

AUSGABE 12/2020

S. 522 - 595

15. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Nationales und internationales Strafrecht

Summa cum laude

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam 522

Bitte, nehmen Sie Platz!

Eine Besprechung von Arslan, Die türkische Strafprozessordnung, 2017 – zugleich ein Nachruf auf das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau (1966–2019)

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Walter Gropp, Gießen,
Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Bahri Öztürk, Istanbul 524

Strafverfassungsrechtliche Anforderungen an die Straferichte bei der Tatbestandsauslegung

Von Rechtsanwalt Dr. Sebastian Bürger, LL.M. (Auckland),
Sindelfingen 532

Zurückweisungen von Migranten durch zivile Schiffe auf See

Von Wiss. Mitarbeiterin Johanna Hahn, Leipzig, Wiss. Mitarbeiter
Valentin J. Schatz, Hamburg 537

Recent developments in the jurisprudence of the International Criminal Court – Part 1

By Eleni Chaitidou, The Hague 551

A Close Look at the German and Australian Anti-FGM Framework-Concerns

About Equal Protection and Equal Application
By Dr. Kerstin Braun, Brisbane, Prof. Dr. Martin Böse, Bonn 566

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

BGH, Urt. v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19

(Mordvorwurf bei illegalem Autorennen – Berliner Raserfall)
(Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn) 584

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl. 2020

(Generalstaatsanwalt Thomas Harden, Köln) 587

Strafprozessrecht

Luna Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung. Über den Begründungszusammenhang von Mitwirkungsfreiheit und Strafverfahrengesetz, 2019

(Wissenschaftlicher Mitarbeiter Dr. phil. Dr. iur. Philipp-Alexander Hirsch, Göttingen) 587

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

Veronika Schmidt

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Summa cum laude

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam

Die Lektüre des Rezensionssaufsatzes von *Lothar Kuhlen* in ZIS 2020, 327, hat bei mir wie wahrscheinlich bei vielen Lesern¹ spontane Gefühlsturbulenzen verursacht: Bewunderung für den Mut des Autors, Mitleid mit der Verfasserin des verrissenen Buches, aber auch Freude – nicht Schadenfreude – über den Informationsgewinn. Denn das, worüber in dem Text berichtet wird, ist gewiss kein Einzelfall. Nur wird darüber, soweit ich sehe, nicht offen diskutiert. Ich selbst war einige Male in der unangenehmen Situation, als Zweitgutachter einer mit „summa“ erstbegutachteten Dissertation dieses Prädikat überhaupt nicht mittragen zu können. Das erste Mal liegt Ewigkeiten zurück und ich war noch ein recht junger, unerfahrener und ein bisschen naiver Hochschullehrer, der sich gar nicht vorstellen konnte, dass es irgendwelche unangenehmen Konsequenzen haben könnte, wenn das, was ich für die Wahrheit hielt – dass die Arbeit kein „summa“ verdient hat – von mir zum Ausdruck gebracht und mit einer ausführlichen Mängelliste belegt wird. Welche Blamage ich damit dem Kollegen Erstgutachter bereitete, kam mir nicht in den Sinn. Ich hatte vielleicht Glück, dass das bis heute gute Verhältnis zu dem Fakultätskollegen damals keinen nachhaltigen irreparablen Schaden nahm. Er hat es mir offenbar nicht übelgenommen, vielleicht auch eingesehen, dass meine Kritik nicht ganz unberechtigt gewesen ist. Erst später wurde mir aber bewusst, dass es im akademischen Miteinander wohl Handlungsformen gibt, die sich nicht gehören, weil sie zwar moralisch und juristisch nicht anstößig sind, aber als unkollegial gelten. Daraufhin wurde ich vorsichtiger und habe einige Male zähneknirschend ein „summa“ unter mein Zweitgutachten gesetzt, weil ich es mir mit dem jeweiligen Kollegen nicht verderben wollte. Zudem denkt man in diesem Moment an die eigenen Promovenden, die vor etwaigen Racheakten bewahrt werden müssen. Dass auch bei der Abfassung von Buchbesprechungen für Fachzeitschriften möglichst darauf geachtet werden sollte, wichtige Persönlichkeiten nicht zu vergrätzen, weil man sonst abgestraft werden könnte, erfuhr ich auch erst, nachdem das Kind schon in den Brunnen gefallen war. Wie die Vergeltung der sich angegriffen fühlenden Doktormutter ausfiel, wurde mir über zwei Jahrzehnte später von einem Kollegen, der damals der Fakultät angehört hatte, an der die Kollegin forschte und lehrte, mitgeteilt: Meine Veröffentlichungen waren mit einem Zitierverbot belegt worden. Rückblickend würde ich an der inkriminierten Buchbesprechung kein Jota ändern, sondern es immer wieder so machen. Gewiss, so kann jemand leicht reden, der demnächst emeritiert sein wird und von nichts und niemandem mehr abhängig ist. Wäre ich fünfundzwanzig Jahre jünger, überlegte ich es mir vielleicht doch anders.

Diese Erfahrungen sind ein wesentlicher Grund dafür, dass ich Herrn *Kuhlen* dankbar bin und hier einige Bemerkungen zu der Diskussion über seinen Rezensionstext beitragen möchte. Überzeugt bin ich davon, dass ein Fall wie die Promotion von Frau *Spörl* nicht unter den Teppich gekehrt werden darf. Ob die Vorgehensweise, für die *Lothar Kuhlen* sich entschieden hat, die richtige ist, vermag ich nicht sicher einzuschätzen. Auf

diese Weise öffentlich abgekanzelt zu werden, ist – so berechtigt die Verurteilung in der Sache ist – eine persönliche Katastrophe. Ich als Betroffener wäre daran wahrscheinlich zerbrochen. Aber was wäre die Alternative? Die Affäre in einem diskreten Rahmen halten und (nur) mit den Beteiligten sprechen? Ich glaube nicht, dass das etwas gebracht hätte. Oder den Text in einer irgendwie anonymisierten Form abfassen? Das hätte es vermutlich nur noch schlimmer gemacht, weil dann eine unwürdige Jagd a lá Vroniplag losgetreten worden und am Ende doch alles herausgekommen wäre. So bitter es für Frau *Spörl* ist, meine ich, sie muss das, wofür sie ja auch ein wenig mitverantwortlich ist, aushalten. Sie kann sich verteidigen und hat immerhin in dieser Zeitschrift schon Beistand von *Tatjana Hörnle* erhalten.

Diesen halte ich für menschlich verständlich, gleichwohl für diskussionsbedürftig. Einige Aussagen in dem Text klingen für mich nach Bagatellisierung des Falles und Verharmlosung einer schleichenden allgemeinen Abwärtsbewegung unserer Maßstäbe der Bewertung akademischer Leistungen. Das soll nicht unwidersprochen bleiben. Die Dissertation weise „etwa 30 Flüchtigkeitsfehler“ auf, verteilt auf knapp 300 Buchseiten.² Bereits die Zahl 30 scheint eine Verniedlichung zu sein, teilt doch *Kuhlen* am Ende mit, dass sich die Aufzählung von Beispielen „noch lange fortsetzen ließe“.³ Ich habe keinen Grund, dieser Aussage meines sehr geschätzten Kollegen nicht zu glauben. Irritierender finde ich jedoch die euphemistische Verwendung des Wortes „Flüchtigkeitsfehler“. Offenbar legt Frau *Hörnle* eine Definition von „Flüchtigkeitsfehler“ zugrunde, die von meinem Vorstellungsbild einige Zentimeter abweicht. In einer wissenschaftlichen Qualifikationsschrift, deren Entstehung in der Regel ein mehrjähriger Prozess hochkonzentrierter intensiver geistiger Tätigkeit ist, während dem man über jedem Satz brütet, an jedem Wort feilt und alles bis zur finalen Fertigstellung noch einmal und noch einmal liest (lesen sollte), darf eine derartige Häufung von Fehlern eigentlich nicht möglich sein. Mit „Flüchtigkeit“ hat das nach meinem Verständnis nichts zu tun. Bedenkt man zudem, dass bis zum Abschluss des Promotionsverfahrens der gesamte Text auch noch die strenge Kontrolle der beiden Gutachter, die immerhin das höchste zu vergebende Prädikat zu begründen und zu rechtfertigen haben, überstehen muss, ist das vollends unverständlich. Wenn die Arbeit von Frau *Spörl* „nicht mehrfach Korrektur gelesen“⁴ wurde, frage ich mich, was die beiden Gutachter eigentlich getan haben.⁵ Spätestens zur Veröffentlichung sollte aber ein nahezu fehlerfreies Manuskript vorliegen. Das ist hier – ich habe das Buch nicht gelesen – offenbar nicht der Fall gewesen. Natürlich kann man sagen, es komme nicht auf Äußerlichkeiten, sondern auf die inhaltliche Qualität, auf überzeugende Ideen an.⁶ Das ist richtig, nur ist das weder eine Rechtfertigung noch eine Entschuldigung für Schlampigkeit.

² *Hörnle*, ZIS 2020, 468 linke und rechte Spalte.

³ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (334) rechte Spalte.

⁴ *Hörnle*, ZIS 2020, 468 rechte Spalte.

⁵ *Schünemann*, ZIS 2020, 479 (480) linke Spalte.

⁶ *Hörnle*, ZIS 2020, 468 rechte Spalte.

¹ *Schünemann*, ZIS 2020, 479 (479) linke Spalte.

Dem Leser gegenüber ist es unhöflich und respektlos, den Mitgliedern der Fakultät gegenüber, die den Dokortitel verleiht, sowieso. Und es ist abwegig zu suggerieren, eine inhaltlich brillante und äußerlich schlampige Arbeit verdiene dieselbe Bewertung wie eine inhaltlich brillante und äußerlich makellose Arbeit. Abgesehen davon, dass ich Schlampigkeit nicht durchgehen ließe, würde auch ich eine formal unsaubere, inhaltlich aber großartige Arbeit in der Notenskala höher einstufen als eine formal fehlerfreie, inhaltlich mittelmäßige Arbeit. Aber für solche Differenzierungen ist die Notenskala weit genug, sodass die Entwertung des „summa“ nicht notwendig ist.⁷ Notendumping ist Wettbewerbsverzerrung und eine Ungerechtigkeit gegenüber den Guten, Sorgfältigen und Gründlichen, die sich die allergrößte Mühe geben, vielleicht nicht so schnell sind wie andere, am Ende aber etwas liefern, was in jeder Hinsicht einwandfrei ist. Wir machen uns bei unseren Studierenden unglaublich, wenn wir in ihren Schwerpunktbereichshausarbeiten jeden Kommafehler anstreichen und im Votum die sprachliche Insuffizienz rügen, auf der Ebene der Postgraduierten aber beide Augen zudrücken.

Vor längerer Zeit wurde an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam eine verdienstvolle Veranstaltungsreihe organisiert, die „Juristische Berufe stellen sich vor“ hieß und der Information des noch studierenden juristischen Nachwuchses über die verschiedenen Berufsbilder und Berufswege diente. Vorgestellt wurde selbstverständlich unter anderem der Beruf des Rechtsanwalts. Es berichteten einige Anwälte mit unterschiedlicher fachlicher Ausrichtung über ihre Tätigkeit und den Werdegang, der sie in diese berufliche Position gebracht hatte. An einen dieser Juristen aus einer renommierten Großkanzlei kann ich mich noch erinnern, weil er dem stauenden Publikum den Maßstab, an dem sich die Qualität seiner anwaltlichen Leistungen zu orientieren habe, folgendermaßen beschrieb: „Null Fehler gut, ein Fehler ungenügend“. Das klingt wie eine übertriebene Zuspitzung, die von ihrem Verkäufer selbst nicht ernst genommen, sondern augenzwinkernd mit dem unausgesprochenen Vorbehalt verbunden wird: „Nichts wird so heiß gegessen, wie es gekocht wird“. Aber stellt man sich einmal vor, man wäre nicht Jurist, sondern Arzt, Hebamme oder Ingenieur, dann erscheint es schon als realistisch, dass ein einziger Fehler verhängnisvolle Folgen haben kann und es daher eine berufsethische Selbstverständlichkeit sein sollte, nach Fehlerlosigkeit zu streben. Wir Juristen sind in der komfortablen Lage, dass in vielen Fällen niemand – jedenfalls niemand außerhalb der Juristenzunft – merkt, wenn wir einen Fehler gemacht haben. Dieses zweifelhafte Privileg genießen gerade wir Hochschullehrer, die wir auch keine Berufshaftpflichtversicherung brauchen. Aber das darf uns nicht dazu verleiten, Schlampereien zu tolerieren und einreißen zu lassen. Erst recht darf es nicht sein, eine unbestreitbar schlampig angefertigte Dissertation mit dem höchsten Prädikat zu krönen, das die Universität zu verleihen hat. Damit leistet man der ungunstigen Entwicklung Vorschub. Der durch den Einzelfall verursachte Schaden ist vielleicht nicht unmittelbar zu sehen. Aber die Folgeschäden dürften immens sein. Dem entgegenzuwirken, ist unsere Pflicht.

⁷ *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (332) linke Spalte.

Bitte, nehmen Sie Platz!

Eine Besprechung von *Arslan, Die türkische Strafprozessordnung, 2017** – zugleich ein Nachruf auf das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau (1966–2019)

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. **Walter Gropp**, Gießen,** Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. **Bahri Öztürk**, Istanbul***

Die hier zu besprechende Übersetzung der türkischen Strafprozessordnung durch Mehmet Arslan bildet den zweitletzten Band in der Reihe „Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in Übersetzung“ des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht.¹ Als Übersetzung eines Gesetzestextes ist auch diese deutsche Fassung der türkischen Strafprozessordnung ein Grundelement rechtsvergleichenden Arbeitens² (I.). Als Strafprozessordnung bildet der vorliegende Text darüber hinaus den „Teststreifen“, das Lackmuspapier, für den erwünschten freiheitlich-rechtsstaatlichen Umgang des Staates mit dem Beschuldigten im weitesten Sinne (II.). Der Lackmus-Test vermag indessen erst zu gelingen, wenn ein wissenschaftlicher Marktplatz existiert, auf dem Kenntnisse und Erfahrungen nicht nur über das Law in the Books, sondern auch über das Law in Action ausgetauscht werden können. Ein solches Forum von Weltgeltung war das Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2019 wurde es unter dieser Bezeichnung „in aller Stille“ aufgelöst. Damit ist der Schluss-

stein für die tragende Rolle des deutschen Strafrechts als Global Player verloren gegangen (III.).

I. Mehmet Arslan – Die Übersetzung der türkischen StPO

Die am 4. Dezember 2004 durch die Große Nationalversammlung verabschiedete, komplett neu gefasste Strafprozessordnung der Türkei will ein Strafverfahren gewährleisten, das „dem Leitbild des reformierten inquisitorischen Verfahrens entspr[icht]“, dessen Wahrheitsfindung „ohne Verstöße gegen die Menschenrechte betrieben“ und bei dem der „Beschuldigte als Verfahrenssubjekt“ behandelt werden soll (Rückentext). Die von Arslan vorgelegte Übersetzung, die Gesetzesänderungen bis Ende 2016 berücksichtigt, versteht sich aber nicht nur als eine ins Deutsche übertragene Wiedergabe der türkischen Strafprozessordnung, sondern zugleich als eine kritische Auseinandersetzung mit den Vorschriften der neuen Strafprozessordnung und der bestehenden Praxis. Dies geschieht in der dem eigentlichen Text vorangestellten umfangreichen (57 Seiten langen) Einführung in das türkische Strafprozessrecht.

* Mehmet Arslan, Die türkische Strafprozessordnung, Ceza Muhakemesi Kanunu, Deutsche Übersetzung und Einführung von Mehmet Arslan, Duncker & Humblot, Berlin 2017, 289 S., € 48,00. Für die sorgfältige sprachliche und inhaltliche Analyse der Übersetzung sind wir den Hilfsdozentinnen an der Istanbul Kültür Üniversitesi Dres. Özge Sirma, Efser Erden und Özdem Özyayın sowie Wiss. Mitarbeiterin Nilüfer Köker zu größtem Dank verpflichtet.

** Justus-Liebig-Universität Gießen; Dr. h.c. Univ. Istanbul/Türkei, Dr. h.c. Univ. Szeged/Ungarn, Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht von 1987–1993.

*** Istanbul Kültür-Üniversitesi; verantwortlich für die Ausführungen in I. 1. b) und I. 2. b); Dr. h.c. Univ. Gießen, Dr. h.c. Univ. Miskolc/Ungarn; Stipendiat der Alexander-von-Humboldt-Stiftung; Forschungsaufenthalt am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1989–1990 (15 Monate); Gründer und Leiter des Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (CEHAMER, Zentrum für Strafrechtsanwendung und Strafrechtsforschung) an der Istanbul Kültür-Üniversitesi.

¹ Siehe

https://www.duncker-humblot.de/reihe/schriftenreihe-des-max-planck-instituts-fuer-auslaendisches-und-internationales-strafrecht-reihe-g-sammlung-auslaendischer-strafgesetzbuecher-in-uehandlungber-233/?page_id=1 (4.12.2020); der letzte Band G 126 der Reihe ist das Strafbuch der Tschechischen Republik/Trestní zákoník České republiky, übersetzt von Susanne Altmann.

² Vorwort S. V: „Textbasis als Recherchemöglichkeit“.

1. Einführung in das türkische Strafprozessrecht

a) Die Einführung wird durch einen historischen Überblick (I.) eröffnet, beginnend mit dem Osmanischen Strafverfahrensrecht (A.), dessen klassische Phase (1.) eine adversatorische Verfahrensführung durch den Richter aufweist. Erst der französische Einfluss, vor allem auf die osmanische Strafprozessordnung von 1879, habe zu einem inquisitorischen Gerichtsverfahren mit vorgeschaltetem Ermittlungsverfahren und freier richterlicher Beweiswürdigung geführt (2.).

Nach dem Zusammenbruch des osmanischen Reichs im Ersten Weltkrieg und der Ausrufung der Republik durch Kemal Atatürk am 29. Oktober 1923 sei im Rahmen der Übernahme ganzer Rechtssysteme aus europäischen Ländern die Einführung der Strafprozessordnung von 1929 in Anlehnung an die deutsche StPO i.d.F. von 1926 erfolgt (B. 1.), mit Unterschieden vor allem im Rechtsmittelverfahren. Aus menschenrechtlicher Sicht als höchst problematisch erachtet Arslan die 1973 erfolgte Einrichtung einer mehrtägigen Polizeihaft für vorläufig Festgenommene, die nicht selten brutale Foltermethoden zum Zweck der Geständniserrpressung nach sich gezogen habe und deshalb auch in der türkischen Strafrechtswissenschaft auf deutliche Kritik gestoßen sei (S. 4 m.w.N. in Fn. 27).

1985 sei die gerichtliche Voruntersuchung abgeschafft worden zugunsten einer ausschließlichen Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für das Ermittlungsverfahren. 1992 sieht Arslan die Rechtsstellung des Beschuldigten in der Polizeihaft gestärkt durch ein Recht zu Schweigen und ein Recht auf einen Verteidiger nach Wahl. Das Verbot menschenrechts-

widriger Vernehmungsmethoden sei durch ein Verwertungsverbot für alle rechtswidrig erlangten Beweise ergänzt worden (S. 5). Jedoch habe sich der Staat durch die gesellschaftlichen Verhältnisse schon bald gezwungen gesehen, StPO-Garantien durch Zeitgesetze (Ausnahmestände) oder die Staatssicherheit und die Terrorbekämpfung betreffende Nebengesetze außer Kraft zu setzen.

2004 seien die Staatssicherheitsgerichte abgeschafft und die tStPO von 1929 im Zuge einer großen Strafrechtsreform komplett neu gefasst worden (B. 2.). Der Rechtsausschuss sei bestrebt gewesen, durch die Reform den Beschuldigten als Verfahrensbeteiligten mit Rechten und Pflichten auszustatten und so den Menschenrechten im Wortlaut der Verfahrensordnung Geltung zu verschaffen (S. 6).

Aus deutscher Sicht stoßen in diesem Zusammenhang vor allem die rigorosen Vorschriften zur Unverwertbarkeit von Beweisen auf Erstaunen: So sieht § 148 Abs. 3 tStPO die Unverwertbarkeit von Aussagen von Beschuldigten vor, wenn sie unter Anwendung unzulässiger Vernehmungsmethoden zustandegekommen sind, § 217 Abs. 2 tStPO³ schließt Beweise sogar schon dann aus, wenn sie schlicht rechtswidrig erlangt worden sind. Ernüchterung verursacht – wie von *Arslan* an anderer Stelle ausgeführt⁴ – aber die kaum zu bewerkstellende praktische Umsetzung. Denn für die Unverwertbarkeit müssten die Vernehmungsmethoden vor dem erkennenden Gericht nachgewiesen werden: durch eine rechtskräftige Verurteilung des Vernehmungsbeamten oder durch ein ärztliches Attest.

Die wichtigste Änderung im nach wie vor inquisitorischen Gerichtsverfahren sieht *Arslan* darin, dass im Hauptverfahren keine Amtsermittlungspflicht durch das Gericht mehr besteht und eine unmittelbare Befragung von Zeugen durch Verfahrensbeteiligte geschaffen worden ist (S. 7, 34 ff.).

Viele der Errungenschaften der StPO-Reform von 2004 seien nach dem Putschversuch vom 15. September 2016 und der Verhängung des Ausnahmezustandes am 21. September 2016 durch Einfügung neuer Vorschriften in die tStPO wieder zurückgenommen worden (B. 2., 3.). Dies gelte speziell für die Rechte der Verteidigung (S. 8 ff.).

Nun bedeutet die Ausrufung des Ausnahmezustands – als alleiniges Recht des Präsidenten und zu genehmigen von der Großen Nationalversammlung der Türkei – aber nicht gesetzliches Chaos,⁵ ist doch der Ausnahmezustand im Ausnahmezustandsgesetz Nr. 2953 vom 25. Oktober 1983 geregelt. Per Dekret, d.h. ohne Beteiligung der Legislative, können danach das tStGB, die tStPO und das tStrafVollzG geändert werden mit der Folge, dass z.B. die Untersuchungshaft bei Verdacht einer terroristischen Straftat auf bis zu 7 Jahre verlängert

werden kann.⁶ Umgekehrt kann sowohl Amtsträgern als auch Zivilisten, die bei der Niederschlagung des Putschversuchs oder bei Terroranschlägen ihrer Pflicht nachgekommen sind, gem. Art. 10 Dekret Nr. 667 und Art. 38 Dekret Nr. 10 auch für fehlerhaftes Handeln Immunität gewährt werden.⁷

Noch problematischer sind allerdings Dekrete, die zwar im Ausnahmezustand verhängt werden können und verhängt wurden, deren Gegenstand jedoch keinen Zusammenhang mit dem Putschversuch aufweist, wie etwa das Verfahren bei der Rektorenwahl an den Universitäten oder den Stellenstatus der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fakultäten betreffend. Auf diese Weise werden der reguläre Gesetzgebungsweg und die damit verbundenen Diskussionen im Parlament umgangen.⁸

Auch massenhafte Suspensionen vom Staatsdienst und Verhaftungen durch Notstandsdekrete lassen Zweifel an der rechtsstaatlichen Begründung aufkommen.⁹ Diese Zweifel haben immerhin dazu geführt, dass die Regierung im Januar 2017 eine Kommission gegründet hat, die auf Antrag die Massenentlassungen von Mitgliedern der Justiz und des öffentlichen Dienstes überprüft. Gegen deren Entscheidungen ist wiederum der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Bis Juni 2019 hatte die Kommission immerhin 5.820 Anträge positiv beschieden.¹⁰

Äußerst problematisch unter dem Gesichtspunkt der Unschuldsumutung ist eine durch Art. 103 Dekret Nr. 69 eingeführte einheitliche Häftlingskleidung für Untersuchungsgefangene bestimmter Straftaten, eine Maßnahme, die bisher allerdings nicht in die Praxis umgesetzt worden ist.¹¹

An einen Überblick über die Organisation der Strafgerichte (II., S. 11 ff.) schließt *Arslan* eine Darstellung des Ganges des Strafverfahrens an (III.): Erkenntnisverfahren (A., S. 12 ff., Ermittlungsverfahren mit Legalitätsprinzip und Opportunitätsgrundsatz; Zwischenverfahren und Hauptverfahren) und Rechtsmittelverfahren (B.; mit Beschwerde, Berufung und Revision als ordentlichen Rechtsmitteln) lassen die Affinität zum deutschen Strafverfahren erkennen (S. 40 ff.). Die Berufung als Tatsacheninstanz müsse allerdings ihren Stellenwert erst noch behaupten, weil die Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs als Revisionsinstanz derzeit faktisch auf eine dritte Tatsacheninstanz hinausläuft (S. 44 f.).¹²

In das Zentrum der Ausführungen zum Vollstreckungsverfahren (C., S. 48 ff.) stellt *Arslan* die Vollstreckung einer zeitigen Haftstrafe. Erwähnenswert sind hier bedingte Entlassung nach Verbüßung von 2/3 bzw. seit 2020 der Hälfte¹³ der Strafzeit, alternative Vollzugsmethoden (Nacht-, Wochenend- und Hausvollzug) und die unmittelbare Aufnahme in

⁶ *Sözüer* (Fn. 5), S. 307.

⁷ *Sözüer* (Fn. 5), S. 309.

⁸ *Sözüer* (Fn. 5), S. 303.

⁹ *Sözüer* (Fn. 5), S. 304 f.

¹⁰ *Öztürk* (Fn. 3), S. 230; kritisch angesichts der personellen Unterbesetzung *Sözüer* (Fn. 5), S. 306.

¹¹ Näher *Sözüer* (Fn. 5), S. 308.

¹² Siehe auch *Öztürk*, Strafrechtsverfahrensrecht, 13. Aufl. 2019, S. 736 ff.

¹³ Herabsetzung der Mindestverbüßungsdauer durch Gesetz Nr. 7242 v. 15.4.2020.

³ Dazu auch *Öztürk*, in: Sinn/Hauck/Nagel/Wörner (Hrsg.), Populismus und alternative Fakten, (Straf-)Rechtswissenschaft in der Krise? Abschiedskolloquium für Walter Gropp, 2020, S. 211 (215).

⁴ *Arslan*, Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung, 2015, insbesondere S. 545, mit Besprechung *Gropp*, GA 2019, 407.

⁵ *Sözüer*, in: Sinn/Hauck/Nagel/Wörner (Fn. 3), S. 293 (297).

den offenen Vollzug. Gegen staatsanwaltliche Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren können Verurteilte Rechtsschutz beim erkennenden Gericht suchen.

Am Ende der Einführung sieht *Arslan* in einem Ausblick (IV.) den Schwerpunkt der Reformbestrebungen auf der Verhinderung gravierender Rechtsverstöße im Ermittlungsverfahren: „Die strenge Reglementierung des Polizeigewahrsams und die ausdrückliche Regelung verschiedener Ermittlungsmaßnahmen [...] haben dazu beigetragen, groben Menschenrechtsverstößen weitgehend vorzubeugen und den Schutz von Grundrechten unter Wahrung des Gesetzes- und Richtervorbehalts möglichst zu gewährleisten, jedenfalls in Perioden ohne große politische Turbulenzen.“ (S. 52). Die Abschaffung der inquisitorischen Amtsaufklärungspflicht im Gerichtsverfahren sei nicht mit der gerichtlichen Praxis abgesprochen worden und auch rechtsdogmatisch nicht gut begründet. Auch sei ein Mentalitätswechsel dahin nötig, dass der Ort der Wahrheitsfindung allein die Hauptverhandlung ist mit Einflussmöglichkeiten der Verteidigung. Schließlich „kontaminieren die verschärften Vorschriften in Verfahren gegen Terrorverdächtige die Praxis der Justiz erheblich und werden auf Dauer und bei einer breiten Anwendung zur Normalität“ (S. 53).

b) Der Ausnahmezustand lief am 19. September 2018 aus.¹⁴ Am Text der tStPO hat sich seit Ende 2016 nicht viel geändert, weshalb die Übersetzung von *Arslan* noch uneingeschränkt brauchbar ist. Auf folgende Änderungen bis September 2020 sei jedoch hingewiesen:

Durch § 140 A tStPO¹⁵ ist eine Verordnungskompetenz bezüglich der Telefonüberwachung und des Einsatzes technischer Mittel eingeführt worden, die die Anordnungsbefugnis des Richters bei Gefahr im Verzug auf die Staatsanwaltschaft überträgt. Im Falle einer Anordnung der Staatsanwaltschaft muss der Staatsanwalt sie binnen 24 Stunden durch den Richter bestätigen lassen. Hinsichtlich der Untersuchungshaft hat § 58 Gesetz Nr. 7196 vom 6.12.2019 in § 100 tStPO zusätzliche Haftgründe bei Verdacht des Migrantenschmuggels und des Menschenhandels (§§ 79, 80 tStGB) eingefügt. Nach § 102 Abs. 2, 4 und 5 tStPO kann bei bestimmten Strafsachen die Untersuchungshaft bis zu 5 Jahren andauern. Betroffen ist insbesondere der Bereich des Terrorismusverdachts. Nach § 161 Abs. 9 tStPO darf jetzt die Generalstaatsanwaltschaft von Ankara und das örtlich zuständige Gericht für schwere Straftaten gegen einen Abgeordneten, „dem vorgeworfen wird, vor oder nach der Wahl eine Straftat begangen zu haben“, diesbezügliche Ermittlungs- und Strafverfolgungsmaßnahmen einleiten.

§ 188 Abs. 1 tStPO lässt eine Fortsetzung der Hauptverhandlung ohne Verteidiger zu, wenn der Verteidiger ohne jegliche Entschuldigung nicht zur Hauptverhandlung erscheint oder diese verlässt. In der Berufungshauptverhand-

lung ist es nach § 282 Abs. 1 lit. f tStPO in der Fassung des § 28 des Gesetzes Nr. 7188 v. 17.10.2019 möglich, das Verfahren anhand der Vernehmungprotokolle des Angeklagten fortzusetzen und in Abwesenheit zu beenden, wenn der Angeklagte, sein Verteidiger oder Nebenkläger trotz Zustellung der Ladung nicht in der Hauptverhandlung erscheinen. Bei einer höher als die erstinstanzliche Strafe ausfallenden Strafe muss der Angeklagte aber auf jeden Fall vernommen werden.

Unter dem Aspekt der Menschenrechte ist es erfreulich, dass nach § 311 Abs. 1 lit. f tStPO ein durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenes Verfahren auch dann zugunsten des Verurteilten wiederaufgenommen wird, „wenn eine Beschwerde, die sich gegen eine Strafverurteilung richtet und beim EGMR eingelegt wurde, zu einer freundschaftlichen Einigung oder einer einseitigen Erklärung führt und damit die Unzulässigkeit der Beschwerde begründet.“

2. Übersetzung

a) Der Qualität der Übersetzung kommt es zugute, dass *Arslan* ein „Wanderer“ zwischen der Türkei und Deutschland ist: Nach dem Juraexamen an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Ankara 2007 absolvierte er 2008 bis 2010 ein juristisches Masterstudium an der Universität Freiburg, an das sich von 2011 bis 2015 die Promotion¹⁶ bei Ulrich Sieber an der dortigen juristischen Fakultät und eine Mitarbeit als Wiss. Referent am MPI für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg von 2015 bis 2019 anschlossen. Praktische Erfahrungen in einer Rechtsanwaltskanzlei, im Büro eines Bundestagsabgeordneten und praktische Studienzeiten in der badischen Justiz runden das Bild ab. Bis 2020 war *Arslan* Referendar bei der Anwaltskammer in Siirt/Südosttürkei.

Als hochkomplexe Kommunikationssysteme weisen Sprachen sowohl als natürliche als auch als Fachsprachen individuelle Eigenschaften auf, die jede Übersetzung als Quadratur des Kreises und damit unvollkommen erscheinen lassen. Es überrascht daher nicht, wenn *Arslan* auf der Rückseite des Buches bei der Vorstellung der beiden Ziele der Übersetzung – Vollständigkeit und Genauigkeit – vorsichtshalber darauf hinweist, dass ihm die Genauigkeit der Übersetzung „nur bis zu einem gewissen Grad möglich“ gewesen sei. In nicht wenigen Fällen habe es die Verschiedenheit der beiden Sprachen erforderlich gemacht, „auf eine wortwörtliche Wiedergabe zu verzichten und auf eine sinngemäße Übertragung auszuweichen.“ Auf Nachfrage teilt *Arslan* mit, dass z.B. eine wortwörtliche Übersetzung des türkischen „şüpheli“ mit dem deutschen Begriff „Verdächtiger“ aus mindestens zwei Gründen nicht zutreffend sei:

- Erstens gehe es in einer Strafprozessordnung nicht um irgendeinen Verdächtigen, sondern um einen wegen einer „Straftat“ Verdächtigen. Das türkische Wort „şüpheli“ transportiere diesen Aspekt nicht, obwohl die tStPO dies aber meint. In dieser Hinsicht habe die deutsche Entsprechung „Beschuldigter“ den Vorteil, das Wort „Schuld“ zu

¹⁴ Näher Neue Zürcher Zeitung v. 19.7.2018, abrufbar unter <https://www.nzz.ch/international/der-ausnahmezustand-in-der-tuerkei-endet-nach-zwei-jahren-ld.1404731> (4.12.2020).

¹⁵ Hinzugefügt durch § 95 Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft Nr. 696 v. 20.11.2017; ebenso angenommen durch § 90 Gesetz Nr. 7079 v. 1.12.2018.

¹⁶ Siehe oben *Arslan* (Fn. 4).

beinhalten, welches in einem engeren Zusammenhang mit einer Straftat stehe.

- Zweitens beschreibe das Wort „Verdächtiger“/„şüpheli“ eher einen Zustand und keine aktive Zuschreibung seitens der Strafverfolgungsorgane. Gemeint sei in der tStPO aber dennoch der Verdächtige, eigentlich „Verdächtige“, gegen den also die Strafverfolgungsorgane vorgehen. Das Wort „şüpheli“ und dessen deutsche Übersetzung mit „Verdächtiger“ seien aber unzureichend, um auch diesen Bedeutungsinhalt „rüberzubringen“. Das deutsche Wort „Beschuldigter“ impliziere indessen eine entsprechende Zuschreibung. Dies habe ihn, *Arslan*, veranlasst, auf eine wortwörtliche Übersetzung von „şüpheli“ zu verzichten und auf das sinngemäß zutreffende Wort „Beschuldigter“ auszuweichen.

b) Jene Übersetzungstechnik überzeugt und hätte es nahegelegt, bei der Übertragung des Textes in die deutsche juristische Fachsprache auch im Bereich der Allgemeinen Vorschriften zur tStPO und des Ermittlungsverfahrens anstatt des „islamisierenden“ Begriffs des Friedensrichters vom „Ermittlungsrichter“ zu sprechen.¹⁷ Gleiches gilt im Verfahren gegen Abwesende und Flüchtige.¹⁸

Innerhalb der Vorschriften zur Untersuchungshaft findet sich in der tStPO ein eigener Abschnitt, der mit „Justizielle Kontrolle“ überschrieben¹⁹ ist und Möglichkeiten beschreibt, wie die Untersuchungshaft durch weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden kann. Statt einer direkten Übersetzung würden sich die Termini „Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls“ (vgl. § 116 dStPO) oder „Haftverschonung“²⁰ anbieten.

Wenn eine Person nach der vorläufigen Festnahme nicht wieder auf freien Fuß gesetzt wird, bleibt sie in Polizeihaft. Die Übersetzung spricht hier allerdings unspezifisch von „Gewahrsam“.²¹ Über den Antrag des Beschuldigten oder Angeklagten auf Entlassung aus der Untersuchungshaft entscheidet nach § 104 Abs. 3 tStPO das regionale Berufungsgericht (nicht das Regionalgericht). Es bereitet auch die Hauptverhandlung in der Berufung vor (§ 281 Abs. 1 tStPO) und gegen seine Urteile ist Revision gem. § 186 tStPO zulässig.²² Hinsichtlich der Aufhebung richterlicher oder gerichtlicher Beschlüsse oder Urteile, die ohne Berufung oder Revision rechtskräftig geworden sind, aber einen Rechtsverstoß aufweisen, legt das Justizministerium bei der Generalstaatsanwaltschaft beim Kassationshof einen schriftlichen Antrag vor,

¹⁷ Betroffen sind die §§ 74 Abs. 1, 91 Abs. 5, 6, 101 Abs. 1, 103 Abs. 1, 110 Abs. 1, 162 Abs. 1, 163 Abs. 1, 2, 173 Abs. 2, 4 tStPO.

¹⁸ Vgl. § 248 Abs. 1, 5, 6 tStPO.

¹⁹ 1. Buch, 4. Teil, 3. Abschnitt, §§ 109–115 tStPO.

²⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.12.1965 – 1 BvR 563/65 = NJW 1966, 243.

²¹ Betroffen sind die §§ 91 Abs. 1, 3, 4, 7, 92 Abs. 1, 99 Abs. 1, 118 Abs. 2, 141 Abs. 1 lit. b, f, 144 Abs. 1 lit. e tStPO; in der Einführung verwendet *Arslan* allerdings durchgehend den vorzugswürdigen Begriff „Polizeihaft“.

²² Vgl. auch die §§ 293 Abs. 2 und 302 Abs. 1 tStPO.

die Entscheidung durch den Kassationshof aufzuheben. Auch der Generalstaatsanwalt beim Kassationshof kann einen entsprechenden Antrag stellen (§ 310 tStPO).

Während es sich insoweit nur um kleine Ungenauigkeiten handelt, deren Korrektur sich dem aufmerksamen Leser des Textes selbst erschließt, sollte die folgende Übersetzung korrigiert werden: Kommt es zu einer Entschädigung wegen unrechtmäßig erlittener Polizei- oder Untersuchungshaft, so kann nach § 143 Abs. 3 tStPO gegen denjenigen wegen gezahlter Entschädigungen Rückgriff genommen werden, dessen Verleumdung (Übersetzung: Falsche Verdächtigung) zu jener Verhaftung geführt hat. Entsprechendes gilt für die Kostenentscheidung nach § 329 tStPO. Hier wird die Person, die nachgewiesenermaßen eine Straftat vorgetäuscht oder jemanden verleumdet (Übersetzung: falsch verdächtigt) hat, zur Erstattung der daraus entstandenen Kosten verurteilt.

Diese wenigen Anmerkungen ändern selbstverständlich nichts an der hervorragenden Qualität der Übersetzung. Einer Neuauflage sei ihre Berücksichtigung aber anempfohlen.

II. Geschriebenes Recht und gelebte Wirklichkeit am Beispiel der „Rolle“ des Beschuldigten

Die hier vorgelegte Übersetzung der tStPO ist ein „Schlüssel“ für deutschsprachige Juristen zum türkischen Strafverfahren – ein erster Schritt. Denn das Law in the Turkish Criminal Code of Procedure/Türk Ceza Muhakemesi Kanunu ist nur eine Richtschnur für das Law in Action. Gerade unter dem Aspekt der Menschenrechte war und ist diese Diskrepanz augenscheinlich – nicht nur in der Türkei und nicht nur unter den Bedingungen des Ausnahmezustandes. Das Law in the Books und das Vertrauen in dieses Recht gewinnen Kraft erst mit seiner Durchsetzung in der Praxis. Das Verbindlichkeitsversprechen des Rechts bedarf einer „passgenauen Umsetzung“.²³

Die in vielen schönen Gesetzen vielbeschworenen Menschenrechte kommen in der Wirklichkeit in nahezu allen Rechtsordnungen freilich mehr oder weniger unter die Räder. Die Schwachstelle ist vor allem der polizeiliche Zugriff auf den Verdächtigen bzw. Beschuldigten:

Wenn in der Türkei mutmaßliche Gülen-Anhänger verhaftet werden, dann werden sie in Handschellen abgeführt und mit Gewalt – Druck auf den Nacken und Hinterkopf – gezwungen, eine devote gebückte Haltung einzunehmen.²⁴ Die Erziehung der Polizei zu rechtsstaatlichem Verhalten – nicht zuletzt mittels Umsetzung der strengen Beweisverbote in die Praxis – wird in der Türkei nicht ohne Grund als vorrangigste Aufgabe zur Wahrung der Menschenrechte im Strafverfahren angesehen.²⁵ Auch darf die Polizei im Ermittlungsverfahren nur auf Anweisung der Staatsanwaltschaft tätig werden und die Tätigkeiten der Polizei werden unter

²³ *Goerlich*, in: Sinn/Hauck/Nagel/Wörner (Fn. 3), S. 83 (103).

²⁴ Vgl. euronews v. 17.12.2019, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=hb38BUjWBs> (4.12.2020).

²⁵ *Öztürk* (Fn. 12), S. 394 ff.

Aufsicht der Staatsanwaltschaft vorgenommen (Art. 160 ff StPO).²⁶

Nicht erst seit dem Tod von George Floyd bei einem Polizeieinsatz in Minneapolis am 25. Mai 2020 weiß man, dass auch in den USA Verdächtige oft respektlos behandelt werden und selbst dann in Lebensgefahr schweben können, wenn keine Schusswaffen im Spiel sind.²⁷ Deshalb verfolgen Beweisverbote auch in den USA primär den Zweck, die Strafverfolgungsbehörden zu disziplinieren: „The main purpose of the exclusionary rule is deter wrongful conduct by law enforcement.“²⁸

Auch die weiße Weste deutscher Strafverfolgungsorgane ist nicht makellos, man denke nur an die Durchsuchung der Wohnung des damaligen Postchefs Klaus Zumwinkel 2008 als öffentliches Spektakel oder die groß inszenierte Verhaftung einer Sängerin der No Angels 2009.²⁹ Die Gesichter von Verdächtigten und Beschuldigten dürfen zwar ohne Einwilligung nicht veröffentlicht werden, weil dies aber erfahrungsgemäß nicht immer eingehalten wird, mutieren sie in den Medien zu „Monstern“, deren Gesichter durch Aktenordner und Kapuzen ersetzt werden.

Unsere Erwartungen betreffend das Erscheinungsbild und die Körperhaltung von Beschuldigten i.w.S. sind schon so sehr verbildet, dass uns ein respektvoller Umgang mit und ein selbstbewusstes Auftreten von Verdächtigten irritiert: Während eines Forschungsaufenthalts in Gießen 2008 hatte meine (W.G.) amerikanische Kollegin *Shawn Boyne*³⁰ die Möglichkeit, bei der staatsanwaltlichen Vernehmung von Beschuldigten zugegen zu sein. Von einer der Vernehmungen zurückgekehrt berichtete sie an der Professur über ein Ereignis, das man in den USA höchst selten erlebe: als der Untersuchungsgefangene das Vernehmungszimmer betrat, habe ihn der Vernehmungsbeamte mit den Worten empfangen: „Bitte, nehmen Sie Platz!“ Dabei deutete *Boyne* die Geste des Vernehmungsbeamten durch eine Körperbewegung an, die etwas an einen barocken „Kratzfuß“ erinnerte. Wie sehr wir geneigt sind, Beschuldigte in eine Rolle zu drängen, die allenfalls Verurteilten zudedacht ist, zeigte jüngst die Eröffnung des Verfahrens am 16. Juni 2020 vor dem Frankfurter OLG gegen den des Mordes am Kasseler Regierungspräsidenten Walter Lübcke angeklagten Stephan Ernst: Zum Prozess-

auftritt erscheint der Angeklagte im schwarzen Anzug mit weißem Hemd. Von seinen Verteidigern unterscheidet er sich nur durch die fehlende Krawatte.³¹ Sieht so ein Angeklagter aus? Darf er so auftreten? Ja, er darf, solange die Unschuldsvermutung für ihn als Untersuchungsgefangenen gilt.

Den Menschenrechten drohen im Strafprozess Gefahren aber nicht erst durch das „Übersehen“ oder die mangelhafte Umsetzung rechtsstaatlicher gesetzlicher Vorgaben der geschriebenen StPO in die Wirklichkeit, sondern bereits durch Eingriffe in die materielle „Keimbahn“ des Strafrechts: „In den materiell-rechtlichen Voraussetzungen verbergen sich die eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen.“³² Weil immer mehr besondere StPO-Befugnisse auf den Verdacht besonderer Straftaten Bezug nehmen, übertragen sich insoweit die rechtsstaatlichen Defizite des materiellen Rechts unmittelbar auf das Strafverfahren. „End“-lose De-„Fin“-itionen strafbarer Handlungen und entsprechender Vorfeldtatbestände entfalten insoweit ihre rechtsstaatszerstörende Wirkung – man denke nur an Begriffe wie „Terrorismus“ und „Propaganda“³³. Im Fall des türkisch-deutschen Journalisten der „WELT“, Deniz Yücel, hatte dies z.B. zur Folge, dass ein am 23. August 2015 in der „WELT“ veröffentlichtes Interview mit Cemil Bayik, der als Stellvertreter des Anführers der PKK gilt, als Propaganda für eine terroristische Vereinigung bewertet wurde, weil er die PKK als „legitime und politische Organisation“ dargestellt habe – so die Staatsanwaltschaft.³⁴

III. Gelebte Strafrechtswissenschaft: das Freiburger MPI für ausländisches und internationales Strafrecht – Ein Nachruf

1. Forschung am MPI als *cantus firmus* in den Lebensläufen ausländischer Strafrechtler

Das Law in Action erschließt sich nur demjenigen umfänglich, der unmittelbar vor Ort Eindrücke sammeln kann. Dies gilt auch für das rechtsvergleichende Arbeiten. Wem dieser Weg verschlossen ist, der ist auf ein Forum mit vertrauenswürdigen Informationen aus erster Expertenhand angewiesen. Ein solcher Marktplatz des freien Gedankenaustauschs unter Experten war das Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Es bot die Möglichkeit, „sich auf den Dialog mit ganz anders ‚gestrickten‘ Juris-

²⁶ Näher Öztürk (Fn. 12), S. 220 ff.

²⁷ Vgl. Spiegel v. 15.7.2020, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/george-floyd-familie-verklagt-stadt-minneapolis-und-vier-polizisten-a-803c9d4d-6b83-41b3-8ab6-0cc50bf97351> (4.12.2020).

²⁸ *Boyne*, in: Sinn/Hauck/Nagel/Wörner (Fn. 3), S. 19 (31); vgl. auch am 18.5.2011 *Prantl*, SZ v. 18.5.2011, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/dominique-strauss-kahn-unschuldsvermutung-in-handschellen-1.1098715> (4.12.2020).

²⁹ Näher *Prantl* (Fn. 28).

³⁰ *Boyne*, *Shawn Marie*, PH.D., J.D., Professor of Law, Indiana University, Indianapolis, Indiana, seit 1.1.2020 Iowa State University of Science and Technology, Director of Academic Quality and Undergraduate Education.

³¹ hessenschau.de v. 16.6.2020, abrufbar unter <https://www.hessenschau.de/panorama/luebcke-prozess-stephan-ernst-und-markus-h-schweigen-zum-prozessauftritt-mordfall-luebcke-prozessauftritt-100.html> (4.12.2020).

³² *Sinn*, in: Sinn/Hauck/Nagel/Wörner (Fn. 3), S. 259 (271).

³³ Zur Uferlosigkeit der Begrifflichkeiten kritisch bis zynisch *Aykanat*, SZ v. 13.5.2016 („Rätsel der Woche. Was steht im türkischen Anti-Terror-Gesetz?“), abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/raetsel-der-woche-was-steht-im-tuerkischen-anti-terror-gesetz-1.2992859> (4.12.2020).

³⁴ SZ v. 16.7.2020, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/deniz-yuecel-urteil-1.4968954> (4.12.2020).

ten aus anderen Rechtskulturen einzulassen, ohne die Redlichkeit oder auch die Wissenschaftlichkeit ihrer Überlegungen von vornherein zu negieren“, wie es *Thomas Weigend* kürzlich in einem Besprechungsaufsatz zu Hilgendorf (Hrsg.), „Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen“, ausgedrückt hat.³⁵ Es überrascht nicht, dass das MPI wie ein Leitmotiv die Lebensläufe vieler ausländischer Kollegen durchzieht:

Arslan selbst gehört diesem Kreis an, hatte er sich doch auf den Dialog mit ganz anders „gestrickten“ Juristen während der Jahre als Referent am MPI intensiv eingelassen. In diese Zeit fällt auch die Übersetzung der hier besprochenen türkischen Strafprozessordnung.

Die wissenschaftliche Atmosphäre am MPI bezeichnet *Arslan* als „hervorragend“. Insbesondere erwähnt er Kontakte mit Kollegen aus Spanien und der Türkei. Seine Danksagungen an den Institutsdirektor Ulrich Sieber sowie an Feridun Yenisey³⁶ und Silvia Tellenbach³⁷ im Vorwort der Übersetzung sind viel mehr als nur leere Floskeln.

Auch die hier schon zu Wort gekommene Kollegin *Shawn Boyne*³⁸ verbrachte September 2007 bis Mai 2008 als DAAD-Stipendiatin am MPI, um ihre Dissertation³⁹ für die Veröffentlichung zu überarbeiten. Ein zweiter Forschungsaufenthalt schloss sich von September bis Dezember 2010 an.

Mehmet Arslan, *Shawn Boyne* und – stellvertretend für zahlreiche Humboldt-StipendiatInnen am MPI *Bahri Öztürk*⁴⁰ – weisen damit akademische Lebensläufe auf, wie sie Hans-Heinrich Jescheck bei der Konzeption des Instituts vorge-schwebt haben dürften.

2. Die Idee einer großzügigen und unabhängigen Forschungsstätte der gesamten Strafrechtswissenschaft

Jescheck hatte 1953 als Nachfolger des plötzlich mit 44 Jahren am 1. Mai 1953 verstorbenen Adolf Schönke ein Institut übernommen, das Schönke 1938 als Seminar für ausländisches und internationales Strafrecht gegründet und 1947 in ein Universitätsinstitut „für ausländisches und internationales Strafrecht“ überführt hatte.⁴¹ 1966 brachte Jescheck das Insti-

tut in die Max-Planck-Gesellschaft ein und verwirklichte damit einen Plan, den die Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft schon vor dem Krieg gefasst hatte: den bereits existierenden rechtsvergleichenden Kaiser-Wilhelm-Instituten ein Institut für vergleichendes Strafrecht an die Seite zu stellen.⁴²

Mit der Integration der Kriminologie 1970 wurde die „Idee einer großzügigen und unabhängigen Forschungsstätte der gesamten Strafrechtswissenschaft verwirklicht“,⁴³ denn man war der Überzeugung, dass man keine fundierte Rechtsvergleichung ohne Rechtstatsachenforschung betreiben könne. Strafrecht und Kriminologie „könnten gemeinsam am ‚Neubau der Einheit der europäischen Rechtsordnung‘ mitwirken“.⁴⁴ Beim Festakt anlässlich der Emeritierung von Hans-Heinrich Jescheck am 4. Februar 1983 kam der legendäre Praktiker und Kommentator Karl Lackner zu dem Schluss, dass „aus einer bloßen Idee eine Forschungsstätte von Weltgeltung“ geworden sei.⁴⁵

3. Das MPI als Mikrokosmos des Strafrechts

Diese „Weltgeltung“ kam auch in der strafrechtlichen Forschungsgruppe – neben der kriminologischen Forschungsgruppe, der Bibliothek, der Personalverwaltung, dem Schreibbüro und der Technik die personell stärkste Abteilung – strukturell zum Ausdruck. Denn die strafrechtliche Forschungsgruppe war in sog. Länderreferate eingeteilt, die – im Schwerpunkt im 2. OG des Gebäudes untergebracht – im Prinzip wie in einem Mikrokosmos die ganze strafrechtliche Welt abbildeten. Dank der Großzügigkeit der Max-Planck-Gesellschaft waren die Länderreferate mit einer, nicht selten unbefristeten, BAT IIa/Ib-Stelle ausgestattet, die sogar zu einem C3-Äquivalent ausgebaut werden konnte. In das Zentrum der „Alltagsarbeit“ der strafrechtlichen Forschungsgruppe stellte Jescheck die „Pflege des ausländischen Rechts“.⁴⁶ Dieses erstreckte sich von den Rechtsordnungen des europäischen Westens auf den anglo-amerikanischen Rechtskreis, auf Ostasien, weiter auf die Welt der damals sog. „sozialistischen Rechte“ und schließlich auf Afrika, Lateinamerika und die Länder des Islam.⁴⁷ Personalpolitisch hatte Jescheck ein ausgesprochen „glückliches Händchen“: Durch engen Kontakt mit der Freiburger Juristischen Fakultät gelang es ihm immer wieder, exzellente Absolventen für seine Länderreferate zu gewinnen und durch attraktive Arbeitsbedingungen auch auf Dauer zu halten. Dabei kam ihm nicht selten der Umstand zugute, dass – dem Zeitgeist der 70er Jahre entsprechend – Spitzenjuristinnen im Interesse der Familie und der Karriere ihrer Ehemänner auf eine eigene Selbstverwirkli-

trag des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, abrufbar unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht](https://de.wikipedia.org/wiki/Max-Planck-Institut_zur_Erforschung_von_Kriminalitat,_Sicherheit_und_Recht) (4.12.2020).

⁴² Vgl. Max-Planck-Institut (Fn. 41), S. 9.

⁴³ *Leibinger* (Fn. 41), S. 12.

⁴⁴ Jescheck, zit. von *Meyer*, in: Kaiser/Vogler (Fn. 41), S. 112.

⁴⁵ Max-Planck-Institut (Fn. 41), S. 7.

⁴⁶ Max-Planck-Institut (Fn. 41), S. 21.

⁴⁷ Max-Planck-Institut (Fn. 41), S. 22.

³⁵ *Weigend*, GA 2020, 139 (145).

³⁶ Prof. Dr. *Feridun Yenisey*, Bahcesehir-Universität Istanbul.

³⁷ Dr. Dr. h.c. *Silvia Tellenbach*, seit 1984 Leiterin des Referats Türkei, Iran und arabische Staaten am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, vgl.

<https://csl.mpg.de/de/personen/silvia-tellenbach/> (4.12.2020).

³⁸ Siehe oben Fn. 30.

³⁹ *Boyne*, *The German Prosecution Service: Guardians of the Law?*, 2014.

⁴⁰ Siehe oben Fn. ***.

⁴¹ Vgl. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i.Br., 4. Februar 1983, Eigenverlag, S. 10; *Leibinger*, in: Kaiser/Vogler (Hrsg.), *Strafrecht, Strafrechtsvergleichung, Kolloquium im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Freiburg i.Br., aus Anlass des 60. Geburtstags des Direktors Professor Dr. Dr. h.c. Hans-Heinrich Jescheck, 1975, S. 12; Wikipedia-Ein-

chung zu verzichten bereit waren und sich stattdessen höchst erfolgreich der Auslandsrechtskunde und Strafrechtsvergleichung verschrieben.⁴⁸ Während die Referenten insbesondere durch Reisen, Vorträge und Forschung im Ausland die Auslandskontakte anknüpfen und pflegten, richteten sich Einladungen an ausländische Gelehrte zu Forschungsaufenthalten in Freiburg. Das Institut wurde so zum Gastgeber für die strafrechtliche Welt. Die Gäste kamen mit und ohne Familie, sie forschten und genossen die – für deutsche Verhältnisse außergewöhnliche – Gastfreundschaft, zu der auch ein sehr agiler Betriebsrat beitrug: „Wohlfühlen als psychologisches Prinzip“.⁴⁹ Und scheinbar ganz nebenbei – mit oder ohne „Goethetur“ – erlernten die Gäste die deutsche strafrechtliche Fachsprache und ihre Familien die deutsche Umgangssprache. Nicht ohne Grund trägt der 4. Teil des Tagungsbandes zum 50jährigen Jubiläum des Instituts und zum Gedenken an Hans-Heinrich Jescheck und Günther Kaiser mit Beiträgen ausländischer Gäste die Überschrift „Brücken in die Welt“.⁵⁰

Das MPI war aber auch für Gutachten zum ausländischen Recht eine bekannte Adresse, sei es auf Anfragen aus der Justiz, die über das sog. Gutachtenreferat bearbeitet wurden, sei es im Zusammenhang mit Gesetzesvorhaben auf Bundes- und Landesebene.⁵¹

Hans-Heinrich Jescheck war sich 1983 sicher, dass das Institut eine selbständige, von Personen unabhängige Bedeutung erlangt hatte.⁵² Und sein Nachfolger Albin Eser verstand es stets als eine besondere Verpflichtung, das Institut im Geiste Jeschecks fortzuführen.⁵³ Schließlich hielt auch Ulrich Sieber als Nachfolger von Albin Eser – unter Einbeziehung von IT-Elementen – im Prinzip an der von Jescheck geschaffenen Struktur strafrechtlichen Forschens fest.

4. Vom Ende des Instituts und der internationalen Strafrechtswissenschaft nach deutschem Modell

Am 30. März 2020 berichtet die in Freiburg erscheinende Badische Zeitung über das neue Profil des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, mit

⁴⁸ Stellvertretend seien hier *Dr. Barbara Huber*, Referat Großbritannien, Irland, Australien, Kanada, Indien, Südafrika, und *Dr. Dr. h.c. mult. Karin Cornils*, Referat Nordische Staaten erwähnt.

⁴⁹ Skorna, zit. von *Meyer* (Fn. 44), S. 93.

⁵⁰ Sieber (Hrsg.), *Strafrecht in einer globalen Welt, Internationales Kolloquium zum Gedenken an Professor Dr. Hans-Heinrich Jescheck vom 7. bis 8. Januar 2011*. Herausgegeben zum 50-jährigen Bestehen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, am 1. Juli 2016, 2016, S. 101 ff., mit Beiträgen aus Italien, Spanien, Griechenland, Türkei, Russland, Israel, China, USA und Lateinamerika.

⁵¹ Z.B. im Auftrag des BMJ und des Bayerischen Ministeriums der Justiz Gropp (Hrsg.), *Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, 1993.

⁵² Max-Planck-Institut (Fn. 41), S. 31.

⁵³ Max-Planck-Institut (Fn. 41), S. 54.

dem sich auch sein Name geändert habe: „Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht“ mit den neuen Direktoren Ralf Poscher (Öffentliches Recht), Tatjana Hörnle (Strafrecht) und Jean-Louis van Gelder (Kriminologie). Auf den Bruch mit der Tradition seit 1966 angesprochen sieht Tatjana Hörnle keinen Grund, am alten Namen festzuhalten: Die Max-Planck-Gesellschaft, so wird sie in der BZ zitiert, verlange derlei Kontinuität auch nicht. Und über Qualität sage die ja auch gar nichts aus.

Um nicht missverstanden zu werden: Es soll hier keineswegs das fachliche und personelle Konzept⁵⁴ des „neuen“ Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht in Frage gestellt werden, das in seinem Forschungsbereich für exzellente Forschung stehen wird. Was hier indessen scharf kritisiert werden muss, ist die offensichtliche Unbekümmertheit, mit der man ein Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht von Weltgeltung – nach dem am 8. Mai verstorbenen ungarischen Kollegen und Freund *Ferenc Nagy* „das Mekka für die Strafrechtler Europas und der Welt“⁵⁵ – für obsolet erklären zu können glaubte.

Im seinem oben erwähnten Besprechungsaufsatz „Internationale Strafrechtswissenschaft nach deutschem Modell?“⁵⁶ weist *Thomas Weigend* – selbst langjähriger Referent für die USA am Freiburger MPI – in der ihn auszeichnenden Bescheidenheit dem MPI für Strafrecht eher eine Nebenrolle zu, stehend für eine ausgezeichnete Bibliothek, effiziente Organisation, gute Betreuung durch das wissenschaftliche und bibliothekarische Personal, „vor allem aber die Möglichkeit, mit vielen Forschern aus der Welt persönlich Kontakt aufzunehmen“.⁵⁷ Der intellektuelle Einfluss des jeweiligen Institutsdirektors werde von den bei Hilgendorf zu Wort kommenden ausländischen Autoren weniger hervorgehoben als dies etwa hinsichtlich der juristischen Fakultäten in München und Bonn oder auch der „Frankfurter Schule“ der Fall sei.⁵⁸ Freilich droht dabei das Alleinstellungsmerkmal des MPI für Strafrecht etwas aus dem Blickfeld zu geraten. Denn es war gerade Jeschecks Absicht gewesen, dem Institut eine „selbständige, von Personen unabhängige Bedeutung“⁵⁹ zukommen zu lassen. Es ging ihm und seinen Nachfolgern Eser und Sieber gerade nicht um die Durchsetzung (s)einer Philosophie oder Ideologie, nicht um die Gründung einer „Schule“, sondern darum, ein Feld zur Verfügung zu stellen, auf dem begabte Strafrechtler aus aller Welt säen, ernten, diskutieren, sich „wohlfühlen“ und „spielen“ sollten. In diesem Sinne war das MPI für ausländisches und internationales Strafrecht einzigartig und unersetzlich: ein Forum für die Welt des

⁵⁴ Siehe dazu die Homepage des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, abrufbar unter <https://www.mpg.de/151885/kriminalitaet-sicherheit-recht> (4.12.2020).

⁵⁵ *Nagy*, in: *Sinn/Hauck/Nagel/Wörner* (Fn. 3), S. 199.

⁵⁶ *Weigend*, GA 2020, 139.

⁵⁷ *Weigend*, GA 2020, 139 (142).

⁵⁸ *Weigend*, GA 2020, 139 (142).

⁵⁹ Siehe oben Fn. 52.

Strafrechts, ein Marktplatz, dessen lingua franca selbst im 21. Jahrhundert noch Deutsch war. Wenn *Weigend* zu Recht beklagt, dass Deutsch dabei sei, die traditionelle Stellung als Referenzsprache im Strafrecht zu verlieren,⁶⁰ dann wird durch die Abschaffung eines deutschen Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht dazu maßgeblich beigetragen. Diese Fehlentscheidung der Max-Planck-Gesellschaft, die auf Kolloquien mit und bei ausländischen Wissenschaftlern nur mit einem ungläubigen Kopfschütteln kommentiert wird, ist aus international-strafrechtlicher Sicht ein Schuss ins eigene Bein. Als im Laufe des Jahres 2019 mein türkischer Kollege Adem Sözüer⁶¹ meinte, man müsse jetzt ein „Dreisam-Institut“ gründen, welches die Nachfolge des MPI für ausländisches und internationales Strafrecht anzutreten hätte, klang das wie ein Scherz. Aber er hatte Recht!

Aus heutiger Perspektive ist die Übersetzung der türkischen StPO von *Mehmet Arslan* eine Art „letzter Gruß“ aus einer vergangenen und an eine vergangene Welt, in der das „Mekka des Strafrechts“ noch an der Dreisam lag.

⁶⁰ *Weigend*, GA 2020, 139 (144).

⁶¹ Prof. *Dr. Adem Sözüer*, Universität Istanbul, siehe auch *Sözüer*, in: Sinn/Hauck/Nagel/Wörner (Fn. 3), S. 293.

Strafverfassungsrechtliche Anforderungen an die Strafgerichte bei der Tatbestandsauslegung

Von Rechtsanwalt Dr. **Sebastian Bürger**, LL.M. (Auckland), Sindelfingen

Es gibt Entscheidungen, da erinnert man sich an Goethes Worte: „Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter“.¹ So geschehen beim Lesen der Entscheidung des BGH vom 23.7.2019 – 1 StR 433/18.² Die strafverfassungsrechtlichen Implikationen dieses Zitats ergeben sich aus Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot und dem aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Analogieverbot.

I. Strafverfassungsrechtliche Vorgaben des Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG)

Die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den konkreten Fall ist Sache der dafür zuständigen Fachgerichte. Eine verfassungsrechtliche Grenze zieht jedoch das in Art. 3 Abs. 1 GG verortete Willkürverbot. Das Gericht darf hiernach das Recht nicht in einer Weise auslegen oder anwenden, die sich als objektiv willkürlich erweist. Hierzu genügt es noch nicht, dass die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler enthalten. Hinzukommen muss vielmehr, dass diese bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und sich deshalb der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen.³

Daraus wird ersichtlich, dass es jedenfalls bei der Auslegung einer Strafnorm nur in extremen Ausnahmefällen zu einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG kommen wird. Zu unterscheiden von der in Art. 3 Abs. 1 GG zu verortenden Frage der Zulässigkeit der gewählten Auslegung ist die Frage, ob die Begriffsbestimmung überhaupt noch zulässige Auslegung oder nicht bereits eine jenseits dieser Grenzen liegende Analogie darstellt.

II. Strafverfassungsrechtliche Vorgaben des Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG)

Das Bundesverfassungsgericht zeigt in seiner Entscheidung zum Straftatbestand des § 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB (Betreiben einer genehmigungsbedürftigen Anlage i.S.d. Bundes-Immissionsschutzes ohne die nach diesem Gesetz erforderliche Genehmigung)⁴ unter Berufung auf seine bisherige Rechtsprechung auf, welche Anforderungen das verfassungsrechtlich durch Art. 103 Abs. 2 GG determinierte Bestimmtheitsgebot an den Gesetzgeber stellt und welche Zwecke diese Verfassungsnorm verfolgt.

Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so hinreichend konkret zu umschreiben, dass sich Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände aus dem Wortlaut ergeben oder jeden-

falls durch Auslegung ermitteln lassen.⁵ Nur dann kann die Strafnorm überhaupt geeignet sein, den mit ihr verfolgten legitimen Zweck zu erreichen, den Normadressaten zur Befolgung der von der Strafnorm in Bezug genommenen Verhaltensnorm anzuhalten. Insoweit muss der Gesetzgeber bei der Formulierung von Strafnormen den verfassungsrechtlich determinierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einhalten.

Art. 103 Abs. 2 GG richtet sich aber nicht nur an den Gesetzgeber. Das BVerfG betont den doppelten Zweck des Bestimmtheitsgebots. Einerseits sollen die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und in welchem Maße mit Strafe bedroht ist.⁶ Art. 103 Abs. 2 GG hat insoweit eine freiheitsgewährende Funktion. Andererseits soll Art. 103 Abs. 2 GG gewährleisten, dass die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten und dessen Gewicht im Voraus⁷ durch den Gesetzgeber und nicht erst nachträglich von der vollziehenden oder rechtsprechenden Gewalt gefällt wird.⁸ Art. 103 Abs. 2 GG enthält damit einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen.⁹ Insbesondere im Hinblick auf die freiheitssichernde Funktion des Art. 103 Abs. 2 GG korrespondiert mit dem an den Gesetzgeber gerichteten strikten Bestimmtheitsgebot ein an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie.¹⁰

In diesem Sinne schließt Art. 103 Abs. 2 GG freilich eine Verwendung von Begriffen nicht aus, die in besonderem Maße der Deutung bzw. Konkretisierung durch den Richter bedürfen.¹¹ Wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen ist es unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzli-

¹ Goethe, *Zahme Xenien*, 2. Buch.

² BGH NSTZ-RR 2019, 388.

³ BVerfGE 4, 1 (7); 81, 132 (137); 87, 273 (278 f.); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 12.9.1995 – 2 BvR 2475/94 = NJW 1996, 1049; BVerfG, Beschl. v. 9.3.2020 – 2 BvR 103/20, Rn. 64.

⁴ BVerfGE 75, 329 (340 ff.).

⁵ BVerfGE 75, 329 (341), mit Verweis auf frühere Judikate; vgl. weiterhin BVerfGE 8, 274 (307); 80, 1 (20 f.), 106, 1 (19); 113, 167 (269).

⁶ Vgl. auch BVerfGE 75, 329 (341); 126, 170 (195) m.w.N.; BVerfG NJW 2016, 3648 (3649); BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 74.

⁷ Zur Verfassungsmäßigkeit von Rückverweisungsklauseln unter kritischer Betrachtung der Rspr. des BVerfG *Dannecker*, ZIS 2016, 723 (727 ff.).

⁸ BVerfGE 71, 108 (116); 92, 1 (13); BVerfG NJW 2015, 2949 (2954).

⁹ BVerfGE 75, 329 (341); vgl. auch BVerfGE 78, 374 (382).

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15 = NJW 2016, 3648 (3649), zur Verfassungswidrigkeit von § 10 Abs. 1, 3 RiFiEtikettG; hierzu insbes. *Bülte*, BB 2016, 3075; weiterhin: BVerfGE 14, 174 (185); 73, 206 (234); 75, 329 (340); zum Verhältnis von Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot *Kuhlen*, in: *Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen* (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007*, S. 89.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 77 mit zahlreichen weiteren Nachw.

chen Tatbestand fällt oder nicht. Dass Strafnormen in unterschiedlicher Weise ausgelegt werden können oder die strafgerichtliche Verurteilung auf einer Auslegung der Strafnorm beruht, die von früheren gerichtlichen Entscheidungen abweicht, begründet ebenfalls noch keinen Verstoß gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Bestimmtheitsgebot,¹² sondern ist Ausdruck des hermeneutischen Charakters jeder Norminterpretation.¹³

Das BVerfG lässt es insoweit genügen, dass Begriffe ihre konkrete Bestimmtheit erst durch eine gefestigte Rechtsprechung erhalten.¹⁴ Gleichwohl spricht das BVerfG in diesem Zusammenhang zutreffend von „Präzisierung“ durch die Rechtsprechung.¹⁵ Denn jedenfalls im Regelfall muss der Normadressat anhand der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht. Zumindest aber muss er das Risiko einer Ahndung erkennen können.¹⁶ Dabei muss der Gesetzgeber die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso genauer festlegen und präzisieren bestimmen, je schwerer die von ihm angedrohte Strafe ist.¹⁷

Das bedeutet keine Aufweichung des Bestimmtheitsgebots. Vielmehr gibt das BVerfG dem an den Gesetzgeber gerichteten Bestimmtheitsgebot und dem an die Rechtsprechung gerichteten Analogieverbot klare Konturen. Das Bestimmtheitsgebot ist gewahrt, wenn der Gesetzgeber die Grenzen strafbaren Verhaltens hinreichend deutlich gezogen hat, wenn sich das strafbare Verhalten mithin allein aus den unmittelbaren Strafvorschriften und den von diesen in Bezug genommenen Verbots- oder Gebotsnormen bestimmen lässt. Geht die Begriffsbestimmung durch den Strafrichter darüber hinaus, wird die Entscheidung über die Sanktionsbedürftigkeit eines Verhaltens nicht generell-abstrakt durch den Gesetzgeber, sondern durch die rechtsprechende Gewalt für den konkreten Einzelfall getroffen. Das Analogieverbot begrenzt die Deutungshoheit der Rechtsprechung auf den Rahmen, den der Gesetzgeber ihr mit seinem sich aus dem Wortlaut der Norm ergebenden verobjektivierten Willen setzt. Die Auslegung endet an der Grenze des möglichen Wortsinns.¹⁸

¹² BVerfGE 95, 96 (132), BVerfG NJW 1990, 3140; BVerfG NJW 2008, 3205 (3206).

¹³ Etwas anderes kommt freilich dann in Betracht, wenn die frühere Rechtsprechung durch ein „Mindestmaß an Kontinuität einen Vertrauenstatbestand begründen“ konnte, vgl. hierzu BVerfG HRRS 2011 Nr.737; *Dannecker/Schuhr*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 440.

¹⁴ BVerfGE 75, 329 (344).

¹⁵ BVerfGE 75, 329 (345).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 71, 108 (114 f.); 78, 374 (381 f.); 92, 1 (12).

¹⁷ BVerfGE 75, 329 (342); 126, 170 (196); BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 77.

¹⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.11.2009 – 1 BvR 2717/08 = NJW 2010, 754 (755), den Wortsinn als unübersteigbare Grenze bezeichnend; siehe auch *Scheffler*, *JURA* 1996, 505. Vgl. zur Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht auch bereits *Baumann*, *MDR* 1958, 394; ausführlich zu verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auslegung

Das hat zur Folge, dass auch besonders gelagerte Einzelfälle, wenn sie vom Wortlaut nicht erfasst sind, aus dem Anwendungsbereich einer Strafnorm herausfallen müssen, selbst wenn sie ähnlich strafwürdig erscheinen wie das pönalisierte Verhalten. Es ist Ausfluss des strengen Gesetzesvorbehalts, dass der Gesetzgeber entscheiden muss, ob eine Strafbarkeitslücke bestehen bleiben soll oder ob er diese Lücke durch eine neue Regelung schließt.¹⁹ Gibt der Strafrichter damit einem Tatbestandsmerkmal einen Begriffsinhalt, der jenseits des möglichen Wortsinns liegt, so verstößt er gegen den strengen Gesetzesvorbehalt, wie er sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergibt, und verletzt spezifisches Verfassungsrecht.²⁰ Den vorgenannten Maßstäben hält das Urteil des BGH vom 23.7.2019 zur Auslegung des Begriffs des vollautomatischen Gewehres in Nr. 29c der Kriegswaffenliste nicht stand und verletzt Art. 103 Abs. 2 GG.²¹

III. Das Urteil des BGH vom 23.7.2019 – 1 StR 433/18

1. Sachverhalt (*vereinfacht*)

Der Angeklagte bestellte als mit Waffenhandels- und -herstellungserlaubnis versehener Waffenhändler im Jahr 2005 insgesamt 400 Gewehre bei einem iranischen Unternehmen, welches u. a. zur Kriegsführung bestimmte vollautomatische Sturmgewehre des Typs AK 47 Kalaschnikow herstellte. Der Angeklagte ließ die später von ihm in Deutschland unter der Bezeichnung B. 47 vertriebenen Gewehre nach seinen Vorgaben fertigen. Zum einen wurde ein im Vergleich zu einem Originallauf einer AK 47 gleich aussehender, aber zwischen 7 und 10 mm längerer Lauf verbaut, weil das die Mindestlänge für eine Verwendung im Schießsport sei. Diese Abweichung hatte auf die Funktionsfähigkeit der Gewehre keine Auswirkungen. Der Lauf war, wie andere Läufe auch, für Dauerfeuer geeignet. Weitere Teile, die auch im AK 47 verbaut werden, wurden vor dem Zusammenbau derart abgeändert, dass kein Dauerfeuer, sondern lediglich die halbautomatische Abgabe von Einzelschüssen möglich war. 200 der 400 Gewehre ließ der Angeklagte als Repetiergewehre fertigen, sodass nicht einmal eine halbautomatische Schussabgabe

Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren*, 1986; sowie grundlegend auch *Burmeister*, *Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung*, 1966; und *Eckardt*, *Die verfassungskonforme Auslegung*, 1964; weiterhin *Bleckmann*, *JZ* 1995, 685; weiterhin *Canaris*, in: *Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow* (Hrsg.), *Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer*, 2014, S. 141; *Kuhlen*, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, 2006.

¹⁹ Vgl. auch BVerfGE 71, 108 (114 ff.); 73, 206 (234 ff.), 92, 1 (11 ff.); 105, 135 (157).

²⁰ Gleichzeitig stellt eine Auslegung eines strafbegründenden Merkmals jenseits des möglichen Wortsinns einen unverhältnismäßigen Eingriff in die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen des Betroffenen jedenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG dar.

²¹ Überdies liegen auch Verletzungen der Art. 3 Abs. 1, 12 und 14 GG nahe.

möglich war. Die vollautomatische Funktionsfähigkeit konnte nach dem Erwerb von frei verkäuflichen und im Internet für ca. 152 bis 165 € erhältlichen Ersatzteilen für die AK 47 hergestellt werden. Unter anderem im Internet sind entsprechende Videos für den Umbau verfügbar.

69 der 400 Gewehre verkaufte der Angeklagte bis zum 1.9.2010. Von den verbliebenen 331 Gewehren brachte der Angeklagte jeweils eine Musterwaffe der Halbautomatik und des Repetierers zur Postfiliale und versandte sie an das Beschussamt M, um die für das Inverkehrbringen in den Geltungsbereich des WaffG erforderliche Beschussprüfung durchführen zu lassen. Hierauf meldete sich das Beschussamt beim Angeklagten und teilte mit, dass es sich bei den Waffen um Kriegswaffen handeln könne, was derzeit geprüft werde. Die verbleibenden 329 Gewehre übergab der Angeklagte daraufhin am 30.12.2011 an Mitarbeiter eines von ihm beauftragten Frachtspeditionsdienstes, die die Waffen zu einer dem Angeklagten zuzuordnenden Firma in der Schweiz befördern sollte. Nach Abfertigung über das Hauptzollamt S. wurden die Waffen in die Schweiz verbracht und später im inzwischen gegen den Angeklagten geführten Strafverfahren beschlagnahmt.

Nachdem das Beschussamt die zwei Waffen an das LKA Bayern übersandt und dieses die Waffen mit Gutachten vom 30.1.2012 als Kriegswaffen eingestuft hatte, beantragte das LKA Bayern am 30.1.2012 beim BKA Feststellungsbescheide nach § 2 Abs. 5 WaffG. Das BKA blieb zunächst untätig. Erst auf Untätigkeitsklage des Angeklagten hin kam es vor dem Verwaltungsgericht Wiesbaden zu einem Vergleich, aufgrund dessen das BKA am 30.1.2018 zwei Feststellungsbescheide nach § 2 Abs. 5 WaffG erließ, in denen es aussprach, dass beide Waffen keine Kriegswaffen und auch nicht nach dem WaffG verboten seien. Bereits zuvor hatte das Bundesministerium für Wirtschaft und Inneres (BMWi) im Ermittlungsverfahren am 28.7.2015 gegenüber der Staatsanwaltschaft erklärt, dass es sich nach seiner Auffassung bei beiden Waffen nicht um Kriegswaffen handle. Die in der Schweiz gelagerten Waffen wurden im Mai 2015 von der Staatsanwaltschaft zusammen mit dem beauftragten Waffensachverständigen des LKA Bayern begutachtet. Dieser kam in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, dass die Waffen Kriegswaffen seien.

Im Strafverfahren wurde der Sachverständige mehrfach mit der ergänzenden Begutachtung beauftragt. Er war der einzige, der zu dem Ergebnis kam, dass die Waffen Kriegswaffen seien. Die sachverständigen Zeugen, unter anderem des BMWi, kamen hingegen zu dem Ergebnis, dass die Waffen keine Kriegswaffen seien, da es nicht möglich sei, die Waffen durch leicht zu bewerkstellende Ergänzungen von jedermann in vollautomatische Schusswaffen umzubauen.²²

²² So das in Anlehnung an § 13a S. 2 KrWaffKontrG auch vom BGH zugrunde gelegte Prinzip der leichten Herrichtbarkeit (zum Begriff *Pottmeyer*, wistra 1996, 121), wie es der BGH bereits in früheren Entscheidungen (vgl. BGH, Urt. v. 19.2.1985 – 5 StR 780/84, 796/84 = NStZ 1985, 367) bei Einbau von Sicherungsvorkehrungen vertreten hat oder auch bereits das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.12.1983 – 1 WS

Zudem seien die Waffen nicht aus Kriegswaffen hergestellt worden.

Die Übersendung an das Beschussamt (Tat 1) wurde vom LG in erster Instanz als vorsätzliche unerlaubte Beförderung von Kriegswaffen gem. § 22a Abs. 1 Nr. 3 KrWaffKontrG i.V.m. §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 KrWaffKontrG und Teil B V. Nr. 29 lit. c der Anlage zu § 1 Abs. 1 KrWaffKontrG und die Versendung der übrigen 329 Gewehre in die Schweiz (Tat 2) als eine Ausfuhr von Kriegswaffen gem. § 22a Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 KrWaffKontrG i.V.m. §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 KrWaffKontrG und Teil B V. Nr. 29 lit. c der Anlage zu § 1 Abs. 1 KrWaffKontrG mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren geahndet, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Der BGH bestätigte das Urteil.

2. Rechtliche Würdigung des BGH

Die Strafbarkeit des Angeklagten hing entscheidend davon ab, ob die von ihm beförderten bzw. ausgeführten Gewehre Kriegswaffen waren. Der BGH bejahte dies. Nach seiner Auffassung handelt es sich sowohl bei den halbautomatischen Gewehren als auch bei den Repetiergewehren um vollautomatische Gewehre im Sinne der Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste. Hierfür sei es ausreichend, dass eine vollautomatische Schussabgabe nach Umbaumaßnahmen möglich ist. Nach Auffassung des BGH sind Gegenstände, die gattungsmäßig unter die Kriegswaffenliste fallen und deren Funktionstüchtigkeit nicht dauernd und endgültig aufgehoben ist, bei denen die Funktionsstörung vielmehr mit geringem Aufwand und verhältnismäßig einfachen Mitteln von jedermann behoben werden kann, der sich über die Möglichkeit dazu informiert, Kriegswaffen im Sinne des § 1 Abs. 1 KrWaffG. Das sei bei den Waffen des Angeklagten der Fall. Zur Begründung dieser Auffassung beruft sich der BGH auf ein Urteil des 5. *Senats* aus dem Jahr 1985²³ und einen Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2002.²⁴

IV. Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG

Mit dieser rechtlichen Bewertung überschreitet der BGH den möglichen Wortsinn des Merkmals Kriegswaffe. Seine Auslegung verletzt das aus dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG folgende Analogieverbot.

1. Begriffsbestimmung über Positivliste

Kriegswaffen im Sinne des Tatbestands des § 22a Abs. 1 KrWaffKontrG sind nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 KrWaffKontrG „zur Kriegsführung bestimmte Waffen“. Das Gesetz verweist hierzu auf die in der Anlage zum KrWaff-

1053 - 1055/83 = NStZ 1987, 565, oder das OLG München, Beschl. v. 28.9.1992 – 1 Ws 534-536/92, 1 Ws 757-759/92 = NStZ 1993, 243, bei der Frage angewandt haben, inwieweit eine in Einzelteile zerlegte Kriegswaffe noch dem Kriegswaffenbegriff unterfalle.

²³ BGH, Urt. v. 19.2.1985 – 5 StR 780/84, 796/84 = NStZ 1985, 367.

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 9.1.2002 – 2 BvR 2142/01 = AW-Prax 2003, 309.

KontrG (Kriegswaffenliste) aufgeführten Gegenstände. Es handelt sich insoweit um einen Blanketttatbestand. Die Positivliste legitimiert und limitiert damit die Strafbarkeit – vergleichbar den Anlagen I bis III zum BtMG. Die Rechtsanwendung wird hierdurch erleichtert, da anstelle einer Subsumtion unter einen materiellen Kriegswaffenbegriff lediglich ein Abgleich erforderlich ist, ob die konkrete Waffe auf der Kriegswaffenliste aufgeführt ist. Eine Kriegswaffe ist daher zunächst eine solche, die in ihrem gegenwärtigen Zustand in der Kriegswaffenliste genannt wird. Das traf auf die Waffen des Angeklagten jedoch nicht zu.

2. Erstreckung auf vorübergehenden Verlust von Begriffsmerkmalen

In einer früheren Entscheidung hatte der 5. Senat darüber hinaus, wie der BGH zutreffend ausführt, anerkannt, dass eine Waffe auch dann noch unter den Begriff der Kriegswaffe fällt, wenn sie so verändert wurde, dass sie aktuell zwar *nicht mehr* Kriegswaffe ist, aber durch einfache Umbauarbeiten wieder zu einer solchen werden kann.²⁵ In der in Bezug genommenen Entscheidung ging es um Waffen, die für eine Armee konstruiert worden waren, bei denen aber ein eingebauter Sicherungshügel die Abgabe von Dauerfeuer verhinderte. Dauerfeuer konnte allein dadurch ermöglicht werden, dass der Sicherungshügel mit einer Feile abgeflacht wird. Tragend war für den BGH in der angeführten Entscheidung:

„Eine solche Waffe verliert diese Eigenschaft nicht schon dadurch, daß bei ihr Vorrichtungen eingebaut sind, die zwar ihre volle Funktionstüchtigkeit zunächst behindern, aber mit geringem Aufwand und verhältnismäßig einfachen Mitteln von jedermann beseitigt werden können, der sich über die Möglichkeit dazu informiert.“²⁶

Das BVerfG hat in seinem vom BGH angeführten Beschluss vom 9.1.2002 bestätigt, dass ein solches Begriffsverständnis sich noch in den Grenzen der nach Art. 103 Abs. 2 GG noch möglichen Auslegung hält. Zweifel waren – und sind – jedoch angebracht, weil das System der Positivliste im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG eine erhöhte Klarheit schafft und damit der Rechtssicherheit dient, im Gegenzug aber den Gesetzgeber besonders fordert, Strafbarkeitslücken zu schließen.

3. Gleichsetzung mit der Möglichkeit des Erwerbs zwingender Begriffsmerkmale

Der BGH stützt sich zwar auf die genannten Entscheidungen. Er geht mit seinem Begriffsverständnis jedoch weit über diese Auslegung hinaus. Ein vollautomatisches Gewehr nach Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste soll allgemein ein Gewehr sein, das mit geringem Aufwand und verhältnismäßig einfachen Mitteln von Jedermann so umgebaut werden kann, dass eine vollautomatische Schussabgabe möglich ist. Das Gewehr

muss damit nicht zunächst als vollautomatisches Gewehr hergestellt worden sein. Eine solches auf der sog. Bausatztheorie²⁷ aufbauendes Begriffsverständnis verletzt den bei der Auslegung von Strafnormen zu beachtenden verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG. Der BGH setzt in unzulässiger Weise die Wiederherstellung eines zunächst als Kriegswaffe nach der Kriegswaffenliste einzuordnenden Gegenstands mit der Möglichkeit, einen Gegenstand, der nicht auf der Kriegswaffenliste steht, zu einem solchen umzubauen, gleich. Das ist keine konkretisierende Spezifizierung mehr, die als verfassungsrechtlich im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG noch zulässige Spezifizierung der strafbegründenden Merkmale angesehen werden kann, wie sie das BVerfG in anderen Bereichen für zulässig erachtet.²⁸ Es ist eine noch weitergehende Ausweitung des Begriffs der Kriegswaffe als sie bereits in der Gleichsetzung von Bauteilen mit einer vollständig zusammengesetzten Kriegswaffe liegt.²⁹ Es ist keine zulässige Auslegung, sondern analoge Anwendung.

4. Außerachtlassung der gesetzlich angeordneten Ausnahmen

Das gilt vor allem deswegen, weil die halbautomatischen Gewehre des Angeklagten bereits unter Nr. 29 lit. d Kriegswaffenliste fallen. Allein deswegen können sie nicht zugleich unter Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste subsumiert werden. Hinzu kommt, dass sie in ihrer halbautomatischen Version als Jagd- und Sportwaffen gem. Nr. 29 lit. d Kriegswaffenliste vom Begriff der Kriegswaffe ausgenommen sind.

Jagd- und Sportgewehre definieren sich nicht über spezifische Waffeneigenschaften, sondern über die Art des Einsatzes, zu dem sie bestimmt sind. Das ergibt sich aus Nr. 1.1 der Anlage 1 zu § 1 Abs. 4 WaffG. Die Zweckbestimmung entscheidet daher, ob eine Waffe Jagd- und Sportwaffe ist. Ist sie das, dann handelt es sich nicht um eine Kriegswaffe. Da es auf die Zweckbestimmung ankommt, spielt die Frage der Umbaumöglichkeit keine Rolle.

5. Außerachtlassung der begriffsimmanenten Zweckbestimmung

Zudem kann ein halbautomatisches Gewehr aus weiteren Gründen nicht allein aufgrund der Umbaumöglichkeit in ein vollautomatisches Gewehr als Kriegswaffe im Sinne der Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste angesehen werden, sodass eine solche Bewertung gegen das Analogieverbot verstößt. Zum einen ist eine vollautomatische Waffe nicht gleichzusetzen mit einer Kriegsschusswaffe nach Nr. 29 Kriegswaffenliste. Das ergibt sich aus der Kategorisierung in Abschnitt 3 der Anlage 1 zu § 1 Abs. 4 WaffG. Dort sind Kriegsschusswaffen unter 1.1 gesondert neben vollautomatischen Schusswaffen

²⁷ Hierzu *Pottmeyer*, *wistra* 1996, 121.

²⁸ Vgl. etwa BVerfG, *Beschl. v. 4.5.1997 – 2 BvR 509/96*, 2 BvR 511/96 = *NStZ-RR* 1997, 342 (343); BVerfG, *Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15 = BVerfGE* 143, 38 (58); hierzu auch BGH, *Beschl. v. 7.8.2018 – 3 StR 345/17 = NStZ-RR* 2019, 86 (87).

²⁹ Kritisch hierzu bereits *Pottmeyer*, *wistra* 1996, 121 (122).

²⁵ BGH, *Urt. v. 19.2.1985 – 5 StR 780/84, 796/84 = NStZ* 1985, 367.

²⁶ BGH *NStZ* 1986, 367.

unter 1.2 aufgeführt. Zum anderen ist das KrWaffKontrG das Ausführungsgesetz zu Art. 26 Abs. 2 GG. Art. 26 Abs. 2 GG setzt tatbestandlich aber Waffen, die zur Kriegsführung bestimmt sind, voraus. Diese Zweckbestimmung ist daher auch bei der Auslegung der Begrifflichkeiten des KrWaffKontrG zu beachten. Waffen, die nicht zur Kriegsführung bestimmt sind, können keine Kriegswaffen sein.³⁰ Das KrWaffKontrG kann auf sie keine Anwendung finden. § 1 Abs. 1 KrWaffKontrG enthält diese Begriffsbestimmung ebenfalls. Sie wird nur dadurch verwässert, dass sich nach dem Wortlaut der Norm auch die Zweckbestimmung zur Kriegsführung allein aus der Aufnahme eines Gegenstands in die Kriegswaffenliste ergibt.

Ein solches Verständnis vom Zusammenspiel von § 22a Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 KrWaffKontrG und der Kriegswaffenliste widerspricht jedoch den Anforderungen an Art. 103 Abs. 2 GG, wie sie das BVerfG für Blankettstrafnormen herausgearbeitet hat. In ständiger Rechtsprechung betont das BVerfG:

„Legt die Blankettstrafnorm nicht vollständig selbst oder durch Verweis auf ein anderes Gesetz fest, welches Verhalten durch sie bewehrt werden soll, sondern erfolgt dies erst durch eine nationale Rechtsverordnung, auf die verwiesen wird, müssen daher nach Art. 103 Abs. 2 GG und – soweit Freiheitsstrafe angedroht wird – iVm Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aufgrund des Gesetzes und nicht erst aufgrund der hierauf gestützten Rechtsverordnung vorhersehbar sein“.³¹

Für die Aufnahme von Gegenständen in die Kriegswaffenliste muss aber die Bestimmung (nicht Eignung!) zur Kriegsführung gegeben sein. Gegenstände, die diese Bestimmung nicht haben, sind daher von der Kriegswaffenliste wieder zu entfernen. Die Kriegswaffenliste dient insoweit der Spezifizierung des in Art. 26 GG verwendeten Kriegswaffenbegriffs.

6. Systematik des KrWaffG zu Herstellen und Verlust der Kriegswaffeneigenschaft

Zudem ergibt sich aus § 13a KrWaffKontrG, dass der Begriff der Kriegswaffe nicht auch Waffen erfassen kann, die nur zu einer Kriegswaffe, wie sie in der Kriegswaffenliste aufgeführt ist, umgebaut werden können, ohne dass sie zu einem früheren Zeitpunkt einmal eine Kriegswaffe waren. Denn aus der Definition der unbrauchbar gemachten Kriegswaffe in § 13a KrWaffKontrG als eine Kriegswaffe, die durch technische Veränderungen endgültig die Fähigkeit zum bestimmungsgemäßen Einsatz verloren hat und nicht mit allgemein gebräuchlichen Werkzeugen wieder funktionsfähig gemacht werden kann, ergibt sich, dass der Begriff der Kriegswaffe

die Fähigkeit zur Kriegsführung voraussetzt, mithin die bloße Möglichkeit, diese Fähigkeit durch Umbau zu erreichen, nicht genügt. Das KrWaffKontrG erfasst damit nur echte Kriegswaffen und unbrauchbar gemachte Kriegswaffen. Und ausgehend von § 13a KrWaffKontrG sind Kriegswaffen, die nur vorübergehend die Fähigkeit zum bestimmungsgemäßen Einsatz verloren haben und nicht mit allgemein gebräuchlichen Werkzeugen wieder funktionsfähig gemacht werden können, nicht als unbrauchbar gemachte, sondern als echte Kriegswaffen anzusehen.

Überdies stellt sich die Frage, wie diejenigen zu bestrafen sein sollen, die tatsächlich die Waffen so umbauen, dass sie die Eigenschaften einer Kriegswaffe nach Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste haben, wenn die Waffen in ihrem umbaufähigen Zustand bereits dem Begriff der Kriegswaffe unterfallen. Die eigens in § 22a Abs. 1 Nr. 1 KrWaffKontrG unter Strafe gestellte Herstellung von Kriegswaffen, die gerade die Fälle erfassen soll, in denen Kriegswaffen (wieder) funktionsstüchtig gemacht werden,³² würde diese Fälle nicht mehr erfassen können. Denn wenn bereits eine Kriegswaffe vorliegt, kann sie nicht mehr „hergestellt“ werden.

V. Fazit

Das Instrument, mit dem der Gesetzgeber seinen nach Art. 103 Abs. 2 GG maßgeblichen Entscheidungswillen in die Fallentscheidung verlängern kann, ist das Wort. Art. 103 Abs. 2 GG ist mithin jedenfalls dann verletzt, wenn die Auslegung die Grenze des möglichen Wortsinns überschreitet. Das ist vorliegend der Fall. Der BGH hat die Grenzen der nach Art. 103 Abs. 2 GG noch zulässigen Auslegung überschritten, indem er halbautomatische Gewehre im Sinne der Nr. 29 lit. d Kriegswaffenliste, die zu vollautomatischen Gewehren umgebaut werden können, unabhängig von dem begriffsimmanenten Zweck „zur Kriegsführung bestimmt“ als vollautomatische Gewehre im Sinne der Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste angesehen hat. Diese rechtliche Gleichsetzung wirkt strafbegründend, da im Rahmen der Nr. 29 lit. c Kriegswaffenliste Jagd- und Sportwaffen nicht vom Kriegswaffenbegriff ausgenommen sind, wie das in Nr. 29 lit. d Kriegswaffenliste der Fall ist.

Unter den Begriff des vollautomatischen Gewehrs kann nach dem Wortsinn allenfalls noch ein solches halbautomatisches Gewehr fallen, das seine Eigenschaft als vollautomatisch nur vorübergehend verloren hat. Das aber setzt zweierlei voraus: Zum einen muss das Gewehr in der Vergangenheit einmal vollautomatisch gewesen sein. Das war unstreitig nicht der Fall. Zum anderen muss diese Eigenschaft ohne größeren Aufwand wiederherstellbar sein.³³ Inwieweit der Strafrichter das eigenständig beurteilen darf, wenn bereits ein allgemeinverbindlicher Feststellungsbescheid des BKA vorliegt, ist eine weitere Frage, die sich bei der Entscheidung des BGH stellt, auf die es in diesem Beitrag jedoch nicht mehr ankommen soll.

³⁰ Vgl. die insoweit vergleichbaren Ausführungen des BVerfG zur Spezifizierung des Betäubungsmittelbegriffs durch die Anlagen I bis III zum BtMG, BVerfG, Beschl. v. 4.5.1997 – 2 BvR 509/96, 2 BvR 511/96 = NSTz-RR 1997, 342 (343).

³¹ BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 83 m.w.N.

³² Vgl. Lampe, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 228. Lfg., Stand: Januar 2020, KrWaffG § 22a Rn. 3.

³³ Hierzu bereits BVerfG, Beschl. v. 9.1.2002 – 2 BvR 2142/01.

Zurückweisungen von Migranten durch zivile Schiffe auf See

Eine strafrechtliche Perspektive

Von Wiss. Mitarbeiterin **Johanna Hahn**, Leipzig, Wiss. Mitarbeiter **Valentin J. Schatz**, Hamburg*

The article analyzes the phenomenon of push-backs of migrants and refugees rescued in the Mediterranean to Libya carried out by non-governmental vessels (so-called privatized push-backs). It does so from the perspective of German criminal law with respect to vessels flying the German flag. The article first provides an overview of the factual and legal background that has given rise to the phenomenon of privatized push-backs (including by vessels of German ship-owners), before turning to the issue of resistance by rescued migrants and refugees facing such illicit push-backs. The issue is illustrated by three relevant examples involving the vessels Vos Thalassa, Nivin and El Hiblu 1. Next, the article examines the role of the prohibition of refoulement under the European Convention on Human Rights in the context of privatized push-backs, which does not directly apply to the conduct of private actors, but which is relevant to the interpretation and application of national criminal law. Against this background, the article analyzes the criminal liability of crew members of vessels involved in push-backs of migrants and refugees to Libya, concluding that such conduct may constitute criminal abandonment (“Aussetzung”) pursuant to Section 221 (1) of the German Criminal Code. Finally, the article addresses the question of whether (violent) resistance by rescued migrants and refugees facing illicit push-backs may result in criminal liability. It shows that such conduct may constitute an attack on maritime traffic pursuant to Section 316c (1) of the German Criminal Code, but also that – in the vast majority of cases – this conduct would be justified either as self-defense under Section 32 or due to necessity under Section 34 of the German Criminal Code. The article concludes that while German Criminal Law is in principle able to address privatized push-backs, the current factual situation leaves private actors – both commercial and activist – with an unacceptable burden and legal risk.

I. Einleitung

Der Umgang mit Migration und Flucht von Menschen aus Libyen auf dem Seeweg über das zentrale Mittelmeer nach Europa wirft nach wie vor wichtige politische und rechtliche Fragen auf. Eine rechtliche Thematik, die jedenfalls in Deutschland noch einer genaueren Untersuchung bedarf, ist die strafrechtliche Beurteilung von Zurückweisungen aus Seenot geretteter Migranten¹ nach Libyen durch die Besat-

zungen ziviler Schiffe (sog. privatized push-backs).² Für auf deutschen Schiffen außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets begangene Taten ergibt sich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts aus § 4 StGB.³ Diese Norm macht für das deutsche Strafrecht vom seevölkerrechtlichen Flaggenprinzip als Anknüpfungspunkt für staatliche Hoheitsgewalt Gebrauch, das in Art. 92 Abs. 1 SRÜ normiert ist.⁴ Die Problematik von privatized push-backs ist, wie die Fälle der Vos Thalassa, der Nivin und der El Hiblu 1 zeigen, keinesfalls rein hypothetisch, zumal auch Schiffe unter deutscher Flagge betroffen sein können (II).⁵ Gerade NGOs, die mit solchen Schiffen

der. – Die Verfasser danken *Julia Trinh*, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Kriminalwissenschaften (Prof. Dr. Heghmanns) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, *Tobias Gafus*, Redakteur beim Verfassungsblog, sowie *Nassim Madjidian*, wissenschaftliche Mitarbeiterin, *Christopher Janz* und *Rahel Schwarz*, wissenschaftliche Hilfskräfte, alle am Lehrstuhl für internationales Seerecht und Umweltrecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht (Prof. Dr. Alexander Proelß) an der Universität Hamburg.

¹ Dieser Beitrag verwendet den Begriff „Migrant“ in Anlehnung an das Begriffsverständnis der International Organization for Migration (IOM) als Überbegriff, der auch Geflüchtete einschließt; vgl. IOM, Who is a migrant?, abrufbar unter <https://www.iom.int/who-is-a-migrant> (3.11.2020).

² Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags*, Ausarbeitung: Seenotrettung durch nicht-staatliche Akteure im rechtlichen Spannungsfeld zwischen „pull-back“-Operationen der libyschen Küstenwache und dem Refoulementverbot, WD 2 - 3000 - 014/20, 3. März 2020, S. 21 f.

³ Siehe allgemein: *Ambos*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4 Rn. 5–8; *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 4 Rn. 2; *Roitsch*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 2; siehe auch *Kolb/Neumann/Salomon*, ZaöRV 2011, 191; *Salomon*, DRiZ 2012, 307. Auf detaillierte Ausführungen zum Flaggenprinzip und seinem Verhältnis zur zonal bestimmten Strafgewalt der Küstenstaaten wird an dieser Stelle verzichtet. Siehe dazu etwa: *Proelß/Hofmann*, in: Hauck/Peterke (Hrsg.), International Law and Transnational Organised Crime, 2016, S. 422 ff.; sowie die Beiträge in *Papastavridis/Trapp* (Hrsg.), Crimes at Sea/La Criminalité en Mer, 2014.

⁴ Vgl. *Ambos* (Fn. 3), § 4 Rn. 5; *Eser/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 4 Rn. 1 f.

⁵ Freilich wäre es allenfalls von akademischem Interesse, eine Problematik aus Sicht des deutschen Strafrechts zu analysieren, bei der Anwendungsfälle praktisch ausgeschlossen werden können – wie etwa die medial viel beachtete Einfahrt der Sea-Watch 3 unter Kapitänin Carola Rackete in den Hafen von Lampedusa am 29. Juni 2019, die sich nach italienischem

* Die Verfasserin *Hahn* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienstrafrecht (Prof. Dr. Elisa Hoven) an der Universität Leipzig. Der Verfasser *Schatz* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für internationales Seerecht und Umweltrecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht (Prof. Dr. Alexander Proelß) an der Universität Hamburg. Er berät zudem die Rettungsorganisation Sea-Eye in rechtlichen Fragen der zivilen Seenotrettung. Dieser Beitrag gibt allein seine persönliche Auffassung wie-

Seenotrettung betreiben und daher oft Migranten an Bord nehmen, sind auf Rechtssicherheit bei der Frage der Auswahl eines Zielhafens angewiesen, zumal sie oft ausdrücklich oder implizit zur Rückführung geretteter Menschen aufgefordert werden. Dass Deutschland als Vertragspartei der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁶ keine solchen Zurückschiebungen mit staatlichen Schiffen durchführen dürfte, darf nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum sog. Refoulement-Verbot als geklärt gelten (III.).⁷ Schwieriger zu beurteilen sind die hier in Rede stehenden Zurückschiebungen durch zivile Schiffe, da sich die Wertungen des Refoulement-Verbots, das sich nicht unmittelbar an Private richtet, nicht ohne Mühe im deutschen Strafrecht abbilden lassen (IV.). Eine besondere dogmatische Herausforderung stellt schließlich die Frage dar, ob die Systematik der Rechtfertigungsgründe des deutschen Strafrechts das für Deutschland geltende Verbot abbilden kann und ob ein Staat seine Strafgewalt gegen Personen in Ansatz zu bringen vermag, die sich gegen rechtswidrige Zurückschiebungen durch zivile Schiffe zur Wehr setzen (V.).

II. Problematik der Zurückschiebungen durch zivile Schiffe

Nach dem fast vollständigen Abzug europäischer staatlicher Rettungskapazitäten aus dem zentralen Mittelmeer⁸ im Rah-

Recht beurteilt. Siehe aber *Lenk*, *ZaöRV* 2019, 713, der den Fall im Lichte des deutschen Strafrechts darstellt, ohne auch nur auf das allein anwendbare italienische Recht einzugehen. Für eine Bestandsaufnahme des auf solche Fälle anwendbaren italienischen (Straf-)Rechts, siehe *Oellers-Frahm*, *AVR* 2019, 345; *Schatz/Fantinato*, *The International Journal of Marine and Coastal Law* 35 (2020), 740 m.w.N. auch zur italienischen Rechtsprechung und Literatur. Siehe zur jüngsten Rechtsprechung im Fall *Rackete Freudenberg/Mauer Schöler/Goldoni*, *Verfassungsblog* v. 11.3.2020, abrufbar unter

<https://verfassungsblog.de/the-island-of-hope-in-a-sea-of-misery/> (3.11.2020); *Oellers-Frahm*, *AVR* 2020, 337.

⁶ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (angenommen am 4.11.1950, in Kraft getreten am 3.9.1953), abrufbar unter <https://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts> (3.11.2020).

⁷ Siehe nur EGMR (Große Kammer), Urt. v. 23.2.2012 – 27765/09 (*Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*).

⁸ Auch Schiffe der deutschen Marine waren – insbesondere im Rahmen der EUNAVFOR MED Operation Sophia – vielfach in die Rettung von Migranten im zentralen Mittelmeer involviert. Siehe dazu:

<https://www.operation sophia.eu/> (3.11.2020). Die neue EUNAVFOR-MED-Operation IRINI wird ein engeres Mandat und Einsatzgebiet haben, das Seenotrettung faktisch ausschließt. Siehe Council Decision on a European Union military operation in the Mediterranean (EUNAVFOR MED IRINI), 31 March 2020, abrufbar unter

men der zunehmend restriktiven Migrationspolitik der EU ist dort ein Vakuum an staatlicher Wahrnehmung von Rettungsaufgaben entstanden.⁹ Nach Angaben des United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) sind im Jahr 2019 123.663 Menschen auf dem Seeweg (und teilweise auf dem Landweg) über die Mittelmeerroute nach Europa gelangt, während 1.319 Personen als auf der Überfahrt vermisst oder verstorben registriert sind.¹⁰ Für das Jahr 2020 meldet UNHCR bisher 88.553 Ankünfte über den Seeweg und 902 Tote oder Vermisste.¹¹ Das entstandene Vakuum staatlicher Seenotrettung rückt die Rolle nichtstaatlicher Akteure in den Vordergrund.

Alle Schiffe bzw. deren Besatzungen sind zur Hilfeleistung in Fällen von Seenot verpflichtet. Insoweit gibt es zunächst eine völkerrechtliche Verpflichtung aller Flaggenstaaten, durch ihr nationales Recht und dessen Durchsetzung dafür zu sorgen, dass Schiffe unter ihrer Flagge in Fällen von Seenot Hilfe leisten.¹² Die völkerrechtliche Pflicht zur Seenotrettung richtet sich also grundsätzlich nicht unmittelbar an Private, sondern muss erst durch entsprechende Regelungen

<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6414-2020-INIT/en/pdf> (3.11.2020).

⁹ Siehe zur maritimen Komponente der Externalisierung der Migrationskontrolle der EU im zentralen Mittelmeer durch die Unterstützung Libyens bei gleichzeitigem Abzug eigener Rettungskapazitäten etwa *Ghezalbash/Moreno-Lax/Klein/Opeskin*, *International & Comparative Law Quarterly* 67 (2018), 315; *Moreno-Lax*, *Journal of Common Market Studies* 56 (2018), 119; *Fantinato*, in: *Cataldi/Liguori/Pace* (Hrsg.), *Migration in the Mediterranean Area and the Challenges for „Hosting“ European Society*, 2017, S. 195 (209 ff.).

¹⁰ UNHCR, *Mediterranean Situation*, abrufbar unter <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean> (8.12.2020).

¹¹ UNHCR, *Mediterranean Situation* (Fn. 10).

¹² Art. 98 der United Nations Convention on the Law of the Sea (angenommen am 10.12.1982, in Kraft getreten am 16.11.1994); siehe dazu *Guilfoyle*, in: *Proelß* (Hrsg.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, 2017, UNCLOS Art. 98 Rn. 7–12. Diese Verpflichtung findet sich – teilweise in konkretisierter Form – auch in anderen völkerrechtlichen Regelwerken. Siehe etwa Regel 33 der International Convention for the Safety of Life at Sea (angenommen am 1.11.1974, in Kraft getreten am 25.5.1980); Art. 10 der International Convention on Salvage (angenommen am 28.4.1989, in Kraft getreten am 14.7.1996). Diese Verpflichtung ist zudem als Regel des Völkergewohnheitsrechts anerkannt, siehe dazu *Papanicolopulu*, *International Review of the Red Cross* 98 (2016), 491 (501); *dies.*, *International Law and the Protection of People at Sea*, 2018, S. 189; *Ghezalbash/Moreno-Lax/Klein/Opeskin*, *International & Comparative Law Quarterly* 67 (2018), 315 (322 f.) m.w.N.; *Gombeer/Fink*, *Maritime Safety and Security Law Journal* 4 (2018), 1 (3) m.w.N.; UNHCHR, *Joint Communication from Special Procedures*, 15.5.2019, S. 3, abrufbar unter <http://www.statewatch.org/news/2019/may/un-it-sr-letter-directive-sar-libya-human-rights-5-19.pdf> (3.11.2020).

des nationalen Rechts für diese anwendbar gemacht werden. Ein Unterlassen von Hilfeleistung in Fällen von Seenot kann im deutschen Recht beispielsweise im Rahmen von § 323c Abs. 1 StGB strafrechtlich und im Falle einer Zuwiderhandlung gegen Anordnungen einer Seenotleitstelle (Maritime Rescue Coordination Centre [MRCC]) nach §§ 2 Abs. 1 i.V.m. 10 Abs. 1 Nr. 1 SeeFSichV als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

Zivile Schiffe, die dieser Pflicht im zentralen Mittelmeernachkommen und in Seenot geratene Migranten retten, finden sich häufig in einer schwierigen Situation wieder. Sie müssen die Geretteten zwar unstreitig an einen sicheren Ort verbringen.¹³ Im Kontext der Migration über die Mittelmeerroute ist aber politisch und rechtlich umstritten, welcher Ort bzw. Staat hierfür auszuwählen ist und ob damit eine Pflicht von bestimmten Hafenstaaten zur Duldung einer Ausschiffung der Migranten verbunden ist.¹⁴ Zivile Schiffe – also etwa die Schiffe von zivilen Rettungsorganisationen und Handelsschiffe – können regelmäßig zunächst mit keiner Unterstützung durch Italien und Malta rechnen, sondern müssen vielmehr sogar mit abschreckenden Maßnahmen wie wochenlangen Hafensperrungen, Bußgeldern, Festsetzungen von Schiffen und Strafverfahren gegen Besatzungsmitglieder rechnen.¹⁵

Von diesen Maßnahmen sind besonders zivile Seenotrettungsorganisationen betroffen, die sich weigern, Zurückschiebungen durchzuführen. Zivile Seenotrettung wird vielfach auch durch deutsche Organisationen betrieben, die sich zu diesem Zweck zusammengeschlossen haben. Die von diesen Organisationen eingesetzten Schiffe führen anfangs meist nicht unter deutscher Flagge, sondern unter der Flagge anderer Staaten (insbesondere der Flagge der Niederlande). Mittlerweile werden aber auch vermehrt Schiffe unter deut-

scher Flagge eingesetzt. Hier sind etwa die Alan Kurdi von Sea-Eye, die Sea-Watch 3 und 4 von Sea-Watch (letztere gemeinsam mit dem unter anderem von der evangelischen Kirche getragenen Bündnis United4Rescue¹⁶) und die Eleonore von Mission Lifeline zu nennen. Deutsche Rettungsschiffe werden bei Rettungen innerhalb der libyschen Search and Rescue Region (SRR) regelmäßig vom zuständigen MRCC dazu aufgefordert, die Geretteten entweder auf See an die libysche Küstenwache zu übergeben oder in einen libyschen Hafen zu bringen.¹⁷ Soweit ersichtlich ist bisher keine NGO diesen Anweisungen nachgekommen. Umso wichtiger ist für die Position der NGOs eine Klarstellung der strafrechtlichen Situation, da so Risiken identifiziert und die Ablehnung von Zurückweisungen rechtlich klarer kommuniziert werden können.

Anders stellt sich die Situation für Handelsschiffe dar. Für diese stellen unter anderem die zu erwartenden Verzögerungen ein großes wirtschaftliches Risiko dar, weshalb das betroffene Gebiet mitunter umfahren,¹⁸ eine Rettung unterlassen oder eine Zurückschiebung durchgeführt wird.¹⁹ Untersuchungen zufolge hat die Anzahl der durch Handelsschiffe durchgeführten Zurückschiebungen seit 2018 stark zugenommen – mit 30 bestätigten Fällen, die 1.800 Migranten betrafen und einer vermutlich signifikanten Dunkelziffer.²⁰ Auch deutsche Reedereien waren bereits in Zurückschiebungen von Migranten nach Libyen involviert – wenn auch (soweit ersichtlich) mit Schiffen, die nicht unter deutscher Flagge registriert waren.²¹ Daher war auf die bekannten Vorfälle

¹⁶ Siehe dazu

<https://www.united4rescue.com/partners> (3.11.2020) und <https://www.ekd.de/faqs-zur-seenotrettung-49588.html> (3.11.2020).

¹⁷ Die MRCCs von Malta und Italien erklären sich in diesen Situationen regelmäßig für unzuständig und verweisen auf das libysche MRCC.

¹⁸ Welt v. 14.7.2020, abrufbar unter

<https://www.welt.de/politik/fluechtlinge/article196811923/Handelsschiffahrt-Reeder-aendern-Routen-um-nicht-auf-Fluechtlingsboote-zu-treffen.html> (3.11.2020).

¹⁹ Siehe ausführlich *Forensic Oceanography*, The Nivin Case: Migrants' resistance to Italy's strategy of privatized push-back, 2019, S. 60–67, aufrufbar unter

<https://content.forensic-architecture.org/wp-content/uploads/2019/12/2019-12-18-FO-Nivin-Report.pdf>

(3.11.2020); siehe auch *Papachristodoulou*, International Law Blog v. 27.6.2019, aufrufbar unter

<https://internationallaw.blog/2019/06/27/the-principle-of-saving-lives-at-sea-just-a-fools-hope/> (3.11.2020); Berichte zu solchen Situationen finden sich auch auf der Webseite der

Organisation Alarmphone, siehe <https://alarmphone.org/> (3.11.2020).

²⁰ *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 25–51; siehe auch *Kingsley*, The New York Times v. 20.3.2020, abrufbar unter

<https://www.nytimes.com/2020/03/20/world/europe/mediterranean-libya-migrants-europe.html> (3.11.2020).

²¹ Derzeit sind 304 Handelsschiffe unter deutscher Flagge registriert. Siehe

¹³ Abs. 1.3.2. und 3.1.9. des Anhangs zur International Convention on Maritime Search and Rescue (angenommen am 27.4.1979, in Kraft getreten am 22.6.1985) 1405 UNTS 118 (ergänzt in 1998 und 2004).

¹⁴ Die Thematik kann hier nicht im Detail erläutert werden und die Literatur dazu ist umfangreich, siehe etwa *Gulfoyle*, (Fn. 12), UNCLOS Art. 98 Rn. 10; *Neri*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 47; *Bevilacqua*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 11; *Turrini*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 29; *Klepp*, International Journal of Refugee Law 23 (2011), 538; *Trevisanut*, International Journal of Marine and Coastal Law 25 (2010), 523 (531); *Ratcovich*, International Law and the Rescue of Refugees at Sea, 2019, S. 289–292; *Fantinato*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 63; *De Vittor/Starita*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 77.

¹⁵ Siehe zur Problematik der staatlichen Maßnahmen gegen zivile Seenotrettung etwa *Gombeer/Fink*, Maritime Safety and Security Law Journal 4 (2018), 1; *Ghezelbash/Moreno-Lax/Klein/Opeskin*, International & Comparative Law Quarterly 67 (2018), 315 (322 f.); *Tzevelekos/Proukaki*, Nordic Journal of International Law 86 (2017), 427; *Cusumano*, Mediterranean Politics 24 (2019), 106; *Schatz/Endemann*, Italian Yearbook of International Law 28 (2019), 97.

kein deutsches Strafrecht anwendbar. Besonders auffällig ist die Hamburger Reederei Opielok²², die mit Versorgungsschiffen in libyschen Ölfeldern tätig und daher oft mit Seenotfällen konfrontiert ist.²³ Beispielsweise verbrachte das unter der Flagge Liberias registrierte Versorgungsschiff OOC Emerald Berichten zufolge am 12.03.2019 insgesamt 23 gerettete Migranten nach Libyen.²⁴ Am 30.11.2019 übergab das ebenfalls unter der Flagge Liberias registrierte Versorgungsschiff OOC Panther offenbar insgesamt 68 gerettete Migranten an bewaffnete Kräfte der libyschen Küstenwache, wobei zwei Personen aus Furcht ins Wasser sprangen und eine Person sich mit Treibstoff übergoss und damit drohte, sich anzuzünden.²⁵ Wie sich die Situation darstellen kann, wenn sich ein Handelsschiff gegen eine Zurückschiebung entscheidet, zeigt der Fall des in Antigua und Barbuda registrierten Containerschiffes MV Marina der schleswig-holsteinischen Reederei Klingenberg, das im Mai 2020 insgesamt 79 Migranten rettete und in der Folge zunächst keine Einfahrtserlaubnis von Malta und Italien erhielt.²⁶ In der Zwischenzeit kam es Berichten zufolge zu „Aggressionsausbrüchen“ an Bord, wegen derer sich die Crew „verschanzte“ habe.²⁷

Nach deutschem Strafrecht können Zurückschiebungen von Geretteten nach Libyen bzw. eine Übergabe dieser Personen an die libyschen Behörden unter anderem als Aussetzung gem. § 221 StGB strafbar sein.²⁸ Das Dilemma wird durch die nicht unerheblichen faktischen und rechtlichen Risiken verstärkt, die Widerstandshandlungen der Geretteten gegen eine solche Zurückschiebung nach Libyen bergen, zumal diese im Einzelfall nach § 32 oder § 34 StGB gerechtfertigt sein können.²⁹ Letztere Thematik wird zunächst anhand einiger Beispiele veranschaulicht.

<https://www.deutsche-flagge.de/de/flagge/handelsflotte> (Stand: 8.12.2020).

²² Website der Reederei: <http://www.opielok.de/> (3.11.2020).

²³ Lobstein, ZEIT-Online v. 3.4.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2019/15/christopher-opielok-reederei-rettungsschiffe-fluechtlinge-mittelmeer> (3.11.2020).

²⁴ *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 44.

²⁵ Kingsley (Fn. 20); Welt v. 1.12.2019, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/article203966038/Aus-Angst-vor-Rueckkehr-nach-Libyen-springen-Migranten-ins-Mittelmeer.html> (3.11.2020); Für einen detaillierten Bericht, siehe Central Mediterranean Regional Analysis, Alarmphone v. 5.1.2020, abrufbar unter <https://alarmphone.org/en/2020/01/05/central-mediterranean-regional-analysis/> (3.11.2020).

²⁶ szh.de v. 5.5.2020, abrufbar unter <https://www.szh.de/28229352> (3.11.2020).

²⁷ NDR v. 9.5.2020, abrufbar unter <https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/Reederei-Gerettete-Menschen-verlassen-Containerschiff-marina146.html> (3.11.2020).

²⁸ Siehe dazu unten IV.

²⁹ Siehe dazu unten V.

1. Der Fall der Vos Thalassa

Im Juli 2018 rettete das in Italien registrierte Schiff Vos Thalassa eine Gruppe von 67 Migranten aus dem Mittelmeer und versuchte, diese nach Libyen zurückzuschieben.³⁰ Als die Migranten bemerkten, dass sie zurück nach Libyen verbracht werden sollten, kam es Berichten zufolge an Bord zu Unruhen, woraufhin die Vos Thalassa Kurs auf Italien nahm und die Migranten an das Schiff Diciotti der italienischen Küstenwache übergab.³¹ Der Vorfall war Gegenstand erheblicher medialer Berichterstattung, weil der damalige italienische Innenminister Matteo Salvini daraufhin der Diciotti zunächst die Einfahrt in den Hafen von Trapani sowie die Ausschiffung der Migranten verweigerte, obwohl die Diciotti ein Schiff der ihm unterstellten Behörden war.³² In der Folge wurden zwei der geretteten Migranten aufgrund ihrer Widerstandshandlungen angeklagt³³, aber im Mai 2019 von einem italienischen Strafgericht in Trapani freigesprochen.³⁴ Das Gericht nahm vor dem Hintergrund der durch die versuchte Zurückschiebung nach Libyen gefährdeten bedeutenden Rechtsgüter der beiden Angeklagten und der auf Seiten der Besatzung der Vos Thalassa lediglich beeinträchtigten Entscheidungsfreiheit einen verhältnismäßigen Fall von Notwehr an.³⁵ Bei der Auslegung der entsprechenden Vorschriften des

³⁰ Siehe zum Sachverhalt *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 38 f.

³¹ InfoMigrants v. 16.7.2019, abrufbar unter <https://www.infomigrants.net/en/post/10645/diciotti-s-journey-ends-as-probe-focuses-on-alleged-threats> (3.11.2020).

³² Rüb, FAZ v. 19.8.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/salvini-untersagt-italienischem-schiff-die-hafeneinfahrt-15745455.html> (3.11.2020). Wegen eines ähnlichen Vorfalls mit dem Küstenwachtschiff Gregoretti wurde mittlerweile ein Strafverfahren gegen Salvini eingeleitet, siehe ZEIT-Online v. 12.2.2020, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/politik/ausland/2020-02/italien-senat-ermoglicht-prozess-gegen-matteo-salvini> (3.11.2020).

³³ Vorgeworfen wurde den Migranten der Widerstand gegen Inhaber eines öffentlichen Amtes (vgl. Art. 336, 337, 339 des italienischen Strafgesetzbuches). Zwar handelte es sich bei der Vos Thalassa um ein ziviles Schiff und bei dem Kapitän um eine Privatperson; nach Art. 292bis des italienischen Codice Navigazione erfüllen Kapitäne aber allgemein öffentliche Funktionen an Bord ihres Schiffes, sodass sie nach Art. 357 des italienischen Strafgesetzbuches für die Zwecke der konkreten strafrechtlichen Norm Personen gleichstehen, die bestimmte öffentliche Aufgaben wahrnehmen und besonders geschützt sind.

³⁴ Tribunale di Trapani, Urt. v. 23.5.2019, aufrufbar unter <https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/GIP-Trapani%20%281%29.pdf> (3.11.2020).

³⁵ Tribunale di Trapani, Urt. v. 23.5.2019 (Fn. 34), S. 67. Anders als im deutschen Recht ist nach italienischem Recht eine Verteidigungshandlung im Rahmen der Notwehr nur gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig ist. Siehe Art. 52 des italienischen Strafgesetzbuchs: „Non è punibile chi ha com-

italienischen Strafrechts maß das Gericht angesichts der Situation in Libyen dem völkerrechtlichen Refoulement-Verbot (III.) große Bedeutung bei.³⁶

2. Der Fall der Nivin

Im November 2018 rettete das in Panama registrierte Handelsschiff Nivin auf dem Weg nach Misrata (Libyen) eine Gruppe von 93 Migranten.³⁷ Die Besatzung der Nivin erzählte den Geretteten, dass sie nach Italien gebracht würden, fuhr stattdessen aber weiter in Richtung Misrata.³⁸ Als schließlich ein Schiff der libyschen Küstenwache zur Übernahme der Migranten heranfuhr und libysche Einsatzkräfte an Bord kamen, wurden sich die Geretteten ihrer Lage bewusst und wehrten sich mehrheitlich gegen einen Transfer auf das libysche Schiff.³⁹ Im Hafen von Misrata angekommen weigerten sich die Migranten, das Schiff zu verlassen. Nach einer zehntägigen Pattsituation wurden sie aber unter Einsatz von Waffengewalt von libyschen Einsatzkräften von der Nivin gebracht, wobei einige Migranten Verletzungen erlitten.⁴⁰ In der Folge wurden die Migranten in Libyen inhaftiert und teilweise verhört, gefoltert oder mussten Zwangsarbeit verrichten.⁴¹

3. Der Fall der El Hiblu 1

Im März 2019 stoppten und stürmten maltesische Streitkräfte den unter palauischer Flagge registrierten Tanker El Hiblu 1 bei seiner Einfahrt in das maltesische Küstenmeer.⁴² Zuvor

hatte der Kapitän des Schiffes einen Notruf abgesetzt und angegeben, am Tag zuvor aus Seenot gerettete Migranten hätten sein Schiff unter Androhung von Gewalt unter ihre Kontrolle gebracht und ihn gezwungen, Kurs auf Malta zu nehmen. Tatsächlich hatte die El Hiblu 1 auf ihrer Fahrt nach Tripolis mehr als 100 Personen gerettet und ihren Kurs danach zunächst beibehalten. Erst kurz vor Tripolis drehte das Schiff plötzlich ab und nahm Kurs auf Malta. Die Crew der El Hiblu 1 gab an, dass den Geretteten zu diesem Zeitpunkt bewusst wurde, dass das Schiff auf dem Weg nach Tripolis sei und sich hiergegen Widerstand formierte.⁴³ Gewalt sei aber nicht angewendet worden. In Malta wurde schließlich ein Strafverfahren gegen drei Personen aus der Elfenbeinküste und aus Guinea im Alter von 15, 16 und 19 Jahren eingeleitet, die von den Behörden als mutmaßliche Täter identifiziert wurden. Unter den Straftaten, die die maltesische Staatsanwaltschaft ihnen vorwirft, sind auch terroristische Handlungen, die als schwere Verbrechen eine lebenslange Freiheitsstrafe zur Folge haben können.⁴⁴ Der Umgang der maltesischen Behörden mit dem Fall, insbesondere im Hinblick auf die Bewertung der Taten als Terrorismus und die verkürzte Auseinandersetzung mit möglicherweise einschlägigen Rechtfertigungsgründen, hat international Kritik hervorgerufen.⁴⁵ Das Verfahren ist derzeit noch anhängig (Stand Dezember 2020).

III. Das Refoulement-Verbot der EMRK

Als Refoulement-Verbot wird das Verbot bezeichnet, Menschen aus dem Machtbereich eines Staates in den Machtbereich eines anderen Staates zurückzuweisen (französisch: *refouler*), in dem diesen Menschen eine aus menschen- oder

messo il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.“ Sinngemäße Übersetzung: „Nicht bestraft wird, wer die Straftat begangen hat, weil er gezwungen wurde, ein eigenes Recht oder das Recht anderer gegen die gegenwärtige Gefahr einer ungerechten Straftat zu verteidigen, vorausgesetzt, dass die Verteidigung in einem angemessenen Verhältnis zu der Straftat steht.“

³⁶ Tribunale di Trapani, Urteil vom 23.05.2019 (Fn. 34), S. 32 ff.

³⁷ *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 60–67.

³⁸ *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 67.

³⁹ *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 67 f.

⁴⁰ *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 69–73.

⁴¹ *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 73–75.

⁴² Siehe zum Sachverhalt: *Forensic Oceanography* (Fn. 19), S. 44–47; ZEIT-Online v. 30.3.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/ausland/2019-03/mittelmeer-handelsschiff-el-hiblu-kapern-migranten-terrorismusvorwurf-malta> (3.11.2020); The Guardian v. 30.3.2019, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/world/2019/mar/30/hijacked-captain-recalls-horror-in-mediterranean-sea-as-migrants-took-over-ship> (3.11.2020); The New York Times v. 31.3.2019, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2019/03/31/world/europe/migrants-hijacking-ship-malta.html> (3.11.2020). Eine detaillierte Bestandsaufnahme aus Medienberichten und Informationen aus dem Strafverfahren liefert *Amnesty International*, Malta: The El Hiblu 1 Case: Three Teenagers in the Dock for Daring to

Oppose Their Return to Suffering in Libya, S. 1–6, abrufbar unter

https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR331270_2019ENGLISH.PDF (3.11.2020).

⁴³ Interview mit der Besatzung: *Schwenn*, VICE v. 30.3.2019, abrufbar unter

<https://www.vice.com/de/article/eveexj/wir-haben-mit-der-crew-gesprochen-deren-schiff-von-gefluchteten-gekapert-wurde> (3.11.2020).

⁴⁴ Vgl. Art. 328A (1) (b), (2) (e) Maltese Criminal Code – act of terrorism, involving the seizure of a ship; Art. 328A (1) (b), (2) (d), (k) Maltese Criminal Code – act of terrorism, involving the extensive destruction of private property; Art. 328A (4) (i) Maltese Criminal Code – terrorist activities.

⁴⁵ Siehe Amnesty International (Fn. 42); *Spokesperson for the UN High Commissioner for Human Rights: Ravina Shamdasani*, Press briefing note on Malta v. 7.5.2019, aufrufbar unter <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24569&LangID=E> (11.06.2020); *European Democratic Lawyers*, No Prosecution for the El Hiblu 3, 26.03.2019, aufrufbar unter <http://www.aeud.org/2020/03/no-prosecution-for-the-el-hiblu-3/> (3.11.2020); Free El Hiblu 3, Homepage abrufbar unter <https://elhiblu3.info/> (3.11.2020).

flüchtlingsrechtlicher Sicht rechtswidrige Behandlung droht.⁴⁶ Dabei folgt die Rechtswidrigkeit der Zurückweisung regelmäßig nicht unmittelbar aus einem Verstoß gegen menschen- oder flüchtlingsrechtliche Garantien, sondern daraus, dass die betroffene Person dadurch in eine Situation gerät, in der Verstöße gegen diese Garantien – also etwa Folter oder anderweitige unmenschliche Behandlung – durch einen anderen Staat drohen.⁴⁷ Die tatsächliche Gefahr geht also von dem Staat aus, in den die Person zurückgewiesen wird.⁴⁸ Es geht daher letztlich um Schutzpflichten des zurückweisenden Staates.⁴⁹ Solche Verpflichtungen folgen mit unterschiedlichem Gehalt und variierenden Geltungsbereichen aus menschen- und flüchtlingsrechtlichen Verträgen,⁵⁰ aber auch aus dem Völkergewohnheitsrecht,⁵¹ dem Unionsrecht⁵² und dem nationalen Recht, also beispielsweise dem Grundgesetz.⁵³ Diese Verbote überschneiden sich weitgehend und werden daher meist gemeinsam als „das“ Refoulement-Verbot bezeichnet. Es wird allgemein angenommen, dass eine Zurückweisung geretteter Migranten nach Libyen durch einen europäischen Staat gegen das Refoulement-Verbot verstoßen würde.⁵⁴

⁴⁶ *Lauterpacht/Bethlehem*, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law*, 2003, S. 89; *Michaelsen*, *International and Comparative Law Quarterly* 61 (2012), 750 (752); *Papastavridis*, *Nordic Journal of International Law* 79 (2010), 75 (102 f.); *Blanke/Johr*, *DÖV* 2019, 929 (934).

⁴⁷ Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages* (Fn. 2), S. 16; *Blanke/Johr*, *DÖV* 2019, 929 (934); vgl. *Haefeli*, *ZAR* 2020, 25 (27).

⁴⁸ Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages* (Fn. 2), S. 16.

⁴⁹ Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages* (Fn. 2), S. 16.

⁵⁰ Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (angenommen am 28.7.1951, in Kraft getreten am 22.4.1954); Art. 3 der Anti-Folter-Konvention (angenommen am 10.12.1984, in Kraft getreten am 26.6.1987).

⁵¹ Vgl. *Kälin/Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl. 2013, Rn. 1493; *Rah*, *Asylsuchende und Migranten auf See*, 2009, S. 258.

⁵² Vgl. Art. 19 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Siehe allgemein: *Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 7–9; speziell zum Kontext des Refoulements auf See *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl. 2019, Art. 19 Rn. 29–31.

⁵³ Vgl. Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG. Siehe dazu *Hong*, *Verfassungsblog* v. 17.6.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/warum-auch-das-grundgesetz-bestimmten-zurueckweisungen-an-der-grenze-entgegensteht/> (3.11.2020); anschaulich BVerfGE 140, 317 (347 f.): Die deutsche Hoheitsgewalt darf „die Hand nicht zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen“.

⁵⁴ *Trevisanut*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 12 (2008), 205 (210); *Goodwin-Gill*, *International Journal of*

Im Folgenden soll vor allem das Refoulement-Verbot in den Blick genommen werden, das aus Art. 3 EMRK hergeleitet wird und in seiner Anwendung auch auf staatliche Zurückweisungen auf See allgemein anerkannt ist.⁵⁵ So hat der EGMR in seinem Urteil im Fall *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* aus dem Jahr 2012 Italien wegen einer Zurückweisung auf See aufgegriffener Migranten nach Libyen verurteilt und unter anderem einen Verstoß gegen das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung aus Art. 3 EMRK angenommen.⁵⁶ Nach dieser Rechtsprechung hat das Refoulement-Verbot also extraterritoriale Geltung⁵⁷ auf Schiffen, soweit ein Staat Gewalt über die betroffenen Personen ausübt, also beispielsweise dann, wenn sich die Personen auf einem staatlichen Schiff befinden, oder wenn staatliche Einsatzkräfte die Kontrolle über ein ziviles Schiff übernommen haben.⁵⁸ Auch die jüngste Entscheidung des EGMR in *N.D. and N.T. v. Spain*, die einen restriktiveren Ton in Fragen der Migrationskontrolle an den EU-Außengrenzen anschlägt,⁵⁹ hat hieran nichts geändert.⁶⁰

Jenseits der extraterritorialen Geltung des Refoulement-Verbots für Staaten stellt sich die Frage, wie sich die Rechtslage für Private auf zivilen Schiffen darstellt. Effektive Kontrolle im Sinne der vom EGMR aufgestellten Maßstäbe für eine extraterritoriale Anwendung der EMRK übt der Flag-

Refugee Law 23 (2011), 443 (449); *Giuffré*, in: Moreno-Lax/Papastavridis (Hrsg.), *Boat Refugees and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, 2016, S. 248 (262).

⁵⁵ Siehe allgemein *Blanke/Johr*, *DÖV* 2019, 929 (934); *Westphal*, *NVwZ* 2019, 1329 (1330 f.).

⁵⁶ EGMR (Große Kammer), *Urt. v. 23.2.2012 – 27765/09*, (*Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*).

⁵⁷ Vgl. zur extraterritorialen Wirkung der EMRK im Allgemeinen *Janik*, *ZaöRV* 2010, 127 (134).

⁵⁸ EGMR (Große Kammer), *Urt. v. 23.2.2012 – 27765/09*, (*Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*), Rn. 75, 77; EGMR (Große Kammer), *Entsch. v. 12.12.2001 – 52207/99* (*Bankovic u.a. v. Belgien, Dänemark, Deutschland u.a.*), Rn. 73; EGMR (Große Kammer), *Urt. v. 29.3.2010 – 3394/03* (*Medvedyev u.a. v. Frankreich*), Rn. 63–67; *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags*, Sachstand: Anwendung der EMRK an Bord von deutschen Kriegsschiffen im Rahmen der NATO-Seeraumüberwachungsoperation in der Ägäis, WD 2 - 3000 - 049/16, 1. April 2016, S. 4; *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention – Ein Studienbuch*, 6. Aufl. 2016, § 17 Rn. 15.

⁵⁹ *Moreno*, *Verfassungsblog* v. 14.2.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/a-painful-slap-from-the-ecthr-and-an-urgent-opportunity-for-spain/> (3.11.2020); *Uerpmann-Witzack*, *Völkerrechtsblog* v. 14.2.2020, abrufbar unter <https://voelkerrechtsblog.org/egmr-billigt-festung-europa-mit-toren/> (3.11.2020).

⁶⁰ EGMR (Große Kammer), *Urt. v. 13.2.2020 – 8675/15*, und *8697/15* (*N.D. und N.T. v. Spanien*), Rn. 201; *Uerpmann-Witzack* (Fn. 59); *Hruschka*, *Verfassungsblog* v. 21.2.2020, abrufbar unter

<https://verfassungsblog.de/hot-returns-bleiben-in-der-praxis-emrk-widrig/> (3.11.2020).

genstaat in einer solchen Situation regelmäßig nicht aus, auch wenn seine Rechtsordnung auf dem Schiff Anwendung findet.⁶¹ Hiervon ausgenommen sind freilich Situationen, in denen ein Staat gezielt vermeintlich zivile Schiffe einsetzt, um das Refoulement-Verbot zu umgehen – eine Praxis, mit der jüngst Malta aufgefallen ist.⁶² Auch hier geht es aber letztlich um ein dem Staat zurechenbares Verhalten. Im Verhältnis zwischen Privaten kommt das völkerrechtliche Refoulement-Verbot, das sich an Staaten richtet, nicht unmittelbar zur Anwendung. Eine unmittelbare Geltung für Private kommt nur dann in Betracht, wenn sie durch den nationalen Gesetzgeber durch Ge- und Verbote im nationalen (Straf-) Recht angeordnet wird.⁶³

Da es dem deutschen Strafrecht an Normen mangelt, die das an Staaten gerichtete Refoulement-Verbot für das Verhältnis von Privaten zueinander umsetzen, lassen sich die Wertungen des Refoulement-Verbots nur mit Mühe dogmatisch abbilden.⁶⁴ Völkerrechtliche Verträge wie die EMRK

haben im deutschen Recht den Rang einfacher Gesetze, da sie gem. Art. 59 Abs. 2 GG durch Vertragsgesetze in die deutsche Rechtsordnung überführt werden.⁶⁵ Soweit das Refoulement-Verbot also direkt aus Art. 3 EMRK hergeleitet wird, ist ihm – in seiner völkervertragsrechtlichen Ausgestaltung – grundsätzlich der Rang einer einfachen Gesetzesnorm zuzusprechen.⁶⁶ Auf Grund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist die EMRK jedoch bei der Auslegung der Grundrechte zu berücksichtigen⁶⁷ und beeinflusst dadurch mittelbar auch die Interpretation des einfachen Rechts. Daher haben deutsche Gerichte die EMRK – darunter das aus Art. 3 EMRK abgeleitete Refoulement-Verbot – „im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden“.⁶⁸ Das gilt für die EMRK im Vergleich zu den anderen genannten Verträgen aufgrund der hervorgehobenen Bedeutung des Grund- und Menschenrechtsschutzes im Grundgesetz in besonderer Weise.⁶⁹

IV. Strafbarkeit von Zurückschiebungen durch zivile deutsche Schiffe

Die Übergabe der Migranten an die Küstenwache eines unsicheren Staates wie Libyen, wo ihnen Folter und unmenschliche Behandlung droht, kann als Aussetzung gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar sein.⁷⁰ Welche Besatzungsmit-

gungen zu ignorieren“ vornimmt, vgl. *Lenk*, ZaöRV 2019, 711 Fn. 11.

⁶¹ *Pieper*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.8.2020, Art. 59 Rn. 41.

⁶² Zum Teil wird darüber hinaus vertreten, das Refoulement-Verbot sei als Regel des Völkergewohnheitsrechts einzuordnen und habe daher nach Art. 25 S. 1 GG Vorrang vor dem einfachen Recht, so etwa *Göbel-Zimmermann/Eichhorn/Beichel-Benedetti*, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 2017, Rn. 39 m.w.N.; *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 14. Aufl. 2017, Art. 25 Rn. 14; *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags* (Fn. 2), S. 20.

⁶³ BVerfGE 112, 1; BVerfG NJW 2004, 3407 (3408); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 91. Lfg., Stand: April 2020, Art. 25 Rn. 6 ff.

⁶⁴ BVerfG, NJW 2004, 3407 (3408).

⁶⁵ Vgl. BVerfG NJW 2004, 3407 (3408); mit Andeutung der besonderen Bedeutung von Menschenrechtsverträgen BVerfG NJW 2016, 1295 (1301, Verstöße gegen die EMRK ggf. nicht ohne Weiteres durch einfaches Gesetz als lex posterior zulässig).

⁶⁶ Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags* (Fn. 2), S. 22. Eine Strafbarkeit nach § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB kommt ebenfalls in Betracht (die Pflichtenstellung kann sich daraus ergeben, dass die Besatzung durch die Seenotrettung zunächst Hilfe leistet und dadurch die Situation der Migranten wesentlich verändert, vgl. dazu BGH NStZ 1994, 84), allerdings tritt diese Vorschrift nach überwiegender Auffassung hinter § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB zurück (*Neumann/Saliger*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen [Hrsg.], Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 221 Rn. 45 m.w.N.).

⁶¹ *Farahat/Markard*, Places of Safety in the Mediterranean: The EU's Policy of Outsourcing Responsibility, 2020, S. 38, aufrufbar unter <http://www.eu.boell.org/en/2020/02/18/places-safety-mediterranean-eus-policy-outsourcing-responsibility> (3.11.2020).

⁶² *Tondo*, The Guardian v. 19.05.2020, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/global-development/2020/may/19/exclusive-12-die-as-malta-uses-private-ships-to-push-migrants-back-to-libya> (3.11.2020); *Kingsley* (Fn. 20); *Kingsley/Willis*, The New York Times v. 30.4.2020, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2020/04/30/world/europe/migrants-malta.html> (3.11.2020); *Council of Europe*, Commissioner urges Malta to meet its obligations to save lives at sea, ensure prompt and safe disembarkation, and investigate allegations of delay or non-response to situations of distress, 11.5.2020, abrufbar unter <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-urges-malta-to-meet-its-obligations-to-save-lives-at-sea-ensure-prompt-and-safe-disembarkation-and-investigate-allegations-of-delay-or-no> (3.11.2020).

⁶³ *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929 (935); *Talmon*, JZ 2019, 803 (805); so auch *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages* (Fn. 2), S. 18; ebenso die Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage, siehe BT-Drs. 19/3762, S. 41; allgemein eine unmittelbare Drittwirkung der EMRK ablehnend *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 58), § 19 Rn. 8; *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees to the UN General Assembly*, The treatment of persons rescued at sea: conclusions and recommendations from recent meetings and expert round tables convened by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, UN Doc. A/AC.259/17, 11. April 2008, Rn. 32.

⁶⁴ Unklar ist, welche dogmatische Einordnung *Lenk* mit der Aussage „[z]war richten sich diese Vorschriften [aus denen das Refoulement-Verbot folgt] in erster Linie gegen Staaten, doch wird man Privaten nicht zumuten können, diese Erwä-

gliedert sich neben dem Kapitän strafbar machen, hängt vom konkreten Fall und auch der zum Tatzeitpunkt geltenden Befehlsstruktur an Bord ab.⁷¹ Mit der Verbringung in solche Staaten werden die Migranten in eine hilflose Lage i.S.d. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB versetzt, wenn sie dort einer (abstrakten) Gefahr für Leib oder Leben ohne die Möglichkeit eigener oder fremder Hilfe ausgesetzt sind.⁷² Dabei ist unerheblich, dass die Migranten zuvor womöglich der Gefahr zu ertrinken ausgesetzt waren, denn das Opfer wird auch dann in eine hilflose Lage versetzt, wenn es sich bereits zuvor in einer (anderen) hilflosen Lage befunden hat.⁷³ Es gibt nicht die hilflose Lage „an sich“, vielmehr bezieht sich die Hilflosigkeit immer auf bestimmte Gefahren.⁷⁴ Erst recht gilt dies dann, wenn der Täter – wie hier – zwischenzeitlich das Opfer in Sicherheit gebracht hat.⁷⁵ Durch die Verbringung Geretteter nach Libyen oder deren Übergabe an die libysche Küstenwache setzt die Schiffsbesatzung diese der (konkreten) Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung⁷⁶ aus: Es hängt mitunter nur noch vom Zufall ab, ob sie in einem libyschen Flüchtlingslager Opfer von Folter oder anderweitiger unmenschlicher Behandlung werden oder dort sogar den Tod finden.⁷⁷ Wohlgemerkt ist also erforderlich –

⁷¹ Diese Thematik kann hier nicht abschließend erörtert werden. Auch die Frage, wie es sich auswirkt, wenn einzelne Besatzungsmitglieder der Übergabe an die Küstenwache nicht zustimmen, bedarf einer gesonderten Erörterung und soll in diesem Beitrag nicht weiter vertieft werden.

⁷² Zur Definition der hilflosen Lage BGH NStZ 2008, 395; BGH NStZ 2018, 209 (210); *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Stand: 1.11.2020, § 221 Rn. 1. Für eine prägnante Übersicht der menschenrechtlichen Lage in den nordafrikanischen Staaten Algerien, Ägypten, Libyen, Marokko und Tunesien, siehe *Farahat/Markard* (Fn. 61), S. 18–31 m.w.N.

⁷³ *Neumann/Saliger* (Fn. 70), § 221 Rn. 15; *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 221 Rn. 8; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 221 Rn. 4a.

⁷⁴ *Neumann/Saliger* (Fn. 70), § 221 Rn. 15 m.w.N.; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 221 Rn. 3 m.w.N.; jeweils auch mit Nachweisen zur Gegenauffassung; vgl. auch BGH NStZ 1994, 84 (85).

⁷⁵ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 73), § 221 Rn. 4a.

⁷⁶ Zum Begriff der schweren Gesundheitsschädigung etwa *Neumann/Saliger* (Fn. 70), § 221 Rn. 33.

⁷⁷ *Farahat/Markard* (Fn. 61), S. 22–27 m.w.N. Die Vornahme von Folterhandlungen durch Personen in Libyen führt bei § 221 StGB nicht zu einer Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs wegen eines eigenverantwortlichen Dazwischentretens. Denn woher die Gefahr kommt, ist bei § 221 StGB unerheblich, sodass auch Straftaten Dritter eine Gefahrenquelle sein können (LG Kiel, Urt. v. 17.9.2008 – 8 Ks 6/08; *Hardtung* [Fn. 73], § 221 Rn. 22). In den sonst anerkannten Zurechnungsausschlussgründen realisieren sich gerade die Gefahren der Aussetzungshandlung (*Eser/Sternberg-Lieben* [Fn. 73], § 221 Rn. 8).

aber auch ausreichend – für den Tatbestand der Aussetzung, dass eine *Gefahr* des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bestand. Diese liegt angesichts der prekären Zustände in den Flüchtlingslagern nahe. Ob sich diese Gefahr im Verletzungserfolg (Tod, schwere Gesundheitsschädigung) *realisiert* hat, ist unerheblich.⁷⁸

Vorsatz im Hinblick auf die hilflose Lage der Geretteten und deren konkrete Gefährdung wird bei einem offenkundig unsicheren Land wie Libyen, dessen menschenunwürdige Flüchtlingslager häufig Gegenstand medialer Berichterstattung sind,⁷⁹ regelmäßig anzunehmen sein. Dies gilt für Crewmitglieder im Mittelmeer eingesetzter Schiffe erst recht. Es ist davon auszugehen, dass die Besatzung die mögliche Gefahr von unmenschlicher Behandlung für die Migranten kennt, was für bedingten Vorsatz ausreicht.⁸⁰ Refoulement durch Private wird daher regelmäßig den Tatbestand der Aussetzung gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllen. Für Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe ist in den bekannt gewordenen Fällen von Zurückschiebungen durch Handelsschiffe (z.B. jene der Reederei Opielok) nichts ersichtlich, zumal rein wirtschaftliche Nachteile regelmäßig gegenüber Persönlichkeitswerten wie Leben, Gesundheit und körperliche Integrität nachrangig sind.⁸¹

⁷⁸ BGH NStZ 1994, 84 (85).

⁷⁹ Siehe etwa *Hayden*, ZEIT-Online v. 18.4.2019, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/politik/ausland/2019-04/libyen-tripolis-kaempfe-migration-europa-fluechtlinge-gefangenenlager>

(3.11.2020); ZEIT-Online v. 20.9.2019, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/gesellschaft/2019-09/migration-libyen-fluechtling-erschuessung-zwangseinweisung-lager>

(3.11.2020); *Lobenstein*, ZEIT-Online v. 26.4.2017, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/2017/18/zwangsarbeit-libyen-fluechtlinge-sklaven>

(3.11.2020); *Buchen/Edelhoff/Kailouli/Schreijäg*, Das Erste v. 30.1.2020, abrufbar unter

<https://daserste.ndr.de/panorama/aktuell/UNO-Fluechtlingenswerk-schliesst-Fluechtlingenslager-in-Libyen.libyen272.html>

(3.11.2020); *Buchen/Edelhoff/Kailouli/Schreijäg*, Das Erste v. 23.1.2020, abrufbar unter

<https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2020/EU-Politik-Weniger-Fluechtlinge-hier-mehr-Leid-in-Libyen.libyen262.html>

(3.11.2020); FAZ v. 19.5.2019, abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/un-eu-darf-fluechtlingenslager-in-libyen-nicht-hinnehmen-16194885.html>

(3.11.2020); *Ehrhardt/Jansen/Martens/Rössler/Rüb*, FAZ v. 3.7.2019, abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/so-schlimm-sind-die-zustaende-in-libyens-fluechtlingenslagern-16265252.html>

(3.11.2020).

⁸⁰ So auch *Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags* (Fn. 2), S. 22. Bedingter Vorsatz genügt nach h.M. auch im Rahmen des § 221 StGB, siehe nur *Hardtung* (Fn. 73), § 221 Rn. 25 m.w.N.

⁸¹ Vgl. BGH, Urt. v. 13.3.1975 – 4 StR 28/75; *Erb*, in: *Erb/Schäfer* (Fn. 3), § 34 Rn. 140; *Perron*, in: Schönke/Schröder

V. Strafbarkeit von Widerstandshandlungen durch Migranten

Im Hinblick auf etwaige Widerstandshandlungen geretteter Migranten – wie oben anhand der Fälle der Vos Thalassa, der Nivin und der El Hiblu 1 skizziert – kommt insbesondere eine Strafbarkeit nach § 316c Abs. 1 StGB in Betracht. Zudem können je nach Fallkonstellation die Straftatbestände der §§ 223 ff., 240 und 303 StGB verwirklicht sein. Allerdings dürften die Taten regelmäßig wegen Notwehr oder Notstands gerechtfertigt sein.

1. Tatbestandsmäßigkeit (§ 316c Abs. 1 StGB)

Wenn gerettete Migranten durch Zwang die Schiffsbesatzung davon abhalten, sie nach Libyen zu verbringen oder an die libysche Küstenwache zu übergeben, wird regelmäßig ein Angriff auf den Seeverkehr in der Variante des § 316c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b StGB anzunehmen sein. Neben unmittelbarer Gewaltausübung sind auch Drohungen von Seiten der Migranten erfasst, denn diese stellen einen tatbestandlichen Angriff (eine unmittelbar feindselige Einwirkung⁸²) auf die Entschlussfreiheit einer Person dar.⁸³ Zudem dürften die Widerstandshandlungen regelmäßig darauf gerichtet sein, die Herrschaft über das Schiff zu erlangen oder zumindest auf dessen Führung einzuwirken. Der Tatbestand des § 316c Abs. 1 StGB setzt nicht voraus, dass die Drohung erfolgreich ist.⁸⁴ Widerstandshandlungen von Migranten können daher auch dann den Tatbestand des § 316c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b StGB erfüllen, wenn die Besatzung der Drohung (zunächst) keine Folge leistet und den Kurs nicht ändert.⁸⁵ Daneben oder stattdessen kommen bei Gewaltausübung Körperverletzungsdelikte gem. §§ 223 ff. StGB sowie Sachbeschädigung nach § 303 StGB in Betracht und bei Drohungen zusätzlich auch Nötigung gem. § 240 StGB.

2. Rechtfertigung wegen Notwehr nach § 32 StGB

Ist die Besatzung eines Schiffes kurz davor, die geretteten Migranten an die libysche Küstenwache zu übergeben, liegt

eine Rechtfertigung dieser Widerstandshandlungen durch Notwehr nahe.

a) Notwehrlage wegen bevorstehender Aussetzung gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch die Schiffsbesatzung

Wie bereits unter IV. erörtert, kann die Übergabe von Migranten an die Küstenwache unsicherer Staaten wie Libyen eine Aussetzung darstellen und damit einen rechtswidrigen Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB begründen. Im Rahmen der Notwehr ist dabei unbeachtlich, ob die Schiffsbesatzung im Hinblick auf die menschenunwürdige Behandlung der Migranten im Zielland vorsätzlich handelt, denn auch unvorsätzliches Verhalten kann ein Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB sein.⁸⁶

Ob dieser rechtswidrige Angriff im Einzelfall auch gegenwärtig i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB ist, wird Tatfrage sein. Ein Angriff ist gegenwärtig, wenn das Verhalten des Angreifers unmittelbar in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann und beginnt bereits mit der Handlung, die dem Versuchsbeginn (also dem unmittelbaren Ansetzen i.S.v. § 22 StGB) „unmittelbar vorgelagert“⁸⁷ ist.⁸⁸ Dabei kommt es insbesondere auf den zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der bevorstehenden Tat an.⁸⁹ Die El Hiblu 1 befand sich zum Tatzeitpunkt beispielsweise lediglich etwa sechs Seemeilen (ca. 11 km) entfernt von dem libyschen Hafen Tripolis, also sogar bereits im libyschen Küstenmeer, sodass ein baldiges Ergreifen der Migranten durch die libyschen Behörden in Aussicht stand.⁹⁰ Auch im Fall der Vos Thalassa war eine Übergabe an die libysche Küstenwache in naher Zukunft zu erwarten, als Widerstand unter den geretteten Migranten

(Fn. 4), § 34 Rn. 23; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 34 Rn. 72; Momsen/Savic, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 72), Stand: 1.11.2020, § 34 Rn. 9.1; Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 27. Bei gewaltsamer Übergabe der Geretteten an die libysche Küstenwache kommen zudem Körperverletzungsdelikte (§§ 223 ff. StGB) und Nötigung (§ 240 StGB) in Betracht.

⁸² Wieck-Noodt, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 316c Rn. 24; Heger (Fn. 74), § 316c Rn. 7.

⁸³ Vgl. Wieck-Noodt (Fn. 82), § 316c Rn. 24.

⁸⁴ Wieck-Noodt (Fn. 82), § 316c Rn. 3; Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 316c Rn. 20.

⁸⁵ § 240 Abs. 1, 2 StGB tritt dahinter zurück, Zieschang, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 316c Rn. 38; Wieck-Noodt (Fn. 82), § 316c Rn. 57.

⁸⁶ So die h.M., siehe dazu etwa Engländer (Fn. 81), § 32 Rn. 19; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 3), § 32 Rn. 29; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 32 Rn. 3.

⁸⁷ BGH NStZ 2018, 84; so auch die h.A. in der Literatur, siehe nur Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 24; Erb (Fn. 81), § 32 Rn. 107; Perron/Eisele (Fn. 86), § 32 Rn. 14; Kindhäuser (Fn. 86), § 32 Rn. 52; anders die sog. Versuchslösung, die den Beginn des Angriffs analog zu § 22 StGB bestimmen will, so etwa Engländer (Fn. 81), § 32 Rn. 14 m.w.N.

⁸⁸ Da der Versuchsbeginn nur dazu dient, den Beginn des Angriffs zu bestimmen, dürfte unbeachtlich sein, dass der Versuch einer Aussetzung nach § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB, die lediglich ein Vergehen darstellt, nicht strafbar ist. Im Übrigen käme auch der Versuch einer qualifizierten Aussetzung nach §§ 221 Abs. 2 Nr. 2, 22, 23 StGB in Betracht, sofern man den Versuch einer Erfolgsqualifikation auch bei fehlender Strafbarkeit des Grunddeliktsversuchs für strafbar hält (siehe etwa Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder [Fn. 4], § 18 Rn. 12; offengelassen für § 221 StGB von BGH StV 1986, 201 mit Anm. Ulsenheimer).

⁸⁹ BGH, Urt. v. 30.4.1980 – 3 StR 108/80 = NJW 1980, 1759; BGH, Beschl. v. 16.7.2015 – 4 StR 219/15 = BeckRS 2015, 14775.

⁹⁰ Eine Reaktion der libyschen Behörden blieb an diesem Tag aber aus.

ausbrach. Im Fall der Nivin wehrten sich die Geretteten unmittelbar gegen eine Übergabe, bei der bereits Mitglieder der libyschen Küstenwache an Bord des Schiffes gekommen waren, sowie gegen eine Ausschiffung, als die Nivin bereits im Hafen lag. In solchen Situationen steht der Angriff der Schiffsbesatzung auch bei strenger Betrachtung des Zeitmoments entweder unmittelbar bevor oder hat bereits begonnen und ist daher gegenwärtig.

Wenn eine bevorstehende Aussetzung oder andere Straftat ausscheidet, wird ein Rückgriff unmittelbar auf das Refoulement-Verbot nicht ausreichen, um einen rechtswidrigen Angriff i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB zu begründen. Wie bereits unter III. ausgeführt dürfte eine mittelbare Drittwirkung des Refoulement-Verbots zwischen Privaten zu verneinen sein, sodass nur ein Verstoß eines Staates (etwa Italien oder Malta) selbst als rechtswidriger Angriff eingestuft werden könnte.⁹¹ Der wertende Rahmen, den das Refoulement-Verbot in der staatlichen Ordnung setzt, lässt sich – wie im Folgenden gezeigt – dogmatisch überzeugender bei der Interessenabwägung im Rahmen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB in Ansatz bringen. Wenn sich das Schiff bereits in großer Nähe zur Küstenwache des Staates befindet, in dem unmenschliche Behandlung droht, so besteht wegen der bevorstehenden Aussetzung aber ohnehin eine Notwehrlage.

b) Widerstandshandlungen gegen die Schiffsbesatzung als Notwehrhandlungen

Soweit eine Notwehrlage angenommen wird, stellt sich die Frage, ob und in welchem Rahmen Widerstandshandlungen von Migranten gegen die Schiffsbesatzung ziviler Schiffe als zulässige Notwehrhandlungen zu qualifizieren sind.

Dies ist weitgehend unproblematisch. Drohungen oder Gewaltanwendung sind geeignet zur Abwehr des Angriffs der

Besatzung. Sie sind auch erforderlich⁹², da obrigkeitliche Hilfe – die grundsätzlich vorrangig in Anspruch genommen werden muss⁹³ – in den hier in Rede stehenden Fällen regelmäßig nicht zur Verfügung steht. Es liegt auf der Hand, dass die Behörden eines Staates wie Libyen, auf deren Praktiken die der Notwehrlage zugrunde liegende Gefahrenlage ja gerade zurückgeht, nicht als hoheitliche Hilfe *gegen* eine Aussetzung vonseiten der Schiffsbesatzung in Betracht kommt. Eine Kontaktaufnahme mit dem Flaggenstaat des Schiffes, also Deutschland, wird für die Geretteten aus praktischen Gründen (sei es mangels Kommunikationsmöglichkeit oder mangels Kenntnis der zuständigen Behörden) regelmäßig nicht in Betracht kommen. Jedenfalls aber dürfte im zentralen Mittelmeer Hilfe durch deutsche Einsatzkräfte nicht zu erwarten sein.

Über die Erforderlichkeit hinaus ist im deutschen Strafrecht – anders als nach dem im Vos Thalassa Fall anwendbaren italienischen Recht⁹⁴ – eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht vorzunehmen.⁹⁵ Zwar wird eine „sozialethische Einschränkung“ des Notwehrrechts erwogen, wenn der Verteidiger den Angriff vorwerfbar herbeigeführt hat.⁹⁶ Es erscheint allerdings bereits höchst fragwürdig, anzunehmen, dass die Migranten in den hier behandelten Fällen vorwerfbar die Gefahr, in Seenot zu geraten, verursacht haben. Jedenfalls verursachen sie – auch vor dem Hintergrund des Refoulement-Verbots – nicht *schuldhaft* die hier in Rede stehende Gefahr, von einem Schiff gerettet und daraufhin nach Libyen gebracht und dort menschenunwürdiger Behandlung ausgesetzt zu werden.⁹⁷ Dabei spielt es keine Rolle, aus welchen Gründen die Migranten ihr Heimatland verlassen haben (also etwa aus politischen Gründen, wegen eines Krieges, wegen einer Hungersnot oder aus wirtschaftlichen Motiven). Diese Fragen sind für die Beurteilung des Status der Migranten nach den einschlägigen migrationsrechtlichen Vorschriften von Bedeutung. Für die Frage, ob durch eine Ausreise aus Libyen die Gefahr einer *rechtswidrigen* Zurückschiebung nach einer Rettung schuldhaft herbeigeführt wurde, spielt der Grund für die Emigration aus dem Heimatland keine Rolle. Die Kenntnis der Gefahr rechtswidriger Zurückweisungen bei einer Ausreise aus Libyen auf dem Seeweg unterscheidet sich nicht bei Personen, die aus Sicht des Migrationsrechts in Deutschland einen Anspruch etwa auf Asyl haben und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Aus *objektiver* strafrechtlicher Sicht kann es daher nicht zu einem Verlust des Notwehrrechts führen, dass der ursprüngliche Migrations- bzw. Fluchtgrund aus dem Heimatland nicht migrationsrecht-

⁹¹ Dabei würde sich die bislang – soweit ersichtlich – in Rspr. und Lit. noch nicht diskutierte Frage stellen, ob Menschen Notwehr gegen Refoulement durch Hoheitsträger üben dürfen, welche die Betroffenen der Staatsgewalt eines Landes übergeben wollen, in dem Folter und unmenschliche Behandlung droht. Denn nach der Rspr. gilt bei Notwehr gegen hoheitliche Diensthandlungen ein „strafrechtlicher Rechtswidrigkeitsbegriff“ (siehe nur BGH NJW 2015, 3109, zur Notwehr gegen verwaltungsrechtswidriges Staatshandeln): Die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Handelns in einem strafrechtlichen Sinne hänge lediglich davon ab, dass „die äußeren Voraussetzungen zum Eingreifen des Beamten“ gegeben seien, „er also örtlich und sachlich zuständig“ ist, er die vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten einhält und der Hoheitsträger sein – ihm gegebenenfalls eingeräumtes – Ermessen pflichtgemäß ausübt. Hier würde sich also die Frage stellen, ob konventionswidriges Refoulement durch Hoheitsträger sich im Einzelfall als Willkür oder noch als pflichtgemäße Ermessensausübung darstellt. Zur Differenzierung auch danach, ob der Hoheitsträger eigenverantwortlich oder auf Anweisung handelt, siehe etwa *Kindhäuser* (Fn. 86), § 32 Rn. 68 ff.

⁹² Zur Definition siehe statt aller *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 74), § 32 Rn. 9 m.w.N.

⁹³ *Erb* (Fn. 81), § 32 Rn. 145 m.w.N.

⁹⁴ Siehe oben Fn 35.

⁹⁵ BGH NJW 2003, 1955 (1957).

⁹⁶ Zu den Ansichten im Einzelnen ausführlich etwa *Perron/Eisele* (Fn. 86), § 32 Rn. 58 ff.

⁹⁷ Zu der Frage, ob die Herbeiführung einer *Notstandslage* im Rahmen der Inanspruchnahme des Nothafenrechts Folgen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit hat, siehe *Lenk*, ZaöRV 2019, 713.

lich anerkannt ist. Mit anderen Worten: Das strafrechtliche Notwehrrecht ist nicht akzessorisch zum Migrationsverwaltungsrecht. Zudem ist in der Praxis regelmäßig von gemischter Migration auszugehen, bei der die Risiken einer Zurückschiebung für alle Migranten gleich zu bewerten sind. Eine Unterscheidung würde daher zu dem zweifelhaften Ergebnis führen, dass bei einer rechtswidrigen Zurückschiebung manche Migranten an Bord desselben Schiffes Notwehr üben dürften, andere aber nicht. Auch den Besatzungen der Schiffe, die die Rettung durchgeführt haben, ist damit nicht geholfen, denn sie sind zu einer Prüfung der Migrations- bzw. Fluchtgründe weder befähigt noch befugt.

Somit kommt keine sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts in Betracht. Im Ergebnis wäre in den hier ins Auge gefassten Situationen der Widerstand der Migranten gegen die bevorstehende Aussetzung – auch mit Gewalt – zulässig.

Dabei kann auch der Angriff auf den Seeverkehr durch Notwehr gerechtfertigt werden. Zwar schützt § 316c StGB neben Individualrechtsgütern (Leib, Leben und Freiheit⁹⁸) auch das Allgemeinrechtsgut der Sicherheit des zivilen Luft- und Seeverkehrs.⁹⁹ Eine solche Tat beeinträchtigt daher – grundsätzlich unzulässigerweise¹⁰⁰ – nicht nur Rechtsgüter des Angreifers, sondern auch Rechtsgüter Unbeteiligter (der Allgemeinheit). In der Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, dass auch die Verletzung von Allgemeinrechtsgütern ausnahmsweise durch Notwehr gerechtfertigt sein kann, wenn diese Verletzung „untrennbar mit der erforderlichen Verteidigung verbunden ist“^{101, 102}. Daher kann die Notwehr

im Einzelfall auch den Angriff auf den Seeverkehr nach § 316c StGB rechtfertigen.¹⁰³

3. Rechtfertigung wegen Notstands nach § 34 StGB

Ist in einem konkreten Fall die ggf. drohende Aussetzung durch die Besatzung noch nicht gegenwärtig oder ist ein rechtswidriger Angriff durch die Besatzung i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB zu verneinen, so dürften die Widerstandshandlungen von Migranten jedenfalls durch Notstand nach § 34 StGB gerechtfertigt sein.

a) Refoulement durch Private als Notstandsfrage

Die Übergabe geretteter Migranten an die libysche Küstenwache begründet regelmäßig einen Zustand, bei dem es nach den konkreten tatsächlichen Umständen wahrscheinlich ist, dass es zu einem schädigenden Ereignis kommt¹⁰⁴ – und damit eine Gefahr i.S.d. § 34 S. 1 StGB. Wie wahrscheinlich dieser Schadenseintritt sein muss, hängt dabei auch von der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter und dem Ausmaß des möglichen Schadens ab.¹⁰⁵ Auf Grund der überragenden Bedeutung¹⁰⁶ des absoluten Folterverbots nach Art. 3 EMRK, aus dem das Refoulement-Verbot abgeleitet wird,¹⁰⁷ und des drohenden Schadensausmaßes (Folter, Zwangsarbeit, ggf. Tod) dürfen daher an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Im Übrigen handelt es sich bei der Gefahr von Folter oder anderer unmenschlicher Behandlung nicht nur um ein abstraktes Risiko, dem jedermann in Libyen ausgesetzt ist.¹⁰⁸ Vielmehr sind Migranten in besonderer Weise gefährdet.¹⁰⁹

⁹⁸ Zu der Frage, ob auch die Luft- oder Seefracht geschützt ist, siehe etwa Hecker (Fn. 84), § 316c Rn. 2.

⁹⁹ BT-Drs. 11/4946, S. 5 f.; Zieschang (Fn. 85), § 316c Rn. 5; Wieck-Noodt (Fn. 82), § 316c Rn. 1; Hecker (Fn. 84), § 316c Rn. 2; Heger (Fn. 74), § 316c Rn. 1 („vornehmlich Leib und Leben“); a.A. (nur Schutz der Individualrechtsgüter Leben und Gesundheit): Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, § 316c Rn. 2.

¹⁰⁰ Im Ausgangspunkt heute allgemeine Meinung, siehe nur m.w.N. Perron/Eisele (Fn. 86), § 32 Rn. 31.

¹⁰¹ BGH NJW 2013, 2133 (2136, zu § 315b StGB) mit ablehnender Anm. Brüning, ZJS 2013, 511 (517); Engländer, HRRS 2013, 389 (393); mit anderer Begründung, im Ergebnis aber zustimmend Mitsch, JuS 2014, 593 (596).

¹⁰² Zu diesem Ergebnis kommt Mitsch im Rahmen des § 315b StGB mit einer anderen Begründung: § 315b StGB fordere neben der Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs auch einen konkreten Gefährdungserfolg. Wenn letzterer allein darin bestehe, dass Rechtsgüter des Angreifers betroffen seien, so werde „der Unrechtsgehalt der tatbestandmäßigen konkreten Individualgutsgefährdung durch die insoweit erfüllten Notwehrovoraussetzungen vollständig neutralisiert“. Dadurch fehle ein Teil des tatbestandlichen Unrechts, sodass eine Bestrafung nach § 315b StGB nicht mehr möglich sei. Dazu ausführlich Mitsch, JuS 2014, 593 (596); dem zustimmend etwa Erb (Fn. 81), § 32 Rn. 123. Diese Argumentation lässt sich auf § 316c StGB gut übertragen:

Wenn die Tathandlung im Rahmen des § 316c StGB (hier: der Angriff auf die Entschlussfreiheit einer Person) sich ausschließlich gegen den Angreifer richtet, so wird diese durch die Notwehr vollständig neutralisiert. Dass bei § 316c StGB eine Tathandlung und bei § 315b StGB ein Taterfolg neutralisiert wird, macht keinen entscheidenden Unterschied.

¹⁰³ So im Ergebnis – allerdings ohne Begründung – auch Bohle, Piraterie und Strafrecht, 2018, S. 92; Stoll, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 72), Stand: 1.11.2020, § 316c Rn. 18.

¹⁰⁴ Zum Begriff der Gefahr BGHSt 18, 271; Momsen/Savic (Fn. 81), § 34 Rn. 4; Neumann (Fn. 81), § 34 Rn. 39 ff.; Perron/Eisele (Fn. 86), § 34 Rn. 12. Ausführlich und kritisch jüngst Rotsch, in: Saliger u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 1009.

¹⁰⁵ Erb (Fn. 81), § 34 Rn. 86; Neumann (Fn. 81), § 34 Rn. 39; Perron (Fn. 81), § 34 Rn. 15; dazu Engländer (Fn. 81), § 34 Rn. 11.

¹⁰⁶ EGMR (Große Kammer), Urt. v. 12.5.2005 – 46221/99 (Öcalan v. Türkei), Rn. 179: „Article 3 enshrines one of the fundamental values of democratic societies“; Ladewig/Lehnert, in: Ladewig/Lehnert/v. Raumer (Hrsg.), EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., 2017, Art. 3 Rn. 1.

¹⁰⁷ Dazu bereits oben unter III.

¹⁰⁸ Ein solches abstraktes Risiko, das jedermann betrifft, etwa die Gefahr eines Atomkriegs, genügt nicht, OLG Köln NStZ

Diese Gefahr für Leib und Freiheit (im Einzelfall auch Leben) ist auch gegenwärtig. Anders als der „gegenwärtige Angriff“ in § 32 Abs. 2 StGB ist die „gegenwärtige Gefahr“ in § 34 S. 1 StGB nicht notwendig ein punktuellere Ereignis¹¹⁰, sondern kann auch einen Zustand erfassen, der erst nach Ablauf einer gewissen Zeit in einem Schaden einschlägt.¹¹¹ Im Unterschied zur Notwehr kommt es beim Notstand nicht darauf an, ob der Schadenseintritt unmittelbar bevorsteht, sondern vielmehr darauf, ob zur Abwendung des Schadens ein sofortiges Handeln nötig ist.¹¹² Die Gefahr von Folter oder unmenschlicher Behandlung ist daher bereits dann gegenwärtig i.S.d. § 34 S. 1 StGB, wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr oder nur noch unter erheblich größeren Risiken abgewendet werden könnte.¹¹³ Selbst wenn zu einem späteren Zeitpunkt die Schadensabwehr noch möglich ist, so ist jedoch von Bedeutung, ob das Abwarten ein deutlich gesteigertes Risiko eines Fehlschlags mit sich bringt, das im Rahmen der bei § 34 StGB gebotenen Interessenabwägung nicht mehr zumutbar ist.¹¹⁴ Eine unmittelbar bevorstehende Übergabe der Migranten an ein Schiff der libyschen Küstenwache oder ein baldiges Eintreffen im libyschen Küstenmeer oder gar einem Hafen dürften regelmäßig eine gegenwärtige Gefahr begründen. Das im Rahmen der Gegenwartigkeit nach § 32 Abs. 2 StGB zu den Fällen der *Vos Thalassa*, *Nivin* und *El Hiblu 1* Gesagte gilt im Hinblick auf die Gegenwartigkeit nach § 34 S. 1 StGB erst recht.

b) Widerstandshandlungen gegen die Schiffsbesatzung als Notstandshandlungen

Widerstandshandlungen geretteter Migranten gegen die Schiffsbesatzung werden in den meisten Fällen zulässige Notstandshandlungen sein.

Die Voraussetzung, dass die Gefahr nicht anders abwendbar sein darf, entspricht im Wesentlichen dem Merkmal der Erforderlichkeit im Rahmen des § 32 Abs. 2 StGB.¹¹⁵ Allerdings besteht der Unterschied, dass es im Rahmen des Notstands an der Erforderlichkeit fehlt, wenn ein Ausweichen¹¹⁶ oder eine Flucht¹¹⁷ vor der Gefahr möglich ist. Auf einem auf See befindlichen Schiff kommen freilich weder ein Ausweichen noch eine Flucht in Betracht. Auch im Rahmen von § 34 StGB wäre die Gefahr anders abwendbar, wenn rechtzeitig

obrigkeitliche Hilfe geholt werden könnte,¹¹⁸ was aber – wie oben unter 2. b) erläutert – in den hier betrachteten Fallkonstellationen regelmäßig ausscheidet.

Die Interessenabwägung dürfte in den meisten Fällen zugunsten der Migranten ausgehen. Im Rahmen dieser ist zu ermitteln, ob im konkreten Fall das Erhaltungsgut (hier: körperliche Unversehrtheit, Freiheit, ggf. Leben der Migranten) schutzwürdiger ist als das Eingriffsgut (hier: Allgemeinrechtsgut der Sicherheit des zivilen Seeverkehrs, Willensfreiheit und ggf. körperliche Unversehrtheit der Schiffsbesatzung, bei Sachbeschädigung auch Eigentum). In die Abwägung sind insbesondere die betroffenen Rechtsgüter und der Grad der ihnen drohenden Gefahren einzubeziehen; zusätzlich („namentlich“) können auch andere Faktoren relevant werden.¹¹⁹

aa) Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter

Auf Seiten der geretteten Migranten ist insbesondere die herausgehobene Bedeutung¹²⁰ des Folterverbots nach Art. 3 EMRK, welches auch das Refoulement-Verbot beinhaltet, in die Abwägung einzustellen: dem Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit kommt – gerade bei drohender Folter oder unmenschlicher Behandlung – besondere Wichtigkeit zu. Dieser abstrakte Rang eines Rechtsguts innerhalb der Rechtsordnung ist ein erster Anhaltspunkt;¹²¹ sodann ist die Intensität der Beeinträchtigung in concreto zu betrachten,¹²² daneben auch die Nachhaltigkeit der Beeinträchtigung und die Möglichkeit der Wiederherstellung.¹²³ Über die temporären und bleibenden Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit (einschließlich psychischer Schäden) durch Folter sind an dieser Stelle zusätzliche Ausführungen entbehrlich.¹²⁴ Die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit der Schiffsbesatzung hinsichtlich der Fahrtrichtung wird ebenfalls stark beeinträchtigt. Gleichzeitig ist diese Beeinträchtigung aber nur von vorübergehender Dauer und hat keine nachhaltigen bzw. nur (insoweit im Einzelfall jedoch schwerwiegende) wirtschaftliche Folgen. Je nach Fallkonstellation kann jedoch auch die körperliche Unversehrtheit der Besatzung als ein Rechtsgut von hohem Rang betroffen sein.

1985, 550 (551); zu diesen Fällen auch BVerfGE 66, 39 (59); 77, 170 (194 f.).

¹⁰⁹ Vgl. *Farahat/Markard* (Fn. 61), S. 22–27 m.w.N., und die Nachweise in Fn. 79.

¹¹⁰ Dazu *Erb* (Fn. 81), § 32 Rn. 105.

¹¹¹ *Perron* (Fn. 81), § 34 Rn. 17.

¹¹² *Perron* (Fn. 81), § 34 Rn. 17; *Erb* (Fn. 81), § 34 Rn. 98 ff.; in diese Richtung auch (zur Gegenwartigkeit der Gefahr bei § 35 StGB) BGH NJW 1979, 2053.

¹¹³ *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 56.

¹¹⁴ *Erb* (Fn. 81), § 34 Rn. 98.

¹¹⁵ *Momsen/Savic* (Fn. 81), § 34 Rn. 7; *Kühl* (Fn. 92), § 34 Rn. 3.

¹¹⁶ *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 58; *Kühl* (Fn. 92), § 34 Rn. 3.

¹¹⁷ *Kühl* (Fn. 92), § 34 Rn. 3

¹¹⁸ BGHSt 39, 133 m. Anm. *Roxin*, NStZ 1993, 333 (335 f.).

¹¹⁹ *Neumann* (Fn. 81), § 34 Rn. 65.

¹²⁰ Dazu bereits oben 3. a).

¹²¹ *Erb* (Fn. 81), § 34 Rn. 138; *Perron* (Fn. 81), § 34 Rn. 23; *Momsen/Savic* (Fn. 81), § 34 Rn. 9.

¹²² *Erb* (Fn. 81), § 34 Rn. 141.

¹²³ *Momsen/Savic* (Fn. 81), § 34 Rn. 11; *Perron* (Fn. 81), § 34 Rn. 26.

¹²⁴ Siehe nur die die Fallbeispiele bei *van der Berg*, Folter, unmenschliche und erniedrigende Behandlung in der Rechtsprechung des EGMR und die strafprozessualen Konsequenzen, 2019, teilweise unter Verweis auf die vor dem EGMR festgestellten medizinischen Diagnosen.

bb) Grad der den Rechtsgütern drohenden Gefahren

Weiterhin ist bei der Interessenabwägung der Grad, also die Wahrscheinlichkeit¹²⁵ der drohenden Gefahren zu berücksichtigen. Die Willensfreiheit der Besatzung wird nicht nur wahrscheinlich, sondern definitiv beeinträchtigt. Die Aussicht von Folter und unmenschlicher Behandlung ist je nach Fallkonstellation zunächst („nur“) eine Gefahr, sodass es nicht um die Abwendung eines sicheren Erfolgs, sondern eines Risikos geht.

cc) Weitere abwägungsrelevante Faktoren: Verantwortlichkeit für die Notstandslage

Weiterhin kann der Aspekt der Verantwortlichkeit für die Notstandslage in die Abwägung eingestellt werden: Wer die Notstandslage herbeigeführt hat, muss weitreichendere Eingriffe dulden als derjenige, der unverschuldet mit ihr konfrontiert ist. Hierbei ist zwischen der Verantwortlichkeit des Inhabers des Eingriffsguts für die Notstandslage (Defensivnotstand) und der Verantwortlichkeit des Inhabers des Erhaltungsguts für die Notstandslage (verschuldete Notstandslage) zu unterscheiden.

In Fällen des Defensivnotstands hat der Inhaber des Eingriffsguts weitreichendere Eingriffe zu dulden als in Fällen des Aggressivnotstands (Beeinträchtigung von Rechtsgütern Unbeteiligter).¹²⁶ In diesen Konstellationen geht es um eine Gefahrverursachung durch die Inhaber des Eingriffsguts (hier: die Schiffsbesatzung), die nicht die Schwelle eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs erreicht.¹²⁷ Wenn das Verhalten der Besatzung¹²⁸, also das Zusteuern auf das unsichere Zielland und mögliche Absprachen mit den dortigen Behörden, (noch) keine (gegenwärtige) Aussetzung darstellt, so schafft es doch jedenfalls faktisch die Gefahr von Folter und unmenschlicher Behandlung der Migranten. Dabei ist – wie bei der Aussetzung – unerheblich, dass die Migranten sich zuvor bereits in der Gefahr zu ertrinken befanden, handelt es sich doch bei der von der Schiffsbesatzung geschaffenen Gefahr um eine neue, andere Gefahrenlage.¹²⁹ Die Schiffsbesatzung verursacht die Gefahr von Folter und unmenschlicher Behandlung der Migranten spätestens dadurch, dass sie die Migranten an die Küstenwache des unsicheren Ziellandes übergibt. Sie hat damit weitreichendere Eingriffe zu dulden als wenn es sich um eine von ihr nicht beeinflusste Gefahr handeln würde.

Des Weiteren wäre zu berücksichtigen, wenn die Notstandslage von den Inhabern des Erhaltungsguts (hier: den

¹²⁵ Perron (Fn. 81), § 34 Rn. 27; Momsen/Savic (Fn. 81), § 34 Rn. 11.

¹²⁶ H.M., siehe Perron (Fn. 81), § 34 Rn. 30; Kühl (Fn. 92), § 34 Rn. 9; Erb (Fn. 81), § 34 Rn. 21; a.A. (analoge Anwendung des § 228 BGB) Neumann (Fn. 81), § 34 Rn. 86.

¹²⁷ Andernfalls wäre § 32 StGB anwendbar, siehe oben 2.

¹²⁸ Wie oben Fn. 71 erwähnt, bedürfte etwa die Frage, wie es sich auswirkt, wenn einzelne Besatzungsmitglieder der Übergabe an die Küstenwache nicht zustimmen, einer gesonderten Erörterung und wird hier nicht vertieft.

¹²⁹ Vgl. oben IV.

Migranten) selbst verschuldet wäre.¹³⁰ Die schuldhafte Herbeiführung der Notstandslage führt nicht zu einem Ausschluss der Rechtfertigungsmöglichkeit nach § 34 StGB,¹³¹ jedoch ist dies im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.¹³² Wie oben unter 2. b) bereits unter dem Aspekt der vorwerfbareren Herbeiführung der Notwehrlage erläutert, kann nicht davon gesprochen werden, dass die Migranten die Gefahr, Opfer von Folter und unmenschlicher Behandlung zu werden, geschaffen hätten.

dd) Fazit zur Interessenabwägung

Berücksichtigt man die überragende Bedeutung des aus dem Verbot der Folter nach Art. 3 EMRK folgenden Refoulement-Verbots, die möglichen schwerwiegenden und langanhaltenden Folgen von Folter und unmenschlicher Behandlung und die Tatsache, dass die Schiffsbesatzung schuldhaft die Gefahr für die Migranten durch die geplante Übergabe an die libysche Küstenwache herbeiführt, so wird deutlich, dass eine Interessenabwägung im Rahmen des § 34 StGB regelmäßig zugunsten der Migranten ausfallen dürfte. Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB liegt demnach – je nach den Umständen des Einzelfalls – nahe.

Daher kann auf eine detaillierte Prüfung des entschuldigenden Notstands nach § 35 StGB verzichtet werden, zumal jedenfalls bei Bejahung einer Gefahr¹³³ keine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter, sondern lediglich eine Prüfung der Zumutbarkeit der Gefahr vorzunehmen ist.¹³⁴ Es sei auch noch darauf verwiesen, dass § 316c Abs. 2 StGB einen minder schweren Fall des Angriffs auf den Seeverkehr vorsieht, dessen Anwendung selbst in nicht durch einen Notstand gerechtfertigten oder entschuldigten Fällen von Widerstandshandlungen (etwa wenn im Einzelfall keine hinreichend große Gefahr droht) bei aus Verzweiflung begangenen Taten ohne nennenswerte Schäden anzuwenden sein dürfte.¹³⁵

VI. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Für zivile Schiffe im zentralen Mittelmeer besteht ein Risiko, nach einer Rettung von Migranten in Seenot in ein von großen politischen und rechtlichen Unsicherheiten geprägtes Dilemma zu geraten. Einerseits besteht eine straf- und ord-

¹³⁰ So auch Lenk, ZaöRV 2019, 713.

¹³¹ BayObLG NJW 1978, 2046 (2047); Perron (Fn. 81), § 34 Rn. 30; Kühl (Fn. 92), § 34 Rn. 2; Momsen/Savic (Fn. 81), § 34 Rn. 13.

¹³² Küper, Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand: Zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“, 1983, S. 24, 160; Momsen/Savic (Fn. 81), § 34 Rn. 13; Neumann (Fn. 81), § 34 Rn. 95 ff.

¹³³ Der einzige Unterschied besteht darin, dass § 35 StGB enumerativ die tauglichen Erhaltungsgüter (Leben, Leib und Freiheit) vorgibt, sodass hier die anderen durch mögliche Folter gefährdeten Rechtsgüter der Migranten (z.B. deren Willensfreiheit) nicht in Betracht kommen.

¹³⁴ Siehe § 35 Abs. 1 S. 2.

¹³⁵ Vgl. zu den Voraussetzungen Wieck-Noodt (Fn. 82), § 316c Rn. 59; Bohle (Fn. 103), S. 93.

nungswidrigkeitenrechtlich abgesicherte Rechtspflicht zur Rettung und Verbringung der Geretteten an einen sicheren Ort. Andererseits sind Schiffe, die dieser Pflicht nachkommen, regelmäßig mit (oft ihrerseits rechtswidrigen) Abschreckungsmaßnahmen durch Italien und Malta konfrontiert, die eine Zurückschiebung nach Libyen befürworten.

Da auch deutsche Schiffe im zentralen Mittelmeer im Einsatz sind (und darunter mehrere zivile Rettungsschiffe), können solche Vorfälle nach deutschem Recht zu beurteilen sein. Zurückschiebungen durch die Besatzungen ziviler Schiffe unter deutscher Flagge können nach deutschem Strafrecht unter anderem als strafbare Aussetzung gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu bewerten sein und Widerstandshandlungen der Geretteten wie in den Fällen der Vos Thalassa, Nivin und El Hiblu 1 zur Folge haben. Solche Widerstandshandlungen erfüllen zwar gegebenenfalls den Tatbestand von Strafnormen wie § 316c Abs. 1 StGB. Sie dürften aber insbesondere in Fällen von gegen das Refoulement-Verbot der EMRK verstoßenden Zurückschiebungen durch zivile Schiffe ihrerseits wegen Notwehr nach § 32 StGB oder Notstands nach § 34 StGB gerechtfertigt sein. Dieses Ergebnis erscheint nicht nur der faktischen Situation angemessen, sondern vermeidet auch Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsordnung, indem es Personen, die sich gegen schwerwiegende Gefahren wehren, nicht der zusätzlichen Gefahr einer Strafbarkeit sowie einer rechtmäßigen Notwehr durch die Schiffsbesatzung aussetzt.

Dabei kommt es für die Zulässigkeit von Notstands- oder Notwehrhandlungen nicht darauf an, ob die drohende Gefahr für die Migranten im Einzelfall der Besatzung des Schiffes bekannt ist. Umgekehrt kann von einer Schiffsbesatzung, sei es auf einem zivilen Rettungsschiff oder einem Handelsschiff, im Einzelfall keine umfassende Prüfung der individuellen Bedrohungslage der geretteten Personen erwartet werden. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit führt – in Verbindung mit der Abwesenheit staatlicher Aufgabenwahrnehmung im zentralen Mittelmeer – zu einer erheblichen Verlagerung des rechtlichen Risikos auf Private. Für zivile Rettungsorganisationen stellt sich die Abwägung aufgrund selbst gesetzter Ziele trotz des durch die Küstenstaaten der EU ausgeübten Drucks vergleichsweise einfach dar, da sie nicht wirtschaftlich tätig und Repressalien in Kauf zu nehmen bereit sind. Der Handelsschiffahrt droht hingegen eine Situation, in der auf der einen Seite eine Strafbarkeit sowie gerechtfertigte Widerstandshandlungen geretteter Migranten stehen und auf der anderen Seite staatliche Maßnahmen wie Hafensperrungen und daraus resultierende erhebliche wirtschaftliche Verluste. Dass auf diese Weise keine Anreize für die Rettung von Menschenleben gesetzt werden, liegt auf der Hand. Den betroffenen privaten Akteuren ist daher jedenfalls aus rechtlicher Sicht zu raten, ihre Praxis den beschriebenen Unsicherheiten und rechtlichen Risiken anzupassen und generell von der Verbringung Geretteter nach Libyen sowie von einer Übergabe solcher Personen an die libyschen Behörden abzusehen. Auch wenn die hier vorgenommene Analyse das deutsche Strafrecht in den Fokus nimmt, sollte nicht ausgeschlossen werden, dass auch das Strafrecht anderer (Flaggen-)

Staaten ähnlich konzipiert sein kann – wie auch der Freispruch im Fall der Vos Thalassa zeigt.

Recent developments in the jurisprudence of the International Criminal Court – Part 1*

By Eleni Chaitidou, The Hague**

During the period 2019–2020, the International Criminal Court (“Court” or “ICC”) issued a series of important judgments and decisions. The Appeals Chamber authorised the commencement of the investigation in Afghanistan, which had previously been rejected by the Pre-Trial Chamber, decided on the admissibility challenge in the Al Hassan case, the second challenge in the Gaddafi case and continued its deliberations on the appeals against the conviction of Ntaganda and the acquittals of Gbagbo and Blé Goudé. Two cases were assigned to Trial Chambers which started the trial preparations immediately: in the Al Hassan case, the trial commenced on 14 July 2020, while in the Yekatom/Ngaïssona case, the trial is scheduled to start on 9 February 2021. Preparations for the reparations phase are underway in the Ntaganda case, and in the Ongwen case, the delivery of the judgment has been scheduled for 4 February 2021. It has also been a busy year for the Pre-Trial Chambers. Apart from concluding the pre-trial phase in the Al Hassan and Yekatom/Ngaïssona cases, Pre-Trial Chambers have also given authorisation for the commencement of the investigation in the Bangladesh/Myanmar situation, and reviewed, for a third time, the Prosecutor’s decision not to open an investigation in the situation on the vessels registered in the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia. Further, a Pre-Trial Chamber was tasked with determining whether Bemba was entitled to compensation. Moreover, following the political changes in Sudan, Ali Kushayb, who has been a fugitive for over 13 years, was surrendered to the Court. Likewise, Gicheru, suspected of having committed offences against the administration of justice, surrendered to the Court five years after the warrant of arrest was issued for him. As with other judicial authorities at the national level, the Coronavirus Pandemic posed challenges for the Court, but did not halt its operation. The above developments demonstrate the Court’s achievements throughout these unusual times.

From the plethora of decisions and judgments, only a selection of judicial rulings will be presented in this article. As always, the “appetizers” presented in this short overview do not cover all developments that deserve to be discussed here. It is hoped that the interested reader will take this overview as an incentive to seek out further information on the Court’s website. The selection of decisions and proposed key findings reflect the author’s personal choice and preference – any misrepresentation or inaccuracy rests with the author alone. A factsheet introduces the situation or case discussed thus informing the reader of relevant basic facts.

* Previous overviews of the Court’s jurisprudence are available at ZIS 2008, 367; 2008, 371; 2010, 726; 2011, 843; 2013, 130; 2015, 523; 2016, 813; 2017, 546; 2017, 733; 2018, 23, 73; 2019, 567. This contribution summarizes the jurisprudential developments at the International Criminal Court from October/November 2019 until 13.11. 2020.

I. Situation in the Democratic Republic of the Congo (Pre-Trial Chamber I)¹ – Prosecutor v Bosco Ntaganda (Trial Chamber VI)²

- First warrant of arrest: 22.8.2006 (public on 28.4.2008)
- Second warrant of arrest: 13.7.2012
- Surrender to the Court: 22.3.2013
- Confirmation of charges: 9.6.2014
- Trial: 2.9.2015–30.8.2018
- Victims participating: 2,129
- Conviction: 8.7.2019
- Sentencing: 7.10.2019
- Current status: Appellate proceedings

While appellate proceedings are ongoing, the Trial Chamber has also rendered a series of decisions concerning the reparations. On 5 December 2019, The Single Judge, acting on behalf of Trial Chamber VI, adopted a calendar with various deadlines according to which the reparation proceedings would be carried out.³ On 28 February 2020, the Chamber received observations on the reparation process, as ordered, from the Defence,⁴ the legal representatives of victims,⁵ the Prosecutor,⁶ the Registry,⁷ the Trust Fund for Victims (“TFV”),⁸ and later from the government of the Democratic

** The author is a Senior Legal Officer at the Kosovo Specialist Chambers, currently on leave from the International Criminal Court. The views expressed in this article are those of the author alone and do not necessarily reflect the views of the International Criminal Court or the Kosovo Specialist Chambers. All decisions discussed in this paper can be accessed on the Court’s website or the Legal Tools Database (<http://www.legal-tools.org> [13.12.2020]).

¹ The record carries the situation number ICC-01/04.

² The record carries the case number ICC-0/04-02/06.

³ ICC, Decision of 5.12.2019 – ICC-01/04-02/06-2447 (Order setting deadlines in relation to reparations).

⁴ ICC, Filing of 6.3.2020 – ICC-01/04-02/06-2479-Red (Defence submissions on reparations). The public redacted version was filed on 6 March 2020.

⁵ ICC, Filing of 28.2.2020 – ICC-01/04-02/06-2474 (Submissions on Reparations on behalf of the Former Child Soldiers); Filing of 28.2.2020 – ICC-01/04-02/06-2477-Red (Submissions by the Common Legal Representative of the Victims of the Attacks on Reparations).

⁶ ICC, Filing of 28.2.2020 – ICC-01/04-02/06-2478 (Prosecution’s Observations on Reparations).

⁷ ICC, Filing of 28.2.2020 – ICC-01/04-02/06-2475 (Registry’s Observations on Reparations).

⁸ ICC, Filing of 28.2.2020 – ICC-01/04-02/06-2476 (Trust Fund for Victims’ observations relevant to reparations).

Republic of the Congo⁹ and, upon leave,¹⁰ the International Organisation for Migration.¹¹ Due to the Coronavirus Pandemic, the Single Judge requested observations from all parties and participants as to whether and how the current restrictions in place, in particular regarding travel, impact their respective proposals in their earlier submissions.¹²

Having received on 19 February 2020 a list with proposed experts on reparations from the Registry, the Chamber proceeded to appoint four experts and requested a joint report by 30 October 2020 on (i) the scope of liability of the convicted person; (ii) the scope, extent, and evolution of the harm suffered by both direct and indirect victims, including the long-term consequences of the crimes on the affected communities and including the potential cost of repair; (iii) appropriate modalities of reparations; and (iv) sexual violence, in particular sexual slavery, and the consequences thereof on direct and indirect victims.¹³ The experts were also encouraged to consult the expertise rendered in other cases and use it in their report.¹⁴

With a view to enhancing the efficiency and effectiveness of the reparation process, the Chamber issued a decision on the reparation process¹⁵ and gave, among other things, the following instructions:

- (i) The Victims Participation and Reparation Section (“VPRS”) within the Registry shall identify victims potentially eligible for reparations amongst those who participated in the trial; participating victims who have not yet expressed their wish to receive reparations shall be presumed willing to be considered as potential beneficiaries of reparations; their consent may be sought at the implementation stage.¹⁶
- (ii) The VPRS should assess whether victims eligible for reparations in the Lubanga case are also potentially eli-

gible for reparations in the Ntaganda case; if entitled, their consent may be sought at the implementation stage.¹⁷

- (iii) The VPRS is tasked to identifying as many potential beneficiaries for reparations as possible, including displaced victims, and marginalised or vulnerable victims who may have particular difficulties in making themselves known, and finalise this exercise as soon as practicable.¹⁸
- (iv) The use of an application form for reparations is not mandatory, and victims may provide information through other means; the application forms collected will not be assessed individually by the Chamber at this stage.¹⁹
- (v) The VPRS is instructed to prepare a sample of potential beneficiaries of reparations, in consultation with the parties and TFV from the group of participating victims in the case, those that are eligible for reparations in the Lubanga case, and potentially new identified beneficiaries.²⁰

The Chamber ordered the VPRS to submit a first report on the above by 30 September 2020 and thereafter every three months.²¹ On 30 October 2020, the experts submitted two reports.²²

II. Situation in Darfur/Sudan (Pre-Trial Chamber II)²³ – Prosecutor v Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”, Pre-Trial Chamber II)²⁴

The most significant development during the reporting period in this situation was the unexpected surrender of Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”), who has been a fugitive for over 13 years.

- First warrant of arrest: 27.4.2007
- Second warrant of arrest: 16.1.2018 (public on 11.6.2020)
- Surrender: 9.6.2020
- Victims participating: 6
- Confirmation hearing: 22.2.2021

⁹ ICC, Filing of 2.3.2020 – ICC-01/04-02/06-2480 (Transmission des observations de la République Démocratique du Congo).

¹⁰ ICC, Decision of 17.1.2020 – ICC-01/04-02/06-2460 (Decision on request for leave to submit Amicus Curiae observations).

¹¹ At the time of writing, a public redacted version of the filing was not available.

¹² ICC, Decision of 9.4.2020 – ICC-01/04-02/06-2507 (Order to provide information on the impact of COVID-19 measures on operational capacity).

¹³ ICC, Decision of 14.5.2020 – ICC-01/04-02/06-2528 (Public redacted version of “Decision appointing experts on reparations” [“Decision Appointing Experts”]); ICC, Decision of 20.7.2020 – ICC-01/04-02/06-2553 (Decision on Request for an Extension of Time for Filing of Experts’ Report).

¹⁴ ICC, Decision of 14.5.2020 – ICC-01/04-02/06-2528 (Decision Appointing Experts), para. 17.

¹⁵ ICC, Decision of 26.6.2020 – ICC-01/04-02/06-2547 (First Decision on Reparation Process [“First Reparation Decision”]).

¹⁶ ICC, Decision of 26.6.2020 – ICC-01/04-02/06-2547 (First Reparation Decision), paras. 26–30.

¹⁷ ICC, Decision of 26.6.2020 – ICC-01/04-02/06-2547 (First Reparation Decision), para. 31.

¹⁸ ICC, Decision of 26.6.2020 – ICC-01/04-02/06-2547 (First Reparation Decision), paras. 33–34.

¹⁹ ICC, Decision of 26.6.2020 – ICC-01/04-02/06-2547 (First Reparation Decision), paras. 35–36.

²⁰ ICC, Decision of 26.6.2020 – ICC-01/04-02/06-2547 (First Reparation Decision), para. 38.

²¹ ICC, Decision of 26.6.2020 – ICC-01/04-02/06-2547 (First Reparation Decision), para. 44.

²² ICC, Filing of 30.10.2020 – ICC-01/04-02/06-2623 (Registry Transmission of Appointed Experts’ Reports) with two annexes.

²³ The record carries the situation number ICC-02/05.

²⁴ The record carries the case number ICC-02/05-01/20. The case was severed from the case against Ahmad Muhammad Harun ICC-02/05-01/07 and a new case number was assigned and case record opened.

- Current status: Preparation confirmation hearing

1. Arrest Warrants

The first warrant of arrest was issued by Pre-Trial Chamber I on 27 April 2007 for Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (Mr Abd-Al-Rahman) and Ahmad Muhammad Harun for crimes against humanity and war crimes allegedly committed, pursuant to Article 25 (3) (a) and (d) of the Rome Statute,²⁵ against members of the Fur, Zaghawa and Masalit populations between August 2003 and March 2004 in the localities of Kodoom, Bindisi, Mukjar, Arawala and their surroundings in Darfur.²⁶ Mr Abd-Al-Rahman, who allegedly was also known as Ali Kushayb, was considered to be a senior Janjaweed leader and member of the Popular Defence Force who allegedly implemented the counter-insurgency campaign of the Sudanese Government and fought alongside the Sudan People's Armed Forces against organised rebel groups in Darfur.

Upon application of the Prosecutor, Pre-Trial Chamber II, to which the situation had been assigned in March 2012,²⁷ issued on 16 January 2018 a second warrant of arrest for Mr Abd-Al-Rahman *secret* and *ex parte*, pursuant to Article 58 (6). The Judges added the crime of murder and other inhumane acts allegedly committed against at least 100 Fur men in Deleig and surroundings between approximately 5 and 7 March 2004. They had reasonable grounds to believe that Mr Abd-Al-Rahman was responsible for those additional crimes (i) as direct and indirect perpetrator, and indirect co-perpetrator (Article 25 [3] [a]); (ii) for having ordered them (Article 25 [3] [b]); (iii) for otherwise having contributed to them (Article 25 [3] [d]; and [iv] as military commander or a person effectively acting as a military commander (Article 28 [a]).²⁸

2. Severance of the Case

Mr Abd-Al-Rahman was initially prosecuted together with Ahmad Harun in case ICC-02/05-01/07. Noting that Ahmad Harun may not surrender any time soon to the Court, the

Single Judge²⁹ severed the charges, prior to the initial appearance of the suspect, and directed the Registry to open a new case record for Mr Abd-Al-Rahman.³⁰ He explained that proceeding against Ahmad Harun in absentia, pursuant to Article 61 (2), was not a viable option as the requirements under Article 61 (2) (b) have not been met and proceeding in this fashion would cause delays, thus potentially prejudicing the right of Mr Abd-Al-Rahman to a fair and expeditious trial.³¹ It was also made clear that the participatory rights of the six victims participating in the joint case³² remained unaffected by the severance of the charges.³³

3. Initial Appearance

The Single Judge, acting on behalf of the Chamber,³⁴ convened the initial hearing for Mr Abd-Al-Rahman on 15 June 2020,³⁵ which Mr Abd-Al-Rahman attended via video link from the Detention Centre. At the end of the hearing, the Single Judge informed the parties that the confirmation of charges hearing will commence on 7 December 2020.³⁶

At the initial appearance, the suspect insisted that his name was Abd-Al-Rahman and not Ali Kushayb. This is of importance as the name Ali Kushayb was hitherto part of the case name. On 26 June 2020, the Single Judge decided that henceforth the suspect should be addressed in court proceedings, official court documents and filings, as well as the Court's public information material as Mr Abd-Al-Rahman, as opposed to Ali Kushayb, but denied to change the case name, until the Chamber is in a position to decide on this matter.³⁷

Two further oral rulings continued to be the object of litigation after the initial appearance: Before reading out the crimes which Mr Abd-Al-Rahman is alleged to have committed, as provided in Article 60 (1), the suspect made known to the Single Judge that he waived his right for the crimes to be read out. Nevertheless, the Single Judge ordered that the

²⁵ Rome Statute of the International Criminal Court (UN [ed.], Treaty Series, vol. 2187, p. 3). All articles mentioned in this contribution without reference to the legal instrument are those of the Rome Statute.

²⁶ ICC, Decision of 27.4.2007 – ICC-02/05-01/20-18 (Warrant of Arrest for Al Kushayb); Decision of 27.4.2007 – ICC-02/05-01/20-17-Corr (Decision on the Prosecution Application under Article 58 [7] of the Statute).

²⁷ ICC, Decision of 15.3.2012 – ICC-02/05-01/07-65 (Decision on the constitution of Pre-Trial Chambers and on the assignment of the Democratic Republic of the Congo, Darfur, Sudan and Côte d'Ivoire situation).

²⁸ ICC, Decision of 16.1.2018 – ICC-02/05-01/20-80-Red (Public redacted version of "Second warrant of arrest for Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ('Ali Kushayb')", 16 January 2018, ICC-02/05-01/07-74-Secret-Exp). The warrant of arrest was made public on 11 June 2020.

²⁹ ICC, Decision of ICC, Decision of 9.6.2020 – ICC-02/05-01/20-86 (Decision on the designation of a Single Judge).

³⁰ ICC, Decision of 12.6.2020 – ICC-02/05-01/20-92 (Decision severing the case against Mr Ali Kushayb ["Ali Kushayb Severance Decision"]).

³¹ ICC, Decision of 12.6.2020 – ICC-02/05-01/20-92 (Ali Kushayb Severance Decision), para. 8.

³² ICC, Decision of 17.6.2010 – ICC-02/05-01/07-58 (Decision on 6 Applications for Victims' Participation in the Proceedings).

³³ ICC, Decision of 12.6.2020 – ICC-02/05-01/20-92 (Ali Kushayb Severance Decision), para. 11.

³⁴ ICC, Decision of 9.6.2020 – ICC-02/05-01/07-80 (Decision on the designation of a Single Judge).

³⁵ ICC, Decision of 11.6.2020 – ICC-02/05-01/20-88 (Decision on the convening of a hearing for the initial appearance of Mr Ali Kushayb).

³⁶ ICC, Transcript of 15.6.2020 – ICC-02/05-01/20-T-001-ENG ET, p. 23.

³⁷ ICC, Decision of 26.6.2020 – ICC-02/05-01/20-8 (Decision on the Defence request to amend the name of the case).

crimes be read out in public.³⁸ Further, the suspect's request for a minute of silence to be observed in memory of the victims of Sudan was not acceded to by the Single Judge.³⁹ Both rulings were not appealed by the Defence. Rather, it requested that these oral rulings be reasoned in writing.⁴⁰ With decision of 18 August 2020, the Single Judge dismissed such request.⁴¹ Following this decision, the Defence sought leave to appeal two issues arising from the decision and the two oral rulings, which was granted summarily by the Single Judge.⁴² At the time of writing, the Appeals Chamber has not yet ruled on the matter.

4. Disclosure and Related Matters

At the initial appearance, Mr Abd-Al-Rahman confirmed that he speaks Arabic.⁴³ Thereafter, his Defence counsel requested the Chamber, on the basis of Article 67 (1) (f), to instruct the Registry to provide the Defence team with interpretation and translation services for the suspect's preparation and communication with his defence team ("First Request").⁴⁴ In addition, the Defence requested, based on rule 20 (1) (b) of the Rules of Procedure and Evidence,⁴⁵ that the Registry provide interpretation and translation services for free to the Defence on a provisional basis, pending the Pre-Trial Chamber's and/or Appeals Chamber's ruling on the matter ("Second Request").⁴⁶

The Single Judge rejected the First Request arguing that the suspect's right to interpretation and translation under Article 67 (1) (f) is not absolute but limited to understanding

the proceedings against him.⁴⁷ This does not include private and privileged communications with counsel.⁴⁸ Rather, it is the responsibility of counsel to organise his team in such a manner which allows him to protect the interests of his client and to use the legal aid funds to ensure that his client's needs are satisfied.⁴⁹ The Defence sought leave to appeal the Single Judge's interpretation of Article 67 (1) (f), in particular the finding that private and privileged communications between the suspect and his counsel are not covered by the right to interpretation and translation to be paid by the Court.⁵⁰ Highlighting the fact that the suspect did not choose counsel with appropriate language skills from the list of counsel, but selected counsel with whom he cannot communicate, the Single Judge reformulated the appealable issue and granted the appeal.⁵¹ After having disposed of the Defence request for leave to appeal the decision on the First Request, the Single Judge also rejected the Second Request noting that the matter was pending before the Appeals Chamber.⁵² The Appeals Chamber sided with the Single Judge and confirmed that Article 67 (1) (f) concerns Court proceedings and documents and not communications with counsel.⁵³

Due to constraints caused by the COVID pandemic, the Chamber did not hold, unlike in previous cases, a status conference on disclosure of evidence. Rather, it sought detailed observations from the parties in writing.⁵⁴ Subsequently, the Single Judge issued an order on disclosure setting, *inter alia*, the redaction regime of non-standard and standard information (which essentially follows principles set forth in previous decisions) and adopting a protocol on handling confidential information and contacting witnesses of the opposing

³⁸ ICC, Transcript of 15.6.2020 – ICC-02/05-01/20-T-001-ENG ET, p. 6.

³⁹ ICC, Transcript of 15.6.2020 – ICC-02/05-01/20-T-001-ENG ET, p. 22.

⁴⁰ ICC, Filing of 18.6.2020 – ICC-02/05-01/20-2 (Requête aux fins d'exposé écrit des motifs de deux décisions orales rendues lors de l'audience de comparution initiale).

⁴¹ ICC, Decision of 18.8.2020 – ICC-02/05-01/20-118 (Decision on the Defence Request to provide written reasoning for two oral decisions).

⁴² ICC, Decision of 31.8.2020 – ICC-02/05-01/20-142 (Decision on the Defence Request for Leave to Appeal Three Decisions).

⁴³ ICC, Transcript of 15.6.2020 – ICC-02/05-01/20-T-001-ENG ET, p. 20.

⁴⁴ ICC, Filing of 25.6.2020 – ICC-02/05-01/20-7 (Requête en vertu de l'Article 67-1-f).

⁴⁵ The Rules of Procedure and Evidence (ICC-ASP/1/3 and Corr.1, as amended by resolutions ICC-ASP/10/Res. 1, ICC-ASP/11/Res. 2, ICC-ASP/12/Res. 7, ICC-ASP/15/Res. 5 [provisional rules drawn up by the judges] and ICC-ASP/17/Res. 2). All rules mentioned in this paper without reference to the legal instrument are those of the ICC's Rules of Procedure and Evidence.

⁴⁶ ICC, Filing of 9.7.2020 – ICC-02/05-01/20-93 (Requête en vertu de la Règle 20-1-b).

⁴⁷ ICC, Decision of 10.7.2020 – ICC-02/05-01/20-94 (Decision on the Defence request under article 67 (1) (f) of the Rome Statute ["Ali Kushayb Language Decision"]), para. 15.

⁴⁸ ICC, Decision of 10.7.2020 – ICC-02/05-01/20-94 (Ali Kushayb Language Decision), para. 15.

⁴⁹ ICC, Decision of 10.7.2020 – ICC-02/05-01/20-94 (Ali Kushayb Language Decision), para. 17.

⁵⁰ ICC, Filing of 16.7.2020 – ICC-02/05-01/20-97 (Demande d'autorisation d'interjeter appel de la "Decision on the Defence request under article 67 (1) (f) of the Rome Statute" (ICC-02/05-01/20-94)).

⁵¹ ICC; Decision of 7.8.2020 – ICC-02/05-01/20-109 (Decision on the Defence Request for Leave to Appeal the "Decision on Defence request under article 67 (1) (f) of the Rome Statute"), para. 12.

⁵² ICC, Decision of 13.8.2020 – ICC-02/05-01/20-112 (Decision on the Defence Request pursuant to Rule 20 of the Rules of Procedure and Evidence).

⁵³ ICC, Judgment of 5.11.2020 – ICC-02/05-01/20-199 (Judgment on the appeal of Mr Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman against the decision of Pre-Trial Chamber II of 10 July 2020 entitled 'Decision on Defence request under article 67(1)(f) of the Rome Statute'); Opinion of 5.11.2020 – ICC-02/05-01/20-199-Anx (Partially Dissenting Opinion of Judge Luz del Carmen Ibañez Carranza).

⁵⁴ ICC, Decision of 2.7.2020 – ICC-02/05-01/20-14 (Order seeking observations on disclosure and related matters).

party.⁵⁵ Due to the provisional nature of the information received from the Prosecutor, the Single Judge refrained from adopting a calendar for disclosure.⁵⁶ In response to the Prosecutor's observation that she may not be able to finalise the disclosure of the evidence ahead of the confirmation hearing, the Single Judge ordered the submission of bi-weekly progress reports on the review, translation and disclosure of evidence.⁵⁷

On 16 September 2020, the Prosecutor requested that the Chamber postpone the commencement of the confirmation hearing to 1 June 2021 as she was unable to comply with her statutory disclosure obligations prior to the confirmation hearing set to commence on 7 December 2020.⁵⁸ In a second decision on disclosure, the Chamber reprimanded the Prosecutor for, *inter alia*, the lack of prioritisation in her evidence review, the insufficiency of information in the bi-weekly progress reports and for having disclosed mainly open source reports and press articles whose relevance is unclear.⁵⁹ Accepting that the case has been dormant for many years, the Chamber recalled that the Prosecutor is expected to be "trial ready at any time after applying for an arrest warrant"⁶⁰ and to disclose to the suspect immediately upon surrender all material submitted in support of the Prosecutor's Article 58 applications for the warrants of arrest.⁶¹ The Judges also reminded the Prosecutor, relying on previous case-law, that it was not the quantity of evidence but the true relevance of the evidence that is essential to the confirmation decision, such as forensic evidence, audio/visual evidence, and testimony based on personal experience of witnesses.⁶² Accordingly, it encouraged the Prosecutor to focus her review and disclose the most relevant evidence, to liaise with the Defence on translations of core evidence, to propose alternative evidence in case disclosure is prevented by the existence of confidential

agreements, and provided concrete directions as to the content of the bi-weekly reports.⁶³ Following the spirit of previous decisions ordering an in-depth analysis chart, the Chamber ordered the Prosecutor to indicate the relevance of each piece of evidence either by (i) highlighting the relevant part in the evidence as incriminating or exculpatory or both; or (ii) to provide specific reference to the page and/or paragraph numbers in the metadata field in the electronic system in which the evidence is stored.⁶⁴ The Chamber indicated it would rule on the postponement request once the Prosecutor has provided updated information pursuant to the instructions of the Chamber.⁶⁵

In response to the Prosecutor's request for postponement of the confirmation hearing, the Defence requested a stay of proceedings. It alleged, *inter alia*, that a postponement would not resolve the difficulties faced by the Prosecutor, in particular the lack of resources and lack of cooperation with Sudan. The Single Judge rejected the request by expressing his doubts as to the compatibility of a request for stay of proceedings with the Court's legal instruments and recalling that he has yet to decide on the postponement request.⁶⁶

5. Postponement of Confirmation Hearing

On 2 November 2020, the Chamber postponed the confirmation hearing to 22 February 2021 and set new deadlines for the disclosure of evidence and the submission of the document containing the charges.⁶⁷ As regards the disclosure of all 95 witness statements upon which the Prosecutor intends to rely at the confirmation hearing,⁶⁸ the Chamber shortened the time limit under rule 121 (3), and instructed the Prosecutor to disclose them by 7 December 2020 in their original language, together with corresponding translation into Arabic, if available, and with provisional redactions, if necessary, to protect the identity of witnesses or other persons at risk.⁶⁹ The Prosecutor was instructed to submit the application for withholding the identity of those witnesses by 18 December 2020.⁷⁰ The Judges also gave further guidance as to the Pros-

⁵⁵ ICC, Decision of 17.8.2020 – ICC-02/05-01/20-116 (Order on disclosure and related matters ["Ali Kushayb Disclosure Order"]). Annex 1 to this order contains the e-Court protocol containing the technical requirements for the parties and participants when submitting evidence electronically. Annex 2 to this order contains the "Protocol on the Handling of Confidential Information During Investigations and Contact between a Party or Participant and Witnesses of the Opposing Party or of a Participant".

⁵⁶ ICC, Decision of 17.8.2020 – ICC-02/05-01/20-116 (Ali Kushayb Disclosure Order), para. 9.

⁵⁷ ICC, Decision of 17.8.2020 – ICC-02/05-01/20-116 (Ali Kushayb Disclosure Order), para. 17.

⁵⁸ ICC, Filing of 16.9.2020 – ICC-02/05-01/20-157-Corr-Red (Prosecution's request to postpone the confirmation hearing).

⁵⁹ ICC, Decision of 2.10.2020 – ICC-02/05-01/20-169 (Second Order on disclosure and related matters ["Ali Kushayb Second Disclosure Decision"]), paras. 15–20, 27–28.

⁶⁰ ICC, Decision of 2.10.2020 – ICC-02/05-01/20-169 (Ali Kushayb Second Disclosure Decision), para. 14.

⁶¹ ICC, Decision of 2.10.2020 – ICC-02/05-01/20-169 (Ali Kushayb Second Disclosure Decision), para. 15.

⁶² ICC, Decision of 2.10.2020 – ICC-02/05-01/20-169 (Ali Kushayb Second Disclosure Decision), para. 21.

⁶³ ICC, Decision of 2.10.2020 – ICC-02/05-01/20-169 (Ali Kushayb Second Disclosure Decision), paras. 16, 22, 28, 34.

⁶⁴ ICC, Decision of 2.10.2020 – ICC-02/05-01/20-169 (Ali Kushayb Second Disclosure Decision), para. 24.

⁶⁵ ICC, Decision of 2.10.2020 – ICC-02/05-01/20-169 (Ali Kushayb Second Disclosure Decision), para. 35.

⁶⁶ ICC, Decision of 16.10.2020 – ICC-02/05-01/20-186 (Decision on Defence Request for a Stay of Proceedings).

⁶⁷ ICC, Decision of 2.11.2020 – ICC-02/05-01/20-196 (Decision on the Prosecutor's Request for postponement of the Confirmation Hearing and related deadlines ["Ali Kushayb Postponement Decision"]).

⁶⁸ ICC, Decision of 2.11.2020 – ICC-02/05-01/20-196 (Ali Kushayb Postponement Decision), para. 10.

⁶⁹ ICC, Decision of 2.11.2020 – ICC-02/05-01/20-196 (Ali Kushayb Postponement Decision), para. 34.

⁷⁰ ICC, Decision of 2.11.2020 – ICC-02/05-01/20-196 (Ali Kushayb Postponement Decision), para. 34.

ecutor's specifications related to the relevance of each piece of disclosed evidence to the charges.⁷¹

Noting the persistent denial of the Defence that the suspect is not "Ali Kushayb", the Chamber also ordered the Prosecutor, as a matter of urgency, to disclose until 7 December 2020 all evidence linking Mr Abd-Al-Rahman with the nickname "Ali Kushayb" together with a detailed submission illustrating in which each of the disclosed items would support the conclusion that the suspect was known at the time as "Ali Kushayb".⁷²

Lastly, the Chamber ordered that the Prosecutor submit the document containing the charges in a narrative style with relevant facts presented exhaustively, in detail and chronological order by 4 January 2021, ahead of the rule 121 (3) deadline, endeavouring to pinpoint the places, times and (approximate) number of victims corresponding to each charge, as well as the particular underpinning the elements of the crimes.⁷³ Further, the Prosecutor was ordered to present by 15 January 2021, the evidentiary material in a separate "pre-confirmation brief", linking each statement of fact with the most probative supporting evidence, duly explaining which evidence is believed to support each charge and the reason why that would be the case.⁷⁴

6. Funding from the United Nations

On 26 June 2020, the Defence approached the Chamber noting that the suspect has a legitimate interest in the Court's satisfactory financial state in order to ensure his right to a fair, impartial and independent trial.⁷⁵ To this end, it requested the Single Judge to instruct the Registry to submit to the United Nations ("UN") a funding request pursuant to Article 115 (b) for an amount not less than the total updated costs of the Court's activities carried out to date in the situation in Sudan (amounting to EUR 47,510,100 in 2018).⁷⁶ It also proposed that the Registry engage in negotiations for a separate arrangement with the UN on this matter and inform periodically the Defence and the Chamber on the progress made.⁷⁷ In the alternative, the Defence requested that this matter be referred to the Presidency, should the Chamber find that this matter falls within the competence of the Presiden-

cy.⁷⁸ The Single Judge rejected such request arguing that the Defence has no legal standing to either evaluate or make recommendations as to the Court's financial management.⁷⁹ He also explained that the Chamber has no role in the Court's budgetary matters and lacks the power to refer such matter to the Presidency.⁸⁰ A Defence request for leave to appeal the decision was rejected by the Single Judge.⁸¹ A further Defence request to reconsider the decision rejecting leave to appeal was rejected by the full Chamber.⁸²

7. Interim Release

On 1 July 2020, the Defence requested that Mr Abd-Al-Rahman be released provisionally to the Netherlands and offered that he comply with any conditions the Chamber deems necessary, except financial securities, as Mr Abd-Al-Rahman lacks financial resources.⁸³ The Single Judge found that continued detention of the suspect was necessary to ensure that the suspect does not exert pressure on witnesses, either directly or indirectly through his supporters (Article 58 [1] [b] [ii]).⁸⁴ The Single Judge also clarified that he had not sought the observations of the Host State, pursuant to regulation 51 of the Regulations of the Court, given that he had not granted interim release.⁸⁵ Upon appeal, the Appeals Chamber confirmed the Single Judge's decision.⁸⁶ Importantly, it clarified that the Chamber was not duty-bound to seek the observations of the Host State and/or the State on the territory of which interim release is sought when hearing an application for interim release, in the absence of any prospect for the application to succeed; rather such obligation is only trig-

⁷¹ ICC, Decision of 2.11.2020 – ICC-02/05-01/20-196 (Ali Kushayb Postponement Decision), paras. 39-40.

⁷² ICC, Decision of 2.11.2020 – ICC-02/05-01/20-196 (Ali Kushayb Postponement Decision), para. 38.

⁷³ ICC, Decision of 2.11.2020 – ICC-02/05-01/20-196 (Ali Kushayb Postponement Decision), para. 41.

⁷⁴ ICC, Decision of 2.11.2020 – ICC-02/05-01/20-196 (Ali Kushayb Postponement Decision), para. 42.

⁷⁵ ICC, Filing of 26.6.2020 – ICC-02/05-01/20-10 (Requête en vertu de l'Article 115-b ["UN Funds Defence Request"]), para. 13.

⁷⁶ ICC, Filing of 26.6.2020 – ICC-02/05-01/20-10 (UN Funds Defence Request), para. 14.

⁷⁷ ICC, Filing of 26.6.2020 – ICC-02/05-01/20-10 (UN Funds Defence Request), para. 14.

⁷⁸ ICC, Filing of 26.6.2020 – ICC-02/05-01/20-10 (UN Funds Defence Request), para. 15.

⁷⁹ ICC, Decision of 23.7.2020 – ICC-02/05-01/20-101 (Decision on the Defence request under article 115 (b) of the Rome Statute ["UN Funds Decision"]), para. 7.

⁸⁰ ICC, Decision of 23.7.2020 – ICC-02/05-01/20-101 (UN Funds Decision), para. 8.

⁸¹ ICC, Decision of 13.8.2020 – ICC-02/05-01/20-110 (Decision on the Defence Request for Leave to Appeal the "Decision on the Defence request under article 115 (b) of the Rome Statute").

⁸² ICC, Decision of 23.9.2020 – ICC-02/05-01/20-163 (Décision relative à la demande aux fins de réexamen de la décision ICC-02/05-01/20-110 présentée par la défense [ICC-02/05-01/20-113]).

⁸³ ICC, Filing of 1.7.2020 – ICC-02/05-01/20-12 (Requête en vertu de l'Article 60-2).

⁸⁴ ICC, Decision of 14.8.2020 – ICC-02/05-01/20-115 (Decision on the Defence Request for Interim Release [Ali Kushayb Interim Release Decision]), para. 29.

⁸⁵ ICC, Decision of 14.8.2020 – ICC-02/05-01/20-115 (Ali Kushayb Interim Release Decision), para. 32.

⁸⁶ ICC, Judgment of 8.10.2020 – ICC-02/05-01/20-177 (Judgment on the appeal of Mr Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman against the decision of Pre-Trial Chamber II of 14 August 2020 entitled "Decision on the Defence Request for Interim Release" ["Ali Kushayb Judgment on Interim Release"]).

gered when the Chamber considers conditional release or the State has indicated its willingness to receive the detained person on its territory.⁸⁷

8. Reparations

On 17 July 2020, the Defence requested that the Chamber consider, independent of the outcome of these proceedings, adopting nine additional principles on reparations, pursuant to Article 75 (1), and obtaining *amicus curiae* observations on the proposed additional principles, pursuant to rule 103.⁸⁸ The Single Judge dismissed the request as premature arguing that the reparation stage only follows the conviction of the person and that the Pre-Trial Chamber is not empowered to deal with issues of reparations.⁸⁹ In his view, adopting additional principles on reparations would amount to amending the Court's legal framework.⁹⁰ A direct appeal against this decision, pursuant to Article 82 (1) (a), was dismissed as inadmissible by the Appeals Chamber on the basis that it was not related to jurisdiction.⁹¹ The Defence also requested leave from the Pre-Trial Chamber to appeal the decision. This request was granted by the Single Judge regarding the issue whether the Pre-Trial Chamber is competent to consider adopting reparation principles in this case and to seek rule 103 observations.⁹² At the time of writing, the Appeals Chamber ruling is yet to be rendered.

III. Situation in Palestine (Pre-Trial Chamber I)⁹³

- Lodging ad hoc declaration: 22.1.2009
- Decision not to Initiate Investigation: 3.4.2012⁹⁴
- Lodging ad hoc declaration: 1.1.2015
- Accession Palestine to Rome Statute: 2.1.2015
- Opening of Preliminary Examination: 16.1.2015
- Referral of situation: 22.5.2018

It is recalled that Palestine referred the situation to the ICC Prosecutor encompassing “past, ongoing and future crimes within the Court's jurisdiction, committed in all parts of the

territory of the State of Palestine”.⁹⁵ It specified the territory as comprising “the Palestinian Territory occupied in 1967 by Israel, as defined by the 1949 Armistice Line, [...] includ[ing] the West Bank, including East Jerusalem, and the Gaza Strip”.⁹⁶

Subsequently, and despite her conclusion that the requirements under Article 53 (1) have been met to open an investigation,⁹⁷ the Prosecutor submitted a request to the Pre-Trial Chamber for a preliminary ruling on the scope of the Court's territorial jurisdiction, pursuant to Article 19 (3).⁹⁸ She submitted that, in her understanding, the “Court's territorial jurisdiction extends to the Palestinian territory occupied by Israel during the Six-Day War in June 1967, namely the West Bank, including East Jerusalem, and Gaza”, delimited by the demarcation line agreed to in the 1949 Armistices.⁹⁹ Nevertheless, in order to place the investigation on a sound jurisdictional basis, facilitate the practical conduct of the investigation by demarcating the proper scope of the investigation, and give the victims, the referring State, and other interested States, parties or entities an opportunity to be heard, she sought a judicial confirmation of her understanding of the extent of Palestine's territory.¹⁰⁰ In this context, the Prosecutor also raised the issue of Palestine's statehood as a preliminary question in relation to which the Pre-Trial Chamber is asked to determine whether Palestine is a State (Party) for the purposes of the Statute by virtue of its accession to the Statute or whether Palestine's statehood must be determined on the basis of the relevant criteria under public international law. In the Prosecutor's view, with its accession to the Statute, Palestine had become a State Party accepting

⁸⁷ ICC, Judgment of 8.10.2020 – ICC-02/05-01/20-177 (Ali Kushayb Judgment on Interim Release), paras. 55, 61.

⁸⁸ ICC, Filing of 17.8.2020 – ICC-02/05-01/20-98 (Requête et observations sur les réparations en vertu de l'Article 75-1).

⁸⁹ ICC, Decision of 18.8.2020 – ICC-02/05-01/20-117 (Decision on the Defence request and observations on reparations pursuant to article 75 (1) of the Rome Statute [“Ali Kushayb Reparations”]), paras. 12–13.

⁹⁰ ICC, Decision of 18.8.2020 – ICC-02/05-01/20-117 (Ali Kushayb Reparations), para. 11.

⁹¹ ICC; Decision of 4.9.2020 – ICC-02/05-01/20-145 (Decision on the admissibility of the appeal).

⁹² ICC, Decision of 31.8.2020 – ICC-02/05-01/20-141 (Decision on the Defence Request for Leave to Appeal the Decision pursuant to Article 75 (1) of the Rome Statute).

⁹³ The record carries the situation number ICC-01/18.

⁹⁴ ICC, Declaration of 3.4.2012 (Situation in Palestine).

⁹⁵ ICC, Decision of 24.5.2018 – ICC-01/18-1-AnxI (Annex I to Assignment Decision [Palestine Referral]), p. 8, para. 9.

⁹⁶ ICC, Decision of 24.5.2018 – ICC-01/18-1-AnxI (Palestine Referral), footnote 4.

⁹⁷ ICC, Filing of 22.1.2020 – ICC-01/18-12 (Prosecution Request pursuant to article 19 [3] for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine [Prosecutor's Article 19 [3] Request]), para. 4.

⁹⁸ The Prosecutor had filed the request on 20 December 2019 (ICC-01/18-9 with public Annex A) and filed supplementary information including two memoranda issued by the State of Israel. Thereafter, the Pre-Trial Chamber ordered the Prosecutor to re-file her request by incorporating references to the supplementary information and instructed the Registrar to strike the Prosecutor's initial request and supplementary information from the record of the situation, ICC, Decision of 21.1.2020 – ICC-01/18-11 (Decision on the Prosecutor's Application for an extension of the page limit).

⁹⁹ ICC, Filing of 22.1.2020 – ICC-01/18-12 (Prosecutor's Article 19 [3] Request), paras. 3, 11–17. In the Prosecutor's view, this determination is without prejudice to any final settlement, including land-swaps, potentially agreed upon by Israel and Palestine.

¹⁰⁰ ICC, Filing of 22.1.2020 – ICC-01/18-12 (Prosecutor's Article 19 [3] Request), paras. 5–6.

the Court's jurisdiction in accordance with Article 12 (1).¹⁰¹ She maintained that the consequence of Palestine's status as a State Party is that its statehood need not be assessed separately in order to ascertain the Court's ability to exercise its jurisdiction within the meaning of Article 12 (2).

With decision dated 28 January 2020, the Chamber organised the proceedings pursuant to rules 58 and 59.¹⁰² It invited Palestine and the victims of the situation to submit written observations on the Prosecutor's Article 19 (3) request as they have standing to do so.¹⁰³ In this regard, it also appointed counsel from the Office of Public Counsel for victims ("OPCV") to represent the victims of the situation that are not represented by counsel.¹⁰⁴ The Chamber also invited interested States, organisations and persons to request leave to submit amicus curiae observations by 14 February 2020, and, if authorised, to submit their observations by 16 March 2020.¹⁰⁵ Israel, as a State with an interest in the adjudication of the Prosecutor's request, was invited to submit directly observations, without seeking leave from the Chamber, by 16 March 2020.¹⁰⁶ The Chamber ultimately received observations from Palestine, ten groups of victims and the OPCV, on behalf of unrepresented victims, as well as, upon authorisation to participate as amici curiae, nine States and international organisations,¹⁰⁷ and 34 persons/non-governmental entities. A consolidated response by the Prosecutor was submitted on 30 April 2020.¹⁰⁸

Moreover, further to a statement of President Abbas on 19 May 2020 that "the Palestinian Liberation Organization and the State of Palestine are absolved, as of today, of all the agreements and understandings with the American and Israeli governments and of all the commitments based on these understandings and agreements, including the security ones", the Chamber invited Palestine to provide by 10 June 2020 additional information on this statement, including whether it pertains to any of the Oslo agreements between Palestine and Israel; the Prosecutor and Israel were invited to respond by

24 June 2020.¹⁰⁹ At the time of writing, a decision on the merits of the Prosecutor's request is pending.

IV. Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia (Pre-Trial Chamber I)¹¹⁰

- Gaza Flotilla Incident: 31.5.-5.6.2010
- Referral of situation: 14.5.2013
- Prosecutor's Decision not to Investigate: 6.11.2014
- Request of Comoros to Review: 29.1.2015
- First Review Decision of Pre-Trial Chamber I: 16.7.2015
- Appeals Judgment Dismissing Prosecutor's Appeal: 6.11.2015
- Prosecutor's Second Decision not to Investigate: 29.11.2017
- Second Request of Comoros to Review: 23.2.2018
- Second Review Decision of Pre-Trial Chamber I: 15.11.2018
- Granting Prosecutor's Leave to Appeal: 18.1.2019
- Second Appeals Judgment Rejecting Prosecutor's Appeal: 2.9.2019
- Prosecutor's Third Decision not to Investigate: 2.12.2019
- Request of Comoros to Review: 2.3.2020
- Third Review Decision of Pre-Trial Chamber I: 16.9.2020
- Current status: Leave to appeal lodged by Comoros

The last jurisprudence overview summarised the proceedings until September 2019 when the Appeals Chamber rejected the Prosecutor's appeal against Pre-Trial Chamber I's Second Review Decision and instructed the Prosecutor to reconsider her original decision until 2 December 2019 according to the guidelines set forth in the Appeals Judgment and considering the Pre-Trial Chamber's findings in the First Review Decision of 16 July 2015.¹¹¹ In the following, the reader will be presented with a short overview of the proceedings as they developed after September 2019. Subject to the pending leave to appeal the Pre-Trial Chamber's Third Review Decision, these developments conclude a five-year litigation over whether or not an investigation should have been initiated over events that have taken place over ten years ago.

1. Prosecutor's 2019 Reconsideration

In her third decision, the Prosecutor maintained her position that there is no reasonable basis to proceed with an investigation because there is no potential case that is sufficiently grave to be admissible before the ICC within the meaning of Article 17 (1) (d) and that, therefore, the preliminary examination must be closed.¹¹² She explained her position in five

¹⁰¹ ICC, Filing of 22.1.2020 – ICC-01/18-12 (Prosecutor's Article 19 [3] Request), paras. 7–8.

¹⁰² ICC, Decision of 28.1.2020 – ICC-01/18-14 (Order setting the procedure and the schedule for the submission of observations ["Rule 59 Order"]).

¹⁰³ ICC, Decision of 28.1.2020 – ICC-01/18-14 (Rule 59 Order), para. 13.

¹⁰⁴ ICC, Decision of 28.1.2020 – ICC-01/18-14 (Rule 59 Order), para. 14.

¹⁰⁵ ICC, Decision of 28.1.2020 – ICC-01/18-14 (Rule 59 Order), para. 15, 17.

¹⁰⁶ ICC, Decision of 28.1.2020 – ICC-01/18-14 (Rule 59 Order), para. 16.

¹⁰⁷ Czech Republic, Organization of Islamic Cooperation, Federal Republic of Germany, Australia, Republic of Austria, Federative Republic of Brazil, Hungary, League of Arab States, Republic of Uganda.

¹⁰⁸ ICC, Filing of 30.4.2020 – ICC-01/18-131 (Prosecution Response to the Observations of Amici Curiae, Legal Representatives of Victims, and States).

¹⁰⁹ ICC, Order of 26.5.2020 – ICC-01/18-134 (Order requesting additional information).

¹¹⁰ The record carries the situation number ICC-01/13.

¹¹¹ See Chaitidou, ZIS 2019, 451 (467).

¹¹² ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Final decision of the Prosecutor concerning the "Article 53(1) Report" (ICC-01/13-6-AnxA), dated 6 November 2014, as revised and refiled in accordance with the Pre-Trial Cham-

points that responded to the errors found by Pre-Trial Chamber I in its 2015 Third Review Decision:

a) As regards the group of potential perpetrators, the Pre-Trial Chamber had criticised in 2015 the Prosecutor for failing to consider whether the investigation would extend to those who may bear the greatest responsibility for the alleged crimes. The Pre-Trial Chamber reminded the Prosecutor to focus on those who bear the greatest responsibility and not to be limited by seniority or hierarchical positions.¹¹³ In response, the Prosecutor submitted that the investigation in this situation would likely focus only on the physical perpetrators, as it cannot be assumed that members of the Israeli Defence Forces (IDF), other than the direct perpetrators, made sufficient contributions to the crimes, did not discharge their responsibility or did not take necessary and reasonable measures to prevent the crimes within the meaning of Article 28.¹¹⁴ However, the Prosecutor assessed that the direct perpetrators would be difficult to identify and the cases would be of limited scope.¹¹⁵ In particular, the investigation would only reveal a number of perpetrators responsible for some part of the crimes but not all crimes and would not necessarily establish the responsibility of other perpetrators, namely accessories or superiors.¹¹⁶

b) As regards the scale of the identified crimes, the Pre-Trial Chamber had criticised in 2015 the Prosecutor's contention that the situation involved only a limited number of victims and recalled that in the Abu Garda and Banda cases the Prosecutor had decided to prosecute despite lower number of victims.¹¹⁷ In response, the Prosecutor conceded to take the number of victims into account when assessing the scale of crimes, but, relying on the Appeals Chamber judgment, emphasised that she was not duty-bound to follow the Pre-Trial Chamber's assessment; instead she was free to attribute appropriate weight.¹¹⁸ She also argued that none of the potential cases arising from the situation would encompass *all* the victimisation which has been identified in the situation as a whole; rather, the totality of the victimisation could only be

prosecuted in a series of confined cases.¹¹⁹ Unlike the Abu Garda and Banda cases, which had been considered sufficiently grave, *inter alia*, because of the special status of the victims being peacekeepers and the ensuing effect on the local population, the victims aboard the vessels did not hold such special status, as they were neither peacekeepers nor humanitarian assistance workers.¹²⁰

c) As regards the nature of the crimes, the Pre-Trial Chamber had criticised in 2015 the Prosecutor's limited analysis of the alleged crimes committed and her failure to accept that the mistreatment inflicted on the passengers of the Mavi Marmara could amount to the war crime of torture or inhumane treatment.¹²¹ In response, the Prosecutor averred that the mistreatment varied in nature and degree: while a relatively large number of persons were handcuffed and restricted in movement, only a small number of persons were subjected to direct violence.¹²² She took issue with the Pre-Trial Chamber's legal assessment of the facts and opined that, instead of according significance to the legal characterisation, weight should be given to the factual nature of the identified conduct.¹²³ In her view, even if the additional legal characterisation were to be accepted, it would not alter the weight afforded to the nature of the crimes.¹²⁴

d) As regards the impact of the crimes, the Pre-Trial Chamber had criticised in 2015 that the Prosecutor had not sufficiently taken into account the impact of the crimes on the victims and their families.¹²⁵ In response, the Prosecutor insisted that she had taken this factor into account and that it was up to her, within a margin of appreciation, to attribute appropriate weight.¹²⁶ However, she attributed only limited weight to this aspect, as (i) she considered the impact of the alleged crimes to be closely related to the scale of the crimes, which was relatively small; and (ii) she was not in a position to assess the symbolic, moral or political effects of the alleged crimes on the population in Gaza and beyond in any objective or reliable way. In this context, she also replied to the Pre-Trial Chamber's observation that she had not taken into account several fact-finding reports prepared by States and the United Nations suggesting that the crimes had an impact beyond the suffering of the victims. The Prosecutor noted that these reports varied in their conclusions and further

ber's request of 15 November 2018 and the Appeals Chamber's judgment of 2 September 2019 ["Prosecutor's Third Decision"].

¹¹³ See ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (Pre-Trial Chamber I, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor's decision not to initiate an investigation ["First Review Decision"]), para. 23; *Chaitidou*, ZIS 2016, 813 (841).

¹¹⁴ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 26.

¹¹⁵ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 24.

¹¹⁶ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), paras. 25–26.

¹¹⁷ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (First Review Decision), para. 26.

¹¹⁸ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 32.

¹¹⁹ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), paras. 34, 93.

¹²⁰ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), paras. 35–36.

¹²¹ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (First Review Decision), paras. 28 et seq.

¹²² ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 38.

¹²³ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 43.

¹²⁴ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 43.

¹²⁵ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (First Review Decision), paras. 46–47.

¹²⁶ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), paras. 46–47.

added that domestic authorities in Turkey, Germany, Spain, Sweden and the United Kingdom discontinued their inquiries into said events.¹²⁷ In her view, the preliminary assessment of domestic authorities not to proceed with an investigation or prosecution may potentially be an indication of insufficient gravity.¹²⁸

e) As regards the manner of commission of the alleged crimes, the Pre-Trial Chamber had criticised in 2015 the Prosecutor's conclusion that there was no plan or policy to attack civilians, having failed to (i) take into account information regarding the use of live fire by the IDF prior to boarding the Mavi Marmara, (ii) consider systematic cruel and abusive treatment of detained passengers in Israel, (iii) recognise the unnecessarily cruel treatment of passengers during the taking of the Mavi Marmara and attempts to conceal the crimes, and (iv) having considered the fact that the events aboard the Mavi Marmara were unique and that crimes were not committed (the same way) on other vessels of the flotilla to indicate that the alleged crimes had not occurred pursuant to a plan.¹²⁹ In response, the Prosecutor revised her position on and included information of live fire for the purpose of establishing a plan or policy.¹³⁰ Nevertheless, she emphasised that other available information was inconsistent with the existence of a plan or policy (or at least a plan or policy that involved persons beyond those directly implicated in the crimes), as killings occurred in the context of the passengers' violent resistance, live fire was only used in the second attempt of the IDF to board the vessels, IDF members made use of less-lethal weapons and tactics, some victims were evacuated.¹³¹ Yet, given the Pre-Trial Chamber's direction at this stage to accept conflicting information, she accepted the possibility that the identified crimes had been committed according to a plan or policy by IDF members boarding the vessels (and not necessarily shared by other IDF troops).¹³² As regards the subsequent alleged systematic abuse of detained passengers in Israel, the Prosecutor averred that, while she may take into account information beyond the Court's jurisdiction, the alleged abusive treatment was not systematic, was not acquiesced by military or other superiors, and associated with the events on the vessels.¹³³ Even if she would take into account this extra-jurisdictional conduct, she could give this consideration only limited weight given the absence of information linking the perpetrators of the alleged

conduct in Israel with the perpetrators of the identified crimes on the vessels.¹³⁴ As regards the Pre-Trial Chamber's finding that the Prosecutor had failed to take into account the additional factors that would support the existence of a plan or policy, the Prosecutor accepted their relevance but noted that they did not add significantly to or change her previous conclusion.¹³⁵

In conclusion, the Prosecutor reiterated that the assessment of gravity is based on a unique appreciation of the various factors and that analogies between (potential) cases are neither helpful nor instructive.¹³⁶ Noting the selective mandate of the Court, the Prosecutor recalled that she enjoys under Article 53 (1) (b) a margin of appreciation and that States share the burden of prosecuting crimes under the principle of complementarity.¹³⁷

2. Pre-Trial Chamber's Third Review Decision

On 2 March 2020, the Union of the Comoros submitted for a third time a request to the Pre-Trial Chamber to review the Prosecutor's decision not to open an investigation, pursuant to Article 53 (3) (a) and rule 107.¹³⁸ It alleged that the Prosecutor failed to comply with the Pre-Trial Chamber's directions in relation to all five points mentioned above and also failed to apply the correct evidentiary standard, as interpreted by the Pre-Trial Chamber. It also requested that the Pre-Trial Chamber sanction the Prosecutor for persistently not complying with the directions of the Chamber, pursuant to Article 71 and rule 171, and that an *amicus curiae* prosecutor reconsider the decision not to investigate.

Upon receipt of further responses and replies of the victims, the Prosecutor and the Union of the Comoros,¹³⁹ the Pre-Trial Chamber rendered on 16 September 2020 unanimously its third review decision.¹⁴⁰ The Chamber's main legal findings are briefly summarised as follows:

At the outset, the Chamber reiterated that the criteria under Article 53 are exacting legal requirements and that, when met, the Prosecutor is duty-bound to open an investigation, unless the investigation would not serve the interests of jus-

¹²⁷ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 52.

¹²⁸ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 53.

¹²⁹ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (First Review Decision), paras. 33 et seq.

¹³⁰ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), paras. 61–63.

¹³¹ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 65.

¹³² ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), paras. 67–69.

¹³³ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), paras. 71–81.

¹³⁴ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 82.

¹³⁵ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 83.

¹³⁶ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), para. 90.

¹³⁷ ICC, Filing of 2.12.2019 – ICC-01/13-99-Anx1 (Prosecutor's Third Decision), paras. 95–96.

¹³⁸ ICC, Filing of 2.3.2020 – ICC-01/13-100 (Application for Judicial Review by the Government of the Comoros).

¹³⁹ ICC, Decision of 6.3.2020 – ICC-01/13-101 (Order on the filing of responses and replies); Decision of 19.3.2020 – ICC-01/18-106 (Decision on the "Prosecution's urgent request for extension of time").

¹⁴⁰ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Decision on the 'Application for Judicial Review by the Government of the Comoros ["Third Review Decision"]').

tice, pursuant to Article 53 (1) (c).¹⁴¹ The Judges also recalled that the evidentiary standard at this stage is low, calling only for a sensible or reasonable conclusion, without the information needing to be clear, univocal or not contradictory.¹⁴² They then explained that the purpose of assessing gravity is to “prevent the Court from investigating, prosecuting and trying peripheral cases” that otherwise technically fall under the Court’s jurisdiction.¹⁴³ The Judges recalled that the purpose of the gravity requirement is not to oblige the Court to choose only the most serious cases, but merely to oblige it not to prosecute cases of marginal gravity. The Chamber also recapitulated the relevant criteria for assessing the gravity of “potential cases” which is composed of two parameters:¹⁴⁴ (i) the persons likely to be the objects of the investigation, namely those being the most responsible for the crimes irrespective of seniority or their hierarchical position;¹⁴⁵ and (ii) the alleged crimes committed that, due to their scale, nature, manner of commission, and impact, are likely to be the object of the investigation.¹⁴⁶ The Judges clarified that the gravity assessment involves a holistic evaluation of these quantitative and qualitative criteria.¹⁴⁷

a) As regards the group of potential perpetrators, the Pre-Trial Chamber determined that the Prosecutor committed new errors. The Chamber criticised that when defining this factor and attributing weight, she inappropriately included and relied on the extraneous consideration that the potential cases would be of limited scope.¹⁴⁸ The Chamber also considered it erroneous on the part of the Prosecutor from the outset to prematurely confine the scope of potential perpetrators to only those that directly perpetrated the crimes, excluding all

other categories of perpetrators.¹⁴⁹ Indeed, determinations as to precise contribution of the person involved, mens rea, possible modes of liability and possible grounds for excluding criminal responsibility, cannot be made on the basis of limited information available at this pre-investigative stage.¹⁵⁰ Further, in the view of the Chamber, the Prosecutor’s erroneous assessment conflicts with her obligation to determine the truth, within the meaning of Article 54 (1) (a) and the applicable evidentiary standard, as interpreted by the Chamber.¹⁵¹ Lastly, the Judges also took issue with the Prosecutor’s determination that the identification of perpetrators would be difficult, a consideration that is irrelevant for gravity purposes.¹⁵²

b) As regards the scale of the identified crimes, the Pre-Trial Chamber accepted that its previous direction in 2015 had exceeded its powers under Article 53 (3), as determined by the Appeals Chamber. It therefore did not review the Prosecutor’s argumentation.¹⁵³

c) As regards the nature of the crimes, the Pre-Trial Chamber held that the Prosecutor had committed errors as she (i) failed to reconsider her previous factual findings by applying the Pre-Trial Chamber’s interpretation of the evidentiary standard to the facts at hand, contrary to the Appeals Chamber direction;¹⁵⁴ and (ii) failed to take into account the legal characterisation of the facts as torture and inhumane treatment in her assessment of the gravity of the potential case(s), as part of the nature of the crimes.¹⁵⁵ Addressing the Prosecutor’s argument that weight should be given to the factual nature of the identified conduct and not its legal characterisation, the Chamber responded that the legal characterisation was a relevant factor for gravity purposes and that, by awarding it “neutral significance”, the Prosecutor effectively had disregarded the Pre-Trial Chamber’s 2015 direction in this regard.¹⁵⁶ In the opinion of the Chamber, the Prosecutor also committed a new error in alleging that some cases would be less grave than others because some of the victims were subjected to fewer or less severe forms of mistreatment (e.g. handcuffing and restrictions in movement). According to the Pre-Trial Judges, the Prosecutor had engaged in a premature assessment of the severity of the mistreatment, in abstract, without considering that the personal circumstances of the

¹⁴¹ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 15, 101; Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (First Review Decision), paras. 13–14. Different the Appeals Chamber in the Afghanistan situation which assumes that the Prosecutor has discretionary power to initiate investigations in the context of proprio motu investigations, ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 26.

¹⁴² ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 16; Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (First PTC Review), para. 13.

¹⁴³ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 22.

¹⁴⁴ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 18; Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (First PTC Review), para. 21.

¹⁴⁵ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 19; Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (First PTC Review), para. 23.

¹⁴⁶ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 20.

¹⁴⁷ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 21.

¹⁴⁸ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 39, 45.

¹⁴⁹ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 40–41.

¹⁵⁰ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 41.

¹⁵¹ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 42–43, 45.

¹⁵² ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 44–45.

¹⁵³ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 50.

¹⁵⁴ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 57, 59, 61–63, 71.

¹⁵⁵ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 58–59, 63, 71.

¹⁵⁶ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 64–66.

victims may ultimately influence such assessment.¹⁵⁷ Moreover, the Prosecutor had committed a new error by taking into account prematurely, when assessing the weight to be attached to the nature of the crimes, questions concerning the status of the victims and potential grounds for excluding criminal responsibility, in particular whether the perpetrators acted in self-defence.¹⁵⁸ According to the Judges, the status of victims was already part of the Article 53 (1) (a) assessment when the Prosecutor accepted, despite alleged uncertainties in the information, the protected status of the victims. As a consequence, she could not rely on the same uncertainties, inherent in the present evidentiary threshold, and attribute less weight to the nature of the crimes in the context of Article 53 (1) (b).¹⁵⁹ Similarly, the Judges opined that taking into account reasons for excluding criminal responsibility are misplaced as they are irrelevant factors when assessing gravity.¹⁶⁰

d) As regards the impact of the crimes, the Pre-Trial Chamber held that the Prosecutor had failed to take into account the Chamber's 2015 directions in part by not considering the international concern caused by the events.¹⁶¹ In particular the Prosecutor failed to demonstrate how she assessed the international reports, calling into question that she has assigned any weight to these international concerns.¹⁶² The Prosecutor also committed a new error when conflating the impact of the alleged crimes on the victims (i.e. the harm suffered and damage caused) with the scale of victimisation (i.e. number of victims, geographical area, span and intensity of alleged crimes).¹⁶³ In relation to the Prosecutor's claim to have attributed limited weight to the impact on victims, the Judges were of the view that she failed to demonstrate how she has assessed the harm suffered by the victims, thus suggesting that she has not attributed any weight to this factor.¹⁶⁴ Lastly, the Judges pointed out that the Prosecutor had committed a new error in considering domestic proceedings as this factor is only relevant for complementary purposes and not the gravity requirement.¹⁶⁵

e) As regards the manner in which the alleged crimes had been committed, the Pre-Trial Chamber determined that, the

Prosecutor failed to genuinely correct her errors because she continued to apply the evidentiary standard incorrectly.¹⁶⁶ Her decision to attribute less weight to the use of live fire prior to boarding, due to unclear and conflicting accounts, was in contradiction with the Chamber's interpretation of the evidentiary standard and an abuse of her prerogative to evaluate the facts.¹⁶⁷ Equally, the Prosecutor's decision to give limited weight to the mistreatment of passengers on Israeli territory, because of missing information linking the perpetrators of the alleged conduct in Israel with the perpetrators of the identified crimes on the vessels, was misguided as all alleged perpetrators were in the service of the Israeli Government and the Prosecutor should have assessed this information together with other information in her possession against the applicable evidentiary standard.¹⁶⁸ As regards the additional factors (excessive use of force, alleged concealment of the crimes and absence of crimes on other vessels), the Chamber reiterated that the Prosecutor incorrectly drew on the existence of several possible explanations to assign less weight to the possibility that the crimes were committed pursuant to a plan or policy, in direct contradiction to the evidentiary standard established by the Chamber.¹⁶⁹

As regards the Prosecutor's concluding remarks on gravity, the Judges took issue with the Prosecutor's argument regarding the selective mandate of the Court. Specifically, the Judges clarified that gravity is "not a criterion for the selection of the most serious situations and cases, as argued by the Prosecutor, but a requirement for the exclusion of (potential) cases of *marginal gravity*".¹⁷⁰ Therefore – considering that gravity at this stage relates to potential cases and not the situation – if at least one potential case not of marginal gravity arises out of the given situation, the requirements of Articles 53 (1) (b) and 17 (1) (d) are fulfilled.¹⁷¹ The Chamber also disagreed with the Prosecutor's evaluation that gravity cannot be compared across cases and potential cases, stating that the Abu Garda, Banda and Al Mahdi cases were of comparable or lesser gravity than the potential cases arising from the present situation where the victims comprise 10 persons killed, 50–55 seriously injured and possibly hundreds having allegedly suffered from outrages upon personal dignity, torture or inhumane treatment.¹⁷² In the view of the Judges, inconsistent application of the gravity criterion across cases

¹⁵⁷ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 67.

¹⁵⁸ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 68, 71.

¹⁵⁹ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 69.

¹⁶⁰ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 70.

¹⁶¹ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 76.

¹⁶² ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 78, 83.

¹⁶³ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 79.

¹⁶⁴ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 80, 83.

¹⁶⁵ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 81, 83.

¹⁶⁶ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 88–89, 94.

¹⁶⁷ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 91.

¹⁶⁸ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 92.

¹⁶⁹ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 93.

¹⁷⁰ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 96.

¹⁷¹ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 97.

¹⁷² ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 99–100.

and potential cases would open the Court up to criticism of double-standards and arbitrariness.¹⁷³

Despite the Prosecutor's failure to comply with the Chamber's 2015 directions and commission of new errors, the Judges did not request the Prosecutor to reconsider her 2014 initial decision not to open an investigation. The Judges held that it was unclear to them, after the Appeals Chamber judgment of 2 September 2019, whether and to what extent they may request the Prosecutor to correct the identified errors. More specifically, the Judges held, first, that the guidance of the Appeals Chamber was unclear as to whether they could request the Prosecutor to correct errors related to questions of law and the application of the law to the facts.¹⁷⁴ In their opinion, in the present proceedings, the interpretation of the evidentiary standard (a question of law), was inextricably linked with the application of the law to the facts, namely how the Prosecutor applied the evidentiary standard to the facts and which weight she attributed.¹⁷⁵ And second, the Judges found that it was unclear to them whether and to what extent they may request the Prosecutor to correct errors related to her assessment of the factors relevant to the gravity requirement, in particular the attribution of weight.¹⁷⁶ In fact, the Chamber considered the Appeals Chamber jurisprudence to be unclear as regards the exact distribution of prerogatives between the Prosecutor and the Pre-Trial Chamber in Article 53 (3) (a) proceedings. As a result, the Chamber found that the Prosecutor had failed to genuinely reconsider her 2014 decision in light of the Chamber's 2015 directions, but rejected Comoros request.

On 22 September 2020, the Union of the Comoros lodged leave to appeal this decision.¹⁷⁷ By the time of writing, a decision of the Pre-Trial Chamber is pending.

V. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (Pre-Trial Chamber II)¹⁷⁸

- Prosecutor's Request: 20.11.2017
- Victims representations: several millions
- Pre-Trial Chamber Decision Rejecting Investigation: 12.4.2019

¹⁷³ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 101.

¹⁷⁴ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 107.

¹⁷⁵ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), paras. 108–109. See also ICC, Opinion of 2.9.2019 – ICC-01/13-98-Anx (Partly Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji).

¹⁷⁶ ICC, Decision of 16.9.2020 – ICC-01/13-111 (Third Review Decision), para. 110.

¹⁷⁷ ICC, Filing of 22.9.2020 – ICC-01/13-112 (Application on behalf of the Government of the Union of the Comoros for Leave to Appeal the "Decision on the 'Application for Judicial Review by the Government of the Comoros'" of 16 September 2020).

¹⁷⁸ The record carries the situation number ICC-02/17.

- Appeals Chamber Judgment Authorizing Investigation: 5.3.2020
- Current Status: Investigation ongoing

It is recalled that on 20 November 2017, the Prosecutor submitted a request for authorisation of an investigation into crimes allegedly committed on the territory of Afghanistan by, inter alia, the Taliban and associated armed groups, the Afghan army and other (national and local) security forces, the United States of America ("US") armed forces and the Central Intelligence Agency ("CIA"), in the period since 1 May 2003, as well as other crimes that have a nexus to the armed conflict in Afghanistan and are sufficiently linked to the situation and were committed on the territory of other States Parties in the period since 1 July 2002.¹⁷⁹

On 12 April 2019, Pre-Trial Chamber II rejected the Prosecutor's request for authorisation to commence an investigation into the situation on the basis that the investigation would not serve the interests of justice.¹⁸⁰ While the Chamber followed, for the most part, the legal test applied in past Article 15 decisions,¹⁸¹ it opined that the test "must include a positive determination to the effect that investigations would be in the interests of justice".¹⁸² In essence, four reasons were

¹⁷⁹ ICC, Filing of 20.11.2017 – ICC-02/17-7-Red (Public redacted version of "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 20 November 2017, ICC-02/17-7-Conf-Exp), para. 376. Afghanistan deposited the instrument of accession to the Rome Statute on 10 February 2003. Accordingly, the Statute entered into force for Afghanistan on 1 May 2003.

¹⁸⁰ ICC, Decision of 12.4.2019 – ICC-02/17-33 (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan ["Decision Rejecting Investigation"]). Judge Kesia Mbe Mindua appended a concurring and separate opinion, ICC, Opinion of 7.6.2019 – ICC-02/17-33-Anx-Corr (Concurring and Separate Opinion of Judge Antoine Kesia-Mbe Mindua).

¹⁸¹ ICC, Decision of 12.4.2019 – ICC-02/17-33 (Decision Rejecting Investigation), paras. 29–31, 36, 70–71.

¹⁸² ICC, Decision of 12.4.2019 – ICC-02/17-33 (Decision Rejecting Investigation), para. 35. Previous Pre-Trial Chambers have consistently held that the "interests of justice" element is a negative requirement that is only reviewed by the Pre-Trial Chamber if the Prosecutor decides not to proceed with an investigation on the basis of this element, see for example ICC, Decision of 31.3.2010 – ICC-01/09-19-Corr (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya ["Kenya Authorisation Decision"]), footnote 35 and para. 63; Decision of 15.11.2011 – ICC-02/11-14-Corr (Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire" ["Côte d'Ivoire Authorisation Decision"]), paras. 207–208; Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Decision on the Prosecutor's request for authorisation of an investigation ["Georgia Au-

advanced by the Chamber for taking a negative decision: the (i) time lapse between the alleged crime and the Prosecutor's request for authorisation; (ii) scarce cooperation obtained by the Prosecutor; (iii) likelihood that both relevant evidence and potential suspects might still be available and within reach of the Prosecutor's investigative efforts; and (iv) need for significant amount of resources that would go to the detriment of other investigations or prosecutions.¹⁸³

1. Proceedings before the Appeals Chamber

Upon authorisation, the Prosecutor appealed the Pre-Trial Chamber's decision on two grounds: (i) whether the Pre-Trial Chamber erred in law in making a positive determination that the initiation of an investigation into the situation in Afghanistan was not in the interests of justice; and (ii) whether the Pre-Trial Chamber abused its discretion in assessing the interests of justice.¹⁸⁴ On 5 March 2020, the Appeals Chamber unanimously reversed the Pre-Trial Chamber's decision and authorised the commencement of the investigation into the situation.¹⁸⁵ Of importance are the following key findings:

a) When examining requests for authorisation under Article 15 (4), the Pre-Trial Chamber shall not review the Prosecutor's analysis of the factors under Article 53 (1) (a) to (c).¹⁸⁶ This is based on the Appeals Chamber's understanding that Articles 15 and 53 establish two separate regimes: proprio motu investigations are governed exclusively by Article 15, while investigations following a State Party or Security Council referral are governed by Article 53 (1).¹⁸⁷ In other words, in case of proprio motu investigations, the criteria of Article 53 (1) are not determinative for the Pre-Trial Chamber's decision, but only those set forth in Article 15 (4). Moreover, in the view of the Appeals Chamber, rule 48¹⁸⁸ can also not be relied upon by the Pre-Trial Chamber to import the criteria for its review in the context of Article 15

(4).¹⁸⁹ In addition, it quashed the line of argumentation of the Kenya Pre-Trial Chamber (and that of all other pre-trial chambers thereafter) which had argued that the identical evidentiary standard set forth in Articles 15 (3)/(4) and 53 (1) also informs the subject-matter of its review.¹⁹⁰ In the view of the Appeals Chamber this interpretation obscures the evidentiary standard with the object of its review.¹⁹¹ As a result, Article 15 (4) only requires the Pre-Trial Chamber to determine whether there is a reasonable *factual* basis for the Prosecutor to proceed with an investigation, in the sense of whether crimes have been committed, and that potential case(s) arising from such investigation appear to fall within the Court's jurisdiction.¹⁹² It does not require the Pre-Trial Chamber to review the Prosecutor's assessment of complementarity or interests of justice.¹⁹³ Hence, the Pre-Trial Chamber erred when including in its Article 15 (4) review the analysis of the interest of justice factor as set out Article 53 (1) (c).¹⁹⁴

b) While the Appeals Chamber considered it not necessary to examine the second ground of appeal, it nevertheless did so due to its importance and extensive litigation before it. The Appeals Chamber confirmed that the Prosecutor does not need to make a positive finding on the interest of justice factor as it is formulated in the negative in Article 53 (1) (c).¹⁹⁵ The Pre-Trial Chamber's reasoning in support of its conclusion regarding the interest of justice "was cursory, speculative and did not refer to information capable of supporting it". In particular, the Pre-Trial Chamber did not adequately consider the gravity of the crimes and the interests of victims.¹⁹⁶

c) As regards the scope of the authorised investigation, the Pre-Trial Chamber had argued that the authorisation, if granted, would only encompass incidents that are "closely linked", rather than "sufficiently linked" and that for incidents that are not "closely linked", a new request for authori-

thorisation Decision"], para. 58; Decision of 9.11.2017 – ICC-01/17-9-Red (Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017 ["Burundi Authorisation Decision"]), para. 190.

¹⁸³ ICC, Decision of 12.4.2019 – ICC-02/17-33 (Decision Rejecting Investigation), paras. 91–96.

¹⁸⁴ ICC, Filing of 30.9.2019 – ICC-02/17-74 (Prosecution Appeal Brief).

¹⁸⁵ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan ["Judgment Authorisation Afghanistan"]).

¹⁸⁶ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), paras. 25, 45.

¹⁸⁷ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 33.

¹⁸⁸ Rule 48 stipulates: "In determining whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation under article 15, paragraph 3, the Prosecutor shall consider the factors set out in article 53, paragraph 1 (a) to (c)".

¹⁸⁹ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 35.

¹⁹⁰ ICC, Decision of 31.3.2010 – ICC-01/09-19-Corr (Kenya Authorisation Decision), paras. 20–25; Decision of 15.11.2011 – ICC-02/11-14-Corr (Côte d'Ivoire Authorisation Decision), paras. 17–18, 21; Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorisation Decision), paras. 4–5; Decision of 9.11.2017 – ICC-01/17-9-Red (Burundi Authorisation Decision), para. 28.

¹⁹¹ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 36.

¹⁹² ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), paras. 34, 39, 45.

¹⁹³ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), paras. 39–41.

¹⁹⁴ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), paras. 37, 46.

¹⁹⁵ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 49.

¹⁹⁶ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 49.

sation must be submitted.¹⁹⁷ Further, the Pre-Trial Chamber had argued that incidents taking place outside Afghanistan (such as persons captured in or outside of Afghanistan and mistreated/tortured outside Afghanistan on the territory of States Parties in the context of the CIA detention program of the CIA) would not fall under the Court's jurisdiction for lack of nexus with the armed conflict.¹⁹⁸ In response, the Appeals Chamber rejected the Pre-Trial Chamber's narrow interpretation of "closely linked" as "unworkable in practice"¹⁹⁹ and clarified that the authorisation of the investigation cannot be restricted to incidents specifically mentioned in the Prosecutor's Article 15 (3) request and to incidents that are only "closely linked" to those mentioned incidents. Restricting the scope in this manner would not take into account the Prosecutor's limited investigative powers during the preliminary examination phase and "erroneously inhibit the Prosecutor's truth-seeking function".²⁰⁰ The Appeals Chamber also disagreed with the Pre-Trial Chamber's nexus interpretation. Noting the broad wording of the chapeau of Article 3 common to the 1949 Geneva Conventions, it held that "it is incorrect to assume that, merely because the alleged capture of the victim did not take place in Afghanistan and the alleged criminal act also occurred outside Afghanistan, the conduct cannot possibly have taken place in the context of, and have been associated with, the armed conflict in that State". Rather, the nexus must be established for each incident case-by-case.²⁰¹ As a consequence, the Appeals Chamber authorized the investigation as framed by the Prosecutor.²⁰²

The Appeals Chamber made further comments on the relevance of Articles 18 and 98 in the context of authorisation proceedings pursuant to Article 15 (4):

d) Considerations of admissibility may be raised under Article 18 after the proprio motu investigation has been authorised.²⁰³

e) Immunities under Article 98 (including agreements entered by States) affect the execution of requests under the cooperation regime of the Statute and are not relevant when determining whether the initiation of an investigation should be authorised.²⁰⁴

Judge Ibáñez Carranza appended a separate opinion to the judgment expressing her disagreement with the Appeals Chamber's "statements made in passing" and outside the

scope of the appeal that the Prosecutor has discretion when deciding whether or not to open proprio motu investigations, and that the Article 53 (1) (a) and (b) criteria only apply to State Party and Security Council referrals.²⁰⁵

Victims also lodged direct appeals before the Appeals Chamber against the Pre-Trial Chamber's decision rejecting the commencement of the proprio motu investigation.²⁰⁶ During the hearing on 5 December 2019, the Appeals Chamber decided orally, by majority, that the victims had no legal standing under Article 82 (1) (a) to bring an appeal and dismissed their appeal as inadmissible.²⁰⁷ Judge Ibáñez Carranza dissented arguing that the ruling should have been rendered in the form of a written judgment and that victims should have been granted legal standing under Article 82 (1) (a) to bring the appeal against a decision denying the authorization to commence an investigation.²⁰⁸ On 4 March 2020, the Appeals Chamber provided in writing the reasons for its oral ruling.²⁰⁹

2. Proceedings before Pre-Trial Chamber II

On 15 April 2020, the Prosecutor informed the Chamber that Afghanistan requested her Office to defer to its domestic investigation of persons whom it is investigating and prosecuting.²¹⁰ She attached the deferral request which contained also a table which broadly describes the type of cases in relation to which the authorities propose to provide further information.²¹¹ She explained that due to the Coronavirus Pandemic, the Afghan authorities have been unable to specify with supporting material the investigations currently ongoing and informed the Chamber that she has agreed that Afghanistan may supplement the deferral request with further information until 12 June 2020.

¹⁹⁷ ICC, Decision of 12.4.2019 – ICC-02/17-33 (Decision Rejecting Investigation), paras. 41–42.

¹⁹⁸ ICC, Decision of 12.4.2019 – ICC-02/17-33 (Decision Rejecting Investigation), paras. 51–56.

¹⁹⁹ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 63.

²⁰⁰ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 61.

²⁰¹ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), paras. 73–76, 78.

²⁰² ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 79.

²⁰³ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 42.

²⁰⁴ ICC, Judgment of 5.3.2020 – ICC-02/17-138 (Judgment Authorisation Afghanistan), para. 44.

²⁰⁵ ICC, Opinion of 6.3.2020 – ICC-02/17-138-AnxCorr (Separate opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza to the Judgment on the appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan).

²⁰⁶ ICC, Filing of 2.10.2019 – ICC-02/17-73-Corr (Corrigendum of Updated Victims' Appeal Brief); Filing of 1.10.2019 – ICC-02/17-75-Corr (Corrigendum of Victims' Joint Appeal Brief against the "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan" of 30 September 2019, ICC-02/17-75).

²⁰⁷ ICC, Transcript of 5.12.2019 – ICC-02/17-T-002-ENG ET, pp. 2–5.

²⁰⁸ ICC, Opinion of 5.12.2019 – ICC-02/17-133 (Dissenting Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza to the majority's oral ruling of 5 December 2019 denying victims' standing to appeal [Preliminary reasons]).

²⁰⁹ ICC, Reasons of 4.3.2020 – ICC-02/17-137 (Reasons for the Appeals Chamber's oral decision dismissing as inadmissible the victims' appeals against the decision rejecting the authorisation of an investigation into the situation in Afghanistan).

²¹⁰ Filing of 15.4.2020 – ICC-02/17-139 (Notification to the Pre-Trial Chamber of the Islamic Republic of Afghanistan's letter concerning article 18 (2) of the Statute).

²¹¹ Filing of 15.4.2020 – ICC-02/17-139-Anx1 (Letter Requesting Deferral).

A Close Look at the German and Australian Anti-FGM Framework-Concerns About Equal Protection and Equal Application

By Dr. Kerstin Braun, Brisbane, Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

I. Introduction

Estimates suggest that on a global scale more than 200 million females are living with Female Genital Mutilation ('FGM').¹ During FGM, female genital organs are altered or injured to varying degrees without a medical purpose.² While the practice mostly affects girls and women in some African, Asian and Middle-Eastern countries, cases of FGM have also been reported in Western states, including Germany and Australia. Both are states which have recently seen an increase in immigration,³ including from countries where FGM is traditionally practiced.⁴ In the international context, the issue is consistently discussed as a human rights violation and states are called upon to ensure that the relevant practices are criminalised. Over past decades, an increasing number of Western and African countries,⁵ including Germany and

Australia,⁶ have responded to this phenomenon by enacting additional criminal laws specifically addressing the act of FGM.

This article first provides a brief introduction to the issue including how the World Health Organisation ('WHO') defines FGM and how the debate on FGM is framed in the international context. It subsequently analyses the anti-FGM laws introduced in Germany and Australia identifying similarities and differences. The analysis informs subsequent debate on whether the laws could be discriminatory in nature or applied arbitrarily based on two considerations. Firstly, the laws aim to protect migrant girls from harmful traditional practices and therefore exclusively focus on female genitals. This could be discrimination based on sex if male circumcision of infants and boys is a comparable practice and male and female procedures are treated differently without legitimate justification. Secondly, while the wording of the criminal laws suggests that they apply to all alterations of female genitals without a medical purpose, in practice, in both countries, they have been interpreted to only relate to traditional procedures excluding female genital cosmetic surgeries and genital piercings, performed with increasing popularity in the West. The article concludes that the legitimacy of the anti-FGM framework is doubtful in Germany and Australia based on these considerations and analyses avenues suggested to overcome these inconsistencies. It concludes that while some of the suggested approaches result in less protection for children too young to consent and are therefore undesirable, others are unlikely to find support in practice in Germany and Australia due to 'pragmatic' and political reasons as well as international pressure. This creates the problematic situation that the current anti-FGM framework will continue to operate in the two countries. The article closes by questioning whether governments can expect compliance with arbitrary criminal laws and relatedly whether these laws can have the desired impact on those who they are trying to protect in practice – girls with migrant backgrounds.

¹ Varol *et al.*, Reproductive Health 2017 Vol. 14 Supplement 63, 1 (2). This article uses the term Female Genital Mutilation to refer to the practice as used in the criminal legislation it examines while recognising the associated negative connotations in regards to the term.

² World Health Organisation ('WHO'), Female Genital Mutilation – Fact Sheet (2019), p. 1, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/112328/WHO_RHR_14.12_eng.pdf?ua=1 (1.12.2020).

³ In Australia in 2019, 29,7 % of the population was born overseas, see: Australian Bureau of Statistics, Australia's Population by Country of Birth, <https://www.abs.gov.au/statistics/people/population/migration-australia/latest-release> (9.12.2020). In addition, in 2016, 21 % of the population were second generation Australians (born in Australia, but had one or both parents born overseas) see Australian Bureau of Statistics, Cultural Diversity in Australia, 2016 Census Article, <https://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Lookup/by%20Subject/2071.0~2016~Main%20Features~Cultural%20Diversity%20Article~60> (1.12.2020). In Germany, in 2018, approximately 20.8 million people had a migrant background meaning the individual or at least one parent did not acquire German citizenship by birth. See: Statistisches Bundesamt, Migration and integration, https://www.destatis.de/EN/Themes/Society-Environment/Population/Migration-Integration/_node.html (1.12.2020).

⁴ See, for example, Australian Institute of Health and Welfare, Discussion of Female Genital Mutilation/Cutting Data in Australia, 2019, p. 3, <https://www.aihw.gov.au/getmedia/c11f1392-8343-4672-bee3-c296eaa019e4/aihw-phe-253.pdf.aspx?inline=true> (1.12.2020).

⁵ On European countries with anti-FGM laws see: *Banasik*, Progress in Health Science 2015 Vol. 5 No. 2, 216 (220). On African countries with anti-FGM laws see *Aberese Ako*/

Akweongo, Reproductive Health Matters 17 (2009) Issue 34, 47.

⁶ Strafgesetzbuch (Penal Code, Germany) § 226a ('StGB'); Crimes Act 1900 (ACT) sections 73–77; Crimes Act 1900 (NSW) sections 45, 45A; Criminal Code Act (NT) sections 186A–186D; Criminal Code 1899 (Qld) sections 323A–323B; Criminal Law Consolidation Act 1935 (SA) sections 33–33B; Crimes Act 1958 (Vic) sections 32–34A; Criminal Code Act 1924 (Tas) sections 178A, 178B, 389; Criminal Code (WA) section 306.

practice prior to analysing how the international debate on FGM is framed.

1. What is FGM?

FGM is traditionally practiced in a number of African, Middle-Eastern and Asian countries.⁷ Types of FGM vary. As per the definition of the WHO, FGM is the ‘partial or total removal of the external female genitalia or other injury to the female genital organs for non-medical reasons’.⁸ On this basis, the WHO developed a classification system grouping the procedure into four main types: type 1 relates to the partial or total removal of the clitoris (clitoridectomy), type 2 to the partial or total removal of the clitoris and the labia (excision) and type 3 to the narrowing of the vaginal orifice (infibulation). Type 4 is the widest category and concerns all other interventions on female genitalia for non-medical purposes, including pricking, piercing, incisions and scraping.⁹ It has been estimated that around 85–90 % of all FGM cases fall under types 1, 2 and 4,¹⁰ with the most extreme form of FGM, type 3, occurring in around 10 % of cases in African countries.¹¹ The timing of the procedure also varies greatly between cultural groups. While some females are cut as infants, many undergo the procedure when they are aged between five and eight.¹² FGM can also be performed on older girls and women.¹³

While no evidence suggests that physical health benefits are associated with FGM, numerous health risks have been attributed to certain types including haemorrhage, pain, bleeding, infections, sexual and gynaecological problems as well as psychological trauma including post-traumatic stress disorder, anxiety and depression.¹⁴ Yet, some point out that a high percentage of women in Africa who have undergone the

procedure have fulfilling sexual activity¹⁵ and that the frequently described health complications relating to FGM procedures are exaggerated.¹⁶

Explanations provided in the literature for the reasons behind the practice include: marking the commencement of womanhood (rite of passage); safeguarding women’s chastity prior to marriage; perceived hygiene and aesthetics reasons; religious motivations and suppressing sexuality in order to prevent unfaithfulness of the female spouse.¹⁷ Frequently, FGM appears to be undertaken to comply with cultural and social norms. In some cultural groups, females are unable to marry if the procedure has not been performed leaving them economically vulnerable and socially excluded. *Shahid* and *Rane* explain that ‘women from more patriarchal societies like Sub-Saharan Africa gain recognition through marriage and childbirth’.¹⁸ In scholarship, the inability to marry without having FGM performed is often considered one of the main reasons for the continuance of the practice on girls and young women.¹⁹

Some scholars point out, however, that contrary to the above explanations males and females in many practicing communities do not associate FGM with male domination or controlling women’s sexuality but merely see it as a tradition which must be followed.²⁰ Others note that females also undergo FGM because they perceive it as a fundamental part of their cultural identity²¹ and may even consider it a stance against colonialism.²²

In light of the above, women organising the procedure for female family members will often believe to be acting in the best interest of the child in the context of the particular cultural setting.²³ The above reasons may also provide an explanation as to why some adult women elect to undergo FGM.

2. The International Debate on FGM

In the international human rights context, the debate on female circumcision, later redefined as FGM, is unanimously framed and condemned as a practice violating the human rights of girls and women. As such a wide range of practices

⁷ *Shahid/Rane*, *Journal of Obstetrics and Gynaecology* 37 (2017), 1053.

⁸ *WHO et al.*, *Eliminating Female Genital Mutilation – An Interagency Statement – OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO*, 2008, p. 1.

⁹ *WHO et al.* (fn. 8), p. 4.

¹⁰ *Krasa*, *Medical Health Care and Philosophy* 13 (2010), 269 (270); *WHO*, *Sexual and Reproductive Health – Female Genital Mutilation (FGM) Prevalence of FGM*,

<https://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/prevalence/en/> (1.12.2020).

¹¹ *Stanley Yoder/Khan*, *DHS Working Papers 2008 No. 39* (United States Agency for International Development), p. 14; *WHO* (fn. 10).

¹² *Gaffney-Rhys*, *The International Journal of Human Rights* 24 (2020), 457 (458).

¹³ *WHO*, *Female Genital Mutilation: Fact Sheet* (WHO, 2018),

<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (1.12.2020).

¹⁴ *Zurynski et al.*, *Archive of Diseases in Childhood* 102 (2017), 509; *Matthews*, *Medical Journal Australia* 2011 Vol. 194 No. 3, 139 (140).

¹⁵ See, for example: *The Hastings Centre*, *Report: Seven Things to Know about Female Genital Surgeries in Africa*, 2012, p. 22; *Ahmadu/Shweder*, *Anthropology Today* 2009 Vol. 25 Issue 6, 14.

¹⁶ See, for example: *The Hastings Centre* (fn. 15), p. 22, 23.

¹⁷ *Shahid/Rane*, *Journal of Obstetrics and Gynaecology* 37 (2017), 1053. See also *WHO et al.* (fn. 8), p. 5–7; *Matthews*, *Medical Journal Australia* 2011 Vol. 194 No. 3, 139 (140).

¹⁸ *Shahid/Rane*, *Journal of Obstetrics and Gynaecology* 37 (2017), 1053 (1057).

¹⁹ See also discussion in *Gaffney-Rhys*, *The International Journal of Human Rights* 24 (2020), 457 (458 et seq.).

²⁰ *Kalev*, *Sex Roles* 2004 Vol. 51 Issue 5, 339 (347); *The Hastings Centre* (fn. 15), p. 23.

²¹ *Green/Lim*, *Social & Legal Studies* 7 (1998), 365 (369).

²² See discussion in *Ngarũiya Njambi*, *Critical Sociology* 33 (2007), 689.

²³ *Gaffney-Rhys*, *The International Journal of Human Rights* 24 (2020), 457 (459).

from different locations are, without differentiation, collapsed into the single term ‘FGM’ underpinning the international debate.²⁴

Commencing in the 1990s, the UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (‘CEDAW’) encouraged parties to take steps to eliminate female circumcision – as the practice was referred to at the time.²⁵ In 1992, the Committee issued General Recommendation 19 calling upon Member States ‘to take measures to overcome’ female circumcision due to it being considered discriminatory to women.²⁶ One year later, the UN General Assembly in Resolution 48/104 set out that violence against women included FGM.²⁷ International calls to eradicate the practice were reiterated in 1997 through a joint statement by the WHO, UNICEF and the UN Population Fund.²⁸ In the mid-1990s, the procedure was redefined in international debate as female genital mutilation in order to account for the severity of the injury and to differentiate it from male circumcision.²⁹ Subsequently, in 1999, the UN General Assembly called upon Member States to implement national laws to prohibit traditional or customary practices harmful to women including FGM.³⁰ Further resolutions by the General Assembly to intensify global efforts for the elimination of female genital mutilations and to ban FGM worldwide followed in 2012 and 2014.³¹ Likewise, the Council of Europe in 2014 adopted the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (the ‘Istanbul Convention’). The Istanbul Convention addresses FGM in Article 38 and calls upon parties to ensure that FGM is criminalised in the respective state.

In the human rights context, performing FGM is seen as a violation of the right to health and life, the right to private and family life and the right of children to be protected from violence, abuse, neglect and mistreatment. Some have classi-

fied FGM as torture.³² These rights are internationally protected by, *inter alia*, the International Covenant on Civil and Political Rights 1966,³³ the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966,³⁴ the UN Convention on the Rights of the Child 1989,³⁵ the UN Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women 1979,³⁶ and the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1987.³⁷ The WHO, for example, emphasises that

‘FGM is recognized internationally as a violation of the human rights of girls and women. It reflects deep-rooted inequality between the sexes, and constitutes an extreme form of discrimination against women. It is nearly always carried out on minors and is a violation of the rights of children. The practice also violates a person’s rights to health, security and physical integrity, the right to be free from torture and cruel, inhuman or degrading treatment, and the right to life when the procedure results in death.’³⁸

Bronitt notes that by presenting FGM as a human rights issue, it has mostly been ‘depoliticised’ and in many countries

²⁴ See also discussion in *Green/Lim*, *Social & Legal Studies* 7 (1998), 365 (371–373).

²⁵ CEDAW, General Recommendation No 14: Female Circumcision, 1990, contained in document A/45/38.

²⁶ CDEAW, General Recommendation No 19: Violence Against Women, 1992, contained in document A/47/38, <https://oursplatform.org/wp-content/uploads/CEDAW-Committee-General-Recommendation-19-Violence-against-Women.pdf> (1.12.2020).

²⁷ UN General Assembly, Resolution 48/104, Declaration on the Elimination of Violence Against Women (20 December 1993).

²⁸ *WHO et al.*, Female Genital Mutilation – A Joint WHO/UNICEF/UNFPA Statement, 1997.

²⁹ *WHO et al.* (fn. 8), p. 3.

³⁰ General Assembly, Resolution 53/117: Traditional or Customary Practices Affecting the Health of Women and Girls (1999) UN Doc A/RES/53/117, p. 3.

³¹ General Assembly, Resolution 67/147: Intensifying Global Efforts for the Elimination of Female Genital Mutilations (2012) UN Doc A/RES/67/146; General Assembly, Resolution 69/150: Intensifying Global Efforts for the Elimination of FGM (2014) UN Doc A/Res/69/150.

³² Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak, A/HRC/7/3 of 15 January 2008, paras. 53, 54; Confirmed Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Juan E. Méndez, A/HRC/31/57 of 5 January 2016, para. 62.

³³ International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess, Supp No. 16, U.N. Doc A/6316 (entered into force Mar. 23, 1976) [hereinafter ICCPR] Art. 3 (non-discrimination), 24 (child protection).

³⁴ See International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200 (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp No. 16, U.N. Doc A/6316 (entered into force Jan. 3, 1976) Article 12 (enjoyment of the highest attainable standard of health).

³⁵ Convention on the Rights of the Child, G.A. Res. 44/25, U.N. GAOR, 44th Sess., Supp. No. 49, at 166, U.N. Doc A/441736 (1989, hereafter Convention on Rights of the Child) Article 19 (protection from violence).

³⁶ See Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, opened for signature Mar. 1, 1980, 1249 U.N.T.S. 14 (entered into force Sept. 3, 1981) Articles 2 (discrimination), 15 (equality with men), 16 (discrimination in health care).

³⁷ Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted 10 Dec. 1984, G.A. Res. 39/46, U.N. GAOR 39th Sess., Supp. No. 51, at 197, U.N. Doc. A/39/51 (1984, entered into force 26 June 1987) Articles 2 (preventing acts of torture), 16 (acts of cruel, inhuman or degrading treatment).

³⁸ *WHO et al.* (fn. 13).

‘outlawed without the need to participate in broader debates over feminism and multiculturalism’.³⁹

Perhaps to be more in line with these international obligations and similar to the developments in many other Western and African countries, Germany and Australia have introduced specific laws criminalising FGM. The below analyses the criminal law response to FGM in the two countries. In doing so, it first considers the introductory history of FGM laws before assessing the respective statutory provisions ultimately illuminating similarities and differences between the two states.

III. Criminal Law Response in Germany and Australia

1. Germany

As FGM is a traditional practice originating in non-European countries, it had not been addressed by a specific offence under German criminal law for decades. In the past, the debate around FGM in the German context revolved more around the question of whether the procedure can be considered a human rights violation triggering a right to asylum in Germany to prevent the female from having to undergo the surgery in her home country.⁴⁰ However, given the strong influence of cultural traditions, there were reasons to believe that FGM had not only been performed on women before they immigrated to Germany, but also on girls born in Germany. According to recent estimates by *Terre Des Femmes*, about 65,000 women living in Germany have had FGM performed on them, and almost 15,000 girls are at risk of either having the procedure secretly carried out in Germany or being taken abroad for this purpose.⁴¹ The rising awareness for FGM triggered a political debate on criminal law reform (as discussed under a), which resulted in the adoption of a new criminal offence in 2014 (as discussed under b).

a) Legal Background

As pointed out above, German law did not provide for a criminal offence specifically addressing FGM until 2013. The lack of specific legislation, however, did not mean that FGM was not at all punishable under German law as the general criminal offences on inflicting bodily harm applied (§§ 223 et seq. German Penal Code). In 2001, this assumption was con-

firmed by a judgment of the District Court Münster.⁴² In this case, the stepfather of the 15-year-old victim cut her labia minora after he talked her into believing that this would enhance her sexual enjoyment. The perpetrator was convicted of causing bodily harm by dangerous means (§ 224 [1] No 1 Penal Code, use of a scalpel without being a surgeon) and sentenced to three years and three months. Interestingly, the case, Germany’s first and only reported FGM conviction, is entirely unconnected to cultural traditions.

Nevertheless, the lack of specific FGM law, and relatedly the necessity to rely on the general criminal provisions concerning causing bodily harm, raised concerns whether criminal liability could be avoided by grounds of justification (consent) or excuse (religious belief).⁴³ Thus, in 2009, a first legislative proposal for a criminal law reform was tabled in Parliament.⁴⁴ The initiators of the proposal argued that, even though FGM was punishable under German criminal law, a reform was necessary to provide for an adequate penalty reflecting the gravity of the crime and the harm suffered by the victim, and to protect other potential victims by amending the statute of limitations and extraterritorial jurisdiction where FGM is performed abroad.⁴⁵ The proposal did not pass the legislative process but paved the way for law reform in the following parliamentary term, where three reform proposals were presented, namely an amendment to § 224 Penal Code (causing bodily harm by dangerous means)⁴⁶, an amendment to § 226 Penal Code (causing grievous bodily harm)⁴⁷, and the introduction of a new criminal offence of FGM (§ 226a Penal Code)⁴⁸. The first option was rejected because the gravity of the offence resulted from the serious harm inflicted on the victim rather than the mere risks of the procedure.⁴⁹ The second proposal (amendment to § 226 Penal Code) placed FGM in an adequate systematic context (grievous bodily harm), but incorporated the conduct in an offence that first and foremost applies to serious consequences that have been caused by negligence (‘erfolgsqualifizierte Delikte’, § 18 Penal Code). Where the offender has caused such consequences on purpose or knowingly (i.e. with direct in-

³⁹ Bronitt, *Health Care Analysis* 6 (1998), 39.

⁴⁰ Verwaltungsgericht Magdeburg (Magdeburg Administrative Court), Judgment of 20.6.1996 – 1 A 185/95 (ECLI:DE:VGMAGDE:1996:0620.1A185.95.0A); more recently Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Higher Administrative Court of Northrhine-Westfalia), Judgment of 14.2.2014 – V 1 A 1139/13.A, paras. 44 ff.; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Higher Administrative Court of Bavaria), Judgment of 22.2.2017 – 9 ZB 17.30027, paras. 4 f. (ECLI:DE:BAYVGH:2017:0222.9ZB17.30027.0A).

⁴¹ *Terre des Femmes*, Dunkelzifferstatistik zu weiblicher Genitalverstümmelung in Deutschland 2018, <https://www.frauenrechte.de/images/downloads/fgm/TDF-Dunkelzifferstatistik-2018-Bundeslaender.pdf> (1.12.2020).

⁴² Landgericht Münster (Münster District Court), Judgment of 11.3.2002 – 16 Ns 122/00, 16 Ns 55 Js 1669/99.

⁴³ *Rosenke*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2001, 377 (378–379).

⁴⁴ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 16/12910, 6.5.2009.

⁴⁵ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 16/12910, 6.5.2009, p. 6.

⁴⁶ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/12374, 19.2.2013.

⁴⁷ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/4759, 9.2.2011; see also the proposal of 2009, Drucksache 16/12910, 6.5.2009.

⁴⁸ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/1217, 24.3.2010, and Drucksache 17/13707, 4.6.2013.

⁴⁹ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/13707, 4.6.2013, p. 4; Schramm, in: Heger/Kelker/Schramm (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014, p. 603 (626).

tent), as would be the case in FGM proceedings, § 226 (2) Penal Code provides a minimum sentence of imprisonment of no less than three years. As a consequence, a conviction under this section for FGM would automatically result in the deportation of those perpetrators from Germany who are refugees, including close family members of the victim.⁵⁰ In order to avoid this consequence, the legislator finally adopted a new provision on FGM (§ 226a Penal Code), which entered into force on 28 September 2013.⁵¹

b) Criminal Law

According to § 226a (1) German Penal Code, the mutilation of the external genitalia of a female shall be punished by imprisonment of no less than one year. In less serious cases, the penalty shall be imprisonment from six months to five years (§ 226a [2] Penal Code).

The material scope of the new offence is defined by the term ‘mutilation’. According to the legislative materials, this concept refers to the WHO classification and covers all four types of FGM.⁵² On the other hand, the new offence shall not apply to less serious interventions (cosmetic surgery, genital piercing) which, so the explanatory memorandum argued, do not substantially affect the physical integrity of the victim.⁵³ This understanding, however, is not compatible with the classification of the WHO defining FGM as ‘all procedures involving partial or total removal of the external female genitalia or other injury to the female genital organs for non-medical reasons’.⁵⁴ Due to the significant minimum penalty (imprisonment of no less than one year), the prevailing opinion in German legal scholarship has resolved this inherent contradiction by a strict interpretation of the term ‘mutilation’, requiring serious bodily harm and, thereby, excluding less severe interventions (i.e. certain forms of type I and type IV, e.g. the removal or piercing of the clitoral hood) from the scope of the new offence.⁵⁵

The new provision does not explicitly address the question of whether a victim can legally consent to the procedure. Thus, the general rules on consent as a justification under German criminal law apply.⁵⁶ According to these rules, consent given by minors or obtained by means of force or compulsion is invalid and, thus, cannot justify the prohibited conduct.⁵⁷ In addition, consent is invalid where the conduct violates public morals (§ 228 Penal Code). The broad and vague term of public morals notwithstanding, the underlying rationale of § 228 is to rule out any justification of serious crimes inflicting bodily harm even if the affected person has given his/her consent. Accordingly, a violation of public morals referred to in § 228 requires grievous bodily harm (or at least a corresponding risk).⁵⁸ While the explanatory memorandum assumes that FGM generally constitutes GBH and thus renders consent invalid *per se*,⁵⁹ it remains doubtful whether § 228 applies to all forms of FGM, especially those where little or no harm occurs. In this regard, it is quite remarkable that the explanatory report to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence states that legally valid consent to less severe forms of FGM may take away criminal liability.⁶⁰ Similarly, parental consent generally may exclude criminal liability, but is subject to the requirement that parental custody and consent to medical (and non-medical) treatment must not jeopardise the best interests of the child (§§ 1626, 1627 German Civil Code). Accordingly, (serious) cases of FGM covered by § 226a (‘mutilation’) cannot be justified by parental consent.⁶¹ Since consent is not given by the person concerned (the girl), parental consent is subject to stricter requirements (best interests) than the threshold laid down in § 228 Penal Code. This higher threshold is based upon the reasoning that children are particularly vulnerable

⁵⁰ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/1217, 24.3.2010, p. 2; *Hahn*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2010, 37 (39); for a critical view on this argument: *Schramm* (fn. 49), p. 618–621.

⁵¹ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches (Act on Female Genital Mutilation, Germany) from 24.9.2013, BGBl. I, 2013, p. 3671.

⁵² Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/13707, 4.6.2013, p. 6.

⁵³ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/13707, 4.6.2013, p. 6; see also Drucksache 12/1217, 24.3.2010, p. 7.

⁵⁴ *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Vol. 2, 5th ed. 2017, § 226a para. 9; *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. 4, 3rd ed. 2017, § 226a para. 40.

⁵⁵ *Böse* (fn. 54), § 226a para. 13; *Grünwald*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Vol. 7/1, 12th ed. 2019, § 226a para. 27–28; *Hardtung* (fn. 54), § 226a para. 86–88, 99; *Schramm* (fn. 49), p. 628; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30th ed. 2019, § 226a para. 3; *Wolters*, in: *Wolter* (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. 4, 9th ed. 2017, § 226a para. 13; for the contrary view (all types of FGM covered): *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (ed.), *Beck’scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 43rd ed., 1.8.2019, § 226a para. 9; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66th ed. 2019, § 226a para. 11.

⁵⁶ *Hardtung* (fn. 54), § 226a para. 102.

⁵⁷ *Sotiriadis*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2014, 320 (328); *Sternberg-Lieben* (fn. 55), § 226a para. 5.

⁵⁸ Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice), Judgment of 26.5.2004 – 2 StR 505/03 = BGHSt 49, 166 (171–172).

⁵⁹ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/13707, 4.6.2013, p. 6.

⁶⁰ Council of Europe, Explanatory report, para. 156, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383a> (1.12.2020).

⁶¹ Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice), Judgment of 15.12.2004 – XII ZB 166/03 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 672 (673); *Böse* (fn. 54), § 226a para. 17; *Grünwald* (fn. 55), § 226a para. 32.

and therefore should be protected against any kind of physical harm which is not objectively justified by their best interests. As a consequence, even less severe cases of FGM, in particular those procedures outside the scope of § 226a Penal Code, may not be justified by parental consent, either.⁶² There is, however, an exception for male circumcision (§ 1631d German Civil Code), which can hardly be reconciled with the assumption that parental consent to any type of FGM is strictly prohibited (see IV. 1.).

The introduction of the new offence has been supplemented by provisions on the statute of limitations and extraterritorial jurisdiction that should ensure an effective prosecution of the criminalised conduct. According to the general rules, prosecution of FGM is time-barred after expiry of 20 years following the commission of the crime (s 78 [3] No 2 Penal Code). Since FGM is usually performed on girls who are not capable of reporting the crime to the competent authorities, the limitation period shall be stayed until the victim has reached the age of 30 years (s 78b [1] No 1 Penal Code). The provision postpones the beginning of the limitation period in order to enable victims to report the crime to the police and to trigger a criminal investigation when they have reached the age of majority (see also Art. 58 of the Council of Europe Convention on Preventing and Combatting Violence against Women).⁶³

In addition to the reform of 2013, the legislator established extraterritorial jurisdiction over criminal offences under § 226a FGM committed abroad if the offender is German or the victim has her permanent residence in Germany (§ 5 No. 9a lit. b Penal Code).⁶⁴ Thereby, the legislator addressed the constellation that girls were removed from German territory in order to carry out the mutilation abroad and, thereby, to circumvent the domestic prohibition of FGM.⁶⁵ In particular, the new provision should enable the law enforcement authorities to prosecute so-called ‘holiday circumcisions’ (‘Ferienbeschnidungen’), where the mutilation could not have been prevented by a court order prohibiting the parents from removing their daughter from German territory.⁶⁶ By extending criminal jurisdiction to crimes committed abroad, the German legislator followed a recommendation of

the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and the Committee on the Rights of the Child.⁶⁷

In contrast to the estimated dark figure of 65,000 women living with FGM in Germany and nearly 15,000 at risk, no criminal trial concerning FGM has taken place and it has taken five years for the first cases of FGM to be reported to the police.⁶⁸

2. Australia

Australia is often referred to as a ‘traditional country of immigration’ as it historically encouraged immigration for development purposes.⁶⁹ Between 1999 and 2009 alone, around 40,000 persons immigrated to Australia from Sudan, Somalia, Egypt and Ethiopia.⁷⁰ All of these states have high FGM rates.⁷¹ Exact numbers of females with FGM living in Australia, however, are unavailable. This is to do with the fact that detected cases are not ‘routinely coded in paediatric medical records’⁷² in Australia and a formal FGM registry does not exist.⁷³ A 2018 report by ‘No FGM Australia’ based on UNICEF data, Australian migration figures and birth rates estimates, however, states that 209,099 women are likely either survivors or at high risk of FGM and that 3,876 girls born in Australia are at high risk of FGM each year.⁷⁴ The Australian Institute of Health and Welfare estimates that 53,000 girls and women born outside of Australia but living in Australia in 2017 had FGM performed on them (0.4 % of

⁶⁷ Joint general recommendations No. 31 of the CEDAW and the Committee on the Rights of the Child (CRC) on harmful practices CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18, No. 55 lit. I.

⁶⁸ In 2018, four cases have been reported and half of them have been solved; three suspects (1 male, 2 females) were identified: Polizeiliche Kriminalstatistik 2018 (Police Crime Statistic of 2008 of the German Federal Criminal Police Office), Grundtabelle V 1.0, Schlüssel 222040. Apparently, the official statistics listed 5 convictions of FGM (and 4 acquittals) in the preceding years (2014–2017): Statistisches Bundesamt (German Federal Statistical Office), Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege – Strafverfolgung 2014–2017, sub 2.1. However, further inquiry has established that these data have been due to errors in compilation (email from the German Federal Statistical Office of 7 October 2019).

⁶⁹ Migration Policy Institute, The Top Sending Countries of Immigrants in Australia, Canada, and the United States, <https://www.migrationpolicy.org/programs/data-hub/top-sending-countries-immigrants-australia-canada-and-united-states> (1.12.2020).

⁷⁰ Varol *et al.*, Reproductive Health 2017 Vol. 14 Supplement 63, 1 (2).

⁷¹ Varol *et al.*, Reproductive Health 2017 Vol. 14 Supplement 63, 1 (2). These rates range between 74–98 %.

⁷² Zurynski *et al.*, Archive of Diseases in Childhood 102 (2017), 509 (510).

⁷³ Zurynski *et al.*, Archive of Diseases in Childhood 102 (2017), 509 (510). This is different in the UK, where such a register exists.

⁷⁴ No FGM Australia, Report FGM Prevalence in Australia, 2018.

⁶² Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice), Judgment of 15.12.2004 – XII ZB 166/03 = Neue Juristische Wochenschrift 2005, 672 (673).

⁶³ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/13707, 4.6.2013, p. 5.

⁶⁴ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches (Act on the Implementation of European law on Sex Offences, Germany), 21.1.2015, BGBl. I, 2015, p. 10.

⁶⁵ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 18/2601, 23.9.2014, p. 21–22.

⁶⁶ Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice), Judgment of 15.12.2004 – XII ZB 166/03 = Neue Juristische Wochenschrift 2005, 672, confirming a court order prohibiting a Gambian woman to remove her 5-year-old daughter to Gambia in order to protect the girl against FGM.

Australia's female population). The number of females with FGM living in Australia increased by 17 % between 2011 and 2017 due to the increased immigration of women from countries with high FGM rates including Egypt, Ethiopia, Somalia, Sudan and Iraq.⁷⁵

a) Legal Background

FGM attracted much public attention in Australia for the first time in November 1993. At the time, a case concerned with two sisters (18 months and 3 years) and questions of protection from their physically abusive father was heard in the Children's Court in Melbourne, Victoria.⁷⁶ During the proceedings the infibulation of the girls was discovered.⁷⁷ The case subsequently received a large amount of media coverage, much of which was sensationalised reporting.⁷⁸ The sensationalism may be related to the climate in Australia at the time, which scholars describe as one of 'political and social unease' with the approaching First Gulf War and related fears of a 'Muslim invasion'.⁷⁹ In addition, it has been said that a migration wave of women from the Horn of Africa in the early 1990s and their presence in Australian cities on the East coast created uncomfortable awareness of 'racial and religious differences' in the majority population.⁸⁰

From late 1993, calls were made in Australia to condemn FGM by especially criminalising it and immediately enacting relevant legislation. Public discourse was significantly influenced by the Family Law Council, which was tasked with preparing a report for the Attorney-General,⁸¹ lobby groups of female lawyers, newspapers and both state and federal politicians. The arguments at the time in favour of introducing specific laws mirror the above-described German debate and were mainly based on two considerations: 1. excluding consent as a justification and 2. addressing FGM procedures performed abroad on females usually residing in Australia.

It should be noted that the act of mutilating another person was already criminalised in Australian jurisdictions as

⁷⁵ Australian Institute of Health and Welfare, *Towards Estimating the Prevalence of Female Genital Mutilation/Cutting in Australia* (February 2019) Australian Government, p. 10–12.

⁷⁶ See *Ierodionou*, *Melbourne University Law Review* 1995 Vol. 20 Issue 2, 562 (568).

⁷⁷ See *Ierodionou*, *Melbourne University Law Review* 1995 Vol. 20 Issue 2, 562 (568).

⁷⁸ For an overview of the headlines reported in the media at the time see, *Ierodionou*, *Melbourne University Law Review* 1995 Vol. 20 Issue 2, 562 (568–569).

⁷⁹ *Pardy/Rogers/Seuffert*, *Social & Legal Studies* 29 (2020), 273 (276), DOI: 10.1177/0964663919856681.

⁸⁰ *Rogers*, *Current Sexual Health Reports* 11 (2019), 442.

⁸¹ *Family Law Council*, *Female Genital Mutilation, A Report to the Attorney-General Prepared by the Family Law Council*, 1994,

<https://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/FamilyLawCouncil/Documents/Female%20genital%20mutilation.pdf>

(1.12.2020). See Recommendation 2 on the need to introduce legislation immediately.

assault, wounding or causing grievous bodily harm depending on the type of harm inflicted. Yet, concerns were raised as to whether the possibility to consent to some forms of assault could possibly take away the perpetrator's criminal responsibility or whether the person performing the procedure could rely on a defence available to persons performing medical treatment.⁸² Case law in the Anglo-Australian context suggests that a person can provide valid consent to bodily harm where this is seen to be in the 'public interest'. Such an interest has been affirmed for cases relating to a 'reasonable surgical interference'.⁸³ It was unclear whether FGM could be understood as such a reasonable surgical interference.⁸⁴ Furthermore, it was pointed out that taking the victim abroad with the intention of having the procedure performed on the child overseas might not be against the law.⁸⁵ Statutory law was thus deemed necessary to close the identified gaps.

The consultation conducted by the Family Law Council leading up to its report has been criticised not the least on the basis that it did not provide sufficient opportunities for practicing communities to participate due to its short consultation period and publication in English only.⁸⁶ As a consequence, *Iribarne* and *Seuffert* point out that the 'law reform process and most of the subsequent policy development in Australia has proceeded without sufficient attention to the voices of all of the women in the practicing communities, who should make decisions about, lead and implement any changes that may be appropriate in the practicing cultures'.⁸⁷

After the release of the report recommending the introduction of specific anti-FGM laws, the following legal landscape developed in Australia in relation to FGM.

b) Criminal Law

In comparison to Germany, criminal law and procedure generally fall into the jurisdiction of Australian states and territories. After the above-described public debate and the recommendations by the Family Law Council, each state and territory specifically criminalised FGM starting with the introduction of legislation in New South Wales in 1995 and ending in

⁸² For example, consent to plastic surgery carried out by a medical professional takes away criminal responsibility of the surgeon for an assault-based offence. See discussion of this issue in *Queensland Law Reform Commission*, *Female Genital Mutilation*, Report Nr. 47, Queensland Law Reform Commission, 1994, p. 68, https://www.qlrc.qld.gov.au/data/assets/pdf_file/0019/3725/11/r47.pdf (1.12.2020); *Family Law Council* (fn. 81), p. 50–51.

⁸³ See, for example, *R v Brown* [1994] 1 AC 212 in the UK context.

⁸⁴ See discussion in *Bronitt*, *Health Care Analysis* 6 (1998) 39 (41).

⁸⁵ *Family Law Council* (fn. 81), p. 56.

⁸⁶ *Iribarne/Seuffert*, *Australian Feminist Law Journal* 2018 Vol. 44 Issue 2, 175 (183).

⁸⁷ *Iribarne/Seuffert*, *Australian Feminist Law Journal* 2018 Vol. 44 Issue 2, 175 (184).

2003 with the introduction of laws in Western Australia.⁸⁸ While all criminal laws set out that performing FGM is against the law, the exact wording used to describe the criminal conduct varies between jurisdictions. While most Australian states introduced laws following a model statute prepared by the Family Law Council in the late 1990s, New South Wales introduced their anti-FGM laws prior to this and modelled their laws according to US anti-FGM legislation.⁸⁹

In comparison to the situation in Germany, where the general rules on criminal consent apply to the FGM offence, all Australian jurisdictions have explicitly excluded consent as a justification for the procedure including parental consent where FGM is to be performed on a child. Yet, medical exceptions exist if the procedure is performed for a legitimate medical purpose including child birth and sex reassignment surgery or, depending on the jurisdiction, if the procedure is to be performed to alleviate ‘physiological disability, physical abnormality, psychological disorder or pathological condition’.⁹⁰

The introduced laws also vary in relation to their extraterritorial application. All states and territories have criminalised removing an individual from their jurisdiction with the intention of having FGM performed on them abroad. While the majority of laws used to refer to removing a child under the age of 18, some states have now amended this to removing a person regardless of their age.⁹¹ In addition, the law in some Australian states, for example, the Northern Territory, explicitly criminalises performing the practice on another outside the jurisdiction.⁹² Moreover, the penalties vary greatly between states ranging from 7 years to 21 years.

In 2013, the Australian Government Attorney-General’s Office conducted a review of the laws pointing out some of the differences identified above as shortfalls.⁹³ Since publication, some jurisdictions have taken steps to bring their FGM legislation more in line with the recommendations contained in the report, for example, by increasing the maximum sentence length.⁹⁴

The laws have rarely found application in practice. Until today, only two full trials have reportedly taken place in New

South Wales and Queensland. The first Australian case dealing with FGM in New South Wales, *R v A2*; *R v KM*; *R v Vaziri*, will be analysed in detail below in the context of sex discrimination through anti-FGM laws.

3. Similarities and Differences between German and Australian FGM Frameworks

The introduction of specific anti-FGM laws in both Germany and Australia is closely entwined with the legislative desire to offer greater protection to girls with migrant backgrounds from harmful traditional practices by closing perceived protection gaps in criminal law. This includes the ability to consent to the infliction of certain types of harm and thus the risk of negating criminal responsibility for certain types of FGM. While Australian jurisdictions have explicitly excluded consent as a defence to FGM for any person (under and over the age of 18) as well as consent of guardians and parents on behalf of minors the situation is less clear in Germany. The German FGM provision was introduced without reference to criminal consent. Recourse must therefore be taken to the general rules relating to consent. Under German law, the question of whether a person can consent to a criminal act depends on whether such consent violates ‘public morals’. This is assessed in relation to the gravity of the offence. Whether all forms of FGM are severe enough to prevent consent remains uncertain under German law and, so far, has not been tested in the court system. The situation appears even more intransparent where parental consent for minor female children is concerned. In this case the procedure, in addition to not contravening public morals, must also be undertaken in the best interest of the child. Whether parental consent may be obtained for certain types of FGM is heavily debated in Germany and has not been subject to any court rulings.

The wording of the anti-FGM framework is very similar in Germany and Australia as it is in most Western countries. *Rogers* therefore describes Western FGM laws as a ‘franchise’.⁹⁵ Most Australian laws refer to performing ‘female genital mutilation’ or ‘mutilation’ to female genitalia. Similarly, the heading of the German statute is ‘mutilation of female genitalia’ (‘Verstümmelung weiblicher Genitalien’) and the section criminalises a person who ‘mutilates’ the external genitalia of a female person. Lastly, it is important to note that, as per the wording, the anti-FGM laws in both Germany and Australia apply to all females regardless of age or ethnic background.

Concerns about the respective laws from an equal protection and equal application standpoint are discussed below.

IV. Equal Protection and Equal Application

In both Germany and Australia, it is unlawful to discriminate on the basis of a number of attributes, including sex. Furthermore, laws must be applied equally and fairly to everyone. This means that criminal laws must be phrased and ap-

⁸⁸ Crimes Act 1900 (ACT) sections 73–77; Crimes Act 1900 (NSW) sections 45, 45A; Criminal Code Act 1983 (NT) sections 186A–186D; Criminal Code 1899 (Qld) sections 323A–323B; Criminal Law Consolidation Act 1935 (SA) sections 33–33B; Crimes Act 1958 (Vic) sections 32–34A; Criminal Code Act 1924 (Tas) sections 178A, 178B, 389; Criminal Code (WA) section 306.

⁸⁹ *Rogers*, Current Sexual Health Reports 11 (2019), 442.

⁹⁰ See Criminal Code 1899 (Qld) section 323A (3).

⁹¹ See, for example: Crimes Act 1900 (NSW) section 45A; Criminal Code Act 1983 (NT) section 186C; Crimes Act 1958 (Vic) section 33.

⁹² Criminal Code Act 1983 (NT) section 186B (2).

⁹³ Attorney-General’s Department, Review of Australia’s Female Genital Mutilation Legal Framework, Final Report, 2013, p. 10–11.

⁹⁴ For example, NSW has increased the maximum 7 year penalty to 21 years.

⁹⁵ *Rogers*, Current Sexual Health Reports 11 (2019), 442 (442).

plied in a non-discriminatory or arbitrary fashion. Problems arising in this context with anti-FGM laws are discussed below.

1. Discrimination Based on Sex

The wording of the laws in both Germany and Australia exclusively refers to females and mutilating female genitals. As such males and male genitalia are excluded from the scope of the introduced criminal laws. This gives rise to questions of equal protection of males, especially infants and boys, in the context of male circumcision. In Germany, introducing laws which aim to protect females while excluding males may be unconstitutional as they may violate Article 3 of the German Basic Law concerned with equality before the law. The article states among others that ‘no person shall be favoured or disfavoured because of sex’. The Australian anti-FGM framework may violate anti-discrimination laws and human rights obligations setting out that no one may be discriminated based on sex.⁹⁶ The below first considers whether (certain forms of) FGM and male circumcision of infants and boys are comparable before analysing whether the criminal law in Germany and Australia treats them differently. It lastly ponders if any legitimate reasons can be identified to justify the difference in treatment.

a) Comparable practices: minor forms of FGM on girls and circumcision of boys

In order to identify whether the anti-FGM framework treats similar cases differently without valid justification, the question needs to be addressed whether FGM procedures and male circumcision are generally comparable. This is not the case in relation to the more intrusive forms of FGM which result in severe and lasting injuries and health complications including, for example, infibulation. Yet, less severe forms of FGM, which cause little or no harm or scarring, may be comparable in nature to male circumcision or may be even less intrusive depending on the circumstances. Thus, the question arises as to whether such minor forms of FGM fall within the scope of German and Australian anti-FGM laws and whether the law treats them differently than male circumcision.

aa) Minor forms of FGM covered by German FGM laws

No trial has taken place in Germany and thus no case law on how ‘mutilation’ in the context of the criminal law should be defined is available. However, according to the German explanatory memorandum to the FGM law, mutilation as per the section, refers to the WHO classification and covers all four types of FGM including type 4.⁹⁷ Therefore, as per the legislator’s intention, which has been subject to severe criticism by legal scholars (III. 1. b), also minor forms of FGM,

including pricking and piercing, are criminalised under the German FGM law.

bb) Minor forms of FGM covered by Australian FGM laws

While all Australian anti-FGM laws speak of mutilation of the female genitalia or female genital mutilation, none provides a precise definition as to how ‘mutilation’ is to be understood. In 2019, the High Court of Australia handed down its first decision in relation to FGM in *R v A2; R v KM; R v Vaziri*. The Court held that any type of FGM procedure, even a minor one not causing any visible harm, falls within the meaning of ‘mutilation’ in the context of the New South Wales anti-FGM law.⁹⁸

The case initially took place in the New South Wales Supreme Court in 2015.⁹⁹ The three defendants, all members of the Dawoodi Bohra community, a subset of Shia Islam, were convicted under section 45 of the Crimes Act 1900 (NSW),¹⁰⁰ which criminalises the excision, infibulation or otherwise mutilation of the whole or any part of the labia or clitoris of another person. In the case, a mother (A2) was charged with having hired a retired midwife (KM) to carry out circumcision, referred to as ‘Khatna’, on her two female children (C1 and C2) in 2009 and 2012 when each of the girls was around seven years of age. The third defendant, Mr Vaziri, a religious leader of the community, was accused of being an accessory after the fact.

The case *inter alia* revolved around the question of whether any injury to the female genitalia (here the clitoral hood) to any extent could qualify as a ‘mutilation’ within the meaning of section 45 of the Crimes Act 1900 (NSW). The defence defined to mutilate as ‘to cut off, destroy, or alter radically a part of the body, in the present case (given the terms of the Indictment), the clitoris’.¹⁰¹ No medical evidence introduced during the trial positively supported that this degree of harm, or in fact any degree of injury, had occurred in this case. The prosecution, on the other hand, argued that ‘at the very least, the procedure performed by KM on C1 and C2 was a cutting or nicking (including pricking or piercing)’¹⁰² even if this did not leave any visible injury. They submitted that ‘otherwise mutilates’ includes ‘any physical injury to any extent to the female genital organs, which is done for non-medical reasons’ and that ‘a nick or cut to the genitalia for the purposes of FGM is capable of falling within the concept of mutilation in s.45’.¹⁰³

The trial judge, Jonson J, undertook a statutory interpretation of the term ‘mutilates’ finding that if ‘the enquiry con-

⁹⁸ *R v A2; R v Magennis; R v Vaziri* [2019] HCA 35 16 October 2019 [56].

⁹⁹ *R v A2; R v KM; R v Vaziri (No. 2)* [2015] NSWSC 1221.

¹⁰⁰ *R v A2; R v KM; R v Vaziri (No. 23)* [2016] NSWSC 282 (18 March 2016).

¹⁰¹ *R v A2; R v KM; R v Vaziri (No. 2)* [2015] NSWSC 1221 [111].

¹⁰² *A2; R v KM; R v Vaziri (No. 2)* [2015] NSWSC 1221 [110].

¹⁰³ *R v A2; R v KM; R v Vaziri (No. 2)* [2015] NSWSC 1221 [110].

⁹⁶ See, for example, Sex Discrimination Act 1984 (Cth); ICCPR Art. 3; Convention on Rights of the Child Art. 2 (equal application of rights irrespective of sex).

⁹⁷ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/13707, p. 6.

cerning the meaning of the word ‘mutilates’ is confined to its bare dictionary meaning (unassisted by context or statutory purpose), the better view may be that more is required than the causing of injury’.¹⁰⁴ Yet, after relying on other extrinsic materials,¹⁰⁵ he accepted the Crown’s submission. He found that the jury should be directed that ‘any injury to any extent for non-medical reasons falls within the meaning of ‘mutilation’ for the purpose of section 45 Crimes Act 1900’.¹⁰⁶ Some commentators have subsequently pointed out that it appears counter-intuitive to find that what had occurred was not ‘mutilation’ but nevertheless deemed to be ‘female genital mutilation’.¹⁰⁷ The jury returned a guilty verdict for all three defendants.

Upon appeal in 2018, all three convictions for FGM were quashed and a verdict of acquittal entered on all counts by the New South Wales Court of Criminal Appeal.¹⁰⁸ Regarding the interpretation of ‘otherwise mutilates’ the Court stated at [521]–[522] that:

‘For the reasons set out above, we have concluded, on balance, that the extrinsic materials relied on by his Honour do not permit a construction of ‘mutilates’ that departs from its ordinary meaning and we consider that its ordinary meaning connotes injury or damage that is more than superficial and which renders the body part in question imperfect or irreparably damaged in some fashion. It follows that we have concluded, with the greatest of respect for his Honour’s careful analysis of the legislation, that his Honour misconstrued the meaning of ‘mutilates’ and hence misdirected the jury as to an essential element of the offence.

We accept that a cut or nick could, in a particular case, amount to mutilation of the clitoris. The error we see in the direction given was that it included the words ‘to any extent’ insofar as it suggested that a *de minimis* injury would suffice.’

After prosecutorial appeal, the High Court of Australia in October 2019, set aside the orders of the Court of Appeal and remitted the matter to the Court for redetermination of whether the verdicts were unreasonable. In relation to the meaning of ‘mutilates’, the majority of the High Court rejected the narrow interpretation of the appeal court and emphasised that the term mutilation ‘is to be taken to refer to female genital mutilation in all its injurious forms’. Kiefel CJ and Keane J highlighted that a

‘construction which gives a broader scope to s 45 is consistent with its wider purpose, to prohibit completely female genital mutilation practices injurious to female children. That purpose is consistent with Australia’s obligations under the Convention on the Rights of the Child, to which the FLC Report drew attention.’¹⁰⁹

The majority of the High Court concluded that ‘mutilates’ in section 45 (1) (a) needs to be ‘understood as a term of condemnation of any of the practices referred to in the FLC Report injurious to a female child’ which is why ‘an injury such as cutting or nicking the clitoris of a female child cannot be said to be *de minimis*’.¹¹⁰

Having identified that *de minimis* forms of FGM are meant to be covered by the anti-FGM framework in both Germany and Australia, the below analyses whether male circumcision of infants and boys is comparable to these female procedures.

cc) Comparability of male circumcision

Male circumcision is a common practice in Western societies and often carried out on male infants with parental consent.¹¹¹ As per the WHO, male circumcision is ‘practised for social, cultural and medical reasons’.¹¹² Estimates suggest that worldwide around 30 % of males are circumcised.¹¹³ During the procedure, the penile foreskin, designed to protect the underlying genitals, is (partially) removed. The procedure is traditionally performed in Muslim and Jewish communities for a number of reasons including religious and cultural beliefs and for secular reasons in countries such as the US.¹¹⁴ Who performs the procedure varies depending on tradition and geographical location. In some countries this is done by a traditional circumciser while in others medically trained individuals carry out the procedure.¹¹⁵ Depending on the setting, the operation can be performed in non-sterile environments without anaesthesia. Thus, certain forms of FGM and male circumcision are comparable in that they require the cutting of ‘healthy, erogenous tissue’¹¹⁶ of genitals which is neither necessary to treat a medical condition nor to correct

¹⁰⁴ *R v A2; R v KM; R v Vaziri (No. 2)* [2015] NSWSC 1221 [156].

¹⁰⁵ *R v A2; R v KM; R v Vaziri (No. 2)* [2015] NSWSC 1221 from [175].

¹⁰⁶ *R v A2; R v KM; R v Vaziri (No. 2)* [2015] NSWSC 1221 [110] and [258].

¹⁰⁷ *Rogers*, *Alternative Law Journal* 2016 Vol. 41 Issue 4, 235 (236).

¹⁰⁸ *A2 v R; Magennis v R; Vaziri v R* [2018] NSWCCA 174.

¹⁰⁹ *R v A2; R v Magennis; R v Vaziri* [2019] HCA 35 16 October 2019 [56].

¹¹⁰ *R v A2; R v Magennis; R v Vaziri* [2019] HCA 35 16 October 2019 [58].

¹¹¹ WHO, *Neonatal and Child Male Circumcision: A Global Review*, 2010, p. 5

https://www.who.int/hiv/pub/malecircumcision/neonatal_child_MC_UNAIDS.pdf (1.12.2020); Paakkanen, *The International Journal of Human Rights* 2019 Vol. 23 Issue 9, 1494 (1495).

¹¹² WHO (fn. 111), p. 5.

¹¹³ WHO (fn. 111), p. 5.

¹¹⁴ Paakkanen, *The International Journal of Human Rights* 2019 Vol. 23 Issue 9, 1494 (1496).

¹¹⁵ Wahedi, *Nottingham Law Journal* 2019 Vol. 28 Issue 1, 1 (8).

¹¹⁶ Earp, *Medicolegal and Bioethics* 5 (2015), 89 (90).

‘an acknowledged deformity’¹¹⁷ and can be undertaken by non-medically trained professionals in non-sterile settings.

Given the comparability of the examined procedures, the below analyses whether the law in Germany and Australia treats male circumcision and minor forms of FGM differently.

b) Difference in treatment of FGM on girls and male circumcision of boys

All forms of FGM, including less severe forms, are explicitly criminalised in Australia and Germany and consent by parents or guardians on behalf of female minors is generally no justification.

In comparison, male circumcision is not explicitly penalised in Australia. While the procedure may be subject to the general criminal laws dealing with assaults and causing bodily harm, parental consent on behalf of minors is not explicitly excluded and can render male circumcision lawful. The Queensland Law Reform Commission has taken the view in relation to male circumcision that ‘consent by parents [...] may be invalid in light of the common law’s restrictions on the ability of parents to consent to the non-therapeutic treatment of children’.¹¹⁸ However, there seems to be no case law in Australia bringing into question the lawfulness of male circumcision with parental consent. Rather, the *obiter dicta* of common law cases suggest that male circumcision is generally approved by society as lawful.¹¹⁹ This may be the reason why male circumcisions are routinely not subject to prosecutions in Australia. As a consequence, where parents consent to non-medically indicated circumcisions on behalf of their male children no criminal responsibility will likely arise.

In Germany, the law specifically differentiates between male and female circumcision when it comes to parental consent for minors. In cases of FGM, the procedure is considered not to be in the best interest of the female child and consent is therefore excluded (III. 1. b).¹²⁰ Yet, in case of male children German law explicitly enshrines a parent’s right to consent to non-medically indicated male circumcision.¹²¹ While the law generally requires that a medical practitioner performs the male circumcision, it allows traditional circumcisers from religious groups to circumcise infants within the first six months after the child is born.¹²² By expressly permitting male circumcision based on religious motives, the German legislator responded to a judgement of the District Court Cologne, according to which male circumci-

sion was a criminal offence under German law that could not be justified by parental consent,¹²³ and expressly established the parents’ right to consent to the circumcision of their male children for religious motives.¹²⁴ The reform was driven by concerns that criminalising male circumcision would significantly impact the religious life of Jewish and Muslim people living in Germany.¹²⁵

German and Australian criminal laws therefore treat less invasive forms of FGM and male circumcision differently. Routinely, male circumcision can be legally carried out while any form of FGM, even those causing no harm, are criminalised. Whether reasons exist to justify the difference in treatment is discussed below.

c) Justification for the difference in treatment

The below analyses three justifications frequently advanced for the difference in treatment between FGM and male circumcision including risks, health benefits and underlying motives.

aa) Greater risks and harm during female procedures?

It is a well-rehearsed argument in the West that FGM and male circumcision are justifiably treated differently because there are greater risks associated with the female procedure. While this may well be the case for severe forms of FGM such as infibulation, it is less clear whether this argument holds true for more minor forms, such as ‘Kathna’, discussed above, during which the clitoral hood is pricked or pierced. While the procedure may inflict direct pain during the process, there may be no remaining injuries or visible harm to the female genital organs. On the other hand, during male circumcision, the foreskin is permanently removed and the male genitalia therefore permanently altered. In addition, negative health consequences have also been attributed to male circumcision. These include bleeding and haemorrhage as well as erectile dysfunction.¹²⁶ A blanket assumption that all types of FGM contain far greater risks than male circumcision does not appear sufficiently nuanced and is inapt to justify the different treatment.

bb) Health and other benefits of male circumcision?

Another argument frequently advanced as to why the two procedures need to be treated differently is that male circumcision holds health benefits while female circumcision does not. Yet, whether male circumcision has health benefits is not

¹¹⁷ *Earp*, *Medicolegal and Bioethics* 5 (2015), 89 (90).

¹¹⁸ Queensland Law Reform Commission, *Circumcision of Male Infants: Research Paper*, 1993, p. 39.

¹¹⁹ See *R v Brown* [1994] 1 AC 212, 231; *Re J* (Specific Issue Orders: Muslim Upbringing & Circumcision) [1999] 2 FLR, p. 678 (688).

¹²⁰ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/13707, 4.6.2013, p. 6.

¹²¹ Bürgerliches Gesetzbuch (Civil Code, Germany) § 1631d (‘BGB’).

¹²² Bürgerliches Gesetzbuch § 1631d (2).

¹²³ Landgericht Köln (Cologne District Court), Judgment of 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 = *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 2128 (2129). The defendant, however, was acquitted for mistake of law.

¹²⁴ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/11295, 5.11.2012, p. 6.

¹²⁵ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/11295, 5.11.2012, p. 6.

¹²⁶ *Earp*, *Medicolegal and Bioethics* 5 (2015), 89 (93); *Paakkanen*, *The International Journal of Human Rights* 2019 Vol. 23 Issue 9, 1494 (1496).

uncontested. Health benefits attributed to the procedure in the past included the reduction of syphilis, epilepsy, alcoholism, asthma, indigestion, excessive masturbation and reducing HIV risks.¹²⁷ Many of these assumptions have not proven accurate. *Bossio, Pukall* and *Steele* point out that there is a lack of research on aspects of male circumcision and a related need to empirically address questions surrounding ‘sexual functioning, penile sensitivity, the effect of circumcision on men’s sexual partners’ as well as the effects of age at the time of male circumcision.¹²⁸

Nevertheless, studies have shown that the risk of HIV transmission can be reduced through male circumcision.¹²⁹ Yet, most of these studies have focused on adult circumcision and not on circumcision of boys before they become sexually active.¹³⁰ In addition, many of these studies concern Sub-Saharan countries with high HIV infection rates. Their translatability to Western countries such as Germany and Australia with low HIV rates is therefore unclear.¹³¹ The only health benefit identified regarding infant circumcision is a small reduction in the risk of urinary tract infections.¹³² Such infections, however, are generally very rare in infants and can be easily and effectively treated with antibiotics.¹³³ Thus, the health benefits of male circumcision in the German and Australian context appear relatively minor. For this reason, the Royal Australasian College of Physicians has taken the stance that ‘routine infant circumcision in Australia’ is not warranted.¹³⁴

cc) Different motivations behind the practices

Another point raised in an attempt to justify the criminalisation of FGM but not male circumcision is the difference in motivations behind the practices. Some religions, including Judaism and Islam, consider male circumcision religiously binding.¹³⁵ Scholars point out that this is not the case for

FGM, because it is not explicitly required by the Koran.¹³⁶ Interpreting different religious texts goes beyond the scope of the article. However, it should be noted that how the Koran is interpreted in this context, also in light of other religious texts, and whether and to what degree FGM is required by Islam is controversially discussed amongst Muslim scholars.¹³⁷ It has therefore been suggested that FGM can have a religious element even if it is not explicitly required by the Koran.¹³⁸ Moreover, the reasons behind male circumcision vary and not all procedures are religiously motivated. Many are carried out for aesthetic, cultural or traditional reasons. In the Australian context, *Xu* and *Goldman* found that the majority of parents who elected to have male circumcisions performed on their children at a Victorian hospital did so for hygiene reasons and to carry on a family tradition.¹³⁹ This shows that the motivations behind male circumcision are not exclusively religious and FGM may also be religiously motivated in some cases. Thus, the argument based on the different motivations falls short of providing a legitimate reason justifying the complete ban of one procedure but not the other.

d) Conclusion

Certain less invasive types of FGM and male circumcision are treated differently under German and Australian criminal law without valid justification. The introduced laws do not offer equal protection to male infants and boys and thus appear discriminatory in nature. In Germany, this inconsistent approach regarding the protection of male and female genitalia has been seriously criticised for discrimination against boys and men. Referring to the principle of equal treatment of men and women (Art. 3 [2] 1, [3] 2 Basic Law – ‘Grundgesetz’), several scholars have argued that § 226a Penal Code is in breach of the constitution.¹⁴⁰ This view finds further support in the explanatory report to the Istanbul Convention, which calls upon State Parties to present criminal offences in a gender-neutral manner without relying on the sex of the victim as a constitutive element of the crime.¹⁴¹ A corresponding reform has been discussed since 2014, i.e. just one year after § 226a Penal Code entered into force.¹⁴²

¹²⁷ *Paakkanen*, *The International Journal of Human Rights* 2019 Vol. 23 Issue 9, 1494 (1496).

¹²⁸ *Bossio/Pukall/Steele*, *The Journal of Sexual Medicine* 2014 Vol. 11 Issue 12, 2847.

¹²⁹ See, for example, *WHO*, *WHO Progress Brief – Voluntary Medical Male Circumcision for HIV Prevention*, 2018; *WHO*, *New Data on Male Circumcision and HIV Prevention: Policy and Programme Implications*, 2007, p. 4.

¹³⁰ *Earp*, *Medicolegal and Bioethics* 5 (2015), 89 (94–95).

¹³¹ *Putzke*, in: *Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier* (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf-Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, 2008, p. 669 (689–690).

¹³² See *Frisch*, *Pediatrics* 2012 Vol. 131 Issue 4, 796.

¹³³ *Earp*, *Medicolegal and Bioethics* 5 (2015), 89 (95).

¹³⁴ *The Royal Australasian College of Physicians*, *Circumcision of Infant Males*, September 2010, p. 5, <https://www.racp.edu.au/docs/default-source/advocacy-library/circumcision-of-infant-males.pdf> (1.12.2020).

¹³⁵ See discussion in *Davis*, *Health Matrix: Journal of Law-Medicine* 2001 Vol. 11 Issue 2, 487 (511, 530).

¹³⁶ The procedure predates Bible and Koran. For example, mummies in Egypt show that FGM occurred as early as 200 BC. See *Inungo/Tou*, *Journal of Public Health and Epidemiology* 2013 Vol. 5 Issue 1, 20.

¹³⁷ See detailed analysis in *Davis*, *Health Matrix: Journal of Law-Medicine* 2001 Vol. 11 Issue 2, 487 (534).

¹³⁸ See analysis in *Davis*, *Health Matrix: Journal of Law-Medicine* 2001 Vol. 11 Issue 2, 487 (532–540).

¹³⁹ *Xu/Goldman*, *ANZ Journal of Surgery* 2008 Vol. 78 Issue 11, 1019.

¹⁴⁰ *Eschelbach* (fn. 55), § 226a paras. 1, 4; *Fischer* (fn. 55), § 226a paras. 4, 6; *Grinewald* (fn. 55), § 226a para. 18; *Hardtung* (fn. 54), § 226a para. 31; *Wolters* (fn. 55), § 226a para. 6.

¹⁴¹ Explanatory report (fn. 60), para. 153.

¹⁴² *Deutscher Juristentag (70th German Lawyers’ Forum)*, 16.–19. September 2014, *Abteilung Strafrecht – Kultur, Reli-*

While scholars have noted that the ‘application of seemingly different legal regimes’ relating to male and female circumcision is a ‘double standard’¹⁴³ this is not the only criticism the anti-FGM framework attracts. The other problematic area, namely the application of the laws to cultural and traditional practices only, is discussed below.

2. Equal Application of Criminal Laws

Anti-FGM laws in Germany and Australia were introduced to protect female infants and girls with migrant backgrounds from injurious traditional practices. The framework in both countries, however, does not only apply to girls but expands to adult women with the consequence that genital modifications for non-medical purposes cannot be performed on any female of any age without attracting criminal responsibility. The wording of the anti-FGM laws in both Germany and Australia does not differentiate between procedures based on custom or ritual and those based on other reasons including cosmetic reasons. That means that as per their wording, anti-FGM laws also apply to Western cosmetic genital surgeries or genital piercings. The below first considers whether (certain forms of) FGM and genital cosmetic surgeries for non-medical reasons are comparable before analysing whether they are treated differently under German and Australian criminal law. Lastly, the question is addressed whether any legitimate reason exists to justify the different treatment.

a) Comparable practices: minor forms of FGM and genital plastic surgeries on adult women

Over the past decades, plastic genital surgeries for non-medical reasons have increased in their popularity and frequency in the West.¹⁴⁴ Said surgeries are defined as a ‘group of non-medically indicated cosmetic surgical procedures that change the structure and appearance of the healthy external genitalia of women, or internally in the case of vaginal tightening’.¹⁴⁵ The operations include the removal of parts of the labia majora or minora (referred to as labiaplasty); the reduction of the clitoral hood, the reconstruction of the hymen (hymenoplasty),¹⁴⁶ and the tightening of the vagina (referred to as vaginoplasty).¹⁴⁷ In addition, genital piercings, a procedure in which the clitoral hood or labia are pierced, are offered in non-hospital settings, for example, by tattoo studios.

In Australia, between 2003 and 2013 the number of labiaplasties increased threefold in the public sector alone.¹⁴⁸ In addition, Australian government statistics show a 140 % increase in requests for rebatable cosmetic genital surgeries between 2001 and 2013 (from 640 to more than 1500).¹⁴⁹ It is likely that most cosmetic genital surgeries are carried out in the private sector in Australia.¹⁵⁰ Yet, no data for the private sector is available.¹⁵¹ Therefore, the actual numbers of genital cosmetic surgeries undertaken each year in Australia may be significantly greater than available figures suggest.

Many of these surgeries, as well as genital piercings, are identical to those procedures discussed in the context of FGM as they are concerned with cutting away the labia minora and reducing or piercing the clitoris. The question therefore arises as to whether FGM and cosmetic surgeries are treated differently under German and Australian criminal law.

b) Difference in treatment

The definition of ‘mutilation’ in Germany and Australia in the context of the anti-FGM framework suggests that genital piercings and genital cosmetic surgeries concerned with the removal, reduction or piercing of parts of the external female genitalia for non-medical reasons are criminalised by anti-FGM laws. Surgeons and tattoo artists performing these procedures for non-medical purposes may therefore be criminally liable.¹⁵² Anti-FGM laws in Germany and Australia, however, have been interpreted in a way that excludes genital surgeries and piercings as the below outlines.

aa) Germany

In Germany, as per the explanatory memorandum, less serious interventions including cosmetic surgery and genital piercing are considered to not substantially affect the physical integrity of the victim and thus do not fall under the criminal provision.¹⁵³ If the legislator’s intention is taken seriously, German law is therefore to be interpreted in a way that criminalises FGM while excluding comparable genital cosmetic surgeries from criminal responsibility. It must, however, be noted that this interpretation has been criticised for its inconsistency (III. 1. b).

gion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, Resolution no. 8.

¹⁴³ See discussion in *Wahedi*, Nottingham Law Journal 2019 Vol. 28 Issue 1, 1 (3).

¹⁴⁴ *Paakkanen*, The International Journal of Human Rights 2019 Vol. 23 Issue 9, 1494 (1506).

¹⁴⁵ *Simonis/Manocha/Ong*, BMJ Open 2016, 1, DOI: 10.1136/bmjopen-2016-013010.

¹⁴⁶ *Avalos*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 48 (2015), 621 (688).

¹⁴⁷ *Paakkanen*, The International Journal of Human Rights 2019 Vol. 23 Issue 9, 1494 (1506).

¹⁴⁸ *Simonis/Manocha/Ong*, BMJ Open 2016, 1, DOI: 10.1136/bmjopen-2016-013010.

¹⁴⁹ *Simonis/Manocha/Ong*, BMJ Open 2016, 1, DOI: 10.1136/bmjopen-2016-013010.

¹⁵⁰ See for the UK context, *Avalos*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 48 (2015), 621 (689).

¹⁵¹ *Simonis/Manocha/Ong*, BMJ Open 2016, 1, DOI: 10.1136/bmjopen-2016-013010.

¹⁵² For a similar conclusion in the Scandinavian context see *Essen/Johnsdotter*, Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica 2004 Vol. 23 Issue 7, 611 (613).

¹⁵³ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/13707, 4.6.2013, p. 6; see also Drucksache 12/1217, 27.9.1991, p. 7.

bb) Australia

In Australia, the judgment of the High Court has dealt with the question of whether plastic surgeries fall within the scope of the anti-FGM laws in *R v A2*; *R v KM*; *R v Vaziri*¹⁵⁴ in a single sentence. It states that the term ‘otherwise mutilates’ should be ‘taken to refer to practices to which female genital mutilation refers’.¹⁵⁵ In other words, the criminal law shall only apply to and punish procedures based on culture and tradition but not plastic surgery based on Western aesthetics. Put simply, an identical procedure can be legally performed on white women for aesthetic or sexual reasons but not on women of colour for traditional or customary reasons.

In addition to the narrow High Court interpretation of the section, most Australian anti-FGM laws exclude the performance of female genital surgeries (for example, labiaplasty) from the scope of the criminal law, where this is carried out by a medical practitioner for a ‘genuine therapeutic purpose’, for example, to alleviate a psychological disorder.¹⁵⁶ It may be suggested that anti-FGM laws are not being applied in an arbitrary fashion targeting only cultural procedures but that the thousands of genital cosmetic surgeries occurring in Australia each year are all based on medical grounds and thus not subject to criminal liability. While no data exists in this context, it seems highly unlikely that the large number of procedures are all based on medical grounds.¹⁵⁷ In addition, it is unclear on what medical grounds genital piercings could be performed.

The way the criminal law is interpreted in Germany and Australia leads to the different treatment of comparable procedures depending on the motivation behind them.

c) Justification for the difference in treatment

This begs the question of how the difference in treatment can be justified. The German legislator attempted to explain the differentiation by referring to cosmetic surgery as ‘positive treatment’ and ritualised procedures as ‘negative treatment’. As per the German explanatory memorandum the new criminal offence, § 226a Penal Code, was meant to apply to ‘negative’ treatment only.¹⁵⁸ Such a distinction is founded in aesthetic criteria which are wholly inappropriate for defining the

elements of crime.¹⁵⁹ Moreover, the implicit reference to Western, European or German standards would inevitably result in a discrimination against migrants and their cultural traditions or aesthetic ideals.¹⁶⁰

A justification for the difference in treatment of the two procedures is also seen in the assumption that FGM is a patriarch practice designed to suppress women and female sexuality while this does not apply to female genital surgeries. Yet, this overlooks that FGM is performed for a multitude of reasons which vary greatly between cultural groups and locations. Safeguarding virginity at the time of and chastity during marriage may be the primary motives for performing FGM in some cultural groups. Yet, considering this the only reason behind *every* FGM procedure *anywhere* fails to take into account geographical variations.

The last argument frequently advanced to justify the difference in treatment is that Western women freely choose to undergo plastic surgeries while migrant women in Western countries are seen as forever oppressed, even as adults, and forced into FGM procedures by societal pressure.¹⁶¹ In order to protect migrant women from these customs, it is necessary, so the argument goes, to take away the potential choice to consent to FGM through a complete ban. *Dustin* refers to this view as the ‘arrogant perception’.¹⁶² In this narrative, women are seen as ‘victims of Islam’,¹⁶³ as well as ‘lacking in agency, and certainly not in a position to authorise their own law’.¹⁶⁴ While some have suggested that a more appropriate approach may be to put safeguards in place to ensure that the consent given is valid and not based on direct pressure by family or the community,¹⁶⁵ this notion appears to attract little support in practice where a complete ban is favoured. German and Australian laws therefore treat women of colour the same way they treat female children. The assumption that German and Australian criminal law must make the decision on behalf of women is based on cultural stereotypes regarding the enslaved migrant woman who requires protection

¹⁵⁴ *R v A2*; *R v Magennis*; *R v Vaziri* [2019] HCA 35 16 October 2019 [56].

¹⁵⁵ *R v A2*; *R v Magennis*; *R v Vaziri* [2019] HCA 35 16 October 2019 [49].

¹⁵⁶ Criminal Code 1899 (Qld) section 323A (3).

¹⁵⁷ Concerns have been raised in Australia that vulvoplasty services are being accessed inappropriately for cosmetic reasons rather than clinically relevant indications. See *Australian Government Department of Health*, MBS Reviews: Vulvoplasty Report, 2014, p. 5, <http://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/vulvoplasty> (1.12.2020).

¹⁵⁸ Deutscher Bundestag (Parliament of the Federal Republic of Germany), Drucksache 17/1217, 24.3.2010, p. 6.

¹⁵⁹ Zöller, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, p. 729 (734); *Walter*, *Juristenzeitung* 2012, 1110 (1114).

¹⁶⁰ Bernhard Hardtung in Hearing before the Committee for Legal Affairs, Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Protokoll der 129. Sitzung, 24.4.2013, p. 10 et seq.; *Sotiriadis*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2014, 320 (327).

¹⁶¹ See also discussion in *Kelly/Foster*, *An International Journal of Obstetrics and Gynaecology* 119 (2012), 389–392; *Dustin*, *European Journal of Women’s Studies* 2010 Vol. 17 Issue 1, 7 (11).

¹⁶² *Dustin*, *European Journal of Women’s Studies* 2010 Vol. 17 Issue 1, 7 (11).

¹⁶³ *Pardy/Rogers/Seuffert*, *Social & Legal Studies* 29 (2020), 273 (283), DOI: 10.1177/0964663919856681.

¹⁶⁴ *Pardy/Rogers/Seuffert*, *Social & Legal Studies* 29 (2020), 273 (286), DOI: 10.1177/0964663919856681.

¹⁶⁵ *Sheldon/Wilkinson*, *Bioethics* 1998 Vol. 12 Issue 4, 263 (271).

through the Western legislature. Assuming that migrant women, in comparison to Western women, cannot make autonomous choices and need to be treated like children, even as adults, is in itself discriminatory and does not amount to a legitimate justification for the difference in treatment of FGM and genital cosmetic surgeries.

d) Conclusion

Many forms of FGM and Western cosmetic genital surgeries or genital piercings are identical procedures. Nevertheless, German and Australian anti-FGM laws are meant to criminalise only the former and thus deny adult women the right to consent to them. As a consequence, and contrary to the wording of the criminal laws, in Germany and Australia, criminal responsibility is associated with the motives behind the procedure. For example, piercing the vagina for cultural reasons or non-Western beauty standards is considered criminal behaviour while piercing the vagina to comply more with Western aesthetics is not criminalised. No legitimate reason can be identified justifying the different treatment of the same act. Especially the generalised assumption that all Western women are empowered to make free decisions regarding surgeries while all women of colour are disenfranchised, oppressed and unable to make free choices is exactly that – a generalised and discriminatory assumption, but not a valid justification.

3. Final Remarks on the Legitimacy of the FGM Framework

The anti-FGM framework in Germany and Australia appears discriminatory on the basis of sex as it does not specifically criminalise male circumcision including circumcision of infant boys. It is also not being applied equally as it does not practically affect genital cosmetic surgeries or genital piercings. Due to the wording and application of German and Australian FGM laws, a small prick in the clitoral hood of an adult woman for ritualised purposes may attract a lengthy prison sentence while the removal of the foreskin of a male infant, possibly without anaesthetic, will likely not be subject to any criminal responsibility. Explicitly criminalising some procedures, namely cultural or traditional procedures performed on females with non-Western backgrounds, while failing to address other comparable procedures, including male infant circumcision and cosmetic surgeries, results in problems with the legitimacy of anti-FGM laws.¹⁶⁶ Similarly, *Shahvisi* remarks in the UK context that ‘either by ignorance or design, [the laws’] supposedly good intentions are ultimately marred with sexism and racism, since the legislation devalues the consent capacities of racialised adult women, whilst the lack of legislation around male circumcision amounts to a failure to protect the bodies of male children’.¹⁶⁷

¹⁶⁶ See discussion in *Townley/Bewly*, *The Conversation*, 2.11.2017,

<https://theconversation.com/why-the-law-against-female-genital-mutilation-should-be-scraped-79851> (1.12.2020).

¹⁶⁷ *Shahvisi*, *Clinical Ethics* 2017 Vol. 12 Issue 2, 102.

The concern of discrimination also featured heavily in the French debate on penalising FGM and is considered one of the main reasons why France continues to prosecute the conduct under general criminal law relating to bodily injury – a law applicable to anyone without distinction.¹⁶⁸ Yet, some have pointed out that while the law in France formally applies to everyone this is not the case in practice. Neither male circumcision nor female genital plastic surgery are considered bodily injuries for prosecution purposes.¹⁶⁹

V. Amending the Anti-FGM Framework

While anti-FGM laws have a legitimate core, namely to protect female children from being subject to potentially severe harm, the legal framework in both Germany and Australia appears discriminatory in nature or arbitrarily applied. The below discusses suggested avenues to overcome these inconsistencies first in the context of circumcision of boys and subsequently in relation to genital cosmetic surgery in case of adult women.

1. Inconsistencies Regarding Male Circumcision

Two avenues have been suggested to overcome the inconsistent treatment of FGM and male circumcision under criminal law. The first relates to expanding the laws to male circumcision while the second promotes removing certain types of FGM comparable in nature to male circumcision from the FGM provision.

a) Expanding the scope of the law to male circumcision

One way of ensuring that the anti-FGM framework is not discriminatory in nature is to omit any reference to *female* genitals in the section and instead use a gender-neutral wording. As a consequence, the criminal law would apply equally to both male and female children and prohibit procedures on their genitals for non-medical reasons.¹⁷⁰

While this approach could offer broader protection for both male and female children, it does not follow that states will pursue it. In fact, it is likely to face serious opposition in both countries. In this context, some raise an ‘anti-alienation’ argument, meaning that male circumcision should not be banned to avoid alienating certain minority groups which consider the practice binding for cultural or religious reasons.¹⁷¹ Other concerns with banning male circumcision revolve around international relations and the risk of sending the wrong message about multiculturalism, religious freedom and human rights.¹⁷² Fears of sending the wrong message

¹⁶⁸ *La Barbera*, *Global Jurist* 2017 Vol. 17 Issue 2, para. 4.1.

¹⁶⁹ *La Barbera*, *Global Jurist* 2017 Vol. 17 Issue 2, para. 4.1.

¹⁷⁰ See suggestion in *Earp*, *Journal of Medical Ethics* 2016 Vol. 42 Issue 3, 158–163; *Shahvisi*, *Clinical Ethics* 2017 Vol. 12 Issue 2, 102 (106); *Bond*, *The John Marshall Law Review* 32 (1999), 353 (378–380).

¹⁷¹ See discussion in *Wahedi*, *Nottingham Law Journal* 2019 Vol. 12 Issue 1, 1 (14).

¹⁷² See discussion in *Wahedi*, *Nottingham Law Journal* 2019 Vol. 28 Issue 1, 1 (14).

through banning male circumcision may be especially prevalent in the German context. A total ban would significantly impact Jewish religious practices and prove politically difficult in light of Germany's anti-Semitic history. Indeed, *Merkel* and *Putzke* remark that the non-criminalisation of male circumcision is 'decisive for German politics for an obvious reason, namely for its link with the darkest part of German history: the genocidal mass murder of Jews in the Nazi era'.¹⁷³ They conclude that the 'act of circumcising an infant would not be tolerable, and would hardly be tolerated, under German law, were it not for this peculiar religious background that refers to grave historical guilt'.¹⁷⁴

While these concerns do not take away from the problematic nature of anti-FGM laws in Germany and Australia, they have been called 'pragmatic arguments' equipped to explain the "double standard" regime relating to female and male circumcision.¹⁷⁵ It should not be overlooked, however, that similar 'pragmatic arguments', could also be advanced in the context of FGM – but rarely are.

b) Excluding minor forms of FGM comparable to male circumcision

The other avenue discussed in scholarship to prevent the application of double standards in the treatment of male and female children through FGM laws is to specifically exclude "minor" forms of sterilised FGM,¹⁷⁶ from the scope of the law.¹⁷⁷ If this approach were followed, the FGM framework would only relate to more severe procedures which fall within the literal interpretation of the term 'mutilation'. Less severe forms of FGM, including, for example, a nick to the genitals, would be subject to the general criminal laws on assaults and acts causing bodily harm.

In the Australian context, this would mean revisiting the question of whether performing specific minor forms of FGM can be in the 'public interest' and in Germany whether these forms do not contravene 'public morals' in which case consent would negate criminal responsibility. This has to be decided in relation to the nature of the harm and the purpose of the procedure. Parental consent on behalf of female children would additionally require that the procedure is in the 'best interest' of the child. In both countries, this is not in question for male circumcision. German law even expressly allows for parental consent to male circumcision. *Arora* and

Jacobs argue in the US context that where FGM is culturally understood as 'a means to moral or ritual purity', parents may be acting in the best interest of their daughters 'by partaking in procedures that uphold these beliefs but do not cause long-term harm'.¹⁷⁸ They explain that 'parents should be granted wide authority for determining whether or not to perform Categories 1 and 2 of FGA insofar as the state's or society's interest of ensuring that no long-term harm is committed is met'.¹⁷⁹ The researchers conclude that 'a liberal society that tolerates expression of culture and/or religion in the manner of male circumcision should also permit certain de minimis procedures'¹⁸⁰ in relation to female genitals. Pursuing this avenue would likely mean that certain forms of FGM, depending on how they are performed and what consequences they have, would have to be tolerated in Germany and Australia.

While this approach may resolve contradictions in the law, it overall affords less protection for both male and female children too young to make a decision on whether to undergo a procedure which removes healthy genital tissue. This may be particularly so when considering that the procedure is likely irreversible and will impact the children all throughout their adult lives. This makes pursuing this avenue undesirable.

It is also highly unlikely that such law reform will occur in Germany or Australia as similar suggestions – be it for female adults only or for both women and children – have been met by a public outcry and subsequently speedily rejected. In 2010, the Royal Australian and New Zealand College of Obstetricians and Gynaecologists (RANZCOG) reportedly suggested that by allowing 'ritual nicks', cultural needs of women could be met and potentially more severe procedures prevented. Yet, politicians and the general public immediately opposed this suggestion.¹⁸¹ The social and political outrage may have contributed to RANZCOG's prompt press release clarifying that they were not in favour of this approach.¹⁸² *Shavisi* and *Earp* explain that because the political motivation behind Western FGM laws is more to do with wanting to ensure the public that the 'perceived "civilizational threat"' of FGM is being dealt with; the focus of the laws is generally on preventing 'barbaric' rituals in Western societies and not on 'violations of bodily autonomy *per se*'.¹⁸³ Excluding cer-

¹⁷³ *Merkel/Putzke*, *Journal of Medical Ethics* 2013 Vol. 23 Issue 7, 444 (448).

¹⁷⁴ *Merkel/Putzke*, *Journal of Medical Ethics* 2013 Vol. 23 Issue 7, 444 (448).

¹⁷⁵ See discussion in *Wahedi*, *Nottingham Law Journal* 2019 Vol. 28 Issue 1, 1 (15).

¹⁷⁶ *Earp*, *The Conversation*, 11.1.2019, <https://theconversation.com/unconstitutional-us-anti-fgm-law-exposes-hypocrisy-in-child-protection-109305> (1.12.2020).

¹⁷⁷ Advocated by *Arora/Jacobs*, *Journal of Medical Ethics* 42 (2016), 148 (152); *Jacobs/Arora*, *Developing World Bioethics* 2017 Vol. 17 Issue 2, 134; for Australian discussion see: *Bronitt*, *Health Care Analysis* 6 (1998), 39 (42).

¹⁷⁸ *Arora/Jacobs*, *Journal of Medical Ethics* 42 (2016), 148 (152).

¹⁷⁹ *Arora/Jacobs*, *Journal of Medical Ethics* 42 (2016), 148 (152).

¹⁸⁰ *Arora/Jacobs*, *Journal of Medical Ethics* 42 (2016), 148 (149).

¹⁸¹ *Tatnell*, *The Sydney Morning Herald*. 28.5.2010, <https://www.smh.com.au/lifestyle/health-and-wellness/circumcising-young-girls-is-child-abuse-goward-20100528-wjhc.html> (1.12.2020).

¹⁸² *Matthews*, *Medical Journal Australia* 2011 Vol. 194 Issue 3, 139.

¹⁸³ *Shavisi/Earp*, in: *Creighton/Liao* (eds.), *Female Genital Cosmetic Surgery: Solution to What Problem?*, 2019, p. 58 (67).

tain procedures from anti-FGM laws would contravene the political narrative behind their introduction and is therefore unlikely to occur in either country. This is further supported by the recent High Court decision in Australia defining mutilation as encompassing all forms of FGM, even those causing no visible harm, as well as the international debate urging all states to eradicate all forms of FGM.

2. Inconsistencies with Female Cosmetic Surgeries

Anti-FGM laws are also interpreted to apply only to traditional, cultural or ritualised procedures but not to female genital cosmetic surgeries or genital piercings. On how to overcome this inconsistency, *Berer* remarks in the British context that FGM laws ‘should be invoked to stop anyone carrying out labia reduction surgery and possibly other forms of genital cosmetic surgery for non-therapeutic reasons, if the evidence warrants that step, or the laws against FGM in Britain should be reconsidered in the light of these practices.’¹⁸⁴

a) Applying FGM laws to Female Genital Surgery

Inconsistencies in anti-FGM laws could be resolved by applying the laws to all surgeries during which female genitals are altered for non-medical purposes regardless of the underlying motivation. As a consequence, adult women could not elect to have cosmetic surgeries performed on their genitals for aesthetic reasons or to have their genitals pierced. While this may eliminate contradictions in the law it does not provide a convincing argument for depriving women of their right to decide themselves whether to have their genitals pierced or altered by plastic surgery. A general ban on genital piercing or cosmetic surgery would be hardly consistent with the general rules on consent to physical interventions and, thus, is unlikely to take place.

b) Allowing certain types of FGM for Adult Women

The alternative would be to allow procedures associated with FGM comparable to genital cosmetic surgeries by excluding women over the age of 18 from the scope of the anti-FGM framework.¹⁸⁵ This is the case, for example, in Canada, where the anti-FGM law does not apply where a ‘person is at least eighteen years old and where there is no resulting harm’.¹⁸⁶ Similarly, the US federal anti-FGM law which was struck down in 2018 only applied to females under the age of 18.¹⁸⁷ As a consequence, depending on whether the respective FGM procedure is considered in the public interest (Australia) and not in contravention of public morals (Germany) women over 18 could consent to the procedure thereby negating criminal responsibility. Although this approach would apply to adult

women only and not to female children, law reform in this area is unlikely to take place in Germany and Australia. In both countries, the legislative approach is based on the reasons discussed above including that women of colour are considered victims of an oppressive system requiring protection through a complete ban of FGM by the Western criminal justice system.

Despite the identified arbitrary inconsistencies of the German and Australian FGM framework, the above has shown that law reform addressing these issues is unlikely to occur for ‘pragmatic’ and political reasons as well as due to international pressure to eradicate all forms of FGM. As a consequence, a problematic anti-FGM framework will continue to operate in the two countries.

VI. Conclusion

In 2018, a US District Court held that a federal anti-FGM law applying to females under the age of 18 was unconstitutional.¹⁸⁸ The court found that Congress did not have jurisdiction to enact said law and thus did not have to base its decision on whether the law was discriminatory in nature.¹⁸⁹ Nevertheless, the judge remarked in the context of the FGM law and international anti-discrimination obligations that as ‘laudable as the prohibition of a particular type of abuse of girls may be, it does not logically further the goal of protecting children on a nondiscriminatory basis’.¹⁹⁰ This suggests that in the court’s opinion the law may be discriminatory in nature as it fails to offer equal protection from harm for male children.

Similar concerns can be raised in relation to the anti-FGM framework in Germany and Australia. The law affords protection to girls only. Yet, where it is believed that the criminal law needs to offer greater protection to children to prevent their genitals from being harmed this needs to occur in a legitimate and holistic fashion and be applicable to both boys and girls alike. Furthermore, simply limiting the application of a criminal law to traditional or cultural practices and excluding comparable genital plastic surgeries available to consenting adult women results in an arbitrary application of the law. While anti-FGM laws may have a legitimate core – namely to protect young female children from physical harm to their genitals – they currently apply a double standard in relation to comparable practices.

The anti-FGM framework in both Germany and Australia requires legislative amendment to address and overcome these contradictions and inconsistencies. However, this article has argued that such law reform is unlikely to happen in the near future not the least due to ‘pragmatic’ and political reasons. As a result, arguably discriminatory anti-FGM laws will continue to operate in both countries. Criminal law, although coercive in nature, can only have significant impact if most people comply with its obligations voluntarily. Vol-

¹⁸⁴ *Berer*, Reproductive Health Matters 2010 Vol. 18 Issue 35, 106 (110).

¹⁸⁵ See suggestion in *Shahvisi*, Clinical Ethics 2017 Vol. 12 Issue 2, 102 (106).

¹⁸⁶ Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46, Canada) section 268 (3) (b).

¹⁸⁷ For further discussion on the US federal anti FGM law see VI.

¹⁸⁸ United States of America vs. Jumana Nagarwala et al., No. 17-cr-20274 (E.D. Mich. Nov., 20, 2018).

¹⁸⁹ United States of America vs. Jumana Nagarwala et al., No. 17-cr-20274 (E.D. Mich. Nov., 20, 2018), p. 10.

¹⁹⁰ United States of America vs. Jumana Nagarwala et al., No. 17-cr-20274 (E.D. Mich. Nov., 20, 2018), p. 6.

untary compliance requires acceptance of specific laws which, in turn, depends on whether the laws are perceived as legitimate and enacted in a legitimate fashion.¹⁹¹ It is doubtful that anti-FGM laws which fail to treat comparable cases alike will be considered legitimate. Rather, their operation is likely to attract the question by members of practicing communities why male infants can be legally circumcised as a family tradition and genital piercings can be legally obtained in tattoo studios while a different standard is applied to females of colour in cases of culture or tradition.¹⁹² Expecting compliance with criminal laws which appear discriminatory or are applied arbitrarily for the reasons discussed in this article seems unrealistic. It is therefore questionable whether the anti-FGM framework in Germany and Australia has the potential to positively impact the lives of those it wishes to protect – female children with migrant backgrounds.

¹⁹¹ See, for example, *Habermas*, Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (translation *Rehg*), 1988, p. 29, concluding that ‘although legal claims are coupled with authorized coercion, they must always be such that subjects can comply on account of their normative validity as well, hence out of “respect for the law”. [reference omitted]’.

¹⁹² See *Darby/Svoboda*, *Medical Anthropology Quarterly* 2007 Vol. 21 Issue 3, 301 (313).

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Mordvorwurf bei illegalem Autorennen – Berliner Raserfall

1. Die Bewertung der Eigengefährdung durch den Täter kann abhängig von seinem Vorstellungsbild über mögliche Tathergänge abgestuft sein; so kann er bei Fassen des Tatentschlusses einen bestimmten gefahr begründenden Sachverhalt hinnehmen, während er auf das Ausbleiben eines anderen, für ihn mit einem höheren Risiko verbundenen Geschehensablaufs vertraut.

2. Für die Prüfung, ob ein Unfallgeschehen mit tödlichen Folgen vom bedingten Vorsatz des Täters umfasst war, kommt es daher darauf an, ob er den konkreten Geschehensablauf als möglich erkannt und die damit einhergehende Eigengefahr hingenommen hat. Ist dies der Fall und verwirklicht sich dieses Geschehen, ist es für die Prüfung der Vorsatzfrage unerheblich, ob er weitere Geschehensabläufe, die aus seiner Sicht mit einer höheren und deshalb von ihm nicht gebilligten Eigengefahr verbunden waren, ebenfalls für möglich erachtet hat.

(Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 212 Abs. 1, 211, 25 Abs. 2

BGH, Urt. v. 18.6.2020 – 4 StR 482/19¹

I. Zum Sachverhalt

Das LG hatte die Angeklagten im ersten Rechtsgang mit Urteil vom 27.2.2017 jeweils wegen Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, ihnen die Fahrerlaubnis entzogen, ihre Führerscheine eingezogen und die Verwaltungsbehörde angewiesen, ihnen lebenslang keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen. Auf ihre Revisionen hob der *Senat* mit Urteil vom 1.3.2018 (BGHSt 63, 88 = NJW 2018, 1621) das landgerichtliche Urteil mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Schwurgerichtskammer des LG zurück. Im zweiten Rechtsgang hat das LG Berlin mit Urteil vom 26.3.2019 (251 Js 52/16 532 Ks 9/18) die Angeklagten wiederum jeweils wegen Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Zudem hat es ihnen die Fahrerlaubnis entzogen, ihre Führerscheine eingezogen und die Verwaltungsbehörde angewiesen, ihnen für die Dauer von fünf Jahren keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen. Gegen dieses Urteil wandten sich die Angeklagten mit ihren jeweils auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen.

Auf die Revision des Angeklagten N wurde das angegriffene Urteil, soweit er betroffen ist, mit den Feststellungen aufgehoben. Im Umfang der Aufhebung wurde die Sache an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des LG zurückverwiesen. Die Revision des Angeklagten H wurde verworfen; jedoch wurde der Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte H des Mordes in Tateinheit mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs und mit fahrlässiger Körperverletzung schuldig ist.

II. Zur Bestätigung der Verurteilung des Angeklagten H wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts

Zu Recht weist der *Senat* die Einlassung des Angeklagten, er habe deshalb nicht vorsätzlich gehandelt, weil er auf seine Fahrkünste vertraut habe, als unschlüssig zurück. Wer 13 Ampelkreuzungen bei Rotlicht und sieben weitere ohne Ampelanlage mit 160 km/h überfährt, der kann mit den besten Fahrkünsten einen Unfall nicht verhindern. Er vertraut nicht auf seine Fahrkünste, sondern bestenfalls auf sein Glück.

Viel Mühe hat sich das Gericht mit der Frage gegeben, ob die Selbstgefährdung des Angeklagten der Annahme einer vorsätzlichen Unfallverursachung mit tödlichen Folgen für einen anderen Verkehrsteilnehmer entgegensteht. Dabei ist bemerkenswert, dass der *Senat* das Argument, der Angeklagte habe sich in seinem hochmotorisierten und mit moderner Sicherheitstechnik ausgestatteten Fahrzeug sicher gefühlt, das er in der ersten Revisionsentscheidung verworfen hat,² nunmehr anerkennt. Seine These, dass es bei der Entscheidung der Frage, ob das Bewusstsein einer Selbstgefährdung dem Vorsatz entgegensteht, allein auf den tatsächlich abgelaufenen Kausalprozess, also auf die mit diesem verbundene Selbstgefährdung ankommt, wird dabei nicht weiter begründet.

Aber all diese Überlegungen sind für die Entscheidung des Falles entbehrlich. Denn er weist eine Besonderheit auf, aus der sich ergibt, dass der Angeklagte den Erfolgseintritt nicht billigend in Kauf genommen hat. Es handelt sich hier nämlich um eine Neuauflage des *Lacmannschen* Schießbuden-Falles.³ Wie das Urteil selbst betont, war das ausschließliche Motiv des Täters für die von ihm verursachte hochgradige Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer sein Bestreben, das Rennen zu gewinnen. Dieses Ziel war für ihn nur dann zu erreichen, wenn es vor Zielerreichung nicht zu einem Unfall kommt, wodurch das Rennen ohne Ermittlung eines Siegers vorzeitig enden würde. Das motivierende Handlungsziel des Täters war also schlechthin unvereinbar mit dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges. Deshalb kann der Täter den Eintritt des Erfolges nicht in einem noch so bescheidenen psychologischen Sinne billigend in Kauf genommen, sich damit abgefunden oder ihn gleichgültig hingenommen haben.⁴

¹ BGH NJW 2020, 2900 = NStZ 2020, 602 = BeckRS 2020, 15647. Online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=107968&pos=0&anz=1> (3.12.2020).

² BGH NStZ 2018, 404 Rn. 23 f.

³ *Lacmann*, GA 58 (1911), 109 (119); *ders.*, ZStW 31 (1911), 142 (159).

⁴ *Puppe*, ZIS 2017, 441, *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 16 ff.

Es heißt dazu im Urteil: „Nach der Wertung des LG war dem Angeklagten bewusst, dass er, um eine Chance zu haben, das Rennen trotz seines Rückstandes und der schwächeren Motorisierung seines Fahrzeugs doch noch zu gewinnen, das Risiko für sich und andere Verkehrsteilnehmer aufs äußerste steigern musste. Mit diesem maximalen Risiko musste er sich wegen des erstrebten Zieles abfinden.“ (Rn. 43). Was der Angeklagte nach der vom *Senat* akzeptierten „Wertung des LG“ in Kauf genommen hat, ist nicht der Eintritt des Erfolges, sondern die hochgradige Gefahr seines Eintritts. Das ist aber etwas ganz anderes als der Erfolgseintritt.

Jeder bewusst fahrlässig handelnde Täter verursacht die von ihm erkannte Gefahr nicht nur mit *dolus eventualis*, sondern wissentlich, also mit *dolus directus* 2. Grades. In Bezug auf diese Gefahr stellt sich also gar nicht mehr die Frage, ob er sie billigend in Kauf genommen, sich mit ihr abgefunden oder sie gleichgültig hingenommen hat. Es stellt sich nur noch die Frage, welchen Grad die vom Täter erkannte Gefahr hatte. Der BGH betont an dieser Stelle mehrfach, dass der Angeklagte wissentlich ein hohes Risiko für andere Verkehrsteilnehmer eingegangen ist. Im Ergebnis stimme ich dieser Beurteilung des Falles durch den *Senat* uneingeschränkt zu. Denn sie läuft auf nichts anderes hinaus, als auf die Anwendung der Lehre von der Vorsatzgefahr.⁵

Als Willenssurrogat oder gar Willenselement kann man die Erkenntnis einer hochgradigen Gefahr nur dann einführen, wenn man die Begriffe „den Erfolg billigend in Kauf nehmen“, „ihn gleichgültig hinnehmen“, „sich mit seinem Eintritt abfinden“ nicht als tatsächliche psychische Befunde versteht, sondern als zuschreibende Urteile, eben als Wertung. So werden diese Begriffe, soweit sie in der Literatur verwendet werden, heute auch verstanden und zwar von Willentheoretikern ebenso wie von Vorstellungstheoretikern.⁶

Das gilt auch für die Ansicht von *Schneider*, der vom Komplementärbegriff des billigenden In-Kauf-Nehmens, also vom ernsthaften und nicht nur vagen Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges, ausgeht und dieses nur dann annimmt, wenn das Vertrauen des Täters „tatsachenbasiert“ ist.⁷ Ist das Vertrauen nicht tatsachenbasiert, so mag es als psychischer Befund vorhanden sein, es ist aber nicht als ernsthaft zu beurteilen. Daraus folgt, dass auch der Komplementärbegriff des billigenden In-Kauf-Nehmens oder Sich-Abfindens mit dem

Erfolg ein zuschreibendes Urteil und damit keine Tatsachenbehauptung ist.

Eine Zuschreibung, zumal wenn sie von Rechts wegen erfolgt, muss aber nach Regeln erfolgen.⁸ Deshalb ist es unabdingbar, zwischen zuschreibenden Urteilen und Tatsachenfeststellungen klar und strikt zu unterscheiden. Aus materiellen Gründen ist das deshalb notwendig, weil zuschreibende Urteile einen anderen Sinn haben als Tatsachenfeststellungen;⁹ aus prozessualen Gründen ist es deshalb notwendig, weil es eine Rechtsfrage ist, nach welchen Regeln zuschreibende Urteile von Rechts wegen gefällt werden dürfen,¹⁰ und die vollständig der Revision unterliegt, während Tatsachenfeststellungen der freien Beweiswürdigung des Tatgerichts unterliegen und nur eingeschränkt revisibel sind.

III. Die Aufhebung der Verurteilung des N wegen mittäterschaftlicher Beteiligung an einem Tötungsdelikt

Die Verurteilung des N wegen mittäterschaftlicher Beteiligung an einem Tötungsdelikt hob der *Senat* mit der Begründung auf, „dass die Beweiswürdigung die Feststellung eines gemeinsamen auf die Tötung eines Menschen gerichteten Tatplans“ nicht trage (Rn. 14). Diese Formulierung ist mindestens irreführend. Wenn die Mittäter nicht mit Absicht, sondern nur mit *dolus directus* oder *dolus eventualis* handeln, so ist ihr Tatplan nicht auf die Herbeiführung eines tatbestandsmäßigen Erfolges, sondern nur auf die Herbeiführung der Gefahr des Eintritts eines solchen Erfolges gerichtet.¹¹ Handeln die Täter nur mit *dolus eventualis*, so kann man nach der h.L. nicht einmal von einem gemeinsamen Vorsatz sprechen. Denn wenn der *dolus eventualis* in einer subjektiven Befindlichkeit des einzelnen Täters namens billigendes In-Kauf-Nehmen oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg besteht, so ist der Vorsatz den Tätern gar nicht gemeinsam, sondern jeder hat ihn für sich allein. Nur wenn man den Vorsatz als ein zuschreibendes Urteil über die den Tätern gemeinsame Gefahrvorstellung versteht, kann von einem den Tätern gemeinsamen Vorsatz überhaupt die Rede sein.

Die den Tätern gemeinsame Gefahrvorstellung bestand in der geplanten Durchführung eines Rennens über 1,6 km, 13 beampelte und sieben unbeampelte Straßenkreuzungen ohne Rücksicht auf den Querverkehr, auch wenn dieser bevorrechtigt war, mit Geschwindigkeiten bis zu 160 oder 170 km/h. Nach diesem Tatplan hing es nur noch vom Zufall ab, ob der eine oder andere Rennteilnehmer oder auch keiner von ihnen ein ihre Fahrbahn querendes Fahrzeug seitlich rammen würden. Dies erinnert ein wenig an den Katheder-Fall der beiden Täter, von denen jeder sich an einem der beiden Wege auf die Lauer legt, auf denen das Tatopfer vorbeikommen muss. In diesem Fall ist die Annahme von Mittäterschaft umstritten, weil es an einem gemeinsamen Handeln im Ausführungsstadium fehlt. In unserem Fall ist das anders. Jeder Rennteil-

⁵ *Grünwald*, NJW 2020, 2906 (2907).

⁶ Statt vieler *Roxin*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 243 (246 f.); *Schünemann*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 363 (367f); *Rissing-van Saan/Zimmermann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2019, § 211 Rn. 31; *Grünwald*, JZ 2017, 1069 (1070); *Hörnle*, NJW 2018, 1576 (1577); *Puppe*, ZIS 2014, 66 (68).

⁷ *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 212 Rn. 18 ff.

⁸ *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 50 ff.; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 30.

⁹ *Puppe* (Fn. 4 – AT), § 9 Rn. 7.

¹⁰ *Puppe* (Fn. 4 – AT), § 9 Rn. 7; *dies.* (Fn. 8), S. 54.

¹¹ *Grünwald*, NJW 2020, 2906 (2907).

nehmer animiert den anderen zum schnellen und rücksichtslosen Fahren. Diese psychische Einwirkung auf den anderen Rennteilnehmer ist deshalb besonders intensiv, weil sie nicht nur darin besteht, seinen „sportlichen“ Ehrgeiz anzustacheln, sondern auch seine alten Flucht- und Jagdinstinkte zu aktivieren. Das ist der Grund dafür, dass wilde Rennen verboten sind und dass derjenige Rennteilnehmer, der nicht mit einem anderen Verkehrsteilnehmer kollidiert ist, für dessen Schaden mitverantwortlich ist.¹² Diese Einwirkung auf den anderen Rennteilnehmer gehört auch zum Ausführungsstadium des Tatplans, das mit dem Beginn des Rennens vorliegt.

Ebenso wie schon das LG setzt aber der BGH selbst die Fassung des gemeinsamen Tatentschlusses erst mit dem Zeitpunkt an, zu dem N 90 Meter vor der Unglückskreuzung seine Geschwindigkeit kurz reduzierte, um festzustellen, ob H bereit war, das Rennen abubrechen. Der *Senat* zieht daraus auch die Konsequenz, dass die mittäterschaftliche Beteiligung des N davon abhängt, dass zu diesem Zeitpunkt der Angeklagte H noch die Möglichkeit hatte, den tödlichen Unfall zu verhindern (Rn. 18). Wenn dies richtig ist, so könnte N auch nicht wegen fahrlässiger Mitverursachung des Unfalls verantwortlich gemacht werden.

Aber in dem Moment, als N kurzzeitig seine Geschwindigkeit reduzierte, um festzustellen, ob H gesonnen sei, das Rennen verabredungsgemäß fortzusetzen, ging es allenfalls um eine Reduktion des ursprünglichen gemeinsamen Tatplans, nicht etwa, wie es auch das LG gesehen hat, um dessen Erweiterung. Als Ziel des Rennens war das Kaufhaus des Westens verabredet, das hinter der Unglückskreuzung lag. Beide Täter waren vielmehr in dem Moment in das Ausführungsstadium des Tatplans eingetreten, als sie nach den beiden Stechen das Rennen über 1,6 km begannen. Angesichts ihrer verabredungsgemäßen Fahrweise hing es von da an nur noch vom Zufall ab, ob H, N oder keiner von beiden einen tödlichen Unfall auf einer Kreuzung verursachen würde, und auch zu der Unfallverursachung des H hat N im Ausführungsstadium einen kausalen Tatbeitrag geleistet.

Was den Tötungsvorsatz betrifft, so gilt für N nichts anderes als für H. Auch N hat die Verursachung des Unfalls durch H in keinem noch so bescheidenen Sinne billigend in Kauf genommen oder sich damit abgefunden, weil der Eintritt dieses Erfolges mit seinem tatmotivierenden Ziel unvereinbar war. Die Verursachung des Unfalls durch H verhinderte auch seinen Gewinn des Rennens. Ein billigendes In-Kauf-Nehmen, Sich-damit-Abfinden oder gleichgültiges Hinnehmen des Erfolges kann also auch ihm nur nach normativen Regeln zugeschrieben werden.

Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

¹² *Puppe*, JR 2012, 164 (165); dazu OLG Celle NZV 2012, 345 (347).

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

Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 8. Aufl. 2020, 1.485 S., € 36.

Drei Jahre nach der 2017 erschienenen und noch von *Kindhäuser* bearbeiteten Voraufgabe¹ hat der Verlag den „LPK“ in neue und zugleich jüngere Hände übergeben. Die Neubearbeitung hat der Würzburger Lehrstuhlinhaber *Hilgendorf* übernommen. Ausweislich des Vorwortes möchte er an der didaktischen Ausrichtung festhalten. Die 8. Auflage berücksichtigt eine Vielzahl an neuen, teils prüfungs- und teils eher praxisrelevanten Gesetzen. Hervorzuheben sind

- die grundlegende Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (§§ 73 ff. StGB nebst vielen Änderungen im Besonderen Teil),
- die Ausweitung des Maßregelrechts auf extremistische Straftäter durch Ergänzungen der §§ 66, 68b StGB,
- die Aufhebung der Regelung zur „Majestätsbeleidigung“ in § 103 StGB („Böhmermann-Fall“),
- die Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften (§§ 113–115 StGB sowie Änderungen in den §§ 125, 125a und 323c StGB),
- die Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen (Änderungen der §§ 68a, 203, 204 und 309 StGB),
- das Gesetz zur Verbesserung der Information über einen Schwangerschaftsabbruch, das zur Einführung eines § 219a Abs. 4 StGB geführt hat,
- die neuen Regelungen zur Strafbarkeit des Sportwettbetrugs und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§§ 265c–265e StGB),
- die Einführung eines neuen als Verbrechen ausgestalteten Qualifikationstatbestandes für Wohnungseinbruchdiebstahl in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung (§ 244 Abs. 4 StGB) und
- die neuen Vorschriften zur Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr (§§ 315d, 315f StGB mit Folgeänderungen bei den §§ 69, 315e und 316 StGB).

Hingegen nicht mehr berücksichtigt sind das Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und anderer Gesetze vom 18.6.2019², mit dem in § 107a Abs. 1 StGB ein Satz 2 eingefügt worden ist, und das „Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug“ vom 19.6.2019³, das Änderungen in den §§ 264, 335a StGB bewirkt hat. Dies und der Umstand, dass das

letzte berücksichtigte Gesetz (zur Einfügung des § 219a Abs. 4 StGB) vom 22.3.2019 datiert,⁴ sprechen dafür, dass Redaktionsschluss etwa im Frühjahr 2019 gewesen sein dürfte. Der Bearbeitungsstand des Kommentars wird nicht ausdrücklich benannt; das Vorwort stammt aus „Sommer 2019“.

Die vorzügliche Kombination aus Lehrbuch und Kommentar überzeugt durch eine konzentrierte und gut verständliche Darstellung „aus einem Guss“. Das Werk ermöglicht das schnelle Erfassen, Wiederholen und Beantworten der Fallfrage sowie die Durchdringung des Stoffs. Durch den einheitlichen Aufbau der Kommentierungen der einzelnen Normen findet sich der Leser leicht zurecht. Positiv hervorzuheben ist, dass trotz des Kommentarformats nützliche Hinweise zum Gutachtaufbau erteilt werden, so etwa bei § 20 StGB zur *actio libera in causa*, bei § 25 StGB zur Mittäterschaft, in den Vorbemerkungen zu den §§ 32–35 zum Erlaubnistatbestandsirrtum, bei § 211 StGB zu den Auswirkungen der Einstufung des Mordtatbestandes entweder als *delictum sui generis* oder als Qualifikationstatbestand, bei § 243 StGB zum Standort der Prüfung der Regelbeispiele und zum richtigen Prüfungsaufbau bei dem Qualifikationstatbestand des § 244 StGB. Ebenfalls erfreulich ist, dass der Kommentar von einer Fülle gelungener Aufbauschemata durchzogen ist. Solche finden sich zum Allgemeinen Teil z.B. zum zwei- und dreigliedrigen Deliktaufbau bei den Vorbemerkungen zu § 13 StGB, zum unechten Unterlassungsdelikt sowie zum ein- und zweistufigen Fahrlässigkeitsmodell. Zum Besonderen Teil finden die Studierenden zu wohl allen im Mittelpunkt der Ausbildung stehenden Vorschriften Aufbauschemata.⁵ Beispiele und didaktisch gut ausgewählte Kurzfälle helfen bei der Einordnung und Subsumtion des konkreten Sachverhalts und tragen zur Verständlichkeit der Kommentierung bei.

Entsprechend der Handhabung in anderen StGB-Kommentaren wird in den Vorbemerkungen zu den §§ 32–35 StGB auch auf die mutmaßliche Einwilligung und wichtige Rechtfertigungsgründe außerhalb des Strafgesetzbuches eingegangen, z.B. auf § 127 Abs. 1 StPO. In den Vorbemerkungen zu § 52 StGB finden sich Passagen zu dem Grundsatz „in dubio pro reo“, zur Wahlfeststellung sowie zur Post- und Präpendenzfeststellung.

Der Bearbeiterwechsel hat nur zu behutsamen inhaltlichen Änderungen geführt, die kenntlich gemacht werden. So wird z.B. nunmehr die Einwilligung nicht mehr als tatbestandsausschließend angesehen, sondern im Anschluss an die herrschende Meinung als Rechtfertigungsgrund verortet.⁶ In Abweichung von der Voraufgabe wird das Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit in § 238 StGB jetzt als besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 1 StGB eingestuft.⁷

Insgesamt ist die Kommentierung nach dem „Ziehharmonikaprinzip“ gestaltet: Immer da, wo es um für die Ausbil-

⁴ BGBl. I, 2019, S. 350.

⁵ Zu den §§ 113, 123, 138, 142, 153, 185, 186, 201, 201a, 221, 231, 238, 239, 239a, 242, 243, 246, 249, 251, 252, 253, 258, 263, 263a, 266, 267, 315c, 323a und 323c StGB.

⁶ Vor § 13 Rn. 162 f.

⁷ § 238 Rn. 10, Fn. 40.

¹ Vgl. dazu die Rezensionen von *Quarch*, NZV 2017, 317; *Schiemann*, NJW 2017, 2810.

² BGBl. I, 2019, S. 834.

³ BGBl. I, 2019, S. 844.

dung und Prüfung grundlegende Fragestellungen und Tatbestände geht – wie etwa bei der in den Vorbemerkungen zu § 13 StGB behandelten Kausalität und der objektiven Zurechnung sowie bei den §§ 211, 240, 242, 264, 263a, 266 StGB – ist die Darstellung mit sicherem Blick auf die Examinensrelevanz breit, an anderer Stelle dafür etwas knapper. Dies führt allerdings auch dazu, dass aus dem Allgemeinen Teil einige wenige Vorschriften gar nicht kommentiert, sondern nur mit Hinweisen in Fußnoten versehen werden (§§ 74e–76b StGB). Für den Besonderen Teil trifft dies – abgesehen von gelegentlichen Erwähnungen der Vorschriften in Vorbemerkungen oder Hinweisen in Fußnoten – immerhin auf die §§ 81–83a, 86, 89, 90–90b, 91a, 92a–101a, 102–104a, 105–108d, 109–109k, 165, 190⁸, 199, 200, 218b–219b, 232b, 233a, 233b, 299a–301, 320–322, 328–330c und 358 StGB zu. Darunter befinden sich indes nicht ausbildungsrelevante Vorschriften aus dem Staatsschutz⁹ und Umweltstrafrecht und mehrere weitgehend sich selbsterklärende und weniger bedeutsame Regelungen, so dass die Lücken, die offenbar bewusst mit dem Ziel einer Beschränkung des ohnehin schon beachtlichen Gesamtumfangs gelassen werden, gut vertretbar und hinnehmbar sind.

Vereinzelte besteht Ergänzungsbedarf: In der Kommentierung zu § 47 StGB könnte sich ein Hinweis auf die wohl zunehmende Tendenz in der OLG-Rechtsprechung empfehlen, in Bagatellfällen der Verhängung kurzer Freiheitsstrafen eher kritisch gegenüberzustehen¹⁰ oder jedenfalls eine eingehende Prüfung des Tatgerichts zu verlangen, ob die Mindeststrafe von einem Monat ausreicht.¹¹ Eine wichtige neue Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27.11.2018 zur Konsumtion¹² wird zwar in der Kommentierung zu § 244 StGB, aber noch nicht bei den Ausführungen zur Konsumtion (Vor §§ 52–55 Rn. 35 ff.) berücksichtigt. Ausbaufähig erscheinen die Kommentierungen zu den durch Gesetz vom 4.11.2016 in das Strafgesetzbuch eingefügten §§ 184i und 184j StGB. Die Kommentierung zu § 184i StGB weist keine Rechtsprechung nach; zumindest die u.a.¹³ in BGHSt 63, 98, veröffentlichte Entscheidung vom 13.3.2018 (4 StR 570/17), die sich zu der Tathandlung und zu der Reichweite der Subsidiaritätsklausel verhält, hätte jedoch eine Erwähnung verdient. Auch zu § 315d StGB hätte man sich, da das Werk ja den Anspruch hat, auch Praxiskommentar zu sein, eine Erwähnung der

ersten veröffentlichten landgerichtlichen Entscheidungen¹⁴ gewünscht.

Diese wenigen Anregungen für die sicher zu erwartende 9. Auflage sollen allerdings den guten Gesamteindruck, den der „LPK“ auf mich – auch nach Einsatz in der Praxis – macht, nicht trüben. Die erstmalige Verlagerung des Anmerkungssystems in die Fußnoten bewirkt eine deutlich bessere Lesbarkeit. Studierenden an Universitäten, aber auch an Fachhochschulen (etwa für angehende Polizistinnen/Polizisten und im Bereich der Sozialarbeit), für das Referendariat und für den Berufseinstieg kann das Werk, das sich durch ein exzellentes Preis-Leistungs-Verhältnis auszeichnet, bedenkenfrei empfohlen werden.

*Generalstaatsanwalt Thomas Harden, Köln**

⁸ Die Vorschrift wird indes in der Kommentierung zu § 186 StGB in Rn. 15 erwähnt.

⁹ Die §§ 129, 129a und 129b StGB werden hingegen ausführlich behandelt.

¹⁰ OLG Braunschweig NStZ-RR 2002, 75; OLG Stuttgart NJW 2006, 1222; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 73; OLG Dresden StV 2015, 699.

¹¹ OLG Köln StV 2019, 45 = BeckRS 2018, 7681.

¹² BGH NJW 2019, 1086 = NStZ 2019, 202.

¹³ Weitere Fundstellen: NJW 2018, 2655 = NStZ 2019, 22 mit Anm. Eisele = JZ 2018, 1107 mit Anm. Burghardt = StV 2019, 551 mit Anm. Renzikowski = HRRS 2018 Nr. 749 mit Anm. Pohlreich, HRRS 2019, 16.

¹⁴ LG Berlin NZV 2018, 481; LG Stade NZV 2018, 483; wohl erst nach Bearbeitungsabschluss veröffentlicht: KG BeckRS 2019, 8319 mit Anm. Quarch, NZV 2019, 314.

* Der Autor leitet die Generalstaatsanwaltschaft Köln und ist Lehrbeauftragter an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Buchrezension

Luna Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung. Über den Begründungszusammenhang von Mitwirkungsfreiheit und Strafverfahreingriff, Mohr Siebeck, Tübingen 2019, 335 S., € 94.

I. In Ihrer Kölner, unter Betreuung von *Thomas Weigend* entstandenen Dissertation greift *Luna Rösinger* das bereits intensiv bearbeitete Thema der Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten im Strafverfahren in innovativer Weise auf, indem sie – wie schon der Untertitel der Arbeit andeutet – nach den Rechtfertigungsbedingungen des Strafverfahrens fragt: „[W]ann [ist] der Eingriff des *Strafverfahrens*, d.h. des auf eine mögliche *Strafe* gerichteten Verfahrens, dem Beschuldigten gegenüber zu rechtfertigen“? Erst nach Klärung dieser Vorfrage ließen sich „Grund und Reichweite“ der Mitwirkungsfreiheit angemessen bestimmen (S. 1). Dabei beschränkt sich *Rösinger* nicht auf eine Untersuchung des geltenden Rechts, sondern strebt eine rechtsprinzipielle Behandlung der Mitwirkungsfreiheit an. Ziel der Arbeit „ist es, die Frage nach der Möglichkeit von Mitwirkungspflichten im Strafverfahren vom Ausgangspunkt der Freiheit des Bürgers aus zu beantworten“ (S. 2). Anhand dieser grundlegenden Zielsetzung wird schon deutlich, dass die Arbeit gewissermaßen erst in zweiter Linie von den einzelnen strafverfahrensrechtlichen Ausprägungen der Mitwirkungsfreiheit handelt. Denn zuvor gilt es nach *Rösinger*, das Konzept der Mitwirkungsfreiheit rechtstheoretisch präzise zu bestimmen und auf die rechtsphilosophische Begründungsfrage nach dem im Strafverfahren virulent werdenden Zusammenhang von Freiheit und Pflicht im Staat-Bürger-Verhältnis zurückzuführen (S. 2): „Aus welchen Gründen kann der Einzelne gegenüber der Gemeinschaft verpflichtet werden?“

II. Die Arbeit gliedert sich – sieht man von Einleitung und Schlussbetrachtung ab – in fünf Teile. Dabei entwickelt *Rösinger* im zweiten und dritten Kapitel zunächst den spezifischen Ansatz ihrer Untersuchung. Dieser besteht letztlich darin, zunächst die Rechtfertigungsbedürftigkeit des Strafprozesses als Eingriffsverfahren herauszustellen, anstatt dessen Legitimität vorauszusetzen, was das Regel-Ausnahme-Verhältnis mit Blick auf die Mitwirkungsfreiheit umkehrt. Hierzu skizziert sie in Kapitel 2 als Kontrastfolie zunächst das in Rechtsprechung und Literatur vorherrschende Paradigma, innerhalb dessen die (Ausprägungen der) Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten und seine Rechtsstellung im Strafverfahren diskutiert werden (S. 3 ff.). Die Rechtsprechungsentwicklung des BGH – gerade auch in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK – instruktiv nachzeichnend, macht sie plausibel, dass die Mitwirkungsfreiheit vordringlich als Selbstbelastungsfreiheit verstanden wird und sich als „Bündel aus situationsbezogenen Verboten bestimmter Eingriffsmittel wie Zwang und (partiell) Täuschung“ (S. 27) darstellt, welche als Konkretionen eines umfassenden Rechtssatzes, des Nemo-tenetur-Grundsatzes, begriffen werden. Dies sieht *Rösinger* in zweierlei Hinsicht kritisch (S. 27 ff.): Zum einen verstelle die Reduzierung der Mitwirkungsfreiheit auf eine Freiheit vom

Zwang zur Selbstbelastung den Blick auf eine ebenso mögliche, von der selbstbelastenden Wirkung bestimmter Beschuldigtenhandlungen gänzlich unabhängige Begründung der Mitwirkungsfreiheit. Statt implizit vorauszusetzen, „was [...] erst begründet werden sollte: dass eine Zwangs- bzw. Pflichtenfreiheit besteht, damit es nicht zu einer Selbstbelastung kommt“, dürfe man nur davon ausgehen, „dass eine Person grundsätzlich frei ist und Mitwirkungspflichten gerechtfertigt werden müssen“. So gesehen erscheine die Mitwirkungsfreiheit „als bloßer Schutzreflex“, der eigentlich zu verhandelnden Frage, „inwieweit der Beschuldigte eine Mitwirkung am Fortgang des Strafverfahrens [...] verweigern kann“ (S. 29 f.).

Zum anderen wendet sich *Rösinger* kritisch gegen die (insbesondere in der Literatur zu beobachtende) Methodik, die Gewährleistungen der Mitwirkungsfreiheit aus dem „vermeintlich im geltenden Recht etablierte[n] Nemo-tenetur-Grundsatz“ deduktiv abzuleiten (S. 30 ff.). Überzeugend stellt sie den Rechtssatzcharakter dieses Grundsatzes in Abrede, da dieser positiv-rechtlich nicht klar bestimmbar sei. Infolgedessen werde in verfassungsorientierten Bestimmungsansätzen das „Ergebnis [...] weniger aus der Betrachtung der Verfassungsnormen entwickelt, als ihnen vielmehr untergeschoben“ (S. 32). Ebenso wenig könne es überzeugen, den Nemo-tenetur-Grundsatz als Verfassungsgewohnheitsrecht oder als im Rechtsstaatsprinzip verankerte Verfassungstradition aufzufassen, da es insoweit keine einheitliche längere Übung und konsenterte Rechtsüberzeugung gebe (S. 35 ff.). Die in Rechtsprechung und Literatur zu beobachtende Berufung auf den Nemo-tenetur-Grundsatz suggeriere somit eine hinter der Mitwirkungsfreiheit stehende einheitliche ratio, die bei alleiniger Betrachtung des positiven Rechts nicht existiere. Daher bedürfe es für eine prinzipielle Begründung der Mitwirkungsfreiheit „einer materialen Theorie über das Verhältnis des Einzelnen zum Staat. Die wesentliche Begründungsarbeit liegt damit aber im vorpositiven Bereich“ (S. 42).

Dieses Verhältnis sei – wie hieran anknüpfend in Kapitel 3 herausgestellt wird (S. 47 ff.) – durch die grundsätzliche Freiheit des Bürgers gekennzeichnet, in welche die staatliche „Befugnis zur Durchführung eines Strafverfahrens [...] wie auch einzelne Pflichten [...] begründungsbedürftige Eingriffe“ darstellten (S. 48 f.). Dabei sei die Freiheit des Einzelnen eine originäre, d.h. „nicht erst durch den Staat gewährte, sondern von ihm gewährleistete Freiheit“ (S. 49), sodass das Strafverfahrensverhältnis zwischen Bürger und Staat nur ausgehend von einer vorpositiven „Theorie davon, was Strafe und damit Strafverfahren bedeuten“ (S. 61) begründet werden könne. Gleichwohl biete die etablierte Verfassungsdogmatik zur Eingriffsrechtfertigung ein hilfreiches Schema, an dem sich diese Theoriebildung vollziehen könne. Inhaltlich müsse jedoch stets eine Rückbindung an den „Gedanke[n] rechtlicher Freiheit“ (S. 60) stattfinden, da anderenfalls – wie *Rösinger* am Beispiel der Angemessenheitsprüfung eines verfahrensrechtlichen Eingriffs zeigt (S. 56 ff.) – eine aus ihrer Sicht freischwebende Abwägung zwischen beeinträchtigtem Individual- und überwiegendem Eingriffsinteresse weder

erklären könne, „warum abgewogen werden darf“, noch „wie genau man abwägen [...] soll“ (S. 59).

Mit dieser Exposition ihres Untersuchungsansatzes ist Rösinger zweifelsohne ein innovativer Zugriff auf die Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten gelungen. Und die Berechtigung, einen neuen, jenseits der gewohnten Argumentationsbahnen verlaufenden Ansatz zu wählen, lässt sich nicht von der Hand weisen, da Rösinger durchaus plausibel und (nicht nur verfassungsrechtlich, sondern auch [straf-]rechtsgeschichtlich) fundiert Defizite rein verfassungsorientierter Begründungsansätze identifiziert. Insbesondere überzeugt Rösingers Kritik, dass der Anspruch, sämtliche Aspekte der Mitwirkungsfreiheit aus einem umfassenden, verfassungsrechtlichen Rechtssatz abzuleiten, de lege lata verfassungsrechtlich (mangels hinreichender Bestimmbarkeit des Nemo-tenetur-Grundsatzes) nicht eingehalten werden kann. Freilich lässt sich fragen, ob ein solcher Anspruch denn auch eingehalten werden muss. Funktional betrachtet mag es nämlich ausreichen, dass – wie auch Rösingers Rechtsprechungsüberblick zeigt – ein relativ weitgehender Konsens über die verschiedenen Gewährleistungen der Selbstbelastungsfreiheit herrscht und diese in der Summe verfassungsrechtlich begründbar sind, selbst wenn die Begründungen dieser Gewährleistungen im Einzelnen divergieren bzw. auf ein Konglomerat verfassungsrechtlicher Bestimmungen gestützt werden (diskutiert werden etwa Art. 1; 4; 2 Abs. 1, 1 Abs. 1; 5; 20 Abs. 3 oder 103 Abs. 1 GG).

Freilich ändert dies nichts daran, dass Unschärfen in der Bedeutungsperipherie dieses zentralen Verfahrensprinzips und das Fehlen einer einheitlichen Begründung nicht nur unbefriedigend, sondern – wie Rösinger zutreffend herausstellt (S. 43 f.) – rechtsstaatlich bedenklich sind, da dort, wo die Selbstbelastungsfreiheit nicht greift, den Beschuldigten belastende Maßnahmen für zulässig erachtet werden. Vor allem aber beklagt Rösinger zu Recht, dass die Frage nach der grundsätzlichen Legitimität des Strafverfahrens oftmals überhaupt nicht mehr gestellt wird. Es verdient daher Beifall, dass Rösinger genau dies tut und dabei nicht nur das Verhältnis von Staat und Bürger in einem freiheitlichen Strafverfahrensverhältnis untersucht, sondern die Bedeutung rechtstheoretischer und rechtsphilosophischer Begründungsarbeit aufzeigt.

Gleichwohl fordert gerade dies natürlich die methodenkritische Gegenfrage heraus, inwiefern eine jenseits des „bloßen Nachvollzug[s] des geltenden Rechts“ (S. 31) verlaufende, letztlich vorpositive Begründung der Mitwirkungsfreiheit vor dem Hintergrund der heutigen pluralistischen und dem Demokratieprinzip verpflichteten Gesellschaft dem Anspruch nach legitim und allgemeinverbindlich sein kann. Denn soweit Rösinger – die sich im Fortgang weitgehend als Anhängerin der Wolff-Schule erweist (dazu sogleich) – das gesetzgebungskritische Potential ihres Ansatzes auf ein vorpositives (Vernunft-)Recht stützt, droht dies – jenseits der damit verbundenen, nicht unproblematischen philosophischen Vorannahmen – die Definitionsmacht des demokratisch legitimierten und nur verfassungsrechtlich gebundenen Gesetzgebers zu unterlaufen. Rösinger könnte darauf sicherlich antworten, dass die von ihr entwickelten vorpositiven Maßstäbe auf eine

Positivierung hindrängen, um so als allgemeingültiges Rechtsverhältnis konstituiert zu werden (so lassen sich ihre Ausführungen auf S. 88 f. und 92 ff. verstehen). Gleichwohl bezieht Rösinger die Verbindlichkeit ihres kritischen Maßstabs für die gesetzliche Ausgestaltung des Strafverfahrensverhältnis damit weiterhin nicht aus dem positiven Recht als Akt demokratischer Willensbildung, sondern aus einer voraussetzungsreichen, überpositiven Vernunftrechtskonzeption, die diesen Akt anleiten soll. Dies soll – und das sei ausdrücklich betont – Rösingers Ansatz nicht als per se unbegründbar zurückweisen, gerade auch weil die Gewährsfragen und -männer Rösingers (Wolff, Zaczyk, Köhler, Gierhake, Murmann u.a.) pointierte Antworten auf solche (positivistischen) Vorwürfe rein verfassungsorientierter Lehren vorbringen. Jedoch hätte man sich an dieser Stelle eine etwas (selbst-)kritischere und nicht nur punktuell in den Fußnoten stattfindende Reflexion der philosophischen Vorannahmen und geltungstheoretischen Rechtfertigungsprobleme des eigenen Ansatz gewünscht, zumal Rösinger ihrerseits bei verfassungsorientierten Ansätzen die fehlende kritische Reflexion der eigenen Methode moniert (vgl. nur S. 42, 46 oder 61).

Die von Rösinger geforderte Fundierung des Strafverfahrensverhältnisses in einem letztlich nur vorpositiv bestimmbar rechtlichen Freiheitsverhältnis erfolgt sodann in Kapitel 4 (S. 63 ff.). Ihrem Untersuchungsansatz und dem verfassungsdogmatischen Schema der Eingriffsprüfung entsprechend, widmet sich Rösinger zunächst der Frage, ob das von ihr als freiheitsbeschränkender Eingriff verstandene staatliche Strafverfahren (sie spricht insoweit auch vom „Strafverfahrenseingriff“) überhaupt einem legitimen Ziel diene. Da – im Falle verwirklichten Kriminalunrechts – das Strafverfahren als solches der „Rechtsverwirklichung“ (S. 64) und zwar durch Strafe diene, sei diese Frage letztlich zunächst nichts anderes als „die Frage nach der Legitimität von staatlicher Strafe“ (S. 66). Ob letztere legitim ist, beantwortet Rösinger im Zuge einer kritischen Auseinandersetzung mit retributiven und präventiven Straftheorien (S. 66 ff.). Weder negativ- (S. 72 ff.) noch positiv-generalpräventive Ansätze (S. 75 ff.) könnten überzeugen, da sie den Personenstatus des Täters ausdrücklich oder faktisch relativierten und das Erfordernis einer tat- und schuldangemessenen Strafe nicht erklären könnten. Letzteres treffe auch auf spezialpräventive Ansätze zu (S. 78 ff.). Dem stellt Rösinger in der Folge (85 ff.) eine „freiheitsgesetzlich-retributive Theorie“ gegenüber, welche „den Straftäter ernst [nehme], indem sie in der Lage ist zu erklären, warum er Strafe auf sich nehmen muss [...]. Dies ist nur möglich, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen Recht und Person gefunden werden kann.“ (S. 85)

Ausgangspunkt ihres Strafverständnisses ist der Ansatz der bereits erwähnten Wolff-Schule, wonach sich Kriminalunrecht nur als Verletzung eines vorgängigen Rechtsverhältnisses verstehen lasse. Dieses Rechtsverhältnis sei nicht positiv-rechtlich gesetzt, sondern – wie letztlich im Rekurs auf Kant und Fichte begründet wird – Ausdruck einer gemeinschaftlichen Vernunftleistung, wonach die Rechtssubjekte selbst als praktisch-vernünftige Wesen das Recht als „interpersonale[s] Verhältni[s] der Anerkennung des jeweils anderen und seiner äußeren Freiheitssphäre“ konstituierten, wel-

ches „auf der Ebene des Staates durch die Allgemeinheit des Gesetzes zusätzliche Befestigung“ erfahre (S. 88 f.). Entsprechend fundamental setzt auch *Rösingers* korrespondierende Bestimmung von Kriminalunrecht an, welches dieses „Grundverhältnis der Beteiligten“ dadurch zerstöre, dass „der Täter seinen Freiheitsraum“ derart erweitere, dass „der Angegriffene daneben nicht als anerkannter Gleicher bestehen bleiben kann“ (S. 90). Strafe hat nach dieser materiellen Unrechtslehre die Funktion, das rechtliche Anerkennungsverhältnis dadurch wiederherzustellen, dass der unberechtigt erlangte Rechtsstatus des Täters verkürzt und hierdurch eine funktionierende intersubjektive Rechtsbeziehung wiederhergestellt werde (S. 93 ff.). Nur so lasse sich Strafe gegenüber dem Täter rechtfertigen, da diese dann für den Täter kein „fremder Zweck, sondern sein eigener“ sei, insoweit die Strafbegründung durch „Rückbezug auf den Täter durch seine Tat“ erfolge (S. 95 f.). In der Folge (S. 100 ff.) zeigt *Rösinger* in kritischer Auseinandersetzung mit der häufig bemühten Rechtsfriedensfunktion des Strafverfahrens auf, dass dieser Begründungszusammenhang von vorpositivem Rechtsverhältnis, materiellem Unrechtsbegriff und Straflegitimation auch auf die im Strafverfahren staatlicherseits erstrebte „Rechtsverwirklichung“ durchgreife, insoweit auch hier „Recht als gegenseitiges Anerkennungsverhältnis verstanden“ und somit begründend auf die Prozessbeteiligten als Mitkonstituenten des Rechts zurückgeführt werde (S. 104). Damit sei „das Interesse an der Durchführung eines Strafverfahrens [...] ein legitimes“ (S. 105). Die Besonderheit des Strafverfahrens bestehe lediglich darin, dass es unter „Unsicherheit über die Schuld des Beschuldigten“ (S. 100) stattfinde, sodass Rechtsverwirklichung nicht nur im Wege der Bestrafung, sondern bei Ausräumung des Tatverdachts auch in Form der Bestätigung eines intakten Rechtsverhältnisses erfolgen könne.

Nachdem *Rösinger* die grundsätzliche Legitimität des mit dem Strafverfahrengeschehen verfolgten Ziels (des Strafverfolgungsinteresses) herausgestellt hat, widmet sie sich in Kapitel 5 und 6 den weiteren Anforderungen einer Eingriffsrechtfertigung. Überzeugend legt sie dar, dass hierfür zunächst ein präzises Verständnis davon erforderlich ist, welche Rechtspositionen dabei auf Seiten des Beschuldigten überhaupt in Rede stehen. Dazu greift sie in Kapitel 5 die gegenwärtige rechts- und moralphilosophische Diskussion um subjektive Rechte strukturierende Begriffsanalyse Hohfelds auf (S. 107 ff.). Dieser habe zutreffend herausgestellt, dass – entgegen der gängigen Vorstellung, alle juristischen Beziehungen auf Rechte und Pflichten zurückführen zu können – Anspruchsrechte von Freiheitsrechten zu unterscheiden seien. Während Anspruchsrechten stets die Pflicht eines anderen korreliere, gewährten Freiheiten lediglich eine Befugnis zum eigenen Handeln, ohne dass dem eine Pflicht anderer korrespondiere, diese Freiheitsausübung nicht zu beeinträchtigen. *Rösinger* legt überzeugend dar, dass diese begriffliche Differenzierung auch auf Verfahrensrechte anwendbar sei (S. 112 ff.) und dass folglich staatlichen Eingriffsbefugnissen eine (Duldungs-)Pflicht des Betroffenen korrespondieren könne, aber nicht notwendig müsse (S. 116 f.). Entsprechend differenziert sei die Eingriffsrechtfertigung, insbesondere auf Stufe der

Angemessenheit, zu betrachten (S. 118 ff.): Auch wenn das Eingriffsinteresse das Beschuldigteninteresse überwiege, folge daraus keine korrespondierende Mitwirkungspflicht. Vielmehr könne einer begründbaren „staatlichen Eingriffsbefugnis [...] eine konkurrierende Freiheit des Beschuldigten gegenüberstehen“, sodass „sich beide Seiten durch die Ausübung ihrer Befugnisse gegenseitig beeinträchtigen“ (S. 121).

Im sechsten Kapitel füllt *Rösinger* diese Struktur sodann inhaltlich aus, indem sie die Begründungsansätze für ein in eine Angemessenheitsprüfung einzustellendes schützenswertes Interesse an der Mitwirkungsfreiheit untersucht. Dabei werden zunächst an partikularen Individualinteressen orientierte Begründungsansätze zurückgewiesen (S. 123 ff.). Insofern überzeugt insbesondere *Rösingers* Kritik an der h.M., welche zur Begründung der Mitwirkungsfreiheit auf eine „dem natürlichen Selbsterhaltungstrieb“ zuwiderlaufende „Unzumutbarkeit einer Mitwirkung im Falle einer selbstbelastenden Wirkung verweis[t]“ (S. 123). Zu Recht stellt sie die hierbei vorausgesetzte normative Relevanz eines bloß psychologisch empfundenen Konflikts und die damit verbundene Einengung der Mitwirkungsfreiheit auf den Schutz vor dem „bewusst erlebten Konflikt“ (S. 127) in Frage. Vor allem ist ihr darin beizupflichten, dass die h.M. nicht plausibel erklären könne, warum nach ihr Zwang zur aktiven Mitwirkung unzulässig, passive Duldungspflichten mit gleicher Wirkung hingegen zulässig sein sollen, wo sich doch die vom Betroffenen erlebte Konfliktlage nicht signifikant unterscheidet (S. 127 ff.). Auch verfahrensspezifische Erklärungen der Mitwirkungsfreiheit werden zurückgewiesen, welche diese mit dem Erfordernis einer gerechten Verfahrensteilhabe (S. 141 ff.), der gesetzgeberischen „Abkehr vom Inquisitionsprozess als solcher“ (S. 146 ff.) oder der Verfahrensstabilisierung durch Absorption etwaiger Proteste des Beschuldigten gegen das Verfahrensergebnis (S. 150 ff.) begründen. Hierbei ist – angesichts ihres materiellen Unrechtsbegriffs erwartbar – *Rösingers* Hauptkritikpunkt, dass diese Ansätze begründungstheoretisch ohne Bezug zur Person des Beschuldigten blieben. Wohlwollender steht *Rösinger* daher Ansätzen gegenüber, nach denen der Nemo-tenetur-Grundsatz ein in der Menschenwürde und dem sie tragenden Autonomieprinzip begründetes Instrumentalisierungsverbot enthalte (S. 132 ff.). Allerdings sei das Autonomiekonzept zur Begründung der Mitwirkungsfreiheit „in Hinblick auf den konkreten Verwendungsbereich“ zu unbestimmt und stelle „keinen Bezug gerade zum Beschuldigten“ (etwa im Unterschied zum ebenso in seiner Autonomie betroffenen Zeugen) „und zu der Besonderheit seiner Lage in einem auf Strafe gerichteten Verfahren her“ (S. 137).

Dieser Sonderstellung werde man nur gerecht, wenn man dem besonderen Distanzinteresse des Beschuldigten Rechnung trage (S. 155 ff.). Schon die Belastung mit einer Beschuldigung im Strafverfahren (ungeachtet konkret belastender Ermittlungsmaßnahmen) stelle ein „normatives Übel“ dar (S. 158), da es hierdurch zu einer „partielle[n] Ausgrenzung aus dem Gleichheitsverhältnis“ und einer Infragestellung des „Rechtsstatus des Betroffenen“ komme, „sodass seine Rechtsstellung schon im Strafverfahren unsicher wird“ (S. 157). Dieses normative Übel müsse – was *Rösinger* als

Forderung aus der Unschuldsvermutung ausweist – auch gegenüber dem Unschuldigen (falsch Beschuldigten) gerechtfertigt werden können (S. 158 ff.). Weitgehend überzeugend legt *Rösinger* dar, dass eine solche Rechtfertigung nicht aus dem Verdacht selbst bzw. einer Verhaltensverantwortlichkeit des Beschuldigten für den Verdacht entnommen werden könne, da dies der Unschuldsvermutung widersprechend bereits die Annahme einer Unrechtsverantwortung des Beschuldigten impliziere (S. 161 ff.). Letzterem dürfe daher „nur der Pflichtenkreis eines Tat- und Verdachtsunzuständigen auferlegt werden [...] – er ist Nichtstörer“ (S. 171). Dann aber komme eine Rechtfertigung des Strafverfahrengingriffs nur noch aus dem Aufopferungs- bzw. Teilhabegedanken in Betracht (S. 171 ff.), wobei das Aufopferungsprinzip – entsprechend *Rösingers* vorpositivem Rechtsverständnis – „seinen Grund und seine Grenze in der Teilhabe am geschützten Rechtsverhältnis“ (S. 176) habe und so begründend auf den Beschuldigten selbst zurückgeführt werde. Eine „Grundsolidaritätspflicht“ und „[s]olidarische Haftung“ aller sei nämlich „Voraussetzung für die Freiheit aller“ (S. 172 f.).

In kenntnisreicher Auseinandersetzung mit der Literatur legt sie dar, dass diese Teilhabehaftung aber nur unter bestimmten Bedingungen verhältnismäßig sei: Das staatliche Eingriffsinteresse, dessen grundsätzliche Legitimität *Rösinger* bereits herausgestellt hatte, müsse – wie sie unter Rekurs auf den Notstandsgedanken zeigt – das Interesse an der Versöhnung vor dem Eingriff wesentlich überwiegen (S. 176 ff.). Es müsse ein immanenter Ausgleich für das vom Beschuldigten erbrachte Sonderopfer bestehen, was durch die Aussicht auf eine mögliche „Aufhebung der Verdächtigung und das Verbot an den Staat, den Betroffenen je wieder in der gleichen Sache zu verdächtigen“, geschehe (S. 180 ff.). Und schließlich müsse die Opfergrenze eingehalten werden (S. 184 ff.). Diese Opfergrenze sei durch „[d]ie fortdauernde Teilhabe am allgemeinen Rechtsverhältnis“ (S. 185) bestimmt. Jedoch trage es der eingangs von ihr festgestellten, besonderen Verfahrenssituation des Beschuldigten nicht hinreichend Rechnung, diese Grenze – wie in kritischer Auseinandersetzung mit Ansätzen Köhlers und von Freiers ausgeführt wird – bei der Aufrechterhaltung substantieller Bedingungen der Teilhabe (insbesondere autonomer Selbstverständigung und Kommunikation) zu setzen. Die Wahrung substantieller Teilhabe markiere nur eine allgemeine, etwa auch für Zeugen geltende und „auch außerhalb des Strafverfahrens zu beachtende [...] absolute Opfergrenze“ (S. 189). Der Strafverfahrengingriff sei jedoch durch eine „vorübergehende, grundlose Ausgrenzung aus dem Gleichheitsverhältnis aller unbescholtenen Bürger“ gekennzeichnet, d.h. durch einen „dissoziierenden Vorstoß“ seitens des Staates, der „die Teilhabe am allgemeinen Rechtsverhältnis als solche in Frage“ stelle. Daher bestehe ein besonderes „Distanzinteresse“, das „die Seite der Beschuldigteninteressen [verstärkt]. Der Staat kann folglich seine Eingriffe [...] nur noch auf eine erheblich [...] geschwächte Solidaritätshaftung stützen“ (S. 190 f.).

Genau an dieser Stelle greifen nun die zuvor entwickelte formale Rechtsposition der Freiheit (Kapitel 5) und deren inhaltliche Rechtfertigung ineinander (S. 193 ff.): Weil der Beschuldigte angesichts der Infragestellung als freier und

gleicher Mitkonstituent des Rechts ein legitimes Distanzinteresse habe, könnten Mitwirkungspflichten nur aus einer Verhaltensverantwortlichkeit (Störerhaftung), aber nicht mehr „aus dem Aufopferungsgedanken“ gerechtfertigt werden, da hierdurch „die Distanzierungsmöglichkeit des Beschuldigten [...] völlig aufgehoben [würde]“ (S. 199). Eine praktische Konkordanz von Eingriffs- und Beschuldigteninteresse lasse sich folglich nur bei einer grundsätzlichen Pflichtenfreiheit des Beschuldigten erreichen, der die Befugnis habe, sich „der gemeinsamen Sache [...] [zu] verweigern“ (S. 197). Da der so verstandenen Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten staatlicherseits gegenläufige Freiheiten, d.h. Eingriffsbefugnisse (so sie denn im Übrigen begründbar sind) entgegenstehen könnten („ein Gegenüber von Erlaubnissen“, S. 213), spricht *Rösinger* unter Rekurs auf Hegel anschaulich von einem im Strafverfahren stattfindenden „Kampf um Anerkennung“, der aber jeweils auf „Wiederherstellung des Anerkennungsverhältnisses“ ausgerichtet sei (S. 196). Dieses eigene Verständnis der Mitwirkungsfreiheit – das *Rösinger* noch gegenüber ähnlich klingenden Ansätzen abgrenzt (S. 199 ff.) – liefert ihr die konzeptuelle Blaupause, welche den im Folgenden (Kapitel 7) entwickelten rechtspraktischen Umsetzungsvorschlägen zugrunde liegt.

Rösinger gelingt damit eine wohl durchdachte Kritik der gegenwärtig diskutierten Begründungsansätze der Selbstbelastungsfreiheit. Sicherlich lässt sich an verschiedener Stelle im Argumentationsgang nachfragen, ob und wie die von *Rösinger* jeweils kritisierten Positionen verteidigt werden könnten, doch im Rahmen dieser Rezension sei die beachtliche eigene Theoriebildung *Rösingers* genauer in den Blick genommen. Diese beeindruckt schon insoweit, als innerhalb des verfassungsdogmatischen Schemas der Eingriffsprüfung (Kapitel 3) ein rechtsphilosophisch und straftheoretisch fundiertes Strafverfahrensverständnis (Kapitel 4) mit der analytischen Rechtslehre (Kapitel 5) verknüpft wird und es so gelingt, ein Konzept der Mitwirkungsfreiheit vorzulegen, das das eingangs festgestellte Forschungsdesiderat beantwortet. Denn *Rösinger* kann hiermit die verschiedenen Ausprägungen der Mitwirkungsfreiheit auf ein Prinzip zurückzuführen und damit den Nemo-tenetur-Grundsatz auf ein (zuvor im positiven Recht vergeblich gesuchtes) einheitliches Fundament stellen. Maßgeblich hierfür ist das von ihr herausgearbeitete Distanzinteresse des Beschuldigten, mit dem eine umfassende Pflichtenfreiheit des Beschuldigten einhergeht, was sich rechtstheoretisch als Freiheit, gegen das staatliche Strafverfolgungsverlangen zu opponieren, darstellt. Fraglich erscheint jedoch, ob es *Rösinger* tatsächlich gelingt, die Legitimität dieses Distanzinteresses überzeugend zu begründen. Diese stützt *Rösinger* auf das mit dem Strafverfahrengingriff verbundene „faktisch ausgrenzend[e] Vorgehen“ gegen den Beschuldigten, welches angesichts der bei einer Verurteilung drohenden Rechtsstatusverkürzung „die Teilhabe am allgemeinen Rechtsverhältnis als solche in Frage“ (S. 190) bzw. „unter Vorbehalt“ (S. 199) stelle. Doch hat die Beschuldigung tatsächlich diese Wirkung? Und warum sollte dies eine umfassende Pflichtenfreiheit rechtfertigen?

Zugestanden, dass Strafe zu einer Rechtsstatusverkürzung führt, lässt sich zunächst bezweifeln, dass dies schon im

Verfahren auf den Rechtsstatus des Beschuldigten zurückwirkt. Dagegen spricht bereits die Unschuldsvermutung, insoweit sie auch ein subjektives Recht des Beschuldigten und damit eine verfahrenskonstitutive Statuszuweisung darstellt. Danach wird dem Beschuldigten der ungeschmälerete Status eines gleichberechtigten Mitglieds der Rechtsgemeinschaft zugewiesen, dessen Anerkennung er auch beanspruchen kann. Eine von der Strafsanktion her gedachte Infragestellung des Rechtsstatus liefe dem zuwider (nach *Rösinger* modifiziert die Unschuldsvermutung lediglich die Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung, S. 205 f., weshalb sie diesen Einwand zurückweist, S. 199, Fn. 429). Vor allem aber lässt sich das Strafverfahren selbst nicht anders als eine Praxis rechtlicher Statusaffirmation verstehen, was *Rösinger* meiner Ansicht nach nur unzureichend reflektiert, wenn sie immerhin davon spricht, dass der Kampf um Anerkennung „im Anerkennungsverhältnis stattfindet“ (S. 196) und der Beschuldigte „noch Teil“ des allgemeinen Rechtsverhältnisses sei (S. 199). Denn um jemanden zu beschuldigen, d.h. ihm verbunden mit einem Rechtfertigungsverlangen eine Straftat vorzuwerfen, müssen wir ihn bereits als gleiches Rechtssubjekt adressieren und respektieren. Wir müssen implizit annehmen, dass der Beschuldigte normativ ansprechbare Rechtsperson ist (er ist, um Schopenhauers Bild aufzugreifen, kein „Raubthier“, dem „ein Maulkorb“ zu verpassen ist). Und da Beschuldigung *ceteris paribus* jeden treffen kann, weil sie Regeln unterliegt, die reziprok für alle Rechtssubjekte gelten, adressieren wir den Beschuldigten auch im Strafverfahren als freien und gleichen Akteur der Rechtsgemeinschaft. (Vermutete/Infrage gestellte) Normtreue selbst ist keine statuskonstitutive Eigenschaft, sondern weil man den Status einer Rechtsperson hat, kann man sich allererst normtreu oder -untreu verhalten. Folglich stellt auch der Vorwurf einer Straftat gerade keinen „dissoziierende[n] Vorstoß“ (S. 190) des Staates dar, sondern ist Ausdruck davon, dass wir den Beschuldigten als ebenbürtigen, freiverantwortlichen Mitkonstituenten des Rechts ernst nehmen. Beschuldigung ist somit eine Form der Anerkennung, sie ist nicht Infragestellung, sondern Bestätigung des Rechtsstatus.

Doch selbst wenn man annimmt, die Beschuldigung stelle den Rechtsstatus des Beschuldigten infrage, lässt sich bezweifeln, ob *Rösingers* Konklusion (das Bestehen einer auf ein legitimes Distanzinteresse gegründeten verfahrensrechtlichen Pflichtenfreiheit) ohne Begründungsfriktionen mit ihren Prämissen (dem Bestehen eines vorpositiven rechtlichen Anerkennungsverhältnisses) vereinbar ist. Denn aus dem vorpositiven rechtlichen Anerkennungsverhältnis kann eine solche Pflichtenfreiheit ersichtlich nicht unmittelbar abgeleitet werden, soweit man dieses – wie es *Rösinger* im Anschluss an die bereits erwähnte Wolff-Schule tut – im Wesentlichen unmittelbar auf einen an Kant und Fichte orientierten Rechtsbegriff gründet. Danach ist nämlich das rechtliche Anerkennungsverhältnis durch reziproke Anspruchsrechte und korrespondierende Pflichten bezogen auf ein System gleicher Handlungssphären gekennzeichnet. In Hohfeldscher Terminologie ausgedrückt: Die Freiheit, innerhalb der eigenen Sphäre zu handeln, ist bewehrt durch ein Anspruchsrecht darauf, dass andere sich nicht dadurch einmischen, dass sie

außerhalb ihrer Sphäre in die eigene eindringen. Anders gesagt und auf *Rösingers* vorpositives Rechtsverständnis gewandt: Ich habe gegenüber anderen ein Anspruchsrecht auf Anerkennung als gleiches Rechtssubjekt und diese anderen haben mir gegenüber eine korrespondierende Pflicht, diese Anerkennung zu leisten, indem sie meine Freiheitssphäre respektieren.

Ist nun der Staat laut *Rösinger* nichts anderes als der von den Rechtssubjekten geschaffene Garant dieses freiheitlichen Rechtsverhältnisses unter Gleichen (so S. 88 ff.) und ist das Strafverfahren die institutionelle Verwirklichungsbedingung dieses Rechtsverhältnisses bei Verdacht einer Rechtsverletzung (so S. 64 ff., 100 ff.), so müsste sich jedoch dieses vorstaatliche Anspruchsrecht-Pflicht-Verhältnis *prima facie* auch im staatlichen Strafverfahren fortsetzen: Die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft hat so gesehen ein Anspruchsrecht auf „tätige Infragestellung der vermuteten Normtreue des Bürgers“ (S. 158), sobald ein tatsächlich fundierter Tatverdacht besteht, weil anders die bereits vorstaatlich konstituierten, individuellen rechtlichen Anerkennungsansprüche nicht einlösbar sind. *Rösinger* müsste also zeigen, warum die mit der Beschuldigung verbundene Infragestellung des Rechtsstatus noch ein eigens zu rechtfertigendes normatives Übel sein kann, wenn das Strafverfahren nichts anderes ist als der konsentierende Verwirklichungsmechanismus der vorstaatlich begründeten, reziproken rechtlichen Anerkennungsanspruchsrechte und -pflichten – also ein Übel, zu dessen Inkaufnahme bei Aufkommen eines ihn belastenden Tatverdachts sich ein jeder bereits *ex ante* verpflichtet hat. Anderenfalls kann eine Pflichtenfreiheit durch ein späteres Distanzinteresse ebenso wenig begründet werden, wie durch einen *ex post* unliebsamen Kaufvertrag eine Befreiung von der Kaufpreiszahlungspflicht.

Dies macht auch deutlich, dass der von *Rösinger* zu Beginn ihrer Untersuchung gewählte verfassungsdogmatische Zugriff einer Eingriffsprüfung ausgehend von den von ihr im Anschluss an die Wolff-Schule zugrunde gelegten Prämissen ein Stück weit zu kurz greift, da er suggeriert, Beschuldigung sei ein stets unliebsamer äußerer Eingriff, der eine ansonsten unbeschränkte Freiheit begrenzt. Jedoch ist die „Freiheit des Bürgers“ (S. 2), um die es *Rösinger* doch eigentlich geht, mit dem von ihr selbst bemühten kantischen Rechtsbegriff gesprochen bereits „in ihrer Idee [...] eingeschränkt“ (*Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, § C der Einleitung in die Rechtslehre) und wird im Staat aus Sicht des Bürgers in einer „gesetzlichen Abhängigkeit“ garantiert, die „aus seinem eigenen gesetzgebenden Willen entspringt“ (a.a.O. § 47). Anders gesagt: Die bürgerliche Freiheit findet ihren Ausdruck auch im und durch das staatliche Strafverfahren als allgemein konsentiertem Rechtsverwirklichungsmechanismus. Deutlich wird dies auch am von ihr behaupteten Distanzinteresse des Beschuldigten, welches die Pflichtenfreiheit rechtfertigen soll. Warum soll der Unschuldige (falsch Beschuldigte) stets ein Interesse haben, gegen ein Verfahren zu opponieren, das Realisationsbedingung seiner Existenz als freie Rechtsperson ist? Sein Status als Vernunftperson und Mitkonstituent des Rechts findet doch gerade seinen Ausdruck durch das Strafverfahren als von ihm mitge-

tragendes Instrument der Rechtsverwirklichung. Soll es – angelehnt an Kant – nicht bloß um die „sinnlichen Interessen“ gehen (niemand hat Lust, einem Strafverfahren unterworfen zu werden), lässt sich ausgehend von *Rösingers* Prämissen also ebenso gut dafür argumentieren, dass auch dem Unschuldigen als Vernunftperson daran gelegen ist, die gegen ihn vorgebrachte Beschuldigung im und durch das Verfahren als falsch zurückzuweisen: Die Beschuldigung muss kein Distanz-, sie kann auch ein Mitwirkungsinteresse auslösen. Damit ist aber *Rösingers* Schluss auf das Erfordernis einer Pflichtenfreiheit zur Herstellung „praktischer Konkordanz“ von „Eingriffsinteresse und d[em] betroffene[n] Interesse“ des Beschuldigten (S. 193) nicht mehr zwingend.

Eine Zurückweisung der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten folgt – das sei ausdrücklich betont – aus all dem nicht: Vielmehr stellt sich meiner Ansicht nach ausgehend von *Rösingers* im Anschluss an die Wolff-Schule entwickelten Prämissen das Regel-Ausnahme-Verhältnis lediglich anders dar, als es *Rösinger* nachzuweisen versucht. Statt für eine grundsätzliche Pflichtenfreiheit lässt sich besser für eine grundsätzliche Mitwirkungspflicht des Beschuldigten argumentieren, wovon die Selbstbelastungsfreiheit eine Ausnahme begründet. Diese müsste dann als Opfergrenze in die Angemessenheitsprüfung staatlicher Zwangsmaßnahmen eingestellt werden. Dies leisten etwa Köhler und von Freier, die ausgehend von einer allgemeinen Justizpflicht den Nemo-tenetur-Grundsatz als allgemeine Opfergrenze aus der notwendigen Wahrung substantieller Teilhabe am Rechtsverhältnis begründen (dazu *Rösinger*, S. 184 ff.).

Sieht man von diesen meiner Ansicht nach noch offenen Begründungsfragen in *Rösingers* Verständnis der Mitwirkungsfreiheit ab, gelingt ihr im letzten Kapitel der Untersuchung (S. 214 ff.) eine konsequente und in der theoretischen Geschlossenheit beeindruckende Übertragung ihres Konzeptes auf die einzelnen, in der Diskussion befindlichen Gewährleistungen des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Geht man nämlich im Strafverfahren von einer grundsätzlichen Pflichtenfreiheit des Beschuldigten aus, weshalb dieser die Befugnis hat, gegen Verfahrensmaßnahmen zu opponieren, so lassen sich Mitwirkungspflichten mit dem Strafverfolgungsinteresse nicht mehr begründen: Es kann keine Aussagepflicht des Beschuldigten geben (S. 215 f.), keine Wahrheitspflicht, soweit von einer Lüge nur das Strafverfolgungsinteresse, nicht aber die Rechte Dritter betroffen sind (S. 246 ff.), keine Anwesenheitspflicht (S. 217 ff.), keine Duldungspflicht gegenüber ausschließlich im Strafverfolgungsinteresse vorgenommenen Zwangsmaßnahmen (S. 224 ff.). Ihre konsequente Fortsetzung findet diese Pflichtenfreiheit in der gerichtlichen Beweiswürdigung und Strafzumessung, da hiernach eine negative Würdigung des Schweigens als Schuldindiz (S. 263 ff.) ebenso ausscheidet, wie eine strafscharfende Berücksichtigung des Mitwirkungsverhaltens im Prozess (S. 274 f.; das Nachtatverhalten des Täters lasse sich überhaupt nur strafmildernd und auch nur bei einer ehrlichen Abstandnahme von der Tat berücksichtigen, was *Rösinger* jedoch nicht auf die Mitwirkungsfreiheit, sondern angesichts ihres Unrechts- und Strafverständnisses konsequent darauf stützt, dass nur dann wegen einer erbrachten Wiederherstellungsleistung von ei-

nem veränderten Maß der Schuld gesprochen werden könne, S. 265 ff.). Folgerichtig beschränken sich Mitwirkungspflichten bzw. Duldungspflichten des Beschuldigten auf Fälle einer Verhaltensverantwortlichkeit, etwa der Untersuchungshaft als Reaktion auf drittbeeinträchtigendes und damit unerlaubtes Verhalten des Beschuldigten (S. 235).

Seinen ganzen Charme entfaltet der neue, rechtstheoretisch informierte Ansatz *Rösingers* jedoch in der Behandlung der staatlichen Eingriffsbefugnisse, welche nach ihr grundsätzlich (ebenso wie schon die Rechtsposition des Beschuldigten) in Hohfeldscher Terminologie als Freiheit zu konzipieren sind (S. 224 ff.). Zwangsmaßnahmen dienen danach nicht der Durchsetzung von Pflichten, sondern seien Befugnisse zu eigenem Handeln des Staates, auf dessen Unterlassung der Beschuldigte keinen Anspruch habe. Dies ermögliche – im Unterschied zum „Aktiv/passiv-Kriterium der Rechtsprechung“ – eine trennscharfe Abgrenzung zwischen zulässiger „Durchsetzung des eigenen Verhaltens“ des Staates und unzulässiger Erwirkung fremden Verhaltens des Beschuldigten (S. 226 f.). Gleichzeitig werde hierdurch – worauf es *Rösinger* maßgeblich ankam – trotz Zulässigkeit einer Eingriffsmaßnahme das legitime Beschuldigteninteresse, „in einer Haltung der Distanz zum Geschehen verharren“ zu können (S. 228), gewahrt. Im Übrigen beurteilt *Rösinger* die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen nach den allgemeinen für Nicht-Störer geltenden Anforderungen, d.h. „nach dem überwiegenden Eingriffsinteresse und der allgemeinen Opfergrenze“ (S. 231). Letztere verbiete – wie *Rösinger* durchaus überzeugend darlegt – den Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden (S. 237 ff.), die Täuschung in privaten Kommunikationsbeziehungen (S. 244) sowie eine Befugnis des Staates zur Täuschung oder Lüge gegenüber dem Beschuldigten (S. 251 ff.). Solche Maßnahmen ließen sich nur rechtfertigen, soweit der Beschuldigte wegen eines unzulässigen Vorverhaltens als Verhaltensstörer in Anspruch genommen werden könne.

Abschließend (S. 276 ff.) bestimmt *Rösinger* – unter Zugrundelegung ihres Verständnisses von der Belastungswirkung des Strafverfahreneingriffs konsequent – den Schutzbereich der Mitwirkungsfreiheit in zeitlicher Hinsicht: Für den Beschuldigtenstatus sei kein objektiver Tatverdacht erforderlich (dieser sei lediglich für die Eingriffsrechtfertigung relevant), sondern es komme bereits zu dem Zeitpunkt zu einer Infragestellung des Rechtsstatus, wenn „Maßnahmen gegen eine Person ergriffen werden, die zur Klärung eines gegen sie gerichteten (auch nur subjektiven) Verdachts dienen“ (S. 280). Zudem entfalte die Mitwirkungsfreiheit auch eine beschränkte Vorwirkung, woraus sich die Befugnis zur Auskunftsverweigerung bei Selbstbelastung herleite (S. 294 ff.).

III. *Rösinger* hat mit ihrer Dissertation zur Begründung der Mitwirkungsfreiheit eine rundum überzeugende Qualifikationsschrift vorgelegt. Sie bezeugt ungeheuren Fleiß, stупende Kenntnis der einschlägigen Literatur und erheblichen Scharfsinn, mit dem sich die Autorin ihr darauf bezogenes Urteil bildet. Trotz der vorstehend geäußerten kritischen Rückfragen zum Ansatz und zu einzelnen Wertungsfragen ist das Argumentationsniveau der Arbeit durchgehend beachtlich

und die Auseinandersetzung mit *Rösingers* Argumenten bringt auch immer einen Erkenntnisgewinn. Daher ist das Buch allen, die einen innovativen Zugriff auf das Thema der Mitwirkungsfreiheit suchen, der grundlegende rechtsphilosophische Überlegungen zum Strafverfahrensverhältnis mit konkreten rechtspraktischen Umsetzungsvorschlägen verbindet, sehr zur Lektüre zu empfehlen.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Dr. phil. Dr. iur. Philipp-Alexander Hirsch, Göttingen