

AUSGABE 4/2019

S. 234 - 285

14. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht*

- Wie viel Rücksichtslosigkeit verträgt die Gesellschaft?**  
Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam 234

##### *Internationales Strafrecht*

- Conspiracy als Beteiligungsmodell – Teil 2**  
Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Berlin, Attorney at Law Sarah Lisa Washington, LL.M. (Columbia), New York 243

##### *Ausländisches Strafrecht*

- Die Exzesszurechnung nach der neueren englischen Rechtsprechung**  
Von Rechtsanwalt Dr. Andreas Dürr, M.Jur. (Oxford), München 252

##### *Völkerstrafrecht*

- Zur völkerstrafrechtlichen Bewertung von Zwangsheiraten nach dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs**  
Von Dr. Alexander Schwarz, Leipzig 263

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Jugendstrafrecht*

- Inés Ben Miled, Das vereinfachte Jugendverfahren und das Neuköllner Modell, 2017**  
(Dr. Michael Sommerfeld, Oberstaatsanwalt a.D., Regiergungs-  
direktor in Berlin) 276

##### *Strafverfahrensrecht*

- Ulrich Sieber/Nicolas von zur Mühlen (Hrsg.), Access to Telecommunication Data in Criminal Justice, A Comparative Analysis of European Legal Orders, 2016**  
(Rechtsanwältin Diana Nadeborn, Berlin) 279

#### VARIA

##### *Internationales Strafrecht*

- Current Debates in International Criminal Justice Report on the 10th Summer School & Conference of the South-African German Centre for Transnational Criminal Justice at Humboldt-Universität zu Berlin, 18 June to 7 July 2018**  
By Tanja Altunjan, Nicksoni Filbert, Victoria Olayide Ojo, Berlin 281

### Herausgeber

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

### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Redaktion (national)

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

### Redaktion (international)

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

### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein

### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez  
Eneas Romero  
Jaime Winter Etcheberry

### Internetauftritt

René Grellert

### ISSN

1863-6470



# Wie viel Rücksichtslosigkeit verträgt die Gesellschaft?

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam\*

## I. Einleitung

Die Organisatoren der 38. Tagung deutschsprachiger Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer im Mai/Juni 2019 in Hannover haben die Veranstaltung unter das Leitmotiv „Wie viel Fahrlässigkeit verträgt die Gesellschaft?“ gestellt. Ich wurde gebeten, einen thematisch passenden Begleitauufsatz zu der bevorstehenden Tagung zu schreiben. Der ZIS-Schriftleitung eine Zusage zu geben ging schneller als einen inhaltlichen Ansatz für den Text zu finden. Nach einigem Nachdenken kristallisierte sich die „Rücksichtslosigkeit“ als Schlüsselwort heraus, das im vorliegenden Zusammenhang noch recht unverbraucht und zugleich für eine hoffentlich interessante Abhandlung rätselhaft genug erscheint. Dass die Rücksichtslosigkeit etwas mit Fahrlässigkeit zu tun haben könnte, liegt nicht fern, obwohl sie in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB, der einzigen Vorschrift des StGB, in der sie enthalten ist, sowohl mit Vorsatz als auch mit Fahrlässigkeit in Beziehung steht.<sup>1</sup> Aber auch Vorsatz und Fahrlässigkeit stehen zueinander in einer Beziehung. Beide haben einen Überschneidungsbereich, sind aber auch – sei es als Plus-Minus oder als aliud – voneinander abzugrenzen. Strafrechtssystematisch hat die Fahrlässigkeit eine Untergrenze und eine Obergrenze. Fahrlässigkeit ist „nach unten“ abzugrenzen von dem straflosen Verhalten, das nicht einmal fahrlässig oder zwar fahrlässig, aber – wie im Bereich der Vermögensdelikte überwiegend – nicht strafbar ist und „nach oben“ von dem vorsätzlichen Verhalten, das höheren Unrechtsgehalt hat und daher gravierendere Sanktionierbarkeit begründet. Schaut man sich im Tagungsprogramm die Themen der zahlreichen Einzelvorträge an, gewinnt man den Eindruck, dass es überwiegend um das die Untergrenze umgebende Gebiet gehen wird. Aber die jüngere Vergangenheit hat gezeigt, dass es für eine Gesellschaft auch schwer erträglich sein kann, wenn ein schwerwiegend rechtsgutsbeeinträchtigendes Verhalten „nur“ als fahrlässige Straftat geahndet wird, weil die Begründung einer vorsätzlichen Straftat im Verfahren nicht gelingt oder nach der Gesetzeslage gar nicht gelingen kann. Der „Berliner Raser-Fall“ hat dies geradezu spektakulär gezeigt. Vor allem hat dieses Ereignis – gepusht durch die Medien – in der Bevölkerung ein außergewöhnliches Maß an Anteilnahme erzeugt und Meinungskundgaben inspiriert, die die geringe Hinnahmefähigkeit gegenüber rücksichtslos asozialem Verhalten und die Unzufriedenheit mit einer Rechtsordnung sichtbar macht, die darauf mit als lächerlich milde empfundener Fahrlässigkeitsbestrafung reagiert. Deshalb scheint es mir dem Generalthema der Tagung durchaus kompatibel, die Frage nach der Akzeptabilität von Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auf den Grenzbereich zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz zu

beziehen und zum zentralen Leitgedanken der folgenden Abhandlung zu machen.

*Tonio Walter* schätzt die Stimmungslage sicher zutreffend ein, wenn er „Zähneknirschen“ der Rechtsgemeinschaft diagnostiziert. Selbstverständlich fordert der Rechtsstaat diesen Tribut.<sup>2</sup> Aber der Rechtsstaat hat auch eine Pflicht gegenüber der Rechtsgemeinschaft zur Schaffung einer Gesetzeslage, mit der die Rechtsgemeinschaft zufrieden sein kann, weil sie sichere Grundlage für Gerichtsentscheidungen ist, die als gerecht empfunden werden. Daran mangelt es leider im Bereich der Tötungsdelikte auch nach Einführung des § 315d StGB immer noch, vor allem, aber nicht nur im Bereich der Straßenverkehrsdelikte mit tödlichem Ausgang. Es ist zum Beispiel nicht hinnehmbar, dass im Straßenverkehr Menschen zu Tode kommen, weil andere Menschen mit ihrem Kraftfahrzeug zu schnell unterwegs sind. Es ist auch nicht hinnehmbar, dass Menschen zu Tode kommen, weil sie – wie im Sommer 2018 in Genua geschehen – sich unglücklicherweise gerade zu dem Zeitpunkt auf einer Brücke aufhalten, während diese Brücke infolge fehlerhaften Bedingter Baumängel zusammenbricht. Über diese Nichthinnehmbarkeit brauchen wir nicht zu diskutieren. Was aber erörterungsbedürftig ist, das ist die Lückenhaftigkeit des Strafrechts, die der Grund dafür ist, dass Verantwortliche in Fällen dieser Art möglicherweise nur wegen fahrlässiger Tötung verurteilt und mit maximal fünf Jahren Freiheitsstrafe bestraft werden können. Die hier durchscheinende und im Folgenden breiter darzulegende Ansicht des *Verfassers*, dass das deutsche Strafrecht in diesem Bereich zu täterfreundlich ausgestaltet ist, entspricht aber keineswegs vollständig dem common sense. Im Fall des Genueser Brückeneinsturzes würde wohl so mancher Kollege in Anbetracht der verjährungshemmenden Beginnregelung des § 78a S. 2 StGB für eine Zurückschneidung der Bestrafungsmöglichkeiten plädieren, die das Strafrecht gegenwärtig in Deutschland trägt.<sup>3</sup> Der zu prognostizierende Ausgang des Strafverfahrens (§ 153 StPO, absolute Verjährung) wegen der „Love-Parade-Katastrophe“ im Jahr 2010 in Duisburg könnte hinwiederum die kollektive Gemütsverfassung mit umgekehrter Wirkrichtung affizieren. Das Thema „Großer zeitlicher Abstand zwischen Handlung und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikten“ allein wäre also ein reizvoller Gegenstand für eine hervorragend zu dem Tagungsthema passende Abhandlung. Ihn in den hiesigen Text einzubeziehen, würde aber den Rahmen sprengen. Da das LG Berlin nach Aufhebung des ersten „Raser-Urteils“ durch den Bundesgerichtshof erneut wegen Mordes verurteilt hat und es ein Brückeneinsturzde-saster wie in Genua hoffentlich in Deutschland demnächst

\* Der Autor ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

<sup>1</sup> Dass Rücksichtslose (und „Wirklichkeitsverweigerer“) durch die herrschende Interpretation des Vorsatzbegriffs begünstigt werden, halten *Kubiciel/Wachter*, HRRS 2018, 332 (333), für inakzeptabel.

<sup>2</sup> *T. Walter*, NStZ 2018, 412 (413).

<sup>3</sup> *Asholt*, Verjährung im Strafrecht, 2016, S. 436; *Gleiß*, GA 2006, 689 (690); *dies.*, in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 467 (478); a.A. *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff. Rn. 92.

nicht geben wird, dürfte dem Projekt einer Strafrechtsergänzung zur Vermeidung „zu milder“ Fahrlässigkeitsurteile gegenwärtig größere praktische Relevanz zukommen.

## II. Vorsätzliche oder fahrlässige Tötung im Raser-Fall?

### 1. Rechtsprechung

Bekanntlich hatte das LG Berlin die beiden Angeklagten wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Die Strafkammer sah bedingten Tötungsvorsatz als gegeben an. Den Mordtatbestand hielt sie in der Variante „mit gemeingefährlichen Mitteln“ für erfüllt.<sup>4</sup> Mit der Begründung des Tötungsvorsatzes tut sich das Gericht schwer.<sup>5</sup> Viel Text, aber wenig Überzeugungskraft kennzeichnet das Urteil.<sup>6</sup> Auf Grund „wertender Gesamtbetrachtung“ sah das Gericht das Wissensselement des dolus eventualis als gegeben an.<sup>7</sup> Auch die Willenskomponente werde durch die Gesamtschau belegt. Den Angeklagten sei es „egal und gleichgültig“ gewesen, welche Folgen sie durch ihr gefährliches Verhalten auslösen würden.<sup>8</sup> Verdächtig oft erscheint in den Urteilsgründen die Bemerkung, die Angeklagten „konnten nicht mehr“, „nicht mehr ernsthaft“, „nicht mehr ernstlich darauf vertrauen“, dass alles gut gehen werde.<sup>9</sup> Vertrauen und Vertrauenkönnen ist nicht dasselbe. Hier verschwimmt also die Grenze von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Nicht vertrauen können ist weniger als nicht vertraut haben. Ein Gericht, das am Vorliegen des voluntativen Vorsatzelements keine Zweifel hat, würde sich anders ausdrücken und feststellen, dass der Angeklagte auf einen guten Ausgang nicht vertraut habe. Bedenklich ist auch die zeitliche Einschränkung, die das Gericht hinsichtlich des Vorsatzes vornimmt. In der Anfangsphase des Rennens hätte die Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände „noch ein anderes Ergebnis zeitigen können“, d.h. die Verneinung des Tötungsvorsatzes. Entscheidend ist für das Gericht, dass die Umstände unmittelbar am Unfallort und zur Unfallzeit die Annahme des bedingten Tötungsvorsatzes rechtfertigten. Allerdings macht das Gericht in diesem Zusammenhang auch die verhängnisvolle Bemerkung, dass die Angeklagten in dieser Phase des Rennens „selbst keine Möglichkeit mehr hatten, das Unfallgeschehen durch ein Brems- oder Lenkmanöver zu vermeiden“<sup>10</sup>. Rückblickend kann man lästern, das Gericht habe sich hier „um Kopf und Kragen“ oder „in eine Sackgasse“<sup>11</sup> geschrieben.<sup>12</sup> Wie vom BGH klar erkannt wurde, stützt das

Landgericht die Verurteilung wegen Mordes auf einen strafrechtlich unbeachtlichen dolus subsequens<sup>13</sup> und missachtet das Koinzidenzprinzip. Denn objektiv tatbestandsmäßige Tötung kann nur eine Handlung sein, mit der der Täter das Geschehen noch beherrschen konnte.<sup>14</sup> Zu dem Zeitpunkt, für den die Strafkammer den bedingten Tötungsvorsatz als gegeben erachtete, hatten die Angeklagten nicht mehr die Möglichkeit, ihren Fahrzeugen eine andere Richtung zu geben oder gar sie abzubremsen und dadurch die Kollision zu vermeiden. Sie handelten also nicht mehr.<sup>15</sup> Des Weiteren beanstandet der BGH eine unzureichende Auseinandersetzung mit dem vorsatzkritischen Gesichtspunkt der möglichen Eigengefährdung<sup>16</sup> der Angeklagten, die der Aufprall auf ein anderes Fahrzeug verursachen würde.<sup>17</sup> Die Strafkammer hatte dies mit der Erwägung heruntergespielt, die Angeklagten hätten sich in ihren Fahrzeugen sicher wie in einem „Panzer“ oder in einer „Burg“ gefühlt. Daher sei es ihnen möglich gewesen, einen für das spätere Opfer tödlichen Zusammenprall billigend in Kauf zu nehmen, zugleich aber darauf zu vertrauen, dass ihnen selbst bei einer derartigen Kollision nichts Gravie-rendes zustoßen würde.

### 2. Literatur

Das Gesamtbild der Stellungnahmen zum „Berliner Raser-Fall“ und zu den Urteilen des LG Berlin und des BGH ist erwartungsgemäß bunt, schillernd und kontrovers. Dem LG Berlin zustimmend äußerten sich alsbald nach der Veröffentlichung des Entscheidungstextes *Elisa Hoven* und *Michael Kubiciel*.<sup>18</sup> Ausgehend von einem Vorsatzbegriff, der neben der kognitiven auch eine voluntative Komponente hat,<sup>19</sup> schöpfen sie ihr vorsatzbejahendes Resultat in erster Linie aus dem zweifellos hochgefährlichen objektiven Rennverlauf. Da es für das Gericht – wie für die Angeklagten selbst<sup>20</sup> – unmöglich ist, das wirkliche Wissen während der Tat aus den Köpfen der Angeklagten herauszuholen und für alle Anwesenden sicht- und erfahrbar in den Gerichtssaal zu stellen, sei die „dem Verhalten innewohnende objektive Gefährlichkeit

<sup>4</sup> LG Berlin NStZ 2017, 471 (477).

<sup>5</sup> *Rostalski*, GA 2017, 585 (588).

<sup>6</sup> Zum merkwürdigen Sprachstil des Urteils *Herzberg*, JZ 2018, 122 (124); *T. Walter*, NStZ 2018, 412.

<sup>7</sup> LG Berlin NStZ 2017, 471 (475).

<sup>8</sup> LG Berlin NStZ 2017, 471 (475).

<sup>9</sup> LG Berlin NStZ 2017, 471 (475, 477).

<sup>10</sup> LG Berlin NStZ 2017, 471 (477).

<sup>11</sup> *H. Schneider*, NStZ 2018, 528.

<sup>12</sup> *Eisele*, JZ 2018, 549 (550): „folgenschwerer Fehler“; *Bosch*, Jura 2018, 1225 (1235, Fn. 94); *Kubiciel/Wachter*, HRRS 2018, 332 (335): „unglücklich gewählte Formulierung“.

<sup>13</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 91.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2018, 409 (410); *Bosch*, Jura 2018, 1225 (1235); *H. Schneider*, NStZ 2018, 528.

<sup>15</sup> *Hörnle*, NJW 2018, 1576 (1577); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 131, 154, 160.

<sup>16</sup> Zur Vorsatzrelevanz der Gefährdung nahestehender Personen (Vater, Brüder) durch lebensgefährliche Fahrweise BGH NStZ-RR 2016, 79 (81).

<sup>17</sup> BGH NStZ 2018, 409 (411); zust. *Bosch*, Jura 2018, 1225 (1234); *Zehetgruber*, KriPoZ 2018, 358 (360); krit. dazu *Kubiciel/Wachter*, HRRS 2018, 332 (335); *H. Schneider*, NStZ 2018, 528 (531).

<sup>18</sup> *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439.

<sup>19</sup> Anhänger eines Vorsatzbegriffs ohne Willenselement hätten mit der Bejahung bedingten Tötungsvorsatzes im Raser-Fall keine Schwierigkeiten, *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (441).

<sup>20</sup> *Bechtel*, JuS 2019, 114 (116).

ein entscheidender Faktor bei der Rekonstruktion des Täterwissens“.<sup>21</sup> Das ist sicher richtig.<sup>22</sup> Aber wie nah kann man mit dieser Methode an den Tötungsvorsatz heranrücken? Bis zum Lebensgefährdungsvorsatz schafft es der Text problemlos und nachvollziehbar.<sup>23</sup> Gewiss haben die Angeklagten „sehenden Auges eine normrelevante Gefahr geschaffen“.<sup>24</sup> Aber Gefahr ist noch nicht Tod, Gefährdungsvorsatz ist kein Tötungsvorsatz.<sup>25</sup> Was *Kubiciel/Hoven* darlegen, reicht zur Erfüllung des Tatbestandes eines todeserfolgsqualifizierten Delikts. Zur Begründung der Strafbarkeit aus § 212 StGB oder § 211 StGB genügt Lebensgefahrvorsatz nicht.<sup>26</sup> Schließlich muss der Abstand zu konkreten Gefährdungsdelikten gewahrt bleiben. Schraubt man aber die Anforderungen an den Tötungsvorsatz auf das Niveau eines konkreten Lebensgefährdungsvorsatzes herunter, was bleibt dann noch für konkrete Lebensgefährdungsdelikte wie Aussetzung (§ 221 Abs. 1 StGB)? Ist dann nicht jede Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 3 StGB) strafbarer Totschlag oder Mord? Oder soll bei § 221 StGB das Vorsatzniveau auch gesenkt und aus dem konkreten<sup>27</sup> ein abstraktes Gefährdungsdelikt gemacht werden, damit der Abstand zum Tötungsvorsatz erhalten bleibt? So schwer es angesichts himmelschreiender Rücksichtslosigkeit wie in Raser-Fällen auch zu ertragen ist: Tötungsvorsatz muss Tötungsvorsatz bleiben<sup>28</sup> und die Differenz zwischen konkreter Lebensgefährdung und Tötung, die im objektiven Tatbestand niemand bestreiten würde, ist auch auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes zu wahren.<sup>29</sup> Sofern es also im „Berliner Raser-Fall“ dem Gericht nicht gelungen wäre, sich davon zu überzeugen, dass die Angeklagten einen Todeserfolg wie den tatsächlich eingetretenen billigend in Kauf genommen oder sich mit ihm abgefunden haben, wäre eine Verurteilung wegen Totschlags oder Mordes nicht möglich gewesen. Die rücksichtslose Gleichgültig-

keit gegenüber der sehr wahrscheinlichen Verwirklichung hoher Lebensgefahr hätte dafür nicht gereicht.<sup>30</sup>

### III. Möglichkeiten der Begründung des Tötungsvorsatzes

#### 1. *De lege lata*

Die Schwierigkeiten bei der forensischen Feststellung billigen Inkaufnehmens eines tödlichen Rennausgangs können am einfachsten durch gesetzgeberische Maßnahmen behoben werden (dazu 2.). Aber auch das geltende Strafrecht ist offen für eine Lockerung des der Tatbeurteilung zugrunde zu liegenden rechtlichen Maßstabes.<sup>31</sup> Bereits die oben zitierten Stellungnahmen der Literatur belegen, dass man den Begriff „Vorsatz“ an schwächere kognitive und voluntative Anforderungen binden und dem den Erfolg wirklich nicht wollenden Täter Erfolgsverursachungsvorsatz zuschreiben kann.<sup>32</sup> Das Spektrum unterschiedlicher Vorsatzdefinitionen – insbesondere im Grenzbereich zur Fahrlässigkeit – ist bekanntlich sehr weit und enthält zahlreiche Theorien.<sup>33</sup> Diese sollen hier nicht referiert oder gar diskutiert werden. Hinzuweisen ist nur darauf, dass der gänzliche Verzicht auf eine voluntative Vorsatzkomponente<sup>34</sup> selbstverständlich die Bejahung von Tötungsvorsatz in Raser-Fällen erheblich erleichtert. Das Gesetz, dem ja bewusst eine Vorsatzlegaldefinition vorenthalten wurde und dem aus § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nur das Erfordernis eines Wissenselements entnommen werden kann,<sup>35</sup> stünde dem nicht entgegen. Aber der Preis, mit dem dieser Vorsatznachweisvorteil erkaufte würde, wären wachsende Schwierigkeiten bei der Definition der Fahrlässigkeit und ihrer Abgrenzung zum bedingten Vorsatz.<sup>36</sup> Wenn man nicht die bewusste Fahrlässigkeit ganz abschaffen will,<sup>37</sup> müssen zwei Klassen von „Füremöglichhalten“ gebildet werden: ein „starkes“ Füremöglichhalten des Todeserfolges, das für bedingten Tötungsvorsatz ausreicht und ein „schwaches“ Füremöglichhalten, das lediglich bewusste Fahrlässigkeit begründen kann. Selbst wenn die Strafrechtswissenschaft diese Herkulesaufgabe

<sup>21</sup> *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (440); *Kubiciel/Wachter*, HRRS 2018, 332 (334); *Eisele*, JZ 2018, 549 (551); *Hörnle*, NJW 2018, 1576 (1577); *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 16 Rn. 65; *Rostalski*, GA 2017, 585 (587); *Zehetgruber*, KriPoZ 2018, 358 (359).

<sup>22</sup> BGH NStZ-RR 2016, 79 (80); BGH NStZ-RR 2016, 204 (205): objektive Gefährlichkeit der Tathandlung als wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement.

<sup>23</sup> *H. Schneider*, NStZ 2018, 528 (530).

<sup>24</sup> *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 (440).

<sup>25</sup> *Puppe*, ZIS 2017, 441 (442); *Rostalski*, GA 2017, 585 (588).

<sup>26</sup> *Nicolai*, JA 2019, 31 (32).

<sup>27</sup> *Hardtung*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 221 Rn. 20.

<sup>28</sup> *Hardtung* (Fn. 27), § 221 Rn. 25: „Dieser Gefahraussetzungsvorsatz ist weniger als Tötungs- bzw. Körperverletzungsvorsatz.“

<sup>29</sup> *Küpper*, ZStW 100 (1988), 758 (772); *Zehetgruber*, KriPoZ 2018, 358 (359).

<sup>30</sup> *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 396; *T. Walter*, NJW 2017, 1350 (1352).

<sup>31</sup> *Bechtel*, JuS 2019, 114 (118): „Wertungsspielräume“; *Rostalski*, GA 2017, 585 (588): „nicht in Stein gemeißelt“.

<sup>32</sup> *Grünewald*, JZ 2017, 1069 (1071); *Puppe*, ZIS 2017, 441 (442).

<sup>33</sup> Aktueller Überblick mit eingehender Würdigung bei *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 3), § 15 Rn. 72 ff.

<sup>34</sup> Dazu *Herzberg*, JZ 2018, 122 (125); *Joecks* (Fn. 21), § 16 Rn. 33–42; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 3), § 15 Rn. 74–79; *Momsen*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 15 Rn. 47–52.

<sup>35</sup> *Grünewald*, JZ 2017, 1069 (1070); *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 3), § 15 Rn. 7; *Vavra/Holz-nagel*, ZJS 2018, 559 (560).

<sup>36</sup> *Grünewald*, JZ 2017, 1069 (1071); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 14 Rn. 30; *Vavra/Holz-nagel*, ZJS 2018, 559 (561).

<sup>37</sup> Dafür *T. Walter*, KriPoZ 2017, 39 (42).

schultern und dabei zu konsensfähigen Resultaten gelangen könnte, wäre nicht sehr wahrscheinlich, dass dies Eingang in die Strafrechtspraxis finden würde. Zudem ist diese Vorgehensweise weder wünschenswert noch notwendig. Mehr Rechtssicherheit und mehr Einzelfallgerechtigkeit in diesem Bereich kann der Gesetzgeber schaffen und sollte es daher auch tun.

## 2. *De lege ferenda*

Forderungen an die Adresse des Gesetzgebers sind in vielfältiger Weise denkbar: Da es sich um ein Vorsatzproblem handelt, ist thematisch das allgemeine Strafrecht betroffen. Das legt eine Ergänzung und Klarstellung der Gesetzeslage im Allgemeinen Teil des StGB, also bei §§ 15, 16 StGB, nahe.<sup>38</sup> Ob eine gesetzliche Definition der Begriffe „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ – einschließlich „Leichtfertigkeit“ – hilft, hängt davon ab, was der Gesetzgeber sich dazu einfallen lässt bzw. von der Wissenschaft vorgeschlagen bekommt. Ein Text nach dem Muster des § 5 Abs. 1 öStGB wäre kein Schritt nach vorne: „ernstlich für möglich hält und sich mir ihr abfindet“ ist die Formel, die in Deutschland auch ohne gesetzliche Vorsatzdefinition die größte Anhängerschaft in Theorie und Praxis hat. Dass die Raser im Berliner Fall sich mit der Möglichkeit der Tötung eines anderen Menschen abgefunden hätten, ist nicht weniger schwer festzustellen als das billigende Inkaufnehmen eines tödlichen Ausgangs. Gewiss findet sich mit etwas ab, wer nicht ernsthaft auf das Gegenteil vertraut. Aber mehr als das Urteil, dass unter bestimmten äußeren Gegebenheiten ein Vertrauen als haltlos, unglaublich, krass irrational und grob unverständlich bewertet werden muss, ist aus diesen Umständen nicht zu gewinnen. Es müssten also die Anforderungen an das Wollen der Tatbestandsverwirklichung explizit reduziert werden. Wie das ohne Übergreif in den Bereich der (bewussten) Fahrlässigkeit funktionieren soll, ist nicht zu sehen. Am Ende stünde vermutlich doch die vollständige Aufhebung des voluntativen Vorsatzelements. Eine befriedigende Lösung wäre das nicht.

Überhaupt ist eine Bewältigung des Problems durch verallgemeinernde legislative Maßnahmen im StGB-AT nicht die adäquate Methode. Die Vorsatzdelikte und dementsprechend die Vorsatzgegenstände sind zu unterschiedlich, als dass sie alle über den Leisten eines einheitlichen gesetzlich festgelegten Vorsatzbegriffs geschlagen werden könnten. Ob der Täter eines sexuellen Kindesmissbrauchs (§ 176 StGB) in Bezug auf das Alter seines Opfers Vorsatz hatte, ist nur dogmatisch dasselbe Thema wie der Erfolgseintrittsvorsatz, den der subjektive Tatbestand des Totschlags oder Mordes voraussetzt. Wenn man in beiden Fällen nicht erfährt, was der Täter sich vorstellte und was er wollte, bleibt jeweils nur die Vorsatzzuschreibung auf Basis objektiver Indizien. Deren Auswahl und Würdigung wird in diesen Vergleichsfällen zweifellos stark voneinander abweichen. Mit dem Abstellen auf das Erkennen einer gewissen „Gefährlichkeit“ oder eines „Risikos“, das in der Begründung des Todeserfolgsvorsatzes ge-

wiss einen festen Platz hat, wird man bei § 176 StGB schon sprachlich nicht weit kommen. Vor allem unterscheiden sich die beiden Situationen dahingehend, dass es einerseits um die Kenntnis einer gegenwärtigen Tatsache (Alter des Opfers) geht und andererseits ein zukünftiges Ereignis auf Grund eines antizipierten Kausalverlaufs vorhergesehen werden muss.<sup>39</sup> Der Sache nach wird in beiden Fällen die Vorsatzfeststellung ersetzt werden durch die Vorhaltung gegenüber dem Beschuldigten, er habe angesichts der Umstände nicht ernsthaft darauf vertrauen können, dass er den Tatbestand nicht verwirklicht.<sup>40</sup> Aber die Begründungen dieser Vorhaltungen werden so unterschiedlich sein, dass eine allgemeingültige Vorsatzdefinition, aus der ihre Berechtigung in jedem Fall ableitbar ist, schwer vorstellbar ist.

Vorzugswürdig erscheint somit die Verlagerung der Problemlösungsaufgabe in den Besonderen Teil des StGB.<sup>41</sup> Schließlich erzeugt die als ungerecht empfundene Sanktionierung einer Tat, mit der „fast“ die Vorsatzgrenze berührt wurde, als relativ milde ahndbares Fahrlässigkeitsdelikt den heftigsten Schmerz im Bereich der Tötungsdelikte.<sup>42</sup> Die Angeklagten im „Berliner Kudamm-Raser-Prozess“ hätten durchaus mit fünf Jahren Freiheitsstrafe davonkommen können, obwohl – wie der inzwischen eingeführte, im Berliner Verfahren gem. § 2 Abs. 1 StGB nicht anwendbare, § 315d Abs. 5 StGB bestätigt – das Doppelte dieses Strafmaßes angemessen sein könnte.<sup>43</sup> Hier klappt eine „gewaltige“<sup>44</sup> Sanktionslücke, die – auch nach Einführung des § 315d StGB noch<sup>45</sup> – der Schließung bedarf. Abhilfe ist deshalb nicht bei §§ 15, 16 StGB, sondern bei §§ 211 ff. StGB zu schaffen. Den geringsten legislativen Aufwand erzeugte eine Strafraumenhebung in § 222 StGB. In der Verschärfung bestehender Strafdrohungen haben Kriminalpolitik und Gesetzgebung seit Jahren viel Erfahrung, darin sind sie geübt und kassieren den Beifall einer bestrafungsfreudigen Gesellschaft.<sup>46</sup> Wie nicht nur die Raser-Fälle, sondern auch noch andere Beispiele schwersten menschlichen Versagens mit katastrophalen tödlichen Folgen<sup>47</sup> eindringlich vor Augen führen, wäre eine Strafobergrenze von zehn Jahren für fahrlässige Tötungen kein Übermaß. Jedenfalls für Fälle leichtfertiger Tötung sollte dem

<sup>39</sup> Dazu, dass entgegen § 16 Abs. 1 S. 1 StGB insoweit nicht von „Kenntnis“ gesprochen werden kann, T. Walter, KriPoZ 2017, 39 (40).

<sup>40</sup> Hörnle, NJW 2018, 1576 (1578); Puppe, ZIS 2017, 441 (442); T. Walter, KriPoZ 2017, 39 (42).

<sup>41</sup> Ebenso Rostalski, GA 2017, 585 (593), deren kleine Erweiterung des § 315c StGB (S. 598) jedoch wohl kaum die Bezeichnung „Reform der Straßenverkehrsdelikte“ (so auf S. 593) verdient.

<sup>42</sup> Vavra/Holzngel, ZJS 2018, 559 (560).

<sup>43</sup> Anders als T. Walter, NJW 2017, 1350 (1353), halte ich diese Strafe für nicht zu hoch.

<sup>44</sup> Vavra/Holzngel, ZJS 2018, 559.

<sup>45</sup> Bechtel, JuS 2019, 114 (118).

<sup>46</sup> Kubiciel/Wachter, HRRS 2018, 332 (333).

<sup>47</sup> Zu nennen wäre der jüngste Staudammbruch im brasilianischen Bundesstaat Minas Gerais mit verheerenden Folgen für Menschen und Natur.

<sup>38</sup> Dafür mit unterschiedlichen inhaltlichen Vorstellungen Herzberg, JZ 2018, 122 (129); Hörnle, NJW 2018, 1576 (1578); T. Walter, NJW 2017, 1350 (1353).

Gericht der Strafzumessungsraum zwischen fünf und zehn Jahren geöffnet werden.<sup>48</sup> Schließlich erfasst § 222 StGB alle todeserfolgsqualifizierten Delikte<sup>49</sup>, von denen die meisten eine Strafraumenobergrenze von 15 Jahren haben, z. B. §§ 227 Abs. 1, 306c StGB. Gäbe es diese speziellen erfolgsqualifizierten Straftatbestände nicht, könnte die fahrlässige Todesverursachung durch derartige Taten allein als unspezifische fahrlässige Tötung nach § 222 StGB geahndet werden. Die ohnehin schwierige Behandlung der Grenzfälle würde durch den enormen „Strafraumen-Sprung“ zwischen § 222 StGB und § 212 StGB, den der Rechtsanwender vor Augen hätte,<sup>50</sup> gewiss nicht leichter. Nun existieren inzwischen viele Strafvorschriften mit Todeserfolgsqualifikation. Gleichwohl gibt es noch zahlreiche Lücken, wie unten näher zu belegen sein wird. Für ihre strafrechtliche Behandlung ist § 222 StGB als Auffangtatbestand allein zuständig. Das ist auf der Grundlage des geltenden Strafraumens nur mit krasser Unterschreitung der Schuldangemessenheitsgrenze möglich. Notwendig ist also eine Anhebung der Strafraumenobergrenze des § 222 StGB auf mindestens zehn Jahre.<sup>51</sup> Aber auch nach einer solchen Sanktionsverschärfung bliebe § 222 StGB ein schwach konturierter Auffangtatbestand. Auf der Tatbestandsseite des § 222 StGB – prozessual also durch den Schuldspruch – lässt sich mit der geltenden Fassung des Textes nicht zum Ausdruck bringen, dass der Täter den Tod fahrlässig verursacht hat, indem er vorsätzlich eine konkrete Lebensgefährdung verursacht hat. Die erhebliche Unrechtsdifferenz zwischen jeweils tödlich endender vorsätzlicher oder fahrlässiger Lebensgefährdung wird nicht sichtbar, wenn der Täter wegen fahrlässiger Tötung verurteilt wird. § 222 StGB erfasst beide Varianten. Die eine hat das Strafwürdigkeitsniveau z.B. des § 221 Abs. 3, § 227 StGB oder § 315d Abs. 5 StGB, die andere das des § 222 StGB in seiner aktuellen Fassung. Mit der Anhebung der Strafraumenobergrenze wird die Sanktionslücke geschlossen. Gleichwohl bleibt das Bedürfnis nach tatbestandlicher Klarstellung. Die unterschiedlichen Schweregrade fahrlässiger Tötungen sollten in der gesetzlichen Deliktsbeschreibung Niederschlag finden. Erforderlich ist daher auch eine Ergänzung auf Tatbestands-ebene.

#### IV. Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen

##### 1. Allgemeines

Den Gesamtbereich der Strafvorschriften mit Todeserfolgs-komponente<sup>52</sup> kann man abstrahierend als dreistufiges System darstellen: die untere Stufe bildet die fahrlässige Tötung, die obere Stufe die vorsätzliche Tötung. Dazwischen liegt das vorsätzlich lebensgefährdende Delikt mit fahrlässig verur-

sachtem Todeserfolg. Die Tatbestandsstruktur aus vorsätzlicher Lebensgefährdung und fahrlässiger Todesverursachung ist das Grundmuster des erfolgsqualifizierten Delikts. Diese Tatbestandsgattung repräsentiert neben den konkreten Gefährdungsdelikten die in § 11 Abs. 2 StGB allgemein angesprochene Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination. Bei konkreten Gefährdungsdelikten erscheint das dreistufige System in den Varianten reines Vorsatzdelikt (vorsätzliche Handlung und vorsätzliche konkrete Gefährdung, z. B. §§ 315c Abs. 1, 15 StGB), reines Fahrlässigkeitsdelikt (fahrlässige Handlung und fahrlässige konkrete Gefährdung, z. B. § 315c Abs. 3 Nr. 2 StGB) und Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination (vorsätzliche Handlung und fahrlässige konkrete Gefährdung, z.B. § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB). Das hier behandelte Thema berührt das konkrete Gefährdungsdelikt nicht unmittelbar, weshalb diese Erscheinungsform der Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination keiner weiteren Erwähnung bedarf. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich also auf das (todes-)erfolgsqualifizierte Delikt. Dass dieses eine Vorsatz-Fahrlässigkeits-Struktur hat, folgt aus § 18 StGB: hinsichtlich des qualifizierenden Erfolgs genügt Fahrlässigkeit. Dem Erfolg zugrunde liegt hingegen eine Grunddeliktskomponente und diese impliziert vorsätzliches Handeln, § 15 StGB. Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) ist die Kombination aus vorsätzlicher Körperverletzung (§§ 223, 224, 15 StGB) und fahrlässiger Todesverursachung. Wie oben bereits erwähnt wurde, sind die erfolgsqualifizierten Delikte spezielle Ausprägungen der fahrlässigen Tötung. Gäbe es § 227 StGB nicht, wäre die fahrlässige Verursachung des Todes durch vorsätzliche Körperverletzung nur aus § 222 StGB strafbar.<sup>53</sup> Das erfolgsqualifizierte Delikt steht also zwischen der fahrlässigen Tötung ohne Lebensgefährdungsvorsatz und der vorsätzlichen Tötung, dem Totschlag.<sup>54</sup> Der Berliner Fall hat gezeigt, welche Gerechtigkeitsprobleme entstehen, wenn es das erfolgsqualifizierte Delikt nicht gibt: Entweder man bestraft aus § 212 StGB, desavouiert damit aber den strengen Vorsatzbegriff oder man hält sich an diesen und verstößt auf der Grundlage des § 222 StGB gegen das Untermaßverbot. Denn § 222 StGB mit seinem milden Strafraumen ist auf Taten zugeschnitten, die „reine“ Fahrlässigkeitsdelikte sind. Nicht einmal die qualifizierte Fahrlässigkeitsform „Leichtfertigkeit“ ist bei der Schaffung des § 222 StGB gebührend wahrgenommen worden.<sup>55</sup> Erst recht kann die Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination vom Schöpfer des § 222 StGB nicht berücksichtigt worden sein, anderenfalls hätte das gesetzliche Strafmaß ein anderes – höheres – Niveau. Mit seinem jetzigen Strafraumen ist § 222 StGB kein ausreichender Auffangtatbestand für die vielen Vorsatz-Fahrlässigkeits-Fälle, die – wie der „Berliner Raser-Fall“ – durch das löcherige Netz der existierenden Erfolgsqualifikationstatbestände hindurchfallen. Die Einführung des § 315d StGB mit Er-

<sup>48</sup> Bechtel, JuS 2019, 114 (118).

<sup>49</sup> Von ihnen qua Spezialität verdrängt, Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 18 Rn. 14.

<sup>50</sup> Paeffgen, JZ 1989, 220 (221).

<sup>51</sup> Grünwald, JZ 2017, 1069 (1071).

<sup>52</sup> Überblick bei Mitsch, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, Vor § 211 Rn. 2.

<sup>53</sup> Freund, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 677 (685).

<sup>54</sup> Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, S. 132.

<sup>55</sup> Freund (Fn. 53), S. 688.

folgsqualifikation in Absatz 5 war zwar eine richtige gesetzgeberische Maßnahme. Aber ihr Mangel ist ihre Punktualität.<sup>56</sup> Das „große Ganze“ haben die Gesetzgebenden in Berlin wie immer nicht gesehen, jedenfalls haben sie es nicht angefasst. Gepflanzt wurde ein einzelner Baum in einem Wald mit vielen kahlen Stellen. Erforderlich ist eine flächendeckende Aufforstung.

## 2. Lücken des geltenden Strafrechts

Die Zusammenstellung aller erfolgsqualifizierten Tatbestände des geltenden Strafrechts ergibt eine beeindruckende Sammlung.<sup>57</sup> Dass etwas fehlen könnte, wird wahrscheinlich nicht auf Anhieb sichtbar. Aber auch ohne den Denkanstoß eines spektakulären realen Falles, wie der auf der Berliner Tauentzienstraße, fällt es nicht schwer, die Lücken aufzuspüren: Mit einer Art Geigerzähler im Kopf, der auf Straftatbestände mit typischem Lebensgefährdungspotential geeicht ist, wird der Besondere Teil des StGB durchquert. Wenn das Gerät funktioniert, sollte es an den passenden Stellen ein akustisches Signal geben. Das wird z.B. bei §§ 123, 185, 242 und 263 StGB sicher nicht passieren. Dagegen werden Vorschriften wie §§ 305, 315b und 315c StGB gewiss entsprechende Geräusche auslösen. Das sind nur die m.E. evidentesten Tatbestände. Das geltende Strafrecht hat noch viel mehr Lücken, die geschlossen werden sollten.

## V. Strafrechtsbegradigung und Lückenschließung

### 1. Weitere erfolgsqualifizierte Delikte

Richtet ein Strafrechtswissenschaftler an den Gesetzgeber die Forderung nach Aktivitäten zur Vermehrung strafgesetzlicher Vorschriften, scheint er seinen Beruf verfehlt zu haben. Kerngeschäft der Strafrechtswissenschaft ist es, die Hypertrophie des Strafrechts zu beklagen.<sup>58</sup> Das ist leider notwendig, weil die Kriminalpolitik in den letzten Jahren der Strafrechtswissenschaft Anlass zu Kritik hauptsächlich durch Ausdehnung und Verschärfung des Strafrechts gegeben hat.<sup>59</sup> Deshalb dominiert in der Strafrechtsliteratur – zu Recht – die Bedenkenträgerschaft gegenüber Vorhaben des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Strafrechts. Aber durch den hier unterbreiteten Vorschlag würde keine einzige zusätzliche Straftat geschaffen. Kein Zuwachs an Quantität, sondern eine bessere Qualität der Strafrechtsanwendung und mehr Strafgerechtigkeit wären die – zweifellos wünschenswerten – Effekte. Die Taten, um deren sachgerechte strafgesetzliche Behandlung lege ferenda es geht, sind schon auf der Grundlage geltenden Strafrechts strafbar, nämlich gemäß § 222 StGB, sowie aus einem Vorsatzdeliktstatbestand ohne Todeserfolgsmerkmal.

Gefährdung des Straßenverkehrs mit Todesfolge ist nach geltendem Strafrecht aus § 315c Abs. 1 StGB, 222 StGB, 52 StGB strafbar. Durch Anwendung dieser Straftatbestände mit der Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe kann auf den Strafwürdigkeitsgehalt der Tat aber nicht annähernd strafwürdigkeitsadäquat reagiert werden.<sup>60</sup> Das Absorptionsprinzip des § 52 StGB verhindert die gebotene Durchbrechung der zu niedrigen Obergrenze. Wem die Nennung der Straftatbestände zu abstrakt ist, der rufe sich die cineastisch geniale Ferrari-Szene aus dem Film „Der Duft der Frauen“ mit dem großartigen Al Pacino in Erinnerung: Hätte der blinde Colonel Frank Spade auf seiner Fahrt einen Fußgänger oder Radfahrer touchiert und getötet, wäre das alles andere als unerwartet gewesen. Dass nichts passierte, erscheint als realitätsferner Gimmick des Drehbuchautors. Der Film brauchte ja ein Happy End. Mancher Kollege würde vielleicht sogar versuchten Totschlag bejahen, denn mehr als bloßes „Hoffen“ auf glimpflichen Verlauf ließen die objektiven Gegebenheiten nicht zu. Diese Härte ließe sich mit einem engen Vorsatzbegriff vermeiden. Dann ist die Tat aus § 315c Abs. 1 Nr. 1 b StGB (Blindheit als körperlicher Mangel) und § 222 StGB strafbar. Nicht vermieden, sondern ermöglicht werden sollte aber eine Sanktionierung auf dem Niveau des § 315d Abs. 5 StGB,<sup>61</sup> besser noch auf dem Niveau des § 227 StGB. So wie der neu eingeführten Strafvorschrift § 315d StGB von Anfang an ein Absatz mit qualifizierendem Todeserfolgsmerkmal mitgegeben wurde, so wäre § 315c StGB nachträglich zu ergänzen.

Die Ergänzungsbedürftigkeit des § 315c StGB wird seit dem „Berliner Raser-Fall“ wahrgenommen und in der Literatur vereinzelt erwähnt.<sup>62</sup> Gleichwohl ist erstaunlich, dass niemand die wahre Dimension der Defizienz im gesamten Strafrecht anspricht und die Frage stellt, welche Kriterien und welche Systematik der Schaffung und Nichtschaffung von erfolgsqualifizierten Tatbeständen zugrunde liegen mag. Der Zustand des StGB gibt eine deutliche Antwort: Kriterien gibt es, eine Systematik aber allenfalls ansatzweise. Damit kann nur zufrieden sein, wer „Fragmentarität“ als ein Kennzeichen guter Qualität des Strafrechts versteht. Man kann darin aber auch einen Verstoß gegen Art. 3 GG sehen.<sup>63</sup> Schon in der unmittelbaren Nachbarschaft der §§ 315c, 315d StGB begegnet einem in § 315b StGB eine unbegründbare Lücke: Dass tödliches Steine- oder Holzklotzwerfen von einer Brücke auf eine Autobahn<sup>64</sup> ohne Tötungsvorsatz nur als Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr mit Verursachung einer „schweren Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen“

<sup>56</sup> Rostalski, GA 2017, 585 (595).

<sup>57</sup> Eine gesetzliche Zusammenstellung, die allerdings nicht vollständig ist (es fehlen § 315d Abs. 5 StGB und §§ 18a Abs. 6, 18b Abs. 6 AbfVerbrG), enthält § 74 Abs. 2 S. 1 GVG.

<sup>58</sup> Rotsch, ZIS 2008, 1.

<sup>59</sup> Eine seltene Ausnahme war die Abschaffung des praktisch bedeutungslosen § 103 StGB; zur Kritik Mitsch, KriPoZ 2016, 101.

<sup>60</sup> T. Walter, NJW 2017, 1350 (1353).

<sup>61</sup> Es ist unverständlich, wieso § 315d Abs. 5 StGB für Todesverursachung die Strafobergrenze nicht bei 15 Jahren zieht. Besteht zwischen Straßenrennen mit Todesfolge und räuberischem Angriff auf Kraftfahrer mit Todesfolge (§ 316a Abs. 3 StG) wirklich eine so gewaltige Strafwürdigkeitsdifferenz?

<sup>62</sup> Puppe, ZIS 2017, 441 (443); Rostalski, GA 2017, 585 (594); T. Walter, NJW 2017, 1350 (1353).

<sup>63</sup> Lenckner, JuS 1968, 304 (307).

<sup>64</sup> BGH NSTZ 2003, 206; BGH NSTZ 2010, 572.

(§§ 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB) und nicht als Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr „mit Todesfolge“ strafbar ist, versteht wohl kein Mensch.<sup>65</sup> Nach Einführung des § 315d Abs. 5 StGB ist das noch unverständlicher geworden. Jedenfalls wenn die Feststellungen zur inneren Tatseite für eine Verurteilung aus § 211 StGB<sup>66</sup> nicht ausreichen, kann es nicht befriedigen, die fahrlässige Todesverursachung durch hochgradig lebensgefährdendes vorsätzliches Handeln<sup>67</sup> als schlichte fahrlässige Tötung gemäß § 222 StGB zu klassifizieren.

Oben wurde bemerkt, dass es Kriterien für die Auswahl der Grundtatbestände gibt, denen die Hinzufügung eines qualifizierenden Todeserfolgsmerkmals angemessen ist. Das Kriterium ist die spezifische Lebensgefährlichkeit des grundtatbestandlichen Delikts, die sich im Todeserfolg niederschlagen hat. Dieses Wesensmerkmal der konkreten Einzel-tat<sup>68</sup> kann dahingehend abstrahiert werden, dass es für bestimmte Verhaltensweisen typisch ist, eine solche Lebensgefahr zu schaffen. Körperliche Misshandlungen,<sup>69</sup> Gewalttätigkeiten gegen die Person, Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, Inbrandsetzung von Wohngebäuden, Verursachung von Explosionen, Kontamination lebensnotwendiger Umweltmedien sind Handlungen mit dieser Veranlagung. Deswegen hat die Gesetzgebung zu Recht diesen typischen deliktsimmanenten Todesgefahren korrespondierende Erfolgsqualifikationen geschaffen: §§ 178, 227, 251, 306c, 307 Abs. 3, 308 Abs. 3, 330 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Dagegen sind die Wegnahme von Sachen (§ 242 StGB), der Ankauf gestohlener Sachen (§ 259 StGB), die Vorspiegelung falscher Tatsachen (§ 263 StGB), der Missbrauch einer Vermögensverfügungsbefugnis (§ 266 StGB), die Herstellung einer unechten Urkunde (§ 267 StGB) Handlungen, denen dieses Potential fehlt. Daher ist es richtig, dass unser Strafrecht keinen Diebstahl mit Todesfolge und auch keine Hehlerei, keinen Betrug, keine Untreue, keine Urkundenfälschung mit Todesfolge kennt.<sup>70</sup> Sollte doch ausnahmsweise einmal eine dieser Taten den Tod eines Menschen verursachen,<sup>71</sup> reicht zur schuldangemessenen Sanktionierung § 222 StGB aus.<sup>72</sup> Aber neben den bereits erwähnten

§§ 315b, 315 c StGB stehen im geltenden Strafrecht zahlreiche weitere Straftatbestände, deren Verwirklichung nicht nur in Ausnahmefällen mit der Verursachung einer Lebensgefahr einhergeht, die bislang jedoch keine Erfolgsqualifikation aufweisen. Teilweise sind sie schon daran zu erkennen, dass zu den Strafbarkeitsvoraussetzungen des Grundtatbestandes oder eines darauf aufbauenden Qualifikationstatbestandes eine konkrete Lebensgefährdung gehört: §§ 232 Abs. 3 S. 1 Nr. 2; 233 Abs. 2 Nr. 2; 319 Abs. 1, 2 StGB. Aber auch Tatbestände ohne diese Gefährdungserfolgskomponente erfassen Handlungen, mit denen nicht nur im atypischen Einzelfall Menschenleben in Gefahr gebracht und Todesfälle verursacht werden können.

Einige Beispiele: Über das Fehlen der Erfolgsqualifikation in § 305 StGB können wir wohl nur deshalb mit einiger Gelassenheit hinwegsehen, weil schwerwiegende Bauwerkzerstörungen praktisch nicht anders als mit Methoden verursacht werden können, die in speziellen Tatbeständen mit Erfolgsqualifikation pönalisiert sind, nämlich Inbrandsetzung (§ 306c StGB), Explosion (§§ 307 Abs. 3, 308 Abs. 3 StGB), Überschwemmung (§ 313 Abs. 2 StGB), Erschütterungen (§§ 325a Abs. 2, 330 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Wo aber ist der spezielle Straftatbestand, dessen es für eine schuldadäquate Sanktionierung bedürfte, wenn der Täter mit einem Panzer oder einem Bulldozer ein Gebäude zum Einsturz bringt, das – vom Täter nicht gewollt – Menschen unter sich begräbt? Reicht § 316b Abs. 3 i.V.m. § 222 StGB aus, wenn ein Hacker die Stromversorgung einer ganzen Region lahmlegt und damit bewirkt, dass in Kliniken trotz Notstromaggregat Patienten sterben, weil ihre lebenserhaltende oder lebensrettende medizinische Versorgung zusammengebrochen ist? Sollten die Todesfälle auf den Baustellen der Sportstätten für die wahnwitzige Fußballweltmeisterschaft 2022 in Katar nicht Anlass sein, oberhalb des § 233 Abs. 2 Nr. 2 StGB noch eine Todeserfolgsqualifikation mit einer Strafdrohung „nicht unter einem Jahr“ zu installieren? Muss nicht die Debatte über die Strafbarkeit von „Manipulationen der Organallokation“<sup>73</sup> auch eine Ergänzung des § 19 Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 S. 2 TPG durch Einfügung einer die Todesfolge berücksichtigenden Erfolgsqualifikation in Erwägung ziehen? Wenn es – wie die h.M. in der Literatur annimmt<sup>74</sup> – Totschlag sein kann, den besser platzierten Patienten aus seinem Wartelistenplatz zu drängen, dann sollte der Arzt, dem bedingter Tötungsvorsatz nicht nachgewiesen werden kann, wenigstens wie der Täter einer Körperverletzung oder Aussetzung mit Todesfolge bestraft werden können.

## 2. Allgemeiner Straftatbestand „Lebensgefährdung mit Todesfolge“

Gewiss finden sich weitere Straftatbestände, über deren Eig-nung als Basis von Todeserfolgsqualifikationen diskutiert

<sup>65</sup> Schwer zu begreifen ist im Übrigen, dass die fahrlässige (§ 18 StGB) Verursachung der schweren Gesundheitsschädigung gem. § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu 15 Jahren (§ 38 Abs. 2 StGB) bestraft werden kann, die Verursachung des Todes gem. § 315d Abs. 5 StGB hingegen nur mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren.

<sup>66</sup> BGH NStZ 2003, 206.

<sup>67</sup> Hinzu kommt, dass der Täter gegenüber den ahnungslosen Opfern nicht selten heimtückisch vorgeht.

<sup>68</sup> Freund (Fn. 53), S. 678; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 18 Rn. 4.

<sup>69</sup> Paeffgen, JZ 1989, 220 (222): fast jede Körperverletzung berge ein Todes-Risiko.

<sup>70</sup> Roxin (Fn. 13), § 10 Rn. 114.

<sup>71</sup> Wegnahme eines überlebensnotwendigen Medikaments.

<sup>72</sup> Daher kein Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB), wenn das Opfer nicht durch die Gewalt, sondern infolge Wegnahme dringend benötigter Medikamente oder Nahrungsmittel ver-

stirbt, Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 251 Rn. 4; a.A. Sander, in: Joecks/Miebach (Fn. 27), § 251 Rn. 6.

<sup>73</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 212 Rn. 4b ff.

<sup>74</sup> Rissing-van Saan/Verrel, NStZ 2018, 57.



werden kann. Der jüngste Fall eines mutmaßlich durch „Mobbing“ ausgelösten Schülersuizids in Berlin zeigt, dass § 238 Abs. 3 StGB möglicherweise zu eng ist. Das deutsche Strafrecht erweist sich ohnehin als ausbaufähig, soweit es um den Schutz menschlicher Psyche gegenüber Erscheinungsformen „seelischer Grausamkeit“ geht.<sup>75</sup> Dass die Auslösung von Todesangst oder Panik buchstäblich tödlich enden kann, haben z.B. der „Lichtenberger Fenstersturz-Fall“<sup>76</sup>, der „Gubener Hetzjagd-Fall“<sup>77</sup> und der „Messerstich-Fall“<sup>78</sup> gezeigt. Auf dem Todeserfolg zeitlich vorgelagerte vollendete oder versuchte körperliche Misshandlungen abzustellen und aus § 227 StGB bzw. §§ 227, 22 StGB zu bestrafen, ist bestenfalls eine Notlösung, die scheitert, wenn das Versuchsstadium der Körperverletzung noch nicht erreicht war.<sup>79</sup> Tatsächlich handelte es sich in allen drei Fällen um eine „Bedrohung mit Todesfolge“<sup>80</sup>, die nach geltendem Recht nur aus §§ 241, 222, 52 StGB strafbar ist. Träger der Todesgefahr ist in einem solchen Fall nicht die begangene Körperverletzung,<sup>81</sup> sondern die panikerzeugende Ankündigung künftiger Körperverletzungen.<sup>82</sup> Da die Verletzung der seelischen Verfassung keine „Körperverletzung“ ist, ist die Todesverursachung keine Körperverletzung mit Todesfolge.<sup>83</sup>

Oben (IV. 1.) wurde der Gesamtbereich der Tötungsdelikte als ein dreistufiges System skizziert. Auf der untersten Stufe steht § 222 StGB, auf der obersten Stufe stehen §§ 211, 212, 216 StGB, auf der Mittelstufe stehen die erfolgsqualifizierten Delikte. Es fällt auf, dass die rein fahrlässigen und die rein vorsätzlichen Tötungsdelikte lückenlos von allgemein gehaltenen Tatbeständen erfasst werden (§§ 222, 212 StGB). Für diese Straftaten gibt es keinen *numerus clausus*, keine Fragmentarität. Anders verhält es sich mit den erfolgsqualifizierten Delikten. Ihr Bestand ist begrenzt, die Lückenhaftigkeit ist – wie oben angedeutet wurde – beachtlich. Zur Lückenschließung ist ausschließlich der Gesetzgeber ermächtigt. Die Anregung zur Verringerung der Strafbarkeitslücken kann zwei Varianten gesetzgeberischer Aktivität – alternativ oder kumulativ – auslösen:<sup>84</sup> die dem Bestimmtheitsgebot zweifellos angemessenere Vorgehensweise ist die Hinzufügung jeweils eines Absatzes nach dem Muster „Verursacht der Täter durch die Tat den Tod eines anderen Menschen“ an

den Stellen im Gesetz, wo dies sachlich begründet ist.<sup>85</sup> Dann könnte also beispielsweise in absehbarer Zeit damit zu rechnen sein, dass § 315 Abs. 3 StGB – auf den § 315b Abs. 3 StGB verweist – eine Nr. 3 und § 315c StGB einen Absatz 4 erhält. Das wäre ein Anfang.<sup>86</sup> Aber abgesehen davon, dass die Erfahrungen selbst derart geringe Erwartungen an die Gesetzgebung dämpfen, ist kaum anzunehmen, dass die Einführung einer lückenlosen Reihe von erfolgsqualifizierten Straftatbeständen gelingen würde.<sup>87</sup> Deshalb ist auf die zweite Variante der Strafrechtsergänzung hinzuweisen.<sup>88</sup> Sie besteht darin, dass ein allgemeiner Lebensgefährdungstatbestand mit Todesfolge geschaffen wird, der dann als Auffangtatbestand alle geeigneten Fälle aufnehmen würde, die sich keinem speziellen erfolgsqualifizierten Straftatbestand zuordnen lassen.<sup>89</sup> Dieser Tatbestand wäre nicht „bloßes Stückwerk“.<sup>90</sup> Im Verhältnis zu den speziellen erfolgsqualifizierten Tatbeständen würde der allgemeine Tatbestand qua Gesetzeskonkurrenz zurücktreten. Das tatbestandliche Bild dieses allgemeinen Straftatbestandes entspräche auf der Ebene des objektiven Tatbestandes dem des Totschlags. Der Unterschied zu § 212 StGB beträfe den subjektiven Tatbestand, da hinsichtlich des Todeserfolges abweichend von § 15 StGB Fahrlässigkeit ausreicht. Vorsatz wäre erforderlich bezüglich der konkreten Lebensgefährdung, weshalb dieses objektive Tatbestandselement auch im Gesetzestext Erwähnung finden müsste. Materiell ist die konkrete Lebensgefähr-

<sup>75</sup> Steinberg, JZ 2009, 1053 (1060).

<sup>76</sup> BGH NStZ 1992, 335.

<sup>77</sup> BGHSt 48, 34.

<sup>78</sup> BGH NStZ 2008, 278.

<sup>79</sup> Freund (Fn. 53), S. 693; Steinberg, Strafe für das Versetzen in Todesangst, 2014, S. 115; ders., JZ 2009, 1053 (1057).

<sup>80</sup> Laue, JuS 2003, 743 (747).

<sup>81</sup> Die es im „Gubener Hetzjagd-Fall“ überhaupt nicht gab, vgl. Steinberg (Fn. 78), S. 115.

<sup>82</sup> Laue, JuS 2003, 743 (747); Mitsch, Jura 1993, 18 (21); Steinberg (Fn. 78), S. 113; ders., JZ 2009, 1053 (1057, Fn. 38); ders., NStZ 2010, 72 (74).

<sup>83</sup> Gössel/Dölling, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2004, § 13 Rn. 80; Hardtung (Fn. 27), § 227 Rn. 18.

<sup>84</sup> Rostalski, GA 2017, 585 (595).

<sup>85</sup> Unverständlich ist die Ignorierung dieses Aspektes bei Freund (Fn. 53), S. 695, der es sogar als einen Vorzug seines Modells eines allgemeinen Leichtfertigkeitstatbestandes anpreist, dass Tatbestände wie §§ 227, 221 Abs. 3, 239 Abs. 4 StGB ersetzt werden könnten.

<sup>86</sup> Für eine konstruktive Diskussion über das Thema unbrauchbar ist eine pauschale Ablehnung „punktueller Erfassung (besonders) leichtfertiger Tötungen im Kontext spezieller Straftaten“, wenn der Urheber dieser Empfehlung (Freund [Fn. 53], S. 693) sich nicht die Mühe macht, im StGB nach geeigneten Andock-Tatbeständen für neue erfolgsqualifikationen zu suchen. Wem dazu nicht mehr einfällt, als die Einführung eines Tatbestandes „Diebstahl mit Todesfolge“ für – zutreffend – „wenig sinnvoll“ zu erklären (a.a.O., Fn. 54), scheint über *sinnvolle* neue erfolgsqualifizierte Tatbestände noch nicht ernsthaft nachgedacht zu haben.

<sup>87</sup> Grünwald, JZ 2017, 1069 (1072), bezweifelt sogar, dass die Einführung des § 315d StGB als „Sondervorschrift“ eine gute Lösung war.

<sup>88</sup> Ebenso Freund (Fn. 53), S. 694; Rostalski, GA 2017, 585 (595), die aber mit dem Vorschlag, leichtfertige Tötung als Qualifikation fahrlässiger Tötung in § 222 StGB einzubauen, weit hinter den Bedürfnissen zurückbleiben.

<sup>89</sup> Die Einführung einer „allgemeinen Regelung“ halten Freund (Fn. 53), S. 694; Grünwald, JZ 2017, 1069 (1072); Rostalski, GA 2017, 585 (596), für vorzugswürdig. Sie verstehen darunter aber nur eine Stärkung des § 222 StGB durch explizite Berücksichtigung leichtfertiger Tötung als Qualifikation und Anhebung der Strafraumobergrenze auf zehn Jahre.

<sup>90</sup> Rostalski, GA 2017, 585 (596).

dung auch Bestandteil des objektiven Tatbestandes des Totschlags.<sup>91</sup> Insofern bringt dieser Gesetzesvorschlag weder neues noch zusätzliches Strafrecht. Denn Totschlag ist konkrete Lebensgefährdung mit Todesfolge, wobei letztere Vorsatzgegenstand ist, § 18 StGB also nicht gilt.<sup>92</sup> Gesetzgebungstechnisch würde ein zusätzlicher Absatz in § 212 StGB genügen: „Wer einen anderen Menschen in Lebensgefahr bringt und dadurch fahrlässig seinen Tod verursacht, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft“. Diese Tatbeschreibung unterscheidet sich zugegebenermaßen nur geringfügig von der des § 221 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB. Sie erspart die im Einzelfall nicht immer einfache Feststellung der „hilflosen Lage“, ist auf Grund der Streichung dieses Merkmals natürlich auch weniger „bestimmt“ (Art. 103 Abs. 2 GG) als § 221 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB. Aber das trifft auf § 212 StGB gleichermaßen zu und dieser Straftatbestand ist meines Wissens noch nie wegen Unvereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG in Frage gestellt worden.<sup>93</sup> Eine hier nicht weiter zu erörternde Frage wäre, ob man zusätzlich einen allgemeinen Grundtatbestand „Lebensgefährdung“ (ohne Todesfolge) schafft. Dann beschriebe die hier vorgeschlagene Vorschrift ein erfolgsqualifiziertes Delikt, für das § 18 StGB gilt, weshalb das Wort „fahrlässig“ aus dem Text gestrichen werden könnte.

## VI. Schluss

Unsere politische Führung hat sicher Wichtigeres zu tun als das gewiss nicht schlechte Strafrecht zu verbessern. Danach zu streben ist wohl eher Luxus, obwohl nichts dagegen einzuwenden ist, Gutes noch besser zu machen. Wenn also im BMJV nach dem betrüblichen Ende der Tötungsdeliktsreform überhaupt noch Interesse an der Baustelle „Strafgesetzbuch“ besteht, dann sei dieser Text ein freundliches Angebot der Zu-, Mit- und Zusammenarbeit.

---

<sup>91</sup> Da dies im Gesetzestext des § 212 StGB keinen Ausdruck gefunden hat, muss die zu weit geratene Tatbeschreibung durch allgemeine Konstruktionen wie „objektive Zurechnung“ auf das Maß adäquater Todesverursachung zurückgeführt werden.

<sup>92</sup> § 18 StGB gilt bei § 212 StGB auch nicht, da der Todeserfolg im Totschlagstatbestand keine qualifizierende Folge ist.

<sup>93</sup> Lediglich obiter dictum *Mitsch*, ZIS 2016, 352 (359).

## Conspiracy als Beteiligungsmodell – Teil 2\*

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Berlin, Attorney at Law Sarah Lisa Washington, LL.M. (Columbia), New York\*\*

### III. Konsequenzen des Conspiracy Modells im US-amerikanischen Recht

#### 1. Beteiligung und Conspiracy

Im US-amerikanischen Strafrecht existieren ähnliche Beteiligungsstrukturen wie im deutschen Strafrecht. „Complicity“<sup>1</sup> lässt sich differenzieren in „encouraging“ und „aiding“; diese Beteiligungsformen entsprechen im Grundsatz Anstiftung und Beihilfe.<sup>2</sup> Die Täterschaftsstrukturen sind weniger differenziert als die sich aus § 25 StGB ergebenden Formen der Allein-, Mittäterschaft sowie der mittelbaren Täterschaft. Dementsprechend erfolgt die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme aus unserer Sicht fast fließend. Entscheidend ist, ob sich die Verhaltensweisen auf eine andere, tatsächlich geschehene Tat beziehen. Damit ist zwar auch ein Akzessorietätsverhältnis zur Haupttat vorausgesetzt, jedoch nicht entscheidend, ob eine andere Person für diese Tat als Haupttäter verfolgt werden bzw. überhaupt als Täter konkretisiert werden kann. Eine Beteiligung ist strafbar, sofern eine Tat (als „act“) erkennbar ist, an der sich ein Dritter beteiligen kann.<sup>3</sup> Eine Konkretisierung im Hinblick auf den oder die Täter bzw. Ausführungsmodalitäten ist nicht vorausgesetzt.<sup>4</sup> Im Gefolge des „Model Penal Code“ setzte sich zudem eine Betrachtungsweise zunehmend durch, derzufolge zwischen dem „Principal“ und dem „Accessory“ kein wesentlicher Unterschied bestehe und beide gleichermaßen als strafrechtlich verantwortlich einzustufen seien.<sup>5</sup> Teilweise wird zudem

vertreten, dass es für die Täterschaft nicht auf eine Verursachung (Causation) ankomme, sondern eine, ggf. auch bloß intentionale, Verstrickung ausreichen müsse (joining the crime). Dahinter steht die Erkenntnis, dass soziale und andere Bezüge ebenso stark zur Durchführung von Straftaten wirksam werden können, wie die naturgesetzliche Verursachung.<sup>6</sup> Damit nähern sich die Beteiligungskategorien stark denjenigen der „Joint Criminal Enterprise“ (JCE) an, die aus dem Völkerstrafrecht bekannt sind.<sup>7</sup> Bereits die Täterschaft, die weniger differenziert ausgeprägt ist als im deutschen Strafrecht, reicht weiter als nach den Maßstäben des § 25 StGB. Auf der einen Seite verengt sich damit in der Strafverfolgungspraxis der Anwendungsbereich für Teilnahmehandlungen. Auf der anderen Seite bleibt in Literatur und Rechtsprechung relativ unklar, wie weit der Kreis der Teilnehmer zu ziehen wäre, wenn die oben genannte intentionale Verstrickung an die Stelle eines nachweisbaren Kausalbeitrags tritt. Grundsätzlich führt die Erweiterung des Täterkreises per se zu einer Erweiterung des Teilnehmerkreises, weil sich mehr teilnahmefähige Bezugstaten finden. Faktisch scheint aber der zuerst beschriebene Mechanismus wirkmächtiger zu sein: Es findet infolge des Abstellens auf „joining the crime“ weniger ausgeprägt eine Ausweitung des Beteiligtenkreises insgesamt statt, als vielmehr eine Verschiebung der Beteiligungsform innerhalb des Kreises der Beteiligten. Diese Verschiebung stellt sich als Heraufstufung von „accessories“ (encouraging/aiding) zu „principals“ dar.<sup>8</sup>

Der zentrale Unterschied zwischen Complicity und Conspiracy liegt im Verhältnis zur Bezugstat.<sup>9</sup> Während Complicity bzw. Accomplice die Bezugstat eines Täters zum Ausgangspunkt einer Zurechnung für Beteiligte nimmt, setzt Conspiracy an dem Agreement im Hinblick auf (je nach Jurisdiktion konkretisierungsbedürftige) Bezugstaten an. Verlangt man Kausalität und Mitwirkung am Erfolgseintritt (Causation) als notwendigen Bestandteil einer Täterschaft, so wäre das Agreement der Conspiracy eine typische Teilnahmehandlung. Der Conspiracy-Vorwurf führt hier aus deutscher Sicht jedoch zu einer weitgehenden Aufwertung zur Täterschaft bei Teilnahme- und Vorfeldhandlungen.<sup>10</sup> Denk-

\* Fortsetzung von Momsen/Washington, ZIS 2019, 182.

\*\* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin. Sarah Lisa Washington, LL.M. (Columbia), Attorney at Law (N.Y.), ist an der Freien Universität Berlin als Assistentin beurlaubt und arbeitet als Public Defender bei „The Bronx Defenders“ in New York. Die Verfasser danken Marco Willumat für seine Unterstützung.

<sup>1</sup> Synonyme Bedeutung „accessory“, „accomplice“ („aiding“ und „assisting“), vgl.

[http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (21.3.2019). Bspw. die Connecticut Criminal Jury Instructions (vgl. 3.1-1) definieren dann differenzierend: „aid“ means to assist, help or support“. Ausführlich rechtsvergleichend Fletcher, Rethinking Criminal Law, 1978 (Nachdruck 2000), S. 645 ff.

<sup>2</sup> Kaplan/Weisberg/Binder, Criminal Law, 8. Aufl. 2017, S. 769 zum US-amerikanischen Recht; zum Vergleich siehe auch Fletcher (Fn. 1), S. 218 ff.

<sup>3</sup> Fletcher (Fn. 1), S. 647.

<sup>4</sup> Kaplan/Weisberg/Binder (Fn. 2), S. 769; dazu Fletcher (Fn. 1), S. 223.

<sup>5</sup> LaFave/Scott, Criminal Law, 1972, S. 501; Kaplan/Weisberg/Binder (Fn. 2), S. 769. Bspw. in den Connecticut Criminal Jury Instructions (vgl. 3.1-1) findet sich auch eine direkte Bestrafung des Principals.

<sup>6</sup> Kutz, Complicity: Ethics and Law for a Collective Age, 2000, S. 113, 138; Kaplan/Weisberg/Binder (Fn. 2), S. 769.

<sup>7</sup> ICTY, Ur. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Duško Tadić), Rn. 172 ff.; dazu insgesamt: Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 30 ff.

<sup>8</sup> Dies legt jedenfalls Fletcher (Fn. 1), S. 647, überzeugend nahe.

<sup>9</sup> Ausführlich Fletcher (Fn. 1), S. 219, 645 ff.

<sup>10</sup> Fletcher (Fn. 1), S. 646 f.: „The crime of conspiracy must be sharply distinguished from the categories of complicity. Conspiracy is a distinct offense, consummated upon entering into the agreement to commit the offense. Yet this single crime fills a number of diverse functions that are satisfied by other doctrinal devices in Continental legal systems.“ Zu



bar bleibt aber auch eine Teilnahme am Agreement oder der Bezugstat. Wird die Täterschaft über eine intentionale Mitwirkung („joining the crime“) begründet, dann wird der Überschneidungsbereich zwischen Complicity und Conspiracy größer,<sup>11</sup> wenngleich der systematische Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit unterschiedlich bleibt.<sup>12</sup>

Die Beteiligungskategorien werden durch den Conspiracy-Vorwurf nicht aufgehoben. Sie treten jedoch im Hinblick auf den Anknüpfungspunkt der Strafverfolgung zunächst in den Hintergrund.<sup>13</sup> Zwar ist auch bei der Conspiracy selbst eine Beteiligung konstruierbar. Aufgrund der Weite und Unbestimmtheit des Tatbestands werden jedoch nahezu alle ursächlichen Aktivitäten, unabhängig von der Bedeutung des Beitrags oder dem Zeitpunkt vor, während oder nach der Bezugstat (Overt Act) oder selbst des eigentlichen Agreements als Täterschaft an der Conspiracy erfasst.<sup>14</sup> D.h. die Beteiligungsformen lassen sich am ehesten noch für die Bezugstat differenzieren.

Die Beteiligung an der Bezugstat wird durch die Verknüpfung mit dem Conspiracy-Vorwurf theoretisch nicht verändert.<sup>15</sup> Ist einer der an der Bezugstat Beteiligten jedoch zugleich als Conspirator anzusehen, so legt sich die Zurechnungsstruktur der Conspiracy gleichsam wie ein Mantel über die Beteiligungsstruktur der Bezugstat.

## 2. Einschränkungen des Conspiracy-Vorwurfs

Wie sich aus der oben näher dargelegten „Pinkerton Rule“<sup>16</sup> ergibt, ist jeder Conspirator mitverantwortlich für alle vernünftigerweise vorhersehbaren Delikte, die sich als Förderung der mit dem Agreement verfolgten Intentionen ansehen lassen.<sup>17</sup> Aus dem Zusammenspiel der „Pinkerton“- und „Castaneda“-Entscheidungen des Supreme Court lässt sich jedoch eine Differenzierung ausgehend vom Conspiracy-Vorwurf ableiten. Je weniger ein Beteiligter in die eigentliche Conspiracy bzw. in das Agreement involviert ist, umso weniger werden die daraus folgenden Delikte bzw. Bezugstaten für ihn vorhersehbar sein, soweit es sich nicht um den Kern des Agreements handelt. Dementsprechend wird, wer nur eine nachgeordnete Rolle im Rahmen der Conspiracy spielt, nicht in jedem Fall auch für Folgetaten verantwortlich sein,

berücksichtigen ist, dass sich die Anwendung von Conspiracy seit 1978 deutlich ausgeweitet hat.

<sup>11</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 659 ff. („When is a Conspirator a Co-Perpetrator?“), resümiert auf S. 664: „[...] we must confront this ambivalence and begin to think about why conspirators are held liable for crimes that they do not perpetrate.“

<sup>12</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 647.

<sup>13</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 659 ff.

<sup>14</sup> *LaFave*, Criminal Law, 6. Aufl. 2017, S. 823 ff.

<sup>15</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 663.

<sup>16</sup> *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946).

<sup>17</sup> *United States v. Castaneda*, 9 F.3d 761 (1993), abrufbar unter

[http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=13576116398000833345&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholar](http://scholar.google.com/scholar_case?case=13576116398000833345&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar) (21.3.2019).

welche nicht vernünftigerweise vorherzusehen waren.<sup>18</sup> Damit entstehen zwar keine differenzierten Beteiligungsstrukturen innerhalb der Conspiracy und auch nicht unter ihrem Mantel. Es besteht jedoch über das Kriterium der Vorhersehbarkeit die Möglichkeit, für Randfiguren der Conspiracy zu einer Begrenzung der Verantwortlichkeit im Hinblick auf etwaige Bezugstaten zu gelangen.

Eine weitere Beschränkung der Zurechnung folgt aus der „Wharton’s Rule“.<sup>19</sup> Eine Straftat, die zwei Beteiligte erfordert, kann nicht Gegenstand einer Conspiracy sein, die ihrerseits (nur) aus zwei Parteien besteht. Die „Wharton’s Rule“, oder „Concert of Action Rule“<sup>20</sup> verhindert, durch eine schlichte Doppelung des Vorwurfs die Conspiracy zu begründen. Im Federal oder State Law kann jedoch ausdrücklich eine Verschwörung zur Begehung eines Verbrechens unter Strafe gestellt und die Regel außer Kraft gesetzt werden. Fehlt es an einer expliziten gesetzlichen Norm, kann die „Wharton“-Regel als eine gerichtliche Vermutung angesehen werden.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946); *United States v. Castaneda*, 9 F.3d 761 (1993), abrufbar unter [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=13576116398000833345&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholar](http://scholar.google.com/scholar_case?case=13576116398000833345&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar) (21.3.2019).

<sup>19</sup> *Perkins v. State*, 26 Md. App. 526, 535 (Md. Ct. Spec. App. 1975): „[...] a combination to commit an offense which can only be committed by the concerted action of two persons does not amount to conspiracy if only those two are involved.“ Näher bei USLegal

(<https://definitions.uslegal.com/w/whartons-rule>, 21.3.2019): „This criminal law rule is named after Francis Wharton, an American criminal law author, who formulated it. It is also known as concert-of-action rule. The essence of the rule is that an agreement by two persons to commit a particular crime cannot be prosecuted as a conspiracy when the crime is of such a nature as to necessarily require the participation of two persons for its commission. All the actors may be charged with conspiracy if an additional person participates so as to enlarge the scope of the agreement. When legislative intent is to impose a separate punishment for conspiracy to commit a particular crime, Wharton’s Rule does not apply. When a plurality of offenders is necessary to the idea of an offense, e.g., adultery, bigamy, or dueling, conspiracy cannot be charged because it would evade the statutory limitation on the punishment for the offense. It is a judicial presumption to be applied in the absence of legislative intent to the contrary. Wharton’s Rule applies only to offenses that require concerted criminal activity, a plurality of criminal agents. Classic examples of Wharton’s rule offenses are: dueling, bigamy, adultery, pandering, gambling, buying and selling contraband goods, giving and receiving bribes.“

<sup>20</sup> *People v. Mayers*, 110 Cal. App. 3d 809, 815 (Cal. App. 4th Dist. 1980); USLegal, <https://definitions.uslegal.com/c/concert-of-action-rule/> (21.3.2019).

<sup>21</sup> *Iannelli v. United States*, 420 U.S. 770, 785 (1975).

### 3. Strafzumessung

Kaum mehr relevante Einschränkungen erfolgen gegenwärtig aus dem Schweregrad der Beteiligung. Grundsätzlich wiegt das Unrecht der Conspiracy so schwer wie das Unrecht der schwersten (potentiellen) Bezugstat. Insgesamt ergibt sich wiederum gerade im Vergleich der verschiedenen Bundesstaaten ein uneinheitliches Bild: In einigen State Laws folgt die Strafe für den Conspiracy-Vorwurf der Strafe, welche für die schwerste Tat, die der Gegenstand der Conspiracy ist, angedroht wird.<sup>22</sup> Andere Bundesstaaten bewerten den Conspiracy-Vorwurf niedriger als die schwerste Bezugstat und sehen keine Strafe vor, wenn die Bezugstat nur ein „Misdemeanor“ (leichteres Vergehen) ist.<sup>23</sup> Wieder andere State Laws lassen zumindest bei bestimmten Taten eine völlig unabhängige Strafzumessung im Hinblick auf den Conspiracy-Vorwurf zu.<sup>24</sup> Nach Ansicht des Supreme Court ist es jedenfalls nicht verfassungswidrig, die Conspiracy-Tat strenger zu bestrafen als die Bezugstat.<sup>25</sup>

Ein zentraler Paradigmenwechsel für die Strafzumessung bei Conspiracy-Vorwürfen brachte der sog. „Federal-RICO-Act“ mit sich. Als Reaktion auf die Zunahme der organisierten Kriminalität hat die Bundesregierung den „Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act (RICO)“ erlassen<sup>26</sup>. Der RICO-Act führte neben umfangreichen strafrechtlichen Sanktionen auch einen zivilrechtlichen Klagegrund in Verfahren wegen organisierter Kriminalität ein. RICO setzt u.a.

<sup>22</sup> So bspw.: 18 Pa. Cons. Stat. § 905, abrufbar unter <https://www.legis.state.pa.us/WU01/LI/LI/CT/HTM/18/00.00.9.005.000..HTM> (21.3.2019).

<sup>23</sup> Tenn. Code Ann. § 39-12-107(c), abrufbar unter <http://law.justia.com/tennessee/codes/2010/title-39/chapter-12/part-1/39-12-107> (21.3.2019).

<sup>24</sup> Cal. Penal Code § 182(a) (2), (3) <http://law.justia.com/california/codes/2009/pen/182-185.html> (21.3.2019).

<sup>25</sup> *Clune v. United States*, 159 U.S. 590 (1895), abrufbar unter [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=14126191414675975192&q=Clune+v.+US&hl=en&as\\_sdt=2002&as\\_vis=1](http://scholar.google.com/scholar_case?case=14126191414675975192&q=Clune+v.+US&hl=en&as_sdt=2002&as_vis=1) (21.3.2019);

als Teil des Sarbanes-Oxley Acts stellte der Kongress der Vereinigten Staaten unter Strafe, wenn ein Unternehmen oder Organ „knowingly, with intent to retaliate, takes any action harmful to any person, including interference with the lawful employment or livelihood of any person, for providing to a law enforcement officer any truthful information relating to the commission or possible commission of any Federal offense [...]“, 18 U.S.C. 1513 (e), siehe dazu <https://www.whistleblowersblog.org/2011/12/articles/corporate-whistleblowers/major-victory-for-whistleblowers-in-seventh-circuit-says-retaliation-is-a-rico-violation/> (21.3.2019); United States Court of Appeals, Seventh Circuit *DeGuelle v. Camilli, et al*, No. 12–2541, 1.8.2013.

<sup>26</sup> Vgl. 18 U.S.C. §§ 1961–1968, abrufbar unter <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-96> (21.3.2019); ausführlich zum Bereich der Wirtschaftskriminalität *Momsen/Washington*, in: Festschrift für Urs Kindhäuser (im Erscheinen).

auch zusätzliche Anreize für Mitarbeiter von Unternehmen (und gerade auch Randfiguren von Organisationen), um mit den Strafverfolgungsbehörden auch dann zusammenzuarbeiten, wenn die Organisation selbst noch nicht oder nur eingeschränkt kooperiert. Ein Ziel von RICO ist es, den Interessengleichlauf innerhalb einer Organisation gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zu stören.<sup>27</sup> Er betrifft alle Straftaten, die nach State oder Federal Law strafbar sind. Obwohl sich RICO ursprünglich auf komplexe kriminelle Geschäfte wie Kreditwucher, Mafia und Glücksspiele mit hohem Einsatz konzentrieren sollte,<sup>28</sup> ist die Anwendung mittlerweile viel breiter und umfasst weite Bereiche der Wirtschaftskriminalität sowie ggf. auch kleinere Conspiracies und leichtere Bezugstaten. Zentral ist die Definition der kriminellen Organisation, welche lediglich aus mehr als einem Mitglied bestehen und (nur) eine zumindest rudimentäre Planung voraussetzen muss. Dementsprechend ist Conspiracy ein häufiger Anklagepunkt in Verfahren, in welchen auch RICO zur Anwendung gelangt. Beide Instrumente ergänzen sich, gerade weil das Agreement oft leichter zu beweisen ist als eine abgeschlossene Straftat. In letzter Zeit wurde der RICO-Act jedoch als überbeansprucht erachtet und in einer Art und Weise angewandt, die mit seinem ursprünglichen Zweck unvereinbar ist, insbesondere wenn es sich um kleinere, kriminelle „Organisationen“ mit geringen Mitgliederzahlen handelt.<sup>29</sup>

### 4. Kriminalpolitische Funktion des Conspiracy-Vorwurfs

Zusammenfassend ist die kriminalpolitische Funktion der Conspiracy primär prozessualer Natur. Beabsichtigt ist zunächst eine Beweiserleichterung für die Strafverfolgungsbehörden. Diese soll dadurch erreicht werden, dass auch Randfiguren oder Vorfeldaktivitäten Anknüpfungspunkte für umfangreiche Beweiserhebungen bieten, ohne dass zunächst eine konkrete Bezugstat beweisbar sein muss. Die Idee ist, dass sich durch die Beweiserhebung in weitem Umfang der Bezugstat automatisch nähere Beweise für die Bezugstat oder aber für weitere Agreements ergeben werden. Damit wird gleichsam eine gezielte Suche nach Zufallsfunden für Weiterungen der Conspiracy zum Prinzip.<sup>30</sup> Diese Wirkung wird

<sup>27</sup> Näher *Momsen/Washington* (Fn. 26).

<sup>28</sup> *Blakey*, Trends in Organized Crime, Bd. 9, Nr. 8 (2006), abrufbar unter

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1142930](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1142930).

<sup>29</sup> Beispiele für öffentlichkeitswirksame RICO-Verfahren waren Prozesse gegen die „Hells Angels“ (*Zimmerman/Zimmerman*,

<http://www.organized-crime.de/revbar01sonnybarger.htm>

[21.3.2019]), gegen katholische Priester in Fällen von sexuellem Missbrauch (*Smith*, Courts: Lawsuit Accuses Diocese of Hiding Sex Abuse, 2018) sowie im Rahmen der Major League Baseball (*Chass*, New York Times v. 17.7.2002, abrufbar unter

<https://www.nytimes.com/2002/07/17/sports/baseball-a-group-s-racketeering-suit-brings-baseball-to-full-bristle.html> [21.3.2019]).

<sup>30</sup> *LaFave*, Principles of Criminal Law, 3. Aufl. 2017, S. 520 f.

dadurch verstärkt, dass zunächst nicht beweisbare Elemente der Chain oder Wheel Conspiracy durch Vermutungen ersetzt werden dürfen. Lässt sich also nicht nachweisen, dass Schmuggler in Verbindung mit den Verkäufern entsprechenden Waren stehen, so muss dieses wesentliche Element des Tatbestands nicht bewiesen werden, da eine solche Verbindung aus der „Natur der Unternehmung“ folgt.<sup>31</sup>

Das US-amerikanische Verfahren baut infolge einer jahrelangen, sich immer weiter verstärkenden Tendenz, mittlerweile ganz wesentlich darauf auf, dass Beschuldigte dazu veranlasst werden können, sich kooperativ zu verhalten und insbesondere nicht von ihrem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Die extreme Weite des Conspiracy-Vorwurfs wie auch das teilweise ganz erhebliche Ermessen, welche insbesondere die State Laws im Rahmen der Strafzumessung zulassen, gibt den Strafverfolgungsbehörden ein sehr effizientes Instrumentarium an die Hand, um Beschuldigte zu Deals zu bewegen.

Die Basis, auf der diese prozessualen Effekte erreicht werden können, ist die Unbestimmtheit des Conspiracy-Vorwurfs in materiell-rechtlicher Hinsicht. Gerade weil eine Bezugstat häufig nur als Potential oder in groben Umrissen erkennbar sein muss, folgt allein aus der Beteiligung an dem – ebenfalls sehr weit definierten – Agreement nahezu eine Beweislastumkehr. In der Kombination von Weite und Unbestimmtheit von Täterkreis und Sanktion kann die Strafverfolgungsbehörde gerade gegenüber nur randständig beteiligten Beschuldigten eine extrem weite Sanktionsschere öffnen, namentlich eine so hohe Strafe androhen, wie sie nach üblichen Beteiligungskriterien allein gegenüber den Haupttätern zu verhängen wäre.<sup>32</sup> Damit ist der Beschuldigte, insbesondere, wenn er nicht zentral in das Geschehen eingebunden war, faktisch genötigt, auszusagen.

#### IV. Conspiracy als untaugliche Zurechnungsoption für das deutsche Strafrecht

Wie eingangs dargelegt stellt sich die Konstruktion des Conspiracy-Vorwurfs als ein sehr effektives Instrument dar, um Beweise dort zu erlangen, wo sie am schwersten zu erheben sind – in Bereichen komplexer und institutionalisierter Kriminalität. Bevor die rechtlichen Möglichkeiten, auch im deutschen Strafrecht etwas Vergleichbares zu implementieren, ausgelotet und abgewogen werden, soll zunächst noch ein kurzer Blick auf das internationale Strafrecht gerichtet werden. Denn dem US-amerikanischen Vorbild zumindest näherkommende und teilweise entsprechende Zurechnungsmodelle sind im Völkerstrafrecht als „Joint Criminal Enter-

prise“ (JCE – insbesondere JCE III) sowie in der englischen Rechtstradition nachweisbar.<sup>33</sup>

##### 1. „Joint Criminal Enterprise“

Das Zurechnungsmodell der „Joint Criminal Enterprise“ (JCE) wurde durch die Rechtsmittelkammer des ICTY im Verfahren gegen Tadić konzeptionell umgesetzt.<sup>34</sup> Die Intention der JCE wird am klarsten durch die Beschreibung als systemisches Zurechnungsmodell zum Ausdruck gebracht.<sup>35</sup> Ausgangspunkt der Zurechnung ist die Beteiligung an einer gemeinsamen (ggf. singulären) Unternehmung oder an einem „kriminellen Zweckverband“.<sup>36</sup> Kommt es aus der Unternehmung oder dem Verband heraus zu konkreten Taten, so können diese auch dann zugerechnet werden, wenn sie nicht vom Vorsatz aller Beteiligten umfasst sind. Hinzu kommt, dass auch weitere Sub-Unternehmungen gebildet werden können.<sup>37</sup> Die Beteiligung an einem unrechtskreierenden System wird also zum Zurechnungsgrund, weshalb auch von „accomplice liability“ gesprochen wird. Bei im einzelnen umstrittenen Voraussetzungen sind grundsätzlich erforderlich eine Mehrzahl von Personen, ein gemeinsamer Zweck sowie eine Beteiligung an diesem Zweck. Unterschieden werden die Erscheinungsformen JCE I, II, III. JCE I entspricht im Grundsatz einem mittäterschaftlichen Konzept, verzichtet aber auf die Mitwirkung an der gemeinsamen Planung. JCE II knüpft im Prinzip an der Beteiligung am System an, da der formal notwendige Förderungsvorsatz aus der Beteiligung am System abgeleitet wird.<sup>38</sup> Diese Figur kam der Sache nach auch im „Lüneburger Auschwitz-Verfahren“<sup>39</sup> zur Anwendung. Allerdings wurden entsprechende Erwägungen vom BGH lediglich zur Begründung einer Beihilfe herangezogen.<sup>40</sup> Aus der Perspektive der deutschen Dogmatik ist diese Zurechnungsform im Hinblick auf das Schuldprinzip und die Unschuldsvermutung problematisch. Dies gilt für die Begründung der Beihilfe und erst recht für die Annahme von Täterschaft. JCE III ermöglicht es, Taten auch dann zuzurechnen, wenn diese nicht von dem gemeinsamen ursprünglich beschlossenen Zweck umfasst sind. Vorausgesetzt wird neben der Absicht, sich an der Unternehmung als solcher zu beteiligen („intention“) lediglich, dass die mögliche Begehung entsprechender Taten vorhersehbar war („foreseeability of the possible commission“).<sup>41</sup> Dass auch insoweit schuld-

<sup>31</sup> LaFave (Fn. 14), S. 848 f.

<sup>32</sup> Dazu aufschlussreich die Sentencing Motion v. Oliver Schmidt im Verfahren vor dem District Court in Detroit – USA v. Oliver Schmidt, United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division, Case No. 16-20394, Sentence Hearing before Hon. Sean Cox, Protocol v. 8.12.2017, S. 1 ff.

<sup>33</sup> Wright, The Law of Criminal Conspiracies and Agreements, 1873 (Nachdruck 2015).

<sup>34</sup> ICTY, Urte. v. 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Duško Tadić), Rn. 172 ff. Ausführlich dazu Ambos (Fn. 7), § 7 Rn. 30 ff.

<sup>35</sup> Ausführlich Ambos (Fn. 7), § 7 Rn. 11 ff., 30 ff.

<sup>36</sup> Vogel, ZStW 114 (2002), 421.

<sup>37</sup> Ambos (Fn. 7), § 7 Rn. 30 m.w.N.

<sup>38</sup> Ausführlich Ambos (Fn. 7), § 7 Rn. 30.

<sup>39</sup> BGHSt 61, 253.

<sup>40</sup> Momsen, StV 2017, 546.

<sup>41</sup> Ausführlich Ambos (Fn. 7), § 7 Rn. 30.



strafrechtliche Einwände erhoben werden, ist naheliegend.<sup>42</sup> Der Effekt ist neben einer ebenfalls faktischen Beweislastumkehr zusätzlich eine weitreichende Haftung für Exzessstaten, soweit die Vorhersehbarkeit objektiv definiert wird. Der Vorwurf der reinen Erfolgshaftung liegt nicht neben der Sache.<sup>43</sup> Vergleicht man die Modelle des JCE mit der Konstruktion der Conspiracy, so ergeben sich gerade in Bezug auf JCE III deutliche Parallelen, insbesondere mit Blick auf das zurechnungsbegründende Kriterium der Vorhersehbarkeit vom ursprünglichen Beteiligungsentschluss bzw. dem Agreement nicht umfasster Bezugstaten. Im Vergleich zu JCE II lässt sich der aus der Beteiligung am System abgeleitete Förderungsvorsatz mit den Konsequenzen aus der reinen Beteiligung am Agreement vergleichen. Eine weitere Parallele besteht in der stark erweiterten Ausdehnung der Täterschaft sowie der relativ unscharfen Abgrenzung zur Teilnahme, die in der Tendenz zugunsten der Annahme einer Täterschaft zurückgedrängt wird. Dabei ist für die deutsche Rechtsprechung bislang zu konzedieren, dass dieser Schritt nicht nachvollzogen wird, sondern die ausgedehntere Zurechnung tendenziell nur zur Annahme der leichteren Beteiligungsform führt.<sup>44</sup> Interessanterweise betonte bereits vor 40 Jahren *George P. Fletcher* in seinem rechtsvergleichenden Werk „Rethinking Criminal Law“, welches immer noch Standards setzt: „But the theory of criminal liability is to become more refined, we must confront this ambivalence and begin to think about why conspirators are held liable for crimes that they do not perpetrate.“<sup>45</sup> Er schrieb dies lange bevor die oben geschilderte JCE-Entwicklung ihren Lauf nahm. Im US-amerikanischen Strafrecht hat zwar seither durchaus eine Diskussion stattgefunden, ohne jedoch zu Einschränkungen im Bereich der Zurechnung durch Conspiracy zu führen, im Gegenteil. Das deutsche Strafrecht seinerseits erweist sich Ausweitungen der Haftung gegenüber als wenig widerstandsfähig. Die Mahnung *Fletchers* scheint ungehört geblieben zu sein.

## 2. Erweiternde Auslegung im Bereich der Beteiligung

Der deutschen Beteiligungsdogmatik sind Zurechnungsfiguren wie die Konstruktion der Conspiracy sowie der JCE II und III grundsätzlich fremd. Bislang existiert kein dem amerikanischen Conspiracy-Vorwurf vergleichbarer Tatbestand.<sup>46</sup> Die oftmals schwierigen Zurechnungsfragen bei komplexen Beteiligungsstrukturen finden derzeit eine Grenze an den relativ engen Spielräumen, welche die Beteiligungsdogmatik eröffnet. Um nicht in dubio pro reo immer häufiger zu Freisprüchen oder (nur) zu Feststellung minder schwerer Betei-

gungsformen kommen zu müssen, vollzieht die Rechtsprechung auf zwei Ebenen in kleinen Schritten aber gleichwohl spürbar eine Anpassung der Auslegung an die sich aus ihrer Perspektive veränderte Rechtswirklichkeit.<sup>47</sup>

Zunächst ist insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht die Neigung erkennbar, das Kausalitätskriterium vollends von nachzuweisenden Kausalzusammenhängen abzulösen<sup>48</sup>. So wird Kausalität normativ interpretiert als die Abwesenheit einer vernünftigen anderen Verursachungsalternative;<sup>49</sup> so etwa im Bereich der Produkthaftung.<sup>50</sup> Daneben werden die Anforderungen an den Nachweis konkret verursachter Erfolge (Vermögensschäden) herabgesetzt, so dass bei einer Vielzahl von Tätern und Opfern nicht mehr ein konkreter Kausalverlauf bewiesen werden muss, sondern eine rechnerische „Kausalität“ ausreicht; dies gilt auch im Hinblick auf die Konkretisierung einzelner Opfer (sog. „Opferwahlfeststellung“).<sup>51</sup> In diesen Zusammenhang gehört auch die Akzep-

<sup>47</sup> Nachweise zu diesem Befund bei *Bülte*, Vorgesetztenverantwortlichkeit, 2015, S. 87; *Kuhlen*, in: Roxin/Widmaier/Canaris/Heldrich/Schmidt (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, 2000, S. 647 (663); *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 24 ff.

<sup>48</sup> Hierzu kann man bereits die Etablierung einer Top-Down-Betrachtung und „vertikalen Gesamtverantwortung“ der Geschäftsleitung zählen. Dazu *Rotsch*, Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft, 2009; *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 372 f.

<sup>49</sup> Insbesondere seit BGHSt 37, 106 (112 ff., „Lederspray“); 41, 206 („Holzschutzmittel“); ferner international: Spanischer Oberster Gerichtshof NStZ 1994, 37; zust. etwa *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 63 ff.; *Meier*, NJW 1992, 3193 (3194); *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Bd. 1, 2. Aufl. 1988, S. 300 f.; krit. *Denicke*, Kausalitätsfeststellung im Strafprozess, 1997, S. 31 ff.; *Hamm*, StV 1997, 159 (161); *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. Aufl., 1996, S. 35 ff.; *Maiwald*, Kausalität und Strafrecht, 1980, S. 106 ff.; *Puppe*, JZ 1994, 1147 (1150); *dies.*, JZ 1996, 318 (319); *dies.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkungen zu §§ 13 ff. Rn. 88; *Samson*, StV 1991, 182 (183); *Voigtel*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2013, Kap. 10, E. Rn. 71; *Volk*, NStZ 1996, 105.

<sup>50</sup> Mit Nachdruck festgestellt von *Volk*, NStZ 1996, 105 (109).

<sup>51</sup> BGHSt 19, 37 (43); *Dannecker*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Anhang zu § 1 Rn 63; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Anhang zu § 1 Rn. 61; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafrecht, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Vorbemerkungen zu § 13 Rn. 11; mit Einschränkung auf nicht-höchstpersönliche Rechtsgüter: *Tiedemann/Tiedemann*, in: Geppert/Bohnert/Rengier (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, 1992, S. 139, 145ff.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstraf-

<sup>42</sup> Ausführlich *Ambos* (Fn. 7), § 7 Rn. 30 m.w.N.; vgl. auch *Bock*, ZIS 2017, 417; zum Ganzen auch *Werle/Jeffberger*, Völkerstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 566, 599.

<sup>43</sup> Vgl. wiederum die Nachweise bei *Ambos* (Fn. 7), § 7 Rn. 32.

<sup>44</sup> Jedenfalls im Bsp. des „Lüneburger Verfahrens“, vgl. *Momsen*, StV 2017, S. 546.

<sup>45</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 664.

<sup>46</sup> [http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm\\_1.0-ch08\\_s02\\_s04](http://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/8-2-conspiracy/#storm_1.0-ch08_s02_s04) (21.3.2019).

tanz einer sog. „statistischen Kausalität“<sup>52</sup>, die letztlich in den sog. „Quotenschaden“<sup>53</sup> mündete. Letztere Rechtsprechung dürfte insoweit allerdings das Ende dieser Normativierungstendenz markieren.<sup>54</sup>

Eine zusätzliche Erweiterung der Anforderungen an strafrechtlich relevante Tatbeiträge folgt im Rahmen der Diskussion um sog. „Gremienentscheidungen“.<sup>55</sup> Gerade mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen zum Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit bei Conspiracy-Vorwürfen ist bedeutsam, dass die bloße Teilnahme an einer Gremienentscheidung auch dann zur Beteiligung an der Erfolgsherbeiführung infolge von Beschlüssen eines Gremiums führen kann, wenn der Beschuldigte sich der Stimme enthalten oder sogar gegen den

fraglichen Beschluss gestimmt hat.<sup>56</sup> Wenn sich eine derart weite Auslegung der Täterschaft durchsetzen sollte, wäre jedenfalls insoweit eine Parallele zum US-amerikanischen Recht hergestellt, als die bloße Beteiligung an einem Agreement unabhängig vom eigenen Beitrag strafbarkeitsbegründend wirken kann.<sup>57</sup>

Schließlich zeigen namentlich die „Auschwitz-Verfahren“ der jüngsten Vergangenheit eine Tendenz dahin, die Beteiligung an einer Organisation jedenfalls dann als Beteiligung an Bezugstaten ausreichend sein zu lassen, wenn ein grundsätzliches Wissen um die Begehung derartiger Taten nachweisbar ist, auch wenn ein konkreter Beweis für die Verursachung konkreter Erfolge nicht mehr erbracht werden kann.<sup>58</sup> Damit nähert sich die Rechtsprechung dem Beteiligungsmodell der JCE II an.<sup>59</sup> Ähnliches ließ sich bei den sog. „Piratenprozessen“<sup>60</sup> beobachten und gilt auch für die Rechtsprechung aktueller „Terroristen-“ bzw. „Islamistenprozesse“.<sup>61</sup>

Insoweit liegt neben der Annäherung an JCE-Modelle auch eine gewisse Nähe zu dem sehr weiten Täterbegriff durch Conspiracy-Vorwürfe vor, insbesondere, wenn Täterschaft intentional begründet wird („joining a crime“). Diese Annäherung ist jedoch nur unvollständig, da die Zurechnung i.d.R. als Beihilfe und nicht als Täterschaft erfolgt. Die unmittelbare Erweiterung der Täterschaft ist jedoch im materiellen Recht zu beobachten, denn der Gesetzgeber neigt zunehmend dazu, Vorfeldtatbestände einzuführen und auf diese Weise an sich unauffälliges bzw. neutrales Verhalten allein aufgrund der Handlungsmotivation zu kriminalisieren.<sup>62</sup>

recht, 5. Aufl. 2017, § 5 Rn. 349; vgl. auch *Momsen*, StV 2017, 546, 547 ff.

<sup>52</sup> *Fincke*, Arzneimittelpflicht, Strafbare Versuchsmethoden, „Erlaubtes“ Risiko bei eingeplantem fatalen Ausgang, 1977, S. 120 ff.; *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 59 ff.; *Samson*, NJW 1978, 1182 (1184). Krit. *Voigtel* (Fn. 49), Kap. 10, E. Rn. 75 m.w.N.; für eine aus Wahrscheinlichkeiten abgeleitete statistische bzw. probabilistische Kausalität etwa *Hoyer*, GA 1996, 160 (166 ff.); ferner *Suppes*, A Probabilistic Theory of Causality, 1970, S. 12; *Ziethen*, Grundlagen probabilistischer Zurechnung im Strafrecht, 2004, S. 54 ff.

<sup>53</sup> BGHSt 51, 165 (174 ff., „Hoyzer“); zust. etwa: *Bosch*, JA 2007, 389 (391); diff. *Gaede*, HRRS 2007, 18; krit. *Satzger*, Jura 2009, 518 (525).

<sup>54</sup> Mittelbar wirken in diese Richtung auch die abgesenkten Anforderungen an die Beweisbarkeit hinsichtlich des Irrtums i.R.d. § 263 StGB, etwa nach BGH NStZ 2015, 98. Vgl. auch *Grützner/Boerger/Momsen*, CCZ 2018, 50. Auch wenn sich bei *Fincke* (Fn. 52), S. 120 ff., sowie *Samson*, NJW 1978, 1182 (1184), der für den Bereich der Arzneimittelpflicht entwickelte (und von *Kuhlen* [Fn. 52], S. 59 ff., für das Produkthaftungsstrafrecht aufgegriffene) Ansatz findet, generell eine statistische Opferfeststellung schon auf materieller Ebene genügen zu lassen und gar nicht erst auf die (unechte) Wahlfeststellung zurückzugreifen. Dagegen aber *Tiedemann/Tiedemann* (Fn. 51), S. 145 ff., kritisch auch *Voigtel* (Fn. 49), Kap. 10, E. Rn. 74 ff.

<sup>55</sup> *Brammsen*, Jura 1991, 533 (537); *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737 (743 ff.); *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1995, S. 157; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561 (563); *Hoyer*, GA 1996, 160 (173); *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 113 f.; *Kuhlen*, NStZ 1990, 566 (570); *Momsen*, in: *Momsen/Grützner* (Fn. 49), Kap. 1, C. Rn. 19 ff.; *Otto*, WiB 1995, 929 (934); *Puppe*, JR 1992, 30 (32); *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 9 ff.; *dies.*, ZIS 2018, 57; *Rotsch*, ZIS 2018, 1; *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen im Unternehmen, 2001, S. 221 ff.; *Weißer*, Kausalität- und Täterschaftsfragen bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 154 f.; *dies.*, JZ 1998, 230 (234).

<sup>56</sup> BGHSt 50, 331 („Mannesmann“) – insoweit abgedruckt nur in BGH NJW 2006, 522 (527); vgl. zusammenfassend *Momsen*, in: *Momsen/Grützner* (Fn. 49), Kap. 1, C. Rn. 19 ff. m.w.N. Ob „Mannesmann“ in Bezug auf die Motivation zur Beteiligung an der Sitzung des Gremiums als Ausnahmekonstellation anzusehen ist, bleibt umstritten. Zum Stand der Diskussion vgl. *Rotsch*, ZIS 2018, 1.

<sup>57</sup> Zu Recht kritisch zu derartigen Ausweitungen der Zurechnung *Rotsch*, ZIS 2018, 1.

<sup>58</sup> Die Beihilfedogmatik hat sich zwar mit der Entscheidung des BGH im „Lüneburger Auschwitz-Verfahren“ (BGH NJW 2017, 498) ungefähr den Kriterien von JCE II angenähert, eine entsprechende Anwendung im Wirtschaftsstrafrecht ist jedoch derzeit (noch) nicht zu beobachten; vgl. *Momsen*, StV 2017, 546.

<sup>59</sup> Vgl. *Momsen*, StV 2017, 546 (550 f.).

<sup>60</sup> LG Hamburg, Urte. v. 19.11.2012 – 603 KLS 17/10; *Heinecke*, Materialheft zum Strafverteidigertag 2012, abrufbar unter

[http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Hein\\_voelk\\_2012.pdf](http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Hein_voelk_2012.pdf) (21.3.2019); vgl. aber auch *Kraska*, Contemporary Maritime Piracy: International Law, Strategy and Diplomacy at Sea, 2011.

<sup>61</sup> So im Schlussvortrag des Generalbundesanwalts in OLG München, Urte. 11.7.2018 – 6 St 3/12 („Zschäpe“, Urteilsgründe noch nicht veröffentlicht), liegt den *Verfassern* vor.

<sup>62</sup> Zur Diskussion vgl. *Ashworth*, Criminal Law and Philosophy 2011, S. 237; *Ashworth/Zedner*, Preventive Justice, 2014; *Dubber*, in: *Duff/Green* (Hrsg.), Defining Crimes:

Beredtes Beispiel für diese Tendenz ist der 2017 neu gefasste § 89a StGB (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat). Die Norm verfolgt relativ klar präventive Zwecke und war seit jeher verfassungsrechtlich problematisch.<sup>63</sup> Anders als im Fall der Conspiracy geht es jedoch nicht primär darum, das Umfeld erfolgter – aber eben auch bevorstehender – Taten aufzuheben. Vielmehr wird bezweckt, künftige Straftaten dadurch zu verhindern, „dass präsumtive Täter vorab wegen objektiv belangloser oder neutraler Handlungen bestraft und so ‚aus dem Verkehr‘ gezogen werden“<sup>64</sup> sollen. Vergleichbar zur Conspiracy sind jedoch zwei Aspekte: Zum einen müssen die Beschreibungen der tatbestandlichen Handlungen, da sie auch sozialadäquate Verhaltensweisen erfassen, sehr vage ausgestaltet sein. Sie sind daher ihrer Funktion als vertyptes Unrecht entkleidet. Zum anderen müssen für mögliche Bezugstaten keine direkten Beweise vorliegen. Aus Beweisen für das an sich belanglose Vorbereitungsverhalten ergibt sich im Zusammenhang mit einer Handlungsintention ein Verdacht für die Begehung der Bezugstat. Dieser Verdacht wird als ausreichend angesehen und ersetzt insoweit den nach dem in dubio-Satz eigentlich erforderlichen Beweis.<sup>65</sup> Die Kritik an der Praxis der Conspiracy-Verfahren entspricht diesem Befund für das deutsche Strafrecht in bemerkenswerter Weise: „[...] the law of conspiracy developed in such a way that certain objectives not in themselves criminal will suffice. However, the vagueness stems from other aspects as well, including the uncertainty over what is sufficient to constitute the agreement and what attendant mental state must be shown. These ambiguities compound the difficulties of defending against a conspiracy charge for it’s hard to find an antidote for a poison you cannot identify.“<sup>66</sup>

## V. Conspiracy – keine Alternative für das deutsche Strafrecht

Eine der Conspiracy vergleichbare Tatbestandskonstruktion kennt das deutsche Strafrecht bislang nicht. Jedoch lassen sich wie aufgezeigt in der Gesetzgebung und Anwendungspraxis des Straf- und Strafverfahrensrechts Tendenzen erkennen, Schritte in Richtung einer Haftungsausweitung und Beweiserleichterung zu unternehmen. Damit bleibt zu klären, ob weitere Strukturen der Zurechnung von Conspiracy-Modellen in das deutsche Strafrecht übernommen werden können und sollen. Versucht man die Struktur der Conspiracy

in Kategorien des deutschen Strafrechts zu übersetzen und hier Tatbestände zu identifizieren, welche entsprechende Elemente aufweisen, so erhält man folgendes Bild: Im Bereich des Allgemeinen Teils lässt sich das Agreement am ehesten mit § 30 Abs. 2 StGB, der Verabredung eines Verbrechens, vergleichen. Auch hier setzt die Zurechnung relativ weit im Vorfeld einer Bezugstat an. Die präsumtive Bezugstat kann auch ihrerseits eine Anstiftung sein, soweit diese auf ein Verbrechen als Haupttat gerichtet ist. Allerdings erfolgt eine Beschränkung auf Verbrechen (als Haupt- bzw. Bezugstaten), vor allem aber ist kein vergleichbarer Verzicht auf die Konkretisierung des Vorsatzes im Hinblick auf die präsumtive Tat zu verzeichnen. Diese Tat muss auf der Grundlage der Vorstellung der Beteiligten soweit konkretisiert sein, dass ihre Begehung auf dieser Grundlage möglich wäre.<sup>67</sup> Zwar müssen sich die Beteiligten nicht persönlich kennen, jedoch müssen sie sich (etwa im Internet unter Pseudonym) begegnen.<sup>68</sup> Entscheidend ist die Begründung einer Bindungswirkung im Hinblick auf die Begehung der Bezugstat.<sup>69</sup> Im Übrigen entsprechen die Anforderungen denjenigen an die Konkretisierung der Tat im Rahmen des gemeinsamen Tatentschlusses nach § 25 Abs. 2 StGB.<sup>70</sup> Damit bestehen deutliche Unterschiede zu den Konkretisierungsanforderungen an ein Agreement im Rahmen der Conspiracy. Weiterhin lassen sich der Conspiracy verwandte Elemente in den §§ 89b, 111, 129a und 129b StGB, also denjenigen Organisationsdelikten finden, welche die Strafbarkeit weit in das Vorfeld der aus der Organisation heraus begangenen Bezugstaten ausweiten. § 89b StGB (Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) ist jedoch auf einige wenige besonders schwere staatsgefährdende Taten beschränkt. Zudem ist ebenfalls eine Konkretisierung der Bezugstat notwendig und vor allem muss diese Tat beabsichtigt sein, sodass weitere nicht von der Absicht umfasste Taten nicht unter § 89b StGB fallen.<sup>71</sup> Die Norm ist jedoch wegen ihres Charakters als Pönalisierung der Vorbereitung einer Vorbereitungshandlung, welche gerade auch einen Conspiracy-Vorwurf kennzeichnen kann, zu Recht Kritik ausgesetzt, die eine Verletzung des Schuldgrundsatzes annimmt.<sup>72</sup> Im Vergleich zu §§ 129a und 129b StGB knüpft Conspiracy zwar auch an der Zugehörigkeit zu einem System als Zurechnungsgrund für Taten aus dem System heraus an. Jedoch ermöglicht das US-amerikanische Modell aufgrund seiner sehr unbestimmten Zurechnungsparameter eine deutlich umfassendere Verantwortungszuweisung.

Essays on the Special Part of the Criminal Law, 2005, S. 91; Duff, ebenda, S. 43; BGHSt 10, 388 (389); BGHSt 44, 91 (95); Law Commission, 2006, Rn. 5.27; Law Commission, 2007, Rn. 2.11–2.19; Callanan v. United States, 364 U.S. 587, 593–594 (1961); R. v. Hamilton 2005 S.C.C. 47, Rn. 25 f.; Zöller, NStZ 2015, 373.

<sup>63</sup> Vgl. Rackow, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 615 (629 ff.).

<sup>64</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 89a Rn. 8.

<sup>65</sup> Fischer (Fn. 64), § 89a Rn. 8.

<sup>66</sup> LaFave (Fn. 30), S. 524.

<sup>67</sup> BGHSt 18, 160 (161); BGH NStZ 1998, 347; näher *Murmann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2018, § 30 Rn. 9, 24, der hier explizit von „Konspiranten“ spricht.

<sup>68</sup> BGH StV 2012, 146 f.

<sup>69</sup> Rackow/Bock/Harrendorf, StV 2012, 687; Rotsch, ZJS 2012, 680 ff.; zur Frage mangelnder Ernstlichkeit Weigend, NStZ 2011, 573.

<sup>70</sup> *Murmann* (Fn. 67), § 30 Rn. 24.

<sup>71</sup> Näher *Güntge*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 67), § 89b Rn. 1 f.

<sup>72</sup> Dazu Fischer (Fn. 64), Rn. 2 ff.



Nach den Kategorien des US-amerikanischen Strafrechts ist Conspiracy ein „inchoate crime“, ein unvollständiges Verbrechen, wiewohl der Vorwurf zu den folgenreichsten Beschuldigungen gehört.<sup>73</sup> Es unterscheidet sich vom Versuch (attempt of crime) insbesondere dadurch, dass die Verbindung zwischen der Fassung des „bösen“ Willens und der Bezugstat weniger eng ist, als beim Versuch, der sich stets auf die Handlung der Täter der Bezugstat zu deren unmittelbarer Ausführung beziehen muss.<sup>74</sup> Zudem sind die Anforderungen an die Beweisbarkeit des Agreements gerade im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts denkbar gering, da die Gerichte berücksichtigen, dass Unternehmen als solche verschwörerisch und verdeckt agieren.<sup>75</sup> Zwar tritt bei dem Agreement der Conspiracy bereits der böse Wille in die Außenwelt, wenn auch nicht notwendig gegenüber mehr als einer Person, wohingegen beim Versuch der Tatentschluss des Alleintäters ein reines Internum bleiben kann.<sup>76</sup> Dass aber im Bereich einiger State Laws die Bezugstat wie auch die Beteiligung des Conspirators an dieser praktisch nicht konkretisiert werden müssen, ist nur damit zu erklären, dass im US-amerikanischen Strafrecht das Schuldprinzip nicht in vergleichbarer Weise wie im StGB verankert ist. Insbesondere fehlt ein Äquivalent zur Tatschuld.<sup>77</sup> Diese setzt nämlich voraus, dass es zu mehr als der Äußerung eines bösen Willens kommt. Es muss eben auch (mindestens) eine zurechenbare Gefährdung eines konkreten rechtlich geschützten Interesses durch das Täterverhalten eintreten. Dies gilt selbst für die Anstiftung, wie sich am Erfordernis des unmittelbaren Ansetzens (zur versuchten Anstiftung) zeigt.<sup>78</sup> Vergleichbare Voraussetzungen bestehen für eine täterschaftliche Begehung einer Conspiracy nicht, schon gar nicht für jeden Co-Conspirator. Insoweit ist die Konstruktion nicht mit dem Schuldgrundsatz in Form des Prinzips der Tatschuld zu vereinbaren.<sup>79</sup>

<sup>73</sup> *LaFave* (Fn. 30), S. 529: „[...] conspiracy cannot be viewed solely as an inchoate crime. If it were, then it would hardly make sense to say, 'it is an offense of the gravest character, sometime quite outweighing, in injury to the public, the mere commission of the contemplated crime' nor would it be sensible to allow punishment for both the conspiracy and its criminal object.“

<sup>74</sup> *LaFave* (Fn. 30), S. 530.

<sup>75</sup> *LaFave* (Fn. 30), S. 530, mit Bezug auf die englische Entscheidung *Regina v. Murphy* aus dem Jahr 1837, welche bis heute prägend sei.

<sup>76</sup> *Hoffmann-Holland*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 22 Rn. 34, 97.

<sup>77</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 222 f., erklärt dies u.a. damit, dass Conspiracy sich ursprünglich nur auf minor crimes bezog bzw. als solches eingeordnet wurde, im Laufe der Zeit aber in „a remarkable process of transformation“ zu einer „major felony“ aufgewertet wurde. Ein Prozess, der aus seiner Sicht kaum rezipiert wurde.

<sup>78</sup> *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Rn. 76), § 30 Rn. 29, 33 ff.

<sup>79</sup> Kritisch bereits *Fletcher* (Fn. 1), S. 219 f.

Zudem wird der Bereich der Täterschaft extrem ausgeweitet. Die tradierten Beteiligungsformen würden im Bereich des Conspiracy-Tatbestands in Richtung eines Einheitstätermodells modifiziert. Der Conspiracy-Vorwurf hebt zwar nicht die Beteiligungsformen auf oder ersetzt sie vollständig. Aber er umhüllt sie gleichsam mit einem Mantel, unter dem sie nicht mehr zu erkennen, kaum noch zu differenzieren sind.

Die teilweise Übernahme von Kriterien einer Zurechnung nach JCE II allerdings stellt genau einen Schritt in diese Richtung dar. Allen diesen Modellen fehlt allerdings eine vergleichbare prozessrechtliche Flankierung, welche gerade die Wirksamkeit des Conspiracy-Vorwurfs ausmacht.<sup>80</sup> Diese prozessualen Wirkungen werden erst durch die Unbestimmtheit des materiellen Rechts ermöglicht. Das im US-amerikanischen Verfahren gerade in der Praxis der verschiedenen Jurisdiktionen auf State und Federal Level zu verzeichnende Umsetzungsdefizit<sup>81</sup> in Bezug auf die „schützenden Formen“<sup>82</sup> erfährt durch die Vagheit des Conspiracy-Tatbestands eine nachhaltige Verstärkung. Die Formenfreiheit führt zu einer gewissermaßen beabsichtigten Willkür in Bezug auf die Intensität der Verfolgung und die Schärfe der Sanktion. Dadurch wird ein Zwang zur Kooperation geschaffen, der sich als gemeinsame Lösung des Konflikts oder sogar als Vergemeinschaftung des Konflikts bezeichnen lässt. Dieses Konzept aber baut zentral auf materieller Unbestimmtheit und dem faktisch erzwungenen Verzicht auf prozessuale Verteidigungsrechte auf. Das bedeutet, eine Einführung eines entsprechenden Beteiligungsmodells in materieller Hinsicht verlangt auch die Relativierung prozessualer Rechte. Hinzu kommen erhebliche Unterschiede in der Ausgestaltung der prozessualen Rechtspositionen zwischen dem US-amerikanischen und dem deutschen Verfahrensrecht, die sich ebenfalls gegen eine Implementierung eines Conspiracy-Modells sperren. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen insbesondere Bedenken im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG (Bestimmtheit) sowie den Schuldgrundsatz, der vor allem einer faktischen Erfolgshaftung, welche das Conspiracy-Modell in weitem Umfang ermöglicht,<sup>83</sup> entgegensteht. Tatsächlich

<sup>80</sup> Zwar kann sich eine prozessuale Wirkung auch durch die Verwirklichung einer „Aufgreiffunktion“ des materiellen Rechts i.R.d. § 152 Abs. 2 StPO ergeben, ohne dass unmittelbar prozessrechtliche Veränderungen nötig wären. So eröffnen bspw. auch die §§ 129 ff. StGB zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen der StPO, worauf etwa *Schäfer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 129 Rn. 172, zutreffend hinweist.

<sup>81</sup> *Weaver/Burkoff/Hancock/Hoeffel/Singer/Friedland*, *Principles of Criminal Procedure*, 5. Aufl. 2016, S. 5 f.

<sup>82</sup> Zu deren elementarer Bedeutung für ein rechtsstaatliches und faires Strafverfahren aus deutscher Perspektive vgl. die eindrücklichen Ausführungen von *Zachariae*, *Handbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, 1862; *Jhering*, *Der Kampf ums Recht*, 1872; *Jungfer*, *Strafverteidigung*, 2016.

<sup>83</sup> *LaFave* (Fn. 14), S. 839 f.; *Fletcher* (Fn. 1), S. 219 ff., 646 ff.

trifft 40 Jahre später die Formulierung *LaFaves* „Liability without Fault“<sup>84</sup> die Anwendungspraxis besser als die ehemalige Charakterisierung *Fletchers*, „conspiratorial membership functions not as a category of accessory liability but as a test for what it means to be a co-perpetrator.“<sup>85</sup> Denn der Conspiracy-Vorwurf transzendiert und verzerrt die Kategorien der akzessorischen Beteiligung.

Die Unbestimmtheit des Conspiracy-Vorwurfs ermöglicht den Ermittlungsbehörden, gezielt diejenigen Beschuldigten zu verfolgen, die am leichtesten unter Druck zu setzen sind und diesen ggf. die Erfolge der gesamten Conspiracy zuzurechnen, auch diejenigen Folgeaktivitäten, die ohne ihre Kenntnis stattfanden. Dies ist der entscheidende Hebel zu Kooperation und damit zur Gewinnung von Beweisen.

Letztlich aber ist die Bestimmtheit des Strafrechts eine zentrale Voraussetzung der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens. Zwar hat der Gesetzgeber gerade in der letzten Legislaturperiode aus teilweise kurzsichtigen Motiven, möglicherweise getrieben von der Angst vor dem Verlust von Wählern an populistische Parteien, im materiellen wie im Verfahrensrecht einige unglückliche Entscheidungen getroffen,<sup>86</sup> jedoch darf dies nicht den Anfang einer Reise in die Unbestimmtheit markieren. Denn wie *Jungfer* mit Verweis auf *Jhering* wiederholt betont hat, ist die „Form die Schwester der Freiheit und die eingeschworene Feindin der Willkür“<sup>87</sup>. Die Einführung eines Tatbestands der Conspiracy nach US-amerikanischem Vorbild würde unser Strafrechtssystem im Ergebnis in seiner Zurechnungsstruktur schwächen. Zudem müssten zur effektiven Umsetzung auch die prozessualen Parameter verändert werden, namentlich müssten Ermessen und Sanktionsgewalt der Staatsanwaltschaft deutlich gestärkt werden. Wirklich effektiv ließe sich insbesondere auf die Aussagebereitschaft von (Mit-)Beschuldigten vermutlich nur dadurch Einfluss nehmen, dass diesen von der Staatsanwaltschaft deutlich unterschiedliche Sanktionsoptionen für kooperatives Verhalten im Gegensatz zur Wahrnehmung des Schweigerechts in Aussicht gestellt werden könnten. Damit würde sich das staatsanwaltschaftliche Ermessen signifikant in Richtung der Befugnisse der US-amerikanischen „prosecutorial discretion“ entwickeln. Dieses ist aber, wie gezeigt, berechtigter Kritik ausgesetzt, gerade auch in Bezug auf seine Ausübung bei plea bargainings.<sup>88</sup> Wenn aber

ein solches Ermessen effektiv ausgeübt wird, würde es zwangsläufig zu einer deutlichen Ausweitung von frühen, hauptverhandlungshindernden Absprachen kommen, da diese zentrales Element der Beweisgewinnung und -begrenzung würden. Denn dies verspricht neben sofortigen Schuldeingeständnissen, die letztlich ein Verzicht auf weitere Beweisgewinnung darstellen, die größte Beschleunigungswirkung. Derartige Konsequenzen können schwerlich erwünscht sein. Auch wenn die Protagonisten einer schlagkräftigen Generalprävention sowie besonderer Verfahrensregeln für „Feinde“ und „Fremde“ dies propagieren mögen, wird man hierdurch keine Sicherheit, sondern im Gegenteil Unsicherheit im Sinne einer Unkalkulierbarkeit staatlichen Strafens gewinnen, viel zu teuer erkaufte mit einem erheblichen Verlust an Freiheit.

Zwei kritischen Stimmen aus den Vereinigten Staaten aus dem US-amerikanischen Rechtssystem gebührt die Schlussbemerkung:

„The modern crime of conspiracy is so vague that it almost defies definition. Despite certain elementary and essential elements, it also, chameleon-like, takes on a special coloration from each of the many independent offenses on which it may be overlaid.“<sup>89</sup>

„A doctrine so vague in its outlines and so uncertain in its fundamental nature as criminal conspiracy lengths no strength or glory to the law; it's a veritable quicksand of shifting opinion and ill-considered thought.“<sup>90</sup>

<sup>84</sup> *LaFave* (Fn. 14), S. 839.

<sup>85</sup> *Fletcher* (Fn. 1), S. 219 ff., 647, der allerdings zutreffend nachdenklich ergänzt „whether this test is a sound one shall concern us in due course“.

<sup>86</sup> Vgl. *Nobis*, StV 2018, 453.

<sup>87</sup> *Jungfer* (Fn. 82); *Jhering* (Fn. 82).

<sup>88</sup> *Weaver/Burkoff/Hancock/Hoeffel/Singer/Friedland* (Fn. 81), S. 342 ff.: U.a. entstehe eine Eigendynamik dahin, immer mehr Fälle durch Absprachen zu erledigen und die tatsächlichen Grundlagen der einer unter taktischem Zwang erfolgten guilty plea kaum noch zu hinterfragen – mit interessanten Fallbeispielen sowie Nachweisen zur Häufigkeitsentwicklung und dem vergeblichen Versuch, Robert T. Johnsons, District Attorney of the Bronx, zumindest für die zur Grand Jury angeklagten Fälle plea bargainings zu untersagen.

<sup>89</sup> Justice Jackson in *Krulewitch v. United States*, 396 US 440, 69 S.Ct. 716, 93 L.Ed. 790 (1949).

<sup>90</sup> *Sayre*, Harvard Law Review 35 (1922), 393; *LaFave* (Fn. 14), S. 816.

# Die Exzesszurechnung nach der neueren englischen Rechtsprechung

Von Rechtsanwalt Dr. **Andreas Dürr**, M.Jur. (Oxford), München\*

*Seit mehreren Jahren wird die Thematik der Exzesszurechnung in England/Wales weit über die Fachwelt hinaus diskutiert. In den zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Fällen Regina v. Jogee und Ruddock v. The Queen änderte der Oberste Gerichtshof des Vereinigten Königreichs am 18. Februar 2016 eine über dreißigjährige Rechtsprechung, nach welcher einem Tatbeteiligten der Exzess seines Komplizen bereits dann zugerechnet werden konnte, wenn er die Möglichkeit dieses Exzesses vorhersah. Diese niedrige Schwelle hob der Gerichtshof nun dahingehend an, dass der die Exzesstat nicht ausführende Beteiligte Vorsatz (intention) in Bezug auf die Begehung der Exzesstat durch den ausführenden Täter haben muss. Mit dieser nach Meinung vieler innerhalb wie außerhalb der Fachwelt überfälligen Rechtsprechungskorrektur machte der Gerichtshof vielen – gerade auch jugendlichen – Strafgefangenen Hoffnung auf eine Freilassung oder Strafmilderung, die in den meisten Fällen allerdings enttäuscht wurde. Dieser Beitrag zeichnet die englische Rechtsprechung zur Exzesszurechnung vor und nach R. v. Jogee nach. Darüber hinaus zeigt er auf, dass die Gefahr einer ausufernden Exzesszurechnung auch im deutschen Recht besteht.*

## I. Einführung

Regelungen des Allgemeinen Teils des Strafrechts finden nur äußerst selten über das Fachpublikum hinaus Aufmerksamkeit – ganz im Gegensatz zum Besonderen Teil. Dies erstaunt angesichts der Abstraktion der Fragestellungen jedoch nicht sonderlich. Ausnahmen lassen sich nur wenige ausmachen: Im deutschen Recht fiel einem etwa die Diskussion um die „kalte Amnestie“ bei Nazi-Verbrechen infolge von § 50 Abs. 2 StGB a.F. (heute: § 28 Abs. 2 StGB) ein – ein Thema das der nichtjuristischen Öffentlichkeit in jüngerer Zeit durch von Schirachs Roman „Der Fall Collini“ in Erinnerung gerufen wurde.<sup>1</sup>

Ein zweites Beispiel, das den Gegenstand dieses Beitrags bildet, findet sich aktuell im englischen<sup>2</sup> Recht und betrifft die sog. „joint enterprise“-Regel. The Guardian beispielsweise hat schon zahlreiche Beiträge<sup>3</sup> dazu veröffentlicht; die BBC strahlte im Jahr 2014 sowohl einen Film („Common“) als auch eine ausführliche Dokumentation („Guilty by Association“) über die Thematik aus.<sup>4</sup> Zivilgesellschaftlich bildete sich ferner die Bürgerinitiative JENGbA („Joint

Enterprise: Not Guilty by Association“)<sup>5</sup>, die u.a. zahlreiche Demonstrationen gegen die Regel organisiert hat. Der Hintergrund all dessen ist die empfundene Unverhältnismäßigkeit der (vormaligen) „joint enterprise“-Regel, bei der es um eine äußerst weitreichende Exzesszurechnung bei mehreren Tatbeteiligten geht, mit wiederum drastischen Auswirkungen sowohl auf die Verurteilung als auch auf die verhängte Strafe. Gerade Letztere ist in England generell und gerade auch bei jugendlichen Tätern tendenziell hoch.

Nicht nur diese öffentliche Aufmerksamkeit legt es nahe, der Figur des joint enterprise einen deutschsprachigen Beitrag zu widmen. Ein weiterer Grund besteht darin, dass der Oberste Gerichtshof des Vereinigten Königreichs in einem aufsehenerregenden Urteil, den zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Fällen R. v. Jogee und R. v. The Queen<sup>6</sup>, – wohl auch dem öffentlichen und juristischen Druck folgend – die vor 30 Jahren eingeschlagene Rechtsprechungslinie korrigierte.

Dabei wird in drei Schritten verfahren: Zunächst erfolgt ein kurzer Überblick über die Struktur des englischen Beteiligungsrechts, weil dieser Hintergrund für das Verständnis der Exzessproblematik im englischen Recht unerlässlich ist (II.). Daran schließt eine Darstellung der Figur des joint enterprise und ihrer Behandlung des Exzesses vor und nach R. v. Jogee an (III.). Schließlich wird die Behandlung des Exzesses im deutschen Recht aufgegriffen – die Diskussion um die joint enterprise-Regel erscheint auch für das deutsche Recht relevant, weil sich die Gefahr, der durch R. v. Jogee begegnet wurde, in der deutschen Rechtsprechung ebenfalls ausmachen lässt (IV.).

## II. Die Grundstruktur der Beteiligungsformen des englischen Strafrechts

Das englische Recht unterscheidet im Ausgangspunkt – wie das deutsche Recht – zwei Kategorien der Beteiligung an der Straftat: Täter (principals, 1.) und Teilnehmer (accessories, 2.). Hierbei ist jedoch zweierlei zu beachten: Einerseits decken sich die Anwendungsbereiche dieser beiden Formen nicht mit denen der Täter- und Teilnehmerschaft nach den §§ 25 ff. StGB, sodass im Folgenden auch ein cursorischer Vergleich vorgenommen wird. Andererseits kommt der Abgrenzung zwischen den beiden Formen im englischen Recht aus bestimmten Gründen eine nur untergeordnete Bedeutung zu (3.).

\* Der Autor ist als Rechtsanwalt im Fachbereich Wirtschaftsstrafrecht & Compliance tätig. Dieser Beitrag stellt eine erweiterte Version des Vortrags im Rahmen seiner mündlichen Doktorprüfung dar.

<sup>1</sup> Ferdinand von Schirach, Der Fall Collini, 2011.

<sup>2</sup> Mit „englisch“ ist das einheitliche Recht von England und Wales gemeint.

<sup>3</sup> <https://www.theguardian.com/law/joint-enterprise> (27.3.2019).

<sup>4</sup> Vgl. <http://www.bbc.com/news/uk-england-28148073> (27.3.2019).

<sup>5</sup> Vgl. <http://www.jointenterprise.co> (27.3.2019).

<sup>6</sup> Regina v. Jogee [2016] UKSC 8. Als für Übersee zuständiger Richterausschuss des Kronrats (Judicial Committee of the Privy Council) wurde zugleich der die identische Rechtsfrage aufwerfende jamaikanische Fall Ruddock v. The Queen [2016] UKPC 7, entschieden. Die gemeinsame Entscheidung ist abgedruckt in The Weekly Law Reports 2 (2016), 681, und wird hier einheitlich als „R. v. Jogee“ bezeichnet.

### 1. Täter (*principals*)

Die Täterschaft – neben dem Begriff *principal* ist auch die Bezeichnung *perpetrator* geläufig<sup>7</sup> – wird dem deutschen Recht ähnlich in drei Subformen eingeteilt: den gewöhnlichen unmittelbaren und schlicht als *principal* bezeichneten Täter (a), mehrere gemeinschaftlich handelnde Täter (*joint principals*, b) sowie den durch ein strafloses Werkzeug (*innocent agent*) handelnden Täter (c).

#### a) Grundform

In seiner Grundform weist der *principal* kaum sachliche Unterschiede zum Täter nach § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB auf: Im deutschen<sup>8</sup> wie im englischen Recht<sup>9</sup> ist Täterschaft in diesem Sinne dann gegeben, wenn die Person die Merkmale des objektiven Tatbestands/*actus reus* unmittelbar eigenhändig erfüllt, also z. B. den tödlichen Schuss abfeuert. Unerheblich ist im englischen Recht allerdings, ob die tatbestandsausführende Person einen spezifischen Täterwillen aufweist, sodass im „Badewannenfall“<sup>10</sup> nach englischem Recht von Täterschaft auszugehen sein dürfte.<sup>11</sup> Auch die spezifische Rolle des Handelnden ist – bei mehreren Beteiligten – unerheblich.<sup>12</sup>

Das vollverantwortliche Setzen einer Erfolgsursache durch das Opfer oder einen Dritten schließt in beiden Rechtsordnungen eine unmittelbare Täterschaft aus: Während nach deutschem Recht die objektive Zurechnung unterbrochen wird und in engen Grenzen noch eine mittelbare Täterschaft denkbar ist,<sup>13</sup> liegt im englischen Recht bei einer bewussten und willentlichen, den Erfolg herbeiführenden Handlung

eines anderen (d.h. des Opfers<sup>14</sup> oder eines Dritten<sup>15</sup>) ein sog. *novus actus interveniens* vor. In Bezug auf den Hintermann sei dann die „Kausalitätskette“ täterschaftlicher Zurechnung unterbrochen, sodass dieser nur noch Teilnehmer sein könne. Man will so eine Verwässerung der Abgrenzung zwischen Täter und Teilnehmer vermeiden,<sup>16</sup> was jedenfalls im englischen Recht hinnehmbar ist, weil einerseits der Schuldspruch die Beteiligungsform nicht benennt und andererseits die Rechtsfolgen ohnehin (fast) identisch sind (siehe unten II. 3.). Mitunter neigt die englische Rechtsprechung aber dazu, diese klare Abgrenzung zu verwischen.<sup>17</sup>

#### b) *Joint principals*

Im Einklang mit diesem formalen Ansatz hinsichtlich der Täterschaft geht man im englischen Recht nur dann von *joint principals*<sup>18</sup> (oder *co-principals*<sup>19</sup>) aus, wenn die Voraussetzungen des *actus reus* bei entsprechender subjektiver Seite (*mens rea*) von jedem Beteiligten zumindest teilweise *selbst* erfüllt werden.<sup>20</sup> Dies ist zum einen der Fall, wenn von mehreren Personen jeder ein objektives Merkmal des *actus reus* selbst verwirklicht und in Bezug auf ein anderes einen Komplizenbeitrag leistet – beispielsweise handelt es sich um zwei *Raubtäter*, wenn einer das Opfer durch Drohung oder Gewalt nötigt und der andere die Beute ergreift.<sup>21</sup> Zum anderen liegen *joint principals* vor, wenn mehrere Beteiligte dasselbe Element des *actus reus* im Zusammenwirken erfüllen,<sup>22</sup> z.B. wenn zwei Schläger durch ihre Hiebe zusammen den Tod des Opfers herbeiführen.<sup>23</sup>

Im Unterschied zur Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB umfasst der englische Täterbegriff also nicht die Konstellation, dass ein Beteiligter gar kein Tatbestandselement eigenhändig realisiert, z.B. weil er gar nicht am Tatort anwesend ist oder seine Beiträge während der Tatausführung nicht strikt ein Tatbestandsmerkmal erfüllen.<sup>24</sup>

<sup>7</sup> Auf Seite 685 von R. v. Jogee, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681, beispielsweise verwenden die Richter Lord Hughes und Lord Toulson beide Begriffe, aber im weiteren Urteil greifen sie häufiger auf den Terminus *principal* zurück; vgl. auch *Child/Ormerod*, *Smith & Hogan's Essentials of Criminal Law*, 2015, S. 480.

<sup>8</sup> Vgl. für das deutsche Recht *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 37; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 25 Rn. 3.

<sup>9</sup> Vgl. für das englische Recht R. v. Jogee, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (685); *Smith*, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, 1991, S. 27 f.; *Ormerod/Laird*, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14. Aufl. 2015, S. 208 f.

<sup>10</sup> RGSt 74, 84.

<sup>11</sup> Nach *Joecks* (Fn. 8), § 25 Rn. 37, ist heutzutage auch im deutschen Recht bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung immer von Täterschaft auszugehen.

<sup>12</sup> Deutlich die Richter Lord Hughes und Lord Toulson in R. v. Jogee, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (685): „The actual perpetrator is known as a principal, even if his role may be subordinate to that of others.“

<sup>13</sup> Grundlegend BGHSt 35, 347 = NJW 1989, 912 („Katzenkönig“).

<sup>14</sup> *Glanville/Baker*, *Textbook of Criminal Law*, 4. Aufl. 2015, § 17-003.

<sup>15</sup> Vgl. *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 209 ff. m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. R. v. Kennedy [2008] 1 A.C. 269, 276–277, unter Verweis auf *Williams*, *Cambridge Law Journal* 48 (1989), 391 (398).

<sup>17</sup> Krit. daher *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 478, zu derartigen Überlegungen einiger Richter des Obersten Gerichtshofs in der Entscheidung R. v. Gnango [2011] UKSC 59; ebenso *Allen*, *Textbook on Criminal Law*, 12. Aufl. 2013, S. 228 f., in Bezug auf zwei Entscheidungen des Court of Appeal.

<sup>18</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 204 f., 212 f.

<sup>19</sup> *Ashworth/Horder*, *Principles of Criminal Law*, 7. Aufl. 2013, S. 419.

<sup>20</sup> Vgl. *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 212 f., 239.

<sup>21</sup> Vgl. *Smith* (Fn. 9), S. 28; *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (218 f.); *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 419 f.

<sup>22</sup> *Smith* (Fn. 9), S. 28 f.

<sup>23</sup> Vgl. *Macklin and Murphy's Case*, *Lewin's Crown Cases* 2 (1838), 225 (zitiert nach *Ormerod/Laird* [Fn. 9], S. 212).

<sup>24</sup> Vgl. *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (219).



Umstritten war im deutschen Recht früher die erstgenannte joint principal-Konstellation, d.h., ob die unmittelbare Täterschaft die vollständige Tatbestandserfüllung voraussetzt oder schon bei eigenhändiger Erfüllung eines einzigen Tatbestandselements gegeben ist. Folgte man letzterer Ansicht, wäre im genannten Raubbeispiel nach deutschem Recht für die Beteiligten unmittelbare Täterschaft anzunehmen. Wegen der Erforderlichkeit einer Zurechnung wird heute jedoch einhellig von Mittäterschaft ausgegangen.<sup>25</sup>

### c) *Innocent agency*

Einander ähnlich sind sich schließlich die mittelbare Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB und die Täterschaft kraft innocent agency im englischen Recht, wobei auch hier keine vollständige inhaltliche Übereinstimmung besteht.

Ähnlich sind sich die Institute zunächst insoweit, als beide unter Verzicht auf die unmittelbar eigenhändige Tatbestandserfüllung eine Täterschaft annehmen. Vor allem für das tendenziell formal-objektiv orientierte englische Recht ist dies bemerkenswert, wo jenes doch – wie gesehen – selbst für die Annahme von joint principals zumindest eine teilweise eigenhändige Erfüllung der Elemente des actus reus verlangt.<sup>26</sup>

Ein Unterschied zwischen beiden Konzepten ergibt sich allerdings insoweit, als nach englischem Recht der unmittelbar Ausführende straflos – eben ein *innocent* agent – sein muss. Der Strafbarkeitsmangel ist im englischen Recht für die Annahme der Täterschaft des Hintermanns zwingend, weil nach jener Rechtsordnung – wie gesehen – ein willentlicher Entschluss (des Vordermanns) zur Setzung einer Erfolgsursache in Kenntnis der Umstände (novus actus interveniens) in Bezug auf den Hintermann die Kausalitätskette unterbricht und jenen allenfalls zum Teilnehmer macht. Nach deutschem Recht hingegen schließt ein vollverantwortlicher Vordermann eine mittelbare Täterschaft des Hintermanns nicht unbedingt aus („Täter hinter dem Täter“).

### 2. Teilnehmer (*accessories*)

Teilnehmer nach englischem Recht – regelmäßig bezeichnet als accessory oder secondary party,<sup>27</sup> bisweilen auch als accomplice<sup>28</sup> – ist jeder einen sonstigen Beitrag zur Tat Leistende. Section 8 des Accessories and Abettors Act 1861 nennt insoweit zwar vier formale Teilnahmeanhandlungen (actus reus):

„Whosoever shall aid, abet, counsel, or procure the commission of any indictable offence<sup>29</sup>, whether the same be an offence at common law or by virtue of any Act passed or to be passed, shall be liable to be tried, indicted, and punished as a principal offender.“

Die genaue Abgrenzung zwischen diesen Begriffen ist allerdings nicht trennscharf und es finden sich nur vereinzelt Äußerungen dahingehend, dass sie im Einzelnen eine unterschiedliche Bedeutung haben müssten.<sup>30</sup> Wenn überhaupt, wird eine Abgrenzung über die Kriterien einer Einigung zwischen Täter und Teilnehmer sowie der Kausalität des Tatbeitrags für die Tat vorgenommen: So solle aiding weder eine Einigung noch einen kausalen Beitrag fordern, während bei abetting nur eine Einigung, aber keine Kausalität gegeben sei; procuring erfordere hingegen keine Einigung, aber einen kausalen Beitrag.<sup>31</sup> Das counselling wird dabei dem abetting entsprechend angesehen; der einzige Unterschied soll darin bestehen, dass (früher) die Abgrenzung daran festgemacht wurde, ob die Ermutigung hier vor oder während der Tatbegehung erfolgte.<sup>32</sup> Die unscharfe Abgrenzung mag damit zu tun haben, dass durch dieses Statut ursprünglich gar keine abschließende Definition der auf common law beruhenden Teilnahme geschaffen werden, sondern lediglich auf ein schon existierendes Konzept Bezug genommen werden sollte; vielmehr sei es primär um die prozessuale Behandlung von Teilnehmern gegangen.<sup>33</sup>

Die neuere Rechtsprechung und Teile des Schrifttums fassen pragmatisch die Handlungen aiding, abetting und counselling zu den Oberbegriffen Hilfeleisten (assisting) sowie Ermutigen (encouraging) zusammen und verwenden eher diese, während allenfalls das procuring eine eigenständige Bedeutung haben soll.<sup>34</sup> Daher ist es auch üblich, dass in einer Anklageschrift alle vier Tatmodalitäten des genannten Statuts aufgeführt werden.<sup>35</sup>

Das Hilfeleisten/Ermutigen kann vor oder während der Ausführung der Haupttat, bei Anwesenheit oder in Abwesen-

<sup>25</sup> Zum Ganzen Joecks (Fn. 8), § 25 Rn. 39 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> Vgl. Hamdorf, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), 208 (218 f.).

<sup>27</sup> Vgl. R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (685).

<sup>28</sup> Vgl. Child/Ormerod (Fn. 7), S. 480. Smith (Fn. 9), S. 1 Fn. 2, bezeichnet mit diesem Begriff jedoch sowohl principals als auch accessories, meint in deutscher Terminologie also alle Beteiligten.

<sup>29</sup> Für im summarischen Verfahren abzuurteilende Delikte sowie solche mit Wahlmöglichkeit („summary offences“, „offences triable either way“) vgl. Magistrates' Courts Act 1980, section 44.

<sup>30</sup> So Attorney General's Reference (No.1 of 1975) [1975] Q.B. 773; krit. Jefferson, Criminal Law, 12. Aufl. 2015, S. 155.

<sup>31</sup> Ormerod/Laird (Fn. 9), S. 215 ff.; Ashworth/Horder (Fn. 19), S. 430 f.

<sup>32</sup> Ormerod/Laird (Fn. 9), S. 216 f.

<sup>33</sup> Ashworth/Horder (Fn. 19), S. 422.

<sup>34</sup> Vgl. R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (686); Ormerod/Laird (Fn. 9), S. 214. Jedenfalls in der älteren Rechtsprechung wurde noch zwischen aiding and abetting einerseits und counselling and procuring andererseits differenziert. Dabei sollte Ersteres bei Anwesenheit am Tatort und Letzteres bei Tatortabwesenheit vorliegen, vgl. Ashworth/Horder (Fn. 19), S. 423.

<sup>35</sup> Jefferson (Fn. 30), S. 155.

heit des Teilnehmers erfolgen.<sup>36</sup> Für sukzessive Hilfeleistungen kommen im englischen Recht hingegen selbstständige Tatbestände zur Anwendung, insbesondere der der strafvereitelnden Unterstützung (assisting an offender) nach Criminal Law Act 1967, section 4.<sup>37</sup>

Das Bewirken (procuring) einer Haupttat verlangt als einzige Teilnahmemodalität nach überwiegender Meinung einen kausalen Beitrag.<sup>38</sup> Im Unterschied zur Täterschaft kraft innocent agency macht sich der Vordermann hier allerdings strafbar, wobei es teilweise abweichende Gerichtsentscheidungen im Hinblick auf eigenhändige Delikte gibt.<sup>39</sup> Der Anwendungsbereich des procuring ist beispielsweise eröffnet, wenn der Vordermann ohne mens rea handelt – und daher die Kausalkette im obigen Sinne nicht unterbrochen wird –, aber dennoch wegen einer strict liability offence bestraft werden kann (etwa Fahren im alkoholisiertem Zustand, nachdem der Hintermann Alkohol in das Getränk des gutgläubigen Vordermanns geschüttet hatte)<sup>40,41</sup>

#### a) Die innere Seite der Teilnahmetat

In subjektiver Hinsicht (mens rea) muss der Teilnehmer seinen Beitrag dem Grundsatz nach vorsätzlich (intent) leisten und im Hinblick auf die Haupttat Kenntnis (knowledge) der wesentlichen objektiven wie tätersubjektiven Tatsachen haben.<sup>42</sup> Vorsatz (intent) umfasst nach überwiegender Ansicht nicht nur eine zweckgerichtete Absicht (direct intent), sondern auch sicheres Wissen (oblique intention).<sup>43</sup> Allerdings ist die Rechtsprechung alles andere als kohärent, denn es finden sich auch Entscheidungen, in denen sogar „bewusste Fahrlässigkeit“ (recklessness) für ausreichend erachtet wurde, während andere – dem diametral entgegengesetzt – ein Bezwecken der Haupttat (purpose) verlangen.<sup>44</sup>

#### 3. Die geringere Relevanz der Unterscheidung

Insgesamt zeigt sich, dass der Anwendungsbereich der Täterschaft im deutschen Recht tendenziell umfassender ist als im englischen, womit das Umgekehrte für die Teilnahme gilt. Dies mag auch daran liegen, dass es im englischen Recht kein „Bedürfnis“ nach einer Ausweitung der Täterstrafbarkeit

gibt: Während nämlich im deutschen Recht die Unterscheidung von einiger Bedeutung für die Klarstellung des Schuld-spruches und die Strafrahmen (vgl. § 27 Abs. 2 StGB) ist, wird der Teilnehmer im englischen Recht nach Accessories and Abettors Act 1861, section 8 (s.o.) wie ein Täter angeklagt, verurteilt und bestraft.<sup>45</sup> Somit ist die Unterscheidung zwischen beiden Kategorien im englischen Recht von weitaus geringerer Bedeutung.<sup>46</sup>

Dies geht sogar so weit, dass selbst dann aus dem einschlägigen Delikt verurteilt werden kann, wenn in tatsächlicher Hinsicht nicht geklärt werden kann, welcher von zwei Beteiligten den Tatbestand selbst erfüllt hat und welcher den anderen dabei unterstützt hat. Mithin muss nur bewiesen werden, dass der Angeklagte entweder Täter oder mindestens Teilnehmer war und eine nichtstrafbarkeitsbegründende Sachverhaltskonstellation ausgeschlossen werden kann.<sup>47</sup> Unter demselben Tatbestand ist in solchen Fällen<sup>48</sup> eine alternative Anklage ähnlich einer unechten Wahlfeststellung möglich,<sup>49</sup> ohne dass – sehr zum Missfallen von Opfern und deren Angehörigen – genauer aufgeklärt werden muss, wer welchen Tatbeitrag geleistet hat.<sup>50</sup>

Dennoch ist die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer nicht vollkommen irrelevant, sodass im englischen Recht auch nicht de facto ein Einheitstätersystem gesehen werden kann.<sup>51</sup> Vor allem auf der Ebene der mens rea macht sich der Unterschied bemerkbar, insbesondere bei verschuldensunabhängigen Haupttaten (strict liability offences): Wäh-

<sup>45</sup> Dezidiert gegen das deutsche Modell *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 421 f.

<sup>46</sup> *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (218); vgl. auch *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 1978, S. 637.

<sup>47</sup> *R. v. Jogee*, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (685, 705); *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 481 f.

<sup>48</sup> Allerdings soll dort, wo möglich, der Tatbeitrag in der Anklage spezifiziert werden, vgl. *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 206.

<sup>49</sup> *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 421; *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 481.

<sup>50</sup> Eine ähnliche Kritik formuliert *Puppe*, *ZIS* 2007, 234 (239), im Hinblick auf die Behandlung von Mittätern nach § 25 Abs. 2 StGB: „Die Lösung [für Kausalitätsprobleme] besteht darin, dass man nicht die Mittäterschaft des Angeklagten damit begründet, dass er einen kausalen Tatbeitrag für die Tatbestandsverwirklichung geleistet hat, sondern umgekehrt die Kausalität damit, dass er Mittäter ist und ihm daher das Verhalten anderer Tatgenossen wie eigenes zuzurechnen ist.“

<sup>51</sup> Vgl. *Jackson*, *Complicity in International Law*, 2015, S. 22 ff., der drei Ebenen der Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet: das Vorhandensein unterschiedlicher Kategorien, unterschiedliche Schuldsprüche sowie unterschiedliche Bestrafung. Im englischen Recht sei nur eine Differenzierung auf der ersten Ebene vorhanden, aber nicht auf Ebene von Verurteilungstenor und Bestrafung. Aus Gründen der Klarstellung (fair labelling) sieht er ein solches Modell allerdings kritisch.

<sup>36</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 214.

<sup>37</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 279.

<sup>38</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 216 f.

<sup>39</sup> Vgl. *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 488 f., die die Anwendung des procuring auf Fälle kritisch sehen, in denen der Vordermann z.B. infolge eines Irrtums ohne mens rea handelt und Täterschaft des Hintermanns kraft innocent agency wegen der tatbestandlich geforderten Eigenhändigkeit ausscheidet.

<sup>40</sup> *Attorney General's Reference (No.1 of 1975)* [1975] Q.B. 773.

<sup>41</sup> *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 489.

<sup>42</sup> So jüngst *R. v. Jogee*, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (686); *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 224; *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 434.

<sup>43</sup> Vgl. zur Diskussion *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 225 ff. m.w.N.

<sup>44</sup> *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 432 ff., 450.

rend nämlich für die Verurteilung als Täter schon die Erfüllung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen (*actus reus*) ausreicht, muss der Teilnehmer an einem solchen Delikt die subjektiven Voraussetzungen (*mens rea*) der Teilnahme aufweisen.<sup>52</sup> Teilweise zeigen sich auch Unterschiede in den Rechtsfolgen, wenn etwa dem Täter gewisser Verkehrsdelikte die Fahrerlaubnis entzogen werden muss und dies beim Teilnehmer in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.<sup>53</sup> Schließlich ist eine Teilnahmestrafbarkeit in Bezug auf gewisse Delikte ausgeschlossen, z. B. ist keine Teilnahme natürlicher Personen möglich, wenn ein Unternehmen Täter eines Totschlags (*corporate manslaughter*) ist.<sup>54</sup>

### III. Die Figur des *joint enterprise*

Die richterrechtlich entwickelte Figur des *joint enterprise* ist wegen ihrer (bislang) umstrittenen Kategorisierung schwer im obigen System zu erfassen (1.). Ihre hauptsächliche (eigenständige) Bedeutung hatte sie bislang im Bereich der Exzesszurechnung (2.), jedoch ist nach R. v. Jogee fraglich, ob daran noch festzuhalten sein wird (3.).

#### 1. Die unklare Terminologie und Kategorisierung im englischen Beteiligungssystem

Der Begriff des *joint enterprise* ist kein *terminus technicus*,<sup>55</sup> sondern wird in einem weiten Sinne für Fallkonstellationen verwendet, in denen mehrere Personen eine Tat begehen – so auch für Mittäter (*joint principals*) oder gewöhnliche Täter-Teilnehmer-Konstellationen.<sup>56</sup> In einem engen Sinne ist mit dem Begriff eine Exzesszurechnungssituation gemeint, in der mehrere Komplizen zusammen ein Delikt A begehen wollen (*common criminal end* oder *common criminal purpose*) und bei dieser Begehung einer ein nicht verabredetes Exzessdelikt B verwirklicht.<sup>57</sup> Die Figur des *joint enterprise* fungiert dabei als Instrument der Zurechnung des Exzessdelikts zu dem anderen Komplizen.

Jedenfalls bis zu R. v. Jogee wurde intensiv diskutiert, ob es sich um eine Unterform einer gewöhnlichen Teilnahme am Exzessdelikt oder um eine dritte, eigenständige Kategorie der Beteiligung handelt.<sup>58</sup> Überwiegend – und dem folgt unmissverständlich auch R. v. Jogee – werden *joint enterprise*-Fälle nur als Unterfälle der normalen Teilnahme mit der Besonderheit angesehen, dass das *assisting/encouraging* gerade im Abschließen einer Vereinbarung (*agreement*) besteht, die für

die Teilnahme im Allgemeinen keine notwendige Voraussetzung ist.<sup>59</sup>

Für die Zwecke dieses Beitrags steht jedoch die Frage im Vordergrund, an welche Voraussetzungen die Zurechnung eines Exzessdelikts vor/nach R. v. Jogee geknüpft ist/war:

#### 2. Die Exzesszurechnung bislang

##### a) *Chan Wing-Siu*

Die bisherige Rechtsprechung beruhte auf dem 1984 ergangenen Urteil *Chan Wing-Siu*<sup>60</sup> des geheimen Kronrats (*Judicial Committee of the Privy Council*). In dem Fall aus Hongkong wollten nach der Version der Anklage drei Angeklagte einen Mann in dessen Wohnung ausrauben (*robbery*). Alle drei drangen, jeweils mit einem Messer ausgerüstet, in die Wohnung ein, nachdem die Ehefrau des späteren Opfers die Tür geöffnet hatte. Während einer der Angeklagten die Ehefrau „in Schach hielt“, drängten die anderen beiden den Ehemann in die Küche, wo er schließlich abgestochen wurde. Alle drei Angeklagten – also auch der, der nicht in der Küche war – wurden wegen Mordes (*murder*) verurteilt (und mit dem Tode bestraft).

Vor dem Privy Council wurde die Belehrung der Jury durch den Verfahrensrichter gerügt, wonach es für eine Mordverurteilung ausreiche, dass der jeweilige Angeklagte entweder selbst mit dem Vorsatz einer schweren Körperverletzung<sup>61</sup> zustach oder dass einer der anderen dies tat und der jeweilige Angeklagte diese Möglichkeit ins Auge fasste (*contemplated that either of his companions might use a knife to cause serious bodily injury*).

Sir Robin Cooke als Berichterstatter wies diese Rüge zurück und stellte fest, dass es sich hier nicht um eine gewöhnliche Teilnahme handele, bei der der Angeklagte vorsätzlich in Bezug auf das Delikt handeln müsse. Vielmehr könne eine Verurteilung auf Basis eines umfassenderen Prinzips erfolgen, wonach eine Zurechnung bereits dann erfolgt, wenn der Teilnehmer das Delikt des unmittelbar Ausführenden als Folge der gemeinsamen deliktischen Unternehmung nur vorhersieht, worin eine Billigung (*authorisation*) zu sehen sei:

„In the typical case [of aiding and abetting], the same or the same type of offence is actually intended by all the parties acting in concert. In view of the terms of the directions to the jury here, the Crown does not seek to support the present convictions on that ground. The case must depend rather on the wider principle whereby a secondary party is criminally liable for acts by the primary offender of a type which the former foresees but does not necessarily intend. That there is such a principle is not in doubt. It turns on contemplation or, putting the same idea in oth-

<sup>52</sup> *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (218); *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 207.

<sup>53</sup> *Road Traffic Offenders Act 1988*, section 34 (5).

<sup>54</sup> *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, section 18 (1).

<sup>55</sup> R. v. Jogee, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 688 (703).

<sup>56</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 239 f.

<sup>57</sup> *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 437; *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 240.

<sup>58</sup> *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 437 m.w.N.; *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 504 m.w.N.

<sup>59</sup> R. v. Jogee, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (688, 703 f.); *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 243.

<sup>60</sup> *Chan Wing-Siu v. The Queen* [1985] A.C. 168.

<sup>61</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung in England, aber – jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt – auch in Hongkong, reicht für Mord ein Vorsatz in Bezug auf die Herbeiführung einer schweren Körperverletzung aus.

er words, authorisation, which may be express but is more usually implied. It meets the case of a crime foreseen as a possible incident of the common unlawful enterprise. The criminal liability lies in participating in the venture with that foresight.“<sup>62</sup>

*Smith* bezeichnete diese (neue<sup>63</sup>) Zurechnungsfigur als eine „parasitic accessory liability“<sup>64</sup>. Erforderlich war danach eine lediglich kognitive Erfassung der potenziellen Begehung des Exzessdelikts.

### b) *Powell and English*

Bezogen auf England erhielt dieses Prinzip 1997, in den verbundenen Fällen *R. v. Powell* und *R. v. English*<sup>65</sup>, ausdrückliche Anerkennung vom House of Lords, nachdem es unterinstanzlich schon angewendet worden war:

In *Powell* bestand der Zweck des drei Personen umfassenden joint enterprise darin, von einem Händler Drogen zu kaufen. Im Zuge dieses Vorhabens wurde der Drogendealer jedoch erschossen, wobei nicht aufgeklärt werden konnte, welcher der drei Angeklagten geschossen hatte. Dennoch wurden alle wegen Mordes verurteilt, nachdem die Jury dahin belehrt worden war, dass es ausreiche, wenn die beiden Nichtschützen weiterhandelten, obwohl sie realisierten, dass der Dritte morden könnte.

*English* griff zusammen mit einer weiteren Person einen Polizisten an, um jenen durch Schläge mit einem Holzpfeiler zu verletzen. Dabei zog der Komplize jedoch ein Messer und tötete den Polizisten. Obwohl *English* möglicherweise gar nicht wusste, dass sein Komplize ein Messer bei sich hatte, wurde er wegen Mordes verurteilt. Denn der Verfahrensrichter hatte die Jury dahin belehrt, dass es ausreiche, wenn *English* realisierte, dass der Komplize möglicherweise mit dem Holzpfeiler töten würde. Zu einer Exzesskonstellation kam hier also eine weitere Kausalabweichung hinzu.

Dem House of Lords wurde in beiden Fällen die Frage vorgelegt, ob es in Bezug auf einen Teilnehmer ausreicht, dass dieser die Möglichkeit des vorsätzlichen Mordes durch den Haupttäter vorhersah, oder ob er stattdessen selbst Mordvorsatz (also hinsichtlich einer Tötung bzw. einer schweren Körperverletzung) haben muss. Im Fall *English* kam als zweite Frage hinzu, ob die Abweichung zwischen der vorhergesehenen/intendierten und der tatsächlich ausgeübten Tötungshandlung beachtlich ist.

Lord Hutton als Berichterstatter beantwortete die erste Frage nach einer Rechtsprechungsanalyse dahingehend, dass – im Gegensatz zu der obigen Formulierung in *Chan Wing-Siu* – eine (stillschweigende) Billigung für die Zurechnung eines Exzessdelikts nicht notwendig sei, sondern die Realisierung der Möglichkeit der Begehung ausreiche:

„Therefore when two parties embark on a joint criminal enterprise one party will be liable for an act which he contemplates may be carried out by the other party in the course of the enterprise even if he has not tacitly agreed to that act.“<sup>66</sup>

Dem Einwand, dass es inkonsequent sei, eine Mordverurteilung bei einem Haupttäter an dessen Vorsatz (intention to kill or cause grievous bodily harm) zu knüpfen, für einen Teilnehmer in subjektiver Hinsicht aber weniger zu verlangen, entgegnete das Gericht mit der Feststellung, dass das common law eben nicht nur auf Logik basiere. Vielmehr finde diese Differenzierung ihre Rechtfertigung in dem praktischen Bedürfnis nach einer wirksamen Bekämpfung von „Gang“-Kriminalität:

„My Lords, I recognise that as a matter of logic there is force in the argument advanced on behalf of the appellants, and that on one view it is anomalous that if foreseeability<sup>67</sup> of death or really serious harm is not sufficient to constitute mens rea for murder in the party who actually carries out the killing, it is sufficient to constitute means rea in a secondary party. But the rules of the common law are not based solely on logic but relate to practical concerns and, in relation to crimes committed in the course of joint enterprises, to the need to give effective protection to the public against criminals operating in gangs.“<sup>68</sup>

Lord Steyn fügte dem die einem joint criminal enterprise immanente Eskalationsgefahr hinzu, die es durch eine strenge Haftung einzudämmen gelte.<sup>69</sup> Eine zweite Erwägung des Berichterstatters für unterschiedliche subjektive Anforderungen war, dass der Teilnehmer im Gegensatz zum Haupttäter nicht situativ entscheiden müsse, ob er seinen Tatbeitrag verwirkliche:

„A further consideration is that, unlike the principal party who carries out the killing with a deadly weapon, the secondary party will not be placed in the situation in which he suddenly has to decide whether to shoot or stab the third person with intent to kill or cause really serious harm.“<sup>70</sup>

Die Antwort auf die vorgelegte Frage lautete mithin:

„[It] is sufficient to found a conviction for murder for a secondary party to have realised that in the course of the

<sup>62</sup> *Chan Wing-Siu v. The Queen* [1985] A.C. 168, 175.

<sup>63</sup> *R. v. Jogee*, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681, 700; *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (221).

<sup>64</sup> *Smith*, *Law Quarterly Review* 113 (1997), 453 (455).

<sup>65</sup> *R. v. Powell* (Anthony); *R. v. English* [1999] 1 A.C. 1.

<sup>66</sup> *R. v. Powell* (Anthony); *R. v. English* [1999] 1 A.C. 1, 20.

<sup>67</sup> Dass hier sogar von Vorhersehbarkeit anstatt von Vorhersehen der Möglichkeit die Rede ist, dürfte auf einem Versehen beruhen, weil im weiteren Verlauf des Urteils wieder vom Vorhersehen die Rede ist.

<sup>68</sup> *R. v. Powell* (Anthony); *R. v. English* [1999] 1 A.C. 1, 25.

<sup>69</sup> *R. v. Powell* (Anthony); *R. v. English* [1999] 1 A.C. 1, 14.

<sup>70</sup> *R. v. Powell* (Anthony); *R. v. English* [1999] 1 A.C. 1, 26.



joint enterprise the primary party might kill with intent to do so or with intent to cause grievous bodily harm.“<sup>71</sup>

Die zweite Frage nach der Kausalabweichung beantwortete das Gericht zugunsten von English. Es ließ das Vorhersehen allein der abstrakten Tatbestandserfüllung nicht ausreichen, sondern bezog es auf die konkrete tatbestandserfüllende Handlung. Daher hob es die Verurteilung wegen Mordes auf, weil Messerstiche eine andere Qualität haben als Schläge mit einem Holzpfeiler. Allerdings qualifizierte das Gericht dies wiederum insoweit, als eine Zurechnung dann möglich sei, wenn das tatsächlich benutzte Werkzeug genauso gefährlich wie das vorhergesehene ist. Daher wäre eine Zurechnung nach Ansicht des Gerichts möglich gewesen, wenn English einen Mord durch eine Schusswaffe vorhergesehen hätte, der dann tatsächlich mit einem Messer ausgeführt worden wäre.<sup>72</sup>

### c) Auswirkungen dieser Rechtsprechung

Diese bis Anfang 2016 durchgehaltene Rechtsprechung hatte besonders gravierende Auswirkungen, wenn die Exzesstat, wie meistens, in einem Mord bestand. Da der die Möglichkeit dieses Mordes durch seinen Komplizen nur vorhersehende Teilnehmer aufgrund der oben genannten prozessualen Behandlung von Teilnehmern auch wegen Mordes verurteilt und bestraft wurde, bedeutete dies bei über 21 Jahre alten Tätern eine lebenslange Gefängnisstrafe (imprisonment for life). Dies hat zwar, wie im deutschen Recht, nicht notwendig die tatsächliche Vollstreckung der Freiheitsstrafe bis zum Lebensende zur Folge. Denn nach dem Criminal Justice Act 2003, section 269 i.V.m. Schedule 21 wird in derartigen Fällen vom Richter eine Mindestvollstreckungsdauer (tariff), abhängig von der Schwere der Tat und den Umständen des Täters, festgelegt, vor der die Vollstreckung nicht ausgesetzt wird. Allerdings belaufen sich derartige Mindestvollstreckungsdauern in der Regel auf Jahrzehnte und können im äußersten Fall sogar die restliche Lebenszeit (sog. whole-life order) umfassen.<sup>73</sup>

Da es sich in joint enterprise-Fällen typischerweise um „Gang“-Kriminalität handelte, waren besonders häufig Jugendliche und junge Erwachsene – diese oft dazu der schwarzen oder asiatischen Community angehörend – von derartigen Verurteilungen betroffen. Dort sind die Strafen für einen Mord ebenfalls beachtlich: Bei unter 21 Jahre alten Tätern wird ebenfalls zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, jedoch sind in diesen Fällen whole-life orders nicht möglich.<sup>74</sup> Unter 18-Jährige werden At Her Majesty's Pleasure zunächst

auf unbestimmte Zeit eingesperrt – die Ausgangsmindestvollstreckungsdauer beträgt hier aber immerhin zwölf Jahre.<sup>75</sup>

### 3. Der Exzess nach R. v. Jogee

Diese weite Zurechnungsregel wurde im Februar 2016 durch R. v. Jogee modifiziert. Im Folgenden wird gezeigt, worin die Rechtsprechungsänderung bestand (a), was die Gründe dafür waren (b) und wie sich diese auf Altfälle auswirkt (c).

#### a) Die Erhöhung der subjektiven Schwelle

In den der Entscheidung zugrunde liegenden Fällen waren sowohl Jogee als auch Ruddock wegen Mordes verurteilt und mit lebenslanger Haft bestraft worden.<sup>76</sup> Beide Verurteilungen basierten auf der joint enterprise-Doktrin, d.h. auf dem bloßen Vorhersehen der Möglichkeit eines Exzesses des jeweiligen Komplizen im Rahmen der gemeinsamen Begehung eines Grunddelikts. In Jogee bestand das Grunddelikt in einem tätlichen Angriff auf das Opfer, bei Ruddock in einem Raub.<sup>77</sup>

Die wesentliche Aussage der Entscheidung besteht nun darin, dass das bloße Vorhersehen der Möglichkeit des Exzessdelikts nicht mehr für eine Verurteilung des nicht eigenhändig die Tathandlung ausführenden Komplizen wegen des Exzessdelikts ausreicht. Vielmehr muss er die Begehung des Exzessdelikts vorsätzlich (intent) unterstützen, was auch einen Vorsatz im Hinblick auf die ggf. erforderliche<sup>78</sup> mens rea des Täters einschließt. Das kognitive Vorhersehen der Möglichkeit ist dabei nur noch für die prozessuale Beweisbarkeit dieses Vorsatzes von Belang:

„We consider that the proper course for this court is to restate, as nearly and clearly as we may, the principles which had been established over many years before the law took a wrong turn. The error was to equate foresight with intent to assist, as a matter of law; the correct approach is to treat it as evidence of intent. The long-standing pre Chan Wing-Siu practice of inferring intent to assist from a common criminal purpose which includes the further crime, if the occasion for it were to arise, was always a legitimate one; what was illegitimate was to treat foresight as an inevitable yardstick of common purpose.“<sup>79</sup>

Dem weiteren Beteiligten muss nach der neuen Rechtsprechung damit nachgewiesen werden, dass sein Vorsatz auch

<sup>71</sup> R. v. Powell (Anthony); R. v. English [1999] 1 A.C. 1, 27.

<sup>72</sup> R. v. Powell (Anthony); R. v. English [1999] 1 A.C. 1, 30.

<sup>73</sup> Die Festsetzung eines „whole-life term“ verstößt nicht gegen Art. 3 EMRK, sofern bei besonderen Umständen de iure und de facto eine vorzeitige Haftentlassung möglich ist. Ob dies für das englische Recht zutrifft, war in den letzten Jahren Gegenstand einiger Entscheidungen englischer Gerichte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, vgl. dazu EGMR, Urt. v. 17.1.2018 – 57592/08 (Hutchinson v. Vereinigtes Königreich) m.w.N.

<sup>74</sup> Criminal Justice Act 2003, section 269 (4).

<sup>75</sup> Vgl. zum tariff-System auch

[http://www.cps.gov.uk/legal/s\\_to\\_u/sentencing\\_-\\_mandatory\\_life\\_sentences\\_in\\_murder\\_cases/](http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/sentencing_-_mandatory_life_sentences_in_murder_cases/) (27.3.2019).

<sup>76</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (683).

<sup>77</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (709–711).

<sup>78</sup> Bei strict liability-Delikten bedarf es also nur des Vorsatzes des Teilnehmers im Hinblick auf die objektiven Umstände der Haupttat, vgl. R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (708).

<sup>79</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (705).

die „Exzesstat“ für den Fall umfasst, dass sich eine entsprechende „Exzesssituation“ stellte (sog. conditional intent).<sup>80</sup>

*b) Gründe für die Rechtsprechungsänderung*

Eine Reihe von Gründen bewog den Gerichtshof zu seiner Korrektur der Rechtsprechung, welche seiner Meinung nach in Chan Wing-Siu in eine falsche Richtung abgelenkt war. So seien nach Ansicht des Gerichtshofs sowohl in Chan Wing-Siu als auch in Powell die (englischen) Präzedenzfälle nur unvollständig analysiert worden.<sup>81</sup> Ferner sei die alte Regel nicht nur schwierig für die Gerichte zu handhaben, sondern auch hoch umstritten gewesen, wenngleich der Gerichtshof ebenso den in der Öffentlichkeit häufig wahrnehmbaren Irrtum richtigstellte, wonach die bloße Anwesenheit einer Person am Tatort eines Delikts eine Zurechnung begründe.<sup>82</sup> Darüber hinaus handle es sich bei der Teilnehmerstrafbarkeit (secondary liability) um einen wichtigen Aspekt des common law, der bei falscher Anwendung korrigiert werden müsse.<sup>83</sup>

Insbesondere nahm der Gerichtshof Anstoß an der auf Strafbarkeitslücken basierenden Begründung für die Annahme des Vorhersehensstandards. So entgehe der Teilnehmer, der keinen Vorsatz in Bezug auf das Exzessdelikt hat, deswegen keiner Strafbarkeit wegen der Exzesstat. Denn nach englischem Recht wäre er regelmäßig des Totschlags (manslaughter), der im englische Recht eine Art Erfolgsqualifikation sein kann, mit einer potenziell lebenslangen Freiheitsstrafe schuldig.<sup>84</sup> Daher sei auch nicht belegt, dass eine effektive Bekämpfung der „Gang“-Kriminalität vor Chang Wing-Siu nicht möglich gewesen sei.<sup>85</sup> Schließlich wies der Gerichtshof das Argument zurück, dass der Komplize mehr Zeit zum Nachdenken habe. Dies sei in vielen Fällen gerade nicht gegeben, da auch das Grunddelikt spontan begangen werden könne (als Beispiel führt der Gerichtshof eine Barschlägerei an).<sup>86</sup>

Gerade in Mordfällen führte der Vorhersehensstandard in Bezug auf den Teilnehmer zu einer Ausweitung des ohnehin

schon geringe subjektive Anforderungen stellenden Mordtatbestands zulasten des Totschlagstatbestands.<sup>87</sup> Denn damit stelle sich der Mord in Bezug auf den Teilnehmer als eine Art Erfolgsqualifikation<sup>88</sup> dar mit der seltsamen Folge, dass beim Teilnehmer geringere Anforderungen an die innere Tatseite gestellt werden als beim Haupttäter, welcher den Vorsatz zur Tötung bzw. zu einer schweren Körperverletzung (intention to kill or to cause grievous bodily harm)<sup>89</sup> haben muss.<sup>90</sup>

Schließlich bringe die Rechtsprechungsänderung das common law in Einklang mit dem jüngeren geschriebenen Gesetzesrecht (statutory law).<sup>91</sup> Denn der Gesetzgeber habe in Serious Crime Act 2007, section 44 (2)<sup>92</sup> – einem Statut, das gewisse „Teilnahmehandlungen“ unabhängig von der Begehung der Haupttat selbstständig unter Strafe stellt – explizit ausgeführt, dass dort das bloße Vorhersehen, eine Handlung würde zu einer Straftat ermutigen/Hilfe leisten, für sich genommen gerade noch nicht ausreiche, um auf den erforderlichen Vorsatz zur Ermutigung/Hilfeleistung zu schließen. Dazu ist allerdings anzumerken, dass das Statut entgegen dem Verständnis des Gerichtshofs nicht vom joint enterprise-Standard des Vorhersehens der Möglichkeit spricht, sondern von bloßer Vorhersehbarkeit (foreseeable

<sup>87</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (704).

<sup>88</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (704). Vgl. dazu schon Lord Steyn in R. v. Powell (Anthony); R. v. English [1999] 1 A.C. 1, 13–14, der diesen Einwand sah, ihn aber für hinnehmbar hielt, weil es sich eben um keine *echte* Erfolgsqualifikation handle. So sei nämlich zu unterscheiden zwischen Rücksichtslosigkeit (recklessness) im Hinblick auf eine Todesverursachung und im Hinblick auf eine vorsätzliche Tötung durch einen anderen (im Anschluss an eine Differenzierung von *Smith*, Law Quarterly Review 113 [1997], 453, 464).

<sup>89</sup> Vgl. *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 244.

<sup>90</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (704); vgl. schon *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 509. Freilich ist zu beachten, dass die Anforderungen zwischen Haupttäter und Komplizen auch nach neuer Rechtsprechung nicht völlig identisch sind. Denn der Vorsatz des Komplizen bezieht sich gerade auf die Begehung der Haupttat durch den Täter mit entsprechenden objektiven und ggf. erforderlichen subjektiven Elementen, während der Haupttäter selbst das nach dem jeweiligen Tatbestand ggf. erforderliche mens rea-Element aufweisen muss.

<sup>91</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (705); krit. zu diesem Argument *Buxton*, Criminal Law Review 5 (2016), 324 (330 f.); *Virgo*, Archbold Review 9 (2016), 6.

<sup>92</sup> Serious Crime Act 2007, section 44:

„Intentionally encouraging or assisting an offence

(1) A person commits an offence if—

(a) he does an act capable of encouraging or assisting the commission of an offence; and

(b) he intends to encourage or assist its commission.

(2) But he is not to be taken to have intended to encourage or assist the commission of an offence merely because such encouragement or assistance was a foreseeable consequence of his act.“

<sup>80</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (706 f.).

<sup>81</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (704); zu dieser These wiederum krit. und mit einer eindrucksvollen Wiedergabe der Rspr. mehrerer Jahrhunderte *Stark*, Cambridge Law Journal 75 (2016), 550.

<sup>82</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (703 f.).

<sup>83</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (704).

<sup>84</sup> Vgl. R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (702 f.). Es handelt sich dabei um einen „constructive manslaughter“, eine Art Erfolgsqualifikation, die voraussetzt, dass eine rechtswidrige und gefährliche Handlung den Tod des Opfers verursacht hat, vgl. dazu im Einzelnen *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 286 ff.; a.A. zur Möglichkeit des Rückgriffs auf manslaughter *Baker*, Journal of Criminal Law 80 (2016), 446, der stattdessen eine Verurteilung nach den Serious Crime Act 2007, sections 44, 45 vorschlägt.

<sup>85</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (703).

<sup>86</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (703).

consequence). Genau diese Unterscheidung erscheint auch in Criminal Justice Act 1969, section 8 (1) angelegt, auf den der Gerichtshof ebenfalls rekurriert, wonach die Tatsache, dass ein Erfolg die natürliche und wahrscheinliche Konsequenz einer Handlung ist, gerade noch nicht notwendig den Vorsatz oder das Vorhersehen belegen müsse (Criminal Justice Act 1969, section 8 [1]<sup>93</sup>).

c) Reaktionen und Auswirkungen auf Altfälle

Das Urteil wurde sowohl in der Fachwelt als auch in der Öffentlichkeit überwiegend positiv aufgenommen.<sup>94</sup> Es wird aber auch davor gewarnt, seine Wirkung zu überschätzen, denn rein praktisch gesehen dürfte im Rahmen einer Beweiswürdigung nur in Ausnahmefällen nicht von einem Vorhersehen des etwaigen Exzesses bei gleichzeitiger Weiterbeteiligung auf den bedingten Vorsatz (conditional intention) geschlossen werden.<sup>95</sup> Immerhin von Jogee selbst ist aber öffentlich bekannt, dass er nach erneuter Verhandlung nur noch wegen Totschlags (manslaughter) zu einer Gefängnisstrafe von zwölf Jahren verurteilt wurde (anstatt der ursprünglichen lebenslangen Freiheitsstrafe bei einer Mindestvollstreckungsdauer von 20 Jahren wegen Mordes, die vom Court of Appeal noch auf 18 Jahre herabgesetzt worden war<sup>96</sup>).<sup>97</sup>

Wenig Anlass zur Freude haben die vielen auf Grundlage der alten Rechtsprechung Verurteilten (Buxton nennt die Zahl von 300 bis 500 Strafgefangenen, die eine obligatorisch lebenslange Freiheitsstrafe absitzen und von Jurys verurteilt wurden, welche nach dem Chan Wing Siu-Prinzip belehrt worden waren<sup>98</sup>). Die Richter stellten in R. v. Jogee nämlich klar, dass diese Entscheidung nicht zur Folge habe, dass alle

früheren Verurteilungen hinfällig (invalid) wären.<sup>99</sup> Der einzige Weg, eine solche Verurteilung anzugreifen, besteht in der außerordentlichen Zulassung eines späten Rechtsmittels (exceptional leave to appeal out of time) durch den Court of Appeal. Allerdings ist dieser Weg nicht allein wegen einer Rechtsprechungsänderung erfolgsversprechend. Vielmehr muss ein erhebliches Unrecht dargelegt werden (substantial injustice).<sup>100</sup>

Bislang jedoch hat der Court of Appeal von England/Wales – unter lautstarkem Protest<sup>101</sup> – die meisten derartiger Anträge abgelehnt, weil in keinem der Fälle eine substantial injustice in dem Sinne dargetan war, dass es bei Belehrung nach neuer Rechtsprechung nicht zu der jeweiligen Verurteilung gekommen wäre.<sup>102</sup> Auch der Court of Appeal von Nordirland hat in einem Musterverfahren alle derartigen Anträge abgelehnt.<sup>103</sup> Die restriktive Haltung der Gerichte hat mittlerweile Kritik vonseiten mehrerer Parlamentsmitglieder hervorgerufen.<sup>104</sup>

Soweit ersichtlich, war bislang überhaupt erst ein einziger Antrag erfolgreich: Dieser betraf den Fall eines Mannes namens John Crilly, der mit einem Komplizen in eine Wohnung einbrach. Um sicherzugehen, dass niemand zu Hause war, klingelte Crilly an der Haustür. Der schwerhörige Bewohner, ein älterer Herr, nahm dies jedoch nicht wahr, sodass die Komplizen nach Betreten des Hauses auf diesen trafen, wo Crillys Mitkomplize ihn – für Crilly überraschend – mit einem Schlag tötete. In diesem Fall wurde Crillys ursprüngliche Mordverurteilung (neben Raubes) durch eine wegen Totschlags ersetzt – mittlerweile ist er auf freiem Fuß.<sup>105</sup>

<sup>93</sup> Criminal Justice Act 1967, section 8:

„Proof of criminal intent

A court or jury, in determining whether a person has committed an offence,

(a) shall not be bound in law to infer that he intended or foresaw a result of his actions by reason only of its being a natural and probable consequence of those actions; but [...].“

<sup>94</sup> Vgl. *Persaud/Hughes*, The Law Society Gazette v. 11.4.2016, abrufbar unter

<https://www.lawgazette.co.uk/practice-points/joint-enterprise-wrong-turn-in-common-law/5054584.article>

(27.3.2019); *Warburton*, Journal of Criminal Law 80 (2016), 160; krit. etwa *Buxton*, Criminal Law Review 5 (2016), 324; *Stark*, Cambridge Law Journal 75 (2016), 550.

<sup>94</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (703 f.).

<sup>95</sup> Krit. etwa *Parsons*, Journal of Criminal Law 80 (2016), 173 (176); ähnlich *Omerod/Laird*, Criminal Law Review 8 (2016), 539 (552); *Stark*, Cambridge Law Journal 76 (2017), 4 (6).

<sup>96</sup> *Buxton*, Criminal Law Review 5 (2016), 324 (327).

<sup>97</sup> *Bowcott*, The Guardian v. 12.9.2016, verfügbar unter <https://www.theguardian.com/law/2016/sep/12/ameen-jogee-jailed-manslaughter-police-officer-joint-enterprise-test-case> (27.3.2019).

<sup>98</sup> *Buxton*, Criminal Law Review 5 (2016), 324 (332).

<sup>99</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (708). Auch im deutschen Recht ermöglicht eine Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderung keine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 5 StPO, vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 61. Aufl. 2018, § 359 Rn. 24.

<sup>100</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (708); so dann auch der Court of Appeal selbst in R. v. Johnson et al. [2016] EWCA Crim 1613 Rn. 18–20.

<sup>101</sup> *Bowcott*, The Guardian v. 31.10.2016, verfügbar unter <https://www.theguardian.com/law/2016/oct/31/appeal-court-upholds-joint-enterprise-guilty-verdicts> (27.3.2019).

<sup>102</sup> R. v. Johnson et al. [2016] EWCA Crim 1613; R. v. Varley [2017] EWCA Crim 268 Rn. 32–36; R. v. Agera [2017] EWCA Crim 740 Rn. 36; R. v. Smith [2017] EWCA Crim 712 Rn. 35; krit. zu diesem hohen Standard *Buxton*, Criminal Law Review 2 (2017), 123 (124).

<sup>103</sup> The Queen v. Skinner et al. [2016] NICA 40 Rn. 88–103.

<sup>104</sup> *Bowcott*, The Guardian v. 25.1.2018, verfügbar unter <https://www.theguardian.com/law/2018/jan/25/senior-tories-urge-government-to-review-joint-enterprise-laws> (27.3.2019).

<sup>105</sup> R. v. Crilly [2018] EWCA Crim 168. Näheres bei *Hughes*, The Justice Gap, verfügbar unter <http://www.thejusticegap.com/john-crilly-first-successful-joint-enterprise-appeal-post-jogee/> (Abruf v. 27.3.2019).

#### IV. Joint enterprise im deutschen Recht – Anlass für eine Klarstellung der Rechtsprechung zum Mittäterexzess?

Die englische Rechtsprechungsänderung gibt Anlass dazu, sich mit der Behandlung solcher Fälle im deutschen Recht auseinanderzusetzen. Im Folgenden soll daher auf den Mittäterexzess eingegangen werden, wo die Problematik des Exzesses im deutschen Recht am meisten Aufmerksamkeit findet<sup>106</sup> und welcher bei funktionaler Betrachtung den joint enterprise-Konstellationen am ehesten entspricht.

Bei der Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB bildet der gemeinsame Tatplan sowohl den Grund als auch Grenze mittäterschaftlicher Zurechnung.

Bei der Zurechnung von (vermeintlichen) Exzesshandlungen zwischen Mittätern legt die Rechtsprechung einen vielfach zitierten Maßstab an, der an die Rechtsprechung aus der Zeit vor R. v. Jogee erinnert:

„Jeder Mittäter haftet zwar für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines Vorsatzes, ist also für den Erfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht; ein Exzess der anderen fällt ihm nicht zur Last [...]. Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat; ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seines Tatgenossen gleichgültig ist [...].“<sup>107</sup>

Diese aus sich heraus nicht glasklare Passage eröffnet zwei Deutungsmöglichkeiten: Zum einen könnte sie beinhalten, dass der BGH ein „Rechnenmüssen“ mit der Exzesshandlung an sich als zurechnungsbegründend auffasst, dass er also Handlungen, mit denen gerechnet werden muss, *unwiderleglich* als vom Vorsatz umfasst erachtet. Dies würde der englischen Rechtsprechung vor R. v. Jogee mit dem Unterschied ähneln, dass schon die Vorhersehbarkeit – nicht das tatsächliche Vorhersehen der Möglichkeit des Exzesses – ausreicht. Zum anderen könnte das „Rechnenmüssen“ als bloßer Beweiswürdigungsumstand anzusehen sein, von dem man *widerleglich* auf eine Billigung der Exzesshandlung schließt. So verstanden würde die deutsche Rechtsprechung inhaltlich der Rechtsprechung nach R. v. Jogee entsprechen. Anders gewendet ist es fraglich, ob das „Rechnenmüssen“ selbst das maßgebliche Zurechnungskriterium oder ob es lediglich Indiz für das Vorliegen einer anderen Zurechnungsgröße (Billigen im Rechtssinne und damit Vorsatz) ist.

Eine genauere Analyse des Fallrechts liefert zumindest keine zweifelsfreie Antwort. Der BGH scheint eine Billigung der (Exzess-)Handlung zu verlangen und das Rechnenmüssen infolgedessen nur einen Beweiswürdigungsansatz darzustellen.

<sup>106</sup> Vgl. dazu aus jüngerer Zeit BGH, Beschl. v. 11.5.2016 – 1 StR 77/16; BGH, Ur. v. 4.11.2016 – 4 StR 195/16; BGH, Ur. v. 14.12.2016 – 2 StR 177/16 = NStZ 2017, 272; BGH, Beschl. v. 18.1.2018 – 2 StR 342/17.

<sup>107</sup> Statt vieler BGH NStZ 2005, 261 f.

len.<sup>108</sup> In diese Richtung geht vor allem eine Formulierung des 4. Strafsenats, die impliziert, dass das Rechnenmüssen nicht notwendig zur Zurechnung führen muss:

„Regelmäßig werden die Handlungen eines Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden musste, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat.“<sup>109</sup>

Andererseits findet sich etwa auch eine Formulierung, wie die folgende, die nahelegt, dass das Rechnenmüssen per se das maßgebliche Zurechnungskriterium sei:

„Die von der Kammer insoweit vorgenommene Zurechnung des Handelns der Mittäter (UA S. 45) stellt sich als bedenklich dar, da das Landgericht keine Erwägungen dazu anstellt, ob der Angeklagte mit den durch die Mittäter verursachten Verwüstungen rechnen musste (was für eine Zurechnung ausreichen würde [...]).“<sup>110</sup>

Zweifelhaft ist die BGH-Rechtsprechung zudem, soweit sie in Exzessfällen noch im Rahmen von Erfolgsqualifikationen an die Exzesshandlung anknüpft und beim Fahrlässigkeitsvorwurf (§ 18 StGB) auf das mit dem Rechnenmüssen sachlich identische Kriterium der Vorhersehbarkeit des Exzesses rekurriert.<sup>111</sup> Sollte nun das Rechnenmüssen maßgeblicher Zurechnungsmaßstab sein, ergäbe sich ein Widerspruch: Denn entweder muss mit der Exzesshandlung gerechnet werden – dann ist sie im Rahmen des Vorsatzdelikts zurechenbar – oder es muss nicht mit ihr gerechnet werden – dann ist sie mit ihrem Erfolg aber auch nicht vorhersehbar im Rahmen des § 18 StGB. Sollte demgegenüber die Billigung der Maßstab für die Handlungszurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB sein und eine solche wegen Exzesses gerade nicht vorliegen, erscheint es jedenfalls inkonsequent, für den Zurechnungsbezugspunkt der Erfolgsqualifikation unmittelbar an die Exzesshandlung anzuknüpfen und nicht an die noch einvernehmlich das Grunddelikt erfüllenden und damit mittäterschaftlich zurechenbaren Tathandlungen<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1973, 377: „Danach könnte das Urteil nur dann Bestand haben, wenn es eine eindeutige Feststellung dahingehend enthielte, daß die Angeklagten eine Gewaltanwendung des Schweregrades gebilligt hätten, wie sie G. angewendet hat.“ BGH NStZ 2002, 597 (598): „[...] legen nahe, dass der Angekl. sich mit der konkreten Vorgehensweise des Mitangekl. J einverstanden erklärt hat oder sie ihm zumindest gleichgültig war.“

<sup>109</sup> BGH NStZ 2012, 563.

<sup>110</sup> BGH, Beschl. v. 18.1.2018 – 2 StR 342/17; vom Rechnenmüssen als maßgeblicher Zurechnungsgröße scheint auch BGH NStZ 2013, 400, auszugehen.

<sup>111</sup> So wohl BGH NStZ 2005, 93 (94, „Schweinetrogfall“); deutlicher in BGH NStZ 2013, 280 (281); anders wohl BGH, Ur. v. 14.12.2016 – 2 StR 177/16 = NStZ 2017, 272, wo dieser Weg gar nicht in Betracht gezogen wird.

<sup>112</sup> So Heinrich NStZ 2005, 95 (96).



Wegen dieser Unklarheit ist es wünschenswert, dass der BGH die englische Rechtsprechungsänderung zum Anlass nimmt, seine eigene Rechtsprechung zur Exzesszurechnung einmal umfassend klarzustellen. Dabei hätte er auch Gelegenheit zu zeigen, dass er von der Rechtsentwicklung in anderen Rechtsordnungen Kenntnis nimmt, was im Sinne der immer wichtigeren Rolle der Rechtsvergleichung nur zu begrüßen wäre.

Diese Klarstellung sollte zugunsten des Maßstabs der Billigung erfolgen, auf das ein Rechnenmüssen/eine Vorhersehbarkeit lediglich hindeuten mag. Wäre das Rechnenmüssen/die Vorhersehbarkeit selbst der Maßstab, liefe dies auf eine reine Fiktion hinaus: Wenn der Mittäter mit der Exzesshandlung nur rechnen und sie sich nicht besonders vorstellen musste, bedeutete dies letztlich, dass der Vorsatz trotz Fehlens sowohl der kognitiven als auch der voluntativen Komponente und damit in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen fingiert würde. Letztlich beruhte die Mithaftung auf der bloßen Vorhersehbarkeit einer Handlung des Mittäters, was in der Sache eine Fahrlässigkeitshaftung darstellte. Insofern sind auch vereinzelte kritische Stimmen zu diesem Rechnenmüssensmaßstab nachvollziehbar.<sup>113</sup>

## V. Ergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Frage der Exzesszurechnung rechtsordnungsübergreifend komplex ist und sich Tendenzen zeigen, vom allgemeinen Vorsatzerfordernis Abstriche zu machen.<sup>114</sup> Eine Abweichung oder Lockerung von allgemeinen Grundsätzen der Strafbarkeit ist jedoch nicht angezeigt, schon um nicht irgendwann den Boden des Schuldstrafrechts zu verlassen. Der englische Oberste Gerichtshof hat in einer vielbeachteten Entscheidung einen Schritt in die richtige Richtung getan. Es wäre zu begrüßen, wenn die BGH-Rechtsprechung die Entwicklung in England aufgreifen und ihre Positionierung im Hinblick auf die Zurechnung zwischen Mittätern ebenfalls unmissverständlich klarstellen würde.

---

<sup>113</sup> Vgl. *Puppe*, ZIS 2007, 234 (238): „Auch hier ist die Praxis mit der mittäterschaftlichen Zurechnung allzu rasch bei der Hand. Dass der Mittäter mit einer Abweichung von dem Tatplan rechnen musste, genügt jedenfalls nicht, ihm diese Abweichung als eigene Handlung und als vorsätzlich von ihm mitverursachten Erfolg zuzurechnen [...].“ Krit. zum – parallelen – Zurechnungsmaßstab der „Gleichgültigkeit“ *Eidam*, NStZ 2017, 273 (274): „Wer auf so etwas wie eine Gleichgültigkeit abstellt, driftet ins Ungewisse ab [...].“

<sup>114</sup> Zu weiteren europäischen Rechtsordnungen, vgl. *Weißer*, Täterschaft in Europa, 2011, S. 486 ff.

# Zur völkerstrafrechtlichen Bewertung von Zwangsheiraten nach dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs

Von Dr. Alexander Schwarz, Leipzig\*

## I. Einleitung

Die Zahl der Staaten nimmt zu, in denen Zwangsheiraten und andere Formen geschlechtsbezogener Gewalt zum festen Bestandteil der Kriegstaktik gehören.<sup>1</sup> Die Ursachen dafür sind vielfältig: Die ultimative Unterwerfung von Frauen<sup>2</sup> der gegnerischen Gruppe durch (systematische) Zwangsheiraten dient nicht nur der Demütigung der Opfer, sondern auch und gerade der Demütigung der Gruppe und kann zur Zerstörung derselben beitragen, weil die Opfer als Folge des Verbrechens oft aus ihrem eigenen sozialen Gefüge ausgestoßen werden oder zumindest ihren früheren sozialen Status als heiratsfähige Personen verlieren.<sup>3</sup> Darüber hinaus werden Zwangsheiraten in makrokriminellen Begehungszusammenhängen zu dem Zweck begangen, die ethnische Identität der gegnerischen Bevölkerung zu beeinflussen oder die Tätergruppe durch Omnipotenzgefühle zusammenzuschweißen und zu stärken.<sup>4</sup> Dabei wird den männlichen Gegnern zugleich vorgeführt, dass sie nicht in der Lage sind, ihre Ehefrauen, Töchter, Mütter oder Schwestern zu schützen, weshalb Zwangsheiraten auch als Mittel dienen, um die Gegner im Kern ihres männlichen Rollen- und Selbstbildes zu treffen.<sup>5</sup>

---

\* Der Verf. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches Recht von Prof. Dr. Stephanie Schiedermair der Universität Leipzig.

<sup>1</sup> Siehe United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence, UN Doc. S/2018/250 v. 23.3.2018, Rn. 18, 27, 28, 42, 43, 51, 57, 58, 62, 75, 77, 80, 93; United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence, UN Doc. S/2017/249 v. 15.4.2017, Rn. 8, 19, 23, 33, 47, 60, 69, 89.

<sup>2</sup> Während von Zwangsheiraten zwar ganz überwiegend Frauen betroffen werden, können auch Männer zu Opfern werden, siehe dazu unter II. 1. a).

<sup>3</sup> Dass Zwangsheiraten im Krieg überhaupt funktionalisiert werden können, ist nur deshalb möglich, weil die nach wie vor ungleichen Geschlechterverhältnisse in Friedenszeiten es möglich machen, dass Zwangsheiraten im Krieg einen Machtzuwachs der jeweiligen Konfliktpartei bedeuten und Frauen als taktisches Ziel deshalb von besonderer Bedeutung sind, vgl. Seifert, in: Stiglmeier (Hrsg.), Massenvergewaltigung, Krieg gegen die Frauen, 1993, S. 87 (99).

<sup>4</sup> In vielen Kulturen, wie etwa dem Yezidentum, hat die Heirat eines Andersgläubigen den Ausschluss aus der Gemeinschaft zur Folge und die aus solchen Verbindungen stammenden Kinder werden nicht als Mitglieder der Gemeinschaft akzeptiert, siehe Abid, in: Kraitt (Hrsg.), Irak, Ein Staat zerfällt, Hintergründe, Analysen, Berichte, 2015, S. 13 (23). Vgl. zu den an Jesid\*innen begangenen Verbrechen A. Schwarz, in: Kappler/Vogt (Hrsg.), Gender im Völkerrecht: Konfliktlagen und Errungenschaften, 2018 (im Erscheinen).

<sup>5</sup> Vgl. Schäfer, Afrika Spectrum 2008, S. 269 (270).

Während Zwangsheiraten, die in nationalen, mikrokriminellen Kontexten begangen werden, in mehreren Strafrechtsordnungen unter Strafe stehen,<sup>6</sup> werden Zwangsheiraten, die in makrokriminellen Kontexten begangen werden, bislang völkerstrafrechtlich weder in völkerrechtlichen Verträgen noch in Statuten internationaler Strafgerichte ausdrücklich unter Strafe gestellt. Gleichwohl ist das Phänomen der Zwangsheirat in den letzten Jahren verstärkt in den Blickpunkt der völkerstrafrechtlichen Rechtsprechung gerückt und wurde vom Sondertribunal für Sierra Leone (Special Court for Sierra Leone – SCSL), den Außerordentlichen Kammern an den Gerichten Kambodschas (Extraordinary Chambers at the Courts of Cambodia – ECCC) und neuerdings auch vom Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) verfolgt.<sup>7</sup> Aktuelle Anwendungsfälle bieten das Verfahren gegen den am 31. März 2018 per Haftbefehl durch den IStGH inhaftierten Malinesen Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag

---

<sup>6</sup> Für Australien: Section 270.7A Commonwealth Criminal Code Act 1995; für Belgien: Art. 391 sexies du Code Penal de la Belgique; für Brasilien: Art. 219–221 Código Penal; für Bulgarien: Art. 177 (2) Bulgarian Penal Code; für Dänemark: Art. 260 (2) Danish Penal Code; für Deutschland: § 237 StGB; für Großbritannien: Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014, Part 10; für Nigeria: Art. 361 Nigerian Criminal Code Act (Chapter 77); für Papua-Neuguinea: Criminal Code of Papua Guinea, S. 238; für Indien: Art. 366 Penal Code of India; für Singapur: Art. 366 Penal Code of Singapore; für Indonesien: Art. 332 Penal Code of Indonesia; für Venezuela: Art. 384 Código Penal de Venezuela; für Norwegen: Section 222 Penal Code of Norway; für Österreich: § 106a ÖStGB; für Irak: United Nations, Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, UN Doc. CEDAW/C/IRQ/4-6 v. 11.1.2013, Rn. 217.

<sup>7</sup> Zu den Verfahren wegen Zwangsverheiratung vor dem Special Court for Sierra Leone (SCSL) siehe *Njikam*, The contribution of the Special Court for Sierra Leone to the Development of International Humanitarian Law, 2013, S. 246–256; *Fuchs-Kaninski*, Der Beitrag des Sondergerichtshofs für Sierra Leone zum Völkerstrafrecht, 2015, S. 255–278; zu den Verfahren wegen Zwangsverheiratung vor den Außerordentlichen Kammern in den Gerichten Kambodschas (ECCC) siehe *Oosterveld/Sellers*, in: Meisenberg/Stegmiller (Hrsg.), The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Assessing their Contribution to International Criminal Law, 2016, S. 321 (325–334); zur Einordnung von Zwangsheiraten als „unmenschliche Handlung“ gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut siehe ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 94.

Mahmoud<sup>8</sup>, dem u.a. Vergewaltigung, sexuelle Sklaverei, geschlechtsbezogene Verfolgung und Zwangsheirat von Frauen und Mädchen zur Last gelegt wird, sowie das am 6. Dezember 2016 vor dem IStGH eröffnete Verfahren gegen den Ugander Dominic Ongwen, der wegen 70 Delikten angeklagt wird, darunter das Verbrechen der Zwangsheirat („forced marriage“).<sup>9</sup>

Der vorliegende Beitrag nimmt dies zum Anlass und untersucht, unter welchen Voraussetzungen Zwangsheiraten nach dem IStGH-Statut als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7 IStGH-Statut) erfasst werden bzw. welche Handlungselemente separat zu untersuchen sind, weil sich aus ihnen eine eigenständige Tatbestandsmäßigkeit ergibt. Vor einer näheren Betrachtung der einzelnen Handlungselemente werden die phänomenologischen Grundlagen von Zwangsheiraten skizziert. Anknüpfend daran wird die bisherige Rechtsprechung internationaler Strafgerichtshöfe nachgezeichnet und anschließend auf die einzelnen Tatmerkmale von Zwangsheiraten eingegangen, wie sie durch die bisherige Spruchpraxis erfasst werden.

## II. Das Phänomen der Zwangsheirat – ein Überblick

### 1. Erscheinungsformen und Entstehungszusammenhänge

Zwangsheiraten in makrokriminellen Kontexten beinhalten zumeist Formen physischer und sexualisierter Gewalt oder haben diese zumindest mittelbar zum Ziel, weshalb das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung regelmäßig betroffen ist. Jedoch beruhen diese nicht allein darauf, sondern schließen auch besonders schwere Formen geschlechtlicher Ungleichheit oder geschlechtlich bedingter Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht mit ein.<sup>10</sup> Frauen, die zwangsverheiratet werden, sind nicht nur dazu gezwungen, ihre vermeintlich bestehenden „ehelichen Pflichten“ zu erfüllen, sondern in der Regel auch solche, die ihnen aufgrund ihrer „Rolle als Ehefrau“ auferlegt werden, wie die Führung des Haushalts, die Verrichtung von Zwangsarbeit oder die Pflege des Besit-

zes des „Ehemannes“.<sup>11</sup> Dabei werden Frauen der gegnerischen Gruppe nicht als gleichwertige Personen wahrgenommen, sondern zum reinen Sex- und Arbeitsobjekt degradiert und dadurch ihres freien Willens beraubt.<sup>12</sup> Auch wenn die Zahlen von Zwangsheiraten für eine höhere Prävalenz bei bestimmten kulturell-ethnischen Gruppierungen sprechen, kann nicht behauptet werden, dass Zwangsheiraten etwa auf den islamischen Kulturkreis beschränkt werden, sondern in unterschiedlichen kulturellen und religiösen Kontexten vorkommen, wie etwa bei Angehörigen hinduistischer, christlich-orthodoxer, katholischer und orthodox-jüdischer Minderheiten.<sup>13</sup> Allerdings zeigt sich in makrokriminellen Begehungskontexten aus jüngerer Zeit, dass die Zahlen von Zwangsheiraten bei radikal-islamistischen Gruppierungen zunehmen und von diesen systematisch und organisiert begangen werden. So wird von Zwangsheiraten radikal-islamistischer Gruppen aus Somalia,<sup>14</sup> Nigeria,<sup>15</sup> Syrien<sup>16</sup> und Irak<sup>17</sup> berichtet, obwohl in diesen Ländern weder islamisches noch säkulares Recht Zwangsheiraten erlaubt.<sup>18</sup> Darüber

<sup>11</sup> SCSL, Prosecutor Final Trial Brief v. 6.12.2006 – SCSL-04-16-1601 (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 1010.

<sup>12</sup> *Mouthaan* (Fn. 10), S. 3; *Weigend*, in: Heinz/Hilgendorf (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag, 2012, S. 824 (824); *Kuschnik*, Der Gesamtbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, Herleitungen, Ausprägungen, Entwicklungen, 2009, S. 367.

<sup>13</sup> *Wieck-Nooldt*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 237 Rn. 3; *Sonnen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 237 Rn. 14.

<sup>14</sup> United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence, UN Doc. S/2018/250 v. 23.3.2018, Rn. 20; United Nations Human Rights Council, Report of the independent expert on the situation of human rights in Somalia, Shamsul Bari, UN Doc. A/HRC/15/48 v. 16.9.2010, Rn. 22.

<sup>15</sup> United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence, UN Doc. S/2018/250 v. 23.3.2018, Rn. 93; *Segun/Muscati* (Human Rights Watch), „Those Terrible Weeks in their Camp“, Boko Haram Violence against Women and Girls in Northeast Nigeria, 2014, abrufbar unter [http://features.hrw.org/features/HRW\\_2014\\_report/Those\\_Terrible\\_Weeks\\_in\\_Their\\_Camp/assets/nigeria1014web.pdf](http://features.hrw.org/features/HRW_2014_report/Those_Terrible_Weeks_in_Their_Camp/assets/nigeria1014web.pdf) (2.4.2019).

<sup>16</sup> United Nations, Human Rights Council, „They came to destroy“: ISIS Crimes Against the Yazidis, UN Doc. A/HRC/32/CRP.2 v. 15.6.2016, S. 1; siehe auch *Berster/Schiffbauer*, *ZaöRV* 2014, 847.

<sup>17</sup> United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence, UN Doc. S/2018/250 v. 23.3.2018, Rn. 42; *Haenen*, Force & Marriage, The criminalisation of forced marriage in Dutch, English and international criminal law, 2014, S. 71–74.

<sup>18</sup> Vgl. *Wieck-Nooldt* (Fn. 13), § 237 Rn. 2.

<sup>8</sup> Im Folgenden: Al Hassan.

<sup>9</sup> Im Haftbefehl gegen Al-Hassan klassifiziert die Anklagebehörde die Zwangsheiraten als „andere unmenschliche Handlung“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut, siehe ICC, Mandat d'arrêt à Tencontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud v. 27.3.2018 – ICC-01/12-01/18-2 (Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud), Rn. 12. Im Verfahren gegen Ongwen klassifizieren Anklagebehörde und Vorverfahrenskammer die angeklagten Zwangsheiraten ebenfalls als „andere unmenschliche Handlung“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut, siehe ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 87–101. Bis zum Zeitpunkt der Abfassung (Stand: Oktober 2018) wurde in dem andauernden Verfahren gegen Ongwen die Anklage durch die Vorverfahrenskammer bestätigt und das Verfahren eröffnet.

<sup>10</sup> *Mouthaan*, The Prosecution of Gender Crimes at the ICC: Challenges and Opportunities, University of Warwick School of Law, Legal Studies Research Paper, No. 2010-17 2010 (3).

hinaus sind auch aus anderen bewaffneten Konflikten Fälle bekannt, in denen Frauen entführt und zur Eingehung von „Ehen“ mit Mitgliedern der kämpfenden Gruppen gezwungen wurden, wie etwa aus der Demokratischen Republik Kongo,<sup>19</sup> Mali,<sup>20</sup> Mosambik,<sup>21</sup> Liberia und Uganda.<sup>22</sup> Zur Verdeutlichung der unterschiedlichen Entstehungszusammenhänge von Zwangsheiraten dienen die folgenden drei Beispielsfälle.

*a) Kambodscha (Rote Khmer)*

Während Zwangsheiraten herkömmlich als geschlechtsspezifische Gewalt charakterisiert werden, bei denen Frauen regelmäßig Opfer, Männer regelmäßig Täter sind,<sup>23</sup> zeichneten sich Zwangsheiraten in Kambodscha unter dem Regime der Roten Khmer dadurch aus, dass Männer und Frauen gleichermaßen Opfer waren.<sup>24</sup> Unter der „Familienpolitik“ der Roten Khmer sollen in den Jahren 1975–1979 zirka 400.000 Männer und Frauen systematisch zwangsverheiratet worden sein.<sup>25</sup> Die von höchster Stelle angeordneten Zwangsehen dienten dazu, unter dem Deckmantel des Instituts der „Ehe“ bzw. „ehelicher Pflichten“, Kinder eines so genannten „alten Volks“ zu zeugen, welches im Gegensatz zum so genannten „neuen Volk“ nicht als Klassenfeind angesehen wurde. Dabei wurden die von der Führungsebene der Roten Khmer angeordneten Zwangsheiraten in Gruppen durchgeführt, bei denen zwischen 2 und 100 Paare gleichzeitig verheiratet wurden.<sup>26</sup> Anschließend zwang man die neuen „Paare“, die sich vorher zumeist nicht kannten, miteinander Geschlechtsverkehr zu haben, dessen Vollzug von bewaffneten Soldaten überwacht wurde.<sup>27</sup> Dass den massenhaften Zwangsheiraten im Kambodscha der Roten Khmer systematische Vergewaltigungen und erzwungene Schwangerschaften zugrunde lagen, ja diese

geradezu ihr Zweck waren, wurde bei der Aufnahme völkerstrafrechtlicher Ermittlungen durch die ECCC zunächst nicht berücksichtigt.<sup>28</sup> So fanden vor den ECCC in Fall 001 – trotz entsprechender Hinweise durch die beteiligten Zivilparteien<sup>29</sup> – keine eigenständigen Ermittlungen wegen Zwangsheiraten statt. Erst in Fall 002 wurden Anklagen wegen Zwangsheiraten und Vergewaltigungen, die „im Zusammenhang mit Zwangsheiraten“ stattfanden („rape within forced marriage“), durch die Richter bestätigt.<sup>30</sup> Die Closing Order in Fall 002 nimmt an, dass Paare unter den Roten Khmer systematisch dazu gezwungen wurden, die eingegangenen „Ehen“ zu „vollziehen“, mit dem Ziel, Kinder für das Regime zu zeugen und „eine Familie zu gründen“ („for building up a family“).<sup>31</sup> Frauen, die als Folge dieser Strategie schwanger wurden, waren gezwungen, die Kinder unter oft leidvollen Bedingungen auszutragen und zur Welt zu bringen.<sup>32</sup> Das Urteil der Trial Chamber in Fall 002/02 ist am 16. November 2018 ergangen.<sup>33</sup>

*b) Irak/Syrien (sog. „Islamischer Staat“)*

Unter der maßgeblich in Irak und Syrien operierenden dschihadistischen Terrormiliz des sog. „Islamischen Staates“ (IS) waren Zwangsheiraten insbesondere in den Jahren 2014–2017 eine weit verbreitete Kriegstaktik. Von den verfügbaren Berichten ausgehend haben Mitglieder des IS in Irak und Syrien insbesondere jesidische Frauen systematisch zwangsverheiratet,<sup>34</sup> mit dem Ziel, die jesidische Religionsgemein-

<sup>19</sup> Haenen (Fn. 17), S. 71.

<sup>20</sup> United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence, UN Doc. S/2018/250 v. 23.3.2018, Rn. 51; ICC, Mandat d'arrêt à Tencontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud v. 27.3.2018 – ICC-01/12-01/18-2 (Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud), Rn. 1.

<sup>21</sup> Toy-Cronin, Columbia Journal of Gender and Law 19 (2010), 539 (559).

<sup>22</sup> Haenen (Fn. 17), S. 74.

<sup>23</sup> BT-Drs. 17/4401, S. 8.

<sup>24</sup> ECCC, Case 002/02, Judgment v. 16.11.2018 – 002/19-09-2007/ECCC-TC, Rn. 3690.

<sup>25</sup> ECCC, Second request for investigative actions concerning forced marriages and forced sexual relations v. 15.7.2009 – 002/19-09-2007/ECCC-D188, Rn. 9.

<sup>26</sup> Studzinsky, in: Brouwer/Ku/Römkens/van den Herik (Hrsg.), Sexual Violence as an International Crime: Interdisciplinary Approaches, 2013, S. 173 (180). Die Closing Order der Co-Investigating Judges spricht von „über 100“ Paaren gleichzeitig, siehe ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Closing Order v. 15.9.2010 – 002/19-09-2007/ECCC-D427 (Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Samphan, Ieng Thirith), Rn. 844.

<sup>27</sup> Studzinsky (Fn. 25), S. 180; Toy-Cronin, Columbia Journal of Gender and Law 19 (2010), 539 (552–554).

<sup>28</sup> Entsprechend enthielt die erste Unterbreitung der Anklage in Fall 002 keinerlei Bezug auf Sexualdelikte, ECCC, Office of the Co-Prosecutor, Introductory Submission v. 18.7.2008 – 002/19-09-2007/ECCC-D3 (Nuon Chea and others).

<sup>29</sup> Studzinsky (Fn. 25), S. 180.

<sup>30</sup> ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Closing Order v. 15.9.2010 – 002/19-09-2007/ECCC-D427 (Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Samphan, Ieng Thirith), Rn. 1432, 1442–1446. Die Erhebung dieser Anklagepunkte ist maßgeblich den verfahrensbeteiligten Zivilparteien zu verdanken, die mit Nachdruck auf eine Berücksichtigung von Sexualdelikten hinwirkten, vgl. Oosterveld/Sellers (Fn. 7), S. 32.

<sup>31</sup> ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Closing Order v. 15.9.2010 – 002/19-09-2007/ECCC-D427 (Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Samphan, Ieng Thirith), Rn. 216–217; vgl. Auch Lobato, Forced Pregnancy during the Khmer Rouge Regime, Acknowledging Forced Pregnancy as a Distinct Crime in the ECCC Proceedings, 2016, S. 3.

<sup>32</sup> Lobato (Fn. 30), S. 3.

<sup>33</sup> ECCC, Case 002/02, Judgment v. 16.11.2018 – 002/19-09-2007/ECCC-TC. Ende 2014 hat der internationale Ko-Ankläger beantragt, Zwangsheiraten und Vergewaltigungen, die im Zusammenhang mit Zwangsheiraten begangen wurden („rape within forced marriage“), auch in den Fällen 003 und 004 zu ermitteln, siehe Koumjian, International Co-Prosecutor Files Supplementary Submission in Case 003 v. 4.11.2014; ders., International Co-Prosecutor Requests Investigation of Alleged Sexual and Gender-based Violence in Case 004 v. 24.4.2014.

<sup>34</sup> United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence, UN Doc. S/2018/



schaft zu vernichten.<sup>35</sup> Dabei sollen die Täter gezielt einkalkuliert haben, dass die jesidische Kultur es verbietet, einen Andersgläubigen zu heiraten, und dass ein Verstoß gegen dieses Gebot traditionell den Ausschluss aus der Gemeinschaft zur Folge hat. Darüber hinaus sollen Zwangsheiraten vom IS bewusst eingesetzt worden sein, um traditionelle Machtverhältnisse zu sichern und den Einfluss patriarchalischer Strukturen zu verschärfen. Ferner seien Zwangsheiraten gezielt zur Bestrafung eingesetzt worden, etwa wenn Frauen sich weigerten, zum Islam zu konvertieren.<sup>36</sup> In diesem Zusammenhang wurden Mädchen und Frauen auf Märkten verkauft oder als „Geschenke“ und „Belohnungen“ für militärische Erfolge an andere Kämpfer weitergereicht.<sup>37</sup>

### c) Nigeria (Boko Haram)

Besondere mediale Aufmerksamkeit erreichte die Entführung von fast 300 Schülerinnen im April 2014 durch die islamistische Gruppierung Boko Haram, die im Norden Nigerias aktiv ist. Berichten zufolge wurden mehrere der entführten Mädchen und Frauen vergewaltigt, sexuell versklavt und zwangsverheiratet.<sup>38</sup> Die Anklagebehörde des IStGH hat diesbezüglich Vorermittlungen gegen Mitglieder von Boko Haram wegen der Begehung von Menschlichkeitsverbrechen eingeleitet,<sup>39</sup> darunter Vergewaltigung, sexuelle Sklaverei, Zwangsheirat, Verfolgung aufgrund des Geschlechts und andere Formen sexueller Gewalt.<sup>40</sup>

### 2. Abgrenzung zu „arrangierten Heiraten“ („arranged marriages“)

Zwangsheiraten, die in makrokriminellen Begehungszusammenhängen begangen werden, sind von arrangierten Ehen in Friedenszeiten zu unterscheiden.<sup>41</sup> Ein diesbezüglich in Auftrag gegebenes Sachverständigengutachten des SCSL im

Verfahren gegen Alex Tamba Brima über die Erscheinungsformen und Entstehungszusammenhänge von Zwangsheiraten im sierra-leonischen Bürgerkrieg (1991–2002) kommt zu dem Ergebnis, dass in Sierra Leone zwar auch in Friedenszeiten „arrangierte Ehen“ („arranged marriages“) vorkommen.<sup>42</sup> Diese würden sich jedoch insofern von Zwangsheiraten („forced marriages“) während des Bürgerkriegs unterscheiden, als den arrangierten Ehen regelmäßig ein Aushandlungsprozess zwischen den jeweiligen Familien der „Ehepartner“ vorausgehe, ein Einverständnis der Eltern vorausgesetzt werde und die Ehepartner grundsätzlich die Möglichkeit hätten, den elterlichen „Vorschlag“ abzulehnen.<sup>43</sup> Arrangierte Ehen, wie sie insbesondere in patriarchalischen Kulturkreisen vorkommen, liegen demnach dann vor, wenn die „Eheschließung“ zwar von Familienangehörigen der Eheleute initiiert, aber mit Einverständnis der Ehepartner geschlossen wird.<sup>44</sup> Im deutschsprachigen Schrifttum über die Kriminalisierung der Zwangsheirat (§ 237 StGB) wird deshalb mehrheitlich angenommen, dass es sich bei arrangierten Ehen um eine nicht zu beanstandende Form von Eheanbahnung handle, die kriminalpolitisch nicht strafwürdig sei.<sup>45</sup> Gleichwohl dürfte es bei arrangierten Ehen regelmäßig schwerfallen, einen zwar nicht objektiv erkennbaren aber subjektiv empfundenen Zwang der betroffenen Frau auszuschließen, weshalb die Abgrenzung im Einzelfall schwierig ist. Vielmehr besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Grenzen zwischen Zwangsheiraten und arrangierten Ehen durchaus fließend sein können.<sup>46</sup>

Im Gegensatz zu arrangierten Ehen spielt jedenfalls bei Zwangsheiraten, wie sie im Rahmen bewaffneter Konflikte oder staatlich angeordneter Bevölkerungspolitik erfolgen, die Zustimmung des Opfers oder dessen Familie regelmäßig keine Rolle. Demzufolge sollen Zwangsheiraten nach einer in den Sozialwissenschaften weit verbreiteten Definition dann vorliegen, „wenn mindestens einer der Eheleute durch die Ausübung von Gewalt oder durch die Drohung mit einem

250 v. 23.3.2018, Rn. 42, 77; United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence, UN Doc. S/2015/203 v. 23.3.2015, Rn. 61; Human Rights Watch, Irak: Zwangsheirat und -konvertierung von Jesiden v. 12.10.2014.

<sup>35</sup> Klinge, Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften, 2016, S. 44 (47).

<sup>36</sup> Segun/Muscati (Human Rights Watch, Fn. 15), S. 2.

<sup>37</sup> United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence, UN Doc. S/2015/203 v. 23.3.2015, Rn. 29.

<sup>38</sup> United Nations Security Council, Report of the Secretary-General on conflict-related sexual violence, UN Doc. S/2018/250 v. 23.3.2018, Rn. 93; Segun/Muscati (Human Rights Watch, Fn. 15), S. 2.

<sup>39</sup> Nigeria ist Mitgliedstaat des IStGH.

<sup>40</sup> ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2016 v. 14.11.2016, Rn. 292–293.

<sup>41</sup> Fuchs-Kaninski (Fn. 7), S. 255; SCSL (Trial Chamber II), Ur. v. 20.6.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Separate Concurring Opinion of the Hon. Justice Julia Sebutinde appendend to Judgement Pursuant to Rule 88 (C), Rn. 10–12.

<sup>42</sup> Die Untersuchung basiert auf Interviews mit über 150 Frauen, die während des sierra-leonischen Bürgerkriegs in den Jahren 1991–2002 als sog. „bush wives“ zwangsverheiratet wurden, siehe SCSL, Annex A, Expert Report on the Phenomenon of „forced marriage“ in the context of the conflict in Sierra Leone and, more specifically, in the context of the trials against the RUF and AFRC Accused only v. 8.8.2005 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), S. 7 ff.

<sup>43</sup> SCSL, Annex A, Expert Report on the Phenomenon of „forced marriage“ in the context of the conflict in Sierra Leone and, more specifically, in the context of the trials against the RUF and AFRC Accused only v. 8.8.2005 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), S. 7–9; Fuchs-Kaninski (Fn. 7), S. 255.

<sup>44</sup> Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen, 2011, S. 18; vgl. auch Yerlikaya/Çakır-Ceylan, ZIS 2011, 205 (206).

<sup>45</sup> Siehe nur BT-Drs. 17/4401, S. 8.

<sup>46</sup> Yerlikaya/Çakır-Ceylan, ZIS 2011, 205 (206).

empfindlichen Übel zum Eingehen einer formellen oder informellen (also durch eine religiöse oder soziale Zeremonie geschlossenen) Ehe gezwungen wird und mit seiner Weigerung kein Gehör findet oder es nicht wagt, sich zu widersetzen“<sup>47</sup>. Das vom SCSL in Auftrag gegebene Sachverständigengutachten stellte diesbezüglich heraus, dass die zwangsverheirateten Frauen während des sierra-leonischen Bürgerkriegs regelmäßig entführt wurden, als Eigentum ihres „Ehemanns“ galten und diesem schutzlos ausgeliefert waren.<sup>48</sup> Dabei ist der spezifische Zwangscharakter sowie das besondere Handlungsunrecht von Zwangsheiraten im makrokriminellen Kontext deutlich hervorgehoben worden:

„[R]ebel husbands did not show their ‚bush wives‘ respect. They were constantly flogged, physically and psychologically abused and their husbands always had the final say. Because it was a marriage without consent and no intermediaries were present, the ‚wives‘ had no protection of family support they could count on. [...] The wives were led to believe that their ‚husbands‘ had the right to kill them without fear of any repercussions. [...] The ‚bush wife‘ was at the mercy of her rebel husband and had no access to justice neither could she seek redress.“<sup>49</sup>

### 3. Zwangsheirat als Menschenrechtsverletzung

Die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wie sie in Art. 7 IStGH-Statut erfasst werden, dienen der völkerstrafrechtlichen Flankierung des universellen Menschenrechtsschutzes.<sup>50</sup> Insofern hat die völkerstrafrechtliche Erfassung der Menschlichkeitsverbrechen ihren Ursprung in völkerrechtlichen Schutzgarantien, weshalb der menschenrechtliche Referenzrahmen kurz dahingehend untersucht werden soll, inwieweit sich Aussagen über den Schutzbereich einer völkerrechtlichen Strafbarstellung von Zwangsheiraten entnehmen lassen.

Ausformulierungen finden sich sowohl in internationalen wie in regionalen Menschenrechtskonventionen. So steht die Zwangsheirat bereits in Konflikt mit Art. 16 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR),<sup>51</sup> der bestimmt, dass eine Ehe „nur bei freier und uneingeschränkter Willenseinigung der künftigen Ehegatten geschlossen werden“ darf. Zwar entfaltet die AEMR als Resolution der UN-Generalversammlung keine völkerrechtliche Bindungswirkung (soft law), allerdings wird sie als Basisdokument der Vereinten Nationen automatisch von allen Mitgliedstaaten anerkannt und kann deshalb zur gewohnheitsrechtlichen Entwicklung des Völkerrechts beitragen.<sup>52</sup> Rechtlich verbindlich ist hingegen Art. 10 Nr. 1 S. 2 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR),<sup>53</sup> der die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, dass eine Ehe „nur im freien Einverständnis der künftigen Ehegatten geschlossen werden“ darf. Gleiches gilt für Art. 23 Abs. 3 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR),<sup>54</sup> der das Bekenntnis zur Eheschließungsfreiheit des IPwskR wortgleich wiederholt. Bedeutsam ist, dass Art. 2 Abs. 2 IPbpR die Staaten ferner dazu verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Eheschließungsfreiheit innerstaatlich zu gewährleisten. Ein weiteres Instrument ist die im Jahre 1979 von der UN-Generalversammlung verabschiedete Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW),<sup>55</sup> welche die Signatarstaaten in Art. 16 Abs. 1 lit. b dazu verpflichtet, die Eheschließung nur mit freier und voller Zustimmung beider Ehepartner erfolgen zu lassen. Darüber hinaus werden die Vertragsstaaten durch Art. 2 lit. b CEDAW dazu angehalten, gesetzgeberische Maßnahmen sowie gegebenenfalls Sanktionen zu ergreifen, um entsprechende Diskriminierungen zu bekämpfen. In diesem Zusammenhang weist auch der UN-Fachausschuss zur Frauenrechtskonvention (CEDAW) auf die zentrale Bedeutung der Eheschließungsfreiheit für die menschliche Würde hin:

„A woman’s right to choose a spouse and enter freely into marriage is central to her life and to her dignity and equality as a human being.“<sup>56</sup>

<sup>47</sup> Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen, 2011, S. 18.

<sup>48</sup> SCSL, Annex A, Expert Report on the Phenomenon of „forced marriage“ in the context of the conflict in Sierra Leone and, more specifically, in the context of the trials against the RUF and AFRC Accused only v. 8.8.2005 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v Alex Tamba Brima et al.), S. 12–13.

<sup>49</sup> SCSL, Annex A, Expert Report on the Phenomenon of „forced marriage“ in the context of the conflict in Sierra Leone and, more specifically, in the context of the trials against the RUF and AFRC Accused only v. 8.8.2005 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v Alex Tamba Brima et al.), S. 13.

<sup>50</sup> Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl., 2018, § 7 Rn. 173: „[D]urch den Straftatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit [...] sollen die *grundlegenden Menschenrechte* strafrechtlich geschützt werden“ (*Hervorhebungen im Original*); ähnlich Werle, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, § 7 VStGB Rn. 1.

<sup>51</sup> Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, UN Doc. A/RES/217 v. 10.12.1948.

<sup>52</sup> Nettesheim, in: Merten/Papier/Dederer (Hrsg.), Universelle Menschenrechte, 2009, S. 191 (222); ICJ, Urte. v. 24.5.1980 – Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States vs. Iran) = ICJ Reports 1980, 3 (42).

<sup>53</sup> BGBl. II 1976, S. 428. Der IPwskR hat 169 Mitgliedstaaten (Stand: November 2018).

<sup>54</sup> BGBl. II 1967, S. 1068. Der IPbpR hat 172 Mitgliedstaaten (Stand: November 2018).

<sup>55</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, UN Doc. A/Res/34/180 v. 18.12.1979.

<sup>56</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), CEDAW General Recommendation No. 21: Equality in Marriage and Family Relations, UN Doc. A/49/38 v. 12.4.1994, Art. 16.

Auf Ebene des Europarats gewährleistet Art. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>57</sup> die Eheschließungsfreiheit. Diese erstreckt sich auf die Entscheidung, ob und mit wem eine Ehe geschlossen wird, aber auch auf die Entscheidung, keine Ehe eingehen zu wollen (negative Eheschließungsfreiheit).<sup>58</sup> Darüber hinaus kommt der im Jahre 2014 in Kraft getretenen sog. Istanbul-Konvention<sup>59</sup> besondere Bedeutung zu, welche die Vertragsstaaten des Europarates in Art. 37 rechtlich dazu verpflichtet, Zwangsheiraten unter Strafe zu stellen.<sup>60</sup>

Anhand der genannten völkerrechtlichen Instrumente zeigt sich, dass die „Eheschließungsfreiheit“, wie sie in Art. 23 IPbpR, Art. 10 IPwskR, Art. 12 EMRK und Art. 16 AEMR kodifiziert ist, menschenrechtlich garantiert wird. Geschützt wird damit das individuelle Interesse „sich frei und selbstbestimmt für oder gegen eine Eheschließung entscheiden zu können“<sup>61</sup>. Dazu gehört auch die negative Eheschließungsfreiheit, also das Recht der Betroffenen, keine Ehe zu schließen. Durch Zwangsheiraten wird insbesondere das Recht der Betroffenen auf negative Eheschließungsfreiheit verletzt, weshalb zu Recht davon ausgegangen wird, dass es sich bei Zwangsheiraten um eine schwere Menschenrechtsverletzung handelt.<sup>62</sup>

### III. Zwangsheirat als Straftatbestand des Völkerstrafrechts

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob das Phänomen der Zwangsheirat völkerstrafrechtlich als Sklaverei, sexuelle Sklaverei oder – im Rahmen „unmenschlicher Handlungen“ gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut – als eigenständiger Tatbestand einzuordnen ist.<sup>63</sup> Dieser Dissens resultiert aus dem Umstand, dass Zwangsheiraten regelmäßig ein Konglomerat aus verschiedenen Einzeltatbeständen verwirklichen („composite crime“), bestehend aus (sexueller) Sklave-

rei, Zwangsprostitution, Vergewaltigung und Folter.<sup>64</sup> Aufgrund der Tatsache, dass das Opfer regelmäßig für einen sehr langen Zeitraum der Zwangsverbindung ausgesetzt sein dürfte, wohnt der Zwangsheirat ein Element der Dauer inne, weshalb sie als Dauerdelikt bezeichnet werden kann. Als Dauerdelikt kann die Zwangsheirat auch den Tatbestand der Vergewaltigung oder anderer Sexualdelikte enthalten.<sup>65</sup> In der bisherigen Rechtsprechung internationaler Strafgerichte hat sich mehrheitlich die Rechtsauffassung durchgesetzt, Zwangsheiraten als „unmenschliche Handlung“ einzuordnen.<sup>66</sup> Dabei gilt die Rechtsprechung des SCSL als richtungsweisend, die erheblichen Einfluss auf die nachfolgende Spruchpraxis anderer Tribunale gehabt hat. So haben die ECCC in Fall 002 unter Berufung auf die Rechtsprechung des SCSL Zwangsheiraten als „unmenschliche Handlung“

<sup>64</sup> *Dumbryte*, Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos 13 (2013), 11 (15); *Nguyen*, Göttingen Journal of International Law 6 (2014), 13 (16); *Frulli*, Journal of International Criminal Justice 6 (2008), 1033 (1036); SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 190.

<sup>65</sup> Die Anklagebehörde der ECCC ist gar dazu übergegangen, die Erscheinung der „Vergewaltigung im Rahmen von Zwangsheiraten“ („rape within forced marriage“) als eigenständige Tathandlung zu verfolgen, siehe ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Closing Order v. 15.9.2010 – 002/19-09-2007/ECCC-D427 (Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Samphan, Ieng Thirith), Rn. 1432, 1442–1446.

<sup>66</sup> Zuletzt ICC, Mandat d'arrêt à Tencontre d'Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud v. 27.3.2018 – ICC-01/12-01/18-2 (Le Procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud), Rn. 12; ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 36, 95, 139–140; SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 197–198; SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 20.6.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Partly Dissenting Opinion of Justice Doherty on Count 7 (Sexual Slavery) and Count 8 („Forced Marriages“); SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao; RUF Case), Rn. 1291; ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Closing Order v. 15.9.2010 – 002/19-09-2007/ECCC-D427 (Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Samphan, Ieng Thirith), Rn. 1441. Zur abweichenden Rechtsprechung, die Zwangsheiraten als sexuelle Sklaverei einordnet, siehe SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Charles Taylor), Rn. 427–429; ICC, Decision on the confirmation of charges v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui), Rn. 431; zur Einordnung von Zwangsheiraten als „sexuelle Gewalt vergleichbarer Schwere“, siehe ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1-T (Prosecutor v. Kvočka et al.), Rn. 180, Fn. 343.

<sup>57</sup> BGBl. II 2002, S. 1054, 1055.

<sup>58</sup> *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 52; *Frowein*, in: Frowein/Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 5.

<sup>59</sup> Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, in Kraft getreten am 1.8.2014, siehe BT-Drs. 16/145, S. 34.

<sup>60</sup> Art. 37 Istanbul-Konvention lautet „Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass vorsätzliches Verhalten, durch das eine erwachsene Person oder ein Kind zur Eheschließung gezwungen wird, unter Strafe gestellt wird.“

<sup>61</sup> *Sonnen* (Fn. 13), § 237 Rn. 1; BT.-Drs. 17/4401, S. 8.

<sup>62</sup> *Wieck-Noodt* (Fn. 13), § 237 Rn. 5; *Sering*, NJW 2011, 2161; Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen, 2011, S. 9; BT.-Drs. 17/1213, S. 1.

<sup>63</sup> Statt vieler nur *Haenen* (Fn. 17), S. 329 ff.

anerkannt.<sup>67</sup> Während der IStGH in seiner früheren Rechtsprechung dem SCSL zunächst nicht gefolgt war und die Zwangsheirat als sexuelle Sklaverei einordnete,<sup>68</sup> hat sich die Vorverfahrenskammer im „Ongwen-Fall“ nunmehr dem SCSL angeschlossen und die Anklage gegen Dominic Ongwen wegen der Begehung von Zwangsheiraten als „andere unmenschliche Handlung“ i.S.d. Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut bestätigt.<sup>69</sup> Im Folgenden soll die internationale Spruchpraxis nachgezeichnet werden.

### 1. Zwangsheirat als sexuelle Sklaverei

Das Handlungsunrecht der Zwangsheirat ist mit dem der sexuellen Sklaverei aus Art. 7 Abs. 1 lit. g Var. 2 IStGH-Statut eng verwandt, weshalb die Abgrenzung zur sexuellen Sklaverei besondere Schwierigkeiten bereitet. Aus der Definition der sexuellen Sklaverei in den Verbrechenselementen des IStGH<sup>70</sup> folgt, dass sich die äußere Tatseite von sexueller Sklaverei durch zwei Kernmerkmale auszeichnet. Einerseits muss sich der Täter am Opfer eine eigentümerähnliche Stellung angemaßt haben, die mit einem Autonomieverlust bzw. einer ähnlich wirkenden Freiheitsberaubung („similar deprivation of liberty“) des Opfers einhergeht (Abs. 1).<sup>71</sup> Andererseits muss der Täter sexuelle Handlungen an dem Opfer vorgenommen oder das Opfer sich auf sexuelle Handlungen eingelassen haben (Abs. 2).<sup>72</sup>

Zunächst erscheint es als denkbar, die Zwangsheirat als eine Abwandlung der sexuellen Sklaverei anzusehen. Eine

ähnliche Auffassung vertrat die Verfahrenskammer des SCSL im „Brima-Fall“, wo sie eine Verurteilung der Zwangsheirat als „andere unmenschliche Handlung“ ablehnte, weil das Phänomen der Zwangsheirat vollständig von der sexuellen Sklaverei (Art. 2 lit. g SCSL-Statut) erfasst werde.<sup>73</sup> Diesen Ansatz begründete die Kammer mit der eigentümerähnlichen Stellung des Täters, der im „Brima-Fall“ eine Flucht des Opfers verhinderte und dies einer Freiheitsentziehung („deprivation of liberty“) gleichkomme, wie sie von der (sexuellen) Sklaverei verlangt werde.<sup>74</sup> Die zwangsweise verrichteten Hausarbeiten der Opfer wurden zudem als Zwangsarbeit („forced labor“) charakterisiert, die aus Sicht der Kammer ebenfalls Sklaverei darstellten.<sup>75</sup> Dies steht im Einklang mit der Katanga-Vorverfahrenskammer des IStGH, die von sexueller Sklaverei auch zeitgenössische Formen von Sklaverei als erfasst ansieht, wie Zwangsheirat („forced marriage“), Zwangspartnerschaft und Zwangsarbeit, sofern diese mit sexuellen Handlungen einhergehen.<sup>76</sup>

Einer vollständigen Konsumtion der Zwangsheirat durch den Tatbestand der sexuellen Sklaverei ist die Berufungskammer im „Brima-Fall“ jedoch entgegengetreten. Sie hob

<sup>67</sup> ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Closing Order v. 15.9.2010 – 002/19-09-2007/ECCC-D427 (Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Samphan, Ieng Thirith), Rn. 1441.

<sup>68</sup> ICC, Decision on the confirmation of charges v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui), Rn. 431.

<sup>69</sup> ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 93–95.

<sup>70</sup> ICC Elements of Crimes, Art. 7 Abs. 1 lit. g Var. 2, Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. xxii Var. 2, Art. 8 Abs. 2 lit. e Nr. vi Var. 2: „(1) The perpetrator exercised any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons, such as by purchasing, selling, lending or bartering such a person or persons, or by imposing on them a similar deprivation of liberty.

(2) The perpetrator caused such person or persons to engage in one or more acts of a sexual nature.

(3) The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.

(4) The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.“

<sup>71</sup> *Hall/Powderly/Hayes*, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, 3. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 61.

<sup>72</sup> Eingehend zum Tatbestand der sexuellen Sklaverei siehe A. Schwarz, *Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht, Sexualisierte und geschlechtsbezogene Gewalt vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2019.

<sup>73</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 20.6.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 713.

<sup>74</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 20.6.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 709.

<sup>75</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 20.6.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 709; vgl. auch *Fuchs-Kaninski* (Fn. 7), S. 259.

<sup>76</sup> ICC, Decision on the confirmation of charges v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui), Rn. 431: „In the view of the Chamber, sexual slavery also encompasses situations where women and girls are forced into ‚marriage‘, domestic servitude or other forced labour involving compulsory sexual activity, including rape, by their captors“; vgl. auch *Hall/Powderly/Hayes* (Rn. 70), Art. 7 Rn. 61; *Cottier/Mzee*, in: Triffterer/Ambos (Fn. 70), Paragraph 8 (b) (xxii), in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), S. 476, 701, 715; United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Final Report submitted by Ms Gay J McDougall, Special Rapporteur, Contemporary forms of slavery: systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict, UN-Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 v. 22.6.1998, Rn. 30; United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission resolution 1997/44, UN Doc. E/CN.4/1998/54 v. 26.1.1998, Rn. 42; *Brouwer*, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence, The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, 2005, S. 138; *Kuschnik* (Fn. 12), S. 347; wohl auch *Ambos*, ZIS 2011, 287 (293); *Vest/Sutter*, in: *Vest/Ziegler/Lindenmann/Wehrenberg* (Hrsg.), *Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB*, Kommentar, 2014, Art. 264a lit. c Rn. 213; a.A. *Schmahl*, in: *Zimmermann/Giegerich* (Hrsg.), *Gender und Internationales Recht*, 2007, S. 171 (195).

die Entscheidung der Verfahrenskammer auf und subsumierte die Zwangsheirat stattdessen unter den Auffangtatbestand der „anderen unmenschlichen Handlung“ (Art. 2 lit. i SCSL-Statut).<sup>77</sup> Dadurch wurde die Zwangsheirat erstmals als eigenständiges Verbrechen anerkannt, das von bestehenden Einzelverbrechen, wie das der sexuellen Sklaverei, zu unterscheiden sei.<sup>78</sup> Die entscheidende Abgrenzung begründete die Kammer wie folgt:

„While forced marriage share certain elements with sexual slavery such as non-consensual sex and deprivation of liberty, there are also distinguishing factors. First, forced marriage involves a perpetrator compelling a person by force or threat of force, through the words or conduct of the perpetrator or those associated with him, into a forced conjugal association with another person resulting in great suffering, or serious physical or mental injury on the part of the victim. Second, unlike sexual slavery, forced marriage implies a relationship of exclusivity between the ‚husband‘ and ‚wife‘, which could lead to disciplinary consequences for breach of this exclusive arrangement. These distinctions imply that forced marriage is not predominantly a sexual crime.“<sup>79</sup>

Die Brima-Berufungskammer kommt also zu dem Schluss, dass der wesentliche Unterschied zur sexuellen Sklaverei darin bestehe, dass die Zwangsheirat (1.) eine „eheliche Zwangsverbindung“ („forced conjugal association“) enthalte und (2.) die Beziehung zwischen „Ehemann“ und „Ehefrau“ von einer besonderen „Exklusivität“ geprägt sei („relationship of exclusivity“), die im Falle von Ungehorsam seitens des Opfers disziplinarische Konsequenzen nach sich ziehe.<sup>80</sup> Gleichzeitig würden sich Täter von Zwangsheiraten häufig die Stellung eines „Schutzpatrons“ anmaßen, der die „Ehefrau“, im Gegenzug zu ihren Zwangsdiensten, mit Nahrung und Kleidung versorgt sowie diese vor Vergewaltigungen anderer Männer schützt.<sup>81</sup> Hierbei handele es sich um eine Art „Gegenleistung“, die aus Sicht der Brima-Berufungskammer nicht von einer Person erbracht würde, die eine andere Person zum Zwecke der sexuellen Sklaverei ihrer Freiheit beraubt.<sup>82</sup> Diese Unterscheidung führte schließlich zu der

Feststellung, dass bei Zwangsheiraten, anders als bei sexueller Sklaverei, der Sexualbezug nicht im Vordergrund stehe und es sich folglich nicht um ein Sexualdelikt als solches handelt.<sup>83</sup> Im sog. „RUF-Fall“ wurde die Einordnung der Brima-Berufungskammer bestätigt und Zwangsheiraten als „unmenschliche Handlung“ rechtskräftig verurteilt.<sup>84</sup>

Während die Entscheidung der Brima-Berufungskammer zwar im Ergebnis zutrifft, überzeugt ihre Begründung nur bedingt. So bleibt sie konkrete Ausführungen darüber schuldig, inwiefern ein eigenständiges Handlungsunrecht der Zwangsheirat über die von sexueller Sklaverei umfassten Tathandlungen hinausgeht (dazu gleich unter 2.). Zudem wird nicht hinreichend deutlich, weshalb das Bestehen einer „Exklusivbeziehung“ zwischen Täter und Opfer gegen die Annahme von Sklaverei sprechen soll. Dieses Versäumnis dürfte der Grund dafür gewesen sein, dass sich die Verfahrenskammer II im „Taylor-Fall“ der Auffassung der Verfahrenskammer I aus dem „Brima-Fall“ anschloss, indem sie der Zwangsheirat eine tatbestandliche Eigenständigkeit absprach und diese erneut als sexuelle Sklaverei einordnete (obwohl einiges, wie zu erläutern sein wird, für einen eigenständigen Tatbestand spricht).<sup>85</sup> Dabei hob die Taylor-Verfahrenskammer hervor, dass die Verwendung des Begriffes „Heirat“ („marriage“) verfehlt sei und stattdessen von „conjugal slavery“ gesprochen werden müsse.<sup>86</sup> Eine solche „eheliche Form der Sklaverei“ setze sich sowohl aus sexuellen als auch nicht-sexuellen Elementen zusammen,<sup>87</sup> was im Ergebnis unproblematisch sei, weil die jeweils nicht-sexuellen Formen (wie Zwangsarbeit) vom Sklaverei-Verbrechen, die jeweils sexuellen Formen von sexueller Sklaverei erfasst würden.<sup>88</sup> Jedenfalls ist in der Zwangsheirat nach Auffassung der Taylor-Verfahrenskammer kein eigenständiger Tatbestand zu erkennen, weil Zwangsheiraten vom Tatbestand der (sexuellen) Sklaverei vollumfänglich umfasst würden.<sup>89</sup>

acts he did not perform when he used a female for sexual purposes only.“

<sup>83</sup> SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 195.

<sup>84</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao; RUF Case), Rn. 1291–1293; SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 26.10.2009 – SCSL-04-15-A (Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao; RUF Case), Rn. 1104.

<sup>85</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Charles Taylor), Rn. 425–432.

<sup>86</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Charles Taylor), Rn. 428: „The Trial Chamber is of the view that the conjugal slavery best describes these acts.“

<sup>87</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Charles Taylor), Rn. 427.

<sup>88</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Charles Taylor), Rn. 428 f.

<sup>89</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Charles Taylor), Rn. 426: „The Trial Chamber notes that in the absence of any specific charge relating to forced conjugal association, which was extensively testified

<sup>77</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL -04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao; RUF Case), Rn. 460, 464.

<sup>78</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL -04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao; RUF Case), Rn. 460, 464.

<sup>79</sup> SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 195.

<sup>80</sup> SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 195; siehe auch *Toy-Cronin*, Columbia Journal of Gender and Law 19 (2010), 539 (568).

<sup>81</sup> SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 190.

<sup>82</sup> SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 190: „[...]“



## 2. Zwangsheirat als eigenständiges Handlungsunrecht?

Wie bereits erwähnt, hat es die Brima-Berufungskammer des SCSL bei ihrer Einordnung der Zwangsheirat als „unmenschliche Handlung“ weitgehend versäumt, ein eigenständiges Handlungsunrecht von Zwangsheiraten herauszuarbeiten, welches über (sexuelle) Sklaverei hinausgeht. Hierauf kommt es aber gerade an. Wird nämlich das Handlungsunrecht der „Zwangsheirat“ erschöpfend von Einzeltatbeständen erfasst, wie sie im Statut des IStGH ausdrücklich normiert sind, kommt aus Spezialitätsgründen eine Subsumption unter den Auffangtatbestand der „unmenschlichen Handlung“ i.S.d. Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut gar nicht in Betracht.<sup>90</sup> Denn dann wären die jeweiligen Einzeltaten, die durch Zwangsheirat erfüllt werden, jeweils für sich anzuklagen. Erst wenn die Zwangsheirat – über die ausdrücklich normierten Einzeltatbestände hinaus – ein nicht erfasstes Handlungsunrecht verwirklicht, ist zu fragen, ob dieses vom Auffangtatbestand der „anderen unmenschlichen Handlung“ erfasst wird.<sup>91</sup> Dabei reicht es nicht aus, dass die Zwangsheirat mehrere Einzeltatbestände lediglich akkumuliert, sondern dass das von der Zwangsheirat verwirklichte Handlungsunrecht im Verhältnis zu den bestehenden Einzelverbrechen ein tatbestandliches „Mehr“ bedeutet.<sup>92</sup>

Während die Versklavung primär die Beraubung der persönlichen Verfügungsfreiheit pönalisiert und durch den Sexualbezug der sexuellen Sklaverei zusätzlich eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung erfasst wird, besteht das eigenständige Handlungsunrecht der Zwangsheirat nach hier vertretener Auffassung darin, dass durch das Element der „Eheschließung“ bzw. der Eingehung einer „eheähnlichen Verbindung“ (zusätzlich) eine Verletzung der Eheschließungsfreiheit verwirklicht wird, wie sie in den Art. 23 IPbPR, Art. 10 IPwskR, Art. 12 EMRK und Art. 16 AEMR garantiert wird.<sup>93</sup> Dazu die Vorverfahrenskammer des IStGH im „Ongwen-Fall“:

„Indeed, forced marriage as defined above violates the independently recognised basic right to consensually marry and establish a family. This basic right is indeed the value (distinct from e.g. physical or sexual integrity, or personal liberty) that demands protection through the appropriate interpretation of article 7(1k) of the Statute.“<sup>94</sup>

to in this case, the elements of sexual slavery are satisfied, that is the deprivation of liberty and the imposition of non-consensual sex.“

<sup>90</sup> *Dumbryte*, Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos 13 (2013), 11 (15 f.).

<sup>91</sup> *Haenen*, German Law Journal 15 (2014), 796 (810).

<sup>92</sup> *Haenen*, German Law Journal 15 (2014), 796 (810 f.).

<sup>93</sup> ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 94.

<sup>94</sup> ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 94.

In Abgrenzung zu sexueller Sklaverei besteht das primäre Handlungsunrecht von Zwangsheiraten also weniger in der Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung durch den Täter als in der Ableitung von „ehelichen Pflichten“ aus einer vermeintlichen oder faktisch bestehenden Rechtsstellung des Opfers als „Ehepartner“.<sup>95</sup> Der eigenständige Handlungsunwert der Zwangsverheiratung ist folglich in der „erzwungenen ehelichen Verbindung“ („forced conjugal union“) zu sehen,<sup>96</sup> die das Opfer (mitunter lebenslang) an den Täter bindet und eine gravierende Verletzung der menschenrechtlich garantierten Eheschließungsfreiheit darstellt.<sup>97</sup> Hinzu kommt, dass in Abhängigkeit des kulturellen Kontexts, die Missachtung der Tradition in der Regel gesellschaftliche Ächtung und pauschale Stigmatisierungen nach sich zieht, weil die Opfer als Folge der Zwangsheirat aus ihrem sozialen Gefüge ausgestoßen werden oder ihren früheren sozialen Status als heiratsfähige Personen verlieren. Indem die Pönalisierung der Zwangsheirat ein zusätzliches Rechtsgut – die Eheschließungsfreiheit – schützt, geht sie auch hinsichtlich der betroffenen Schutzgüter über sexuelle Sklaverei hinaus. Auf die Tatsache, dass es sich bei Zwangsheiraten im makrokriminellen Kontext, wie die Taylor-Verfahrenskammer des SCSL zutreffend feststellt, nicht um eine universell anerkannte „Heirat“ im Sinne einer „konsensualen und sakrosankten Verbindung handelt“,<sup>98</sup> kommt es dabei gar nicht an, sondern auf den Umstand, dass unter Anmaßung eines eheähnlichen Rechtsscheins dem Opfer der Schutz der Eheschließungsfreiheit versagt wird. Das Phänomen der Zwangsverheiratung ist folglich als eigenständiges Handlungsunrecht zu betrachten, dessen Anwendungsbereich Handlungen umfasst, die nicht dem „angemessenen Eigentumsverhältnis“ der sexuellen Sklaverei entsprechen, sondern Exklusivitätselemente beinhalten.

<sup>95</sup> *Scharf*, in: Ankumah/Kwakwa (Hrsg.), African Perspectives on International Criminal Justice, 2005, S. 77 (96).

<sup>96</sup> *Dumbryte*, Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos 13 (2013), 11 (15); *Jain*, Journal of International Criminal Justice 6 (2008), 1013 (1031 f.); SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 20.6.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Partly Dissenting Opinion of Justice Doherty on Count 7 (Sexual Slavery) and Count 8 („Forced Marriages“), Rn. 53.

<sup>97</sup> *Toy-Cronin*, Columbia Journal of Gender and Law 19 (2010), 539 (585); *Dumbryte*, Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos 13 (2013), 11 (16); siehe auch das Sondervotum von Richterinnen Doherty SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 20.6.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Partly Dissenting Opinion of Justice Doherty on Count 7 (Sexual Slavery) and Count 8 („Forced Marriages“), Rn. 48.

<sup>98</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Charles Taylor), Rn. 427: „What happened [...] was not marriage in the universally understood sense of a consensual and sacrosanct union, and should rather, in the Trial Chamber's view, be considered a conjugal form of enslavement.“

ten,<sup>99</sup> die das Opfer dauerhaft an den Täter binden. Als zentrales Abgrenzungskriterium gegenüber der sexuellen Sklaverei dient die Verletzung der Eheschließungsfreiheit durch den Täter oder eines Dritten.

### 3. Zwangsheirat als „unmenschliche Handlung“ gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut

Der Auffangtatbestand „andere unmenschliche Handlungen“ in Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut ermöglicht die Verfolgung von Menschlichkeitsverbrechen, die unter keine der in Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut ausdrücklich aufgeführten Einzelverbrechen subsumiert werden können. Gemäß der Verbrechenselemente setzt das Menschlichkeitsverbrechen der „anderen unmenschlichen Handlung“ in Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut folgende Merkmale voraus:

- „1. The perpetrator inflicted great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health, by means of an inhumane act.
2. Such act was of a character [30] similar to any other act referred to in article 7, paragraph 1, of the Statute.
- [30] It is understood that ‚character‘ refers to the nature and gravity of the act.“

Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut verlangt demnach Handlungen „mit denen vorsätzlich große Leiden oder eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der geistigen oder körperlichen Gesundheit verursacht werden“.<sup>100</sup> Aus dem Merkmal der Verletzung der „geistigen Gesundheit“ ergibt sich, dass nicht nur Körperverletzungen, sondern auch nicht-physische Gewalt und seelische Schädigungen erfasst werden.<sup>101</sup> Liegt eine Verletzung der Eheschließungsfreiheit vor und besteht die erzwungene Verbindung zwischen Täter und Opfer aus einem eheähnlichen Exklusivitätsverhältnis, kommt tatbestandlich eine „unmenschliche Handlung“ in Betracht. Entscheidendes Kriterium der „anderen unmenschlichen Handlung“ ist jedoch, dass die jeweilige Handlung mit der Schwere der übrigen Mensch-

lichkeitsverbrechen in Art. 7 Abs. 1 des Statuts vergleichbar ist. Auch wenn die Schwere der Handlungen stets eine Frage des Einzelfalles ist, soll im Folgenden geprüft werden, ob Zwangsheiraten zumindest grundsätzlich einen Schweregrad erreichen, der den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut gerecht wird.

Zu verweisen ist zunächst auf die Spruchpraxis internationaler Strafgerichtshöfe, die zur Begründung der Schwere von Zwangsheiraten insbesondere auf die psychischen Leiden abstellen, die sich aus der erzwungenen „Eheschließung“ für das Opfer ergeben. Wie Richterinnen Doherty in ihrem Sondervotum zum „Brima-Fall“ hervorhebt, verursachen Zwangsheiraten bei Betroffenen regelmäßig mentale Traumata und wirken sich erheblich auf die gesellschaftliche Anerkennung der Opfer aus.<sup>102</sup> Dabei sind jugendliche Mädchen und Kinder besonders gefährdet, weil die mit Zwangsheiraten einhergehenden Belastungen bei ihnen besonders schwere Leiden hervorrufen.<sup>103</sup> Je nach kulturellem Kontext erleiden die Opfer massive Ausgrenzungen durch ihr soziales Gefüge, verlieren die Unterstützung ihrer Familien und fühlen sich in ihrer Würde verletzt.<sup>104</sup> Berichten von Betroffenen zufolge fühlen sich Opfer von Zwangsheiraten durch die kulturelle Bedeutung der „Eheschließung“ je nach Kontext ein Leben lang an ihre „Ehemänner“ gebunden, unabhängig davon, ob die „Heirat“ den formalen Riten des jeweiligen Landesrechts entsprach.<sup>105</sup> Dies wird auch durch die Verfahrenskammer des SCSL im „RUF-Fall“ bestätigt, die feststellt, dass die Täter die Bezeichnung „Ehefrau“ strategisch einsetzen, um die Frauen psychologisch zu manipulieren und sie wie Eigentum behandeln zu können.<sup>106</sup> Hinzu kommt, dass selbst dann, wenn es Opfern gelingt, sich von ihren „Ehemännern“ zu lösen, diese durch die in der „Ehe“ erzwungenen Schwangerschaften und die daraus resultierenden Kinder lebenslang an

<sup>99</sup> Vgl. SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 195; ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 93: „The element of exclusivity of this forced conjugal union imposed on the victim is the characteristic aspect of forced marriage and is an element which is absent from any other crime.“

<sup>100</sup> Vgl. ICC, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute v. 23.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382-Red (The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali), Rn. 269; ICC, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo v. 12.6.2014 – ICC-02/11-01/11-656-Red (The Prosecutor v. Laurent Gbagbo), Rn. 198; ICC, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé v. 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (The Prosecutor v. Blé Goudé), Rn. 119.

<sup>101</sup> Brouwer (Fn. 75), S. 165.

<sup>102</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 20.6.2007 – SCSL-04-16-T (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Partly Dissenting Opinion of Justice Doherty on Count 7 (Sexual Slavery) and Count 8 („Forced Marriages“), Rn. 45–48, 50–53, 69–71; vgl. auch ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Closing Order v. 15.9.2010 – 002/19-09-2007/ECCC-D427 (Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Samphan, Ieng Thirith), Rn. 1443–1445.

<sup>103</sup> Vgl. SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 200.

<sup>104</sup> Fuchs-Kaninski (Fn. 7), S. 262; Haenen (Fn. 17), S. 333; Toy-Cronin, Columbia Journal of Gender and Law 19 (2010), 539 (585).

<sup>105</sup> Dumbryte, Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos 13 (2013), 11 (16); Toy-Cronin, Columbia Journal of Gender and Law 19 (2010), 539 (585).

<sup>106</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao; RUF Case), Rn. 1466: „[...] with the aim of enslaving and psychologically manipulating the women and with the purpose of treating them like possessions.“

die Tat erinnert werden.<sup>107</sup> Es lässt sich also festhalten, dass Zwangsheiraten grundsätzlich schwere psychische Leiden hervorrufen, die von ähnlicher Intensität und Schwere sind wie die anderen Menschlichkeitsverbrechen in Art. 7 Abs. 1 IStGH-Statut.<sup>108</sup> Eine entsprechende Schwere, wie sie Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut verlangt, ist folglich zu bejahen. Dies ändert freilich nichts an der Tatsache, dass die Ermittlung des Schweregrades stets eine Einzelfallentscheidung darstellt.<sup>109</sup>

#### IV. Tatbestandselemente der Zwangsheirat

Auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung internationaler Strafgerichte lassen sich für die Zwangsheirat folgende Tatbestandsmerkmale ableiten:

##### 1. Ehe oder eheähnliche Verbindung?

Der Begriff der „Heirat“ bzw. „Ehe“ („marriage“) steht im Mittelpunkt des von der Zwangsheirat („forced marriage“) umfassten Anwendungsbereichs. Die Zwangsheirat setzt folglich voraus, dass eine Person zur „Eingehung einer Ehe“ gezwungen worden ist. Gleichzeitig stellt die Frage, ab wann das Merkmal der „Ehe“ als erfüllt anzusehen ist, eine Strafbarkeit der Zwangsheirat vor nicht unerhebliche Herausforderungen.<sup>110</sup> Fraglich ist insbesondere, ob eine nach der jeweiligen Rechtsordnung rechtswirksame Ehe geschlossen worden sein muss. Wird beispielsweise einer Person durch Zwang der jeweilige „Ehestatus“ rechtswirksam übertragen, so ließe sich eine Verletzung der Eheschließungsfreiheit zweifellos bejahen. Dies dürfte etwa für Fälle staatlich angeordneter Zwangsheiraten angenommen werden, wie sie unter den Roten Khmer vorgenommen wurden. Insofern müssten alle rechtswirksamen Eheschließungen, die durch den Einsatz von Zwangsmitteln erfolgen, unter den Anwendungsbereich der Zwangsheirat fallen. Problematisch wird es jedoch im Hinblick auf stammesrituelle, religiöse oder andere außerrechtliche „Eheschließungen“, die nicht die Voraussetzungen

des jeweiligen Landesrechts für eine wirksame Ehe erfüllen.<sup>111</sup> Knüpft man das Eheerfordernis an die Rechtswirksamkeit der Ehe, würden Formen außerrechtlicher Eheschließungen nicht vom Schutzbereich der Zwangsheirat erfasst. Mit Rücksicht auf den Bestimmtheitsgrundsatz der Art. 22 und 24 IStGH-Statut erscheint es zwar zunächst sinnvoll, ein objektives Eheverständnis zugrunde zu legen und den Anwendungsbereich auf die Ehe im rechtlichen Sinne zu beschränken.<sup>112</sup> Dies erschiene im Hinblick auf den Schutzzweck der Zwangsheirat jedoch widersinnig, weil damit das Schutzgut der Eheschließungsfreiheit auf solche Zwangsverbindungen reduziert würde, die nach dem jeweiligen Landesrecht Gültigkeit haben, ohne zu prüfen, ob die außerehelichen Zwangsverbindungen faktisch dieselben Rechtsgutsverletzungen entfalten wie wirksam geschlossene Ehen. Vor dem Hintergrund, dass die wenigsten Zwangsheiraten, die im Kontext bewaffneter Konflikte oder anderer makrokrimineller Begehungszusammenhänge begangen werden, durch rechtlich dazu ermächtigte Geistliche oder Amtspersonen durchgeführt werden dürften, erschiene eine solch formalisierte Betrachtung des Eheerfordernisses als verfehlt. Zudem würde eine solche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Zwangsheirat die aus Art. 23 IPbPR, Art. 10 IPwskR, Art. 12 EMRK und Art. 16 AEMR resultierende negative Eheschließungsfreiheit nur sehr begrenzt schützen.<sup>113</sup> Wenn die Zwangsheirat die Eheschließungsfreiheit, wie sie aus den völkerrechtlichen Schutzgarantien zum Ausdruck kommt, schützen soll, kann der völkerstrafrechtliche Schutz nicht an den Grenzen eines rein objektiv-rechtlichen Ehebegriffes Halt machen. Stattdessen scheint es geboten, den Anwendungsbereich auf eheähnliche Zwangsverbindungen auszuweiten, bei denen die Tatsache der „Eheschließung“ für das soziale Umfeld des Opfers erkennbar ist und aus dem Bestand der „Ehe“ vermeintliche „eheliche Pflichten“ abgeleitet werden, die für das Opfer eine Einschränkung seiner Autonomie zur Folge haben.<sup>114</sup> Es kann mithin keinen Unterschied machen, ob sich die Macht des Täters über das Opfer aus einem rechtswirksamen Status oder aus gesellschaftlich gewachsenen Rollenbildern und -identitäten ergibt, die dem Täter in bestimmten kulturellen Kontexten durch eheähnliche Zwangsverbindungen übertragen werden. Hiervon scheint auch die bisherige Rechtsprechung auszugehen, die von „conjugal partner“<sup>115</sup>, „forced conjugal association“<sup>116</sup>, „con-

<sup>107</sup> Eingehend *Toy-Cronin*, *Columbia Journal of Gender and Law* 19 (2010), 539 (554–556); *Dumbryte*, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 13 (2013), 11 (16).

<sup>108</sup> Ausführlich *Haenen* (Fn. 17), S. 329–333; *Christensen*, *Brigham Young University Law Review* 2015, 1825 (1841); *Dumbryte*, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 13 (2013), 11 (16); im Ergebnis ebenso ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 75, 139.

<sup>109</sup> A.A. ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 91: „The Chamber agrees that forcing another person to serve as a conjugal partner may, *per se*, amount to an act of a similar character to those explicitly enumerated by article 7(1) of the Statute“.

<sup>110</sup> Dies gilt auch für eine nationalrechtliche Strafbarstellung, vgl. *Sotiriadis*, *NK* 2015, 62 (69); vgl. auch *Toy-Cronin*, *Columbia Journal of Gender and Law* 19 (2010), 539 (573–579).

<sup>111</sup> Vgl. für § 237 StGB *Bülte/Becker*, *ZIS* 2012, 61 (63–65).

<sup>112</sup> *Bülte/Becker*, *ZIS* 2012, 61 (67).

<sup>113</sup> Vgl. *Bülte/Becker*, *ZIS* 2012, 61 (65).

<sup>114</sup> Im Ergebnis ebenso *Dumbryte*, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 13 (2013), 11 (16).

<sup>115</sup> SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 196.

<sup>116</sup> SCSL (Trial Chamber), Urt. v. 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Charles Taylor), Rn. 426; SCSL (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 195.

jugal relationships“<sup>117</sup> oder „exclusive forced conjugal partner“<sup>118</sup> spricht. Ganz besonders deutlich hat sich die Vorverfahrenskammer des IStGH im „Ongwen-Fall“ zu dieser Frage geäußert:

„According to the Chamber, the central element of forced marriage is the imposition of ‚marriage‘ on the victim, i.e. the imposition, regardless of the will of the victim, of duties that are associated with marriage, as well as of a social status of the perpetrator’s ‚wife‘. The fact that such ‚marriage‘ is illegal and not recognised by, in this case, Uganda, is irrelevant. What matters is that the so-called ‚marriage‘ is factually imposed on the victim, with the consequent social stigma. The element of exclusivity of this forced conjugal union imposed on the victim is the characteristic aspect of forced marriage and is an element which is absent from any other crime with which Dominic Ongwen is charged.“<sup>119</sup>

Dies bedeutet etwa für „Ehen“, die nach Stammestraditionen geschlossen werden, dass diese als „eheähnliche Verbindungen“ einzuordnen und als solche tatbestandlich einzubeziehen sind, sofern von diesen entsprechende Zwangs- und Bindungswirkungen für das Opfer ausgehen, die ein Exklusivitätsverhältnis zwischen Täter und Opfer begründen.<sup>120</sup> Insofern ist beweistechnisch die spezifische gesellschaftliche, kulturelle und rechtliche Umgebung zu berücksichtigen, in der sich das Opfer befindet.<sup>121</sup> Ob die jeweiligen Handlungen tatsächlich zu einem solchen Ergebnis führen, kann allerdings nur im jeweiligen Einzelfall, nicht pauschal beantwortet werden.

## 2. Zwangs- und Nötigungselemente

Aus der bisherigen Spruchpraxis ergibt sich, dass hinsichtlich der erforderlichen Zwangs- bzw. Nötigungsmittel, die das Opfer dazu veranlassen, die „Ehe“ bzw. eine „eheähnliche Zwangsverbindung“ einzugehen oder zu erdulden, sowohl die Anwendung von Gewalt als auch die Drohung mit Gewalt oder Zwang sowie die Ausnutzung von Zwangssituationen erfasst wird.<sup>122</sup> Zumindest hat die Vorverfahrenskammer des IStGH im „Ongwen-Fall“ die Zwangselemente der SCSL-Rechtsmittelkammer aus dem „Brima-Fall“ übernommen und das Verbrechen der Zwangsheirat wie folgt charakterisiert:

„[The] accused, by force, threat of force, or coercion, or by taking advantage of coercive circumstances, causes one or more persons to serve as a conjugal partner, and the perpetrator’s acts are knowingly part of a widespread or systematic attack against a civilian population and amount to the infliction of great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health sufficiently similar in gravity to the enumerated crimes against humanity.“<sup>123</sup>

Danach existieren drei tatbestandliche Handlungsalternativen, die eine „eheähnliche Verbindung“ zu einer Zwangsheirat werden lassen: (1.) Anwendung von Gewalt, (2.) Drohung mit Gewalt oder Zwang sowie (3.) Ausnutzen von Zwangsumständen. Die Tathandlungen (1.–3.) sind als Nötigungsmittel zu verstehen und darauf gerichtet, den entgegenstehenden Willen des Opfers zu beugen bzw. zur Vornahme oder Duldung der Zwangsheirat zu nötigen. Entscheidend ist, dass die Nichtzustimmung des Opfers zur Eingehung der „Heirat“ kein positives Tatbestandsmerkmal darstellt. Bei Vorliegen der erforderlichen Zwangs- bzw. Nötigungsmittel ist vielmehr selbst ein faktisches Einverständnis rechtlich als fehlendes Einverständnis zu werten, weil die Mindestbedingungen einer freien Willensbildung nicht vorliegen – durch die nötigenden Umstände der Zwangsalternativen (1.–3.) wird das Fehlen einer verantwortungsausschließenden Zustimmung impliziert.

Wie das Wort „oder“ deutlich macht, handelt es sich um alternative Nötigungsmittel. Zwischen den Tathandlungen besteht auch keine Hierarchie, weshalb alle Handlungsalternativen gleichrangig nebeneinander stehen. Zur Tatbestandsverwirklichung genügt demnach die Verwirklichung eines Nötigungs- oder Zwangsmittels – auch wenn sich die Zwangselemente im Rahmen einer Tat regelmäßig überschneiden dürften und mehrere Zwangselemente gleichzeitig verwirklicht werden. Durch das „Ausnutzen von Zwangsumständen“ (3.), stellt die bisherige Rechtsprechung des SCSL und IStGH klar, dass nicht nur äußere Handlungen des Täters, wie die konkrete Anwendung oder Androhung von Gewalt (als Nötigungsmittel) in Betracht kommen, sondern insbesondere auch Zwangsumstände, die in der objektiven Beziehung einer Zwangsheirat zu den äußeren Bedingungen, unter welchen sie sich ereignet, bestehen. Eine solche Bedrohungs- oder Einschüchterungslage kann demnach gegeben sein, wenn die „Umstände eines Krieges“ vorliegen, Angehörige des gegnerischen Militärs zugegen sind oder eine bestimmte Anzahl von Personen an der Begehung der Verbrechen beteiligt sind.

Mit der Ausgestaltung der Zwangs- und Nötigungselemente orientiert sich die Ongwen-Vorverfahrenskammer an

<sup>117</sup> ECCC, Office of the Co-Investigating Judges, Closing Order v. 15.9.2010 – 002/19-09-2007/ECCC-D427 (Nuon Chea, Ieng Sary, Khieu Samphan, Ieng Thirith), Rn. 1443.

<sup>118</sup> ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 75, 84, 94.

<sup>119</sup> ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 93.

<sup>120</sup> *Sotiriadis*, NK 2015, 62 (70); *Valerius*, JR 2011, 430 (432).

<sup>121</sup> *Kuschnik* (Fn. 12), S. 376.

<sup>122</sup> *Dumbryte*, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 13 (2013), 11 (16 f.).

<sup>123</sup> ICC, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen v. 23.3.2016 – ICC-02/04-01/15-422-Red 23 (The Prosecutor v. Ongwen), Rn. 89; SCSL (Appeals Chamber), Ur. v. 26.10.2009 – SCSL-04-15-A (Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao; RUF Case), Rn. 736; SCSL (Appeals Chamber), Ur. v. 22.2.2008 – SCSL-04-16-A (Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.), Rn. 196.

den Zwangsmitteln aus dem Vergewaltigungstatbestand des IStGH-Statuts und übernimmt für das Verbrechen der Zwangsheirat den quasi-chapeau der Sexualverbrechen aus dem IStGH-Statut.<sup>124</sup> Daraus folgt, dass bei einer etwaigen Beweisführung darüber, ob eine Zustimmung in die „Heirat“ vorlag, die speziell für Sexualdelikte entwickelten IStGH-Verfahrensregeln Anwendung finden.<sup>125</sup> Diese sehen in Rule 70 vor, dass aus den Worten oder dem Verhalten des Opfers keine Zustimmung abgeleitet werden darf, wenn Gewalt, Drohung mit Gewalt, Zwang oder von Zwang geprägte Umstände die Fähigkeit des Opfers zu einem echten Einverständnis beeinträchtigen.<sup>126</sup> Durch die Spruchkammern internationaler Strafgerichte ist anerkannt, dass während bewaffneter Konflikte oder in anderen Begehungszusammenhängen von Verbrechen gegen die Menschlichkeit zumeist eine Zwangssituation besteht, sodass eine echte Zustimmung des Opfers regelmäßig nicht vorliegen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Opfer gefangen gehalten bzw. der Freiheit beraubt wird.

## V. Fazit und Erwartungen

Die Entwicklung der Rechtsprechung des IStGH zum Phänomen der Zwangsheirat hat gerade erst begonnen.<sup>127</sup> Auch wenn die voranstehenden Ausführungen zeigen konnten, dass Zwangsheiraten vom IStGH-Statut grundsätzlich als „unmenschliche Handlung“ erfasst werden, ist in Ermangelung rechtskräftiger Urteile derzeit noch offen, unter welchen (Auffang-)Tatbestand der IStGH die ermittelten Formen von Zwangsheirat letztendlich subsumieren wird. Festzuhalten bleibt, dass die Verletzung der Eheschließungsfreiheit als entscheidendes Abgrenzungskriterium zur sexuellen Sklave-

rei dient. Wird die menschenrechtlich geschützte Eheschließungsfreiheit nur am Rande tangiert, weil etwa das weibliche Opfer vom Täter zwar als „Frau“ („wife“) bezeichnet wird, diese Zuordnung an sich für das Opfer aber keine individuellen Zwangswirkungen mit sich bringt und sich auch aus den Umständen des Einzelfalles keine Anhaltspunkte ergeben, die eine künftige Ehefähigkeit des Opfers in Frage stellen, so dürfte regelmäßig kein eigenständiger Unrechtsgehalt verwirklicht werden, der über (sexuelle) Sklaverei hinausgeht. Fehlt es in solchen Fällen zusätzlich an einer sexuellen Komponente, kommt „lediglich“ eine Erfassung als Versklavung in Betracht.

Nachdem die von der IStGH-Vorverfahrenskammer im „Ongwen-Fall“ vorgenommene Einordnung der Zwangsheirat als „unmenschliche Handlung“ von der Rechtsmittelkammer bestätigt und das Hauptverfahren gegen Dominic Ongwen am 6. Dezember 2016 eröffnet wurde,<sup>128</sup> ist zu erwarten, dass sich die Abkehr von der erstinstanzlichen Rechtsprechung des SCSL im „Brima-Fall“ im IStGH-Fall gegen Al-Hassan weiter fortsetzt und Zwangsheiraten auch in Zukunft als „unmenschliche Handlung“ gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. k IStGH-Statut eingestuft werden. Dass hierfür gute Gründe sprechen, haben die voranstehenden Erwägungen gezeigt. Auch wenn es angesichts der sich erst allmählich entwickelnden Rechtsprechung des IStGH noch verfrüht erscheint, wäre langfristig auch eine Erweiterung des IStGH-Statuts um das Verbrechen der Zwangsheirat denkbar. Eine eigenständige Strafbarstellung könnte deutlich machen, dass der Zwangsheirat in Abgrenzung zu sexueller Sklaverei ein eigenes Handlungsunrecht zukommt. Dies würde nicht nur das unterschiedliche Gewicht der rechtsfeindlichen Gesinnung des Täters zum Ausdruck bringen, sondern auch erkennen lassen, in welcher Weise der Täter spezifische Rechtsgüter verletzt und welchen Grad an Stigmatisierung und Traumatisierung Zwangsheiraten bewirken. Hierdurch erhielte das internationale Menschenrechtssystem prominenten Rückhalt aus einer der wichtigsten Institutionen der internationalen Strafjustiz, die das Potential hat, die internationale Staatengemeinschaft für das Schicksal zahlreicher Menschen, vor allem Frauen und Mädchen zu sensibilisieren und Zwangsheiraten konsequent zu verfolgen.

<sup>124</sup> Mit „chapeau“ werden die eine Einzeltat übergreifenden Voraussetzungen des Gesamttatbestandes umschrieben, die dem konkreten Verbrechen durch eine bestimmte Ausgestaltung eine besondere Qualität verleihen. Für die Sexualverbrechen des Romstatuts betrifft dies die identische Ausgestaltung der Zwangselemente der Vergewaltigung (Art. 7 Abs. 1 lit. g Var. 1 IStGH-Statut), Zwangsprostitution (Art. 7 Abs. 1 lit. g Var. 3 IStGH-Statut) und dem Auffangtatbestand „jede andere Form sexueller Gewalt vergleichbarer Schwere“ (Art. 7 Abs. 1 lit. g Var. 6 IStGH-Statut), vgl. die Verbrechenselemente des Vergewaltigungstatbestands in Art. 7 Abs. 1 lit. g Var. 1, Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. xxii Var. 1, Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. vi Var. 1 IStGH-Statut: „The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent.“

<sup>125</sup> *Dumbryte*, Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos 13 (2013), 11 (17).

<sup>126</sup> ICC, Rules of Procedure and Evidence, Rule 70 (Stand: 2013).

<sup>127</sup> Zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrages (Oktober 2018) war noch keine Hauptverhandlung vor dem IStGH abgeschlossen.

<sup>128</sup> ICC, Decision on the Defence request for leave to appeal the decision on the confirmation of charges v. 29.4.2017 – ICC-02/04-01/15-428 (The Prosecutor v. Dominic Ongwen), Rn. 37.



## Buchrezension

**Inès Ben Miled**, Das vereinfachte Jugendverfahren und das Neuköllner Modell, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017, 155 S., € 39.

### I. Einleitung

Angeichts der (medialen) Aufmerksamkeit, die das besonders beschleunigte (vereinfachte Jugend-)Verfahren nach dem Neuköllner Modell (im Folgenden kurz als NKM bezeichnet) spätestens im Zusammenhang mit dem tragischen Tod der Berliner Jugendrichterin Kirsten Heisig, der (Mit-) Initiatorin des NKM, und insbesondere deren posthum erschienenen Buch „Das Ende der Geduld: Konsequent gegen jugendliche Gewalttäter“ erfahren hat, ist erstaunlich viel Zeit vergangen, bis sich eine (juristische) Dissertation der Thematik angenommen hat: *Inès Ben Miled* wurde mit ihrer von *Mitsch* betreuten Untersuchung des NKM 2016 in Potsdam promoviert. Grund genug, das vereinfachte Jugendverfahren, §§ 76 ff. JGG, das NKM und eben diese Untersuchung etwas genauer zu betrachten.

### II. Das vereinfachte Jugendverfahren, §§ 76 ff. JGG

Die besonderen Verfahrensarten des allgemeinen Strafverfahrensrechts (Strafbefehlsverfahren, §§ 407 ff. StPO, und beschleunigtes Verfahren, §§ 417 ff. StPO) sind gegen jugendliche ausgeschlossen (vgl. § 79 JGG). „Zur Vereinfachung, Beschleunigung und jugendgemäßen Gestaltung des Verfahrens“ (vgl. § 78 Abs. 3 S. 1 JGG) steht mit dem vereinfachten Jugendverfahren nach den §§ 76 ff. JGG aber „eine besondere jugendstrafrechtliche Verfahrensart“<sup>1</sup> zur Verfügung. Das vereinfachte Jugendverfahren bietet sich vor allem bei leichter und mittlerer Kriminalität,<sup>2</sup> aber nicht für „ganz unbedeutende Fälle“<sup>3</sup> bzw. Bagatellen<sup>4</sup> an. Der Anwendungsbereich für einen Antrag auf Entscheidung im vereinfachten Jugendverfahren, der im Jahr 2017 in 8.799 Ermittlungsverfahren gestellt wurde,<sup>5</sup> liegt zwischen dem Absehen von der Verfolgung (§ 45 JGG) und dem förmlichen Jugendgerichtsverfahren.<sup>6</sup> Ein Antrag, der mündlich oder schriftlich gestellt werden kann (vgl. § 76 S. 1 JGG), setzt hinreichenden Tatverdacht (§ 76 S. 2 JGG i.V.m. § 170 Abs. 1 StPO) und voraus, dass eine umfangreiche Beweisaufnahme nicht erforderlich ist (§ 77 Abs. 1 S. 1 JGG). Zudem muss der Ausspruch bestimmter, in § 76 S. 1 JGG genannter Rechtsfolgen zu erwarten sein. Eignet sich die Sache für eine Entscheidung im vereinfachten Jugendverfahren nicht, kann der Ablehnungs-

beschluss nicht anfechtbar bis zur Verkündung des Urteils ergehen (vgl. § 77 Abs. 1 S. 2 und 3 JGG). Bei Bejahung der Eignung findet kein Zwischenverfahren statt, es ergeht also auch kein Eröffnungsbeschluss.<sup>7</sup> Soweit dadurch die Erforschung der Wahrheit nicht beeinträchtigt wird, darf während der Hauptverhandlung – mit Ausnahme der in § 78 Abs. 3 S. 2 JGG genannten – von Verfahrensvorschriften abgesehen werden (vgl. § 78 Abs. 3 S. 1 JGG). Der Staatsanwalt ist nicht verpflichtet, an der Verhandlung teilzunehmen (§ 78 Abs. 2 S. 1 JGG). Der Jugendrichter darf auf Hilfe zur Erziehung im Sinne von § 12 Nr. 2 JGG, Jugendstrafe oder Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nicht erkennen, aber das Verfahren auch ohne Zustimmung des Staatsanwalts einstellen, wenn dieser nicht an der Verhandlung teilnimmt (§ 78 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 JGG).

Den Leser der Untersuchung erwartet zunächst (S. 18–49) eine gut gegliederte Darlegung des hier nur grob skizzierten Gesetzesprogramms der §§ 76 ff. JGG. Die Rechtsprechung und Literatur zum vereinfachten Jugendverfahren wurde, soweit ersichtlich, erschöpfend eingearbeitet, die wesentlichen, bei dieser besonderen Verfahrensart (eher wenigen) Kontroversen in angemessenem Umfang behandelt. Ob die Aussetzung der Verhängung einer Jugendstrafe nach § 27 JGG im vereinfachten Jugendverfahren eine zulässige Rechtsfolge ist oder nicht, hätte aber zumindest als streitig dargestellt werden können (S. 43, mit Fn. 156).<sup>8</sup> Dass letztlich nicht alle Streitentscheidungen überzeugen, ist bei der Befassung mit unterschiedlichen Meinungen nicht vermeidbar. Bedenken werden aber bei einem Punkt geweckt, nämlich dem Zugeständnis von Verfahrensabweichungen nach § 78 Abs. 3 S. 1 JGG für das Beweisantragsrecht (S. 40–42). Dass der Jugendrichter Beweisanträge ohne Bindung an die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3–5 StPO zurückweisen kann, ist eine verbreitete Meinung.<sup>9</sup> Grundsätzlich ist auch die auf einen Vergleich von § 78 Abs. 3 S. 1 JGG mit § 420 Abs. 4 StPO gestützte Begründung dieser Meinung verbreitet<sup>10</sup> – vorliegend wird das Dilemma dieses Vergleichs augenfällig. Für den (Jugend-)Staatsanwalt gibt es im beschleunigten Verfahren nach den §§ 417 ff. StPO keine „Abwesenheitsoption“. Bei der Ablehnung von Beweisanträgen ist im beschleunigten Verfahren also das „Vier-Augen-Prinzip“ stets gewahrt. Das gilt für die andere besondere Verfahrensart des allgemeinen Strafverfahrensrechts, das Strafbefehlsverfahren, ebenso, vgl. § 411 Abs. 2 S. 2 StPO. Das ist im vereinfachten Jugendverfahren nicht der Fall. Mit Recht wird die „Abwesenheitsoption“ wegen des fehlenden „Beschuldigten-schutz[es durch] das Vier-Augen-Prinzip“ kritisch gesehen (so wohl auch von *Miled*, S. 30, mit Fn. 73). Eine Vergleichbarkeit der besonderen Verfahrensarten des allgemeinen Strafverfahrensrechts mit dem vereinfachten Jugendverfahren besteht damit gerade nicht.

<sup>1</sup> *Sommerfeld*, in: Ostendorf (Hrsg.), Nomos Kommentar, Jugendgerichtsgesetz, 10. Aufl., Baden-Baden 2016, Grundlagen zu den §§ 76–78 Rn. 1.

<sup>2</sup> *Putzke/Feltes*, Jugendstrafrecht, 2012, S. 59.

<sup>3</sup> *Brunner/Dölling*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2018, §§ 76–78 Rn. 1.

<sup>4</sup> *Sommerfeld* (Fn. 1), Grundlagen zu den §§ 76–78 Rn. 3.

<sup>5</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 (Rechtspflege), Reihe 2.6 (Staatsanwaltschaften) 2017, 2018, S. 26.

<sup>6</sup> *Schaffstein/Beulke/Swoboda*, Jugendstrafrecht, 15. Aufl. 2014, Rn. 870.

<sup>7</sup> *Putzke/Feltes* (Fn. 2), S. 60.

<sup>8</sup> A.A. z.B. *Ostendorf*, in: Ostendorf (Fn. 1), § 62 Rn. 1; *Putzke*, Beschleunigtes Verfahren bei Heranwachsenden, 2004, S. 95.

<sup>9</sup> So z.B. *Brunner/Dölling* (Fn. 3), §§ 76–78 Rn. 20.

<sup>10</sup> So z.B. *Putzke* (Fn. 8), S. 100.

Bei einer bloßen Bestandsaufnahme belässt es die *Verf.* aber nicht. Schon die Danksagung (S. 7) offenbart ihren vertieften Blick auf die und eine Perspektive aus der Praxis des NKM. Die dadurch ermöglichte Darlegung der Organisation der Jugendsachbearbeitung bei Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht (in Berlin) durchzieht das Werk, was es interessant und schon deshalb lesenswert macht!

### III. (Rechtliche) Grundlagen des Beschleunigungsgrundsatzes

Die folgenden S. 50–87 sind im Wesentlichen der Beschleunigung, dem zentralen Ziel des NKM, und der gerichtlichen Durchsetzung des NKM gewidmet. Zunächst wird der rechtliche Ausgangspunkt der Beschleunigung beleuchtet (S. 50–55), wobei die Ausführungen durch den einen oder anderen Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR hätten abgerundet werden können.<sup>11</sup> Angeboten hätte sich auch ein Blick auf die EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind (RL 2016/800/EU<sup>12</sup>). Art. 13 Abs. 1 der am 11. Juni 2016 in Kraft getretenen Richtlinie<sup>13</sup> stellt – wie schon der vorangegangene Vorschlag der EU-Kommission vom 27. November 2013 –, soweit ersichtlich, erstmals der Beschleunigung die Sorgfalt der Bearbeitung als gleichrangige Anforderung an ein Jugendstrafverfahren ausdrücklich gegenüber („Zügige und sorgfältige Bearbeitung der Fälle“). Nach der rechtlichen Rahmung stellt die *Verf.* – mit Recht – eine „Erziehung durch Beschleunigung“ in Frage (S. 55–64), bleibt in Bezug auf die Begriffe „Erziehung“ und „Erziehungsgedanke“ aber eher an der Oberfläche.<sup>14</sup> Etwas mehr Raum hätte auch die Befassung mit den kritischen Stimmen gegen das „Beschleunigungsmantra“ einnehmen können.<sup>15</sup> Im Rahmen der gerichtsinternen Durchsetzung des NKM (S. 73–87) sind die (allgemeinen) Ausführungen zur Geschäftsverteilung neben den – wie bereits erwähnt – interessanten und lesenswerten „Berliner Interna“ für den Geschmack des *Rezensenten* etwas zu breit ausgefallen.

### IV. Analyse der Evaluationsstudie des NKM

In der folgenden Sekundäranalyse (S. 88–115) setzt sich die *Verf.* kritisch mit einzelnen Aspekten der von *Ohder* und *Tausendteufel* im Auftrag der Berliner Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz im Jahr 2014 vorgelegten

„Evaluationsstudie des Neuköllner Modells“<sup>16</sup> auseinander. Eigene empirische Untersuchungen sind trotz offener Fragen nicht erfolgt. Dabei hätte jedenfalls eine nahegelegene: „Wie ist es im NKM um Fälle notwendiger Verteidigung bestellt?“ Weder in dem „Konzeptpapier für das besonders beschleunigte Verfahren nach dem Neuköllner Modell“, das als Anhang I (S. 141–148) mit veröffentlicht worden ist, noch in der Evaluation von *Ohder* und *Tausendteufel* und schließlich auch in der Sekundäranalyse findet sich ein Wort zur Verteidigung. In die Evaluation und damit auch in die Sekundäranalyse der *Verf.* sind aber acht Verfahren eingeflossen, die den Vorwurf des Raubes bzw. der räuberischen Erpressung und damit ein Verbrechen zum Gegenstand hatten. Nach (zutreffender) Ansicht der *Verf.* ist bei einem Verbrechensvorwurf die Möglichkeit zu verneinen, im vereinfachten Jugendverfahren nach § 78 Abs. 3 S. 1 JGG von einer Verteidigerbestellung absehen zu können (S. 34). Es mag sein, dass diese acht Verfahren zu den 20 (von insgesamt 86 untersuchten) Akten gehörten, bei denen „Anträge“ der Polizei auf Durchführung eines besonders beschleunigten Verfahrens nach dem NKM von der Jugendstaatsanwaltschaft abgelehnt worden sind (vgl. S. 100 f.), z.B., weil sich Fälle notwendiger Verteidigung wegen der Schwere der Tat in der Regel nicht für die Durchführung eines vereinfachten Jugendverfahrens eignen.<sup>17</sup> Es kann aber auch sein, dass diese Verfahren in einem entsprechenden Antrag der Jugendstaatsanwaltschaft mündeten. Ob dann ein Verteidiger bestellt oder gar von der Bestellung nach § 78 Abs. 3 S. 1 JGG abgesehen wurde, welche Auswirkungen eine von der *Verf.* als zwingend bezeichnete Verteidigerbestellung auf die (weitere) Durchführung des besonders beschleunigten Verfahrens nach dem NKM hatte oder ob gerade die beiden Jugendlichen, die im Rahmen der untersuchten Fälle des NKM zu einem Arrest verurteilt wurden (S. 106), nicht verteidigt waren, sind drängende Fragen an das NKM, die weiterhin einer Antwort harren.

### V. Zum Ausblick

Die Untersuchung schließt mit einem Ausblick, der in der Dissertation wohl zutreffender mit „Empfehlungen“ unterüberschrieben war (S. 4) und in fünf „Kernbereichen“ Wege zu einer Anpassung, Konkretisierung und – in Teilbereichen – Ergänzung aufzeigen möchte (S. 113–139). Diese betreffen die „Organisation der Berliner Polizei“ (Kernbereich I, S. 116–125), das „Einsichtsrecht der Ermittlungsbeamten in das Erziehungsregister“ (Kernbereich II, S. 126 f.), die „Organisation der Jugendstaatsanwaltschaft“ (Kernbereich III, S. 128–131), eine „Richtlinie für das NKM“ (Kernbereich IV, S. 132–134) und die „Wiedereinführung der richterlichen regionalen Zuständigkeit“ (Kernbereich V, S. 135–139). Zwei Anmerkungen seien an dieser Stelle gestattet. Die *Verf.* spricht sich im Kernbereich II dafür aus, der Polizei ein Einsichtsrecht in das Erziehungsregister einzuräumen. De lege

<sup>11</sup> Vgl. dazu *Liebhart*, NStZ 2017, 254 (255 ff.).

<sup>12</sup> ZJJ 2016, 193.

<sup>13</sup> ABl. EU 2016 Nr. L 132, S. 1.

<sup>14</sup> Anschaulich z.B. *Pieplow*, ZJJ 2017, 79 (80): „Ohne ein Bild von Bewegung und Gegenbewegung, von Diskontinuitäten und den Verklärungen von NS-Geschichte unter dem Grundgesetz sowie Relativierungen der eigenen Sicht auf die Dinge als der ‚Weisheit letzter Schluss‘ bekommt man den Erziehungsgedanken nicht zu fassen.“

<sup>15</sup> Vgl. grundlegend *Rose*, NStZ 2013, 315 (327), und z.B. *Degener*, ZJJ 2015, 4 (8): „Die meisten einschlägigen Plädoyers sind vorwissenschaftlich strukturiert und gelangen über eine Mobilisierung des ‚gesunden Menschenverstandes‘ nicht hinaus.“

<sup>16</sup> *Ohder/Tausendteufel*, ZJJ 2015, 38 – übrigens ein einschlägiger Beitrag, der durchaus Eingang in das Literaturverzeichnis hätte finden sollen.

<sup>17</sup> *Sommerfeld* (Fn. 1), § 68 Rn. 2.

lata hat die Polizei bereits die Möglichkeit, Auskünfte aus dem zentralen staatsanwaltschaftliche Verfahrensregister (ZStV) anzufragen. Darauf weist die *Verf.* selbst hin (S. 49 und 127). Ob und ggf. wie und in welchem Umfang diese bereits bestehende Möglichkeit von der (Berliner) Polizei (im Rahmen des NKM) tatsächlich genutzt wird, bleibt unklar und ist mit Blick auf die technischen Anforderungen, unter denen das ZStV genutzt werden kann (vgl. dazu § 493 Abs. 1 S. 1 StPO und § 7 Abs. 1 S. 1 ZStVBetrV: „Auskunftsersuchen und Auskünfte werden [in der Regel] im Wege eines automatisierten Anfrage- und Auskunftsverfahrens übermittelt.“), zweifelhaft. Auch hier hätte sich wohl ein Blick hinter die (Berliner) Kulissen gelohnt. Denn wenn das ZStV tatsächlich von der (Berliner) Polizei genutzt werden sollte und wenn die darin enthaltenen Informationen für die Belange des NKM nicht ausreichen sollten (obwohl es mehr Informationen bereithalten kann als das Erziehungsregister; so zutreffend auch die *Verf.* selbst, vgl. S. 49), warum sollte dann der Blick in das Erziehungsregister von größerem Nutzen sein? Im Kernbereich IV spricht sich die *Verf.* (auf S. 133, Fn. 522) unter Heranziehung (z.T. nicht aktueller) Diversionsrichtlinien für den Erlass „rechtsverbindlicher Richtlinien“, u.a. für eine „homogene Implementierung“ des NKM, aus (S. 134). Insoweit hätte es nahegelegen, sich noch mit gegenteiligen Erkenntnissen zu befassen. „Selbst innerhalb ihres jeweiligen Geltungsbereichs ist die erwartete Rechtsvereinheitlichung nicht eingetreten.“<sup>18</sup> An diesem (nunmehr 20 Jahre [!] zurückliegenden) Befund hat sich nach einer umfangreichen Untersuchung von *Kleinbrahm*<sup>19</sup> nur wenig geändert. Die Erwartung einer einheitlichen Rechtsanwendung durch Diversionsrichtlinien hat sich gerade nicht in dem anzunehmenden Maße erfüllt, auch weiterhin ist eine „z.T. extreme Rechtsanwendungsungleichheit“ festzustellen.<sup>20</sup> Warum sollte das beim NKM anders sein?

## VI. Zum Schluss

In ihrem Schlusswort (S. 140) kommt die *Verf.* zu dem Ergebnis, dass das NKM ein „vielversprechender Ansatz“ sei, den es „aufzugreifen, weiterzuentwickeln und zu verfestigen“ gelte. Das kann man so sehen, muss es aber nicht. So bemängelt die *Verf.* einen nicht regen Gebrauch des vereinfachten Jugendverfahrens, beklagt die tendenziell rückläufige Anwendung des NKM und beschwört dessen Potentiale. Ein Einwand sei an dieser Stelle gestattet: Von allen Anträgen auf Durchführung eines vereinfachten Jugendverfahrens entfällt in Berlin nur ein Teil von ca. 20 bis 25 Prozent auf das NKM. Im Jahr 2013 sind von der Amts- und Staatsanwaltschaft Berlin 1.132 Ermittlungsverfahren durch „Antrag auf verein-

fachtes Jugendverfahren (§ 76 JGG)“ erledigt worden,<sup>21</sup> 246 davon nach dem NKM (S. 123). Was ist eigentlich aus den immerhin 886 anderen, nicht besonders beschleunigt durchgeführten vereinfachten Jugendverfahren geworden? Schneiden diese im Vergleich zum NKM hinsichtlich der betreffenden Effekte eigentlich (deutlich) schlechter ab? Es hätte nahegelegen, zunächst auch diesen Fragen nachzugehen.

## VII. Fazit

Obwohl die Untersuchung nicht immer befriedigende Antworten auf bedeutsame Fragen des vereinfachten Jugendverfahrens und des NKM liefert bzw. liefern konnte, ist *Inès Ben Miled* in der Gesamtschau eine erfreulich unaufgeregte Untersuchung eines emotional belastet erscheinenden Unikums des deutschen Jugendstrafrechts gelungen. Wer sich vertieft mit dem NKM und seinen Akteuren befassen möchte, dem sei die Lektüre der Untersuchung an dieser Stelle empfohlen.

*Dr. Michael Sommerfeld, Oberstaatsanwalt a.D., Regierungsdirektor in Berlin*

<sup>18</sup> *Ostendorf*, in: Feuerhelm/Schwind/Bock (Hrsg.), Festschrift für Alexander Böhm zum 70. Geburtstag am 14. Juni 1999, 1999, S. 635 (642).

<sup>19</sup> *Kleinbrahm*, Divergente Diversion im Jugendstrafrecht, Eine Untersuchung zu Ausmaß, verfassungsrechtlicher Bewertung und Vermeidung regionaler Rechtsungleichheit unter Berücksichtigung der Diversionsrichtlinien, 2015, S. 440 ff.

<sup>20</sup> Vgl. dazu auch *Verrel*, ZIS 2015, 614.

<sup>21</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.6 (Staatsanwaltschaften), 2013, S. 27 Tabelle 2.2.1.1.

## Buchrezension

**Ulrich Sieber/Nicolas von zur Mühlen (Hrsg.),** Access to Telecommunication Data in Criminal Justice, A Comparative Analysis of European Legal Orders, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, 770 S., € 58.

### I. Bedeutung von Telekommunikationsdaten im Strafverfahren

Aus dem modernen Strafverfahren ist der staatliche Zugriff auf Telekommunikationsdaten nicht mehr wegzudenken. Die Ausweitung des Zugriffs durch Einführung neuer Ermächtigungsgrundlagen scheint unumkehrbar. Umso bedeutsamer ist die rechtspolitische Debatte wie auch die konkrete Auseinandersetzung in der Praxis, inwiefern der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen durch den Zugriff auf seine Bestands-, Verkehrs- und Inhaltsdaten gerechtfertigt sein kann.

Eine wissenschaftlich-fundierte Grundlage dazu bietet das Werk der Herausgeber *Ulrich Sieber* und *Nicolas von zur Mühlen*. Es erschien in der Schriftenreihe „Strafrechtliche Forschungsberichte“ des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, welche 1985 begründet und seit 2004 von *Sieber* fortgeführt wird. Er ist Leiter der strafrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts. Computerkriminalität bzw. Cybercrime gehört zu seinen Forschungsschwerpunkten. Mit dem vorliegenden, 2016 erschienenen Werk gelang es ihm und seinem Mitherausgeber, einen weiteren Meilenstein für die Grundlagenforschung in diesem Bereich zu setzen.

### II. Möglichkeiten der Erhebung von Telekommunikationsdaten de lege lata

Der Zugriff auf Telekommunikationsdaten im Strafverfahren hat viele Facetten. Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden zur Erhebung von Daten betreffen nicht nur Beschuldigte, sondern auch Dritte, insbesondere Diensteanbieter. Nach deutschem Recht können die Ermittlungsmaßnahmen offen erfolgen, wie es bei Durchsuchung (§§ 102, 103 StPO), Durchsicht (§ 110 StPO), Sicherstellung (§ 94 StPO), Herausgabeverlangen (§ 95 StPO) und Verkehrsdatenabfrage (§ 100g StPO) der Fall ist. Besonders eingriffsintensiv sind die heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, wobei zur klassischen Telekommunikationsüberwachung (§ 100a Abs. 1 S. 1 StPO) seit dem 24.8.2017 die Quellen-TKÜ (§ 100a Abs. 1 S. 2 StPO) und die Online-Durchsuchung (§ 100b StPO) hinzugekommen sind. Geht es um elektronische Beweismittel, besteht jedoch oft ein grenzüberschreitender Bezug. Die Gerätenutzer sind mobil, der Sitz des Diensteanbieters bzw. seine Datenkontrollzentren und die Speicherorte der Daten befinden sich häufig nicht im Inland.

Dieser Rechtswirklichkeit werden die Herausgeber mit einer klaren Zweiteilung gerecht: In einem Teil stellen sie in Form von Länderberichten eingehend die Rechtslage in Deutschland sowie Belgien, Tschechische Republik, Frankreich, Niederlande, Spanien, Schweden und Großbritannien dar. Hier flossen sowohl Berichte von Rechtswissenschaftlern als auch Interviews mit Polizeien und Justiz ein (Teil 3,

S. 121–738). Der eigentliche Schwerpunkt des in englischer Sprache erschienenen Werks liegt sodann – wie es der Titel schon verrät – in dem den einzelnen Länderberichten vorangestellten Vergleich der Rechtssysteme der acht europäischen Staaten (Teil 2, S. 9–120).

### III. Fortentwicklung des Rechts

Die Herausgeber haben die Schaffung neuer Ermächtigungsgrundlagen für die Strafverfolgungsbehörden antizipiert. Zutreffend nahmen sie die Notwendigkeit multilateraler Abkommen vorweg, soweit es für die Datenerhebung zu einem virtuellen Grenzüberschritt kommt.

Am 17.4.2018 (eineinhalb Jahre nach Erscheinen des vorliegenden Werks) stellte die EU-Kommission ihre Regelungsvorschläge für zwei neue Instrumente zur Strafverfolgung vor (KOM [2018] 225 endg.), mit denen der Zugriff auf elektronische Beweismittel – sprich: Telekommunikationsdaten – beschleunigt werden soll: Mit Hilfe der Europäischen Sicherungsanordnung und der Europäischen Herausgabeanordnung sollen Strafverfolgungsbehörden ihre Anfragen zukünftig nicht mehr an ihr Pendant im Ausland, sondern direkt an den privaten Diensteanbieter stellen.<sup>1</sup> Anfragen auf Übermittlung von Beweismitteln beim Diensteanbieter haben zwar bereits in den letzten Jahren rasant zugenommen. Die Antwort der „big six“ (Facebook, Google, Microsoft, Twitter, Apple und Yahoo), die den Großteil der relevanten Daten und damit Beweismittel verwalten, hängt jedoch von der jeweiligen Kooperationsbereitschaft und den unternehmensinternen Regelungen ab. Die Übermittlung von Bestands- und Verkehrsdaten erfolgt jedoch freiwillig, die Entscheidung des Diensteanbieters ist nicht justiziabel. Die Gesetzgebungsvorschläge zielen nunmehr auf eine Verpflichtung der Diensteanbieter zur Sicherung und Herausgabe von Telekommunikationsdaten im Strafverfahren ab, die durch Rechtsschutzmöglichkeiten flankiert werden soll. Unabhängig davon, wo die Daten physisch gespeichert sind (Territorialprinzip), soll die Verpflichtung Diensteanbieter treffen, die in der EU ihre Dienste anbieten (Markortprinzip).

### IV. Ausschluss des Zugriffs bei Berufsgeheimnisträgern

Für den wissenschaftlichen Diskurs von grundlegender Bedeutung ist daher die von den Herausgebern gemeinsam mit *Tatiana Tropina*, der *Autorin* dieses Abschnitts, erarbeitete rechtvergleichende Analyse. Im Rahmen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens umstrittene Punkte wie der Ausschluss des Zugriffs bei Berufsgeheimnisträgern sind im vorliegenden Werk bereits exemplarisch für verschiedene Rechtskreise aufgearbeitet (S. 35–52).

Die *Autorin* analysiert dazu zunächst die bestehende Gesetzeslage. Sie stellt fest, dass die größten Unterschiede in der Gesetzgebung und Praxis der untersuchten Länder hinsichtlich des Verbots der Beweiserhebung von geschützter Kommunikation bestünden. Es existiere eine große Bandbreite von detaillierten und umfangreichen Regelungen in Deutschland und Frankreich einerseits und eng umgrenzten Regelungen

<sup>1</sup> Zur Entstehungsgeschichte eingehend *Burchard*, ZIS 2018, 190.

gen in der Tschechischen Republik anderseits. Alle untersuchten Länder schützten das Vertrauen in Berufsgeheimsträger, Deutschland darüber hinaus auch den Kernbereich privater Lebensgestaltung. Zutreffend und hellichtig in Bezug auf die aktuellen gesetzgeberischen Aktivitäten (nach Erscheinen des vorliegenden Werks) fasst die *Autorin* zusammen, dass ein Direktzugriff beim Diensteanbieter im Rahmen grenzüberschreitender Strafverfolgung problematisch sei, soweit dies auch zur Erhebung geschützter Kommunikation führen könne.

Unterschiedliche Gesetzgebungstechniken bestünden hinsichtlich der Art und Weise des Schutzes. In Deutschland werde in § 160a Abs. 1 und 2 StPO zwischen einem absoluten und einem relativen Beweiserhebungsverbot unterschieden. In Frankreich und Belgien werde zwischen dem (eng gefassten) Verbot der Erlangung und dem (weitergehenden) Verbot der Verschriftlichung geschützter Kommunikation unterschieden. Demgegenüber würden die Rechtsordnungen in Schweden, Niederlande und Spanien lediglich ein Zeugnisverweigerungsrecht für Berufsgeheimsträger und einen damit einhergehenden Schutz vor Telekommunikationsüberwachung für diese Personen vorsehen. In der Tschechischen Republik seien nur Verteidiger und Beschuldigter von dem Schutz umfasst. In Großbritannien hänge der Schutz vertraulicher Informationen davon ab, ob sie zielgerichtet oder zufällig erlangt wurden.

In allen acht untersuchten Ländern werde die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant umfassend geschützt. Hinsichtlich anderer Berufsgeheimsträger wie Geistliche, Ärzte, Journalisten, Notare und Mitglieder des Parlaments bestünden signifikante Unterschiede. In allen untersuchten Ländern existierten Ausnahmen, soweit Berufsgeheimsträger der Beteiligung an einer Straftat verdächtig sind.

Schließlich untersucht die *Autorin* die technische und prozessuale Umsetzung der Schutzvorschriften. Sie unterscheidet zwischen einem Erhebungsverbot bzw. Lösungsgebot im Ermittlungsverfahren (Deutschland, Schweden, Tschechische Republik, Niederlande), einer Zugangsbeschränkung (Belgien) und einem bloßen Verwendungsverbot in der Hauptverhandlung (Frankreich, Spanien, Großbritannien).

## V. Ausblick

Das Werk ist Teil des Forschungsgruppenprojekts „Internationale Zusammenarbeit in der TKÜ“. Die Studie wird finanziert durch das Bundesministerium des Innern. Nach Erscheinen des vorliegenden ersten Teils zu acht ausgewählten Rechtsordnungen sind derzeit im Rahmen des seit 2017 durchgeführten zweiten Teils Landesberichte zu zwölf weiteren Staaten – darunter die USA – in Arbeit. Der nächste Teil wird mithin letzte Lücken schließen. Schließlich richten sich in Strafverfahren die Anfragen auf Übermittlung von Beweismitteln faktisch überwiegend an die in den USA gelegenen Diensteanbieter, sog. „big six“. Die vorliegende Publikation bildet mithin einen Baustein für die Erforschung internationaler Kooperationsmöglichkeiten, auf der die Zukunft des Strafverfahrens fußen wird. Der (Europäische) Gesetzgeber

wird nicht umhinkommen, auf die grundlegenden Vorarbeiten von Sieber/von zur Mühlen zurückzugreifen.

*Rechtsanwältin Diana Nadeborn, Berlin*



# Current Debates in International Criminal Justice

## Report on the 10th Summer School & Conference of the South-African German Centre for Transnational Criminal Justice at Humboldt-Universität zu Berlin, 18 June to 7 July 2018

By Tanja Altunjan, Nicksoni Filbert, Victoria Olayide Ojo, Berlin

*On 18 June 2018, the tenth Summer School of the South-African German Centre for Transnational Criminal Justice<sup>1</sup> was opened by Prof. Gerhard Werle (Humboldt-Universität zu Berlin, Co-Director of the Centre) at Humboldt-Universität zu Berlin. Since 2008, 116 students have graduated the Centre at Masters level and eleven students at PhD level from a total of 19 countries. Prof. Werle, on behalf of the funders, directors, and coordinators of the Centre, expressed his delight at having built such a large network of scholars and practitioners from all over the African continent. Prof. Eva Inés Obergefell (Vice President for Academic Affairs of Humboldt-Universität zu Berlin) then welcomed the LLM students to Berlin, emphasizing the university's international focus and her gratitude for the program's success story over the past ten years.*

### I. Judge Piotr Hofmański: The Bemba Appeals Judgment – A Milestone in International Criminal Law

The opening address of the Summer School was delivered by Prof. Piotr Hofmański, Judge of the Appeals Chamber of the International Criminal Court ('ICC' or 'the Court'). Judge Hofmański spoke about the Appeals Chamber's judgment in the case against Jean-Pierre Bemba Gombo.<sup>2</sup> By a majority of three judges, the Appeals Chamber had overturned the Trial Chamber's judgment and acquitted Bemba of all charges. Judge Hofmański, jointly with Judge Sanji Mmasenono Monageng, issued a dissenting opinion.<sup>3</sup> Although his presentation was originally titled "The Bemba Appeals Judgment – A Milestone in International Criminal Law", Judge Hofmański commented that a question mark must now be added at the end because, due to the lack of unanimity on crucial issues, the judgment was not the expected milestone. Still, he emphasized that it presents serious procedural and substantial implications for future ICC decisions and international criminal justice in general.

Judge Hofmański highlighted several contentious legal issues by explaining the perspectives of both the majority and the dissenting judges. In his view, the most important aspect of the decision was the standard of review to be applied by the Appeals Chamber. In previous decisions, the Appeals Chamber had held that it should only intervene when it can-

not see how any reasonable Trial Chamber could have reached the finding.<sup>4</sup> In this case, the majority introduced a stricter standard, according to which the Appeals Chamber must overturn factual findings of the Trial Chamber if they can reasonably be called into doubt.<sup>5</sup> In contrast, the minority opinion called for a greater degree of appellate deference, arguing that the conventional standard of review was correct because the Trial Chamber is in a better position to determine the facts and evidence.<sup>6</sup>

Judge Hofmański then addressed the contentious issue of the scope of the case. The majority had decided that the charges were framed too broadly to amount to a meaningful formulation of the charges as required by Article 74 (2) of the ICC Statute and rule 52 (b) of the ICC's regulations.<sup>7</sup> Judge Hofmański pointed out the necessity to differentiate between the prosecutorial function of determining the scope of the case and the judicial function of fact-finding as well as the right of the accused to be informed about the charges against him. He argued that Article 74 (2) in its essence reflects the accusatorial principle and ensures that it remains within the responsibility of the Prosecutor to frame the charges and define the scope of the case. Therefore, he concluded that the broad formulation of the charges does not violate Article 74 (2).<sup>8</sup> He expressed his worry that the level of detail the Prosecutor is now required to adhere to at the confirmation stage may impede future prosecutions.

With regard to command responsibility, Judge Hofmański outlined the contentious nature of the provision and identified several points of controversy. For example, pertaining to a potential requirement of a causal link, he explained that different readings of Article 28 of the ICC Statute ("as a result of") are possible and opined that, in the light of the principle of culpability, some element of causality is necessary.

Throughout his presentation, Judge Hofmański highlighted that the ICC Statute is influenced by two legal traditions, the Common Law and the Civil (or Romano-Germanic) Law, which has resulted in many uncertainties and ambiguities in the Statute. This, he explained, is part of the reason why international criminal law is so interesting to scholars and practitioners alike. Judge Hofmański expressed his hope that although the judgment left many questions unanswered, the separate and dissenting opinions will provide comprehensive

<sup>1</sup> For more information about the Centre, visit <http://www.transcrim.org/> (26.3.2019).

<sup>2</sup> ICC (Appeals Chamber), Decision of 8 June 2018, ICC-01/05-01/08 A (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo).

<sup>3</sup> Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański, ICC-01/05-01/08-363-Anx 1-Red 08-06-2018 1/269 EC A (The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), [https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018\\_02987.PDF](https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_02987.PDF) (26.3.2019).

<sup>4</sup> Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (fn. 3), para. 9.

<sup>5</sup> Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (fn. 3), para. 46.

<sup>6</sup> Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (fn. 3), para. 7.

<sup>7</sup> Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (fn. 3), paras 98–116.

<sup>8</sup> Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański (fn. 3), paras 19–22.

material for further analysis, and he encouraged the students and participants to read both the judgment and the opinions.

## II. Alumni Conference on Current Debates in International Criminal Justice

During the tenth anniversary Summer School, the Centre hosted an Alumni Conference on “Current Debates in International Criminal Justice”, which took place between 21 and 23 June 2018 at Humboldt-Universität zu Berlin. The participants were welcomed by Prof. *Martin Eifert*, Dean of the Law Faculty, who praised the impressive number of graduates and career paths which have emanated from the program.

### 1. Judge Ekaterina Trendafilova: Tendencies and Developments in International Criminal Justice

The keynote speech was delivered by Judge *Ekaterina Trendafilova*, who was a Judge at the International Criminal Court between 2006 and 2015 and currently serves as the first President of the Kosovo Specialist Chambers. Judge *Trendafilova* is a long-time friend of the Centre and had previously addressed students both in Berlin and in Cape Town. In her presentation, she spoke about the current status, problematic issues and the development of international criminal law. According to Judge *Trendafilova*, the fight against impunity is a common goal of national and international institutions, with the primary responsibility resting on the national jurisdictions.

Judge *Trendafilova* briefly summarized the history of international criminal law, dating back to the famous trial against Peter Hagenbach in 1474, and traced the development throughout the past century. In this regard, she referred to the Versailles Treaty, the trials of Nuremberg and Tokyo and the establishment of the ad hoc tribunals. Finally, Judge *Trendafilova* noted the recent tendency of establishing different kinds of internationalized institutions, such as the Special Tribunal for Lebanon, the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, the Extraordinary African Chambers and the Kosovo Specialist Chambers. With regard to the International Criminal Court, Judge *Trendafilova* pointed out that it is currently beyond the realm of possibility for the Court to achieve universality, because the big powers are, regrettably, not interested to join. In her view, despite harsh criticism and the continued threat of withdrawals, the Court has proven that it will hold anyone accountable for crimes against the international community, regardless of status and capacity, as illustrated by the pending case against Al Bashir. She explained that measures have been taken to address the main concerns voiced by ICC member states, particularly as pertaining to the allegation that the proceedings are slow, costly and inefficient. However, Judge *Trendafilova* also pointed out that ICC proceedings are naturally voluminous and contain complicated legal issues. As examples, she mentioned the question of immunity in the case against Al Bashir, the request made by the Prosecutor to the Pre-Trial Chamber on whether the mass displacement of the Rohingya people falls under ICC jurisdiction and the issue of crimes committed outside the territory of the concerned state in the Afghanistan situation. According to *Trendafilova*, the complex nature

of the ICC Statute and the different legal backgrounds of the judges pose additional challenges.

In the second part of her address, Judge *Trendafilova* spoke about the Kosovo Specialist Chambers, which were established by the parliament of Kosovo after negotiations between many international actors following a constitutional amendment. She noted that the drafters tried to correct some of the concerns raised in past ICC proceedings and that, like the ICC Statute, the Law of the Specialist Chambers includes a combination of the best approaches from Common Law and Civil Law traditions. Further, Judge *Trendafilova* remarked that the procedure of selecting judges has been improved. She explained that judges are selected based only on merit, through a robust exam-like process conducted by an independent panel, and without a limitation on the number of judges from each country. In concluding her presentation, Judge *Trendafilova* highlighted the privileged position of the Kosovo Specialist Chambers and their potential to improve by drawing lessons from other regional and international criminal justice mechanisms.

### 2. The Legitimacy Debate: Selectivity and Power

Judge *Trendafilova*'s keynote speech was followed by the first panel, chaired by *Angela Mudukuti* (International Criminal Justice Lawyer with the Wayamo Foundation) with *Dr. Sara Kendall* and *Selemani Kinyunyu* as panelists. *Dr. Sara Kendall* (University of Kent) opened the panel with a presentation on power, politics and the ICC. She noted that the moral imperative of international criminal law, ending impunity, suggests that the field works through cosmopolitan, apolitical consensus. However, she explained that this construction of international criminal law as a collective international project devoid of political interests seems to contrast with its work in practice, particularly its selective enforcement. *Dr. Kendall* argued that in contrast to assertions that politics have no place within the field, the legal domain is another side of political contestation. In the context of a possible current legitimacy crisis of the ICC, she further spoke about withdrawals, the tension surrounding the Al Bashir arrest warrant, the responses of several African states to the Kenya situation before the ICC and the role of victims in the proceedings. To conclude, *Dr. Kendall* noted that legitimacy is also a question of an institution's work in practice. *Selemani Kinyunyu* (Senior Policy Officer for Political and Legal Matters at the African Union Advisory Board on Corruption, speaking in an individual capacity) focused on the tension between the African Union and the ICC. He identified five areas of concern for the African Union: the sequencing of peace and justice and the consequences of judicial interventions in peace negotiations, the role and powers of the United Nations Security Council, the discretionary prosecutorial powers, immunity of heads of state and the application of the principle of universal jurisdiction by domestic courts. With respect to the legal issues, *Kinyunyu* noted that it is important to resolve these unsettled questions. Pertaining to the ICC, he recommended an improvement of communication and outreach as well as a better understanding of political contexts. He also opined that victims must be put at the center of trials.

To conclude, *Kinyuny* noted that in order to reform international criminal justice, all stakeholders must work towards a more just world order, including a reform of the United Nations Security Council.

### 3. *The Regionalization of International Criminal Justice: The African Criminal Court*

The second panel was chaired by Prof. *Moritz Vormbaum* (Westfälische Wilhelms-Universität Münster) and the panelists were Prof. *Gerhard Kemp*, *Dr. Fatuma Mninde-Silungwe*, *Dr. Juliet Okoth* and *Dr. Marshet Tadesse Tessema*. Prof. *Gerhard Kemp* (Stellenbosch University) examined the African Criminal Court. He explained that regionalization is not a foreign concept in Africa: for example, beginning in the 1860s, internationalized tribunals were set up to try individuals responsible for transatlantic slave trade and piracy. Prof. *Kemp* further mentioned the International Criminal Tribunal for Rwanda, the Special Court for Sierra Leone and the Extraordinary African Chambers set up to try Hissène Habré as recent examples. In this regard, he argued that the contemplated African Criminal Court should be viewed as a positive step in the regionalization of criminal justice. *Dr. Fatuma Mninde-Silungwe* (United Nations Development Programme, Malawi) examined the crimes included in the Malabo Protocol and concluded that certain definitions of the core crimes have been improved, for example, rape as genocide. She further noted that the Protocol has incorporated certain crimes very peculiar to Africa, such as the crime of the unconstitutional change of government. *Dr. Mninde-Silungwe* opined that when the legal texts are implemented with the best intentions, the African Criminal Court will be beneficial to the administration of criminal justice at the regional level. *Dr. Juliet Okoth* (University of Nairobi) noted that the success of the African Criminal Court will depend on the willingness of African leaders to cooperate and to incorporate the provisions into their domestic jurisdictions. According to her, some states have been reluctant to do so; for example, the crime of illicit enrichment is not criminalized in Kenya, a signatory to the Malabo Protocol. *Dr. Okoth* further opined that the immunity clause in the Malabo Protocol should be amended. *Dr. Marshet Tadesse Tessema* (Jimma University) explained that the process of adopting the Malabo Protocol was rushed and that many of the provisions are unclear. He opined that these defects should be rectified before the instrument enters into force. With regard to the relationship between the African Union and the ICC, *Dr. Marshet* noted that it is not regulated in the Protocol, but that this should not be interpreted as limiting the cooperation between the two courts.

### 4. *Universal Jurisdiction Revisited: German Prosecutions of International Crimes Committed in Syria*

The third panel was chaired by *Debora Orina* (Associate Legal Officer with the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva). The panelists were *Dr. Julia Geneuss*, *Wolfgang Kaleck* and *Christian Ritscher*. *Dr. Julia Geneuss* (University of Hamburg) explained the historical development of the principle of universal jurisdiction. In Germany,

*Dr. Geneuss* noted, the principle of universal jurisdiction is used for purposes of gathering and securing evidence. She explained that the procedural mechanism employed by the investigators is the structural investigations approach, which means that criminal investigations are directed not against individuals or specific crimes but concern all crimes potentially committed, for example, by the Syrian regime or the opposition groups. She compared this approach to the preliminary examinations conducted by the ICC Prosecutor. *Christian Ritscher* (Federal Public Prosecutor in the War Crimes Unit of the Federal Public Prosecutor's Office in Germany) gave an overview on the work of his Unit regarding crimes committed in Syria. He explained that criminal investigations commenced in 2011, in the wake of the Arab Spring. *Ritscher* noted that there is a lot of evidence in Germany today due to a high number of refugees from Syria and that arrest warrants have been issued against IS fighters as well as regime members for war crimes and crimes against humanity. *Wolfgang Kaleck* (Founder and Director of the European Center for Constitutional and Human Rights, Berlin) explained the importance of universal jurisdiction for NGO lawyers and activists. The European Center for Constitutional and Human Rights has the intention of challenging and holding the powerful accountable under international law. *Kaleck* noted that universal jurisdiction can be used as a tool to litigate these cases. According to him, the Syrian case illustrates the importance of applying universal jurisdiction as a last resort to prosecute international crimes.

### 5. *Victims' Roles in International Criminal Justice*

*Brenda Akia* (PhD candidate at Humboldt-Universität zu Berlin) chaired the fourth panel with the discussants *Dr. Philipp Ambach*, Prof. *Chantal Meloni*, *Dr. Charity Wibabara* and *Marian Yankson-Mensah*. *Dr. Philipp Ambach* (Chief of the Victims Participation and Reparations Section in the ICC Registry) explained that victims' participation in international criminal proceedings is a rather new concept only recently adopted by the ICC, which has since been replicated in Cambodia, Lebanon, Kosovo, Central African Republic and Senegal. *Ambach* stressed that victims' participation in the proceedings is different from reparations, as victims' participation is premised on the retributive idea of justice. He explained that the ICC awards reparations to participating victims only in the case of a conviction of the accused, which has been challenged as a shortcoming. Prof. *Chantal Meloni* (University of Milan/European Center for Constitutional and Human Rights) focused on victims' participation at the preliminary examination stage of the ICC. She opined that there is a gap in the ICC system with regard to the tools victims have at their disposal at this stage of the ICC proceedings as compared to the huge prosecutorial discretion. Particularly, Prof. *Meloni* criticized the ICC's lack of review mechanisms and avenues for the victims and civil society to challenge the Prosecutor's decision not to open an investigation. *Dr. Charity Wibabara* (National Prosecutor of Rwanda) spoke about victims' roles in the proceedings following the Rwandan genocide. She explained that the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda did not include any provisions

on reparations and that the victims did not receive compensation. Before the Rwandan *Gachacha* courts, which were restorative in nature, only property offenses were compensated. *Dr. Wibabara* concluded that the needs of the Rwandan genocide victims were only selectively taken into consideration. *Marian Yankson-Mensah* (Project Officer at the International Nuremberg Principles Academy) focused on transitional justice and the rights of victims in Ghana. She explained that Ghana's Truth and Reconciliation Commission recommended several reparation measures in 2004. The government focused only on monetary compensation, which, according to *Yankson-Mensah*, raises questions on how Ghana has addressed victims' rights to truth and to other forms of reparations such as memorization. She opined that other transitional justice mechanisms are needed to complement the Commission's recommendations.

#### 6. What is Missing in the Current Framework of International Criminal Justice?

The conference's final panel was chaired by *Dr. Hannah Woolaver* (University of Cape Town). Discussants were Prof. *Florian Jeßberger*, Prof. *Volker Nerlich*, *Victoria Olayide Ojo* and Prof. *Andreas Zimmermann*. Prof. *Florian Jeßberger* (University of Hamburg) first spoke about corporate criminal liability. While noting that corporate entities are often involved in the commission of international crimes, he opined that there are many arguments against amending the ICC Statute to include corporate criminal liability. He stressed the difficulties of attributing responsibility to corporations and explained that there is few practice or case law in this regard. Pertaining to terrorism, Prof. *Jeßberger* stated that it is a transnational crime and not a crime under international law. He concluded that the current international legal framework is sufficient and that there is a gap in the domestic and international enforcement of international criminal law rather than in its substance. Prof. *Volker Nerlich* (Legal Advisor at the ICC Appeals Division) focused on procedural difficulties at the ICC pertaining to the area of mass criminality and explained that many of the Court's procedural rules have been borrowed from the domestic procedural laws. However, he noted that these procedural provisions come from jurisdictions which rarely deal with mass criminality cases. According to Prof. *Nerlich*, the ICC faces similar challenges as mass criminality trials at the domestic level, such as lengthy procedures, appropriate rights of the accused and efficiency. He argued that new procedural approaches must be developed at the international level in order to overcome these challenges. With regard to economic crimes, *Victoria Olayide Ojo* (PhD candidate at Humboldt-Universität zu Berlin) explained that many wars are rooted in social tensions emanating from the violations of political and economic rights. She opined that the ICC Statute can be used to fight the economic aspect of international crimes, pointing out, for example, the crime against humanity of enslavement as well as the war crimes of destruction of civilian properties, hostage taking, destruction of enemy property and pillaging, which all have a link to economic violence. What is required, according to *Olayide Ojo*, is prosecutorial interest and an expansive interpretation

of the existing provisions. Prof. *Andreas Zimmermann* (University of Potsdam) noted that any amendments to the ICC Statute are subject to Article 121 and will only apply to states that have accepted them. According to Prof. *Zimmermann*, this will create a "jurisdiction à la carte". Amending the ICC Statute has proved difficult over the past twenty years, for political as well as technical reasons. With the many challenges the ICC is facing, such as the threat of withdrawals, the debate around immunities and the lack of effective cooperation, he opined that amendments to the Statute may prevent further ratifications and cautioned against them. Prof. *Zimmermann* also highlighted the troubling jurisdictional scheme of the crime of aggression, which may deter the Security Council from further referrals.

### III. Summer School on Transnational Criminal Justice

Besides the Alumni Conference panels, six further presentations and workshops took place in the course of the tenth Summer School of the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice.

#### 1. Prof. Martin Heger: European Criminal Law

Prof. *Martin Heger* (Humboldt-Universität zu Berlin) addressed the group on European criminal law, noting that while a European criminal code does not exist, there is a criminal regime in the European Union. He traced the development of European criminal law from the 16<sup>th</sup> through the 19<sup>th</sup> century and highlighted the importance of case law as well as the treaties of Maastricht, Amsterdam and Nice in this evolution. Prof. *Heger* then discussed the innovations of these treaties regarding the single market as well as the area of freedom, security and justice and noted that the EU's particular interest lies in fighting against supranational and transnational crimes. Additionally, the important role and drawbacks of the dual principles of mutual recognition and mutual trust were explored. Prof. *Heger* also introduced the audience to the European arrest warrant regime and pointed out cases in which it has been successfully used.

#### 2. Prof. Ryszard Piotrowicz: Human Trafficking

In his presentation on human trafficking, Prof. *Ryszard Piotrowicz* (Aberystwyth University) contended that while human trafficking had human rights implications, it was not a human rights violation. Human rights, according to *Piotrowicz*, do not encompass the protection against violations by private or third parties, in this case, the traffickers. However, he noted that human trafficking attracts state responsibility with regard to the failure to provide protection from being trafficked. Prof. *Piotrowicz* explained that trafficking consists of three elements, namely, the action element, the means element and the purpose element. He contended that, unlike in the case of smuggling, the means element of trafficking nullifies any meaningful consent.

*3. Dr. Juliet Okoth: Asserting Complementarity or Refusal to Cooperate – Kenyan Court's Interpretation of Requests to Surrender Suspects to the International Criminal Court*

*Dr. Juliet Okoth* (University of Nairobi) hosted a workshop on the topic of complementarity. With regard to the 2007-2008 post-election violence in Kenya, *Dr. Okoth* focused on the cases before the ICC as well as some relevant domestic decisions. Addressing the Kenyan court's decisions on requests to surrender, *Dr. Okoth* mentioned the case against Walter Osapiri Barasa, in which the Kenyan court declined the accused's petition to be tried in Kenya. However, *Okoth* noted that in the case against Paul Gicheru & Paul Kipkoech Bett, the Kenyan court agreed that the respondents had a right to be tried in Kenya. She highlighted the contradictory nature of the interpretation of the modes of surrender in both cases. *Dr. Okoth* further explained that while the distinction between extradition and surrender is clear, it remains open whether the bar to extradition processes should also apply to surrender processes. She concluded by advocating for a pro-ICC approach in the interpretation of domestic law.

*4. Prof. Lawrence Douglas: Aggression, Atrocity and the Problem of the Criminal State*

In his presentation on Aggression, Atrocity and the Problem of the Criminal State, Prof. *Lawrence Douglas* (Amherst College) explained that there has been a tension between the "aggression paradigm" and the "atrocity paradigm" throughout the history of international law. At the Nuremberg trial, the main criminal acts charged and adjudicated were crimes against peace, whereas crimes against humanity required a link to either crimes against peace or war crimes, and thus to war. Therefore, Prof. *Douglas* opined that the "aggression paradigm" seemed to have triumphed at the Nuremberg Trial. This triumph, however, was short-lived, as Prof. *Douglas* then explained. According to him, the erosion of the "aggression paradigm" and the shift to the "atrocity paradigm" was demonstrated by the adoption of the Genocide Convention in 1948, which no longer required a connection to war. Prof. *Douglas* noted that throughout the second half of the 20th century, the triumph of the "atrocity paradigm" solidified. Although the International Criminal Court now has jurisdiction over the crime of aggression, Prof. *Douglas* contended that serious doubts remain whether this crime will play a meaningful role in practice.

*5. Dr. Matthias Korte: Combatting Corruption – International Legal Instruments*

*Dr. Matthias Korte* (Head of the Division "Economic Crime, Computer Crime, Corruption related Crime and Environmental Crime" in the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection) provided a general overview of the international legal instruments for combatting corruption. He started his presentation with the legal regime for corruption at the level of the European Union and the Council of Europe. *Dr. Korte* also highlighted the importance of the 2003 African Union Convention on Preventing and Combating Corruption and other international, regional and African legal

frameworks against corruption. In conclusion, *Dr. Korte* showcased the relevant provisions of the United Nations Convention against Corruption of 2003 as well as the United Nations Convention against Transnational Organised Crime of 2000.

*6. Dr Leonie Steinl & Dr Aziz Epik: Sentencing and Reparations at the International Criminal Court*

*Dr. Leonie Steinl* (University of Hamburg) and *Dr. Aziz Epik* (Humboldt-Universität zu Berlin) jointly facilitated a workshop on the sentencing and reparations regime at the ICC. *Dr. Epik* highlighted the sentencing objectives of the ICC. He noted that the main aims of sentencing are retribution, deterrence and rehabilitation, including elements of positive general prevention. *Dr. Epik* stated that in the determination of the sentence, major factors to be considered include the gravity of the offense, culpability of the offender and individual circumstances. Highlighting the two-fold nature of the gravity of the crime, *Dr. Epik* explained the importance of considering the seriousness of the offense and the harm caused, including the individual responsibility of the offender. He opined that the narrow range of applicable sentences is concretized by weighing the relevant factors such as the gravity in concerto, the individual circumstances of the convicted person as well as the mitigating and aggravating circumstances. *Dr. Steinl* focused on the legal regime of reparations. She noted that victims are entitled to five forms of reparations, namely, restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition. The importance of the role of the Trust Fund for Victims was additionally highlighted. *Dr. Steinl* opined that as provided for in Article 75 of the ICC Statute, it is a core responsibility of the Court to establish principles relating to reparations to or in respect of the victims. In the determination of the reparations award, whether individual or collective, *Dr. Steinl* noted that the decision of the Court may include a determination of the scope and extent of damage suffered, including loss and injury to or in respect of the victims.