hat, „gegen die man nicht verstoßen kann, ohne zugleich das Recht selbst zu verneinen“. Dieser Rechtsdenker ist *Fritz von Hippel*. Ihm zu Ehren geht der Rechtsdenker *Spendel* der Frage nach, in wieweit sich die als „goldene Regel“ bekannte Verhaltensnorm nicht nur als ein praktisch brauchbarer Lebensgrundsatz, sondern auch als theoretisch begründetes Rechtsprinzip erweist.

In einem ersten Überblick zeigt *Spendel* auf, wo und wann die goldene Regel ins Bewusstsein des Menschengesetzes getreten ist und wie ihre wesentlichen Formulierungen lauten. Die uns heute gebräuchliche Formel, „was du nicht willst, dass man dir tu, das füg auch keinem andern zu“, taucht als Grundgedanke schon um 700 v.d.Z. in Griechenland auf und erfährt seitdem in positiver oder negativer Fassung dort, bei den römischen Philosophen, im Judentum, im Christentum, im Islam, in der chinesischen sowie indischen Kultur, und auch bei den Azteken Beachtung. Diese Verhaltensregel wird schließlich seit dem 17. Jahrhundert als so wertvoll empfunden, dass sie mit dem Attribut golden gekrönt wird. Dieser höchst interessante geistesgeschichtliche Aufriss wird auf acht Seiten konzentriert (S. 69 ff.).

Die nächste von *Spendel* gestellte Frage gilt den Einwänden gegen diese Maxime. Soweit diese auf ihre positive Fassung gegründet werden, wie etwa in der Scholastik, dann auch später bei *Locke* und *Leibniz* wird klargestellt, dass die positive Formel nicht „funktioniert“. Aber auch die vermeintlich irritierenden Überlegungen *Kants*, die Geringschätzung durch die reine Rechtslehre oder jüngere Einordnungen der goldenen Regel in die Vulgärethik vermögen *Spendels* Wertschätzung dieses Prinzips zu Recht nicht zu erschüttern. Das wird in dem abschließenden dritten Teil begründet (S. 81 ff.). Er klärt 1. inwieweit überhaupt allgemein von verbindlichen Rechtsnormen und 2. im Besonderen von der goldenen Regel als gültigem Rechtsprinzip gesprochen werden kann. Das Ergebnis lautet in den wesentlichen Zügen: Rechtspositivismus wie auch die Naturrechtslehre sind „zwei gleich gefährliche Abwege“. Deshalb muss auf Denkprinzipien rekuriert werden, z.B. auf den Satz vom logischen Widerspruch oder vom zureichenden Grund. Deren maßgebliche Kennzeichen sind: Sie sind Normen, d.h. Gesetze und als Gesetze allgemeingültig, evident und formalen Charakters. Dass diese Voraussetzungen auch durch die goldene Regel in ihrer negativen Fassung erfüllt werden, wird S. 83 ff. detailliert dargestellt: „Denn sie (sc. die goldene Regel) gibt dem einzelnen eine allgemeingültige Richtschnur für sein Verhalten gegenüber Mitmenschen. Wie andere jeder staatlichen Gesetzgebung vorgegebene Rechtsnormen, bei denen es sich weniger um das von Rechts wegen unbedingt zu Tuende als um das von Rechts wegen unbedingt zu Unterlassende handelt, hat die Regel Verbotscharakter, da sie von uns fordert, bestimmte Handlungen zu unterlassen. Gebietet sie nicht schon, den

Rechtsgenossen „Gutes“ zu erweisen, so verbietet sie doch, ihm gegenüber „Böses“ zu tun. Mit dieser Ausscheidung einer ganzen Reihe von Handlungen ist sie gegen die Begehung von Unrecht gerichtet. Sie liefert damit eine notwendige Bedingung für jede Rechtsbildung“ (S. 95).

Möge hic et nunc wie auch in Zukunft nicht nur persönliches Verhalten, sondern auch staatliche Gesetzgebung sich an diesem Rechtsprinzip orientieren. Aber eine solche Umsetzung dürfte ungleich schwerer sein, als den Inhalt der Thora – auf einem Beine stehend – mit den auf die goldene Regel zusammengefassten Worten aus dem Munde *Hillels* zur Kenntnis zu nehmen. Denn nicht unbekannt ist, dass Wissen und entsprechendes Handeln durch Welten getrennt sein können.

Auch in dem folgenden Beitrag wird zu Recht im Gedenken an die Vergangenheit der NS-Diktatur die Gestaltung der Gegenwart und deren Auswirkung auf die Zukunft unter dem Titel „Rechtsstaat für den Verbrecher – Polizeistaat für den Bürger?“ problematisiert.

Auf eine kurze Formel gebracht bedeutet Rechtsstaat für *Spendel* „Freiheit und Sicherheit des Einzelnen sowohl vor dem Staat (vor staatlichem Machtmissbrauch) als auch durch den Staat (durch staatlichen Machtmissbrauch). Seine wichtigsten Mittel und Formen sind die Anerkennung persönlicher Grundrechte und die Beachtung gewisser Grundsätze wie etwa die der Rechtsbestimmtheit, der Gesetzmäßigkeit und der Gewaltenteilung“. Dem so gekennzeichneten Rechtsstaat entgegengesetzt wird der Polizeistaat, „ein Gemeinwesen, das mehr oder minder weitgehend auf Kosten von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit den Gedanken der Zweckmäßigkeit zum vor- oder gar alleinherrschenden macht und dabei den obersten Staatszweck – was naheliegend erscheint – in dem Wohle oder Nutzen der Allgemeinheit und (oder) des Individuums erblickt. Die Kennzeichen eines solchen Wohlfahrts- und Ordnungsstaates sind der möglichst wirksame Einsatz aller staatlichen Machtmittel, insbesondere der Vorrang der Verwaltung und die Ausdehnung der Polizeigewalt als Kern der staatlichen Autorität, sind Bevormundung der Bürger und Kontrolle ihrer Gesinnung. Wie der Rechtsstaat die Gewährung und Erweiterung, so bedeutet der Polizeistaat die Gefährdung und Einschränkung, ja Preisgabe der staatsbürgerlichen Freiheit“ (S. 98 f.). Dass dieser Gegensatz von rechts- und polizeistaatlicher Grundauffassung gerade für das Strafrecht von herausragender Tragweite ist, wird von *Spendel* zu Recht betont und mit einigen Konfliktbeispielen belegt (S. 99 f.): Spezialpräventionsidee und Rechtsstaatsgedanke, Objektivismus und/oder Subjektivismus in der Verbrechenslehre etc. Insoweit vermisst *Spendel* trotz der Betonung der Rechtsstaatlichkeit im Strafrecht oft zwei Wirkungen. Einmal fehle es an einem hinreichenden Schutz des Einzelnen vor dem Staat. Man vergleiche hierzu seine Kritik an der subjektiven Versuchslehre, die in den von ihm auf S. 101 angeführten Fällen zu einem „Gesinnungsstrafrecht“ führe, sowie seine Klage über die Unbestimmtheit und Ausdehnung der Strafbarkeitsvoraussetzungen im Staatsschutzrecht. Zum anderen werde der Bürger durch den Staat vielfach nicht genügend geschützt. In diesem Kontext setzt sich *Spendel* mit dem Umfang der „Freiheit der Parteien“ sowie mit der Neurege-

lung des Demonstrationsstrafrechts auseinander und würdigt kritisch die Abschwächung des Strafgedankens in der gesetzlichen wie richterlichen Strafbemessung, z.B. bei der Behandlung von Tötungs-, Vermögens- und Eigentumsdelikten (S. 105 ff.). Diese Ausführungen enden mit der Mahnung, neben der Gerechtigkeit die Rechtssicherheit nicht aus den Augen zu verlieren (S. 110).

Was zunächst für die Entwicklung des materiellen Strafrechts aufgezeigt worden ist, soll entsprechend auch für das formelle, das Strafprozessrecht gelten (S. 111 ff.). Auch hier wird die Entwicklung beklagt, dass sich der Rechtsstaat oft mehr für den Verbrecher als für den loyalen Staatsbürger einsetze.

Abschließend rügt *Spendel* zu Recht einen gewissen Hang zu polizeistaatlichem Denken. So gehe die Exekutive (etwa im Straßenverkehr) gegen den loyalen Bürger häufig ohne Bedenken vor, während sie umgekehrt große Bedenken trage, gegen den Verbrecher einzuschreiten.

Auf dieses Missverhältnis aufmerksam gemacht zu haben, das ist eines der Verdienste dieser Abhandlung aus dem Jahre 1977. Und dass die Entwicklung, zu Lasten des Bürgers vorzugehen, in den letzten 30 Jahren noch zugenommen hat, das offenbaren auch manche höchstrichterliche Entscheidungen.

Ein dramatischer Vorläufer für die Fälle von Missachtung bürgerlicher Freiheit ist *Schillers* Wilhelm Tell. Ihm widmet *Spendel* 1990 seine Aufmerksamkeit unter dem Titel „Schillers ‚Wilhelm Tell‘ und das Recht“. In diesem Drama geht es um „die Erlangung individueller Sicherheit gegenüber obrigkeitlicher Willkür, die Erringung persönlicher und nationaler Freiheiten gegenüber staatlicher und fremder Unterdrückung, die Behauptung höheren und übergesetzlichen Rechts gegenüber staatlichem und ‚gesetzlichem Unrecht‘ (S. 126)“. *Spendel* geht ein auf die Rütli-Szene, Tells Apfelschuss sowie Tells Tötung des Landvogts. Im Kontext mit der Rütli-Szene bekennt er sich zunächst zur Notwehr als einem ursprünglichen, natürlichen, vor aller staatlichen Anerkennung und Gesetzgebung bestehenden Recht: *Non scripta, sed nata lex*. Und, so möchte man ergänzen, ganz im Sinne des biblisch-talmudischen Rechts: *Kommt jemand, dich umzubringen, so fördere dich und bringe ihn um.*<sup>2</sup> Vor dem Hintergrund der Tyrannen des nationalsozialistischen oder bolschewistischen Systems hält *Spendel* ferner dafür, dass es „eine Grenze gibt, von der ab der einzelne dem staatlichen Gesetz und der obrigkeitlichen Gewalt keinen Gehorsam mehr schuldet, weil beide gesetzliches Unrecht und Machtmissbrauch bedeuten“ (S. 129). Auch Tells Apfelschuss erfordere zum Teil einen Rückgriff auf übergesetzliche Rechtsprinzipien. Das wird auf S. 132 ff. detailliert dargelegt. Die Tötung des Landvogts schließlich behandelt das Widerstandsrecht des Einzelnen gegen den Gewaltherrscher. „Wie das Attentat des Obersten Graf Schenk von Stauffenberg auf den Despoten Hitler und seine Kamarilla als letzter Ausweg aus einem verbrecherischen Regime, so ist Tells Tötung des Tyrannen Gessler als letztes Mittel gegen dessen Gewaltherrschaft

<sup>2</sup> *Maria-Katharina Meyer*, Beiträge zum Strafrecht, 2007, S. 58 ff. m.w.N.

gerechtfertigt. Die NS-,Ordnung', die beispielsweise regelte, wie eine Minderheit von Menschen, die Juden, in Deutschland und Europa ‚systematisch‘, d.h. ja: geordnet und folgerichtig umgebracht wurden, war ein Unrechtssystem, aber keine Rechtsordnung mehr und konnte deshalb keine Autorität, keinen Gehorsam mehr beanspruchen. Ebenso hat Tell gegen ein Unrechtssystem und für die Rechtsherrschaft gehandelt und, wie er sagt, durch seine Tat, die Beseitigung des Tyrannen Gessler, ‚das Land‘ (mit)gerettet (S. 139)“. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Der mit dem Titel „Der Würzburger Strafrechtler Friedrich Oetker und das Shylock-Problem“ versehene Beitrag hebt nicht etwa auf die Shylock-Problematik in der Persönlichkeit Oetkers ab, wie man nach dem ersten Eindruck vielleicht annehmen könnte. Vielmehr zeichnet dieser Festschriftenbeitrag aus dem Jahre 1994 einmal die vita (auch die wissenschaftliche) dieses Strafrechtlers nach, mit ihren Höhen und Tiefen. Das ist eine klärende Lektüre für alle diejenigen, die an den Biographien auch derjenigen interessiert sind, die in der NS-Zeit in Deutschland ihrer beruflichen Tätigkeit als Wissenschaftler nachgegangen sind. Zum anderen beschäftigt sich der Beitrag mit zwei Rezensionen Oetkers zum Shylock-Problem, dem Zivilrechtsstreit und dem Strafurteil. Bemerkenswert ist, wie diese Besprechungen Oetkers in einen Sinn- und Bedeutungszusammenhang mit seinem strafrechtsdogmatischen Standpunkt z.B. vom Tat- und Vergeltungsstrafrecht gebracht werden. Abschließend zeigt Spendel, „wie Licht und Schatten, Recht und Unrecht nicht einseitig auf die einzelnen Personen zu verteilen sind, wie leicht beide Gegensätze ineinander übergehen können und wie schwer es doch ist, rechtlich zu handeln und richtig zu urteilen“ (S. 159).

In den nächsten drei Abhandlungen geht es um den *Conditio-sine-qua-non*-Gedanken und seine Bedeutung für die Verbrechenslehre.

In dem Beitrag „Der ‚Landesverrats‘-Vorwurf gegen Friedrich Ebert, ein politisch-juristisches Lehrstück“ wird der *Conditio-sine-qua-non*-Gedanke im Kontext mit dem insbesondere aus dem Zivilrecht bekannten Grundsatz der Vorteilsanrechnung behandelt, der im Strafrecht, vor allem im damaligen § 89 StGB a.F. in Gestalt der Nachteilszufügung beschrieben ist. Das bedeutet: „Nicht ein vereinzelter Erfolg, sondern das gesamte Ergebnis ist zu berücksichtigen, dementsprechend nicht eine einzelne Handlungsweise, sondern das ganze Verhalten ist zu würdigen“ (S. 165). Wenn also alle Maßnahmen eines Arbeiterführers nur dem Endziel dienen, die Ausweitung des Streiks, insbesondere die Ausartung in eine revolutionäre Bewegung zu verhindern, dann ist bei Gelingen dieses Unternehmens „durch das einheitlich zu beurteilende Gesamtverhalten – im Hinblick auf die hierdurch bewirkte *compensatio lucri cum damno* – schon der äußere Tatbestand des Landesverrats wegen Mangels des Merkmals der Nachteilszufügung nicht erfüllt“ (RGSt 65, 432; Spendel, S. 166). Folgt man dem, dann hat Ebert mit seinem Eintritt in die Streikleitung und seiner übrigen Beteiligung den objektiven Tatbestand landesverräterischer Feindbegünstigung deshalb nicht verwirklicht, weil durch sein Verhalten weder eine günstigere Gestaltung der Kriegslage für die Feindmacht noch eine ungünstigere für die eigene Militärmacht, also eine

spürbare Munitionsverknappung an der deutschen Front, eingetreten war. Bejaht man demgegenüber den objektiven Tatbestand, so führen die von Spendel angeführten Hilfserwägungen zum subjektiven Tatbestand, zu Rechtswidrigkeit und Schuld zu demselben Endergebnis: Ebert hat sich keiner landes-verräterischen Feindbegünstigung schuldig gemacht (S. 166 ff.).

Von dieser Fallkonstellation zu unterscheiden sind die Geisteskrankenmorde unter dem NS-Regime, die Spendel unter dem Titel „Der *Conditio-qua-non*-Gedanke als Strafmilderungsgrund“ 1969 bearbeitet hat, sowie die Giftgaslieferung für die Auschwitz-Morde, die 1978 unter der Überschrift „Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmaßproblem“ erörtert wird.

Die Verteidigung, ohne die vorgenommene rechtswidrige Handlung, also die Opferung von 1000 Geisteskranken, wären durch willfährige Nachfolger alle 5000 Anstaltsinsassen umgebracht worden, mithin wäre ein noch schwererer Erfolg eingetreten, diese Verteidigung erschöpft sich in dem Hinweis auf folgende Tatsache: „Das rechtswidrige Handeln (die Beteiligung an verbrecherischen Aktionen der Staatsführung) war zwar eine *conditio sine qua non* für den Eintritt des schlimmen Erfolges, damit aber auch für den Nichteintritt eines noch schlimmeren Endeffektes; anders ausgedrückt: ein und dieselbe Handlung hat einerseits Verbrechen (mit-)verursacht, andererseits dadurch noch weitere und größere verhindert.“ (S. 173).

Wie Spendel detailliert und begründet darlegt, handelten die Ärzte oder ihnen in dieser Konstellation vergleichbare Personen tatbestandsmäßig – in der Form der Beihilfe zum Mord –, rechtswidrig und schuldhaft (S. 175. ff.). Die Problematik betrifft damit nicht eine Verbrechens-, sondern eine Straffrage, d.h. genauer eine Frage der Strafzumessung (S. 185) und zwar der Strafmilderung. „Wengleich der Arzt subjektiv zu schwach, das Recht bedingungslos durchzusetzen, war er doch zugleich zu anständig, das Unrecht uneingeschränkt zu verwirklichen. Dieser Kompromiss befreit ihn zwar nicht von Schuld und Sühne, vermag aber seine Schuld und Strafe zu mindern“ (S. 187).

Dass Entsprechendes auch im Fall der Giftgaslieferung für die Auschwitzmorde zu gelten habe, hat Spendel 1978 zu Recht verneint. Hier ging es um die Lieferung des reizstofflosen Blausäurepräparats anstelle des handelsüblichen „Zyklon B mit Warnstoff“, um „die zum Teil ahnungslosen Opfer nichts von dem einströmenden Gas merken zu lassen, ihnen so das Sterben zu erleichtern und damit die Tötungen „humaner“ zu gestalten“ (S. 198). Dagegen zu Recht Spendel: „Das Weglassen des ‚Warnstoffs‘ hat – wenn überhaupt – die Todesqual nicht wesentlich verringert, das Sterben nicht entscheidend erleichtern können. [...] Die Distanz zwischen dem, was der Chemiker (nach den Feststellungen des ersten Schwurgerichtsurteils) mitbewirkt haben soll (Vergasung Abertausender von Juden und anderen Personen), und dem, was er verhindert haben will (Vergasung von Abertausenden unter grausameren Todesqualen) ist angesichts der Größe des Verbrechens so gering, so unmerklich, dass man noch nicht von einer juristisch relevanten Erfolgsminderung sprechen kann. Das Erreichte trug hier ebenso schlimme Züge wie das

dadurch Verhinderte. Die tatsächliche Eigenart des Falles vermag daher nicht als rechtlich erheblicher, strafmindernder Tatumstand „ins Gewicht zu fallen“ (S. 208 f.).

Die letzten beiden Beiträge handeln einmal von den „Unrechtsurteilen der NS-Zeit“ (1985), zum anderen von „SED-Justizverbrechen und Strafrecht“ (2000).

In der erstgenannten Abhandlung fasst *Spendel* das „Terrorregime“, das nach dem 30.1.1933 in Deutschland herrschte, wie folgt zusammen: Schandgesetze wurden Recht, Schandtaten als Rechtsakte, Schandurteile als Rechtsprechung ausgegeben (S. 217). Wie die richterliche Gewalt dem NS-Geist dienstbar war und ihr „zu wenig widerstand“, wird anhand von Fällen aus der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Arbeitsgerichtsbarkeit und der Strafgerichtsbarkeit exemplifiziert (S. 217 ff.). Alle Fälle betrafen deutsche Juden, denen entweder mit Rücksicht auf ihre jüdische Abstammung ihre Eheschließung mit einer sogenannten Arierin schon zu einem Zeitpunkt versagt wurde, in dem nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen eine sog. Mischehe noch nicht verboten war, oder denen die Vergütung für nicht gewährten Urlaub um deswillen verweigert wurde, weil ein Jude nicht in einem gegenseitigen Treue- und Fürsorgeverhältnis zum Arbeitgeber stehe, oder die der Rassenschande, wenngleich im Ausland begangen, bezichtigt wurden. Dass diese und andere von *Spendel* aufgezeigten Fälle von Verfälschung und Verfehlung des Rechts in der Nachkriegszeit auch nicht annähernd sachgerecht geahndet wurden, entsetzt auch heute noch.

Aber nicht nur dem Rassenwahn folgten viele Richter. Auch sonst „dienten sie willig dem Terrorregime“ (S. 225). Man denke an die vielen Todesurteile des Volksgerichtshofs, in denen unter dem Deckmantel der Strafrechtspflege vorsätzlich rechtswidrige Tötungen begangen wurden. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Terrorurteile der Standgerichte (vgl. S. 224 ff.). Die im einzelnen von *Spendel* angeführten „kurzen Prozesse“ machen eines deutlich: „Es ging nicht länger um Rechtsfindung und Rechtsprechung, sondern allein um Rache und Terror, um Abschreckung und Vernichtung politischer Gegner“ (S. 228). Um das zu erreichen, wurde nicht nur das materielle Recht, sondern überdies das Prozessrecht verletzt (vgl. S. 229 ff.).

Abschließend stellt *Spendel* auch hier die Frage nach einem Widerstandsrecht der Kämpfer gegen die NS-Diktatur. Er bejaht ein solches Recht und zwar nicht nur in Weiterentwicklung des Rechts aus rechtfertigendem Notstand, sondern auch in Fortbildung des Rechts zur Staatsnothilfe. Die Kämpfer gegen die NS-Diktatur hätten zwar gegen das NS-Unrechtssystem, aber für den von diesem korrumpierten und pervertierten Rechtsstaat gehandelt (S. 235 und oben zu *Schillers Wilhelm Tell* S. 139).

In dem letzten Beitrag über „SED-Justizverbrechen und Strafrecht“ macht *Spendel* auf eine bemerkenswerte Kontinuität in der Rechtsprechung aufmerksam: Nicht nur in der Zeit nach 1945 seien die NS-Rechtsbeugungen gänzlich unzureichend verfolgt worden. Zunächst sei der subjektive Tatbestand ungerechtfertigt eingeschränkt worden, nach der Gesetzesänderung von 1974 dann der objektive Tatbestand, indem nur noch ein elementarer Rechtsverstoß, ein schwerwie-

gender Rechtsbruch anstelle einer objektiv eindeutigen und zweifelsfreien Rechtsverletzung als Tathandlung der Rechtsbeugung in Betracht kam (S. 243).

Entsprechend, aber in der Sache noch weitergehend, sei auch § 244 DDR StGB (zu dessen Anwendungsbereich vgl. S. 239 ff.) gesetzwidrig eingeengt worden. So habe man das Tatbestandsmerkmal „gesetzwidrige Entscheidung“ dahin konkretisiert, dass ein Willkürakt im Sinne einer offensichtlich schweren Menschenrechtsverletzung vorliegen müsse wie z.B. Überdehnung des Straftatbestandes durch Überschreitung des Gesetzeswortlauts, unerträgliches Missverhältnis zwischen Strafe und Tat. Ferner wurde § 244 DDR StGB auch hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen eingeschränkt, indem für den „Willkürakt“ noch zusätzliche Motive, z.B. politische verlangt wurden, die der Sache nach nur für die Strafzumessung bedeutsam sein könnten. Auch sei die Auffassung des BGH zur Interpretation von DDR-Gesetzen nicht frei von Widersprüchen (S. 245 ff.). Als Ergebnis seiner kritischen Bestandsaufnahme hält *Spendel* fest: „Von einer ‚Sieger-Justiz‘ gegenüber den SED-Justizverbrechen kann keine Rede sein“ (S. 254). Im Hinblick auf seine Analyse der Rechtsprechung, ihrer z.T. widersprüchlichen Argumentation wie auch der großen Zurückhaltung bei der Ahndung, wird man aber auch nicht von einem „Sieg der Justiz“ sprechen können.

Diese gesammelten Abhandlungen bereichern um Fakten und Argumente alle jene, die sich für Vernunft und Recht einzusetzen bereit und mit dem Gelehrten bemüht sind, die aus dem Ozean des Vergessens, Verdrängens oder der Gleichgültigkeit ins Bewusstsein gehobenen Teile nicht mehr untergehen zu lassen.

*Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg*

## R e z e n s i o n e n

**Martin Wasmeier/Angelika Möhlig** (Hrsg.), Strafrecht der Europäischen Union, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2. Aufl 2008, € 25.-

Das Recht der Europäischen Union hat in den letzten Jahren weite Teile der nationalen Rechtsordnungen nachhaltig beeinflusst. Auch das Strafrecht ist von diesem Einfluss nicht unversichert geblieben, obwohl es ursprünglich eigentlich einen Bereich darstellt, der von den Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften ausgenommen ist. Zahlreiche Rechtsakte im materiellen wie auch im formellen Bereich zeugen von dieser Entwicklung und der zunehmenden Bedeutung des Strafrechts auf europäischer Ebene. Für den Rechtsanwender ist es oftmals nicht ganz leicht, sich über die Fülle an Normen in diesem Bereich einen Überblick oder gar einen inhaltlichen Einblick in die einzelnen Rechtsakte zu verschaffen. Vor allem in Österreich – im Gegensatz zu Deutschland – ist die Beschäftigung mit dem Thema Strafrecht der Europäischen Union noch nicht besonders weit fortgeschritten. Lehrbücher, Kommentare und auch Textsammlungen fehlen nach wie vor, obwohl angesichts der zunehmenden Bedeutung dieses Bereichs auch für die Praxis der Strafgerichte und der Strafverteidiger erhöhter Bedarf an derartigen Werken bestünde.

Unter diesem Aspekt erscheint das vorliegende Werk besonders wertvoll. Es bietet eine Kompilation sämtlicher wichtiger Rechtstexte, die in den Bereich des Strafrechts der Europäischen Union fallen, und erleichtert so dem Anwender den Umgang mit diesem oft nicht leicht zu überblickenden Rechtsgebiet in besonderer Weise. Die Herausgeber arbeiten sich dabei nach systematischen Gesichtspunkten von den Vertragsgrundlagen (EUV und EGV), ergänzt durch die (möglichen) Neuerungen durch den Vertrag von Lissabon, über die Grundrechte und das Organisationsrecht bis hin zum strafrechtsspezifischen Sekundärrecht voran. Dem mit dem Gebiet des Strafrechts der EU vertrauten Anwender geht auch auf der inhaltlichen Ebene dabei nichts ab, was von Bedeutung sein könnte: Sämtliche Bereiche dieses Rechtsgebietes sind erfasst und reichen von dem klassischen Gebiet der Zusammenarbeit in Strafsachen innerhalb der EU (Rechtshilfe, gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen zur Sicherstellung und Einziehung, Europäischer Haftbefehl sowie Vollstreckungshilfe und gegenseitige Anerkennung von Urteilen) bis hin zu den materiell-rechtlichen Vorgaben von Seiten der Union zu bestimmten Deliktsebenen. Zusätzlich sind auch noch weder in die eine noch in die andere Kategorie fallende Rechtsvorschriften, wie z.B. der Rahmenbeschluss zum Opferschutz oder auch der Beschluss betreffend das finanzielle Förderprogramm „Strafjustiz“ abgedruckt.

Neben der Erschließung der Rechtsvorschriften in den erwähnten Bereichen liefern die Herausgeber auch eine informative Einführung in die Materie des Strafrechts der Europäischen Union, die dem Leser einen Einstieg in das Thema ermöglicht und zahlreiche mit diesem verbundene Problemfelder anspricht. Auch auf jüngste Entwicklungen, wie z.B. die Entscheidung des EuGH betreffend die Kompetenzabgrenzung zwischen erster und dritter Säule der Union im Be-

reich des Strafrechts (EuGH, Urt. v. 13.9.2005, Rs. C-176/03), wird dabei Bezug genommen, sodass das Werk von herausragender Aktualität gekennzeichnet ist.

Für den Praktiker relevant erscheint auch die Tatsache, dass sämtliche Rechtsakte nicht nur abgedruckt sind, sondern stets auch der Hinweis auf die Auffindbarkeit im Amtsblatt der Europäischen Union mitgeliefert wird. Dies kann vor allem dann hilfreich sein, wenn der Rechtsakt zitiert werden oder zusätzlich in einer anderen Sprache abgerufen werden soll. Daneben findet sich auch (beinahe) vor jedem Rechtsakt ein kurzer Kommentar der *Herausgeber*, der einen Einblick in den Inhalt des folgenden Dokumentes und größtenteils auch in dessen Entwicklung ermöglicht. Bei Dokumenten, die kurz vor einer Änderung stehen oder bei welchen weitere Entwicklungen im Gange sind, findet sich auch stets ein Hinweis auf diese Besonderheit. Lediglich bei den Vorbemerkungen zu einigen materiell-rechtlichen Dokumenten lässt die Kommentierung meiner Ansicht nach den Hinweis vermissen, dass es unter Umständen als Folge des EuGH-Urteils v. 13.9.2005 (Rs. C-176/03) zu einer Aufhebung oder Abänderung der abgedruckten Rechtstexte kommen könnte. Dies betrifft entsprechend einer diesbezüglichen Mitteilung der Europäischen Kommission aus dem Jahre 2005 über die Folgen des erwähnten EuGH-Urteils (KOM [2005], 583 endg.) u.a. die Rechtsakte zur Schleuserkriminalität, zur Geldfälschung und zur Bestechung. Eine diesbezügliche Informierung des Lesers wäre durchaus begrüßenswert gewesen, um auf allfällige Weiterentwicklungen aufmerksam zu machen.

Positiv hervorzuheben ist jedenfalls, dass auch Rechtsakte, die nicht von der Europäischen Union selbst ausgehen, für das Strafrecht im europäischen Kontext jedoch wesentliche Bedeutung haben, ebenfalls in die Textsammlung aufgenommen wurden. So findet sich in dem Werk z.B. die EMRK aber auch das Europäische Rechtshilfeübereinkommen, die beide vom Europarat verabschiedet wurden und das Strafrecht im Rahmen der EU und der einzelnen Mitgliedstaaten wesentlich geprägt haben. Für den Strafrechtsanwender bedeutet die Aufnahme dieser Rechtsakte in das gegenständliche Werk eine perfekte Abrundung des Bildes des Strafrechts auf europäischer Ebene und zudem einen großen praktischen Nutzen für seine tägliche Arbeit.

Zusammenfassend ist die vorliegende Textsammlung meiner Ansicht nach ein Standardwerk des Strafrechts der Europäischen Union, das in der Bibliothek eines mit dem Strafrecht befassten Juristen jedenfalls nicht fehlen sollte. Schließlich ist eine rein nationale Sichtweise dieses Rechtsbereiches heute nicht mehr möglich, eine Befassung mit europäischen Aspekten daher auch für den (ansonsten) nur national tätigen Strafrechtsexperten unerlässlich. Die gegenständliche Textsammlung vermag zur Erschließung des Strafrechts der Europäischen Union wie auch zu dessen Anwendung einen wesentlichen Beitrag zu leisten und vor allem dem noch nicht allzu sehr mit der Materie vertrauten Anwender den Einstieg und die Arbeit in diesem relativ neuen Tätigkeitsfeld erheblich zu erleichtern.

*Dr. Stephanie Reiter, Wien*