Transnationales Strafrecht / Transnational Criminal Law

ISBN 978-3-8305-1760-3

Albin Eser

Transnationales Strafrecht / Transnational Criminal Law

Gesammelte Beiträge / Collected Publications

Zusammengestellt und herausgegeben / Selected and edited

von / by

Prof. Dr. Günter Heine, Prof. Dr. Björn Burkhardt, Prof. Dr. Walter Gropp

BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8305-1760-3

© 2011 BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: http://www.bwv-verlag.de
Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

GELEITWORT DER HERAUSGEBER

Nicht selten wird mit der Herausgabe eines Sammelbandes die Vorstellung verbunden, dass damit das Resümee eines Lebenswerkes gezogen werde. Den Anlass bildet meist ein hoher runder Geburtstag, der die Publikation einer solchen Bestandsaufnahme rechtfertigen könnte.

Beides würde dem Menschen Albin Eser kaum gerecht. Zwar ist das Transnationale Strafrecht, dessen Veröffentlichung in einem Sammelband hier ansteht, in der Tat ein besonderer Schwerpunkt in seinem weitgespannten wissenschaftlichen Oeuvre. Auch umfassen die hier vorgelegten 31 Beiträge die Spanne von weit mehr als einem halben Berufsleben, beginnend 1985, so dass wahrlich von einem repräsentativen Kernstück gesprochen werden könnte. Indes weist bereits der Umstand, dass rund 40 % der Aufsätze nach der Emeritierung Albin Esers (2003, im Alter von 68 Jahren) entstanden sind, darauf hin, dass formale Zäsuren seinem Leben im Dienste der Wissenschaft nicht gerecht würden und dass dieses Datum anstatt zu der von Albin Eser „erhofften Entlastung" (in Hilgendorf [Hrsg.], Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010, S. 89) gleichsam zu einem wissenschaftlichen Durchstart genutzt wurde (dem die Ernennung zum Ad-Litem-Richter am Internationalen Jugoslawien-Strafgerichtshof in Den Haag [2004-2006] zusätzlichen Schub verliehen haben dürfte). Hinzu kommt, dass nach der Einschätzung Albin Esers gerade im Transnationalen Strafrecht ein besonderer Nachholbedarf darin besteht, das Recht auf die von ihm verfochtene „Kohominität", also das Mit-Mensch-Sein als Leitfunktion, einzustellen (*Eser*, a.a.O., S. 108-114). Dass deshalb die Feder Albin Esers weiter intensiv die „Vision einer `menschengerechten` Strafjustiz" (*Eser*, a.a.O., S. 100) verfolgen wird, steht außer Frage. Dies alles veranlasst uns, ihm dieses Teilstück seines vielschichtigen und -gestaltigen Forschungsfeldes zum 76. Geburtstag mit Glückwünschen, die nicht bloß aus Bern, Mannheim und Gießen, sondern von Herzen kommen, zu überreichen.

So gesehen stellen die hier zusammengefassten Beiträge eine nach wie vor im Wachsen begriffene Säule seines Gesamtwerkes dar, der weitere hinzugefügt werden mögen. Bekanntlich hat sich der Blick über die nationalen Grenzen des Strafrechts hinaus, traditionell pauschal als Internationales Strafrecht bezeichnet, gerade durch die Bemühungen Albin Esers präzisiert. Dem tragen wir dadurch Rechnung, dass wir dieses Gebiet nach Ideen des Autors aufteilen in (I) Strafrechtsvergleichung, (II) Transnationales Strafanwendungsrecht, (III) Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen und (IV) Völkerstrafrecht. Gerade in den Beiträgen von Albin Eser wird deutlich, dass es sich dabei nicht unbedingt um fixe Kategorien handelt, sondern vielerlei Wechselbezüglichkeiten und Grenzüberschreitungen existieren (müssen).

Die äußere Gestaltung des Bandes folgt dieser Aufteilung. Dabei sind die einzelnen Beiträge in der ursprünglichen Fassung unverändert abgedruckt worden. Aus technischen Gründen mussten freilich gelegentlich die ursprünglichen Verweise auf Randnummern an die Gestaltungsvorlagen dieses Werkes angepasst werden (Verweise auf Gliederungspunkte oder Fußnoten). Innerhalb der vier Leitgebiete orientiert sich die Reihenfolge an sachlichen Gesichtspunkten; allgemeinere Themen sind den besonderen vorangestellt. Sämtliche Fundstellen, auch alle Übersetzungen, sind im Inhaltsverzeichnis vermerkt, das den Leser geleiten möge.

Den Band schließt ein Gesamtschriftenverzeichnis mit Stichtag 30.11.2010 ab. Vorangestellt ist eine – abgesehen von Übersetzungen, Nachdrucken, Rezensionen und Geleitworten – vollständige Liste mit Veröffentlichungen zur hier vorgelegten Thematik. Auch diese Liste folgt sachlichen Kriterien.

Für die verlegerische Betreuung haben wir Herrn Volker Schwarz, Geschäftsführer des Berliner Wissenschafts-Verlags, Frau Dorit Weiske und Frau Brigitta Weiss sehr herzlich zu danken. Besser können sich Herausgeber schwerlich beraten und unterstützt sehen. Unser Dank gilt zudem den über die ganze Welt verstreuten Verlagen der Erstveröffentlichung des jeweiligen Beitrages für die Erteilung der – nicht immer leicht zu erlangenden – Abdruckgenehmigung. Besonderer Dank zu sagen ist ferner dem Heer derjenigen, die an der Vorbereitung des Werkes bis zur Drucklegung organisatorisch, technisch oder im Wege von mühevollen Korrekturarbeiten beteiligt waren. Es sind dies vor allem die Damen und Herren Rechtsanwalt Friedrich Frank, stud.iur. Sonja Frei, MLaw Nils Grehn, Rechtsanwalt Christoph Ringelmann, Rechtsanwältin Petra Schoenmakers, stud. iur. Janine Sivec, stud. iur. Michael Suter, Rechtsanwältin Monika Zürcher-Rentsch.

Bern, Mannheim, Gießen, im Dezember 2010

GÜNTER HEINE BJÖRN BURKHARDT WALTER GROPP

EDITORS' INTRODUCTION*

It is not unusual that a publication of a collection of texts aspires to be a resumé of the author's life work. The occasion, which could justify the publication of such material, is usually an advanced birthday expressed in nice round numbers.

But neither would do justice to someone like Albin Eser. Transnational Criminal Law, or course, which is to be published in this collection, is in fact a major focus of his broad scientific *oeuvre*. In addition, the 28 contributions included herein, the first of which was published in 1985, span more than half of his professional life, so that one can truly speak of a representative kernel. Moreover, the fact that 40% of the essays were written after Albin Eser became Professor *emeritus* in 2003 at the age of 68, is an indication that such formal *caesurae* are irrelevant to his life in the service of science, and that this date, instead of bringing the „welcome relief" Albin Eser once desired (in Hilgendorf [Hrsg.], Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010, p. 89), served at the same time as a scientific jumpstart (sparked, additionally, by his nomination as *ad litem* judge at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in The Hague, where he served from 2004 to 2008). In addition, Albin Eser is of the opinion that there is a long overdue need to adjust transnational criminal law to the principle of „Kohominität", that is, of human cohabitation, which he has advocated (*Eser*, op cit., pp. 108-114). It is thus beyond doubt, that Albin Eser's pen will continue to intensively pursue the „vision of a criminal justice which is just and humane (menschengerecht) (*Eser*, op cit, p. 100). All this has led us to congratulate him and present him on his 76th birthday with this component of his multi-layered and multi-formed field of research, not only from Bern, Mannheim and Giessen, but from our hearts.

From this perspective, the contributions we have collected here constitute a column of his life's work which is still growing and can be further supplemented. It is well-known that the view across the national borders of the criminal law, which has traditionally referred to globally as „international criminal law" has become more discriminating through the efforts of Albin Eser. We take account of this by dividing this material, following the ideas of the author, into the following categories: (I) comparative criminal law, (II) transnational criminal jurisdiction, (III) international cooperation in criminal matters and (IV) international criminal law. However, in the contributions of Albin Eser it becomes clear, that we are not dealing with fixed categories, but that there are, of necessity, manifold interrelationships and bordercrossings.

The external form of the volume follows this division. At the same time, the individual contributions are published unedited as they originally appeared. For technical reasons, the original citations to margin numbers had to be adapted to the design template of this work (references to outline points or footnotes). Within the four main topics, the sequence is oriented to concrete aspects; more general themes precede those which are more specific. All sources and all translations are mentioned in the table of contents, which serves as a guide for the reader.

---

* Translation by STEPHEN C. THAMAN, Saint Louis University School of Law, MO USA.

The volume concludes with a complete bibliography of all his writings up until November 30, 2010. At the beginning is a complete list of publications related to the topic at hand-except for translations, reissues, critiques or introductions. This list also is organized according to concrete criteria.

We would like to sincerely thank Volker Schwarz, Director of the Berliner Wissenschafts-Verlag, Dorit Weiske and Brigitta Weiss for their help with the publication. Editors could only with difficulty find better counsel and support. In addition we would like to thank the original publishers of the respective works in all parts of the globe for granting us the sometimes difficult to obtain permission to republish them. Special thanks is owed, as well, to the army of those who participated in the organizational, technical and arduous editorial preparation of the work for publication. They are, above all, lawyers Friedrich Frank, Christoph Ringelmann, Petra Schoenmakers and Monika Zürcher-Rentsch, law students Sonja Frei, Janine Sivec and Michael Suter, and master of law Nils Grehn.

December 2010, Bern, Mannheim, Gießen

GÜNTER HEINE BJÖRN BURKHARDT WALTER GROPP

INHALTSVERZEICHNIS

STRAFRECHTSVERGLEICHUNG / COMPARATIVE LAW 1

FUNKTIONEN, METHODEN UND GRENZEN DER STRAFRECHTSVERGLEICHUNG.....3

AKTUELLE PERSPEKTIVEN TRANSNATIONALEN STRAFRECHTS 27

REFLEXIONEN ZUM PROZESSSYSTEM UND VERFAHRENSRECHT INTERNATIONALER STRAFGERICHTSBARKEIT 44

COLLECTION AND EVALUATION OF EVIDENCE IN COMPARATIVE PERSPECTIVE.....61

HUMAN RIGHTS GUARANTEES FOR CRIMINAL LAW AND PROCEDURE IN THE EU-CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS.....68

JUSTIZIELLE RECHTE [ARTIKEL 47 BIS 50 EU – GRUNDRECHTE CHARTA].....93

TRANSNATIONALES STRAFANWENDUNGSRECHT / EXTERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LAW.....161

DIE ENTWICKLUNG DES INTERNATIONALEN STRAFRECHTS IM LICHTE DES WERKES VON HANS-HEINRICH JESCHECK.....163

GRUNDLAGEN UND GRENZEN „STELLVERTRETENDER STRAFRECHTSPFLEGE" (§ 7 ABS. 2 NR. 2 STGB) 183

FOR UNIVERSAL JURISDICTION: AGAINST FLETCHER'S ANTAGONISM.....203

DAS „INTERNATIONALE STRAFRECHT" IN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTSHOFS.....225

VÖLKERMORD UND DEUTSCHE STRAFGEWALT 245

NATIONAL JURISDICTION OVER EXTRATERRITORIAL CRIMES WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL COMPLEMENTARITY.....267

INTERNET UND INTERNATIONALES STRAFRECHT.....280

INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT IN STRAFSACHEN / INTERNATIONAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS.....303

BASIC ISSUES OF TRANSNATIONAL COOPERATION IN CRIMINAL CASES 305

COMMON GOALS AND DIFFERENT WAYS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 317

WEGE UND HÜRDEN TRANSNATIONALER STRAFRECHTSPFLEGE IN EUROPA 326

INTERLOKALES „NE BIS IN IDEM" IN EUROPA? 347

VÖLKERSTRAFRECHT / SUPRANATIONAL CRIMINAL JUSTICE ..371

TOWARDS AN INTERNATIONAL CRIMINAL COURT 373

DAS INTERNATIONALE-MILITÄRTRIBUNAL VON NÜRNBERG AUS DEUTSCHER PERSPEKTIVE 394

AUF DEM WEG ZU EINEM INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOF.....402

INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY [ART. 25 ROME STATUTE] 430

MENTAL ELEMENTS – MISTAKE OF FACT AND MISTAKE OF LAW [ARTICLES 30 AND 32 ROME STATUTE].....476

GROUNDS FOR EXCLUDING CRIMINAL RESPONSIBILITY* [ARTICLE 31 ROME STATUTE].....526

„DEFENCES" IN WAR CRIME TRIALS 562

HARMONISIERTE UNIVERSALITÄT NATIONALER STRAFGEWALT 579

DAS ROM-STATUT DES INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOFS ALS HERAUSFORDERUNG FÜR DIE NATIONALE STRAFRECHTSPFLEGE 594

THE „ADVERSARIAL" PROCEDURE: A MODEL SUPERIOR TO OTHER TRIAL SYSTEMS IN INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE? 612

ZUR SCHLÜSSELROLLE DES ANKLÄGERS FÜR DIE INTERNATIONALE STRAFJUSTIZ.....633

VERTEIDIGUNG IN DER INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSBARKEIT 647

WHERE THE WORLD SEEKS REDRESS.....673

HERAUSFORDERUNGEN UND HÜRDEN INTERNATIONALER STRAFGERICHTSBARKEIT AUF DEM WEG ZU EINEM KANTISCHEN WELTBÜRGERRECHT? 677

AUSWAHL WEITERER VERÖFFENTLICHUNGEN / SELECTION OF FURTHER PUBLICATIONS 683

STRAFRECHTSVERGLEICHUNG

/

COMPARATIVE LAW

ALBIN ESER

FUNKTIONEN, METHODEN UND GRENZEN DER STRAFRECHTSVERGLEICHUNG*

„Die komparative Methode zählt zu den Wegen menschlicher Erkenntnis, die man wohl in jeder Geistes- und Sozialwissenschaft beschreiten kann. Was für die Naturwissenschaften das Experiment bedeutet, stellt für die anderen Wissenschaften der Vergleich dar". (Günther Kaiser)**

I. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

„Die Rechtsvergleichung erlebt eine Blüte ... Sie gilt allgemein als probates Mittel, um von anderen Rechtskulturen zu lernen und das eigene Recht zu verbessern ... Und doch: „Der Duft der großen weiten Welt darf uns nicht verführen, die Dinge zu einfach, die Welt als rechtskulturellen Selbstbedienungsladen zu sehen. Denn immer wieder stoßen wir schon in unserem kleinen Europa auf merkwürdige Hemmnisse, die den Überschwang dämpfen". Kaum treffender als mit dieser Feststellung in der Einleitung eines kürzlich erschienenen Buches zu „Kernfragen der Rechtsvergleichung"[1] könnte die Ambivalenz markiert sein, der wir auch im Hinblick auf die Rechtsvergleichung im Strafrecht nicht werden entgehen können: auf der einen Seite das gewaltige Erkenntnis- und Rechtschöpfungspotential, das aus der Rechtsvergleichung zu gewinnen ist, auf der anderen Seite die ernüchternden Grenzen, die auch der Rechtsvergleichung gesetzt sind. Dabei die richtige Balance zwischen Optimismus und Pessimismus zu finden und gegenüber komparationsfeindlichem nationalem „Autismus" niemals die Hoffnung auf transnationale Blickerweiterung zu verlieren, soll das Leitmotiv meiner Überlegungen sein.

Ich möchte diesen Weg durch ein weites Feld in vier – teils kleineren, teils größeren – Schritten angehen: Im Zuge eines kurzen Rückblicks auf die Geschichte der Rechtsvergleichung müssen wir uns zunächst vergewissern, was unter dieser Disziplin überhaupt verstanden werden kann (II.). Danach werden etwas detaillierter die Aufgaben der Rechtsvergleichung bei der Rechtsanwendung und in der Rechtspolitik und zu der dafür jeweils erforderlichen Vergleichungsforschung zu beschreiben sein (III.). Um diese Ziele zu erreichen, ist es um so wichtiger, die richtigen Methoden einzusetzen (IV.). Daß freilich auch

---

* Originalbeitrag erschienen in: Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.): Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht: Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, Bd. 2, 1998, S. [1499] - 1529

** Im Sinne dieses Satzes, mit dem der verehrte Jubilar gleichsam leitmotivisch einen Vortrag über „Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie" begonnen hat (in: Kaiser/Vogler, Strafrecht Strafrechtsvergleichung, 1975, S. 79-90), mögen ihm zu seinem 70. Geburtstag – zugleich in dankbarer Erinnerung an knapp fünfzehn Jahre kollegialer Leitung des Max-Planck-Instituts – einige Überlegungen zur Strafrechtsvergleichung gewidmet sein, die auf der englischen Fassung eines Vortrags beruhen, der auf der World Law Conference 1996 in Brüssel gehalten wurde (The Importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Sciences, in: Blanpain (ed.), Law in Motion, 1997, S. 492-517). – Für die Mitarbeit an der Vorbereitung dieses Beitrags bin ich *Katja Langneff* zu besonderem Dank verpflichtet.

1 *Großfeld*, Kernfragen der Rechtsvergleichung, 1996, S. 1, 3.

der Rechtsvergleichung gewisse Grenzen gesetzt sind, wird der abschließende Gegenstand unserer Betrachtung sein müssen (V.).

II. Zu Begriff und Geschichte der Rechtsvergleichung im Strafrecht

Wenn hier eine scharfe Trennung zwischen dem Begriff und der Entwicklung der Rechtsvergleichung bewußt vermieden wird, so geschieht dies nicht aus intellektueller Bequemlichkeit, sondern aufgrund der Einsicht, daß unter Rechtsvergleichung offenbar immer gerade das verstanden wird, was der betreffende Autor – sei es aus persönlicher Neugierde oder sei es im Hinblick auf eine bestimmte Aufgabe – als erforschenswert an einer fremden Rechtsordnung findet. Wird es ihm dabei mehr auf die „exotischen" Eigentümlichkeiten eines fremden Rechts ankommen, so wird er Rechtsvergleichung mehr wie eine Art von Museum betreiben, in dem besonders interessante Ausprägungen eines fremden Rechts gleichsam wie „Fossilien" nebeneinandergestellt und in ihrer Diversität oder auch Übereinstimmung mit dem eigenen Recht verglichen werden. Demgegenüber wird ein mehr rechtspolitisch orientierter Komparatist den Blick über die Grenzen des eigenen Rechts vor allem deshalb tun, um im ausländischen Recht Argumentationsmaterial für seine politischen Postulate zu finden. Zwischen dieser „musealen" Rechtsvergleichung einerseits und ihrer politischen Instrumentalisierung andererseits gibt es natürlich unterschiedlichste Graduierungen und Zielsetzungen, die es fast aussichtslos erscheinen lassen, Rechtsvergleichung in einem sowohl allumfassenden wie gleichermaßen spezifischen und dabei auch noch allgemeingültigen Begriff zu erfassen. Deshalb kann es auch kaum überraschen, daß in dem eingangs zitierten Buch zu „Kernfragen der Rechtsvergleichung" diese selbst an keiner Stelle definiert wird, sondern allenfalls durch Beschreibung von legitimen oder illegitimen Aufgaben bzw. guten oder schlechten Methoden des Vergleichens mehr bildhaft vor Augen als begrifflich präzisiert wird.

Auf jeden Fall werden aber zwei Elemente als wesentlich für jede Art von Rechtsvergleichung festzustellen sein: zum einen der Blick über die Grenzen eines (meist des eigenen) Rechts sowie zum anderen der Vergleich zwischen diesen beiden (oder mehreren) Rechten. Was aber dabei verglichen wird – ob nur bestimmte Rechtssätze oder Institutionen, ob nur deren gegenwärtige Erscheinungsformen oder auch ihre Entstehungsgeschichte und Zukunftsperspektiven, ob nur das normative Selbstverständnis oder auch die tatsächliche Implementation oder ob unter Berücksichtigung sonstiger Aspekte –, alles dies sind mögliche Ausprägungen von Rechtsvergleichung, zu der freilich, um den Anspruch von Wissenschaftlichkeit erheben zu können, noch als drittes Element hinzukommen muß, daß sie mit allgemein anerkannten Methoden und daher vor allem planmäßig und zielbewußt betrieben wird[2].

---

[2] Selbst diese drei Minimalelemente von Rechtsvergleichung finden sich freilich in der heutigen Literatur zur Rechtsvergleichung nur unterschiedlich klar ausgeprägt. Soweit Rechtsvergleichung überhaupt definiert wird, begegnen uns aus diesem Jahrhundert beispielsweise folgende Begriffe:
Holland, The Elements of Jurisprudence, 13. Aufl. 1924, S. 8; zitiert nach *Constantinesco*, Rechtsvergleichung 1, 1971, S. 209: „Comparative Law collects and tabulates the legal institutions of various countries, and from the results thus prepared, the abstract science of jurisprudence is enabled to set forth an orderly view of the ideas and methods which have been variously realised in actual systems".

Ohne mir daher ein Urteil erlauben zu wollen, ob es sich dabei jeweils um „gute" oder „schlechte" Rechtsvergleichung gehandelt hat, mögen einige Beispiele genannt sein, in denen aus unterschiedlichen Gründen fremdes Recht einer Betrachtung für wert befunden wurde.

An erster Stelle bleibt einem Nicht-Juristen Tribut zu zollen, der sich als Philosoph von einem Blick über die Grenzen der eigenen Polis offenbar einen Gewinn an Gerechtigkeit versprach, wie Aristoteles, als er die griechischen Stadtstaaten des 4. und 5. Jahrhunderts v. Chr. miteinander verglich und dies folgendermaßen begründete:

> „Da wir uns vorgenommen haben, zu untersuchen, welches von allen die beste staatliche Gemeinschaft ist für Menschen, die imstande sind, möglichst nach Wunsch zu leben, so müssen wir auch die anderen Staatsverfassungen in Betracht ziehen, sowohl diejenigen, welche in manchen Staaten ... in Gebrauch sind, als auch diejenigen, welche von Einzelnen vorgeschlagen worden sind, damit sich zeige, was an ihnen richtig und brauchbar ist ..."[3].

Während Aristoteles dabei wohl kaum an die vollständige Transplantation einer Verfassung von der einen Polis auf die andere dachte, sondern sich durch den Vergleich gewissermaßen das Extrakt einer bestmöglichen Verfassung für freie Menschen erhoffte, hatten die Römer wohl schon eher die Imitation eines fremden Rechts im Auge, als sie die griechischen Rechsinstitutionen in ihre Zwölf-Tafel-Gesetze übernahmen[4].

Wenn von den alten Römern nun ein gewaltiger Sprung bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts gemacht sei, dann möge dies nicht so verstanden werden, als habe es in der Zwischenzeit keinerlei Rechtsvergleichung gegeben. Denn für das Mittelalter wären durchaus einzelne Kanonisten und Legisten zu nennen, die gelegentlich weltliches und kanonisches

---

Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: Zweigert/Puttfarken (Hrsg.), Rechtsvergleichung, 1978, S. 85-108 (86): „Rechtsvergleichung bedeutet daß die Rechtssätze eines Staates (oder einer sonstigen rechtsetzenden Gemeinschaft) mit den Rechtssätzen einer anderen Ordnung auseinandergesetzt werden oder auch mit möglichst vielen anderen aus Vergangenheit und GegenwArt. Wir untersuchen, welche Fragen da und dort gestellt und wie sie beantwortet werden, sodann, wie sich die Antworten zueinander verhalten".

Lévy-Ullmann, Droit Mondial du XXe Siècle; zitiert nach *Gutteridge*, Comparative Law. An Introduction to Comparative Method of Legal Study and Research, 2. Aufl. 1949, S. 3: „Comparative law is a brunch of legal science whose object it is to bring about systematically the establishment of closer relations between the legal institutions of the different countries". Zweigert/Puttfarken (in der zuvor genannten „Rechtsvergleichung"), S. 3: „Rechtsvergleichung ist diejenige juristische Disziplin, welche verschiedene nationale Rechte zugleich zu ihrem Gegenstand macht und dafür die notwendigen begrifflichen und methodischen Voraussetzungen schafft".

Scholler, Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen, in: Haft u.a. (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 743-759 (744): „Rechtsvergleichung ist als Vergleichung von Rechtskulturen zu verstehen. Die Rechtsvergleichung bedarf der Sinnfrage, indem sie nach dem Sinn der Lebensverhältnisse fragt, die Grundlage der Rechtskultur waren oder sind".

Als exemplarisch für die Schwierigkeit, Rechtsvergleichung definitorisch zu erfassen, sei im übrigen hingewiesen auf die Arbeiten eines der profundesten Komparatisten unseres Jahrhunderts, nämlich *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1987, S. 1 ff. m.w.N.

3 *Aristoteles*, Politik; zitiert nach *Rheinstein* (Anm. 2), S. 41.

4 Näher dazu *Hug*, The History of Comparative Law, Harvard Law Review XLV 32 (1931), S. 1027-1070; abgedruckt in: Zweigert/Puttfarken (Anm. 2), S. 109-161 (110, 130).

Recht einander gegenüberstellten, ebenso wie zum Beginn der Neuzeit ein gewisses Interesse an einem „law merchant" zu vermerken und nicht zuletzt an Montesquieu zu erinnern wäre, der einen modernen Gesetzesbegriff zu entwickeln versuchte, wobei er das Recht als ein soziales Phänomen verstand, dessen nationale Unterschiedlichkeit eher in der Verschiedenartigkeit der geschichtlichen, ethnischen, politischen und sonstigen Rahmenbedingungen lag[5].

Bei diesen verschiedenen Bemühungen handelte es sich jedoch zunächst mehr um den Vergleich von Einzelphänomenen, während der umfassendere Ansatz von Montesquieu erst in der von Leibniz konzipierten und von Feuerbach entwickelten Idee einer „Universaljurisprudenz" zu vollem Durchbruch kam. Um deutlich werden zu lassen, daß es dabei nicht um vordergründige Imitation fremden Rechts, sondern um ein tieferes Verständnis auch des eigenen Rechts ging und damit auch der Empirie große Bedeutung zukam, möge Anselm von Feuerbach hier selbst zu Wort kommen:

> *„Warum hat der Rechtsgelehrte noch keine vergleichende Jurisprudenz? Die reichste Quelle aller Entdeckungen in jeder Erfahrungswissenschaft ist Vergleichung und Combination. Nur durch mannigfaltige Gegensäze wird das Entgegengesezte vollständig klar; nur durch Betrachtung der Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten und der Gründe von beiden wird die Eigenthümlichkeit und innere Wesenheit jeden Dinges erschöpfend ergründet. So wie aus der Vergleichung der Sprachen die Philosophie der Sprache, die eigentliche Sprachwissenschaft hervorgeht; so auch aus der Vergleichung der Geseze und Rechtsgewohnheiten der verwandesten, wie der fremdartigsten Nationen aller Zeiten und Länder, die Universal-Jurisprudenz, die Gesezwissenschaft ohne Beinamen, welche aber jeder besonders benannten Gesezwissenschaft erst ihr wahres kräftiges Leben verleiht"*[6].

Obgleich v. Feuerbach Strafrechtler war und in seinem Schüler Carl Joseph Anton Mittermaier einen literarisch ungemein produktiven Unterstützer seiner universalen Ideale fand[7], hat die Rechtsvergleichung im 19. Jahrhundert zunächst im Zivilrecht ihren größten Durchbruch erzielt. Dies erscheint auch durchaus verständlich, wenn man bedenkt, daß mit verstärktem grenzüberschreitenden Handel und sonstigen wirtschaftlichen Aktivitäten, die ihrerseits mit Reisen in andere Länder verbunden sind, sowohl das Interesse für das fremde Recht geweckt wird, als auch das Bedürfnis nach kollisionsrechtlichen Regelungen steigt und dafür rechtsvergleichende Vorarbeiten erforderlich werden. Daher kann es auch nicht verwundern, daß große Namen wie der von Sir Henry Maine in England oder der von Rudolf von Jhering in Deutschland als auch die ersten Vereinigungen, wie die Société de Législation Comparée von 1869 in Frankreich, vornehmlich dem Zivilrecht verbunden sind und dieser Bereich auch im 20. Jahrhundert vor allem durch Edouard Lambert in Lyon und

---

5 Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Hug* (Anm. 4), S. 113 ff.; *Rheinstein* (Anm. 2), S. 40 ff.; *Constantinesco* (Anm. 2), S. 69 ff.; *Gutteridge* (Anm. 2), S. 11 ff.

6 *v. Feuerbach*, Blick auf die teutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen, 1810, in: *v. Feuerbach*, Kleine Schriften vermischten Inhalts, 1. Abteilung, 1833, S. 152-177 (163).

7 Näher zur rechtsvergleichenden Bedeutung *Mittermaiers* im Bereich des Gerichtsverfassungs- und Strafverfahrensrechts *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 288 ff.

Ernst Rabel in Berlin eine besonders eindrucksvolle Entwicklung erfahren hat[8]. Gleichwohl erscheint es reichlich anmaßend, wenn selbst heute – wie jedenfalls in Deutschland – immer noch Bücher unter dem umfassenden Titel von „Rechtsvergleichung" erscheinen, aber schon ein kurzer Blick in deren Inhalt enthüllt, daß dabei im Grunde nur die Zivilrechtsvergleichung behandelt wird[9]. Denn damit werden nicht nur die rechtsvergleichenden Leistungen, wie sie für die Entwicklung des modernen Völkerrechts erforderlich sind, unterschlagen, sondern auch die rechtsethnologische Forschung ausgegrenzt, die in ihrer Zielsetzung zwar weniger juristisch als kulturwissenschaftlich ausgerichtet sein mag, methodisch hingegen ebenfalls rechtsvergleichend arbeitet. Auch bei dieser stark empirisch arbeitenden Disziplin wären wiederum die Namen v. Feuerbach und Maine als ersten Initiatoren solcher Studien zu nennen, auch wenn diese stark empirisch arbeitende Disziplin ihre volle Entfaltung erst durch Forscher wie Josef Kohler in Deutschland oder Karl Nickerson Llewellyn in den USA erfahren hat[10].

Doch auch die hier vor allem interessierende Strafrechtsvergleichung kann sich – sofern man nicht sogar den bereits von unserem Jubilar beschriebenen vollzugsorientierten Blick über die Grenzen seit dem 16. Jahrhundert einbeziehen will[11] – jedenfalls schon seit Beginn des 19. Jahrhunderts recht gut sehen lassen[12]. Auch wenn zu deren Entwicklung wiederum nur einige Beispiele genannt werden können, sind doch einmal mehr an erster Stelle die Namen v. Feuerbach und Mittermaier zu erwähnen, nachdem den beiden etwas geglückt ist, was man heute als „legislative Rechtsvergleichung" zu bezeichnen pflegt[13]: Ich meine damit die Einführung der modernen Prozeßgrundsätze der Anklage, der Mündlichkeit, der Öffentlichkeit und der freien Beweiswürdigung sowie der Staatsanwaltschaft als einer besonderen, vom Gericht funktionell getrennten Behörde aufgrund von Vorbildern im Common-law-Prozeßsystem und dem neueren französischen Recht[14]. Als ein weiterer Fortschritt ist für den akademischen Bereich aus Frankreich von der Einrichtung eines Lehrstuhls für vergleichendes Strafrecht an der Pariser Juristenfakultät im Jahre 1846 zu berichten[15]. Im Jahre 1888 folgt die erste grenzüberschreitende wissenschaftliche Organisation mit Gründung der „Internationalen Kriminalistischen Vereinigung" durch den Belgier Prins, den Holländer van Hamel und den in Deutschland lehrenden Österreicher von Liszt.

---

8 Vgl. im einzelnen *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 53 ff., *Rheinstein* (Anm. 2), S. 40 ff.; aber auch *Coing*, Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit, MW 1981, S. 2601-2604 (2604).

9 Dies gilt namentlich für folgende Hand- und Lehrbücher der Rechtsvergleichung; *Schnitzer*, Vergleichende Rechtslehre 1, 2. Aufl. 1961; immerhin wird aber wenigstens in der Einleitung (S. 2) auf die Rechtsvergleichung im Straf- und öffentlichen Recht kurz hingewiesen; vgl. ferner *Ebert*, Rechtsvergleichung. Einführung in die Grundlagen, 1978; *Schwenzer/Müller-Chau*, Rechtsvergleichung, Fälle und Materialien, 1996, sowie *Großfeld* (Anm. 1). Auch in der auf dem Außendeckel sogenannten „Einführung in die Rechtsvergleichung" von *Zweigert/Kötz* (Anm. 8) wird erst aus dem inneren Deckblatt ersichtlich, daß es im wesentlichen nur um die Privatrechtsvergleichung geht.

10 *Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben, 1934, S. 190 ff. Vgl. auch *Zweigert/Kötz* (Anm. 8), S. 8 f., 56 f.; *Rheinstein* (Anm. 2), S. 42 ff., 71, 75.

11 *Kaiser*, Strafvollzug im europäischen Vergleich, 1985, S. 1 ff.

12 Vgl. zum Nachfolgenden inbes. *Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, 1955, S. 10 ff.

13 *Zweigert/Kötz* (Anm. 8), S. 49.

14 Näher zur Entwicklung dieses ‚reformierten" Strafprozesses in Deutschland seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts *Schmidt* (Anm. 7), S. 324 ff.

15 *Zweigert/Kötz* (Anm. 8), S. 54, 57.

Unter maßgeblichem Einfluß des letzteren ist dann auch im ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts die bislang umfassendste, aus 16 Bänden bestehende „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts“[16] gelungen, deren bisherige Einmaligkeit auch außerhalb Deutschlands, wie namentlich von Radzinowicz als „a landmark in the history of comparative penal studies“ anerkannt wurde[17]. Stark reformpolitisch orientiert war auch die unter französischer Führung nach dem 1. Weltkrieg ins Leben gerufene „Association Internationale de Droit Pénal“ (AIDP), die trotz der gegenwärtigen Präsidentschaft eines Amerikaners (Bassiouni) auch heute noch maßgeblich von Europäern dominiert wird[18]. Wohl nicht zuletzt deshalb ist als ein gewisses Gegengewicht im Bereich des common law vor rund 10 Jahren die vor allem auf kanadische Initiative zurückgehende „Society for the Reform of Criminal Law“ entstanden, die sich – in gewissem Unterschied zu den meist etwas längerfristig angelegten Reformzielen der AIDP – nicht scheut, auch mehr aktuelle und punktuelle Reformanliegen auf ihr Programm zu setzen[19].

All diese Aktivitäten verdienen um so mehr unsere Bewunderung, als sie meistens auf Privatinitiative zurückgingen, von großem wissenschaftlichen oder rechtspolitischen Idealismus getragen waren und letztlich auch freiwillig betrieben wurden. Im Verhältnis zu Staat und Politik – sei es auf nationaler oder internationaler Ebene – bedeutet dies, daß die rechtsvergleichende Wissenschaft allenfalls über fremdes Recht aufklären, Reformmodelle anbieten oder politische Postulate aufstellen konnte, aber letztlich völlig dem Gutdünken der politischen Entscheidungsträger ausgeliefert war, ob diese die rechtsvergleichende Botschaft auch hören und umsetzen wollten. Oder in Kaufmannsprache ausgedrückt, war die rechtsvergleichende Wissenschaft in der Rolle des Anbieters, dem auf politischer Seite eine entsprechende Nachfrage fehlte.

In dieser Hinsicht haben sich in den letzten Jahrzehnten die Verhältnisse entscheidend gewandelt, wenn nicht gar umgekehrt. Das zeigt sich beispielsweise auf der europäischen Ebene, wo das wirtschaftliche Zusammenwachsen immer mehr zur Rechtsangleichung zwingt und die Erreichung dieses Ziels entsprechende rechtsvergleichende Vorarbeiten voraussetzt. Da diese von den zuständigen Ministerien nicht erbracht werden können, werden rechtsvergleichende Forscher und Institute immer stärker als Gutachter herangezogen. Ähnliches läßt sich auch auf weltweiter Ebene beobachten, wenn es etwa um die Einrichtung von internationalen Strafgerichtshöfen geht: Da das traditionelle Völkerrecht für die Verfolgung von internationalen Verbrechen so gut wie keine Regeln über die materielle Strafbarkeit und das zu beachtende Verfahren enthält und diese Lücke nicht einfach durch die Heranziehung eines bestimmten nationalen Rechts geschlossen werden kann, bedarf es der Entwicklung von Regeln, die einen möglichst breiten Konsens widerspiegeln. Auch dieser ist aber schwerlich ohne entsprechende rechtsvergleichende Vorarbeiten herauszufiltern. Insofern ist es heute die politische Seite, die froh sein muß, wenn ihrem Verlangen nach rechtsvergleichenden Studien entsprochen wird. Dadurch ist die Strafrechtsverglei-

---

16 *Birkmeyer* u.a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, 1905-1909, 16 Bände.

17 *Radzinowicz*, International Collaboration and Criminal Science, The Law Quarterly Review 58 (1942), S. 128.

18 Die Aktivitäten der AIDP finden vor allem in der von ihr herausgegebenen Zeitschrift Revue Internationale de Droit Pénal (Editions Erès Paris) ihren Niederschlag.

19 Über die Aktivitäten dieser Society berichtet The Reformer (The Society for the Reform of Criminal Law, Vancouver B.C.); vgl. ferner das von ihr mitherausgegebene Criminal Law Forum – An International Journal (Ruttgers University School of Law, Camden N.Y.).

chung von einem Angebots- zu einem Nachfragemarkt geworden. Und diese Chance gilt es zu nutzen.

Damit sind wir bei der Frage nach den Aufgaben, durch die die Rechtsvergleichung überhaupt erst ihre jeweilige Substanz erlangt. Denn wenn, wie der geschichtliche Rückblick ergeben hat, der Blick über die Grenzen eines Rechts sowie dessen Vergleich mit einem anderen Recht verschiedenartigen Zielen dienen kann und danach auch die jeweilige Methode auszurichten ist, so ist ein substantieller Begriff von Rechtsvergleichung jeweils nur von seiner Aufgabenstellung her definierbar und demzufolge bis zu einem gewissen Grade auch variabel.

III. Funktionen der Strafrechtsvergleichung heute

Als klar unterscheidbare Wurzeln heutiger Rechtsvergleichung werden gerne zwei Ziele genannt: zum einen die Heranziehung ausländischer Rechte bei der Schaffung neuer nationaler Gesetze im Sinne einer „legislativen Rechtsvergleichung" und zum anderen die vergleichende Betrachtung verschiedener Rechtsordnungen zum Zwecke besserer Erkenntnis des Rechts im Sinne einer „wissenschaftlich-theoretischen Rechtsvergleichung"[20]. Davon wäre jedoch – wie schon von dem Zivilrechtler Zitelmann zu Beginn dieses Jahrhunderts vorgeschlagen[21] – noch eine weitere Art der Berücksichtigung fremden Rechts abzuheben, die bei der Rechtsanwendung im Einzelfall erforderlich sein kann und daher vielleicht als „judikative Rechtsvergleichung" bezeichnet werden könnte[22].

1. „Judikative Rechtsvergleichung"

Wenn diese Form der Rechtsvergleichung – obgleich häufig nicht einmal als Besonderheit erwähnt – hier als eigenständig herausgestellt und am Anfang behandelt werden soll, so ist damit vielleicht sogar dem Skeptiker die unmittelbare praktische Bedeutung von Rechtsvergleichung am nachdrücklichsten vor Augen zu führen.

Ein besonders klarer Fall, in dem der nationale Strafrichter ausländisches Strafrecht zu ermitteln hat, findet sich im Bereich des – auf dem europäischen Kontinent meist sogenannten – internationalen Strafrechts, d.h. bei der Beurteilung von Auslandstaten nach dem Recht des Gerichtsortes. Wenn beispielsweise ein deutscher Staatsbürger in Brüssel von einem Österreicher ermordet wird und der Täter auf dem Weg zurück nach Wien eine Zwischenlandung in Frankfurt zu einer Besichtigung des Goethehauses benutzt, wo er als mutmaßlicher Mörder erkannt und verhaftet wird, so kann er in Frankfurt nach deutschem Strafrecht verurteilt werden, wenn gemäß § 7 Abs. 1 des deutschen StGB die Tat auch nach dem Recht des Tatortes – also nach belgischem Recht – strafbar ist. Dies wird im Falle eines Mordes leicht festzustellen sein. Wie aber, wenn – wie vor kurzem vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf zu verhandeln – ein Kurde einen Landsmann wegen vermeintlichen Verrats an der gemeinsamen Sache im Libanon in einem gerichtsähnlichen Verfahren hinrichtet, bei der Einreise nach Deutschland in Düsseldorf ergriffen und dort wegen Mordes vor Gericht gestellt wird? In einem solchen Fall ist das deutsche Strafrecht zwar ebenfalls

---

20 So die Feststellung von *Zweigert/Kötz* (Anm. 8), S. 49.

21 *Zielmann*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Deutsche Juristen Zeitung V (1990), S. 329-332; abgedruckt in: Zweigert/Puttfarken (Anm. 2). S. 11-17 (11).

22 Auch ohne diesen Terminus bereits benutzt zu haben, findet sich diese Form von Rechtsvergleichung namentlich beschrieben bei *Ebert* (Anm. 9), S. 176 ff., *Zweigert/Kötz* (Anm. 8), S. 16 ff. und *Uyterhoeven*, Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung, 1959, S. 58 ff., 67 ff.

anwendbar, wenn der Täter aus bestimmten Gründen nicht ausgeliefert werden kann und die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB), was natürlich auch im Libanon für Mord der Fall ist. Welchen Einfluß könnte es aber auf die Strafbarkeit am Tatort haben, wenn sich der Täter auf Rechtfertigung wegen des vermeintlichen Verrats des Getöteten beruft oder der Staat Libanon eine Amnestie für politisch motivierte Tötungen erläßt? Wie schwierig es in einem solchen Fall sein kann, das zu berücksichtigende Tatortrecht festzustellen und richtig auszulegen, hatte ich kürzlich als ein vom Gericht berufener Experte selbst Gelegenheit zu erfahren[23].

Doch nicht nur – wie vorangehend – bei der Frage nach dem anzuwendenden Recht überhaupt, sondern speziell auch bei der Frage nach dem Umfang der Schuld des Angeklagten und der danach zu bemessenden Strafe kann die Berücksichtigung ausländischen Rechts eine Rolle spielen: so etwa, wenn im Falle des in verschiedenen Ländern sehr unterschiedlich strafbaren Inzests bei einer Anklage wegen strafbaren sexuellen Verkehrs zwischen Stiefvater und Stieftochter die erst kurz zuvor eingewanderten Angeklagten geltend machen, von der Strafbarkeit am neuen Wohnsitz nichts gewußt zu haben, weil diese Form von Geschlechtsverkehr in der alten Heimat nicht strafbar war. Wenn das Gericht eine derartige Berufung auf „Verbotsirrtum" nicht von vornherein als Verteidigung ausschließen will, wird es um die Berücksichtigung des in der früheren Heimat geltenden Rechts nicht herumkommen[24].

In ähnlicher Weise können die Justizbehörden eines Landes zur Ermittlung ausländischen Strafrechts genötigt sein, wenn es bei Auslieferung – oder wie bei Gewährung sonstiger Rechtshilfe in Strafsachen meist üblich – auf die beiderseitige Strafbarkeit ankommt („principle of dual criminality")[25].

Während es sich bei diesen Beispielen um gleichsam „klassische" Anwendungsfälle der Berücksichtigung von ausländischem Recht durch die inländische Justiz handelt, wird durch den Aufstieg einer supranationalen Strafjustiz, wie dies neuerdings mit den Jugoslawien- und Ruanda-Tribunalen und dem von einer UN-Conference akzeptierten „Rome Statute of the International Criminal Court" (17.7.1998) zu beobachten ist, auch die „judikative Rechtsvergleichung" vor neue Aufgaben gestellt. Nachdem bislang weder das vertragliche noch das gewohnheitsrechtliche Völkerrecht eigene materielle Regeln für die Ahndung von internationalen Verbrechen kennt und daher die einschlägigen Statuten zum Teil auf nationales Recht verweisen (wie vor allem hinsichtlich der Sanktionierung nach dem Recht des Tatorts)[26], sind auch supranationale Verfolgungsbehörden und Gerichte zu

---

23 Vgl. dazu *Eser*, Grundlagen und Grenzen Stellvertretender Strafrechtspflege, JZ 1993, S. 875-884.

24 Zu dieser Art von Berücksichtigung ausländischen Rechts vgl. *Jescheck* (Anm. 12), S. 27. Zur Behandlung solcher Fälle in der deutschen Rechtsprechung vgl. BGHSt 10, S. 35-42, aber auch *Jähnke*, in: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1989, § 211 RdNr. 39.

25 Vgl. *Gully-Hart*, Loss of Time Through Formal and Procedural Requirements in International Co-Operation, in: Eser/Lagodny (eds.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, 1992, S. 245-266 (261 ff.); *Cornils*, Leges in ossibus? Überlegungen zur doppelten Strafbarkeit einer Auslandstat, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, 1996, S. 211-228 (213 ff.).

26 Vgl. im einzelnen Art. 24 des Statuts für das International Yugoslavia Tribunal (UN-Doc. S/25704, 3.5.1993, par. 32 ff.) und den inhaltsgleichen Art. 23 des Statuts für das Ruanda Tribunal (UN-Doc. S/Res/955, 8.11.1994), ferner Art. 47 des Draft Statute for an International

rechtsvergleichenden Recherchen gezwungen. Da dies freilich nicht einfach ist, könnte die Schließung solcher Lücken eine wichtige Aufgabe für die „legislative Rechtsvergleichung" darstellen. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Zuvor jedoch ist noch auf eine weitere wichtige Funktion von ausländischem Recht hinzuweisen: nämlich seine Rolle bei der Auslegung des eigenen Rechts. Das kann natürlich vor allem dort essentiell sein, wo der eigene Straf- oder Verfahrenskodex von einem fremden Land übernommen wurde, wie dies für die aus Deutschland in die Türkei transferierte Strafprozeßordnung gilt: Wenn in einem solchen Fall die Auslegung einer bestimmten Vorschrift oder Rechtsfigur, wie beispielsweise das Problem von Beweisverboten, in Frage steht, liegt es nahe, daß sich der zur Anwendung des übernommenen Rechts berufene Richter im Zweifel Aufklärung bei der Rechtsprechung des Landes holt, aus dem die fragliche Vorschrift stammt[27]. Wenn auch weniger offensichtlich als bei der unmittelbaren Übernahme einer Vorschrift aus einem fremden Recht kann eine solche grenzüberschreitende Auslegungshilfe doch auch dort nützlich sein, wo es um Prozeßmaximen geht, die für das Verständnis der Struktur eines Verfahrenssystems von grundlegender Bedeutung sind: Wenn etwa Grundsätze wie die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Hauptverfahren, die in Deutschland über 100 Jahre außer Zweifel standen, sich neuerdings immer mehr als verfahrenshemmend und dadurch dysfunktional erweisen und dabei festzustellen ist, daß diese hohen Prinzipien in anderen Ländern, wie z.B. Frankreich und den Niederlanden, einen weitaus geringeren Stellenwert haben[28], so kann es nützlich sein, auf die „Mutterrechte" zurückzugehen, in denen diese Maximen entstanden sind, und sich darauf zu besinnen, ob die Funktion, die sie in ihrer Entstehungszeit gehabt haben, sich inzwischen möglicherweise gewandelt hat[29].

Aber selbst bei Auslegung rein internen Rechts kann ein Blick über die Grenzen lohnen. Wie viel etwa ein Richter lernen kann, wenn er bei seiner Rechtsanwendung die Gesetzgebung, Doktrin und Praxis eines fremden Rechts konsultiert und berücksichtigt, wurde innerhalb des deutschsprachigen Rechtskreises vor einigen Jahren durch einen schweizerischen Strafrechtler in sehr eindrucksvoller Weise dargetan[30]. Auch wenn diese Art von Vergleichung natürlich dort besonders nahe liegt und dementsprechend auch nützlich ist,

---

Criminal Court (UN-Doc. A/49/10, S. 29-161). Vgl. dazu auch die unten in Anm. 52 angeführten Autoren.

27 Dies geschieht allerdings typischerweise nur auf indirektem Wege, wie etwa zu den Belehrungspflichten auf die Weise, daß auf die Darstellung der deutschen Rechtsprechung im Lehrbuch des Strafverfahrensrechts von Kern/Roxin von einem türkischen Autor Bezug genommen wird, so von *Yurtcan*, Ceza Yarigilamasi Hukuku. Strafverfahrensrecht, 5. Aufl. 1994, S. 255, und diese Darstellung ihrerseits in der Entscheidung des 1. Strafsenats des türkischen Obersten Gerichtshofs A2: E 157/K438 vom 21.2.1995 Berücksichtigung findet.

28 Vgl. dazu näher *Perron* (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 1995, insbesondere S. 112 ff., 299 ff., 569 ff.

29 Allgemein zu diesem Zurückgehen auf die historischen Wurzeln eines Rechtsinstituts in einem ausländischen „Mutterrecht" vgl. *Jescheck*, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform, ZStW 86 (1974), S. 761-782 (765); speziell zur gewandelten Bedeutung der angesprochenen Prozeßmaximen *Eser*, Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur „Reprivatisierung" des Strafverfahrens?, in: Kroeschell (Hrsg.), Recht und Verfahren, 1993, S. 21-51, auch veröffentlicht in: ZStW 104 (1992), S. 361-396.

30 *Hauser*, Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im materiellen Strafrecht, in: Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 1985, S. 1215-1232.

wenn es sich um dasselbe Wort handelt, wie beispielsweise beim „falschen Schlüssel" im Falle von schwerem Diebstahl oder beim „Absetzen" im Falle von Hehlerei, kann der Richter offensichtlich doch auch bei gleichsinnigen Begriffen oder Elementen, wie Vorsatz und Fahrlässigkeit oder Täterschaft und Teilnahme, aus der Behandlung in einem verwandten ausländischen Recht Erkenntnisse für die Auslegung des eigenen Rechts gewinnen[31].

Bei diesem Blick über die Grenzen ist ein weiteres nicht zu unterschätzen: Wird der Richter bei Auslegung des eigenen Rechts mit dem fremden Recht konfrontiert, so kann davon eine selbstkritische Wirkung ausgehen. In diesem Sinne hat sich beispielsweise der deutsche Bundesgerichtshof im Hinblick auf homosexuelle Handlungen durch Berücksichtigung der ausländischen Entwicklung zu einer restriktiven Interpretation bewegen lassen[32]. Dadurch kann der judikativen Rechtsvergleichung über ein bloßes Auslegungsmittel hinaus auch eine Kontrollfunktion zukommen[33].

Würde sich im übrigen die Justiz verschiedener Länder wechselweise im Spiegel benachbarter Rechtsordnungen sehen und dies zu einer konvergierenden Auslegung führen, so könnte der judikative Blick über die Grenzen sogar eine Harmonisierungsfunktion erlangen, wie sie etwa der ehemalige Präsident des Bundesgerichtshofs im Hinblick auf eine Angleichung des europäischen Rechts beschworen hat[34].

2. „Legislative Rechtsvergleichung"

Sobald der Richter Recht nicht nur interpretiert, sondern mit Blick auf ausländisches Recht zu harmonisieren und vielleicht auch umzufunktionieren versucht, hat er im Grunde bereits die Grenze zur Rechtschöpfung überschritten und damit den Bereich betreten, den man als „legislative Rechtsvergleichung" zu bezeichnen pflegt. In dieser rechtspolitischen Orientierung wird gelegentlich sogar die wichtigste Funktion von Rechtsvergleichung erblickt[35]. In England hat diese Zielsetzung neuerdings sogar eine gesetzliche Grundlage erhalten, wenn es in Section 3 (1) des Law Commissions Act von 1965 heißt:

> „It shall be the duty of each of the commissioners to obtain such information as to the legal system of other countries as appears to the commissioners likely to facilitate the performance of any of their duties"[36].

---

31 Als Beispiel kann hier auch BGHSt 38, S. 214-231 (228 ff.) dienen, wo der BGH zur Frage der Verletzung von polizeilichen Belehrungspflichten und ihrer Folge die Regelungen verschiedener ausländischer Rechtsordnungen zum Vergleich heranzieht. Allgemein zu dieser „Auslegungsfunktion" von Rechtsvergleichung vgl. auch *Zweigert/Kötz* (Anm. 8), S. 16 f.; ferner *Bogdan*, Comparative Law, 1994, S. 32 f., *Ebert* (Anm. 9), S. 176 f.; *Gutteridge* (Anm. 2), S. 101 ff.

32 Vgl. BGHSt 1, S. 293-298 (297).

33 Allgemein dazu *Ebert* (Anm. 9), S. 176 f., 179 f.; *Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949/50), S. 5-21 (17 ff.).

34 *Odersky*, Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur, ZEuP 2 (1994), S. 1-4(2).

35 Vgl. etwa *Jescheck* (Anm. 29), S. 765; ferner *Coing* (Anm. 8), S. 2603, sowie grundlegend *Drobnig/Dopffel*, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber, RabelsZ 46 (1982), S. 253-299.

36 Zitiert nach *Jescheck*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform, in: Kaufmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 133-154 (148). Zu einem früheren britischen Vorläufer dieses gesetzlichen Auftrags vgl. bereits die selbst auferlegte Pflicht der britischen Königlichen Strafrechtskommission in ihrem „Fourth Report of Her Majesty's Commissioners of Criminal Law 1839", bei *Jescheck* (Anm. 12), S. 16.

Von gleichen Absichten war auch die bereits erwähnte „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts" aus dem ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts getragen[37], die – wenngleich in weitaus kleinerem Maßstab – in den 50er Jahren zu Beginn der neueren Reform des deutschen Strafrechts eine Nachfolge in rechtsvergleichenden Berichten als Teil der „Materialien zur Strafrechtsreform" gefunden hat[38].

Derartige grenzüberschreitende Blickerweiterungen dürfen natürlich nicht zu dem Fehlschluß verleiten, daß das Neugefundene notwendigerweise auch das Bessere oder Richtige sei; denn aus dem Vergleich verschiedener Rechte können sich zwar verschiedene Regelungsalternativen anbieten; welche davon jedoch für das betreffende Land oder unter den gegebenen Umständen die vorzugswürdige ist, diese Wertungsentscheidung hat letztlich der Gesetzgeber zu treffen. Insofern hat die „legislative Rechtsvergleichung" nur eine Vorbereitungsfunktion[39]. Gleichwohl kann damit der „Vorrat an Lösungen"[40] für die vom Gesetzgeber letztlich zu treffende Wahl eine beträchtliche Bereicherung erfahren.

Wenn es in diesem Sinne mit Alan Watson zutrifft, daß „law develops mainly by borrowing"[41], so ließen sich dafür schon allein mit Blick auf Deutschland die letzten 150 Jahre der Strafprozeßreform als Beispiel anführen, ist doch der „liberale Strafprozeß" des 19. Jahrhunderts ohne englische und französische Vorbilder gar nicht zu denken, ebensowenig wie in neuerer Zeit die Rechtstellung des Beschuldigten ohne die Vorreiterrolle des US Supreme Court derart gravierende Verbesserungen hätte erfahren können[42]. Während sich Deutschland dabei meist als Importeur fremden Rechts betätigte, wurde es nach dessen „Aufarbeitung" doch auch immer wieder zum Exportland, indem namentlich Japan und die Türkei beträchtliche Anleihen beim deutschen Straf- und Strafprozeßrecht nahmen[43].

Wenn wir uns unter Verzicht auf weitere historische Rezeptionsbeispiele gleich den Aufgaben einer „legislativen Strafrechtsvergleichung" zuwenden, so sind dabei im wesentlichen drei Ebenen zu unterscheiden: eine nationale, eine regionale und eine supranationale[44].

---

37 Vgl. oben Anm. 16.

38 Materialien zur Strafrechtsreform. Band II: Rechtsvergleichende Arbeiten, 2 Teilbände, 1954 und 1955.

39 Vgl. *Jescheck* (Anm. 12), S. 43, *Jescheck* (Anm. 29), S. 781; *Drobnig/Dopffel* (Anm. 35), S. 269; *Zweigert/Kötz* (Anm. 8), S.16. Vgl. dazu auch unten IV. 1. zur fünften Stufe vergleichender Forschung.

40 Wie bereits *von Zitelmann* (Anm. 21), S. 13 plastisch beschrieben.

41 *Watson*, The Making of the Civil Law, 1981, S. 181.

42 Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Jescheck* (Anm. 29), S. 765 ff.; ferner *Robinson/Eser*, Le droit du prévenu en silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de la phase préjudiciaire en Allemagne et aux Etats-Unis d'Amérique, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1967, S. 567-618; *Eser*, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren. Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtstellung des Beschuldigten, ZStW 79 (1967), S. 565-623.

43 Zu diesen Transferprozessen vgl. – unter anderem – *Lenz/Heuser*, Strafrechtsentwicklung in Japan und der Volksrepublik China, 1995, S. 4 ff. bzw. *Önder*, Die Entwicklung und Rezeption des Straf- und Strafverfahrensrechts in der Türkei, ZStW 70 (1958), S. 313-322.

44 Zu solchen drei Ebenen – wenn auch teils mit anderer Nuancierung – vgl. bereits *Jescheck* (Anm. 36), S. 136 ff. Die hier gemeinte Aufteilung „legislativer Rechtsvergleichung" auf drei Ebenen findet eine gewisse, aber keineswegs deckungsgleiche Entsprechung in den drei Ebenen grenzüberschreitender Strafrechtspflege; näher dazu *Eser*, Basic issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases: A Problem in Outline, in: Wise (ed.), Criminal Science in a Global

Auf der nationalen Ebene geht es um ein echtes „borrowing" in dem Sinne, daß ein Land bestimmte Regeln oder auch Institutionen mehr oder weniger unmittelbar oder modifiziert von einem anderen Land übernimmt. Dabei kann es sich zunächst um rein punktuelle Einzelreformen handeln, wie etwa bei Einführung von polizeilichen Belehrungspflichten in Deutschland nach amerikanischem Vorbild oder bei der polnischen Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs nach dem deutschen Indikationsmodell. Über die Auswechslung von bloßen Teilen der rechtlichen „Software" hinaus kann es jedoch unter Umständen auch zur Ersetzung von größeren Teilen, wenn nicht sogar des ganzen „Hardware-Systems" kommen, wie beispielsweise bei der Neugestaltung der Geldstrafe nach dem skandinavischen Tagesbußensystem oder der fundamentalen Umorientierung des italienischen Strafprozesses von einem inquisitorischen zu einem adversatorischen System[45]. Doch wie groß oder klein auch immer solche Transplantationen auf der nationalen Ebene sein mögen, handelt es sich dabei doch allemal um einen grundsätzlich einseitigen Vorgang: Das rezipierende Land sichtet und wählt, was ihm aus dem „ausländischen Angebot" sinnvoll erscheint, ohne daß es dabei zu einer reziproken Rückwirkung kommen müßte. Daher kann auf dieser Ebene die Rechtsvergleichung in der Tat leicht zu einem reinen „Selbstbedienungsladen" verkommen, aus dem sich jedes Land holt, was ihm gerade ins rechtspolitische Konzept paßt.

Das ist, sofern es korrekt zugeht, auf der regionalen Ebene bereits anders. Dies jedenfalls dann, wenn es für bestimmte Weltregionen wie beispielsweise für den Bereich der Europäischen Union darum geht, zum Abbau von grenzüberschreitenden Schwierigkeiten oder zur Herstellung einer großräumigen Kriminalpolitik eine gewisse Rechtsharmonisierung zu versuchen[46]. Diese kann ihrerseits in mehreren, unterschiedlich weitgehenden Schritten erfolgen: angefangen von einer jeweils national selbständigen, aber an der Entwicklung in Nachbarländern orientierten Gesetzgebung, unter Umständen unterstützt durch gegenseitige Regeln über Rechtshilfe in Strafsachen, fortfahrend mit national eigenständigen, aber beiderseitig abgestimmten Regelungen im Sinne von „separate but uniform", bis schließlich hin zu allgemein verbindlichen Regeln für alle beteiligten Länder und im Grunde auch mit „supranationaler" Kraft[47].

Society, 1994, S. 3-20; *Eser*, Wege und Hürden transnationaler Strafrechtspflege in Europa, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension, 1992, S. 21-53.

45 Über Einzelheiten zu neueren Reformaktivitäten speziell im prozessualen Bereich vgl. *Eser*, Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa, ZStW 108 (1996), S. 86-127.

46 Vgl. zu einer dementsprechenden Entwicklung innerhalb der Europäischen Union und ihrer Bedeutung für die Strafrechtsvergleichung und die Kriminologie *Dannecker*, Strafrecht in der europäischen Gemeinschaft, Eine Herausforderung für Strafrechtsdogmatik, Kriminologie und Verfassungsrecht, JZ 1996, S. 869-880.

47 Zu derartigen unterschiedlichen Kooperations- und Harmonisierungsaktivitäten auf europäischer Ebene vgl. die Beiträge in Sieber (Hrsg.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, 1993, und in Harding et al. (ed.), Criminal Justice in Europe. A Comparative Study, 1994; ferner *Riondato*, Competenza Penale della Comunità Europe, 1996 und *Cadoppi*, Towards a European Criminal Code?, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 4 (1996), S. 2-17. Vgl. hierzu auch den von einer europäischen Arbeitsgruppe unter Leitung von *Delmas-Marty* vorgeschlagenen Corpus Juris (Paris 1997). Für die Einführung eines Europäischen Modellstrafgesetzbuchs *Sieber*, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ 1997, S. 369-381 (insb. S. 378 ff.); vgl. aber demgegenüber auch *Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 105 (1993), S. 774-802 (787 ff.). Vgl. zum Ganzen auch die auf der Strafrechtslehrertagung von

Auf der (teils schon zuvor erreichten) supranationalen Ebene, die sich in gewisser Hinsicht auch als universale verstehen läßt[48], kann Rechtsvergleichung ebenfalls in verschiedener Hinsicht fungieren:

So zum einen durch die Ermittlung von obersten Rechtsgrundsätzen, die unter „civilized nations" weitgehende Anerkennung gefunden haben und daher Maßstab und Standard für alle Länder sein sollten. Das gilt insbesondere für die in allgemeinen Menschenrechtserklärungen enthaltenen Verbote grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Strafen oder etwa auch für die Anerkennung des Gesetzlichkeits- und Schuldprinzips[49]. Das gilt in noch zwingenderer Weise dort, wo sich ein Land vertraglich verpflichtet hat, bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, wie etwa den Völkermord oder bestimmte Formen der Umweltverschmutzung[50]. Aber auch soweit es dadurch zu einer uniformen Gesetzgebung mehrerer Länder in Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen kommen kann, handelt es sich dabei doch letztlich immer noch um parallele nationale Gesetzgebung der verschiedenen Länder.

Zu wirklich supranationaler Gesetzgebung kommt es daher im Grunde erst dort, wo die Strafbarkeit bestimmter internationaler Verbrechen nicht mehr unbedingt von der Anerkennung des einzelnen Landes abhängt und zudem ein internationaler Strafgerichtshof existiert, der notfalls auch gegen den Willen eines nicht kooperativen Landes zur Verfolgung von internationalen Verbrechen befugt ist. Auf diesem Weg ist die Weltgemeinschaft sicherlich durch die Einrichtung von internationalen Tribunalen für Jugoslawien und Ruanda einen wichtigen Schritt weitergekommen, so daß auch die mit dem „Rome Statute of the International Criminal Court" verbundenen Hoffnungen nicht mehr völlig illusorisch erscheinen. Solange jedoch solchen Statuten ausreichende allgemeine Anwendungsregeln fehlen[51], wird Skepsis angebracht sein; dies vor allem dann, wenn die bisher meist aus dem Bereich des öffentlichen internationalen Rechts kommenden Entwurfsverfasser weiterhin meinen, selbst bei einer substantiell strafrechtlichen Materie, wie sie nun einmal das Recht und das Verfahren für internationale Verbrechen darstellt, des besonderen Sachverstands von Strafrechtsexperten entraten zu können. Auch wenn es nicht unbedingt erforderlich erscheint, einer internationalen Strafrechtskodifikation einen bis ins letzte ausgefeilten „Allgemeinen Teil", wie er für die meisten Strafgesetzbücher heute üblich ist, voranzustellen, sollten doch wenigstens die Mindestvoraussetzungen und -regeln für die Strafbarkeit und Sanktionierung von internationalen Verbrechen ausformuliert sein[52].

1997 in Berlin gehaltenen Vorträge von *Nelles/Pieth* und *Kühl*, in: ZStW 109 (1997), S. 727-755, 756-776 bzw. 777-807 mit Diskussionsbericht von *Zieschang*, S. 830-844.

48 Jescheck (Anm. 36), S. 137 f.

49 Näher dazu *Jescheck*, ibid.

50 Vgl. die Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, UN Treaty Series, Bd. 78 (1951), Nr. 1021, S. 277-323, bzw. International Convention for the Prevention of Pollution From Ships, 2 November 1973, in: Rüster/Simma (eds.), International Protection of the Environment, vol. 11, 1975, S. 552-568.

51 Vgl. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, 1993, darin speziell zu den Defiziten allgemeiner Regeln *Eser*, The Need for a General Part, S. 43-52.

52 Zum Diskussionsstand in dieser Frage (bis zum Rome Statute vom 17.7.1998) vgl. *Nill-Theobald*, Anmerkungen über die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, ZStW 108 (1996), S. 229-239 (233 ff.); ferner *Ambos*, Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch, ZRP 29 (1996), S. 263-271.

Als ein weiterer Schritt auf dieser transnationalen Ebene könnte sich schließlich die Herausbildung eines universalen „Modellstrafgesetzbuches" anschließen. Auch dafür gibt es bereits gewisse Vorbilder, wie beispielsweise der im Jahr 1971 vorgelegte Allgemeine Teil eines „Código Penal Tipo para Latinamerica", der immerhin bereits als Grundlage für die Strafrechtsreformen für Costa Rica (1970), Bolivien (1972) und El Salvador (1971) diente[53], oder den „Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamerica" von 1988[54]. Doch ganz abgesehen davon, ob eine globale Uniformisierung des Strafrechts wirklich wünschenswert wäre, wird man derartige Hoffnungen vorerst nicht allzu hoch schrauben dürfen[55].

Diese Skepsis hat freilich nichts mit Rechtsvergleichung als solcher zu tun, sondern hat ihre eigentlichen Wurzeln auf politischem Feld. Denn die besten vergleichenden Synopsen und Alternativen sind so lange Muster ohne Wert, als der politische Wille zu ihrer Verwirklichung fehlt; dieser aber findet auf der internationalen Bühne oft sehr rasch eine Barriere in internationaler Angst vor Souveränitätseinbußen. Gleichwohl darf sich der Komparatist durch die Unwägbarkeiten der hohen Politik nicht irre machen lassen; denn um den Weg zu politischen Entscheidungen überhaupt zu eröffnen, müssen alternative Muster auf den Verhandlungstisch. Und das ist die Stunde der wissenschaftlich-theoretischen Rechtsvergleichung.

3. „Wissenschaftlich-theoretische Rechtsvergleichung"

Wenn bei der vorangehenden Betrachtung der „judikativen" und der „legislativen Rechtsvergleichung" der Eindruck aufkommen konnte, als ob vom einzelnen Richter oder Parlamentarier erwartet werden könne, daß er in eigener Person rechtsvergleichende Studien betreibt, so mag dies zwar in Einzelfällen zutreffen, entspricht jedoch kaum der Realität. Denn ganz abgesehen davon, daß weder in normalen Gerichtsbibliotheken noch in parlamentarischen Informationsdiensten das notwendige ausländische Material vorzufinden sein wird, fehlt dem normalen Richter, Anwalt oder Politiker meist auch schon das schlichte Handwerkszeug, um mit ausländischem Recht kompetent umzugehen. Schon um an das einschlägige Material heranzukommen und es richtig einzuordnen, ist die Hilfe des wissenschaftlichen Komparatisten unentbehrlich. Deshalb liegt bereits bei der rein praktischen Vermittlungshilfe ein wichtiges Aufgabengebiet für rechtsvergleichende Forscher und Institute. Dazu ließe sich gerade aus den Aktivitäten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht vieles berichten[56].

Wenn von „wissenschaftlicher Rechtsvergleichung" die Rede ist, so ist damit natürlich mehr gemeint als ein bloßer Informationsdienst zum ausländischen Recht. Entscheidend wird dann vielmehr die analytische Durchdringung verschiedener Rechte, die vergleichende Gegenüberstellung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden und die Suche nach Mo-

---

53 Vgl. dazu *Jescheck* (Anm. 36), S. 149 f.

54 Vgl. dazu *Rodriguez*, Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Ein Beitrag zur Strafprozeßreform in Lateinamerika, 1995, S. 5 f.

55 Obgleich ein solches Modellgesetzbuch selbst ins Gespräch bringend, gleichzeitig doch auch skeptisch *Schultz*, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung, in: Jescheck/Kaiser (Hrsg.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980, S. 7-25 (23).

56 Um wenigstens eine gewisse Vorstellung von der Größenordnung der von der strafrechtlichen Forschungsgruppe erbetenen Gutachten und Auskünfte zu vermitteln, kann ich als Durchschnittszahl der Anfragen rund 200 pro Jahr nennen.

dellen und Grundstrukturen. Von den verschiedenen Zielen, die dabei verfolgt werden können[57], seien hier wenigstens drei mögliche Erkenntnisinteressen hervorgehoben:

Theoretische Rechtsvergleichung kann zum einen dem besseren Verständnis des eigenen Rechts dienen. Dieses „Selbsterkenntnisinteresse" hat bereits Ernst Rabel durch ein anschauliches Bild zu verdeutlichen versucht: „Stellen wir ein kleines Kind zum ersten Mal vor einen Spiegel; es greift nach dem vermeintlichen anderen Kind; es wird zum ersten Mal sich selber kennenlernen. Um dem eigenen Recht den Spiegel vorzuhalten, muß man sich außerhalb von ihm aufstellen"[58]. Was Rabel mit diesem Bild im Hinblick auf die Rechtskritik und die Rechtspolitik zum Ausdruck bringen wollte, gilt nicht zuletzt auch für die Rechtsdogmatik: Gerade in Ländern, die wie Deutschland besonders stolz auf ihre hochentwickelte Dogmatik sind, kann unter Umständen die Konfrontation mit den „einfachen" Lehren anderer Länder zu der ernüchternden Erkenntnis führen, daß theoretische Überzüchtungen, wenn sie als l'art pour l'art die praktische Relevanz aus dem Auge verlieren, geradezu kontraproduktiv werden können.

Demgegenüber die nur dienende Funktion der Rechtsdogmatik bewußt zu machen, ist ebenfalls eine nicht unwichtige Aufgabe der Rechtsvergleichung[59]. Zu dieser Art von besserem Verständnis der Ziele und Grenzen des eigenen Rechts kann die theoretische Rechtsvergleichung nicht zuletzt auch dem Richter bei der Rechtsanwendung im Rahmen der „judikativen Rechtsvergleichung" verhelfen[60].

Eine nicht weniger wichtige Rolle kommt der rechtsvergleichenden Forschung auf der politischen Ebene zu, wobei hier nur zwei Anwendungsfelder hervorgehoben seien:

Das betrifft zum einen die Mitwirkung an Gesetzgebungsvorhaben, indem durch rechtsvergleichende Studien der bereits genannte „Lösungsvorrat" an denkbaren Regelungsalternativen aufgezeigt wird. In diesem Zusammenhang erscheint bemerkenswert, daß jedenfalls in Deutschland – vermutlich aber auch in manchen anderen Ländern – heute kaum noch eine größere Rechtsreform stattfindet, ohne daß zuvor erforscht worden wäre, wie andere Länder mit dem betreffenden Problem umgehen. Das hat beispielsweise für unser Max-Planck-Institut zur Folge, daß etwa ein Drittel unserer Arbeit in der Erstellung von rechtsvergleichenden Gutachten für Parlamente oder Ministerien besteht, wobei aus neuester Zeit lediglich auf unsere rechtsvergleichenden Untersuchungen zur Beweisaufnahme im Strafverfahren[61] bzw. zur Bekämpfung der Korruption[62] hingewiesen sei. Auch wenn solche Untersuchungen in erster Linie für den jeweiligen nationalen Gesetzgeber bestimmt sein mögen, können sie doch verschiedenen Ländern auch in ihrem Bemühen um eine harmonisierende Rechtsvereinheitlichung in dem zuvor bei der „legislativen Rechtsvergleichung" beschriebenen Formen zugute kommen und daher auch transnationale Wirkung entfalten.

---

57 Allgemein zu einer solchen „Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung" *Schultz* (Anm. 55), S. 7 ff.; ferner *Kaiser*, Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie, in: Kaiser/Vogler (Hrsg.), Strafrecht, Strafrechtsvergleichung, 1975, S. 79-90; außerdem *Jescheck* (Anm. 29), S. 764.

58 *Rabel* (Anm. 2), S. 92.

59 Besonders eindrucksvoll dazu *Kötz*, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, RabelsZ 54 (1990), S. 203-215 (208 ff.). Zu dieser „Kontrollfunktion" der Rechtsvergleichung durch Lieferung von Kriterien zur Richtigkeitsprüfung von Theorien vgl. auch *Ebert* (Anm. 9), S. 179.

60 Vgl. oben zu III. 1.

61 *Perron* (Anm. 28).

62 Eser/Überhoven/Huber (Hrsg.), Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, 1997.

Damit ist bereits das zweite politisch relevante Anwendungsfeld angesprochen: die Vermittlungshilfe von rechtsvergleichender Forschung in der internationalen Zusammenarbeit. Wenn etwa, um einen höchst aktuellen Streitpunkt innerhalb der Europäischen Union zur Sprache zu bringen, die praktische Umsetzung des Schengener Abkommens zum Abbau von Grenzen zwischen verschiedenen europäischen Ländern immer wieder auf Schwierigkeiten stößt, so dürfte dies nicht zuletzt seinen Grund darin haben, daß man bislang noch zu wenig von den unterschiedlichen Zielsetzungen und Strukturen der Strafverfolgung weiß[63].

Daß schon allein die mangelnde Kenntnis von den Besonderheiten eines anderen Rechtssystems die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen behindern und dabei bis zur Blockierung von Auslieferungsverträgen oder Rechtshilfeabkommen führen kann, konnte ich selbst am Rande diesbezüglicher Verhandlungen zwischen den USA und Deutschland beobachten: Wenn einerseits die Amerikaner nicht verstehen können, daß bei einer in den USA begangenen Tat eines Deutschen die deutsche Justiz sich zur Aburteilung nach deutschem Recht für zuständig halten kann und die Auslieferung des Beschuldigten in die USA verweigert, vermag andererseits die deutsche Seite kein Verständnis dafür aufzubringen, daß im Falle eines von einem amerikanischen Unternehmer in den USA begangenen Betrugs amerikanische Verfolgungsorgane „auf eigene Faust" gegen den nach Deutschland geflohenen Beschuldigten glauben ermitteln zu dürfen. Stattdessen betrachten beide Länder das jeweilige Vorgehen des anderen als eine Mißachtung der eigenen Souveränität.

Wie sich auf einer zur Behandlung solcher Fragen im Juni 1988 an der Harvard Law School veranstalteten Konferenz[64] gezeigt hat, war eine gemeinsame Plattform erst zu finden, als die unterschiedlichen Ansätze zur Behandlung von Straftaten im Ausland sichtbar geworden waren: Einerseits war zum common law festzustellen, daß dieses bei der exterritorialen Anwendung seines Strafrechts eher restriktiv vorgeht, auf dieser engeren Basis dann aber keine Bedenken hat, bei einer im Inland begangenen Tat seine prozedurale Jurisdiktion und Ermittlungstätigkeit auch exterritorial auszuüben und daher auch die Auslieferung von fremden Staatsbürgern an den inländischen Tatort zu verlangen. Andererseits entspricht es kontinental-europäischer Tradition, den Anwendungsbereich des nationalen Strafrechts mehr oder weniger weit über die eigenen Grenzen hinaus auszudehnen und demzufolge auch Auslandstaten in expansiver Weise der eigenen inländischen Jurisdiktion zu unterwerfen, mit der Folge, daß eigene Staatsbürger nicht auszuliefern sind, weil sie auch bei einer Auslandstat unter Umständen nach dem eigenen Recht abgeurteilt werden können[65]. Welche dieser Konzeptionen die bessere oder gar „gerechtere" ist, steht hier nicht zur Debatte; denn hiermit ging es vor allem darum zu demonstrieren, welche wichtige Aufklärungsfunktion der wissenschaftlichen Rechtsvergleichung auch beim Abbau von Mißverständnissen und bei der Vorbereitung von grenzüberschreitender Kooperation zukommen kann.

Zu guter Letzt darf aber über allen diesen anwendungsorientierten Zielen die ureigenste Funktion einer wissenschaftlich-theoretischen Rechtsvergleichung nicht vergessen werden:

---

63 Vgl. *O'Keeffe*, The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?, Yearbook of the European Law 11 (1991), S. 185-219; *Schomburg*, Strafrecht und Rechtshilfe im Geltungsbereich von Schengen 11, NJW 1995, S. 1931-1936.

64 Proceedings of the Harvard Law School Conference on international Cooperation in Criminal Matters, Harvard International Law Journal 31 (1990), S. 1-127.

65 Zu weiteren Einzelheiten dieser Problematik vgl. *Eser*, Common Goals And Different Ways, in: international Criminal Law: Reflections from a European Perspective, Harvard International Law Journal 31 (1990), S. 117-127.

nämlich ihre Rolle als Grundlagenforschung. Dabei mag dahinstehen, ob diese Art von Rechtsvergleichung wirklich so „zweckfrei" ist oder sein muß, wie dies von manchen postuliert wird[66]; denn daß sich ein Forscher frei von jeglichen Zweckvorstellungen dem mühevollen Studium eines fremden Rechts unterwürfe, setzt ein Forscherbild voraus, das in der Realität wohl kaum eine Entsprechung findet. Worauf es jedoch bei Grundlagenforschung nicht unbedingt anzukommen braucht, ist ihre Nützlichkeit im Sinne einer bereits vorbestimmten Anwendbarkeit. Denn erst wenn befreit von der blickverengenden Erwartung, ein bestimmtes Ergebnis erreichen oder eine erhoffte Position begründen zu müssen, wird die Sicht frei für das unvoreingenommene Wahrnehmen von Eigentümlichkeiten und Strukturen eines anderen Rechts.

Auf dieser Grundlagenebene erscheinen vor allem drei Forschungsziele als besonders lohnend:

Zum einen steht nach wie vor eine Phänomenologie des Strafrechts aus, die sowohl auf eine transnationale Modellbildung der wichtigsten Verbrechenstypen als auch auf eine Sondierung auffälliger Varianten ausgerichtet sein könnte. Davon wären nicht nur Aufschlüsse über die zu schützenden Interessen und über die wichtigsten Verletzungsmodalitäten zu erwarten; vielmehr könnte man sich auf diese Weise auch über unterschiedliche Erfahrungen divergierender Rechtsordnungen austauschen.

Eine solche, mehr am äußeren Erscheinungsbild der Verbrechen orientierte Phänomenologie wäre jedoch noch durch einen allgemeinen Strukturvergleich sowohl zu ergänzen als auch zu vertiefen, um hinter die äußere Fassade zu dringen und tieferliegende Gemeinsamkeiten oder Unterschiede aufzudecken. Erste Schritte in diese Richtung haben wir am Freiburger Max-Planck-Institut durch vergleichende Forschungen zu Rechtfertigung und Entschuldigung als „key issues" der allgemeinen Verbrechenslehre in Angriff genommen[67]. Dem soll in einem weiteren Schritt eine allgemeine Strukturanalyse des Strafrechts folgen[68]. Falls sich die damit verbundenen Vorstellungen realisieren lassen, könnte schließlich vielleicht doch noch gelingen, was bereits v. Liszt im Sinne einer allgemeinen Strafrechtslehre gefordert[69] und wozu namentlich schon Jimenez de Asúa durch seinen mehrbändigen „Tratado de Derecho Penal" bedeutende Vorarbeiten geleistet hat[70].

Schließlich ist bei alledem auch die Kulturaufgabe vergleichender Strafrechtsforschung nicht zu vergessen[71], kommen doch die in einer Gesellschaft vorherrschenden Wertvorstel-

---

66 Vgl. beispielsweise *Jescheck* (Anm. 29), S. 764; *Kaiser* (Anm. 57), S. 82; *Schultz* (Anm. 55), S. 8, wenn er von „reiner Forschung" spricht.

67 Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Eser*, Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven I, 1987, S. 1-8, 17-65, sowie *Eser*, Eröffnungsansprache, in: Eser/Perron (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung III, 1991, S. 1-6 (2 ff.).

68 Näher dazu *Perron*, Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojektes „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich", in: *Arnold* u.a. (Anm. 25), S. 127-136; *Perron*, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher Strafrechtssysteme, ZStW 109 (1997), S. 281-301 (287 ff.).

69 *v. Liszt*, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, I. Bd., 1894, S. XX, XXI, XXV.

70 *de Asúa*, Tratado de Derecho Penal, Bd. I-VII, 1950-1970; vgl. dazu *Schultz* (Anm. 55), S. 23 f.

71 Vgl. *Kaiser* (Anm. 57), S. 82.

lungen wie auch die gesellschaft-staatliche Reaktion auf Wertabweichungen in keinem anderen Rechtsgebiet derart klar zum Ausdruck wie gerade im Strafrecht.

IV. Mittel und Methoden der Strafrechtsvergleichung

Wenn nun auch noch von der Methodik der Strafrechtsvergleichung zu sprechen ist, so geht es dabei weniger um jene allgemeinen Verfahrensweisen, wie sie von jeder Disziplin zu verfolgen sind, die Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erhebt, als vielmehr um etwaige Besonderheiten, die gerade bei rechtsvergleichender Forschung zu beachten sind. Freilich wäre es verfehlt, dafür einen allgemein verbindlichen Methodenkanon zu erwarten; denn ebenso wie sich die möglichen Ziele rechtsvergleichender Forschung als vielfältig herausgestellt haben, können auch die dabei jeweils einzuschlagenden Wege unterschiedlich sein. Wenn es etwa um eine strukturelle Analyse geht, wie verschiedene Rechtsordnungen mit der Beteiligung von mehreren Personen an der Verwirklichung einer Straftat umgehen, wird sowohl der Forschungsplan als auch die methodische Durchführung von vornherein sehr viel aufwendiger sein müssen als beispielsweise bei der Prüfung von „double criminality", wo lediglich die Existenz von zwei sich entsprechenden Straftatbeständen festzustellen ist. Gleichwohl lassen sich – abgesehen von solchen Einzelfragen – aufgrund langjähriger Erfahrung einige Grundregeln nennen, die sich für den Regelfall als erfolgversprechend erwiesen haben.

1. Vorgehensweisen[72]

In einem ersten Schritt ist das Sachproblem zu definieren, um dessen Beleuchtung es aus der Sicht verschiedener Rechtsordnungen geht. Bei dieser sogenannten „Funktionalitätsfrage"[73] können zwar auch, wie in den Frühzeiten der rechtsvergleichenden Forschung meist üblich, unmittelbar bestimmte Rechtsinstitute oder gar einzelne Rechtssätze auf dem Prüfstand stehen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß aus dem Fehlen eines entsprechenden Rechtssatzes in einem anderen Recht nicht ohne weiteres auf Regellosigkeit geschlossen werden kann; denn da Rechtssätze – richtig verstanden – ihren Sinngehalt nicht schon in sich selbst tragen, sondern aus dem jeweils zu regelnden sozialen Problem ziehen und dieses in einer anderen Rechtsordnung durch einen andersartigen Rechtssatz abgedeckt sein kann, darf man sich bei vergleichender Forschung keinesfalls mit dem Gegenüberstellen von Rechtssätzen oder Rechtsinstituten begnügen, sondern hat auf den dahinterstehenden Lebenssachverhalt und seine soziale Einbindung zurückzugehen. Statt sich also mit der Frage zu begnügen, ob es beispielsweise für „Vorsatz" oder „Anstiftung" einen vergleichbaren Begriff in einem anderen Recht gibt, wären zunächst die mentalen Vorgänge bzw. die Einwirkungsweisen auf einen anderen zu beschreiben, die im einen Recht als „Vorsatz" bzw. „Anstiftung" begriffen werden, um dann sinnvollerweise die Frage stellen zu können, ob diese psychischen Vorgänge oder Einflußnahmen in einem anderen Recht mit den gleichen Begriffen oder mittels anderer Regeln erfaßt werden. Mit anderen Worten: Eigentli-

---

72 Vgl. zum Nachfolgenden auch – wenngleich mit teils anderer Reihenfolge oder anderer Akzentuierung – *Jescheck* (Anm. 12), S. 36 ff., *Jescheck* (Anm. 29), S. 771 ff. sowie allgemein *Zweigert/Kötz* (Anm. 8), S. 31 ff.

73 So namentlich *Zweigert/Kötz* (Anm. 8), S. 33.

cher Vergleichsgegenstand ist nicht (nur) die Norm, sondern der ihr vorausliegende Lebenssachverhalt als ein regelungsbedürftiges soziales Ordnungsproblem[74].

In einem zweiten Schritt hat die Auswahl der zu vergleichenden Länder zu erfolgen, wobei sich ein Vortest als nützlich erweisen kann, um einerseits nicht die wirklich relevanten Länder zu verfehlen und andererseits unergiebige Länder von vornherein auszuschließen[75].

Der dritte Schritt besteht in der Anfertigung der einzelnen Landesberichte. Diese werden je nach der Fragestellung unterschiedlich knapp oder umfassend sein. So wird man sich mit einer bloßen Auflistung von Rechtsnormen allenfalls dort begnügen können, wo es für die einzelne Fragestellung allein auf das Vorhandensein oder Fehlen solcher Normen ankommt. Im Regelfall hingegen wird ohne Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung und der Einschätzung der Lehre ein zuverlässiger Landesbericht nicht zu erstellen sein[76]. Da es somit nicht nur auf das „law in the books", sondern auf das „law in action" ankommt, wächst auch der Kriminologie als ergänzendem Vergleichsinstrument eine immer größere Bedeutung zu[77]. Nicht zuletzt wird in den Länderberichten jeweils auch besonderen Stilmerkmalen des betreffenden Rechts[78] wie auch sprachlichen und sonstigen kulturellen Besonderheiten[79] Beachtung zu schenken sein.

Als vierter Schritt ist auf der Grundlage der Länderberichte ein rechtsvergleichender Querschnitt zu erstellen. Dieser sollte sich jedoch nicht in einer summarischen Wiederholung der in den Landesberichten zusammengetragenen Einzeldaten erschöpfen, sondern auf die Profilierung von Gemeinsamkeiten und Unterschieden gerichtet sein und nach Möglichkeit auch zu einer Typenbildung führen. Damit wird selbstverständlich nicht ausgeschlossen sein, auf besondere Abweichungen hinzuweisen, können solche Auffälligkeiten doch nicht nur einen kritischen Kontrast zum „main stream" zum Ausdruck bringen, sondern auch zukunftsweisendes Potential für rechtspolitische Reformen indizieren. Auf diese Weise kann gerade der rechtsvergleichende Querschnitt zu einem Reservoir für jenen „Lösungsvorrat" werden, wie er gerade für die „legislative Rechtsvergleichung" besonders wichtig ist.

Als fünfter Schritt kann sich noch eine eigene rechtspolitische Wertung verschiedener Regelungsalternativen – unter Umständen verbunden mit Formulierungsvorschlägen an den Gesetzgeber – anschließen. Dabei ist jedoch Vorsicht geboten. Denn wie bereits im Zusammenhang mit der „legislativen Rechtsvergleichung" angedeutet, ist die Herausarbeitung von Regelungsalternativen das eine und die schließlich zu treffende Wahl das anders[80]. Eine solche politische Entscheidung kann natürlich auch einem Forscher in seiner Rolle als politischem Bürger nicht verwehrt sein. Diese Rolle hat er jedoch offenzulegen, um nicht persönliche Politik unter dem Deckmantel reiner Wissenschaftlichkeit zu treiben.

---

74 Diese methodische Umorientierung ist nach *Coing* (Anm. 8), S. 2604 vor allem dem Verdienst von *Ernst Rabel* und seiner Schule zuzuschreiben.

75 Vgl. *Jescheck* (Anm. 29), S. 771. Soweit dieser allerdings die Länderauswahl als die „erste" zu stellende Frage bezeichnet, bleibt zur Vermeidung von Mißverständnissen zu beachten, daß die Länderauswahl kaum ohne vorherige Festlegung des Ordnungs- und Regelungsproblems als dem eigentlichen Vergleichsgegenstand getroffen werden kann.

76 Vgl. *Schultz* (Anm. 55), S. 9 f.

77 Näher dazu namentlich *Kaiser* (Anm. 57), S. 81 ff.

78 Vgl. *Schultz* (Anm. 55), S. 15 f. sowie allgemein zum „Stil" der verschiedenen Rechtskreise *Zweigert/Kötz* (Anm. 8), S. 62 ff.

79 Zu solchen vergleichungsrelevanten Aspekten besonders instruktiv *Großfeld* (Anm. 1).

80 Vgl. oben zu Anm. 40.

2. Institutionelle Voraussetzungen

Angesichts der Vielfalt von Aufgaben und der Unterschiedlichkeit der dabei einzusetzenden Methoden kann es nicht überraschen, daß strafrechtsvergleichende Forschung nicht ohne eine entsprechende Ausstattung sinnvoll betrieben werden kann. Neben dem allgemeinen methodischen know how des Komparatisten gehört dazu vor allem die Verfügbarkeit einer Bibliothek, mit der die Rechtsordnung des zu untersuchenden Landes erschlossen werden kann. Sofern dafür, wie wohl meist der Fall, ein Forschungsaufenthalt in dem zu untersuchenden Land nicht möglich ist, bedarf es einer hinreichenden bibliothekarischen Ausstattung am Domizil des Forschers. Die damit verbundenen finanziellen Probleme werden natürlich um so größer, je breiter ein Forschungsvorhaben angelegt und je mehr verschiedene Länder einzubeziehen sind. Diesem Problem ist naturgemäß am besten durch die Institutionalisierung von Bibliotheken zu begegnen, in denen das rechtliche Material möglichst vieler Länder in systematischer und umfassender Weise gesammelt wird.

Auf ähnliche Weise ist auch ein personelles Problem anzugehen: Selbst ein ausgewiesener Komparatist wird in der Regel nur eine beschränkte Zahl von ausländischen Rechten näher kennen. Sobald sich also ein Forschungsprojekt noch auf weitere Länder erstrecken soll, ist dies nicht ohne die Mitwirkung von weiteren Forschern zu machen, die sowohl die Sprache als auch das Recht des betreffenden Landes hinreichend gut kennen. Solche länderspezifischen Experten in derselben Institution zu versammeln, eröffnet zugleich die Möglichkeit zu intensiver Kooperation, insbesondere auch mit Gastwissenschaftlern.

Deshalb wäre es wünschenswert, wenn es möglichst viele solcher rechtsvergleichenden Institute gäbe. Dem stehen jedoch häufig die immensen Kosten entgegen, wie sie die Einrichtung und der Betrieb eines Instituts voraussetzt, das in personeller und bibliothekarischer Sicht die Dimensionen eines normalen Universitätsinstituts überschreitet. Um so mehr sind Forschungsstätten wie das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg, die sich als eine solche Integration von Forschungspersonal und Bibliothek verstehen[81], vonnöten, wobei die damit eröffneten Arbeitsmöglichkeiten natürlich auch für ausländische Wissenschaftler zugänglich sein sollen.

V. Grenzen der Strafrechtsvergleichung – Hürden bei der Rechtsvereinheitlichung

Bisher kam mehr die Sonnenseite der Strafrechtsvergleichung zum Vorschein. Doch auch gewisse Schattenseiten sind nicht zu übersehen.

Dazu gehört in handwerklicher Hinsicht sowohl die Gefahr des Dilettantismus wie auch des Eklektizismus, wenn etwa das fremde Recht nicht hinreichend beherrscht wird[82] und/oder vorgefundenes Material mehr oder weniger wahllos sondiert oder wegen Unsicherheit der Kriterien und Indikatoren wenig zuverlässig ausgewertet wird[83].

Nicht weniger gefährlich ist die Versuchung zu wertender Kurzschlüssigkeit, indem vorschnell von scheinbar passenden Einzeldaten auf das erhoffte Ergebnis geschlossen wird.

---

81 Zur Konzeption und Entwicklung dieses Instituts vgl. im einzelnen *Jescheck*, Rechtsvergleichung im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br., ZStW 79 (1967), S. 128-144; zur Entwicklung bis Mitte der 80er Jahre vgl. Max-Planck-Gesellschaft, Berichte und Mitteilungen, Heft 4/85, S. 9-20.

82 Vgl. *Jescheck* (Anm. 12), S. 38.

83 Vgl. *Kaiser* (Anm. 57), S. 82; *Schultz* (Anm. 55), S. 21.

Doch selbst bei professionellster Methodengemäßheit kann Rechtsvergleichung an ihre Grenzen stoßen, weil beispielsweise das Material aufschlußreich erscheinender Länder – aus welchen sachlichen oder personellen Gründen auch immer – unzugänglich ist oder sonstwie von vornherein kein volles Bild tatsächlicher Erscheinungsformen oder möglicher Regelungsalternativen erwartet werden kann. Unter Bedingungen von Unsicherheit entscheiden zu müssen, ist freilich kein Exklusivitätsmerkmal der Rechtsvergleichung, sondern angesichts der Begrenztheit menschlichen Wissens ein nahezu allgemeines Phänomen. Deshalb ist die Unmöglichkeit einer vollen Materialerfassung kein Grund, von einem Vergleichsversuch von vornherein Abstand zu nehmen, wohl aber Anlaß, auf die Begrenztheit der Untersuchung und die Bedingtheit der daraus gezogenen Schlußfolgerungen hinzuweisen.

Über diese inhärenten Schwachpunkte der Rechtsvergleichung hinaus, denen jedenfalls bis zu einem gewissen Grad durch methodenbewußtes Vorgehen entgegenzusteuern ist, kann vor allem die legislative Strafrechtsvergleichung an Grenzen stoßen, die weniger in der Methode als vielmehr in der Materie – und dabei insbesondere in der Unerreichbarkeit des angestrebten Ziels – liegen können. Vor dieser Art von Enttäuschung muß man vor allem dort gewappnet sein, wo man von einem anderen Recht transplantierbare Regeln erhofft oder eine beiderseitige Harmonisierung angestrebt wird, der Rechtsvergleich jedoch ergibt, daß solchen Absichten fundamentale Strukturunterschiede entgegenstehen[84].

Da es sich dabei um ein Problem handelt, das bei der gegenwärtigen Diskussion um eine Harmonisierung des europäischen Strafrechts zum Teil offenbar unterschätzt wird[85], seien dazu einige kritische Betrachtungen angestellt – nicht aus grundsätzlicher Opposition gegenüber solchen Harmonisierungsbestrebungen, sondern um nicht ein legitimes Ziel durch einen falschen Weg zu verfehlen.

Um sich bei der Frage nach einer Angleichung nationaler Strafrechte auf europäischem Boden keinen Illusionen hinzugeben, wird man sich von vornherein klar machen müssen, daß der Regelungsgehalt und die Wirkungsweise strafrechtlicher Normen nicht nur von den einzelnen Straftatbeständen, sondern auch von den allgemeinen Zurechnungsregeln sowie der Art der Umsetzung des materiellen Rechts im Strafprozeß bestimmt werden. Nun mögen zwar die verschiedenen Straftatbestände noch weitgehend ähnlich sein, auch wenn selbst bei den „klassischen" Delikten wie Mord, Raub, Diebstahl und Betrug bereits nicht zu unterschätzende Unterschiede festzustellen sind. Noch weitaus schwieriger dürfte jedoch der Versuch einer Angleichung der allgemeinen Zurechnungsregeln sein. Schon ein Blick in die Standardlehrbücher des Strafrechts von Ländern wie Deutschland, England und Frankreich, die alle auf weit zurückreichenden, eigenständigen Rechtstraditionen aufbauen, zeigt die Vielfalt in der Systematisierung der Strafbarkeitsvoraussetzungen. Während dem deutschen Strafjuristen der Verbrechensaufbau nach Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld schon quasi „naturgesetzlich" erscheinen mag, wird sein englischer Kollege ähnliches von der Unterscheidung zwischen actus reus und mens rea und sein französischer Kollege von der Unterscheidung zwischen den éléments légal, matériel und moral behaupten. Aber auch bei wichtigen Einzelregeln des Allgemeinen

---

84 Ausführlich zu dieser Problematik *Perron*, ZStW (Anm. 68), S. 287 ff.

85 Zu Einzelheiten vgl. die mehr oder weniger skeptischen Positionen der oben in Anm. 47 angeführten Autoren. Abgestellt wird u.a. darauf, daß insbesondere das Strafrecht nach wie vor als wesentlicher Ausdruck nationaler Souveränität angesehen wird, die einer schnellen Vereinheitlichung und Zusammenführung schwer zu überwindende Hindernisse entgegensetzt; vgl. *Perron* (Anm. 68), S. 283 ff.; *Weigend* (Anm. 47), S. 775 m.w.N.

Teils des Strafrechts gibt es handfeste Differenzen. So wird die Reichweite eines Tatbestands nicht unerheblich von der Strafbarkeit des Versuchs, den verschiedenen Formen der Tatbeteiligung wie auch der Strafbarkeit der Begehung durch Unterlassen bestimmt. Um die tatsächliche Vielfalt dieser Regelungen zu ermessen, braucht man nur einen kurzen Blick in die entsprechenden Übersichten zum ausländischen Recht im Lehrbuch von Jescheck zu werfen[86].

Ebensowenig ist der Einfluß des Strafverfahrensrechts und seiner Beweisproblematik auf die materiellrechtlichen Strafbarkeitsmerkmale zu übersehen; denn auch hier sind die Unterschiede beträchtlich, selbst wenn man einmal von der besonderen Problematik der polizeilichen Ermittlungsbefugnisse und der Beweisverbote absieht und nur die gerichtliche Beweisaufnahme für sich betrachtet[87].

In Deutschland haben wir ein Amtsermittlungsverfahren mit einer umfassenden, stark formalisierten Hauptverhandlung von Berufs- und Laienrichtern, in welcher der Unmmittelbarkeitsgrundsatz gilt und die Verteidigung durch Ausübung von Frage-, Erklärungs- und insbesondere Beweisantragsrechten einen sehr starken Einfluß gewinnen kann. Der Prozeßstoff wird dabei von gut vorbereiteten professionellen Akteuren so gründlich aufgearbeitet, daß in komplizierten Materien, wie vor allem im Bereich der Wirtschaftskriminalität, ohne Kooperation der Verteidigung eine auch nur einigermaßen schnelle Verfahrensbeendigung nicht mehr möglich ist. Entsprechend aufwendig müssen daher schon im Vorverfahren die polizeilichen und staatsanwaltlichen Ermittlungen geführt werden, und als entsprechend schwer aufklärbar können sich einzelne materiellrechtliche Tatbestandsmerkmale erweisen.

In England hingegen findet die Beweisaufnahme in einem adversatorischen Verfahren vor Laienrichtern statt, die von dem Verfahrensgegenstand bis zum Beginn der Hauptverhandlung keine Kenntnis haben und in der Hauptverhandlung zwar von einem verfahrensleitenden Berufsrichter instruiert werden, bei der eigentlichen Urteilsberatung aber (auf sich) allein (gestellt) sind. Die Beweise werden von Anklage und Verteidigung kontradiktorisch und aus der Sicht eines einseitig festgelegten Interesses präsentiert, und zwar in einer Weise, die von den Laienrichtern hic et nunc verstanden und verarbeitet werden muß. Komplexe Materien müssen daher drastisch vereinfacht werden, wobei die Verteidigung nicht den Eindruck erwecken darf, durch Obstruktions- und Verzögerungstaktik eine gerechte Verurteilung des Angeklagten verhindern zu wollen. Auch umfangreichere Sachverhalte können auf diese Weise einfacher bewältigt werden, da beide Seiten kein Interesse an einer zu großen Ausdehnung haben. Insbesondere fällt die Aufklärung von Zweifeln über subjektive Tatbestandsmerkmale weitgehend in die Verantwortung des Angeklagten. Auf der anderen Seite bekommen widersprüchliche Zeugenaussagen und atmosphärische Faktoren ein sehr viel stärkeres Gewicht, zumal die Jury aufgrund des sehr fragmentarischen Eindrucks, den die Hauptverhandlung oft bietet, häufig eher intuitiv entscheidet.

Auch in Frankreich gibt es ein Geschworenenverfahren. Allerdings wird die Hauptverhandlung von einem Berufsrichter geleitet, der nicht als neutraler Schiedsrichter auftritt, sondern zur eigenständigen Aufklärung der Wahrheit verpflichtet ist und dadurch die Jury sehr viel

---

86 Vgl. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 527 f., 612 f., 661 f.

87 Zu Nachweisen und weiteren Einzelheiten der nachfolgend angesprochenen Prozeßordnungen vgl. *Perron* (Anm. 28), S. 23 ff., 96 ff., 560 ff., ferner *Nelles*, Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozeßrecht für Europa?, ZStW 109 (1997), S. 727-755, insbes. S. 746 ff.

stärker als sein englischer Kollege beeinflußt. Außerdem gilt der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht in gleicher Strenge wie im deutschen Strafverfahren; vielmehr wird die Beweisaufnahme im wesentlichen durch Bezugnahme auf die Akten des Untersuchungsrichters durchgeführt. Die eigentliche Beweisaufnahme findet in einem weniger formalisierten Verfahren vor dem Untersuchungsrichter statt, wo der Sachverhalt zwar gründlich, aber bei weitem nicht so aufwendig wie in Deutschland aufgearbeitet wird. Auch komplizierte Materien lassen sich dadurch zügig bewältigen.

Ohne die angesprochenen Unterschiede rechtspolitisch werten zu wollen, erscheint doch unverkennbar, daß man in England, Frankreich und Deutschland – um unter Vernachlässigung kaum weniger divergierender Strafrechtsordnungen anderer Länder bei diesen Beispielen zu bleiben – zum Ausgleich von Unterschieden jeweils andere materiellrechtliche Vorschriften einführen müßte, wenn man in der täglichen Strafverfolgungpraxis gleiche Resultate erzielen wollte. Insgesamt dürfte daher schon an diesen wenigen Punkten deutlich geworden sein, daß für eine wirkliche Angleichung des Strafrechts auf europäischer Ebene sehr umfassende Veränderungen notwendig wären, deren tatsächliches Ausmaß auch von den Fachleuten kaum realitätsgerecht abzuschätzen ist[88]. Das soll nicht heißen, daß solche Angleichungen völlig unmöglich wären. Auch sei keineswegs verkannt, daß sich – nicht zuletzt wegen der bisherigen Lückenhaftigkeit der europäischen Gesetzgebung – zumindest durch die Spruchpraxis europäischer Gerichtsinstanzen eine Art „gemeines europäisches Recht", jedenfalls für bestimmte grundlegende Rechtsprinzipien und –institutionen, herausbilden könnte[89]. Solange jedoch beispielsweise Großbritannien nicht einmal für seinen eigenen nationalen Bereich ein sowohl einheitliches wie auch geschriebenes Strafgesetzbuch zuwege gebracht hat[90], erscheint kaum vorstellbar, daß es sich zu einem umfassenden europäischen Strafkodex, und sei es auch nur durch Übernahme eines derartigen Modells, bereit fände.

VI. Ausblick

Dieser ernüchternde Befund muß sicherlich für jeden schmerzlich sein, der sich eine rasche Harmonisierung der verschiedenen nationalen Strafrechtssysteme in Europa erhofft. Wenn auf diese Weise rechtsvergleichende Forschung desillusionierend wirkt, so kann darin freilich auch etwas Positives gesehen werden: Nach der Art eines Frühwarnsystems kann sie vor allem gegenüber einschneidenden Reformvorstellungen mittels Adaptation von fremdem Recht auf fundamentale Strukturunterschiede und unbeabsichtigte Folgewirkungen aufmerksam machen.

Diese Warnfunktion vergleichender Forschung kann gerade in einer Zeit, in der zahlreiche einstmals sozialistische Länder mit einem grundlegenden Umbau ihres Strafrechtssystems beschäftigt sind, nicht ernst genug genommen werden. Wenn tatsächlich zutreffen sollte, daß sich einige Nachfolgeländer aus der ehemaligen Sowjetunion von „Common Law-Missionaren" den Übergang vom traditionellen inquisitorischen zu einem adversatorischen Verfahren haben aufreden lassen, so könnte man einer solchen rechtsvergleichenden Igno-

---

88 Zu den Voraussetzungen einer internationalen Strafrechtsangleichung vgl. *Perron* (Anm. 68), S. 297 ff.

89 Vgl. dazu etwa *Tiedemann*, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, in: Vogler u.a. (Anm. 30), Bd. 2, S. 1411-1440.

90 Zu dahingehenden, aber bislang noch wenig erfolgreich erscheinenden Bemühungen vgl. *Huber*, Landesbericht Großbritannien, in: Eser/Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Bd. 3.1, 1990, S. 479-594 (510 ff.) und Bd. 4.1, 1993, S. 635-744 (678 ff.).

ranz nur mit Fassungslosigkeit gegenüberstehen. Denn wenn ein derartiger Systemwechsel schon in Italien mehr schlecht als recht geglückt erscheint[91], muß in Ländern, in denen die Staatsanwaltschaft eine traditionell starke Stellung hat, während es an einer gleichweise starken und auch funktionierenden Anwaltschaft noch weithin fehlt, ein adversatorisches System zum Scheitern verurteilt sein. Diese – zugegebenermaßen politische – Einschätzung möge weder als grundsätzliche Ablehnung des adversatorischen Verfahrenssystems noch als Plädoyer für ein Weiterfahren in alten inquisitorischen Geleisen verstanden werden; denn daß letztere in eine gute Zukunft führten, ist gleichermaßen zu bezweifeln. Anstelle eines fundamentalen Systemwechsels mit unabsehbaren Nebenwirkungen ließen sich aber unter Berücksichtigung des gesamten sozialen Kontextes einschließlich der gewachsenen Verfahrenskultur auch gewisse Zwischenlösungen denken. Dies um so mehr, als das alte, wahrhaft „inquisitorische" System (in dem Ankläger und Richter weitgehend zusammenfielen) in vielen Ländern bereits durch ein „instruktorisches" System (in welchem dem Richter zwar die Wahrheitsermittlung obliegt, dies jedoch unter starker Mitwirkung der „Parteien" geschieht) abgelöst ist und sich auch manche adversatorische Systeme zur Mitte hin bewegen[92].

Die Chance zur Systemerkenntnis, Systemöffnung und möglicherweise auch Systemüberwindung ist vielleicht sogar das wichtigste Potential, das in rechtsvergleichender Forschung steckt: Sie öffnet die Augen für andere Rechtskulturen und vermag dadurch auch intellektueller Sterilität und gesellschaftlicher Starrheit entgegenzuwirken. Und wenn Rechtsvergleichung in einem positiven Sinne zu „déformations professionnelles" führen würde, so könnte man mit Kötz zwei Dinge nennen: zum einen eine gewisse „Dogmenskepsis" und zum anderen ein ansonsten für Juristen untypisches Maß an „Aufgeschlossenheit gegenüber den anderen Sozialwissenschaften"[93]. Ein solches unvoreingenommenes Suchen nach Wahrheit mit weitgeöffneten Augen für andere Menschen, Länder und deren Gesellschafts- und Rechtssysteme ist gerade in einer Zeit, in der fundamentalistische Bewegungen absolute Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen und dabei nicht zuletzt auch immer wieder die Unterstützung doktrinärer Juristen finden, ein Gebot der Stunde. Bei dieser Wahrheitssuche aber kommt gerade dem Vergleichen allergrößte Bedeutung zu; denn wie schon im Eingangs-Motto des verehrten Jubilars treffend ausgedrückt: „Was für die Naturwissenschaften das Experiment bedeutet, stellt für die anderen Wissenschaften der Vergleich dar"[94]. Daher ist auch im rechtlichen Bereich das Vergleichen die beste Medizin gegen den Aberglauben an absolute Wahrheiten[95].

---

91 Vgl. *Amodio*, Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrensgesetzbuch, ZStW 102 (1990), S. 171-195.

92 Vgl. *Jörg/Field/Prants*, Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?, in: Harding et al. (Anm. 47), S. 41-56.

93 So *Kötz* in einem (bislang nicht veröffentlichten) Vortrag über „Aufgaben und Probleme der Rechtsvergleichung an den juristischen Instituten der Max-Planck-Gesellschaft" anläßlich des 25jährigen Bestehens des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht (Februar 1991).

94 So – mit Berufung auf *Durkheim* (Les règles de la méthode sociologique, 1895) – *Kaiser* (Anm. 57), S. 79.

95 Vgl. dazu bereits *Eser*, in: Max-Planck-Gesellschaft (Hrsg.), Internationalität der Forschung, Berichte und Mitteilungen 1/97, S. 82 f.

ALBIN ESER

AKTUELLE PERSPEKTIVEN TRANSNATIONALEN STRAFRECHTS*

I. AUS DER SICHT DES EUROPÄISCHEN BÜRGERS

Es geschieht nicht alle Tage, dass die Einweihung eines Ministerialgebäudes Justizministerinnen und -minister eines ganzen Kontinents zusammenführt. Es geschieht nicht alle Tage, dass diese Minister weniger zum Verhandeln als vielmehr zum Zuhören zusammenkommen. Und es geschieht nicht alle Tage, dass sich Politiker und andere Praktiker aus dem Bereich der Justiz nicht von ihresgleichen, sondern von einem Theoretiker etwas sagen lassen wollen.

Was aber tut man, wenn so viel Ungewöhnliches einmal am selben Tag zusammentrifft und man selbst die außerordentliche Ehre und Chance hat, die Rolle des Redners zu spielen? Nun, man sucht sich (erstens) ein Thema, das möglichst alle angeht: Das scheint mir im Hinblick auf das die Landesgrenzen überschreitende und in diesem Sinne „transnationale" Strafrecht gegeben zu sein, muss doch nicht zuletzt die strafrechtliche Absicherung des wohl erstmals im Jahre 1977 vom damaligen französischen Präsidenten VALÉRIE GISCARD D'ESTAING beschworenen „Europäischen Rechtsraumes" für alle von Interesse sein, die mit dessen Gestaltung in irgendeiner Weise zu tun haben. Und man sucht sich (zweitens), wenn man nicht einfach bereits Bekanntes repetieren will, einen Blickwinkel, der etwas anders ist als der, den die politisch und praktisch für die Ausarbeitung und Anwendung von transnationalem Strafrecht Verantwortlichen einzunehmen pflegen. Diese andersartige Sicht kann die eines von der strafrechtlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung betroffenen Bürgers oder die eines die Rechtspolitik kritisch verfolgenden Theoretikers, wenn nicht sogar eine Kombination von beiden sein. Wie aber hat man sich einen solchen Beobachter der transnationalen Strafrechtsentwicklung vorzustellen? Kurz gesagt als einen Bürger, der sich einer bestimmten Nation zugehörig und für deren politisches Handeln mitverantwortlich fühlt, der darüber hinaus das Wachsen einer europäischen Identität für begrüßenswert hält und dies nicht als Abschottung gegenüber weitergehender globaler Verantwortung versteht, und der über diese bürgerlichen Eigenschaften hinaus auch professionell mit den hier anstehenden Fragen transnationalen Strafrechts vertraut ist.

Wie wird ein solcher Bürger – und gleiches gilt selbstredend immer auch für die Sichtweise einer solchen Bürgerin – die Entwicklung des transnationalen Strafrechts einschätzen? Ohne dazu bereits auf Einzelheiten einzugehen, wird er einerseits positiv feststellen, dass grenzüberschreitender Verkehr sowohl touristisch wie gewerblich leichter geworden ist, dass Märkte sich über Grenzen hinweg öffnen und zusammenwachsen, dass ethnische Uniformität in steigende Multikulturalität übergeht, und dass damit nationale Grenzen immer mehr an Bedeutung verlieren. Andererseits wird er aber auch besorgt feststellen müssen, dass mit dieser Entwicklung zugleich auch der Kriminalität die Grenzüberschreitung erleichtert wird, dass organisierte Kriminalität unterschiedliche nationale Rechte aus-

---

* Originalbeitrag erschienen in: Rechtsraum Europa – Perspektiven für die Harmonisierung = The European Area of Justice – Perspectives for Harmonisation. Berlin Bundesministerium der Justiz, 2002, S. 53-94.
English Translation in: www.freidok.uni-freiburg.de/vollexte/4758.

zunutzen versteht und dass dabei gerade auch Gemeinschaftsgüter durch unterschiedliche Schutzlücken besonders gefährdet sein können. Deshalb würde er kaum Verständnis dafür haben, wenn transnationaler Kriminalität nicht mit entsprechender transnationaler Strafbarkeit begegnet würde, weil die Strafverfolger unter Umständen an nationalen Grenzen halt machen müssen, die für die zu verfolgenden Kriminellen leicht zu überwinden sind.

Um so mehr könnte sich unser europäischer Bürger beruhigt zeigen, wenn er sich die vielfältigen Aktivitäten transnationaler Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts vor Augen führen lässt: angefangen von bilateralen Rechtshilfevereinbarungen und regionalen Kooperationsnetzen, wie sie beispielhaft von den nordischen Ländern geknüpft wurden, fortschreitend zu multinationalen Kon- ventionen auf der Ebene des Europarats und weiter verfestigt im Rechtsraum der Europäischen Union, bis hinauf zu den Ebenen der OECD und nicht zuletzt der Vereinten Nationen, die mit Einrichtung der Internationalen Straftribunale für Jugoslawien und Ruanda und die überraschend schnelle Ratifizierung des Rom-Statuts für einen ständigen Internationalen Strafgerichtshofs weltweit sichtbare Marksteine transnationaler Strafrechtspflege gesetzt haben.

Dabei wird der europäische Bürger natürlich in besonderer Weise von den vielfältigen Aktivitäten auf den für ihn nicht immer leicht durchschaubaren verschiedenen Rechtsbereichen des Europarats und der Europäischen Union beeindruckt sein, wobei man freilich nicht so weit gehen sollte (wie kürzlich seitens eines deutschen Referenten auf einem deutsch-schwedischen Juristentreffen in Freiburg geschehen), das „europäische Strafrecht" kurzerhand mit dem EU-Strafrecht gleichzusetzen, so als ob nicht auch der Europarat – wie vor allem mit seiner viel älteren „Menschenrechtskonvention" 1950 – bereits gewichtige Beiträge zum supranationalen Strafrecht geleistet hätte, oder als ob nicht auch der Bereich der „Schengen-Staaten" als ein vom EU-Recht zu unterscheidender Rechtsraum anzusehen wäre. Jedenfalls ist inzwischen allein auf europäischer Ebene eine derartige Vielfalt von „Übereinkommen", „Rahmenbeschlüssen", „Gemeinsamen Standpunkten", „Maßnahmenprogrammen" oder wie auch immer sonstige, selbst für den Fachkenner kaum noch unterscheidbare Instrumente des Europarats und der Europäischen Union heißen mögen, vorzufinden, dass der Eindruck von entschlossener Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität entstehen kann. Dieses hoffnungsvolle Bild könnte jedoch leicht an Eindruckskraft verlieren, wenn dem europäischen Bürger bewusst wäre, wie viel oder eher wie wenig von allen diesen transnationalen Konventionen bereits praktisch umgesetzt ist. Wie eine freundlicherweise vom Justizministerium zur Verfügung gestellte aktuelle Recherche ergeben hat, sind von rund zwölf strafrechtlich relevanten Instrumenten der Europäischen Union, von denen bislang überhaupt nur eines in Kraft getreten ist, lediglich weitere fünf zwischen einzelnen Mitgliedstaaten vorläufig anwendbar, und auch bei den rund 20 einschlägigen Vorhaben und Übereinkommen des Europarats sieht es angesichts zahlreicher Vorbehalte auch kaum besser aus. Statt nun darüber in Depressionen zu verfallen, könnte man vielleicht Trost suchen in der von meinem Freiburger Kollegen Heinrich Popitz aus der Soziologie entwickelten These von der „präventiven Funktion des Nichtwissens": Ähnlich wie die Geltungskraft des Strafrechts davon lebt, dass die Bevölkerung nicht weiß, wie oft dessen Verbote übertreten werden, könnte auch die Eindruckskraft von nur virtuell existierenden internationalen Instrumenten gegen die Kriminalität vom irrealen Glauben der Allgemeinheit profitieren. Diese Spekulation möge jedoch keinesfalls als Ermunterung zu eifriger Produktion von symbolischen Rechtsakten verstanden sein; denn treibt man es mit leerem Aktivismus zu weit, so kann das konstruktive Vertrauen in die Schlagkraft internationaler Verbrechensbekämpfung leicht umschlagen in destruktive Staats- und Europaverdrossenheit. Dies um so mehr, wenn der europäische Bürger feststellen muss, dass in man-

chen Fragen internationaler Kooperation der Europarat und die Europäische Union sogar in Konkurrenz miteinander stehen, was zu Doppelregelungen mit unterschiedlichen Reichweiten bis hin zu kontraproduktiven Antagonismen führen kann.

Wem dazu der jüngst in Laeken beschlossene „Europäische Haftbefehl" einfällt, liegt nicht ganz falsch, könnte man doch darin auch eine Art Befreiungsschlag aus dem zähen Ringen um eine effizientere Rechtshilfepraxis sehen.

Jedenfalls bleibt aus der Sicht des europäischen Bürgers folgendes festzuhalten: So wenig er sich bei Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität einerseits mit nur nationalen Alleingängen wird zufrieden geben wollen, so wenig kann ihm andererseits transnationale Hyperaktivität und Kontraproduktivität willkommen sein. Deshalb gilt es das – im positiven Sinne – rechte Mittelmaß zu finden.

Dazu möchte ich aufgrund meiner langjährigen Beschäftigung mit Fragen des transnationalen Strafrechts einen Beitrag leisten, wobei dies im Hinblick auf die horizontalen und vertikalen Koordinaten der Transnationalität in drei Schritten versucht sei: In einem ersten geht es um das horizontale Neben- und Gegeneinander der verschiedenen nationalen Strafrechte, wobei vor allem verschiedenartige Wege der Rechtsanpassung zu betrachten sind. Der zweite – wesentlich kürzere – Schritt gilt der internationalen Kooperation in Strafverfahren. In einem – ebenfalls knapperen – dritten Schritt ist das vertikale Verhältnis von nationaler und supranationaler Strafrechtspflege anzugehen. Bei alledem versteht es sich von selbst, dass in dem hier zur Verfügung stehenden Rahmen nicht alle einschlägigen Probleme angesprochen werden können. Um so mehr hoffe ich, mit den von mir ausgewählten Fragestellungen und Exempeln das Interesse des Auditoriums zu finden.

II. Von Konkurrenz zu Kongruenz nationaler Strafrechte

Wenn man als Parlamentarier oder Regierungsbeamter in Verhandlungen über die Details von internationalen Abkommen steckt, kann man leicht die tieferen Gründe für Meinungsverschiedenheiten wie auch die Ausgangsbedingungen von Konflikten aus dem Auge verlieren. Das mag es erklären, dass bei den verschiedenen Vereinheitlichungs- und Kooperationsbemühungen kaum einmal bewusst zu werden scheint, warum es in der Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität einerseits zu Strafbarkeitslücken, aber andererseits auch zu konflikthafter Konkurrenz zwischen den Strafgewalten verschiedener Länder kommen kann. Deshalb erscheinen zunächst einige Klarstellungen zum „klassischen" Ausgangspunkt des auf dem europäischen Kontinent sogenannten „internationalen Strafrechts" – im Unterschied zum sogenannten „Völkerstrafrecht" – angebracht.

1. Horizontales Neben- und Gegeneinander nationaler Strafgewalten

Wäre die Souveränität des Staates so zu verstehen, dass die Ausübung von staatlicher Gewalt ausschließlich an das eigene Territorium gebunden sei, so wäre das Strafrecht eines Landes auf die Verfolgung von Inlandstaten zu beschränken. Dies hätte zufolge, dass ein von seinem Tatort in Berlin nach London geflohener Räuber einerseits für den Arm der deutschen Justiz nicht mehr erreichbar und andererseits nach englischem Recht, weil Auslandstat, nicht strafbar wäre. Während ein derart strenges Territorialprinzip im Bereich des Common Law erstaunlich lange durchgehalten worden war, hat man auf dem europäischen Kontinent schon seit den italienischen Postglossatoren, wie namentlich von BARTOLUS

im 14. Jahrhundert, immer weniger Scheu gehabt, das nationale Strafrecht über das eigene Territorium hinaus auch auf andere Anknüpfungspunkte, wie insbesondere die Staatsangehörigkeit des Täters oder des Opfers, zu stützen. Auch wenn sich bei dieser Expansion der nationalen Strafgewalt auf Auslandstaten manche Länder eine gewisse Mäßigung auferlegen, indem sie neben der Strafbarkeit nach eigenem Recht auch noch die nach dem Tatortrecht voraussetzen, bleibt zu konstatieren, dass durch unterschiedlich weitgehende Ausdehnungen nationalen Rechts auf exterritoriale Taten ein transnationales Verfolgungsnetz entstanden ist, das an vielen Stellen doppelt und mehrfach genäht ist, gleichwohl aber an manchen Stellen auch Schutzlücken aufweist. Auch wenn nun Strafbarkeitslücken für davon betroffene Rechtsgüter, weil nicht adäquat geschützt, problematisch sein können, braucht dies im Verhältnis der nationalen Strafgewalten zueinander nicht zwangsläufig Konflikte auszulösen. Solche können aber spätestens dann auftreten, wenn auf ein Verbrechen mehrere nationale Strafrechte anwendbar sind, jedes dieser Länder an der Strafverfolgung interessiert ist und damit aus dem Nebeneinander ein Gegeneinander nationaler Strafgewalten wird, wie zum Beispiel in dem Fall, dass ein französischer ETA-Sympathisant in Madrid eine Bombe auf einen Reisebus mit italienischen Touristen wirft und auf seiner Flucht bei einer Zwischenlandung in Frankfurt festgenommen wird. Wenn nun sowohl die spanische Justiz aufgrund des Territorialprinzips, die französische aufgrund des aktiven Personalprinzips und die italienische aufgrund des passiven Personalprinzips die Strafverfolgung nach dem jeweiligen eigenen Recht übernehmen wollten und die deutsche Justiz sich ebenfalls aufgrund des Universalitätsprinzip zur Durchführung des Strafverfahrens berufen sähe, so könnte ein solcher Kompetenzstreit zu ähnlichen zwischenstaatlichen Verstimmungen führen, wie sie aus dem Streit zwischen Deutschland und den USA im bekannten Hamadi-Fall erinnerlich und auch bei den gegenwärtigen Al-Quaida-Attentaten nicht auszuschließen sind, wenn einem Auslieferungsverlangen wegen drohender Todesstrafe nicht entsprochen werden kann. Immerhin kann bei derartigen Konkurrenzen um die Ausübung von Strafgewalt noch eine Gemeinsamkeit im gleichgerichteten Verfolgungsinteresse liegen. Dieser Wettbewerb kann aber durchaus auch in echte Gegnerschaft umschlagen, wenn, wie in einem gerichtsnotorischen Drogenfall streitvoll demonstriert, die Aburteilung durch die Justiz des niederländischen Tatortes von dem eine strengere Drogenpolitik verfolgenden Nachbarn Deutschland als zu milde empfunden und deshalb aufgrund des Universalitätsprinzips die Auslieferung aus dem spanischen Fluchtland betrieben und der bereits Verurteilte hierzulande erneut vor Gericht gestellt wird.

Keine Frage, dass solche Überschneidungen mehrerer Strafgewalten nicht nur zu zwischenstaatlichen Konflikten führen können und insbesondere dort, wo sie eine unterschiedlich strenge Kriminalpolitik verfolgen, auch den Ankläger oder Verteidiger zu einem sogenannten „forum shopping" verleiten könnten. Ebenso wenig ist ein Gerechtigkeitsproblem für den Tatverdächtigen zu übersehen: Nicht nur, dass er bei konkurrierenden nationalen Strafzuständigkeiten der Gefahr mehrfacher Strafverfolgung ausgesetzt ist; vielmehr hat er selbst dann, wenn er durch das Verbot von „ne bis in idem" vor Doppelbestrafung geschützt ist, keine Gewähr dafür, dass er im Falle der Anwendbarkeit mehrerer nationaler Strafrechte im einen wie im anderen Land nach denselben Prozeßgrundsätzen für schuldig oder nicht schuldig befunden wird und ersterenfalls die gleiche Strafe zu erwarten hätte. Es sind also nicht immer gleichlaufende Schutz-, Konflikt- und Gerechtigkeitsaspekte, die zu beachten sind, wenn man von einer Konkurrenz zu einer Kongruenz der nationalen Strafrechte kommen will.

Bevor man dieses Ziel, weil vielleicht naheliegend, am radikalsten durch eine totale Rechtsvereinheitlichung oder wenigstens annäherungsweise durch eine Rechtsangleichung

zu erreichen versucht, möge erst noch ein weniger invasiv in die Substanz der nationalen Rechte eingreifender Lösungsweg überdacht werden, auch wenn dieser letztlich für sich allein nicht genügen möge.

2. Interterritoriale Anwendung nationalen Strafrechts im Rahmen europäischer Territorialität

Hinter diesem komplex erscheinenden Titel steht eine Überlegung, die sich bereits in der auf Initiative der Europäischen Kommission vorgelegten „Etude Comparative sur la protection des intérêts financiers de la Communauté" der belgischen Rechtsvergleicherin CHRISTINE VAN DEN WYNGAERTgedeutet findet, wenn auch kaum befriedigend gelöst. Davon ausgehend, dass es auch in dem zu schaffenden „Europäischen Rechtsraum" weiterhin nationale Strafgewalten geben wird, ist die Studie der Meinung, Kompetenzkonflikte offenbar dadurch vermeiden zu können, dass der Strafjustiz des Ergreifungsortes Vorrang eingeräumt und dies mit einem intraeuropäischen „ne bis in idem"-Grundsatz verbunden wird. Gewiss wären damit Doppelverfolgungen zu verhindern. Wenn man jedoch erreichen wollte, dass es schon gar nicht zu mehrfacher Anwendbarkeit unterschiedlicher nationaler Strafrechte kommen kann, dann wäre deren Geltungsbereich auf ein einziges Anknüpfungsprinzip zu beschränken. Dafür aber käme praktisch nur das nationale Territorialprinzip in Betracht. Das würde bedeuten, dass für die Strafbarkeit ausschließlich das Recht des Tatortes maßgeblich wäre. Damit sich nun diesem der Tatverdächtige nicht einfach durch Flucht in ein anderes EU-Land entziehen könnte, müsste der erste Schritt national-territorialer Selbstbeschränkung mit einem zweiten Schritt europäischer Territorialität verbunden werden, nämlich in der Weise, dass den Mitgliedsstaaten der EU-Strafgewalt über alle auf Unionsterritorium begangenen Straftaten eingeräumt wird und, sofern keine Auslieferung an den Tatortstaat erfolgt, die Verfolgung dem Staat zustehen sollte, auf dessen Territorium der Tatverdächtige sich befindet. Wem diese Konstruktion merkwürdig vorkommt, der möge an die unter dem Namen „interlokales" oder „interterritoriales" Strafrecht bekannten Kollisionsnormen erinnert werden, wie sie für Rechtsräume entwickelt wurden, in denen es teilterritorial unterschiedliche Strafrechtsordnungen gibt. Danach ist innerhalb des gemeinsamen Rechtsraumes jeweils das Strafrecht des Staatsgebiets anzuwenden, auf dem die Tat begangen wurde, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob am Gerichtsort die Tat anders oder vielleicht gar nicht strafbar wäre: Dies jedenfalls so lange, als das Tatortstrafrecht nicht in fundamentaler Weise dem „ordre public" der lex fori widerspricht. Auch wenn diese „interterritorialen" Regeln typischerweise auf föderalem Boden gewachsen sind, stünde in konstruktiver Hinsicht nichts Grundsätzliches entgegen, sie auch auf andere gemeinschaftliche Rechtsräume mit unterschiedlichen Teilrechtsgebieten anzuwenden – vorausgesetzt jedoch, dass es der zugrunde liegenden Ratio entsprechend eine von gegenseitigem Vertrauen beherrschte Anerkennung der jeweils anderen Teilrechtsgebiete gibt. Das aber ist im Grunde die gleiche politische Vorbedingung, von der, wie wir noch sehen werden, letztlich auch andere Formen wechselseitiger Anerkennung von Wertvorstellungen und Rechtsakten der EU-Mitgliedstaaten abhängen.

Doch selbst wenn einmal ein derartiger Grad von gegenseitigem Vertrauen erreicht sein wird, dass bei grenzüberschreitender Kriminalität der Tatortstaat die nach seinem Recht zu beurteilende Tat dem Aufenthaltsstaat des Tatverdächtigen zur Verfolgung überlässt, wären damit nicht schon alle transnationalen Probleme beseitigt. Das betrifft zum einen die grundsätzliche Anwendung von fremdem Tatortstrafrecht durch die Justiz des Aufenthaltsstaates – wobei freilich in dem vielleicht schwierigen Umgang mit dem Strafrecht eines

anderen Landes zugleich die forensische Chance zum Kennenlernen und vielleicht auch subkutanen Rezipieren andersartiger Rechtsvorstellungen liegen könnte. Zum zweiten ist nicht zu übersehen, dass mit einer europäischen Territorialität noch nicht die Erfassung von EU-exterritorialen Taten gelöst wäre, wobei sich freilich dafür, wie hier nicht näher ausgeführt werden kann, gangbare Wege sollten finden lassen. Weitaus schwerer wiegt aber wohl die Feststellung, dass bei der Konstruktion von interterritorialer Anwendung nationalen Strafrechts die Unterschiedlichkeit von Strafbarkeit innerhalb der Europäischen Union fortdauern würde. Wer daher über die Ausräumung von interterritorialen Kollisionen hinaus für die Schaffung eines „Europäischen Rechtsraumes" auch die Schließung von Schutzlücken und den Abbau von unterschiedlicher Strafbarkeit für erforderlich hält, wird um die weitergehende Frage nach einer Anpassung der verschiedenen nationalen Strafrechte nicht herumkommen. Da dies unterschiedlich tiefgehend geschehen kann, ist auch das Pro und Kontra verständlicherweise unterschiedlich groß. Dabei möchte ich mit jener Form von Rechtsanpassung beginnen, die für die Schaffung des angestrebten „Europäischen Rechtsraumes" als selbstverständlich erscheinen könnte und daher eigentlich unproblematisch sein sollte, nämlich:

3. Assimilierung durch Rechtsangleichung zum Schutz gemeinschaftlicher Interessen

Beim Prinzip der sogenannten „Assimilierung" geht es um die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine gegen die Europäische Gemeinschaft gerichtete Tat genauso zu verfolgen, wie sie eine vergleichbare, innerhalb der eigenen Grenzen begangene und ausschließlich nationale Interessen berührende Tat verfolgen würden. Diese nationale Schutzpflicht zugunsten von Gemeinschaftsinteressen hat in der Amsterdamer Fassung von Art. 280 des EG-Vertrages durch entsprechende Koordinierungs- und Kooperationspflichten eine derartige Verstärkung erfahren, dass manche darin ein Harmonisierungsmandat des Europäischen Rates – jedenfalls zur Bekämpfung von Betrügereien gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft – sehen. Nimmt man noch hinzu, dass mit der „dritten Säule" von Maastricht zur „justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen" nach Art. 31 (d) des EU-Vertrages nicht nur „die Vermeidung von Kompetenzkonflikten zwischen den Mitgliedstaaten", sondern nach Art. 31 (e) auch „die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in den Bereichen organisierter Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel" gehöre, so sind damit jedenfalls deutliche Signale in Richtung auf eine gleichgerichtete Kriminalpolitik gesetzt. Wie weit auch immer dabei die Kompetenzen der Europäischen Organe gehen mögen – ein europarechtlicher Streitpunkt, den zu entscheiden ich mich als schlichter Strafrechtler nicht kompetent genug fühle –, wird die Assimilierungspflicht doch nicht mehr sein dürfen als das bloße „Angleichen" der nationalen Rechte. Das aber hat zweierlei zur Folge: Erstens brauchen die angeglichenen Vorschriften nicht völlig identisch zu sein, und zweitens bleiben sie, selbst soweit sie angeglichen sind, nationales Recht.

Gerade darin aber, dass die Assimilierung zu keinen völlig identischen nationalen Normen führen muss und somit die nationalen Strafrechte bis zu einem gewissen Grad unterschiedliche Wege gehen können, wird eine charakteristische Schwäche bloßer Rechtsangleichung gesehen. Dies um so mehr, wenn sich die Assimilierung auf wenige Angleichungsbereiche beschränkt, deren Auswahl gewiss so lange überzeugt, als es um den Schutz der eigenen finanziellen Interessen der Gemeinschaft als solcher geht, wo aber schon dabei verwundert, warum diese Interessen nur vor Betrügereien und nicht auch vor Veruntreuung und Unter-

schlagung geschützt sein sollen. Zudem wird die Auswahl von zu assimilierenden Bereichen um so fragwürdiger, je mehr man über den Bereich ureigener Rechtsgüter der Europäischen Gemeinschaft hinausgeht und auf der Grundlage von Art. 31 EUV auch eine kooperative – und zweckmäßigerweise dann auch assimilierte – Bekämpfung der organisierten Kriminalität, des Terrorismus und des illegalen Drogenhandels angestrebt wird. Nicht als ob die Verfolgung solcher Straftaten innerhalb des Europäischen Rechtsraumes keines vollen Einsatzes der nationalen Strafgewalten bedürftig wäre. Wenn man aber schon den Boden der eigenen EG-Interessen verlässt, kann man leicht auf eine Schiene der Beliebigkeit geraten, die fragen lässt, ob dann nicht konsequenterweise jegliche potentiell grenzüberschreitende Kriminalität innerhalb der Europäischen Union in gleicher Weise zu verfolgen wäre.

Um in diesem Sinne Nägel mit Köpfen zu machen, scheint der Trend dahin zu gehen, in bloßer Assimilierung nicht mehr als nur einen Zwischenschritt auf dem Wege zu einer europaweiten Rechtsvereinheitlichung zu sehen.

4. Rechtsvereinheitlichung als Fernziel eines Europäischen Rechtsraumes

In der Tat scheint es dafür gute Gründe zu geben: angefangen von der praktischen Erwartung, durch ein europaweit einheitliches Strafrecht, bei dem es weder nationale Schlupflöcher noch sonstige sichere Häfen für Kriminelle gäbe, die Sicherheit des Europäischen Rechtsraumes zu erhöhen, bis hin zu der identitätsstiftenden Ideologie, durch die Vereinheitlichung des als charakteristische Verkörperung einer bestimmten Wertordnung zu verstehenden Strafrechts den Europäischen Rechtsraum auch als eine Wertegemeinschaft plakativer präsentieren zu können. Solchen Erwartungen den Boden allein schon mit dem Einwand entzogen zu sehen, dass es derzeit an einer europarechtlichen Kompetenz zur Vereinheitlichung des Strafrechts fehle, wäre zu kurz gedacht; denn selbst wenn und soweit dies, wie wohl auch nach Auffassung der Bundesregierung, zutreffen sollte, läge es in der Hand der zuständigen Gemeinschaftsorgane, einem etwaigen Zuständigkeitsmangel abzuhelfen. Statt sich daher hinter formalen – und notfalls heilbaren – Defiziten zu verstecken, wäre die weitaus fundamentalere Sachfrage zu stellen, ob oder inwieweit man eine europaweite Vereinheitlichung des Strafrechts überhaupt wollen soll. Bei dieser rechtspolitisch zu beantwortenden wie auch zu verantwortenden Frage ist es zudem nur von sekundärer Bedeutung, ob ein einheitliches Strafrecht formal auf supranationaler Ebene angesiedelt wäre oder durch jeweils identisches nationales Strafrecht der Mitgliedstaaten verwirklicht würde. Entscheidend wäre vielmehr allein die inhaltliche Identität eines solchen einheitlichen Strafrechts – im Unterschied zu der zuvor besprochenen Assimilierung und der anschließend noch zu betrachtenden Harmonisierung, wo die verschiedenen nationalen Strafrechte jeweils nur mehr oder weniger weit einander angeglichen werden, ohne völlig identisch zu sein. Versteht man Rechtsvereinheitlichung in diesem letzten strengen Sinne totaler Identität, so erscheinen freilich Zweifel an der rechtspolitischen Weisheit eines solchen Schrittes angebracht.

Das gilt in jedem Falle gegenüber einer totalen Vereinheitlichung, wie sie zwar noch nicht lauthals gefordert, aber letztlich wohl auch dort angestrebt wird, wo man mit ersten sektoralen Schritten beginnen möchte. Um gegenüber solchen hochgesteckten Zielen gleich auf ein ernüchterndes Faktum zuzusteuern, braucht man lediglich auf das Vereinigte Königreich zu blicken, auf dessen englischen und schottischen Territorien unterschiedliches Straf- und Strafprozessrecht herrscht: Wenn es diese britischen Länder trotz jahrhunderte-

langer staatlicher Vereinigung nicht einmal zu einem geschriebenen, geschweige einheitlichen Strafgesetzbuch im kontinentalen Sinne gebracht haben, wie kann man dann ernstlich erwarten, dass sie sich einem europäischen Strafgesetzbuch – gleich ob supranational oder national uniform adoptiert – unterwerfen würden? Diesem Problem dadurch aus dem Weg zu gehen, dass man das Vereinigte Königreich – ähnlich wie beim Euro – sich selbst überlässt und jedenfalls für das übrige Europa ein einheitliches Strafrecht schafft, würde den anzustrebenden Europäischen Rechtsraum eher noch tiefer spalten statt zu einen. Gegenüber solchen plakativ trennenden Gräben zwischen teils strafrechtlich vereinheitlichten und teils unvereinheitlichten Regionen innerhalb desselben Rechtsraumes wären kleinere Unebenheiten eines lediglich assimilierten oder auch nur harmonisierten europäischen Geländes gewiss leichter hinzunehmen. Doch selbst wenn sich alle EU-Länder von der Idee eines einheitlichen europäischen Strafrechtstraumes ergreifen ließen, bleibt hinsichtlich eines solchen Traumes nicht nur praktische Skepsis angebracht, sondern auch der Verlust rechtskultureller Vielfalt zu besorgen. Was die Frage der Realisierbarkeit eines europäischen Strafgesetzbuchs betrifft, so ist nun einmal selbst bei europafreundlicher Grundeinstellung nicht daran vorbeizukommen, dass bei einem Vergleich, wie wir ihn vor einigen Jahren zwischen dem deutschen, dem französischen und dem englischen Strafrechtssystem vorgenommen haben, beträchtliche Unterschiede schon im Zuschnitt der einzelnen Straftatbestände wie auch bei den allgemeinen Zurechnungsregeln zutage treten, ganz zu schweigen von den noch weitaus unterschiedlicheren Regeln im Prozessrecht. Das braucht nicht zu heißen, dass auf einer tieferliegenden Ebene nicht doch dieselben Grundprinzipien vorzufinden wären und bei aller Unterschiedlichkeit ihrer Ausgestaltung letztlich nicht sogar die gleichen Ergebnisse hinsichtlich der Strafbarkeit und ihrer Sanktionierung erreicht würden. Denn wie sich bei einem Forschungsprojekt unseres Max-Planck-Instituts zu einem „Allgemeinen strafrechtlichen Strukturvergleich" abzeichnet, führen verschiedene europäische Strafrechtsordnungen auf teils recht unterschiedlichen Wegen im praktischen Ergebnis zu einem erstaunlich ähnlichen Ende. Ohne auf Details eingehen zu können, haben wir dies an einem Fall getestet, in dem eine Frau aus Gefühlen langjähriger Demütigung, ausweglos erscheinender Zukunft und einer plötzlichen Befreiungschance ihren Mann vorsätzlich tötete: Während nach der Einschätzung der von uns befragten Richter, Staatsanwälte, Verteidiger und Rechtslehrer manche Länder bereits im Schuld- und Strafausspruch entlastende Faktoren berücksichtigen und daher, wie beispielsweise Deutschland, zu einer mittelhohen Strafe kommen würden, war für andere Länder die Vorsätzlichkeit der Tat entscheidend und daher, wie in England, zur Höchststrafe zu verurteilen. Gleichwohl würden die englische Mörderin und die deutsche Totschlägerin letztlich nur die gleiche Zeit zu verbüßen haben, weil spätestens im englischen Vollzugssystem sehr viel von der Härte des Urteils zurückgenommen würde, während der zunächst mildere deutsche Richterspruch in der nachfolgenden Vollzugsphase wesentlich weniger Freiraum für Milderungen ließe. Vielleicht könnte diese Gleichheit im Ergebnis den Schluss nahe legen, dann doch gleich denselben Weg zu gehen. Damit würde jedoch verkannt, dass eine Vereinheitlichung nur auf Kosten des einen Systems zugunsten eines anderen – und wenn ja, dann welchen Systems – möglich wäre, oder dass man sich unter Opferung der traditionellen Systeme zu einem völlig neuen und gleichsam hybriden Strafrechtssystem entschließen müsste. Doch selbst wenn dies zu realisieren wäre, erschiene mir ein einheitliches Europäisches Strafgesetzbuch als zu teuer erkauft, nämlich durch die Preisgabe einer rechtskulturellen Vielfalt, deren Reichtum an Erfahrung und Optionen nicht zu unterschätzen ist. Ich muss gestehen, mit dieser Einsicht noch unter dem Eindruck eines internationalen Kolloquiums zu stehen, das von unserem Max-Planck-Institut Anfang Mai unter dem Titel „Strafjustiz zwischen Fair-

ness und Effizienz" zur Frage von „Convergence and Divergence in Criminal Procedure Systems" veranstaltet wurde. Was dabei – wenn auch gewiss neben manchem Wildwuchs – sowohl einerseits an Abbau von manchen traditionellen Strukturunterschieden – und damit in Richtung Einheitlichkeit – als andererseits auch an rechtspolitisch interessanten Sonderwegen zutage trat, lässt den Gewinn an gleichzeitig nivellierender Einheitlichkeit als gering erscheinen im Vergleich zu dem Verlust an rechtsschöpferischer Phantasie, wie er von miteinander kompetierenden Rechtssystemen erwartet werden kann. Der Europäische Rechtsraum als ein offenes multikulturelles Experimentierfeld anstelle eines uniform geschlossenen Zweckbaues: das sollte die rechts- und europapolitische Devise sein. Weil es dabei nicht zuletzt auch um die verschiedenartigen Rechtssprachen – sowohl in linguistischem als auch gesetzestechnischem Sinne – geht, mag noch eine vielleicht ungewöhnliche, aber nicht ganz fern liegende Parallele angesprochen sein: Wie viele internationale Konflikte und kriegerische Auseinandersetzungen hätten vermieden werden können, wenn man den Menschen ihre angeborene Sprache belassen hätte. Gegenüber gewachsenen Rechtskulturen ist nicht weniger Empathie am Platz.

Es wäre nicht verwunderlich, wenn diesem – vielleicht wenig europafreundlich erscheinenden – Vorbehalten entgegengehalten würde, dass es doch ohnehin nicht ernsthaft um eine totale Rechtsvereinheitlichung gehen könne, eine solche aber doch wenigstens für gewisse Teilbereiche möglich sein müsste. Doch auch für solche sektoralen Lösungen bleibt praktisch nur wenig Raum. So wird man einheitliche Straftatbestände sicherlich noch am ehesten beim Schutz von Eigeninteressen der Europäischen Gemeinschaft in Erwägung ziehen können, so wie dies das bekannte „Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union" gegenüber verschiedenen Formen von Betrug, Bestechung, Missbrauch von Amtsbefugnissen, Geheimnisverletzungen, Geldwäsche und der Bildung einer kriminellen Vereinigung zum Schaden des Gemeinschaftshaushalts vorgeschlagen hat. Ohne das Verdienst dieses auch vom Europäischen Parlament grundsätzlich begrüßten Bemühens unterschätzen zu wollen, wird doch schon in formaler Hinsicht das Bemühen des Corpus Juris, offenbar unterschiedlichen Rechtstraditionen kompromisshaft Rechnung zu tragen, durch eine wenig konsistente Gesetzestechnik erkauft. Zudem können gerade bei nur sektoralem Vereinheitlichen von Straftatbeständen Friktionen mit verwandten nationalen Straftatbeständen auftreten, ganz zu schweigen davon, dass die transnationale Fassung der Tatbestände ihrerseits im Kontext der möglicherweise unterschiedlichen allgemeinen Vorschriften des nationalen Straf- und Strafverfahrensrechts zu sehen wäre. Oder wenn beispielsweise in einem Rechtssystem das Opportunitätsprinzip (im Sinne von "discretionary prosecution") gilt, kann man bei der Schaffung von Strafvorschriften großzügiger verfahren, weil möglichen Ausuferungen der Strafbarkeit durch das Verfolgungsermessen der Staatsanwaltschaft Einhalt geboten werden kann. Wird ein Rechtssystem dagegen vom Legalitätsprinzip (im Sinne von „mandatory prosecution") beherrscht, dann werden Straftatbestände von vornherein schärfer einzuengen sein, weil möglichen Ausweitungen schwerlich mit prosekutorischem Ermessen begegnet werden könnte.

Von daher gesehen ist es durchaus verständlich, dass sich die Verfasser des Corpus Juris – und entsprechendes gilt auch für den von meinem Freiburger Fakultätskollegen TIEDEMANN initiierten Entwurf für sogenannte „Euro-Delikte" – nicht schon mit der Aufstellung von besonderen Straftatbeständen zufrieden geben wollten, sondern auch einheitliche Regeln für die strafrechtliche Verantwortlichkeit meinten entwickeln zu sollen. Doch auch mit solchen notwendigerweise bruchstückhaften Teilregelungen werden Friktionen mit unterschiedlichen nationalen Rechten lediglich verschoben, aber nicht behoben. Es sind

jedoch beileibe nicht nur solche systemverzerrenden Auswirkungen, die von den sektoralen Interventionen des Corpus Juris für das nationale Recht zu gewärtigen sind; kaum weniger beunruhigend ist die Befürchtung, dass schon bloße Teilregelungen, wie für das Corpus Juris von dessen maßgeblicher Editorin MIREILLE DELMAS-MARTY mit entwaffnender Offenheit postuliert, als „trojanisches Pferd" für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Straf- und Strafverfahrensrecht dienen könnten. Gewiss könnten mit einer solchen Gesamtvereinheitlichung manche Friktionen entfallen; doch würde dies wiederum auf jene Uniformität hinauslaufen, deren Erwünschtheit bereits zuvor in Zweifel zu ziehen war und in Gestalt des Corpus Juris offenbar auf immer weniger Gegenliebe stößt. Dabei dürfte nicht zuletzt die Angst vor Majorisierung auf Kosten von Multikulturalität eine Rolle spielen, wie sie sinngemäß auf dem bereits erwähnten deutsch-schwedischen Juristentreffen zum Ausdruck kam: „Der Allgemeine Teil des Corpus Juris ist typisch deutsch, das Prozessrecht verrät eine französische Handschrift. Von unserer eigenen Rechtsordnung vermögen wird darin nichts zu erkennen". Müssen nun solche Klagen und Bedenken heißen, dass alle Hoffnungen auf eine größere Kongruenz des Strafrechts im europäischen Rechtsraum aufzugeben sind? Eine solche Resignation wäre verfrüht; denn noch bleibt ein dritter Weg zu prüfen, der unter Verzicht auf volle Uniformität gleichwohl zu mehr Rechtsgleichheit im Europäischen Raum führen kann, nämlich mittels:

5. Kompatibilität und Optimierung durch Harmonisierung

Vor dem Ergreifen dieses Rettungsankers ist jedoch eine Warnung auszusprechen: Wenn es um die Herstellung eines Europäischen Rechtsraumes geht, ist auch der Ruf nach Harmonisierung des Rechts nicht weit, scheint diese doch einerseits den Abbau von Rechtsungleichheit zu verheißen, ohne andererseits volle Rechtsvereinheitlichung anzustreben. Schaut man sich jedoch etwas genauer an, was unter „Harmonisierung" so alles verstanden werden kann, so scheint der Begriff der Harmonisierung selbst erst einer Harmonisierung zu bedürfen. Statt sich mit ohnehin meist recht diffusen Interpretationsversuchen aufzuhalten, möchte ich ohne weitere Umschweife kundtun, wie meines Erachtens eine Harmonisierung der nationalen Strafrechte in einem Europäischen Rechtsraum zu erfolgen hätte. Dabei sehe ich mich einerseits einig mit allen, für die Harmonisierung nicht bis zu voller Rechtsvereinheitlichung zu gehen braucht; und da bin ich andererseits unzufrieden mit jenen, die lediglich von Angleichung reden, ohne dafür ein Ziel oder einen Maßstab anzugeben. Auch wenn Harmonisierung ohnehin nicht unbesehen gleichartig für alle Regelungsbereiche erfolgen kann, sondern letztlich immer von dem jeweils anzugleichenden Regelungsbereich abhängen wird, lassen sich doch zumindest zwei allgemeine Leitlinien benennen: Die eine muss in der Herstellung von Kompatibilität zwischen den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen liegen, und die andere darf sich nicht nur, wie es meist heißt, mit der Schaffung von Mindeststandards begnügen, sondern muss vielmehr auf Optimierung des Bestehenden ausgerichtet sein, wenn nicht der Europäische Rechtsraum zu einer nivellierenden Gefällstrecke verkommen soll. Eine solche Art von Harmonisierung hat im wesentlichen in drei Schritten zu erfolgen:

- In einem ersten durch Festlegung der zu erreichenden Regelungsziele durch die zuständigen EU-Gremien mittels der dafür vorgesehenen Instrumente, wie sie beispielsweise in Form von „Gemeinsamen Standpunkten" bis hin zu „Übereinkommen" in Art. 34 des EUV genannt sind. Diese Zielbestimmung muss für alle zu harmonisierenden Rechtsordnungen sowohl einheitlich als auch auf Optimierung ausgerichtet sein. Das heißt, dass sich das zu erreichende Gemeinschaftsziel nicht einfach am kleinsten gemeinsamen Nenner der möglicherweise unterschiedlich

hohen nationalen Regelungsstandards ausrichten darf, sondern ein Niveau anzustreben hat, das die Gemeinschaftsziele bestmöglich zu verwirklichen erforderlich und geeignet erscheint. Auf dieser Ebene der allgemein verbindlichen Zielbestimmung, zu der nicht zuletzt auch die Einigung auf eine gemeinsame Kriminalpolitik zu erfolgen hätte, ist optimale Einheitlichkeit das Gebot.

- Dieser Zielsetzung haben in einem zweiten Schritt die Mitgliedstaaten ihr nationales Straf- und Prozessrecht entsprechend anzupassen. Auf welchem Wege und mit welcher Methode diese Umsetzung geschieht, kann den nationalen Gesetzgebungen mit ihren möglicherweise unterschiedlichen Rechtskulturen und Gesetzestechniken jedenfalls so lange überlassen bleiben, als gleichsam „unter dem Strich" das allgemein vorgegebene gleiche Ziel erreicht wird. Gewiss können dabei auch „Modellstrafgesetzbücher" hilfreich sein, da sie, ohne unbedingt wörtlich übernommen werden zu müssen, immerhin Leitlinien für Anpassungen aufzeigen können. Bis zu diesem Grad, aber wohl zu Recht nicht darüber hinaus, will offenbar auch die deutsche Bundesregierung dem „Allgemeinen Teil" des Corpus Juris Modellcharakter zugestehen. Auf dieser methodischen Ebene des Umsetzungsweges braucht es somit weniger auf Gleichartigkeit anzukommen, wohl aber bleibt auf jeden Fall funktionale Gleichwertigkeit im Hinblick auf das zu erreichende Ziel anzustreben.
- In einem dritten Schritt, wenn nicht vielleicht sogar bereits parallel zum vorgenannten zweiten, ist seitens der zuständigen Gemeinschaftsorgane jeweils zu überprüfen, inwieweit die nationalen Anpassungen den vorgegebenen Zielen entsprechen und die Kompatibilität mit den anderen Rechtsordnungen gewährleistet erscheint. Das bedeutet, dass bei allem Verständnis für nationale Vielfalt der Regelungswege diese nicht soweit voneinander abweichen dürfen, dass sie im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr miteinander unvereinbar sind oder in der Verfolgungspraxis möglicherweise sogar einander zuwiderlaufen. Solchen Verfehlungen des gemeinschaftlichen Ziels müssen die zuständigen Gemeinschaftsorgane kontrollierend entgegentreten und korrigierend auf miteinander kompatible Anpassung hinwirken dürfen.

Als konkretes Beispiel eines mittlerweile offenbar glücklich verlaufenden ersten Harmonisierungsschrittes mag der angestrebte Rahmenbeschluss zur Festlegung von Mindesthöchststrafen dienen. In diesem Punkt gehen die nationalen Strafgesetzbücher bekanntlich erheblich auseinander. So ist – um nur wenige Divergenzen zu nennen – die in den meisten Ländern mögliche lebenslange Freiheitsstrafe in anderen Ländern völlig abgeschafft und daher Freiheitsstrafe nur bis zu 25 (wie in Portugal) oder gar nur 21 Jahren (wie in Norwegen) möglich. Aber selbst in Ländern mit lebenslanger Freiheitsstrafe wird diese praktisch nie gänzlich vollstreckt. Während des weiteren in manchen Ländern keinerlei Mindeststrafe vorgesehen ist, sind andere für ihre zahlreichen Abstufungen und Strafrahmen bekannt. Nimmt man noch hinzu, dass manche Länder zudem teils außergewöhnlich weitgehende Vollzugslockerungen ermöglichen, so bietet sich ein derartiges Bild von Uneinheitlichkeit der Bestrafungssysteme, dass es jedenfalls bei Straftaten gegen Gemeinschaftsgüter unerträglich wäre, wenn je nach Gerichtsort die Strafe höchst unterschiedlich ausfallen könnte. Dass dem in der Praxis allerdings keineswegs so sein muss, lässt die bereits erwähnte Strukturanalyse des Max-Planck-Instituts samt einer Vergleichsstudie zwischen Strafzumessung in Deutschland und Frankreich erkennen, wonach trotz unterschiedlicher Strafrahmen unter Mitberücksichtigung der Strafvollstreckungspraxis letztlich meist gleich hohe

Strafen für dieselbe Art von Tat herauskommen. Gleichwohl erscheint es generalpräventiv sinnvoll, dass die vorzusehenden Höchststrafen, so hoch oder niedrig sie in den verschiedenen Ländern auch sein mögen, jedenfalls ein bestimmtes Minimum nicht unterschreiten dürfen. Statt nun dafür entweder einheitliche Mindestzahlen festzusetzen oder für das nationale Strafgefüge proportionale Stufungssysteme vorzuschreiben, wie dies im Rat der Justiz- und Innenminister zeitweilig zur Diskussion stand, scheint mir das nunmehr favorisierte System von vier verschiedenen Strafniveaus mit Spannen für die Mindesthöchststrafen als der bisher beste Weg, um sowohl ein akzeptables Maß an Angleichung zu erreichen und gleichzeitig den Mitgliedstaaten den erforderlichen Handlungsspielraum zu belassen.

Durch eine solche Art von Harmonisierung wird man sicherlich auch in anderen Bereichen der hier auszulotenden Kongruenz nationaler Strafrechte näher kommen können. Das dabei hingenommene Zurückbleiben hinter voller Einheitlichkeit und kollisionsfreier Anpassung hat freilich auch seinen Preis: Im horizontalen Nebeneinander der nationalen Strafrechte werden nach wie vor teils konkurrierende Überlappungen und teils auch mögliche Schutzlücken bleiben, die auf der Ebene nationaler Legislation im Bereich des materiellen Strafrechts allein nicht zu beheben, sondern auf der nächsthöheren Ebene internationaler Kooperation in Strafverfahren anzugehen sind.

III. Von nationaler Souveränität zu internationaler Kooperation in Strafverfahren

Wenn die allgemeine Einschätzung des Strafrechts als ein besonders starker Ausdruck nationaler Souveränität richtig ist, dann wird verständlich, dass die Begrenzung oder gar Aufgabe eigener Strafgewalt besonders schwer fällt. Deshalb bleibt sowohl zur Ausräumung von transnationalen Strafbarkeitskonkurrenzen als auch zur Schließung von „sicheren Häfen für Kriminelle" praktisch kein anderer Weg als die Bereitschaft zu Souveränitätseinbußen in Form von einvernehmlicher zwischenstaatlicher Zusammenarbeit. Wie im natürlichen Leben einer Familie oder Hausgemeinschaft gegenseitige Rücksichtnahme geboten ist, so ist kaum weniger Selbstbeschränkung vonnöten, wenn man sich in einem „Europäischen Haus" einzurichten versucht. Soll daher das Reden von einem „Europäischen Rechtsraum" mehr sein als feiertägliches Pathos, darf man im alltäglichen Umgang nicht ständig die Souveränitätsfahne vor sich hertragen. Nun könnte diese Befürchtung vielleicht schon allein durch die beeindruckend große Zahl von internationalen Instrumenten widerlegt erscheinen, mit denen beispielsweise die klassische Auslieferung erleichtert, die verschiedenen Formen der sogenannten „sonstigen" oder „kleinen Rechtshilfe", wie insbesondere zur Beweisbeschaffung, erweitert, teils sogar der ganze Transfer von Verfahren eröffnet oder immerhin die Überstellung zur Strafvollstreckung ermöglicht werden sollen. Schaut man sich diese Kooperationsliste freilich etwas genauer an, so ist mit einiger Ernüchterung festzustellen, dass nicht wenige dieser Rechtsakte sowohl auf der Ebene des Europarats als auch der Europäischen Union trotz teils lang zurückliegender Beschließung mangels ausreichender Ratifizierungen noch gar nicht oder nur unvollständig in Kraft getreten sind. Auch wenn gleichwohl in der Praxis bereits teilweise oder bilateral danach verfahren wird, muss die zögerliche Inkraftsetzung bedenklich stimmen. Statt sich bei der Ursachenforschung mit vielleicht lästigen Förmlichkeiten oder vorgeschobenen Schwierigkeiten aufzuhalten, möchte ich direkt auf das Grundproblem zusteuern, das schon im Maßnahmenprogramm des Europäischen Rates vom November 2000 als „Eckstein" der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen identifiziert wurde: die gegenseitige Anerkennung von Rechtsakten.

Obgleich eine solche Forderung, zumal für einen einheitlichen Rechtsraum selbstverständlich erscheinend, schon länger in der Luft lag, wurde doch wohl erstmals auf der Ratssitzung von Tampere vom Oktober 1999 ausdrücklich postuliert, dass „Urteile und Entscheidungen ... in der gesamten Union anerkannt und vollstreckt werden (sollten)". Auch wenn dies „unter Wahrung der grundlegenden Rechtssicherheit der Bürger und der Wirtschaftsteilnehmer" geschehen soll, so könnte doch mit der geforderten Anerkennung und Vollstreckung von Rechtsakten anderer Mitgliedstaaten ein jurisdiktioneller Rubikon überschritten werden: Wurde Rechtshilfe im Strafrecht traditionell lediglich als die Unterstützung fremder Strafverfolgung verstanden, so wird letztere durch die Übernahme zugleich zur eigenen. Dies jedenfalls dann, wenn die strafrechtliche Entscheidung des einen Mitgliedstaates unmittelbare Wirkung in jedem Mitgliedstaat mit entsprechender Vollzugspflicht auslösen würde. Dass ein solcher Automatismus aber offenbar selbst dem Europäischen Rat nicht geheuer wäre, dürfte seinem bereits erwähnten „Maßnahmenprogramm" zu entnehmen sein, wo nur noch von einem „Grundsatz der Umwandlung" und seiner zu prüfenden Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung die Rede ist.

Es könnte nicht verwundern, wenn der damit eröffnete Interpretationsspielraum mit gegenläufigen Tendenzen ausgenutzt würde: so in Richtung möglichst weitgehender Bindung an die getroffene Entscheidung des fremden Justizorgans von jenen, die im Interesse zügiger und weiteren Verfahrensaufwand ersparender Durchsetzung von Verfolgungsmaßnahmen eigene Souveränitätsrücksichten hintanstellen würden; dagegen im Sinne einer nach wie vor erforderlichen Transformation in das eigene Recht von jenen, die sich die Letztentscheidung über die Durchführung eines fremden Verfolgungsentscheids – aus welchen Gründen auch immer – vorbehalten möchten. Wohin die Reise geht, wird vor allem an zwei Weichenstellungen zu erkennen sein: in formaler Hinsicht anhand der mehr oder weniger weitgehenden Einräumung von Prüfungskompetenzen und Versagungsgründen, in materieller Hinsicht anhand des Insistierens oder Verzichtens auf beiderseitige Strafbarkeit. Beide Kriterien hängen letztlich davon ab, welchen Grad von Vertrauen die Mitgliedstaaten der EU einander entgegenzubringen vermögen. Solange man in Form von eigenen Prüfungskompetenzen eine Art von Türkontrolle fordert, kann von einer echten europäischen Hausgemeinschaft noch keine Rede sein. Und solange man auf beiderseitiger Strafbarkeit beharrt, bleibt der andere Staat ein mit Misstrauen zu beäugender Fremder, statt ihm als europäischem Familienmitglied gewisse Eigenheiten zuzugestehen.

Ich weiß: solche Einwände sind leichter erhoben als behoben. Auch bin ich mir bewusst, dass übereilte Vertrauensbekundungen im Enttäuschungsfalle statt konstruktiver Kooperation kontraproduktive Konfrontation auslösen können. Deshalb mag die Politik in der Tat gut beraten sein, bei der gegenseitigen Anerkennung von strafrechtlichen Entscheidungen schrittweise und bereichsspezifisch vorzugehen. Doch darf dabei keinesfalls als Letztziel aus dem Auge verloren werden, den Europäischen Rechtsraum als eine Kooperative von nationalen Strafgerichtsbarkeiten zu gestalten, die ihre Rechtsakte gegenseitig anerkennen und erforderlichenfalls selbst dann vollstrecken, wenn im Sinne von Vielfalt in Einheit die nationalen Strafbarkeitsbereiche nicht deckungsgleich sein sollten. Ein solches gegenseitiges Vertrauen ist um so eher zu erreichen, je mehr es zu einer Harmonisierung des Strafrechts und dabei nicht zuletzt auch des Strafprozessrechts kommt; denn um nur zwei Beispiele zu nennen, wird man sowohl bei Vollziehung von Zwangsmaßnahmen wie auch bei Zulassung von ausländischen Verfolgungsorganen auf dem eigenen Territorium um so offener sein können, je besser die wesentlichen Prozessprinzipien und die Grundrechte der Betroffenen gewährleistet erscheinen.

Natürlich wäre es reizvoll gewesen, vor diesem Hintergrund die ersten drei konkreten Schritte zur Verwirklichung des Anerkennungsprinzips näher zu beleuchten: So den „Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten", ferner den „Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die Vollstreckung von Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismittel in der Europäischen Union" sowie den „Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen". Die knappe Zeit lässt jedoch nicht mehr zu als die Feststellung, dass in dem vorgeschlagenen Europäischen Haftbefehl ein mutiger Schritt in die richtige Richtung zu sehen ist, auch wenn manche Voraussetzungen und Einschränkungen noch der Absicherung und Feinabstimmung bedürfen. Wie auch immer das Ergebnis letztlich aussehen wird, hat damit jedenfalls die Entschlossenheit zu verstärkter internationaler Kooperation in Strafsachen einen kräftigen Schub erfahren.

Gleichwohl bleibt die Frage, ob eine zwischenstaatliche Kooperation auf gleichgeordneter Ebene auf Dauer genügen kann, oder ob diese horizontale Zusammenarbeit nicht auch noch in vertikaler Weise zu verstärken wäre. Damit stellt sich in meinem dritten Schritt die Frage nach einem Übergang:

IV. Von nationaler Exklusivität zu supranationaler Komplementarität der Strafgerichtsbarkeit

Dabei geht es um das vergleichsweise neue Phänomen, dass sich Nationalstaaten im Zuge gleichrangiger Zusammenarbeit nicht nur Selbstbeschränkungen auferlegen, sondern sogar unter echten Souveränitätseinbußen Strafgewalt an eine übergeordnete Instanz abgeben. Wenn dies, wie derzeit in geradezu spektakulärer Weise mitzuerleben, für einen Internationalen Strafgerichtshof geschieht, so kann dabei als „international" eigentlich nur noch die Entstehung aufgrund eines zwischenstaatlichen Vertrages bezeichnet werden, während der daraus hervorgehende Gerichtshof als ein „supranationales" Produkt zu verstehen ist, da er ein Strafverfahren unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen den Willen einer nationalen Strafgewalt an sich ziehen kann und insofern dieser übergeordnet ist. Obgleich diese Überlagerung nationaler Exklusivität der Strafgerichtsbarkeit leicht einen eigenen Beitrag ausfüllen könnte, müssen hier einige skizzenhafte Perspektiven genügen.

1. Auf europäischer Ebene

Soweit es um den europäischen Raum geht und man dabei unter Strafjustiz nicht nur die Gerichte, sondern auch die Verfolgungsorgane versteht, sind bereits verschiedene mehr oder weniger supranationale Institutionen vorzufinden. Das gilt für EUROPOL als der derzeit wohl am meisten bekannten, hinsichtlich seiner Macht und rechtsstaatlichen Kontrollierbarkeit aber wohl immer noch weithin verkannten Einrichtung. Das gilt ferner für die wohl nur in Fachkreisen bekannt gewordene UCLAF, die in OLAF, dem „Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung", eine Nachfolgeorganisation gefunden hat. Und hierher wird schließlich auch das Projekt EUROJUST zu rechnen sein, das zunächst – in gewisser Konkurrenz zu EUROPOL – lediglich als eine auf die justitiellen Bedürfnisse zugeschnittene Dokumentations- und Clearingstelle gedacht war, neuerdings aber auch mit den Bemühungen um eine Europäische Staatsanwaltschaft in Verbindung gebracht wird.

Nachdem ein dahingehender Vorschlag des Corpus Juris von 1997 auf der Regierungskonferenz von Nizza im Dezember 2000 noch keine Unterstützung gefunden hatte, sah sich die

Europäische Kommission durch die terroristischen Attacken vom 11. September 2001 dazu veranlasst, ein „Grünbuch" zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vorzulegen. Auch wenn die zugrundeliegende Konzeption einer im wesentlichen mit den nationalen Behörden vernetzten Europäischen Staatsanwaltschaft im Interesse einer wirksameren Bekämpfung transnationaler Straftaten grundsätzlich zu begrüßen ist, sollte doch die vorgesehene Ausgestaltung einmal mehr ein warnendes Beispiel dafür sein, wie die Einführung einer an sich nützlichen Institution problematische Auswirkungen auf die übrige Struktur des Strafprozesses haben kann. Das gilt, um nur ein Beispiel zu nennen, für das „Prinzip der gegenseitigen Zulassung von Beweismitteln". Wenn dadurch die im einen Land erhobenen Beweise einer eigenen Kontrolle durch die Justizorgane der anderen Länder entzogen sein sollen, so muss das zu einer weitgehenden Substitution des Zeugenbeweises durch den Urkundenbeweis führen.

Während dies für die französische Strafverfahrenspraxis nichts Ungewöhnliches wäre, würde es für die deutsche Strafjustiz eine weitgehende Preisgabe des hierzulande sehr hochgehaltenen Unmittelbarkeitsprinzips bedeuten und möglicherweise die Aushöhlung des Beweisantragsrechts der Verteidigung zur Folge haben. Weitere Kritikpunkte sind in einer Studie zu finden, die vor kurzem von unserem Max-Planck-Institut im Auftrag des Europäischen Parlaments zum „Grünbuch" erstellt wurde. Deshalb sollte man sich auch nicht über eine kritische Stellungnahme von Seiten deutscher Strafrechtslehrer wundern, die am letzten Tag einer sehr knapp bemessenen Äußerungsfrist der Europäischen Kommission vorgelegt wurde.

Noch verständlichere Skepsis dürfte gegenüber Vorstellungen eines eigenen Europäischen Strafgerichtshofs zu erwarten sein. Selbst wenn – oder gerade wenn – ein solcher Gerichtshof auf die Verfolgung von sogenannten „Euro-Delikten" beschränkt bleiben sollte, wäre zu fragen, ob sich ein solcher institutioneller und personeller Aufwand lohnen würde. Statt dessen wäre besser der zuvor erwogene interterritoriale Einsatz nationaler Strafgerichtsbarkeit im Rahmen europäischer Territorialität in Betracht zu ziehen. Auch soweit es durch die nationalen Gerichte zu divergierenden Entscheidungen kommen sollte, würde es zur Gewährleistung der gewünschten Rechtssicherheit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht unbedingt eines eigens dafür zu schaffenden Europäischen Strafgerichts bedürfen. Vielmehr könnte eine Alternative darin bestehen, den bereits existenten Europäischen Gerichtshof mit der verbindlichen Auslegung strittiger Rechtsfragen zu betrauen, wobei man sowohl an Vorabentscheidungen der bereits praktizierten Art als auch – etwa in Anlehnung an bewährte deutsche Vorbilder – an Vorlageverfahren zur Vermeidung divergierender Entscheidungen denken könnte. Als eine vielleicht sogar noch bessere Alternative käme ein aus Mitgliedern der nationalen Höchstgerichte zu bildendes Plenum in Betracht, wobei die Federführung – beispielsweise – bei jenem Plenumsmitglied liegen könnte, dessen nationale Gerichtsbarkeit von bereits ergangener Rechtsprechung abweichen will. Dies mag in den Augen traditioneller Völker- und Prozessrechtler ein kühner Vorschlag sein. Aber der Ausbau des Europäischen Rechtsraums braucht nun einmal außer Geld auch rechtspolitische Phantasie.

2. Auf globaler Ebene

Angesichts dieser Reserven gegenüber einer übereifrigen Supranationalisierung der europäischen Strafjustiz könnte es überraschen, dass ich mich mit um so größerer Entschiedenheit für den Aufbau einer globalen Strafjustiz ausspreche. Dies ist sowohl aus dem besonderen Charakter der infragestehenden Vökerrechtsverbrechen als auch der angestrebten

Komplementarität von nationaler und supranationaler Strafgerichtsbarkeit zu erklären. Dazu an dieser Stelle nur so viel:

Anders als bei den sogenannten Euro-Delikten, wo im Grunde nur wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel stehen, so wichtig diese auch für den Bestand einer Europäischen Rechtsgemeinschaft sein mögen, geht es bei den von bereits bestehenden internationalen Tribunalen für Jugoslawien und Ruanda und dem im Entstehen begriffenen Internationalen Strafgerichtshof um den Schutz des Menschen und der Menschheit gegen die Zerstörung von Menschlichkeit und Frieden. Angesichts dieser globalen Natur der Verbrechen als auch der gleichermaßen global zu verantwortenden Bekämpfung muss es eine Gerichtsbarkeit geben, der die Letztverantwortung für eine gerechte Strafjustiz anvertraut ist, die sie erforderlichenfalls auch gegenüber nationalen Strafgewalten muss durchsetzen können. Eine solchermaßen supranationale Strafgerichtsbarkeit schließt nicht aus, die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen primär den nationalen Strafgewalten zu überlassen, solange gewährleistet bleibt, dass diese gleichsam im Sinne globaler Gerechtigkeit tätig werden und dass im Falle mangelnden Wollens oder Könnens der nationalen Strafgerichtsbarkeit das supranationale Strafgericht in Wahrnehmung seiner Letztverantwortlichkeit das Verfahren an sich ziehen kann. Eine derartige „Komplementarität" von nationaler und supranationaler Strafgerichtsbarkeit erscheint mir im Rom-Statut auf eine nahezu wundersame Weise verwirklicht. Damit diese komplementar-globale Strafjustiz die erhoffte Wirkung entfalten kann, ist vor allem zweierlei anzustreben:

Zum einen sollte sich möglichst kein Land der Welt der supranationalen Strafjustiz verweigern. Dies namentlich den Vereinigten Staaten von Amerika gegenüber immer wieder in Erinnerung zu rufen, sollten sich als deren engste Verbündete gerade die Länder Europas in besonderer Weise berufen und verpflichtet fühlen. Wenn es richtig ist, wie vom amerikanischen Präsidenten immer wieder betont, dass sich die Terrorakte vom 11. September 2001 nicht nur gegen das amerikanische Volk, sondern gegen die Menschheit als ganzer richteten, dann kann auch deren Verfolgung keine rein nationale Sache sein, sondern ist zugleich als Wahrnehmung globaler Strafgerechtigkeit zu verstehen. Auch kann es dann nicht genügen, sondergerichtliche Strafverfahren auf fragwürdige Weise gerade noch mit der US-Constitution in Einklang zu bringen; vielmehr wäre dann der Weltöffentlichkeit ein beispielgebendes Höchstmaß an Menschenrechtlichkeit und unparteilicher Fairness zu präsentieren.

Zum anderen bleibt aber auch für jene Länder, die sich dem Internationalen Strafgerichtshof bereits angeschlossen haben, auch noch das eigene Haus zu bestellen, indem das nationale Recht erforderlichenfalls an die Vorgaben des Rom-Statuts anzupassen ist. Wie schon in ihrem entschlossenen Einsatz für die Einrichtung des Gerichts, ist die Bundesrepublik Deutschland auch auf dem Weg der Implementation des Statuts in das nationale Recht in vorbildlicher Weise vorangegangen, indem es jüngst ein Völkerstrafgesetzbuch vorgelegt hat, das auch anderen Ländern, falls gewünscht, als Modell dienen könnte.

3. Internationales und supranationales „ne bis in idem"

Ohne darauf näher eingehen zu können, wäre schließlich auch noch das Verbot der Doppelbestrafung zu erwähnen. Je dichter das Netz nationaler, internationaler und supranationaler Strafverfolgung wird, desto mehr läuft ein Tatverdächtiger das Risiko, mehrfach vor Gericht gestellt zu werden. Um auch in dieser Hinsicht „Komplementarität" der Strafjustiz durch Verhinderung von Übermaß zu sichern, duldet die Einführung eines inter- und supranationalen „ne bis in idem" keinen längeren Aufschub. Dazu bleibt freilich noch manches

abzuklären. Um so mehr an Kenntnisgewinn erwarten wir uns von einem internationalen Kolloquium der Association Internationale de Droit Pénal, das wir in genau einem Jahr über den Grundsatz „ne bis in idem" hier in Berlin – und erhoffter Maßen mit Unterstützung des Bundesministeriums der Justiz – zu veranstalten gedenken.

V. Vision einer „menschengerechten" Strafjustiz

Hiermit zum Schluss kommend, möchte ich doch nicht enden, ohne noch einer gewissen Sorge, aber vielleicht auch Hoffnung Ausdruck gegeben zu haben. Internationale Verhandlungen über Rechtsangleichung laufen leicht Gefahr, lediglich den jeweiligen Status Quo zu bestätigen, und dies meist auch noch auf eher niedrigem Niveau. Demgegenüber wäre das Bemühen um Rechtsangleichung gerade als Chance zu einer rechtspolitischen Neubesinnung und Optimierung zu verstehen, wobei auch das Strafrecht selbst auf die Richtigkeit seiner Zielsetzungen und die Geeignetheit seiner Wege von Grund auf zu überdenken wäre. Ohne dies hier näher entfalten zu können, sei doch wenigstens die Grundlinie angezeigt. Endziel muss eine „menschengerechte" Strafjustiz sein. Damit ist nicht vereinbar, den Staat als Selbstzweck zu begreifen; vielmehr hat dieser dem Menschen und der Menschheit zu dienen. Dabei ist der Mensch nicht nur eindimensional als Individuum, sondern wesenhaft zugleich als Mitmensch und als Glied innerhalb einer Generationenkette zu verstehen. Aus dieser dreidimensionalen Sicht muss die Vision des Strafrechts auch über Europa hinausweisen. Vielleicht mag manches von dem hier Gesagten oder auch nur Angedeuteten utopisch klingen. Gleichwohl könnte uns dabei Mut machen, was einer der bedeutendsten Kriminalpolitiker der Neuzeit, der Italiener CESARE BECCARIA als Motto auf das Titelblatt seines berühmten Werkes „Über die Verbrechen und die Strafen" gesetzt hat: Wohl vorausahnend, dass seine Reformforderungen, insbesondere die Abschaffung der Folter und der Todesstrafe, nicht von heute auf morgen zu verwirklichen seien, stellte er seinem epochemachenden Werk den Satz von FRANCIS BACON (aus: Serm. fidel. num. XLV) voran: „In rebus quibuscumque difficilioribus non expectandum, ut quis simul, et serat, et metat, sed praeparatione opus est, ut per gradus maturescant." Zu deutsch: „Bei schwereren Sachen ist nicht zu erwarten, dass man sowohl auf einmal säen als auch ernten kann, sondern dass das Werk der Vorbereitung bedarf, um schrittweise zu reifen." Auch dort stand am Anfang die Utopie – in diesem Sinne ist Utopia die Mutter des Fortschritts.

ALBIN ESER

REFLEXIONEN ZUM PROZESSSYSTEM UND VERFAHRENSRECHT INTERNATIONALER STRAFGERICHTSBARKEIT*

Der für seine Prominenz im europäischen Strafrecht bekannte Jubilar hat mit „Bemerkungen zur Zukunft des europäischen Strafprozesses" freundlicherweise zu der mir gewidmeten Festschrift beigetragen.[1] Das legt es wechselseitig nahe, seine Gedanken auf einer Ebene fortzuführen, auf der ich mich selber mehr zu Hause fühle – der internationalen Strafgerichtsbarkeit –, zumal ich dazu auch richterliche Erfahrungen beim Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag einbringen kann.

Es versteht sich, dass dies im vorgegebenen Rahmen nur skizzenhaft geschehen kann, und zudem auch ohne jeden Anschein, dazu das kaum noch überschaubare Material an einschlägiger Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur voll ausgewertet und vermerkt zu haben. Deshalb kann es hier lediglich darum gehen, anhand einiger der seitens des Jubilars zur Zukunft des europäischen Strafprozesses gemachten Vorschläge darüber zu reflektieren, inwieweit diese auch für die Gestaltung der internationalen Strafgerichtsbarkeit von Bedeutung sein könnten.

I. ABGRENZUNGEN

Dazu bedarf es zunächst einmal einer terminologischen Abklärung und gegenständlichen Abgrenzung.

Wenn Tiedemann von „europäischem Strafprozess" spricht, könnte dies auf den ersten Blick im Sinne eines Verfahrensrechts zu verstehen sein, das für eine – von den nationalen Strafgewalten zu unterscheidende und davon abzuhebende – eigenständige „Europäische Strafgerichtsbarkeit" gedacht ist, ähnlich etwa dem auf dem Rom-Statut von 1998 beruhenden „Internationalen Strafgerichtshof" in Den Haag. Ein solcher – derzeit ohnehin noch nicht existierender – supranationaler Europäischer Strafgerichtshof mit eigenständigem Prozesssystem und Verfahrensrecht ist jedoch von Tiedemann offenbar weder gemeint noch avisiert, wenn er von „europäischem Strafprozess" spricht. Denn nicht nur, dass er, sofern nicht meinerseits übersehen, überhaupt erst in seinem letzten Abschnitt (IV.) von einer „Einführung supranationaler unmittelbar anwendbarer Regeln für schwere grenzüberschreitende Kriminalität und Schaffung einer entsprechend zuständigen Europäischen Staatsanwaltschaft" spricht,[2] also dabei lediglich prozessuale „Regeln" und eine supranationale (?) Verfolgungsbehörde, nicht aber ein von den nationalen Strafgerichtsbarkeiten abzuhebendes „Europäisches Gericht" im Auge hat; vielmehr scheint es Tiedemann primär, wenn nicht sogar fast ausschließlich, um die Optimierung der transnationalen Beziehungen zwischen den verschiedenen nationalen Strafgewalten im europäischen Bereich (Europa-

---

* Originalbeitrag erschienen in: Ulrich Sieber (Hrsg.): Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen; Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln: Heymann 2008, S. 1453-1472.

1 *Tiedemann* FS Eser, 2005, S. 889 ff.

2 *Tiedemann* FS Eser (Fn. 1) S. 897.

Union und/oder Europarat) sowie dafür erforderlicher Teilharmonisierungen der nationalen Prozessrechte zu gehen.

Wenn diese Deutung richtig ist, so bewegen wir uns dabei noch nicht auf der supranationalen Ebene eines der nationalen Gerichtsbarkeit übergeordneten „Europäischen Strafgerichts", sondern auf der Ebene miteinander konkurrierender nationaler Strafgewalten (im Sinne des die Erstreckung nationalen Strafrechts auf Auslandstaten ermöglichenden, traditionell so genannten „internationalen Strafrechts") bzw. auf der Ebene internationaler Kooperation nationaler Strafgewalten (in Form von Auslieferung und sonstiger prozessualer Rechtshilfe).[3]

Demgegenüber geht es hier gerade um die supranationale Ebene einer den nationalen Strafgewalten übergeordneten Strafgerichtsbarkeit, wie sie derzeit insbesondere in Gestalt der von den Vereinten Nationen eingerichteten internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und für Ruanda (ICTR) sowie des auf dem Rom-Statut beruhenden Internationalen Strafgerichtshofs (ICC) existieren[4] – wobei die hierarchische Überordnung allerdings nicht kurzschlüssig mit vorrangiger Zuständigkeit gleichzusetzen ist.[5]

Diese unterschiedlichen Ebenen und Regelungsbereiche voneinander abzuheben, erscheint mir gerade im Hinblick auf das nicht selten pauschale Reden von „europäischem" Strafrecht und Strafverfahrensrecht geboten. Während man etwa – beispielhaft eine namhafte Grundlagenarbeit herausgreifend – „auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht"[6] meint erwarten zu dürfen, damit bei einer ureigenen „europäischen" – von den verschiedenen nationalen Strafgewalten Europas abzuhebenden – Strafgerichtsbarkeit zu landen, geht es in der gleichnamigen Untersuchung der EMRK-Rechtsprechung von Esser[7] wenn ich recht sehe, gerade nicht um das Verfahrensrecht für ein supranationales europäisches Strafgericht, sondern (lediglich) um die Harmonisierung der nationalen Strafrechtssysteme in Europa und ihre etwa erforderliche Anpassung an die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention entwickelten Anforderungen.[8] Dies ist zweifellos ein gleichermaßen wichtiges wie schwieriges Unterfangen, vor allem wenn damit einer unter europäischer Flagge einseitig auf Effizienz

---

3 Näher zu diesen drei verschiedenen Ebenen transnationalen Strafrechts vgl. *Eser* Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases: A Problem in Outline, in: Wise (ed.), Criminal Science in a Global Society: Essays in Honor of Gerhard O. W. Mueller, 1994, S. 3 ff.

4 Einzelheiten mit weiteren Nachweisen zu diesen supranationalen Gerichtshöfen bei *Werle* Völkerstrafrecht, 2. Aufl. 2007, S. 46 ff.

5 Näher zu den unterschiedlichen Vorrangregeln zwischen nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit, einschließlich der viel diskutierten „Komplementarität" des Internationalen Strafgerichtshofs, vgl. *Eser* Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof: Entstehung und Grundzüge des Rom-Statuts, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 139 (2003), 1(23 ff.). Bei diesem Beitrag handelt es sich um die erweiterte und aktualisierte Fassung eines Vortrags, der vom Verfasser am 11. Juni 2002 vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern gehalten wurde und seinerseits gestützt war auf eine Veröffentlichung in: *N. Courakis* (Hrsg.), Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für D. Spinellis, 2001, 339–369.

6 So der gleichnamige Haupttitel des Buches von *Esser*, 2002.

7 Wie in der zuvor genannten Publikation durch den Untertitel „Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg" zum Ausdruck kommend.

8 Vgl. bei *Esser* (Fn. 6), insbes. S. 841 ff.

ausgerichteten Strafverfolgung mit dem individualrechtlichen Schutzschild der EMRK Einhalt geboten werden soll.[9] Das ist jedoch etwas anderes – teils mehr, teils weniger – als die Etablierung eines für ein europäisches Gericht bestimmten Verfahrensrechts, wie es hier für eine – nicht auf Europa beschränkte – internationale Strafgerichtsbarkeit zur Debatte steht. Von diesem Diskussionsgegenstand ist auch das von Bernd Schünemann initiierte Programm einer „europäischen Strafrechtspflege" abzuheben;[10] denn auch soweit dort ein „Europäisches Strafgericht" avisiert wird, sind sowohl dessen Organisation als auch das von ihm anzuwendende Strafverfahrensrecht bislang völlig offengelassen,[11] während es insgesamt fast ausschließlich um die internationale strafrechtliche Zusammenarbeit der nationalen Strafgerichts-barkeiten auf der mittleren der vorgenannten drei Ebenen geht.[12]

Trotz dieser unterschiedlichen Regelungs- und Betrachtungsebenen können die vornehmlich auf Harmonisierung und Kooperation der nationalen Strafgewalten in Europa ausgerichteten Empfehlungen von Tiedemann sicherlich auch für eine supranationale Strafgerichtsbarkeit bedeutsam sein, vor allem insofern, als etwaige Angleichungen zwischen nationalen Prozesssystemen auch für die Ausgestaltung einer supranationalen Prozessordnung nachahmenswert sein könnten.

II. Modellaspekte

Was freilich die grundsätzliche Verfahrensstruktur einer supranationalen Strafgerichtsbarkeit betrifft, so ist den Bemerkungen von Tiedemann zur Zukunft des europäischen Strafprozesses keine klare Präferenz zu entnehmen. Auch soweit er von gravierenden Systemunterschieden etwa zwischen deutschem, französischem und englischem Verfahrensrecht berichtet, stellt er die jeweiligen Grundsysteme selbst weder in Frage noch dass er dem einen gegenüber einem anderen System den Vorzug gäbe.

Gegen eine solche neutrale Zurückhaltung ist auch keineswegs etwas einzuwenden, solange es lediglich um eine möglichst kompatible Kooperation zwischen verschiedenen Prozesssystemen geht, so wie dies auf den zuvor erwähnten Ebenen transnationaler Strafrechtsanwendung und internationaler Zusammenarbeit der Fall ist.

Sobald es dagegen eine supranationale Strafgerichtsbarkeit einzurichten gilt, wie dies ja auch im europäischen Bereich auf Dauer nicht auszuschließen ist, nachdem solche Vorstellungen in der Tat bereits Diskussionsgegenstand sind,[13] und solange bereits existierende supranationale Gerichte noch keine optimale Struktur gefunden haben, wie dies meines Erachtens sowohl hinsichtlich der Ad hoc-Gerichte für Jugoslawien und Ruanda als auch des Ständigen Strafgerichtshofes zu beklagen ist und nachfolgend aufzuzeigen sein wird,

---

9 Wie *Essers* Arbeit in der Rezension von Wolfgang Wohlers (in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2003, S. 781 ff.) zutreffend gewürdigt wird.

10 *Schünemann* (Hrsg.) Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege. A Programme for European Criminal Justice, 2006.

11 Vgl. Teil 1: Entwurf einer Regelung transnationaler Strafverfahren in der Europäischen Union, in: *Schünemann* (Fn. 10) S. 3 (49).

12 Vgl. oben in und zu Fn. 3.

13 Außer dem bereits erwähnten „Europäischen Strafgericht" im Projekt von *Schünemann* (Fn. 10) vgl. auch *Eser* Aktuelle Perspektiven transnationalen Strafrechts, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Rechtsraum Europa. Perspektiven für die Harmonisierung, 2002, S. 53-94 (89 f.), sowie *Perron* Perspektiven der Europäischen Strafrechtsintegration FS Wilfried Küper, 2007, S. 429 (440) mit weiteren Nachweisen.

solange wird man sich eine Grundsatzdiskussion um die für ein supranationales Strafgericht optimale Prozessstruktur nicht ersparen dürfen.

Wenn zu der somit nicht zu umgehenden Frage nach dem zugrunde zu legenden Prozessmodell in dem hier zum Ausgangspunkt genommenen Beitrag von Tiedemann nicht ausdrücklich Stellung bezogen wird, so ist dies jedoch keineswegs dahingehend zu verstehen, dass ihm diese Grundsatzproblematik gleichgültig oder nicht einmal bewusst wäre. Im Gegenteil, wie den für eine internationale Tagung unter Schirmherrschaft des Europarats 1991 in Syracuse vorgelegten „13 Thesen zu einem modernen menschenrechtsorientierten Strafprozess“[14] zu entnehmen ist, werden in Gestalt des anglo-amerikanischen „Parteimodells“ und des kontinental-europäischen/lateinamerikanischen „(reformierten) Inquisitionsprozesses“ jedenfalls die derzeitigen Hauptkonkurrenten um das vorzugswürdigere Prozessmodell einander klar gegenübergestellt, auch wenn letztlich keine definitive Wahl zwischen beiden getroffen wird.

Diese Zurückhaltung könnte ihren Grund darin haben, dass Tiedemann in der Modellwahl „eine – auch – politische Entscheidung“ sieht, wobei die Wahl zwischen dem eher „liberalen“ Parteimodell und dem eher „sozialen“ Inquisitionsmodell zu treffen sei.[15] Auch wenn bei dieser Gegenüberstellung terminologisch anstelle von „Parteimodell“ meines Erachtens besser von „adversatorischem“ System[16] beziehungsweise anstatt von „inquisitorisch“ heute eher von „instruktorisch“[17] zu sprechen wäre,[18] ist der Einschätzung der Modellentscheidung als einer politischen in der Tat zuzustimmen. Gleichwohl muss es uns als Wissenschaftlern auch bei rechtspolitischen Fragen unbenommen bleiben, für die eine oder andere – oder vielleicht auch eine weitere – Seite Partei zu ergreifen (wobei dies natürlich nicht in parteipolitischer Voreingenommenheit misszuverstehen ist). Zu einer solchen Stellungnahme fühle ich mich hier umso mehr gedrängt, als ich bei meiner richterlichen Tätigkeit am Internationalen Jugoslawien-Tribunal Erfahrungen mit einem Prozesssystem zu machen hatte, das, um als zukunftsweisendes Vorbild für supranationale Strafgerichtsbarkeit gelten zu können, in seiner Grundanlage zu überdenken wäre.

---

14 *Tiedemann* unter Mitwirkung von *Dannecker/Vogel/Enderle* ZRP 1992, 107 ff.

15 ZRP 1992, 108 (These 9).

16 Dies nicht nur deshalb, weil in der englischen Selbstbeschreibung ihres Systems ein sprachliches Äquivalent für „Parteimodell“ schwerlich zu finden ist, sondern weil durch das Kriterium des „adversatorischen“ auch die gegnerische Einseitigkeit der miteinander streitenden Parteien in Gestalt von Anklage und Verteidigung treffender zum Ausdruck kommt und dementsprechend – jedenfalls im Bereich des internationalen Strafverfahrensrechts – vorzugsweise von „adversarial“ (oder in gleichsinnigem Verständnis von “accusatorial“) gesprochen wird: vgl. *Harding* Überblick über verschiedene Formen des Strafverfahrens, in: Eser/Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Convergence and Divergence in Criminal Procedure Systems, 2004, S. 3 (4, 11).

17 Dies deshalb, weil mit „inquisitorial“ ursprünglich die Einheit von Ermittler und Richter gemeint war, wie es sie nach Einführung des Akkusationsprinzips in Gestalt des Staatsanwalts heute gerade nicht mehr gibt; stattdessen ist die dem Richter verbliebene Pflicht zur Wahrheitsermittlung im Rahmen des Hauptverfahrens sachgerechter als „instruktorisch“ zu bezeichnen: vgl. *Eser* in: Eser/Rabenstein (Fn. 16) S. 63 ff., 434 f. sowie die entsprechende Modellbindung bei *Perron* Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, 1995, S. 6, 515. – Überdies sollten wir uns gegen die Kennzeichnung unseres heutigen Prozesssystems als „inquisitorisch“ auch deshalb verwahren, weil ihm damit nicht selten gezielt despektierlich Mangel an Fairness wie auch andere menschenrechtliche Defizite nachgesagt werden sollen.

18 Dazu wie auch zu den sonst noch klarer abzugrenzenden Sachgehalten dieser teils verwirrenden Terminologie, vgl. auch unten VI. 1 und 2.

Dazu ist kurz vorauszuschicken, dass es sich bei der vornehmlich durch Richterrecht entwickelten Verfahrenspraxis des ICTY[19] um ein Mischsystem handelt.[20] Auch wenn darin gewisse „instruktorische" Elemente kontinentaleuropäischer Tradition zu finden sind, ist das ICTY-Verfahren doch im Wesentlichen durch die adversatorische Grundstruktur des anglo-amerikanischen Common Law geprägt,[21] was im Übrigen – wenngleich mit gewissen Abstufungen – auch für das ICC-Verfahren festzustellen ist.[22] Nun könnte man zwar durch eine Verbindung von Elementen verschiedener Verfahrensmodelle Schwächen des einen durch Stärken des anderen zu kompensieren versuchen; dies kann aber auch misslingen, und zwar sogar dahingehend, dass die Schwächen des einen Modells durch Schwächen des anderen noch vergrößert werden. Die Gefahr einer solchen beiderseitigen Nivellierung nach unten dürfte jedoch, wenn mich meine Einschätzung nicht trügt, derzeit weniger zu befürchten sein; vielmehr erscheint mir die Verfahrenspraxis in Den Haag noch zu einseitig adversatorisch ausgerichtet, um den Zielsetzungen internationaler Strafgerichtsbarkeit wahrhaft gerecht zu werden.

Um dies verständlich zu machen, sind einige der bei einer Modellwahl abzuwägenden Alternativen, die zum Teil schon von Tiedemann in seinen 13 Thesen angesprochen und mit Blick auf den Schutz der Menschenrechte als „grundsätzlich gleichwertig" befunden wurden,[23] etwas näher zu beleuchten.

III. Rolle der Prozessbeteiligten

Eine kritische Hinterfragung erscheint in grundlegender Weise hinsichtlich der Rolle der Prozessbeteiligten in der Hauptverhandlung angebracht.

Als grundsätzlich „party driven" wird das adversatorische Verfahren in Gestalt von Ankläger und Verteidiger geradezu augenfällig von den Parteien beherrscht: Sie sind es, die die Beweise ermitteln und präsentieren, die die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen durchführen wie auch diejenigen, denen grundsätzlich überlassen bleibt, welchen Beweisstoff sie einbringen – oder wohlweislich vorenthalten – wollen, während der Richter,

---

19 Diese hat, nachdem das ICTY-Statut selbst nur wenige Verfahrensregeln enthält, in den durch Plenarbeschlüsse der Richter des ICTY geschaffenen „Rules of Procedure and Evidence" (RPE) ihren Niederschlag gefunden. Näher zu deren Rechtscharakter und Verbindlichkeit *Mundis* The Legal Character and Status of the Rules of Procedure and Evidence of the ad hoc International Criminal Tribunals, International Criminal Law Review 1 (2001), 191 ff.

20 *Ambos* International Criminal Procedure: «Adversarial", «Inquisitorial» or Mixed?, in: Eser/Rabenstein (Fn. 16), S. 43-62 (44 f.), in erweiterter Fassung vorveröffentlicht in: International Criminal Law Review 3 (2003), 1 (5 ff.), ferner *Kerin IV. Calro-Goller* The Trial Proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR Precedents, 2006.

21 In diesem Sinne bereits der erste Präsident des ICTY *Cassese* in seinem „Statement by the President Made at a Briefing to Members of Diplomatie Missions" (IT/29, 11 February 1994, abgedruckt in: Morris/Scharf (eds.), An Insider's Guide to the International Criminal Tribune for the Former Yugoslavia, Vol. 2, 1995, S. 650 sowie neuerdings namentlich ICTY-Judge *Robinson* Rough Edges in the Alignment of Legal Systems in the Proceedings at the ICTY, Journal of International Criminal Justice 3 (2005), 1037 (1040).

22 *Orie* Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings Prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings Before the ICC, Cassese/Gaeta/W. D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. II, 2002, S. 1439-1495 (1463 ff., 1475 ff., 1492 ff.).

23 *Tiedemann* (Fn. 14) S. 108 (These 6).

lediglich als „Schiedsrichter" zwischen den Parteien fungierend, nur insoweit interveniert, als es die „Waage der Gerechtigkeit zwischen beiden Seiten gleichzuhalten" gilt.[24]

Demgegenüber wird das inquisitorische Strafverfahren kontinental-europäischer Tradition vom Vorsitzenden Richter dominiert, der nicht nur über den Umfang der Beweisaufnahme entscheidet, sondern in der Regel auch die Vernehmung des Angeklagten sowie die von Zeugen und Sachverständigen durchführt. Auch wenn dabei das Beweisantrags- und Fragerecht der Parteien nicht ausgeschlossen, ja diesen sogar auf ihren übereinstimmenden Antrag das Kreuzverhör zu überlassen ist,[25] kommt in der kontinental-europäischen Hauptverhandlung dem Richter zweifellos die verhandlungsbeherrschende Rolle zu.[26]

Vergleicht man diese Rollenunterschiede aus dem Blickwinkel von weniger oder mehr autoritär, bürgernäher oder obrigkeitsstaatlicher, verfahrensdynamischer oder ordnungsstatischer oder durch welche sonstige weltanschaulich-politische Brille auch immer, so bietet das adversatorische Modell auf den ersten Blick zweifellos das sympathischere Erscheinungsbild. Auch erscheint bei einem Richter, der noch keine Aktenkenntnis hat, da er erst in der Hauptverhandlung mittels der Parteien vorn Beweismaterial Kenntnis erhält, die Unvoreingenommenheit besser gewährleistet als bei einem Richter, der sich – und sei es auch nur zum Zweck einer prozessökonomischen Verhandlungsleitung – bereits mit Ermittlungsakten und beiderseitigen Beweisanträgen vertraut gemacht hat. Trotz dieser nicht zu leugnenden Schwachstelle, zumal diese bei entsprechender Professionalität der Richter keineswegs zum Verlust der Unbefangenheit zu führen braucht, bleibt zu überlegen, ob die adversatorische Rollenverteilung nicht doch ihrerseits mit Nachteilen erkauft ist, die sich durch eine gewisse Verschiebung in instruktorische Richtung im Sinne allseitiger(er) Gerechtigkeit vermeiden ließen. Das betrifft sowohl die Rolle des Richters als auch die des Angeklagten und der Opfer. Dazu müssen hier einige notgedrungen skizzenhafte Bemerkungen genügen.

1. So sehr hinsichtlich des Richters einerseits zu verstehen ist, dass er sich aufgrund des Akkusationsprinzips auf die seitens der Verfolgungsbehörde unter Anklage gestellte(n) Straftat(en) zu beschränken hat, so wenig ist andererseits einzusehen, dass er sich bei seiner Suche nach Berechtigung der Anklage auf die seitens der Parteien vorgelegten Beweismittel soll beschränken müssen. Anklageerhebung (samt Benennung der vorgeworfenen Verbrechen und der diesen zugrunde gelegten Tatsachen) ist das eine – und zwar das dem Ankläger zustehende; das Urteil darüber ist das andere – nämlich das dem Gericht zukommende. Kann der Richter bei seiner Urteilsfindung von Seiten der Parteien beschränkt werden, indem ihm von diesen bestimmte Beweismittel vorenthalten oder – beispielsweise – bei Zeugenvernehmungen entscheidungsrelevante Fragen in jeweils gegenläufigem Parteiinteresse nicht gestellt werden, so wird dem Richter eine Entscheidung auf parteilicherseits vorfabrizierter Grundlage zugemutet. Diese Beschneidung richterlicher Urteilsfindung ist auch keineswegs, wie aus dem Blickwinkel ohnehin auf nur „formelle Gerechtigkeit" auszurichtender irdischer Justiz eingewandt werden könnte, mit den Ermittlungslücken gleichzusetzen, wie sie sich aus rechtsstaatlichen Beweisverboten ergeben können, kann und darf sich doch über solche Grenzen natürlich auch das Gericht nicht hinwegsetzen.[27]

---

24 So – stellvertretend für das weitverbreitete Selbstverständnis des Common Law – *Robinson* (Fn. 21) S. 1039. Vgl. auch die Nachweise unten in und zu Fn. 46, 51.

25 Wie beispielsweise im deutschen Strafprozessrecht gem. §§, 239, 241 StPO.

26 Zu weiteren Einzelheiten der unterschiedlichen Verfahrenssysteme vgl. *Orie* (Fn. 22) S. 1442 ff.; *Safferling* Towards an International Criminal Procedure, 2003, S. 206 ff., 366 ff. 1459

27 Vgl. dazu auch unten in und zu Fn. 40.

Was vielmehr im einseitig parteibetriebenen Verfahren geschieht – und dies findet sich in seiner buchstäblich radikalen „Degradierung" des Richters zu einem parteiabhängigen Entscheidungsinstrument bislang kaum erkannt, geschweige ausgesprochen –, das ist die über rechtsstaatliche Grenzen hinausgehende Einschnürung des Gerichts auf die seitens der Parteien in jeweils einseitigem Belastungs- oder Entlastungsinteresse vorgeführten Beweise. Ohne sich dadurch selbst ein vollständiges und von einseitigen Vorenthaltungen freies Bild von an sich rechtsstaatlich erlangbaren Beweismitteln machen zu können, wird das Gericht im rein adversatorischen Verfahren zu einer Art „Moot Court" herabgewürdigt: Es hat über eine von den Parteien inszenierte Beweispräsentation und damit im Grunde nur hypothetische Tatsachenkonstellation zu entscheiden.

2. Auch die Rolle des Angeklagten ist im adversatorischen Verfahren keineswegs so vorzüglich, wie es für einen als „selbstverantwortlich ernst genommenen" und „mit zahlreichen Rechten ausgestatteten" Prozessbeteiligten[28] zu erwarten wäre, und zwar weder wenn sich der Angeklagte selbst verteidigt noch wenn er sich eines Verteidigers bedient. Denn da man sich in der adversatorischen Tradition – im Unterschied zu dem ein Nebeneinander von Selbstverteidigung und Beiziehung eines Verteidigers erlaubenden (reformierten) Inquisitionsprozess – immer noch schwer damit tut, dem Angeklagten sowohl das Recht auf Selbstverteidigung (unter Aufrechterhaltung seines auf sein Schweigerecht beruhenden Schutzschildes gegen Selbstbezichtigung) als auch das Recht auf Vertretung durch einen Verteidiger zuzugestehen,[29] muss der Angeklagte eine folgenschwere Wahl treffen:

---

28 So die Charakterisierung von *Tiedemann* ZRP 1992, 107 (108; These 9).

29 Zu welch merkwürdiger Art von Konstruktion dieses Entweder-oder (anstelle eines Nebeneinanders) von Selbstverteidigung oder Verteidigung durch einen Defence counsel führen kann, lässt sich an der ersichtlich von Common Law-Mehrheiten bestimmten Rechtsprechung der Appeals Chamber des ICTY beobachten: Nachdem zunächst in den erstinstanzlichen Verfahren gegen Milošević (*Slobodan Milošević v. Prosecutor*, Case No. IT -02- 54-AR73. 7, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Counsel, 11.11.2004) und Šešelj (*Prosecutor v. Vojislav Šešelj*, Case No. IT- 03-67-AR73.4, Decision on Appeal Against the Trial Chamber's Decision (No. 2) on Assignment of Counsel, 8.12.2006) das „right to self-representation" der – allenfalls bei Obstruktion des Angeklagten zulässigen – Beiordnung eines notwendigen Verteidigers entgegengestellt worden war, wurde jüngst im Berufungsverfahren gegen Krajišnik (*Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-A, Judgement 11.5.2007) die – insbesondere von Judge *Shahabuddeen* in seiner Separate Opinion (paras. 34 ff.) herausgestellte – „inconsistency" von Selbstverteidigung und Beiordnung eines Verteidigers auch auf die Berufungsebene erstreckt, mit der Folge, dass dem auf Selbstverteidigung bestehenden Angeklagten – unter Inkaufnahme aller damit möglicherweise verbundenen Nachteile – lediglich ein „Amicus curiae" zugeordnet werden könne. Die dem zugrunde liegende Annahme, „that the right to defend oneself negates the right to be assisted by counsel", wird in der „Fundamentally Dissenting Opinion" von Judge *Schomburg* – meines Erachtens zu Recht – als „false dichotomy" bezeichnet; umso mehr wäre jedoch Vorsicht geboten gegenüber einer neuen Dichotomie zwischen notwendiger Drittverteidigung und dieser zu weichen habender Selbstverteidigung, wie dies *Schomburgs* „conclusion" (para. 83) missverständlicherweise nahelegen könnte; denn gegenüber notwendiger Verteidigung braucht die alleinige, nicht aber jegliche Selbstverteidigung des Angeklagten zurückzuweichen. Nicht zuletzt im Hinblick auf den neuerdings diskutierten „Eurodefensor" (vgl. *Schünemann* [Fn. 10] S. 49 ff.) erscheint die gesamte Verteidigungsproblematik in der internationalen Strafgerichtsbarkeit einer hier nicht zu leistenden und daher noch gesonderten Erörterung bedürftig. Näher dazu demnächst *Eser* FS Widmaier (im Druck).

- Entscheidet sich der Angeklagte für die Selbstverteidigung, so läuft er nicht nur Gefahr, sein Vorbringen in eigener Sache später gegen sich selbst verwendet zu finden; auch kann er bei der ihm theoretisch eingeräumten „Waffengleichheit" mit dem Ankläger praktisch leicht den Kürzeren ziehen, wenn ihm die für eine bessere Verteidigung notwendige Vorbildung oder die für eigene Ermittlungen erforderlichen Mittel fehlen, wie dies etwa in der amerikanischen Verfolgungspraxis bekanntlich ja nicht selten der Fall ist.
- Lässt er sich dagegen durch einen Verteidiger vertreten, so begibt sich der Angeklagte, sofern er nicht seines Schweigerechts verlustig gehen will, praktisch jeder eigenen Mitsprache- und Antragsrechte: Ihm verbleibt im Grunde nur noch die Rolle eines „Prozessbeobachters", wobei zwar über seine Taten verhandelt wird, ohne dass ihm aber dazu selbst etwas zu sagen bliebe. Bezeichnenderweise ist ihm dafür nicht selten die letzte Reihe im Verhandlungsraum zugewiesen, getrennt von und hinter seinem Verteidiger, so wie dies beispielsweise in den Verfahren vor dem ICTY zu beobachten ist.
- Auch beim reformierten Inquisitionsmodell steht es mit der Stellung des Angeklagten – trotz seiner steigenden Beförderung vom „Objekt" zu einem „Subjekt" des Verfahrens – gewiss noch nicht zum Besten; denn nicht nur, dass er sich bei dem nicht kleinen Katalog von „notwendiger Verteidigung" selbst dann einen – mehr oder weniger willigen und fähigen – Pflichtverteidiger aufdrängen lassen muss, wenn er zu seiner alleinigen Selbstverteidigung befähigt wäre; auch wird ihm (und/oder seinem Verteidiger) die Einbringung von eigenen Entlastungsbeweisen, weil möglicher richterlicher Ablehnung ausgesetzt,[30] weit weniger leicht gemacht, wie solches vom adversatorischen Verteidiger sogar erwartet würde. Andererseits kann in einem vornehmlich vom Richter betriebenen Verfahren gerade ein nicht „waffengleich" verteidigter Angeklagter in den Genuss von gerichtlichen Fürsorgepflichten kommen, durch die, wie schon von Tiedemann hervorgehoben, nicht zuletzt auch soziale Unterschiede aufgefangen werden können.[31] Insofern geht es bei der Rolle des Angeklagten nicht nur um Waffengleichheit mit dem Ankläger im jeweiligen Verfahren, sondern darüber hinaus auch um allgemeine Gewährleistung von Chancengleichheit im Strafprozesssystem als solchem.

3. Was die Rolle des Opfers betrifft, so möchte man diese gerade in einem Parteimodell als gleichwertig mit der des Angeklagten vermuten. Denn sollte es nicht das Opfer sein, das dem Täter als Partei gegenübersteht?

- Tatsächlich ist jedoch im adversatorischen Verfahren eher das Gegenteil der Fall: Indem seine Interessen gänzlich dem staatlichen Strafinteresse untergeordnet und diese vom öffentlichen Ankläger vertreten werden, ist für das Opfer im Strafverfahren kein Platz mehr: Während dieses mit seinen Ansprüchen ins Zivilverfahren abgedrängt wird, steigt der Ankläger zum alleinigen Parteigegner des Angeklagten auf. Selbst soweit das Opfer als Zeuge der an ihm begangenen Tat mitzuwirken hat, wird es nicht zum Subjekt, sondern bleibt Instrument des Strafverfahrens.

---

30 Vgl. insbes. § 244 Abs. 3-6 StPO.

31 *Tiedemann* ZRP 1992,107 (108; These 8 und 9).

- Demgegenüber verfügt im Inquisitionsprozess das Opfer über eine weitaus bessere Stellung als eigenständiges Prozesssubjekt: Nicht nur, dass es als Nebenkläger mit weitgehenden Mitwirkungsrechten ausgestattet ist und dadurch Einfluss auf das Strafverfahren nehmen kann; vielmehr kann ihm in Form eines Adhäsionsverfahrens sogar die Geltendmachung seiner Ersatzansprüche ermöglicht werden.[32] Darin liegt gerade in einer Zeit, in der man sich wieder des konkret Verletzten als Opfer des Verbrechens – und nicht nur des dadurch beeinträchtigten abstrakten Rechtsguts – rück zu besinnen beginnt,[33] eine nicht hoch genug einzuschätzende Zukunftsperspektive „restaurativer Gerechtigkeit" auch durch das Strafrecht.[34]

IV. Verfahrenseffizienz

Was die Effizienz des Verfahrens im Sinne von Zügigkeit und Kostspieligkeit betrifft, so wurden schon von Tiedemann die besseren Noten an das Inquisitionsmodell vergeben.[35] Dieses ist der den Parteien überlassenen Präsentation der Beweismittel naturgemäß schon dadurch überlegen, dass der Richter zielstrebig auf die für die Urteilsfindung relevanten Punkte hinwirken kann.

Von den bereits an anderer Stelle näher erläuterten Gründen, welche die viel beklagte Überlänge adversatorischer Verfahren zur Folge haben können,[36] seien hier nur zwei Strukturelemente als besonders gravierend in Erinnerung gerufen:

1. Das ist zum einen die Trennung des adversatorischen Verfahrens in „prosecution case" und „defense case".[37] Im Vergleich dazu hat beispielsweise nach der Instruktionsmaxime des deutschen Strafprozessrechts das Gericht „zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind" (§ 244 Abs. 2 StPO), wobei zu den relevanten Punkten jeweils in gleichem Zug sowohl die belastenden als auch die entlastenden Tatsachen und Beweismittel eingeführt werden und bereits dabei Beweislücken zutage treten können. Demgegenüber hat im adversatorischen Verfahren zunächst der Ankläger sein gesamtes Belastungsmaterial einzuführen. Da er dabei noch nicht weiß, was er nach dem Abschluss seines gesamten „prosecution case" im anschließenden „defense case" von Seiten der Verteidigung als Entlastungsmaterial zu gewärtigen hat und ihm das Nachschieben von zusätzlichem Beweismaterial nur unter strengen Bedingungen noch möglich sein wird, tut der Ankläger gut daran, von vorneherein alles möglicherweise entscheidungserhebliche Beweismaterial einzubringen. Selbst wenn dieser umfassende Präsentationszwang im „Normalfall" eines Betrugs oder Mordes noch hingehen mag, kann in typischerweise komplexen internationalstrafrechtlichen Verfahren die Aufteilung des Beweisstoffes in eine

---

32 Rechtsvergleichend dazu *Eser* Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und Internationale Tendenzen, GS A. Kaufmann, 1989, S. 723 ff.

33 Näher dazu *Eser* Rechtsgut und Opfer: Zur Überhöhung des Einen auf Kosten des Anderen, FS Mestmäcker, 1996, S. 1005 ff.

34 Wobei dazu, ohne dies hier näher ausführen zu können, lediglich bemerkt sei, dass meine Vorstellungen von Wiedergutmachung als Vorbedingung sinnvollen Strafens (vgl. oben Fn. 33, S. 1020 ff.) sich nicht ohne Weiteres mit allem decken, was derzeit unter „restorative justice" vertreten wird.

35 *Tiedemann* ZRP 1992, 107 (108; These 10).

36 *Eser* Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Prozesssystems in der internationalen Strafjustiz? Reflexionen eines Richters, FS H. Jung, 2007, S. 167 (insbes. 172 ff.).

37 Vgl. *Eser* (Fn. 36) S. 174 ff., 178 f.

Anklage- und eine Verteidigungsphase dazu führen, dass die Präsentation von Belastungs- und Entlastungsbeweismaterial zum selben Tatgeschehen Monate auseinanderliegt und eine Partei die Beweisführung jeweils so umfangreich wie möglich angelegt haben muss.[38]

2. Diese Expansionsdynamik wird zum anderen verfahrenstypisch noch dadurch verstärkt, dass die Parteien – mangels einer gerichtlichen Relevanzprüfung des zu präsentierenden Beweisstoffes – im Ungewissen darüber sein können, was in den Augen der Richter rechtlich entscheidungserheblich und dementsprechend beweisbedürftig sein könnte.[39] Auch bei solcher Unsicherheit können die Parteien gut beraten sein, ihre Beweispräsentation so umfassend wie möglich – selbst wenn letztlich überflüssig – anzulegen. Demgegenüber kann in einem instruktorischen Verfahren der Richter die Beweisaufnahme zielstrebig wie auch zeit- und kostensparend auf die entscheidungsrelevanten Punkte hinlenken.

V. Wahrheitserforschung

Diese unterschiedlichen Strukturelemente haben überdies eine – von Tiedemann in seinem Systemvergleich nicht ausdrücklich angesprochene – Folgewirkung, der vielleicht sogar die größte Bedeutung beizumessen ist: die ungleiche Gewähr für die Erforschung der Wahrheit.

Gewiss bleibt zunächst einmal zu jeder Art von irdischer Strafjustiz einzuräumen, dass es schon wegen menschlichen Versagens, zudem aber auch in Respektierung fundamentaler Menschenrechte des Betroffenen, insbesondere des Angeklagten, nicht um „Wahrheitsermittlung um jeden Preis" gehen kann[40] und auch aus sonstigen Gründen, wie insbesondere zur Gewährleistung von Fairness des Verfahrens, nicht mehr als eine nur „prozedurale Wahrheit" erreichbar sein wird. Gleichwohl stehen Wahrheit und Gerechtigkeit in derart inniger Verbindung miteinander, dass ein Urteil nur dann als „gerecht" zu akzeptieren ist, wenn es zumindest vom ernsthaften Bemühen um Wahrheitsfindung bestimmt ist. Insofern geht es um die Ermittlung der Wahrheit als Voraussetzung von – gleichermaßen echter wie buchstäblich wahrer – Gerechtigkeit. Auch wenn sich dieser Zielsetzung beide der hier in Frage stehenden Verfahrensmodelle verpflichtet sehen mögen,[41] sind in der praktischen

---

38 Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Eser* (Fn. 36) S. 173 f., 176 ff.

39 Vgl. zu dieser beiderseitigen Uninformiertheit über die Beweisrelevanz der zu präsentierenden Beweismittel *Jung* Nothing but the Truth? Some Facts, Impressions and Confessions about Truth in Criminal Procedure, in: Antony Duff et al. (eds.), The Trial on Trial, Volume 1: Truth and Due Process, 2004, S. 147 (151 f.), sowie – insbesondere aus der Sicht des Verteidigers – *Kirsch* The Trial Proceedings before the ICC, International Criminal Law Review 6 (2006), 275 (289).

40 Wie vom Bundesgerichtshof bereits in seiner Entscheidung von 1960 (BGHSt 14, 358 [365]) proklamiert.

41 Darauf läuft aufgrund einer vergleichenden Analyse unterschiedlich weitgehender Wahrheitsstrategien „adversatorischer" und „inquisitorischer" Verfahrensmodelle auch der abschließende Appell von *Weigend* Is the Criminal Process about Truth? A German Perspective, Harvard Journal of Law and Public Policy 26 (2003), 157 ff. hinaus; letztlich im gleichen Sinne auch *Jung* (Fn. 39) S. 156. Dementsprechend meinte auch ich früher davon ausgehen zu können, dass man aufgrund verschiedenartiger Verfahrensstrukturen letztlich zum selben – verurteilenden oder freisprechenden – Ergebnis komme, wie in meinen damals so überschriebenen „überbrückenden Betrachtungen zwischen >zivilisatorischem< und >inquisitorischem< System" erhofft; *Eser* Beweisermittlung und Beweiswürdigung in vergleichender Perspektive, FS Miyazawa, 1995, S. 561 ff.

Gewährleistung – wie ich aus eigener Praxis in der deutschen und in der internationalen Strafjustiz glaube bemerken zu dürfen – signifikante Unterschiede nicht zu verkennen.

So wird einerseits von sich adversatorisch gegenüberstehenden Parteien ein Interesse an umfassender und allseitiger Wahrheitsermittlung schon deshalb schwerlich zu erwarten sein, weil es ihnen in erster Linie darum geht, jeweils „ihren" Fall zu gewinnen und dementsprechend einseitig die Beweispräsentation auszurichten. Da es dabei üblich ist, dass eine Partei „ihre" Zeugen danach auswählt, welche gewinnbringenden Aussagen für die eigene Sache zu erwarten sind, durch Vorgespräche die Zeugen entsprechend „präpariert" werden und von möglicherweise nachteiligen Fragen abgesehen wird, kann dies zur Folge haben, dass unmittelbare Tatzeugen, weil jede Partei möglicherweise nachteilige Aussagen befürchtet, schon gar nicht präsentiert oder in einer Weise vernommen werden, dass der Gegenpartei mittels eines ohnehin recht komplizierten Beweisregelformalismus Infragestellungen verunmöglicht werden. Nimmt man dann noch das im adversatorischen System vorherrschende Verständnis des Verfahrens als „the parties case" hinzu, für dessen Erfolg oder Misserfolg die jeweilige Partei – und nicht das Gericht – verantwortlich sei, so ist eine gleichermaßen zuverlässige, umfassende und nicht zuletzt auch überparteiliche Wahrheitsermittlung schwerlich zu gewährleisten.

Auch im reformierten Inquisitionsmodell mag die Grundeinstellung zur Wahrheitsermittlung seitens des Anklägers und des Verteidigers, selbst wenn – wie im deutschen Recht – als „Organe der Rechtspflege" verstanden und ersteren falls auch zu entlastender Objektivität verpflichtet, nicht wesentlich anders als bei ihrer adversatorischen Kollegenschaft beschaffen sein. Umso mehr gibt es jedoch dort ein Korrektiv durch die amtliche Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichts. Und selbst wenn dieses den Parteien das Kreuzverhör überlassen hat,[42] wird damit das Gericht nicht von seiner darüberstehenden eigenen Instruktionspflicht entbunden; vielmehr wird es Beweislücken und offenen Fragen – und dies natürlich auch in entlastender Richtung – insoweit nachzugehen haben, als es im rechtsstaatlichen Rahmen möglich ist. Dabei ist das Gericht weder an Behauptungen der Prozessbeteiligten gebunden noch auf deren Beweisanträge beschränkt, vielmehr muss das Gericht erforderlichenfalls von Amts wegen andere – weder von Seiten der Staatsanwaltschaft noch der Verteidigung verlangte – Beweismittel beiziehen.[43] Demzufolge wäre es beispielsweise nach deutschem Recht ein gravierender Verfahrensfehler, wenn sich das Gericht mit den erkennbar unvollständigen Aussagen von mittelbaren Zeugen begnügen würde, ohne den – von den Parteien wegen möglicherweise unwillkommener Aussagen gemiedenen – unmittelbaren Tatzeugen zu rufen[44] oder bei parteilicherseits erkennbar vermiedenen Fragen nicht seinerseits nachzuhaken.[45]

Nun sind zwar Nachfragen des Richters wie auch die gerichtliche Anordnung der Vorlegung von weiteren Dokumenten durch die Parteien auch adversatorischen Prozesssystemen nicht völlig fremd. Von solchen das Parteivorbringen ergänzenden Ermittlungsrechten des Gerichts wird jedoch in der Praxis nationaler Gerichte offenbar nur wenig Gebrauch gemacht.[46] Eine solche Beschränkung des Richters auf bloße Verfahrenskontrolle mag in

---

42 Vgl. oben in und zu Fn. 25.

43 Näher dazu *Kindhäuser* Strafprozessrecht, 2006, S. 47 f., 223 ff.

44 Vgl. etwa BGH NJW 1978, 114.

45 Vgl. zum Ganzen *Herdegen* in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2003, § 244 Rn. 18 ff., 25 ff.; *Zopfs* Der Grundsatz „in dubio pro reo", 1999, S. 272 ff.

46 Vgl. *Herrmann* Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971, S. 320 ff.; *Perron* Das Beweisantragsrecht des Beschul-

einem reinen Jury-System, in dem als „fact finder" allein die Geschworenen fungieren und dabei nicht vom Richter beeinflusst werden sollen, bis zu einem gewissen Grade noch verständlich sein; in einem berufsrichterlichen System hingegen erscheinen solche Vorbehalte schwerlich angebracht.[47] Deshalb ist es mitnichten ein Systembruch denn vielmehr konsequent, bei einem reinen Berufsgericht wie dem des ICTY den Richtern das Recht einzuräumen, (1) in jedem Stadium des Verfahrens einem Zeugen Fragen zu stellen,[48] (2) die Untersuchung weiterer Gegenstände zuzulassen[49] sowie (3) eine Partei anzuweisen, weitere Beweise vorzulegen bzw. von Amts wegen Zeugen zu laden und ihre Mitwirkung anzuordnen.[50] Doch trotz dieser dem ICTY eingeräumten Chancen, in Ergänzung der Beweispräsentation durch die Parteien auf volle Wahrheitsermittlung hinzuwirken, tut man sich in der Praxis dieses Gerichts offensichtlich schwer, über die richterliche „Nichteinmischungseinstellung" adversatorischer Tradition hinwegzukommen.[51]

Sich mit der Beweispräsentation der Parteien zu begnügen statt im Rahmen der Anklage aktiv auf weitestmögliche Wahrheitserforschung hinzuwirken, ist gerade im Rahmen internationaler Strafgerichtsbarkeit von eminentem Belang: Gerade bei völkerrechtlichen Verbrechen, die in ethnischen Feindseligkeiten ihre tiefere Ursache haben, setzt eine nachhaltige Versöhnung zwischen Konfliktgruppen die überparteiliche Feststellung der Wahrheit voraus. Insofern ist in solchen Verfahren die bestmögliche Ermittlung der Wahrheit nicht nur für einen gerechten Urteilsspruch im einzelnen Strafverfahren wichtig, vielmehr hat sie auch der Erhellung der damit zusammenhängenden historischen Konfliktgründe zu dienen.[52] Umso mehr ist es zu begrüßen, dass im Rom-Statut für den ICC die Verfahrenskammer noch deutlicher auf Wahrheitsermittlung hin in die Pflicht genommen wird.[53]

VI. Strukturreformen

Es wäre nicht verwunderlich, wenn die vorangehende Kritik am adversatorischen Grundmodell als Plädoyer für eine „inquisitorische" Alternative verstanden würde. Diese Schlussfolgerung wäre jedoch voreilig; denn bestimmte Strukturen und Auswirkungen der Adversarietät für problematisch zu erklären, heißt nicht, stattdessen schlankweg das inqui-

---

digten im deutschen Strafprozess (unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des adversatorischen Prozessmodells), 1995, S. 394 f.

47 Zu diesem wesentlichen Unterschied in der Rolle des Richters bei einem jury trial einerseits und einem berufsrichterlichen Verfahren andererseits vgl. näher *Safferling* (Fn. 26) S. 371 f. sowie *Eser* (Fn. 36) S. 177 ff. mit weiteren Nachweisen. Vgl. auch die im Hinblick auf Wahrheitsverkürzungen nicht von Bitterkeit freien Analysen von *Arzt* Der Internationale Strafgerichtshof und die formelle Wahrheit, FS Eser (Fn. 1) S. 691 ff.

48 Rule 85 (B) ICTY-RPE.

49 Rille 90 (A) (ii) ICTY-RPE.

50 Rule 98 ICTY-RPE.

51 Gegenüber den ohnehin wenigen Fällen, in denen es am ICTY nach *Robinson* (Fn. 21) S. 1049 f. zu einer richterlichen Ladung von Zeugen kam, vgl. neuerdings die mehrheitliche Ablehnung einer gerichtlichen Nachladung von Zeugen in *Prosecutor v. Orić*, IT-03- 68-T, Judgement 30.6.2006, para. 800 (mit Verweis auf die Oral Decision im Hearing vom 1.3.2006, Transkript p. 16041). Vgl. auch *Bourgon* Procedural Problems Hindering Expeditious and Fair Justice, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), S. 526 (530) sowie den Erfahrungsbericht von *Tochilovsky* International Criminal Justice: „Strangers in the Foreign System", Criminal Law Forum 15 (2004), 319 (333).

52 Mit weiteren Nachweisen dazu vgl. *Eser* (Fn. 36) S. 185 ff.

53 Vgl. *Kirsch* (Fn. 39) S. 275 ff., 286.

sitorische Grundmodell akzeptabel zu finden. Vielmehr scheint mir eine Verfahrensoptimierung aus Elementen beider Modelle angebracht. Ohne dies hier im Einzelnen entfalten, geschweige eine detaillierte Verfahrensordnung entwerfen zu können, seien wenigstens drei Leitlinien angedeutet.

1. „Akkusatorisch-instruktorische" Gewaltenteilung

Das ist zum einen das Ernstnehmen der – sowohl für die Rolle der Prozessbeteiligten als auch für das Verfahrensziel wesentlichen – Grenzziehungen zwischen dem Akkusationsprinzip und der Instruktionsmaxime. Statt diese Strukturelemente kurzerhand mit adversatorisch und inquisitorisch gleich- und dann einander entgegenzusetzen, wie dies immer wieder geschieht,[54] wäre – trotz teilweise überlappender Gemeinsamkeiten – deren jeweiliger Eigengehalt klarer auseinanderzuhalten.

Grob vereinfachend und manche Nuance vernachlässigend ausgedrückt, ist einerseits mit „adversatorisch" das Betreiben des Verfahrens durch die sich als Ankläger und (selbst- oder drittverteidigter) Angeklagter gegenüberstehenden Parteien zu verstehen, wobei sich das Gericht auf eine moderierende Verfahrensleitung beschränkt und mit den von den Parteien präsentierten Beweismitteln begnügt. Andererseits ist für die „inquisitorische" Tradition charakteristisch, dass die Verfahrensherrschaft beim Gericht konzentriert ist, und zwar nicht nur, dass in dessen Hand die auf bestmögliche Wahrheitsermittlung gerichtete Auswahl und Präsentation der selbst angeordneten oder seitens der Parteien beantragten Beweiserhebungen liegt, sondern dass ursprünglich der Richter zugleich als Ankläger fungierte und insoweit bereits die Anklage von ihm abhing oder gar ausging. Demgegenüber ist mit der Einführung des „Akkusationsprinzips" und der damit verbundenen Ausbildung einer vom Gericht zu unterscheidenden Anklagebehörde im Wesentlichen nicht mehr gemeint, als dass für die Ingangsetzung von Ermittlungen wie auch für die Erhebung der Anklage ein – vom Gericht zu unterscheidender – Ankläger zuständig ist und die von ihm erhobene Anklage seitens des Gerichts allenfalls – wie etwa mangels rechtlicher Zulässigkeit oder unzureichend erscheinender Beweistauglichkeit – eingeschränkt, nicht aber von sich aus erweitert werden darf.

So gesehen erfasst „akkusatorisch" einerseits weder die darüber hinausgehende verfahrensbeherrschende „adversatorische" Rolle der Parteien noch ist „akkusatorisch" – abgesehen von der ursprünglichen Rollenidentität von ermittelndem, anklagendem und urteilendem Richter – mit einer amtlichen Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichts unvereinbar. Eben nicht mehr als Letzteres ist mit „instruktorisch" gemeint, indem sich das Gericht – im Rahmen der Anklage – nicht einfach mit der Beweispräsentation der Parteien soll zufrieden geben müssen, sondern selbst – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – auf die volle Ermittlung der Wahrheit hinzuwirken hat.

Für ein derart „akkusatorisch-instruktorisches" Prozesssystem würde dies ein Zweifaches bedeuten:

- So hat zunächst gemäß dem Akkusationsprinzip die Ermittlung, Erhebung und Umgrenzung der Anklage durch die Verfolgungsbehörde zu erfolgen, und zwar sowohl durch Benennung der vorgeworfenen Straftaten als auch durch Beschreibung des

---

54 Vgl. namentlich *Orie* (Fn. 22), in: Cassese/Gaeta/Jones II, S. 1440, bzw. kritisch dazu *Ambos* (Fn. 20), International Criminal Law Review, S. 211, sowie *Eser* (Fn. 36) S. 172 mit weiteren Nachweisen.

zugrunde liegenden Tatgeschehens und durch Anführung der den Tatvorwurf stützenden Beweismittel. Auf diese Weise ist dem Angeklagten (und seinem Verteidiger) Klarheit darüber zu verschaffen, wogegen er sich zu verteidigen hat. In Respektierung dieser Akkusationsmacht der Verfolgungsbehörde und der sich darauf einzurichten habenden Verteidigung ist in dieser Verfahrensphase das Gericht darauf beschränkt, auf etwa erforderliche Klarstellung der Anklage hinzuwirken, rechtlich unzulässige Anklagepunkte oder Beweismittel auszuschließen, auf unschlüssig erscheinende Tatsachenbehauptungen der Beweisführung hinzuweisen und damit – wenn auch nur mittelbar – die Einführung weiterer Beweismittel anzuregen. Hingegen kann es darüber hinaus, weil nicht mehr vom Akkusationsprinzip gedeckt, nicht unter die Entscheidungsmacht des Gerichts fallen, von sich aus die Anklage zu erweitern oder ohne Zustimmung der Verfolgungsbehörde einzuschränken.[55]

- Sobald hingegen durch die Anklage der Verfahrensstoff umschrieben ist, muss nach der Instruktionsmaxime das Gericht das Recht und die Pflicht haben, das dem Tatvorwurf zugrunde liegende Geschehen so klar und umfassend aufzuklären, dass ein auf (das Bemühen um) Wahrheit begründetes (und sich nicht nur parteilich verabredetem Schein verdankendes) Urteil gefällt werden kann. Dementsprechend darf sich im Rahmen der Anklage der Richter weder auf die von den Parteien präsentierten Beweismittel noch auf die von ihnen gestellten Fragen beschränken lassen, sondern muss sich erforderlichenfalls auch zur Beiziehung zusätzlicher – insbesondere aus parteilichem Eigeninteresse vorenthaltener – Beweismittel sowie zu weiterer Aufklärung dienlicher Nachfragen verpflichtet sehen.
- Um hier gleich möglichen Missverständnissen vorzubeugen: Mit dieser Zuständigkeitszuweisung und Machtverteilung zwischen dem (anklägerbezogenen) Akkusationsprinzip und der (gerichtsbezogenen) Instruktionsmaxime soll weder prozessökonomischen Absprachen noch versöhnungsförderlichen Schiedssprüchen das Wasser abgegraben werden. Worauf es vielmehr – im Interesse der Glaubwürdigkeit von Strafgerechtigkeit – ankommt und was gerade durch das jeweilige Ernstnehmen jener beiden Verfahrensgrundsätze erleichtert werden kann, ist Folgendes:
  - Wenn schon Absprachen sein müssen, dann sollte die Anklage entweder schon von vorneherein entsprechend beschränkt oder nachträglich dahingehend eingeschränkt werden, sodass das Gericht darüber gar nicht (mehr) zu befinden hat. Soweit jedoch Anklage erhoben und diese aufrechterhalten wird, darf dem Gericht kein durch parteiliche Beweiseinschränkungen vorfabriziertes „Scheinurteil" zugemutet werden. Vielmehr muss es in dem durch die (verbleibende) Anklage gezogenen Rahmen alle rechtlich und tatsächlich verfügbaren Beweismittel beiziehen und ausschöpfen können, damit sein (verurteilendes oder freisprechendes) „Verdikt" als ein sowohl gerechter wie echter "Wahrspruch" Anerkennung finden kann.
  - Ähnlich kann auch dem Bemühen um Versöhnung, wenn dem ein rückwärtsgewandtes Insistieren auf totale Aufklärung entgegenstünde, anstelle eines volle Wahrheitsermittlung vorspiegelnden Urteilsspruches besser dadurch

---

55 Insofern erscheint mir auch die beim ICTY unter dem Druck der „Completion Strategy" eingeführte Befugnis der Vorverfahrenskammer, die Anklage letztlich auch gegen den Willen der Verfolgungsbehörde einzuschränken (Rule 73 bis (T) und (E) ICTY-RPE), als sehr problematisch; näher dazu *Eser* (Fn. 36) S. 172.

Rechnung getragen werden, dass durch entsprechende Rücknahme oder Einschränkung der Anklage der dementsprechende Aufklärungsverzicht offengelegt und eine zukunftsorientierte Entscheidung getroffen wird (wie auch immer dies im Einzelnen verfahrenstechnisch zu konstruieren wäre).

2. „Kontradiktorisch-instruktorische" Wahrheitserforschung

Ähnlich wie sich „akkusatorisch" und „adversatorisch" als gleichbedeutend dem „inquisitorischen" Prozessmodell entgegengestellt finden,[56] wird auch die „kontradiktorische" Beweisaufnahme, wie sie in der dramatischen Form von Hauptverhör und Kreuzverhör besonders augenfällig zum Ausdruck kommt, offenbar als derart charakteristisch für das „adversatorische" Verfahren empfunden, dass es als unvereinbar mit dem „inquisitorischen" erscheint.[57] Doch ebenso wenig wie sich die Akkusationsgewalt des Anklägers und die (sich aus der reformierten inquisitorischen Tradition emanzipierende) Instruktionsmaxime des Gerichts gegenseitig ausschließen, steht auch eine kontradiktorische Beweispräsentation durch die Parteien einer richterlichen Instruktionsmaxime keineswegs unvereinbar gegenüber. Denn unter schiedlich zum adversatorischen Verfahren mögen lediglich der Ablauf und die erweiterten Richterrechte des instruktorischen Verfahrens gestaltet sein. Das hat im Wesentlichen Folgendes zu bedeuten:

- Auch wenn nach der Instruktionsmaxime die Letztverantwortung für die Wahrheitserforschung beim Gericht liegt, schließt dies nicht aus, die Präsentation der Beweise zunächst den Parteien zu überlassen. Im Gegenteil sehe ich eine der wichtigsten Erfahrungen, die ich am ICTY in einem grundsätzlich adversatorisch geführten Verfahren machen konnte, gerade darin, dass sich die Richter erst einmal völlig zurückhalten und mit einer aufmerksamen Beobachterrolle begnügen und mit etwaigen Nachfragen abwarten können, bis die Parteien mit ihrer im Wege des Kreuzverhörs durchgeführten Vernehmung zum Abschluss gekommen sind.[58] Auf diese Weise wird auf Seiten der Parteien das für eine beiderseitige Ausleuchtung der Aussagen und eine kritische Glaubwürdigkeitsprüfung als wesentlich angesehene kontradiktorische Element gewährleistet, während die Richter dem bei inquisitorischer Vernehmung naheliegenden Anschein von Voreingenommenheit entgehen können. Deshalb liegt mir auch sehr daran, von allen Vorbehalten, die gegen das adversatorische System sprechen mögen, jedenfalls die kontradiktorische Beweispräsentation durch die Parteien ausgenommen zu sehen.[59]

- Doch wie wesentlich auch immer das kontradiktorische Parteielement einzuschätzen ist, kann es gleichwohl nicht das einzige und letzte Ermittlungsprinzip bleiben: Diese Rolle gebührt der richterlichen Instruktionsmaxime. Dementsprechend muss das Gericht – vornehmlich durch den Vorsitzenden Richter, zudem aber auch unter Mitgestaltung etwaiger beisitzender Richter – das Recht und die Pflicht haben, im

---

56 Vgl. oben Fn. 16 sowie in und zu Fn. 54.

57 Vgl. z.B. *Kühne* Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2003, S. 125, 163, 588.

58 Insofern würde ich durchaus weiter gehen wollen, als *Kirsch*, der – erstaunlicherweise aus der Sicht eines Verteidigers – schon die Erstbefragung dem Richter überlassen möchte (Fn. 39) S. 287.

59 Zu nicht zuletzt auch atmosphärischen Gründen, die gegen die leicht als Feindseligkeit misszuverstehende „Adversarietät" sprechen können, vgl. *Eser* (Fn. 36) S. 186.

Rahmen der Anklage zur Erforschung der Wahrheit zusätzliche Fragen zu stellen und die Vorlegung weiterer Beweismittel anzuordnen.

3. „Zeugen des Gerichts" (und nicht der Parteien)

Noch in einem weiteren Punkt ist die „Adversarietät" des Verfahrens zurückzunehmen: beim traditionellen Common Law-Verständnis der Zeugen und Sachverständigen als „prosecution witness" und „defenc witness".[60] Nicht nur, dass diese sich durch eine solche Einordnung von vorneherein in eine einseitige Rolle gedrängt fühlen können; auch kann die damit naheliegende Vorstellung einer parteilichen „ownership of witnesses" die Parteien leicht dazu verführen, „ihre" Zeugen in Form eines sogenannten „witness proofing" jeweils auf ihre Aussage in der Hauptverhandlung vorzubereiten,[61] wobei die kaum von einer neutralen Instanz überwachbare Grenze zwischen rein formalem „preparing" und inhaltlichem „coaching" von Zeugen fließend ist.[62] Trotz richterlicher Ermahnung zur Unparteilichkeit wird sich ein solcher Zeuge normalerweise nicht so leicht aus einem nun einmal eingenommenen Rollenverständnis herausnehmen können.

Auch in dieser Hinsicht ist gegenüber adversatorischer Parteienrivalität der überparteilichen Wahrheitssuche der Vorrang einzuräumen. Anstatt die Zeugen der einen oder anderen gegnerischen Partei zuzuordnen und entsprechend zu etikettieren, sollten sie sich als „witness of the court" bezeichnet finden und demgemäß als „Zeugen der Wahrheit" verstehen können.

Eine solche „Entparteilichung" der Zeugen wäre gerade bei Verfahren wegen Völkerrechtsverbrechen, denen typischerweise politisch-ethnische Konflikte zugrunde liegen, von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Insbesondere wäre damit leichter zu vermeiden, dass diese Frontstellungen durch gleichgerichtete Zeugenrollen in den Gerichtssaal hinein verlängert und aufgrund der öffentlichen Fernsehübermittlungen in die wachsamen Konfliktgruppen des Heimatlandes rückübertragen werden. Im gleichen Sinne könnte vielleicht auch von einem weniger „adversarischen" Umgang mit Opfer-Zeugen ein Beitrag zur Förderung von Aussöhnung erhofft werden.

VII. Ausblick

Wie nicht zu verkennen ist, konnten vorangehend nur einige der vom Jubilar in seinem eingangs genannten Beitrag[63] angestoßenen Punkte aufgegriffen werden. Da der hier zur Verfügung stehende Raum nicht mehr zulässt, kann nur noch auf einige Verfahrenselemente hingewiesen werden, die nicht nur aus der Sicht einer Harmonisierung nationaler Pro-

---

60 Vgl. *Eser* (Fn. 36) S. 178 f.

61 Wie wenig solche Vorstellungen aus der Luft gegriffen sind, zeigen diesbezügliche Zurechtweisungen der Beschwerdekammer des ICTR (in *Prosecutor v. Mrksić*, IT-905-13/1-AR73, Decision on Defense Interlocutory Appeal on Communication with Potential Witnesses of the Opposite Party, 30.7.2003) und der Verfahrenskammer des ICTY (in *Prosecutor v. Limaj*, IT-03-66-T, Decision on Defense Motion on Prosecution Practise of „Proofing" Witnesses, 10.12.2004). Vgl. auch *Badar/Karsten* Current Developments at the International Criminal Tribunals, International Criminal Law Review 7 (2007) S. 163, 183 ff. sowie die Kritik von *Tochilovsky* (Fn. 51) S. 329 ff.

62 Umso beachtlicher ist es, dass derartig der Wahrheitserforschung abträgliche Zeugenbeeinflussungen eine Vorverfahrenskammer des ICC einen grundsätzlichen Riegel vorzuschieben versucht (*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, No. ICC-01/04-01/06 vom 8. November 2006).

63 *Tiedemann* FS Eser (Fn. 1).

zesssysteme in Europa, sondern auch für die Ausgestaltung einer genuin europäischen oder auch darüber hinausgreifenden internationalen Strafgerichtsbarkeit weiterer Beachtung wert und bedürftig erscheinen.

Das gilt zum einen sowohl hinsichtlich der Verfahrensgestaltung durch Einführung eines kontradiktorischen richterlichen Beweiszulassungsverfahrens[64] wie auch für eine Neubestimmung des Verhältnisses der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit des Verfahrens.[65]

Zum anderen wird nicht nur in der traditionellen horizontalen Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichtsbarkeiten, sondern auch im vertikalen Verhältnis von nationaler und supranationaler Gerichtsbarkeit die Frage gegenseitiger Anerkennung prozessualer Maßnahmen und Entscheidungen eine wichtige Rolle spielen.[66] Dabei könnte nicht zuletzt auch die Entwicklung eines internationalen Zeugen- und Beschuldigtenbefragungsmodells hilfreich sein.[67]

---

64 Vgl. ebenda S. 898 f.
65 Vgl. ebenda S. 891 ff., 895.
66 Vgl. ebenda S. 193 ff.
67 Vgl. ebenda S. 894.

ALBIN ESER

COLLECTION AND EVALUATION OF EVIDENCE IN COMPARATIVE PERSPECTIVE*

I.

When comparing the structure of the criminal procedure in the civil and the common law systems, one is soon confronted with the widespread belief of deep differences between the "inquisitorial" tradition on the one hand, and the "adversary" on the other. Consequently, one would expect differences between the Israeli criminal procedure, as mainly based on common law tradition, and the German procedure, as an example of a continental civil law system. If one takes a closer look, however, it appears that those assumptions of deep differences, at least in view of the practical result, are to a great extent mistaken because of foregone prejudices.

Therefore, the message I would like to transmit here is that

- on the one hand, there are indeed quite a lot of differences between the two systems, but
- on the other hand, in the final analysis, they come very close together. The issue is more one of different instruments and safeguards rather than of basic goals and principles. Both systems strive for the same end: to convict the guilty and to discharge the non-guilty by seeking the truth by fair means.

Keeping in mind this fundamental accord with regard to the common goal, we should nevertheless not ignore the different approaches from and by which both systems try to reach their end. And it is in particular the balancing of the various interests in conflict with each other in a criminal proceeding which I would like to describe and compare, paying special attention to the problem of evidence as the main topic of this paper. This analysis will be carried out primarily by comparing the German with the Anglo-American criminal procedure. This is not due to simple disregard of the Israeli law, but because of my hopefully better acquaintance with the American law and, not least, because of the legal reason that the Israeli criminal procedure seems mainly based on British traditions and Anglo-American influences.

II.

With regard to the aim of the evidence finding procedure, the Anglo-American adversary jury system and the Continental-European ex officio inquiry system are alike: At least nowadays, both are directed at reaching a substantively true decision by a fair trial in which the defendant has been conceded the status of a subject of the proceeding and is not merely an object of the inquiry.[1] For this reason, both systems have to struggle for the best possible

---

* Originalbeitrag erschienen in: Israel Law Review 31 (1997), S. [429]-438

1 *H.B. Kerper*, Introduction to the Criminal Justice System (West Publishing Company, St. Paul Minn., 2nd ed., 1979) 202; *H.J. Vetter & C.E. Simonsen*, Criminal Justice in America (W.B. Saunders, Philadelphia/London/Toronto, 1976) 204; *C. Roxin*, Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, (Beck, München, 24th ed., 1995) 106f.; *W. Perron*, "Rechtsvergleichender Quer-

complete collection of all accessible and potentially relevant pieces of evidence in the best possible form. In the Israeli Criminal Procedure Law, the judge is not necessarily bound by the evidence presented by the parties. Indeed, after the parties have concluded their presentations, which may include the testimony of the defendant and/or the examination of witnesses (sections 150 and 167), the court has the right to collect evidence on its own motion. And though directed at collecting evidence, in both systems due consideration has to be paid to the rights of those concerned as witnesses or possessors of evidence items as well as to the requirements of so-called "procedural economy". Furthermore, both systems require the same standard of proof: namely, "proof beyond a reasonable doubt",[2] and both require a certain minimum quality of the evidence if used in favour of the charge and/or in disfavour to the defendant.

III.

However, with regard to the status and functions of the various parties involved in a criminal proceeding, i.e. the defendant and his counsel, the prosecutor as well as the judge and the jury, divergencies in the procedural structure may well lead to different consequences for collecting, rejecting and evaluating evidence.

1. When we examine the common law system, it may be fair to state in a general way that it relies quite heavily on a fair trial before a decision finder equipped with the best possible neutrality and independence from the prosecuting state: the jury.[3]

A main disadvantage of this system may be seen in the fact that the lay jurors are not capable of handling the case before them in a professional way, that they have to decide the case on an evidentiary basis hic et nunc, and that even if they were capable of doing so, they do not have to justify their verdict with explicit reasoning which would be reviewable in an appeal.

In addition, in such a system a particularly high degree of responsibility lies on the shoulders of the defence, because faced with an opponent – the prosecutor – who in an adversarial system has already one-sidedly made up his mind in favour of the charge, the defendant's right to protection from an unjustified verdict is almost completely in the hands of the defence.

Therefore, one of the first and most important needs of evidence law in such an adversarial system is to make sure that the defence is sufficiently equipped with rights and means in order to meet its extremely great responsibility. Furthermore, it is of particular importance that the defence be allowed to present any evidence which might be relevant for discharging the defendant, that the defendant have the right to be confronted with witnesses against

---

schnitt und rechtspolitische Bewertung", in W. Perron (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands (edition iuscrim, Freiburg i. Br. 1995) 549-608, at 578, 588f.

2 Up to this point, the defendant is considered innocent in accordance with the principle of in dubio pro reo (Art. 6 II European Convention on Human Rights). For the German law on this point, see *Roxin*, supra n. 1, at 97ff.; *Th. Kleinknecht & L Meyer-Goßner*, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, (Beck, Munchen, 42nd ed., 1995), § 261 margin no. 26, p. 837; for the common law, see *R. Card*, Criminal Law (Butterworths, London/ Dublin/Edinburgh, 12th ed., 1992) 89; *St. Thaman*, "Country Report USA", in W. Perron, supra n. 1, at 489-547 (506).

3 See *H. B. Kerper*, supra n. 1, at 201f.; *Thaman*, supra n. 2, at 503f.

him, and to have a compulsory process for obtaining witnesses on his behalf, as even constitutionally guaranteed in the 6th amendment of the U.S. Constitution.

On the other hand, however, the defence can also draw tremendous benefit from acting before an impartial as well as non-professional jury of lay people, because this opens the possibility, by means of a cleverly performed scenario of cross-examining witnesses or introducing unexpected documents, to procure advantages on an emotional level which in an objective light would not be justified.

For these partly counteractive reasons, the law of evidence in an adversarial jury system such as the common law – and in the same vein also in Israeli criminal procedure – must be particularly interested in guaranteeing the objective quality and impartiality of evidence. As a result, the parties involved may be confronted with restrictions so far-reaching that they are difficult to comprehend, at least from a continental-European point of view.

The following are just a few examples of exclusions of evidence which are difficult to understand from – if I may say so – a less formalistic, less rule-bound perspective:

- the exclusion of hearsay evidence, although this "holy" rule in common law has already been broken by quite a few exceptions, as in the U.S. Federal Rules of Evidence (FRE 803) or in the Israeli Evidence Ordinance of 1971 (chapter 1, Art. 2, sec. 10);[4]
- the requirement of presenting original documents or notes and not only copies, although this requirement, too, is softened by numerous exceptions (U.S. FRE 1003, 1004); in a similar way, the Israeli criminal procedure as well, at least in principle, requires the presentation of the original document for proving its contents (cf. – also to exceptions – Evidence Ordinance 1971, ch. 2, Art. 6, sec. 41);
- the restrictions on the admissibility of evidence with regard to a person's character or conduct (U.S. FRE 404), although this may be well-founded as long as it provides for the protection of victims of sexual abuse (U.S. FRE 412);
- and not least, the corroboration requirement by which a verdict of guilt, in particular for perjury, has to be based on the incriminatory testimony of more than one witness – a certainly old and virtually antiquated rule which at least in Israel has been modernized in that a person cannot be convicted on the unsworn testimony of a minor, unless that testimony has been corroborated (Evidence Ordinance 1971, ch. 4, sec. 53, 55).[5]

Taken as a whole, it seems to be of utmost importance to an adversarial, jury-based criminal procedure that an adequate balance between prosecution and defence be secured. This is necessary in order to prevent one side from exploiting the peculiar "artefact" artificially produced by a set, if not game, of evidentiary rules not easily perceived and understood by a non-professional jury. (Whether in this respect professional judges, as in the Israeli criminal court, are better equipped to understand and handle the intricacies of the common law rules of evidence, would certainly be an interesting point for discussion).

---

4 For more on this point, see *C. Allen*, "Grundsätze and Methoden der Beweiserhebung im englischen Strafprozeß", (1960) 72 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 650-676 (660ff.); *Thaman*, supra n. 2, at 509ff.

5 See *Allen*, supra n. 4, at 667f.

2. Contrary to this adversarial jury-based approach, which quite heavily relies on rather formalistic rules of evidence, the continental-European approach, mostly described as inquisitorial,[6] basically relies on the objectivity and impartiality of professional judges, thereby leaving them broad discretion in collecting and evaluating the evidence.[7] If this is called "inquisitorial", however, this description is no longer correct; for, although originally based on the fact that the judge was both decision-maker and prosecutor at the same time, nowadays the continental-European procedure – at least since the introduction of a pretrial investigation started and led by a prosecutor not identical with the judge – also provides a kind of adversarial struggle between the prosecution and the defence.[8] Therefore the ex-officio function of the judge in ascertaining the truth on the basis of specific evidence may better be called "self-instructorial" instead of "inquisitorial".

But whatever terminology one prefers, it is characteristic for this type of procedure that, in principle, the judge need not rely solely upon the evidence presented by the adversaries, that is, the prosecution and the defence, but rather that he himself has the official duty of ascertaining the truth[9] and that, as a consequence, he is supposed to prepare himself for the trial by going through the files and dossiers already collected by the police, the public prosecutor and/or the judge d'instruction, if there is one (as is still the case in France, but no longer in Germany and Italy[10]). This right and duty of the judge – or of one of the judges, if the court is sitting as a chamber of three up to five judges (some professional, some lay), as may be the case in German trials[11] – does not necessarily mean that the court may use knowledge of a witness's pre-trial statement as an immediate basis for a verdict. For as will be explained further, the final basis for the judgment is not the pre-trial dossiers but what has been brought and proven within the oral and public trial.

Yet, as with the procedural system of the common law, the continental approach has its advantages and disadvantages as well, this however for some contrary reasons.

In the common law jury system, on the one hand, the jury may easily be misled by a clever prosecutor with detrimental consequences for a badly counselled defendant, or vice-versa, rather good evidence for guilt may be destroyed by a tricky defence counsel not sufficiently stopped by an incompetent public prosecutor; in this respect, a continental judge, due to his professional experience and knowledge of the files, may be less likely to be drawn into a trap. And since, in addition, the continental judge has to give a written opinion setting out the facts upon which he based his verdict and by which evidence he saw these facts proven,[12] both the prosecution and the defendant have a much better basis for an appeal. This is because they are not limited to speculations about what the judge thought might be the truth and, if so, why; the appealing party is, therefore, in a much better position to prove that the court's reasoning was inconsistent or at least inconclusive – and, thus, to reach a reversal of the verdict.

---

6 See e.g., *Kerper*, supra n. 1, at 202.

7 The German law on this point is codified at §261 Criminal Procedure Code (StPO).

8 See *Roxin*, supra n. 1, at 104ff.

9 In German law, this judicial duty, the so-called principle of ex-officio inquiries, arises from §§155 II, 244 II StPO.

10 See *A. Eser*, "Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa, Orientierung an polizeilicher Effektivität oder an rechtsstaatlichen Grundsätzen?", (1996) 108 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 86-127 (88f., 96f.) with additional references.

11 §§76 I, 122 I, 139 I Constitution of Courts Act (GVG).

12 The German law on this point is codified at §267 StPO.

On the other hand, however, the continental tradition has an obvious disadvantage in that a judge, in preparing the trial by going through the files, may become prejudiced. If this is the case, it may be very difficult for the defendant and his counsel to overcome the prejudice in the trial itself.

In order to avoid this possible bias, one of the principal tasks of the ex-officio instructorial procedure is, firstly, to guarantee what in German doctrine is called the "immediacy" of the trial, meaning that only evidence which was directly and orally brought into the trial and in that way to the knowledge of all judges of the bench may be used as a basis for the verdict,[13] and secondly, to give the defence sufficient operative rights and possibilities to convince the court that the picture as it may appear from the pre-trial investigation is not reconcilable with the evidence which has been brought forward in the trial and which is, in fact, the only evidence upon which the verdict may be based.

But even with this important goal in mind, the continental system would not rely so much on formal exclusionary rules but would rather give both the prosecutor and the defence as broad an opportunity to bring in evidence reconcilable with the human rights of the defendant and/or the witnesses, and would expect a professional judge to be more able to distinguish evidence of greater relevance and reliability from evidence given by witnesses who are partial or evidence whose quality is for some other reason suspect.

Therefore, if we compare the exclusionary rules, mentioned before as characteristic of, if not "holy" in, the common law system, with the handling of those topics, for example, in the present German law of criminal procedure, we would see that the results are quite similar, although the means of reaching them are different:

- As the first example mentioned before, hearsay evidence, i.e., the examination of "indirect witnesses" in the sense that they have not personally witnessed the commission of the crime but can only testify of findings or reports by other – again not necessarily immediate – witnesses, in principle excluded in common law, is in principle admissible according to German case law, this however only under certain conditions: with due respect to the principle of "immediacy", the court must not resort to hearsay evidence as long as there is a chance to get direct evidence. Therefore, a judgment may be based on hearsay evidence only if immediate evidence is not accessible; but even in this case the court has explicitly to justify in its written opinion why it relied on the credibility of the hearsay evidence despite its less valuable quality.[14]
- Basically the same holds true for our example of original documents and notes: Here, too, German criminal law admits copies if the originals are out of reach. This, again, is not considered a breach of the principle of immediacy because the principle does not require the exclusion of alternative evidence. Similarly, accord-

---

13 §261 StPO, see Roxin, supra n. 1, at 335ff.; *Kleinknecht & Meyer-Goßner*, supra n. 2, at §261 margin no. 5, p. 831.

14 The practical significance of these issues is especially great when police undercover agents are involved, i.e., persons (be they undercover officials, other persons acting undercover or informers from the fringes of the criminal scene) who work together to prevent and to clear up criminal activity, primarily in matters of national security and in the areas of drug and gang crime. For more on these issues, see Roxin, supra n. 1, at 342f. and Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt) 17 (C. Heymanns, Köln/Berlin, 1962) 382-388 (386); BGHSt 36 (1990), pp. 159-167 (166 f.).

ing to the German adjudicature, copies of documents may be brought in as evidence. Here, too, however, certain conditions have to be observed: most importantly, the judge has to be aware of the lesser evidentiary quality of the copy and therefore has explicitly to state in his written opinion why he was convinced that the copy in its relevant contents was identical with the original.[15]

- As to our example of testimony regarding a person's conduct, in particular with regard to victims of sexual abuse: Again, our system does not have to resort to the exclusion of that sort of witnesses because, by having the examination performed by the judge who may not ask offensive questions,[16] and by offering the possibility of excluding the public from portions of the trial,[17] the witness is afforded sufficient protection of his privacy and of similar personal values.
- And finally as to the corroboration requirement: Instead of requiring a certain number of witnesses, our procedure relies on the apparent quality of a witness and the reviewable reasoning given by the judge for his conviction.

Seen on the whole, therefore, the handling of these situations in German procedural law seems very similar to the case of a bench trial[18], as practised in the common law procedure.

IV.

In summing up this necessarily short, as well as certainly oversimplified comparative perspective, we could perhaps state that both procedural systems here considered have the same basic goal in common, at least insofar as both require the judgment to be based on truth proven by evidence which has been collected according to certain rules.

These rules, however, may be quite different in reach and scope. For, as observed by Nijboer[19] in a comparative analysis, whereas the common law of evidence may be understood as a set of admissionary and exclusionary rules, in the continental system evidentiary rules are rather perceived as decision-finding rules. An exception must be made, however, for those rules which are not so much directed at ascertaining the truth but rather which serve the protection of personal rights and secrets, as, for instance, the exclusion of evidence gained by illegal means (§136 a StPO) and the exclusion of evidence contained in highly intimate notes (such as a personal diary).

Apart from such "evidence prohibiting rules" (Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote[20]) where the ascertainment of the truth – and, thus, the conviction of a potentially guilty defendant – is obviously put second to other higher interests, the continental law does not "strangulate" the production of evidence by a special set of admissionary and/or exclusionary rules.

---

15 For two German Federal Supreme Court decisions on point, see (1986) 6 Neue Zeitschrift für Strafrecht 519-520 and 14 (1994) 593.

16 The German law on this point is codified at §68 Criminal Procedure Code.

17 17 §§171 a, 171 b, 172 GVG.

18 A trial held before a judge sitting without a jury, see Black's Law Dictionary (West Publishing Company, St. Paul/Minn., 6th ed., 1990) 156. The defendant (with the consent of the prosecutor) may waive his right to have the question of his guilt settled by a jury. If he does so, the trial is held before a single judge. See *Perron*, supra n. 1, at 503.

19 *J. F. Nijboer*, Een verkenning in het vergelijkend straf- en strafprocesrecht (Gouda Quint BV, Arnhem, 1994) 51.

20 For more on this point, see *Roxin*, supra n. 1, at 163ff.

If certain common law procedures still seem to need a more "formalistic" network, this may be explained by the fact that with a non-professional jury a corrective "filter" for ruling out unreliable evidence is lacking.

By comparison, the Continental-European tradition in the meantime has reached the stage where it seems it can afford to give more discretion to professional judges with regard to distinguishing between evidence which is more, and evidence which is less, reliable.

Both systems obviously have their advantages and disadvantages. To make a choice is more than a purely technical question. It is dependent not only on the whole political and judicial system of a country, but also on the different cultural traditions and socio-psychological attitudes represented there.[21] For these reasons it would require a much broader analysis than is possible here, and at this point, I would not venture any recommendations.

---

21 With regard to the last point, a comparison involving different kinds of sports suggests itself. On the one hand, it is characteristic of European soccer that the players seek out a path to the goal that is as direct as possible and that the flow of the game be held up by as few rules as possible. As a result, spectators are annoyed when referees interrupt the game on account of rule violations. In contrast, in American football, the setting up of and compliance with a complicated set of rules seems almost to be a central goal of the game. The impression created by the American criminal trial – with its complicated rules of evidence that lead to endless interruptions – when compared to the Continental-European system, in which the judge is hindered only by comparatively few rules from pursuing an investigation of the truth that is free from interruption, is not much different. William Pizzi was so fascinated by this comparison of European and American systems of criminal procedure and sports, which I voiced in a conversation with him in late 1993, that he has since subjected it to a closer analysis. See *W.T. Pizzi*, "Soccer, Football and Trial Systems", (1995) 1 Colum. J. European L. 369-377.

ALBIN ESER

HUMAN RIGHTS GUARANTEES FOR CRIMINAL LAW AND PROCEDURE IN THE EU-CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

I. INTRODUCTORY SURVEY ON DIFFERENT EUROPEAN INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS GUARANTEES

When one looks upon Europe and its political landscape from the outside, one might get a very confusing picture. There are quite a few legal institutions and conventional instruments which sound and appear very much alike, although, in fact, they may be quite different and serve divergent functions.

So, in order to find through the complicated terminology of organisations, organs, legal instruments and judicial authorities which do exist on the European continent under sometimes very similar names and labels, a short introductory survey on the political structure of Europe and some of its most important institutions and human rights guarantees may be helpful.

Instead of presenting a full picture, however, we will have to concentrate and limit our view to those European institutions which are of essential importance for the protection of human rights, and still more narrowly focused on human rights guarantees in criminal law and procedure, this being the topic of my presentation.

Within this scope, in particular two European institutions ask for closer attention and distinction: the Council of Europe (CoE) and the European Union (EU) which appear very much alike and for this reason like to be confused with each other, but which, in fact, have a different territorial reach and serve different political functions. Therefore, they must be distinguished.

1. The Council of Europe (CoE) and European Convention on Human Rights (ECHR)

With regard to its foundation and coming into existence, the CoE is the considerably older european organisation and broader in its territorial reach.

The Council of Europe was founded in 1949. It seeks to develop throughout Europe common and democratic principles with particular attention to the protection of individual human rights. With its presently 47 member countries, the CoE has a genuine pan-european dimension. To a certain degree, the CoE even transgresses European borders with regard to so-called "observer countries", at present five in number, beside the United States also including Japan.

The probably most important contribution of the CoE for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was the "European Convention on Human Rights" (ECHR), adopted in 1950. This convention is considered the first binding international codification of Human Rights at all. In combination with certain additional protocols it provides a min-

* Originalbeitrag erschienen in:
Ritsumeikan Law Review No. 26 2009, 163 - 190.

imum standard of rights and freedoms, including procedural guarantees, for the most entire continent of Europe.[1]

At least three features which have been novel when the European Human Rights Convention was created deserve to be mentioned:

- First, whereas traditionally only States were enabled to be actors in International Law, the ECHR concedes an active role in the international arena also to individuals. This is made possible by setting up a mechanism for the enforcement of the obligations entered into by contracting states and the right of individuals to bring in complaints against violations of their Human Rights.
- Second, in order to enforce the protection of Human Rights, at first the European Commission of Human Rights (set up in 1954) and the European Court of Human Rights[2] (set up in 1959 at Straßbourg) were established, both of which have in 1998 been followed by a single full-time court.
- And although the Court cannot enforce its decisions in the same direct way as judgements of a domestic court may be executed, decisions of the European Court of Human Rights are not without any legal binding force, though in an indirect manner only: so, if, for instance, the European Court has found a national police authority responsible for torturing a suspect, the respective member state is expected under Art. 46 ECHR to comply with the European decision, supervised by the Committee of Ministers of the CoE.[3]

In sum, there are so far no other international criminal rights agreements which would provide such a high degree of individual protection. Further progress, however, may be made if the Charter on Fundamental Rights of the European Union succeeds in finally being approved. Thus, we have to turn to the second organisation which plays a still stronger role on the European continent:

2. The European Union (EU) and the EU Charter on Fundamental Rights (ECFR/EU-Charter)

Different from the Council of Europe which – with its 47 member states – comprises almost whole Europe, the European Union (EU) is a political and economic community of, at present, 27 member states. Due to its primary function of creating a common market within central Europe, guaranteeing the freedom of movement of people, goods, services and

---

1 For further details on the European Convention on Human Rights see *Clare Ovey / Francis Geoffrey Jacobs / Robin C.A. White*, The European Convention on Human Rights, 4th ed., Oxford, 2006.

2 For an inside into the recent history of the European Court of Human Rights see *Luzius Wildhaber*, The European Court of Human Rights 1998-2006 – History, Achievements, Reforms, Kehl, 2006. For more background information on the court's creation and its enlargement see *Nina-Louis Arold*, The Legal Culture of the European Court of Human Rights, Leiden, 2007, pp. 19-41.

3 The enforcement mechanisms of the CoE are indeed quite weak, perhaps surprisingly so. Art. 46(1) of the ECHR requires states to "abide by the decisions" of the Court, but Art. 46 (2) puts the supervision of the execution of ECtHR judgments in the hands of the CoE's Committee of Ministers, a body that has been notoriously reluctant to exert political pressure on member states.

capital, it was mainly directed as a promotion of economic welfare rather than for the protection of Human Rights. The more, however, it expanded from originally six member states, including Germany, to meanwhile 27 member states by incorporating almost all former East European socialist countries, the more the concern for Human Rights was increasing.

Before following this development with its impacts on criminal law and procedure, certain institutional and terminological pecularities of the European Union may be distinguished from those of the Council of Europe.

- With regard to the creation of so-called "community law" of the EU, there can be three bodies involved:
  - - the "Council of the European Union"[4], composed by the ministers of the member states (and therefore in German commonly called "Ministerrat") and on a rotational basis presided for six months by each member state, which functions as the main decision-making body of the European Union,
  - - the "European Commission"[5] (EC), located in Brussels, comparable to the government of a state, thus, primarily functioning as the executive branch of the European Union, but also responsible for proposing legislation, and
  - - the "European Parliament"[6], located in Strassburg, functioning as the main legislative body.
- To make this structure even more complex, there exists an additional "European Council" (commonly referred to as "European Summit") which functions as the highest political body of the European Union, though not having any formal executive or legislative powers.

So, when the term "council" appears in connection with Europe, one has to be aware that the "Council of Europe" (CoE) is responsible for the "European Convention on Human Rights", while the "European Council" is functioning as political body of the head of state or government of the EU-member states, and the "Council of the European Union" as the main legislative body of the EU.

Similar caution is asked for when the term "convention" appears: in connection with the CoE it stands for the "European Convention on Human Rights", in connection with the EU, "convention" is referring to the committee in charge of drafting the EU-Charter.

- As far as the judicative power is concerned, the ultimate say on matters of EU law is with the "Court of Justice of the European Community", usually called the "European Court of Justice" (ECJ)[7]. This court has not only to ensure equal application across the various EU-member states, rather it is also empowered to sanction violations of EU law. Established in 1952, the court is composed of one judge per mem-

---

4 For further information on the Council of the European Union see *Martin Westlake / David Galloway / Toon Digneffe*, The Council of the European Union, 3rd ed., London, 2004.

5 For further information on the EC see, The European Commission, London, 2006.

6 For further information on the European Parliament see *Richard Corbett / Francis Jacobs / Michael Shackleton*, The European Parliament, London, 2005.

7 For further information on the ECJ see *Anthony Arnull*, The European Union and its Court of Justice, Oxford, 2006.

ber state and assisted by a lower court, the "Court of First Instance"[8] dealing with certain issues. Though again sounding very similar, this "European Court of Justice", located in Luxemburg City (unlike most other EU institutions which are based in Brussels), should not be confused with the "European Court of Human Rights" which is part of the Council of Europe and located in Strassburg/France.

- Another difference between institutions of the CoE and the EU exists with regard to the binding impact of decisions by their courts: whereas the European Court on Human Rights can only indirectly cause national organs or authorities to abide by rules and decisions for the protection of Human Rights[9], judgements of the EU-Court of Justice have direct binding effect on member states[10].

On the other hand, however, as concerns the promulgation of own provisions for the protection of Human Rights, the EU for a long time was quite reluctant. As the EU itself never became member of the CoE nor of the ECHR, the protection of Human Rights within the EU was depending on national guarantees of Human Rights in the individual member states or on their adherence to the ECHR of the Council of Europe. Although the idea of an own EU Bill of Rights had been on the table for some years, mostly supported by the European Parliament, it finally occurred in 1999 on a German initiative that, with a decision taken by the European Council in Cologne[11], the process of the later on so-called "Charter of Fundamental Rights of the European Union" was launched. From then on the promulgation process ran rather quick, allowing the "solemn proclamation" of the Charter[12] by the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on December 7th, 2000.

The stated purpose of this EU-Charter, as eventually reflected in its Preamble, was to strengthen the protection of fundamental rights in the EU, not by changing the rights as such, but by making them more visible to the EU citizens.

The Charter process should be seen in the broader context of the debate on constitutionalization of the European Union. Not only did the idea of a Charter appeal to Member States with constitutional and federal ambitions for the future of the EU; it was also welcomed by other Member States as a sensible way to bring the Union closer to the citizens and gain more popular support for the EU. Some see in the very topic of human rights a new project for the EU that could help keep up momentum in the integration process, among the peo-

---

8 For further informations on the Court of First Instance see *Timothy Millet*, The Court of First Instance of the European Communities, London, 1990.

9 See *Gertrude Lübbe-Wolff*, ECHR and national jurisdiction – *The Görgülü Case*, HFR 2006 (12), pp.1-6.

10 In the case *Van Gend en Loos vs. Nederlandse Administratie de Belastingen* (1963), the ECJ ruled that the protection of EU law applied to individuals as well as member states, created the principle of *direct effect*. In the case of *Costa vs. ENEL* (1964) ruled that in the case of a clash between EU and national law, EU law is the higher authority, thus establishing the *supremacy* of the ECJ. The principles of direct effect and supremacy of EU law guide the implementation of ECJ rulings and the legal framework within which it acts. These joint principles give the ECJ a large degree of judicial power on member states. Supremacy allows the ECJ to establish *primacy* for European laws while direct effect means that these laws then apply to people as well as to states – making them more like domestic laws then international acts.

11 See European Council Conclusions from Cologne, Annex IV, "Decision on the Drawing up of a Charter of Fundamental Right of the European Union", dated June 3-4.

12 Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000 O.J. (C 364) 1 (Dec. 7, 2000).

ples as well as among the governments, now that the huge projects of the 1980s and 1990s, the Internal Market and the Monetary Union, are more or less in place. The enlargement negotiations with 12-13 countries, including ten former members of the Eastern Bloc and Turkey, also provided a good reason to devote more energy to the topic of human rights in the EU.

With regard to the further development, it was expected to integrate the EU-Charter in the planned EU-Constitution. After this project had failed and was substituted by the Treaty of Lisbon, amending the existing treaties of the European Union, on December 13th 2007, the EU-Charter was not included as an integral part of the treaty and, thus, does not have the status of community law. Yet, since the Treaty of Lisbon makes reference to the EU-Charter, it is, in fact, guaranteeing the enforcement of the Fundamental Rights.[13]

The rights provisions contained in the EU-Charter are basically a restatement or compilation of existing rights. The Charter lists all the fundamental rights under six major headings: Dignity, Freedom, Equality, Solidarity, Citizenship and Justice. It also proclaims additional rights not contained in the European Human Rights Convention of the CoE, such as personal data protection, bioethics and good administration, the right to a clean environment and the rights of the disabled.[14]

3. Relationship between the European Convention on Human Rights (ECHR/CoE-Convention) and the EU-Charter on Fundamental Rights (ECFR / EU-Charter)

Although both European codifications are covering most of the same Human Rights and, thus, are overlapping each other to a high degree, they are not completely identical. This raises the question of their relationship.

Certain answers can be found in Articles 52 and 53 EU-Charter. They require the EU Community Courts to interpret rights in the EU-Charter that "correspond" to the rights in the ECHR as having the equivalent meaning to that decided by the European Court of Human Rights. Although the EU-Charter does not expressly pronounce which of its rights are equivalent to those in the ECHR[15], Article 53 EU-Charter can be understood as a provision similar to those found in many human rights instruments.

---

13 See Article I-9 of the Lisbon Treaty which establishes a – though officially not so-called – "constitution" for Europe.
"1. The Union shall recognise the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights which constitutes Part II.
2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Constitution.
3. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law."

14 Articles 21, 37, 41 EU-Charter

15 At any rate, however, the equivalence of certain rights is set out in an explanatory memorandum commissioned by the Presidium (Convention document CHARTE 4473/00). Yet, since this memorandum is lacking authority status, the question remains whether, were the EU-Charter to be made formally legally enforceable; this list of "corresponding" ECHR/EU-Charter provisions should be given more authoritative status.

Thus, the ECHR is an essential source of law in the EU human rights jurisprudence, even if the EU/EC is not a Contracting Party to the ECHR. The EU-Court generally adheres to the ECHR human rights provisions as a minimum level of protection, and often delves into close examinations of the CoE and the case law of the European Court of Human Rights[16].

The conclusion to be drawn from this observation to the main topic of this paper is that the protection of Human Rights in criminal law and procedure within the European Union cannot be fully understood without paying due attention – beyond the EU-Charter – also to the ECHR of the Council of Europe and its Court on Human Rights.

4. General Pre-Remarks to Human Rights Guarantees in Criminal Law

With regard to the question in which sequence Human Rights in criminal law and procedure should be dealt with, it may appear advisable to follow the order in Chapter VI of the EU-Charter on "Justice" in which various rights relevant for criminal law and procedure are guaranteed. On a closer look, however, the relevant Article 47 EU-Charter to Article 50 EU-Charter do not follow any meaningful system because mixing up substantive rights and procedural rights. So, instead of dealing with Article 47 EU-Charter to Article 50 EU-Charter with one after the other, I prefer to start with substantive rights in Article 49 EU-Charter on principles of legality and proportionality (II), followed by Article 48 EU-Charter (Art. II-108 Lisbon Treaty) on presumption of innocence and rights of defence (III), continued with Article 47 EU-Charter on guarantees of an impartial court and efficient remedy (IV) and concluding with Article 50 EU-Charter on the principle of "ne bis in idem" (V). Finally we shall have to ask whether there are further human rights in criminal law and procedure that are not expressly recognized in the EU-Charter.

Before coming to special comments, four more general features of these guarantees may be highlighted:

- First, as concerns their fundamental character, the guarantees of this EU-chapter on "justice" are not merely "citizens' rights" as those in Chapter V, rather they are truly "human rights" guaranteed to everybody regardless of his or her citizenship.
- Second, the guarantees at stake here do not only bind the authorities of the European Union, but also its member states. Therefore, if the national criminal law or procedure of a member state lacks the formal recognition of certain rights, as one could be afraid of with countries from former socialist law, they would internally be bound by these supranational EU human rights.

---

16 The recognition of the ECHR as a minimum standard "is entirely compatible with the ECHR, Article 53 of which indicates that the ECHR is not intended to impose a uniform level of protection [...], but solely to ensure a minimum standard" (see document 4961/00 CONTRIB 356, of November 13, 2000). Since 1974 all Members of the European Union have been Contracting Parties to the ECHR of 1950 under the auspices of the Council of Europe. Based on the drafting history of Article 53 EU-Charter and the special significance of the ECHR in the EU Community human rights doctrine and in the EU-Charter itself, one could argue that the only natural reading of Article 53 EU-Charter is to see it as an equivalent to Article 53 ECHR. As such, the provision is simply a politically valuable safeguard, found in almost all human rights instruments in order to calm any concerns readers may have that the EU-Charter could be used as a pretext to cut down protection enjoyed on the basis of other rules. Thus, the legal significance of Article 53 EU-Charter is identical to that of Article 53 EC-Convention (ECHR).

- Third, since this catalogue of EU human rights is not to be considered a closed list, it is open for amendments, as in particular by reference to more concrete guarantees in the ECHR as, in particular, will be seen with regard to defence rights.
- Fourth, EU Human Rights are not without limitations, as in particular provided for in Article 52 EU-Charter and Article 53 EU-Charter.

II. Legality and Proportionality of Criminal Law

Article 49 EU-Charter: Principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties:

1. **No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national law or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than that which was applicable at the time the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of a criminal offence, the law provides for a lighter penalty, that penalty shall be applicable.**
2. **This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles recognised by the community of nations.**
3. **The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence.**

1. Genesis and Scope of these Guarantees

Although dealt with in the same article, this provision does, in fact, pronounce three different human rights:

- First, the principle of legality (Sect. (1) and (2) (1st and 2nd sentence) which, as one of the most significant human rights in criminal law, was very similarly formulated in Art. 7 ECHR. Also known under the Latin term of "nullum crimen, nulla poena sine lege"[17], phrased by J. P. A. Feuerbach[18], this principle has from the very outset been uncontested in the negotiations on the EU-Charter. At a closer look, it can be subdivided in four different principles to be dealt with individually later on:
  - the basic principle of legality in terms of requiring a legal basis for both the criminal prohibition and the sanction (infra 2),
  - the principle of legal certainty (infra 3),
  - the prohibition of anology (infra 4),
  - the principle of non-retroactivity (infra 5).

Ultimately, all these principles serve the same purpose: the protection of individual freedom by requiring for the punishability of conduct prior to legal prohibition as well as the

---

17 No crime (can be committed), no punishment (can be imposed) without (having been prescribed by) a previous penal law).

18 *Johann Paul Anselm Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 9th ed., Gießen 1826, S. 23.

protection of confidence in terms of predictability and accountability of criminal law. Consequently these principles provide safeguards in favour of the perpetrator.

- Second, the right of a convicted perpetrator to benefit from mitigating changes of punishments after the commission of the crime (Article 49 (I) (3rd sentence) EU-Charter): although this retroactive application of a law was already known in certain domestic justice systems and eventually recognised in Art. 15 (1) (3rd sentence) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), it had not yet been recognised in the ECHR. Thus, its recognition in the EU-Charter can be considered a further human rights improvement.
- Third, the principle of proportionality of penalty, pronounced in Article 49 (3) EU-Charter again is a real novelty by not having a predecessor in any other international written instrument. Although inserted in the EU-Charter only in the last phase of negotiations, in its substance it had already enjoyed Europe wide national recognition.

2. The Principle of Legality (lex scripta?)[19]

At first glance, the principle of legality as it is pronounced in Article 49 (1) EU-Charter does not seem to pose any serious question since in basic it is a well recognised principle. At a closer look, however, the manner in which it is phrased may give rise to questions out of which only a few can be addressed here.

- Since the headline of this article speaks of "legality", one could conclude from its Latin origin in "lex" as synonym for "statute" that the criminal conduct must be prohibited in written form, as it is required in most civil law countries, as for instance in Germany (§ 1 Penal Code). This would mean that unwritten case law could not suffice for criminal prosecution. By changing from the headline of Article 49 EU Charter to the wording of its Sect.(1), however, one must realise that the criminal offence does not need to be constituted by a statute but merely under a national or international "law". This, however, is a broader term which must not necessarily require a written basis but which may be rather founded on customary and judge-made law as well.[20] On this way, the EU-Charter is opening an emergency exit for the Common Law tradition of unwritten criminal law since it remains not only applicable with regard to criminal offences developed in the past, rather is this method

---

19 For more details on "the principle of legality" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 49, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 509-512, paras. 12-19; available on internet through <http://freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4245/>.
For an overview on the principle of legality see *Clare Ovey / Francis Geoffrey Jacobs / Robin C.A White*, The European Convention on Human Rights, 4th ed., Oxford, 2006, pp.162-164. For an overview from a legal history point of view see *Volkmar Schöneburg*, Nullum crimen, nulla poena sine lege. Rechtsgeschichtliche Anmerkungen, UTOPIE kreativ 94 (1998), pp. 60-70.

20 At this point reference might be taken to the jurisprudence of the ECtHR, which in its *Tolstoy Miloslavsky v. UK* judgment of 13 July 1995, Series A No 316-B, pp. 71-2, para. 37 stated that "[...] when speaking of "law" Article 7 ECHR alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability".

of creating criminal law not even blocked for the future. Furthermore, merely requiring "law" and not a statute as legal basis of a criminal offence will also be welcomed as an approving stamp on customary international criminal law, as it was applied in the war crime trials of Nuremberg and Tokyo after World War II.[21]

- The same purpose of substituting the requirement of a statute by a less formal basis is pursuit by Sect. (2) of Article 49 EU-Charter, by being satisfied that an act or omission was at the time of its commission criminal "according to the general principles recognised by the community of nations". This provision follows its predecessor in Art. 7 (2) ECHR almost word by word, with one interesting deviation: While reference had been made to "civilised nations", the EU-Charter, after laborious negotiations, took resort to the recognition of general principles by the "community of nations", in order to avoid any discrimination of eventually "uncivilised" nations.

- This broadening, if not even softening, of the legality principle, however, gives rise to the question if it is still correct to speak of "nullum crimen sine *lege*" (in terms of a statute) or whether it would not be more correct to speak of "nullum crimen sine *iure*" (as the Latin equivalent of law). At any rate, the traditional requirement of a "lex *scripta*" (in terms of "written" law) cannot be upheld any longer on the level of international and supranational criminal law. This, of course, raises further questions with regard to transnational proceedings if, for instance, the jurisdiction where the crime was committed requires a statutory crime prohibition whereas the jurisdiction where the trial is held on behalf of the victimised citizen, is satisfied with a customary criminal prohibition. These and further divergences between different national jurisdictions in Europe and between national and supranational prosecutions are still too controversial as to be dealt with here.

- Different from the punishability of conduct, the possible punishments to be applied seem to need no certain legal basis since not expressly required in Article 49 EU-Charter. Yet, not only that this requirement could – at least indirectly – be deducted from the penalty references in the 1st and 2nd sentences of Article 49 EU-Charter, it rather can be considered a well-established human rights requirement.

---

21 Under General Assembly Resolution 177 (II), para. (a), the International Law Commission was directed to "formulate the principles of international law recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the judgment of the Tribunal." In the course of the consideration of this subject, the question arose as to whether or not the Commission should ascertain to what extent the principles contained in the Charter and judgment constituted principles of international law. The conclusion was that since the Nuremberg Principles had been affirmed by the General Assembly, the task entrusted to the Commission was not to express any appreciation of these principles as principles of international law but merely to formulate them (see Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, pp. 374-378). Authentic text: English Text published in Report of the International Law Commission Covering its Second Session, 5 June-29 Duly 1950, Document A/1316, pp. 11-14.

3. The Principle of Legal Certainty (lex certa)[22]

Law can only perform its task as an authoritative basis for punishability if it describes with sufficient legal certainty both the criminalized act and the consequences thereof. With a view to citizens' interests this serves a double end: guaranteeing both equal application of the law and countability of the law which in turn is essential for controlling behaviour.

That is to say that it denotes to legal certainty the precondition of describing punishability as precise as the consequence and scope of the criminal law provisions – either arising from the wording or being determined through interpretation. In as much as this is not done through statutory law, but – as it is in part the case in common law – through case law, the matter of facts that constitute punishability have to be fixed and the range of punishment must be clearly defined.

Such legal certainty is lacking if the facts of the case, due to their formulation, open the door for a eventually arbitrary application, or if the interpretation is not anymore in line with what could be called "a visible norm of punishment for a layman". The description of punishability must have such a grade of legal certainty that it determines the behaviour and prevents judicial arbitrariness.[23] Just as well the legal consequences of the action need to be grounded on a legal basis.

4. Prohibition of Analogy (lex stricta)[24]

Analogy is a method of developing law by judicial interpretation with the aim both to find and to fill gaps in the law. While Art. 22 (2) (1st sentence) ICC Statute explicitly prohibits the expansion of the definition of a crime by way of analogy, such a prohibition is neither spelled out in Art. 7 (1) ECHR nor in Article 49 EU-Charter.

According to the jurisprudence on Art. 7 (1) ECHR[25], however, which pursuant to Article 52 (3) EU-Charter is material to the meaning and scope of the rights enshrined in Article 49 EU-Charter, legal analogy is prohibited.

By requiring differentiation between (permissible) interpretation and (prohibited) analogy, the outermost conceptual boundary of a criminal provision is at the same time the boundary

---

22 For more details on "the principle of legal certainty" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 49 in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 512-513, paras. 20-22. For a general overview see *Juha Raitio*, The Principle of Legal Certainty in EC Law, Dordrecht, 2003. See also *Keir Starmer*, European Human Rights Law, London, 2000, pp.222-224.

23 The ECtHR found that "It is ... essential that the conditions for deprivation of liberty under domestic law should be clearly defined and that the law itself be foreseeable in its application"; it must be possible to "foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences with a given action may entail." *Baranowski v. Poland*, § 52; *Kawka v. Poland*, § 49; *Steel and others v. United Kingdom*, § 54; *Laumont v. France*, § 45; and many others.

24 For more details on "prohibition of analogy" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 49, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 513-514, paras. 23-26. For general reading on the prohibition of analogy see *Clare Ovey / Francis Geoffrey Jacobs / Robin C.A White*, The European Convention on Human Rights, 4th ed., Oxford, 2006, pp.164-166.

25 See the ruling of the ECtHR in *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, Case 3/1992/348/421,stating in para. 52 that" [...] criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy".

for interpretative valuation of the judge, at which its predictability is to be determined from the perspective of the norms' addressee. In order to prevent a shifting boundary at citizens' expense, according to the European Court of Human Rights, any extensive interpretation of the criminal law at the expense of the accused should be prohibited by way of Art. 7 ECHR.

5. The Principle of Non-Retroactivity (lex praevia)[26]

If a citizen shall be urged to behave in compliance with the law, this only makes sense if punishability is ascertained by law before the commission of the crime. And if a citizen should be able to make use of his liberties in a way that is in compliance with the law, this, in turn, requires that his behaviour is not declared punishable ex post. These reasons that serve both the guarantee of freedom and security, eventually could give an explanation why the explanatory notes of the Presidium of the EU-Convention to Article 49 (1) EU-Charter merely mention the principle of non-retroactivity and why in the ICC Statute the principle of non-retroactivity is stipulated in Article 24 as a self-contained provision. Just to mention two consequences resulting from this principle:

- With regard to punishability, the ex post creation and extension of norms establishing criminal law provisions are prohibited. For that reason the principle of non-retroactivity applies for the ex post introduction of special elements of crime. Not the least, this principle has already shown its practical importance with regard to EU-regulations. So, the principle has been applied by the ECJ to ban Member States' imposition of criminal liability for breach of an EC Directive or Regulation before Member States implement that measure in their national law.[27] Mutatis mutandis, the ECJ has applied this principle to the imposition of criminal liability for breach of EU Framework Decisions, as regards substantive criminal law (but not criminal procedure).[28] Similarly, the ECJ has ruled that Member States cannot apply

---

26 For more details on "the principle of non-retroactivity" with regard to the EU-Charter see Albin Eser, Justizielle Rechte, Art. 49, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 514-516, paras. 27-33. See also *Keir Starmer*, European Human Rights Law, London, 2000, pp.225-226.

27 See the ruling of the ECJ in the case *Berlusconi and others*, 3 May 2005, Joined cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02: "In a situation such as that in issue in the main proceedings, First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, cannot be relied on as such against accused persons by the authorities of a Member State within the context of criminal proceedings, in view of the fact that a directive cannot, of itself and independently of national legislation adopted by a Member State for its implementation, have the effect of determining or increasing the criminal liability of those accused persons."

28 *See* the ruling of the ECJ in the case *José Teodoro de Andrade v Director da Alfândega de Leixões, intervener: Ministério Público,* 7 December 2000, Case 213/99 stating that "it is settled case-law, (...) that where Community legislation does not specifically provide for any penalty for an infringement or refers for that purpose to national legislation, Article 5 of the EC Treaty (now Article 10 EC) requires the Member States to take all the measures necessary to guarantee the application and effectiveness of Community law. For that purpose, while the choice of penalty remains within their discretion, they must ensure in particular that infringements of Community law are penalised under conditions, both procedural and substantive, which are analo-

criminal sanctions for breach of Community law for events which occurred before adoption of that EC legislation.[29]

- With regard to the legal consequences, it is explicitly prohibited to apply the retroactive criminal liability in a more severe way as it has been declared at the time of crime (Article 49 (1) (2nd sentence) EU-Charter.
- On the other hand, a question still left open is whether and in how far the principle of non-retroactivity applies in criminal procedure.

6. Retroactive Effect of more lenient Penalty (lex mitior)[30]

Superficially looking upon, it might seem as if the retroactive application of a law not yet existing at the time of commission of the crime was a breach of the principle of non-retroactivity. In fact, however, this is not the case because this principle merely aims at preventing a retroactive effect at the expense, but not in favour of the perpetrator.[31]

While the ECHR does not, Art. 15 (1) (3rd sentence) ICCPR does entail the principle of retroactive effect of more lenient penalties as Article 49 (1) (3rd sentence) EU-Charter stipulates. This provision is to be understood in such a way that each revision of the law from which the perpetrator may benefit and which comes up between the time of commission of a crime and the final judgement the more favourable legislation has to be applied. Implicit in this provision is the principle of retroactivity of subsequent law, but this does not imply a breakdown of the principle of non-retroactivity. Under certain circumstances even a more lenient inter-mediate law can be applicable.

Whether and eventually which law is to be regarded as comparatively more lenient than a previous or subsequent one, is to be determined by taking into consideration the entire actual legal state, from which the "whether" and "how "of punishability depends. An abstract comparison of the matters of the facts and their degree of penalty does not suffice at this point, rather it has to be determined which law allows the most lenient judgment in regard to the concrete case.

---

gous to those applicable to infringements of national law of a similar nature and importance and which, in any event, make the penalty effective, proportionate and dissuasive."

29 See the ruling in the case *Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients v. the Commission,* 9 July 2003, Case T-224/00. "The principle that penal provisions may not have retroactive effect is one which is common to all the legal orders of the Member States and is enshrined in Article 7 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It takes its place among the general principles of law whose observance is ensured by the Community judicature."

30 For more details on "the principle of legality" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser,* Justizielle Rechte, Art. 49, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 516-517, paras. 34-35.

31 See the ruling of the ECtHR in *Kokkinakis v Greece,* 25 May 1993, Case 3/1992/348/421: "The Court points out that Article 7 para. 1 (Art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, [...] that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law." See also the ruling of the ECtHR in G. v France, 27 September 1995, Case 29/1994/476/557: "[...] article 7 para. 1 (Art. 7-1) of the Convention embodies generally the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty and prohibits in particular the retrospective application of the criminal law where it is to an accused's disadvantage. [...]"

7. Proportionality of Crime and Penalty[32]

As already mentioned, the express recognition of this principle, recognized in section (3) of Article 49 EU-Charter, is a novelty in international instruments, though not in national law and practice throughout Europe: not only that it is enshrined in the common constitutional traditions of the EU Member States, rather it is also recognized in the case law of the Court of Justice of the European Communities. There are two different levels on which this principle requires attention:

- On the legislative level the principle of proportionality allows for criminalization and sanction of behaviour only in so far as it is required, appropriate and suitable for protecting the object of legal protection within legitimate goals of penalty.
- On the judicial level the penalty must not be disproportionate to the offence. At this level both the objective severity of the wrong and the individual severity of blameworthiness have a particular meaning. In every single case it has to be examined whether the imposition of a criminal sanction is required in order to reach the general purpose of punishment and whether the importance of the objects of legal protection are in a proportionate relation to restrictions on the rights of the person concerned.

In sum, even if the performance of certain requirements of the principle of legality, in particular with regard to non-retroactivity, may not be perfect yet, the confirmation of the principle of *nullum crimen, nulla poena sine lege* (or more correctly: *sine iure*) is to be appreciated. Similarly, by explicitly recognizing the principle of proportionality – both towards the legislator and the judicature – progress has been made.

III. Judicial Remedy – Fair Trial – Legal Aid

Article 47 EU-Charter: Right to an effective remedy and to a fair trial

(1) Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.

(2) Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.

(3) Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.

This article guarantees in its three sections different procedural rights. To a certain degree, they are connected with each other as well as they partly overlap with procedural rights in other articles. This is particularly obvious with every person's right to be advised, defended and represented according to Article 47 (2) 2nd sentence EU-Charter and the – additional – guarantee of defence rights in Article 48 (2) EU-Charter. Another, though less obvious, inconsistency may be seen in the guarantee of the right to go to court in Article 47 (1) 2nd

---

32 For more details on "the principle of legality" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 49, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 517-518, paras. 36-39.

sentence EU-Charter while the realisation of this right will depend on the prior establishment of a court, as apparently presupposed in Article 47 2nd sentence EU-Charter. Nevertheless the various rights in this article may be dealt with separately in its given order.

1. Right to an effective Remedy (Article 47 (1) EU-Charter)[33]

This right is not a complete novelty since it is based on Art. 13 ECHR after it had already been proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights (Art. 8). Since its scope was unclear in various respects, however, the EU-Charter tried to strengthen it by way of a better judicial protection. Again, only a few features can be highlighted here:

- While Art. 13 ECHR would merely guarantee everyone the right to have an effective remedy "before a national authority", the EU-Charter guarantees access to a "tribunal". This means that a person who feels violated in his or her rights must be given more than the possibility of a more or less informal complaint, the person concerned rather must get access to a court or a comparable institution. This implies at least an examination and decision procedure in which the complainant must have the right to be heard – at least in writing – and, in case of a proven violation of rights, must be given the option for an adequate remedy.[34] Furthermore, the way to a remedy is not only to a national authority but also open to international and supranational tribunals, if in existence.[35]

- With regard to the right of freedom the complainant considers violated, the EU-Charter again is broader than the ECHR: Whereas the latter ensures the remedy only if one of its convention rights is claimed as violated, the EU-Charter opens access to a tribunal for any violation of the law of the Union, thus, not necessarily limited to rights guaranteed in the EU-Charter. Whether, however, this includes the violation of any national law or another international convention, if not part of the Union Law, is still in dispute.

- Another point but not yet satisfactorily solved is the question whether the complaint is only allowed against rights violations by the executive or whether legal remedy may also be asked for against violations of the judiciary or the legislature. But for the same reason as the ECHR gave access to a legal remedy only against rights violations by the administration, this limitation still prevails since in this respective an enlargement of existing legal remedies was not pursued by the EU-Convention.

---

33 For more details on "the right to an effective remedy" with regard to the EU-Charter see *Albın Eser*, Justizielle Rechte, Art. 47, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 478-485, paras. 2-19. See for a more general overview on the right to effect remedy *Katharina Pabel*, The Right to an Effective Remedy Pursuant to Article II-107 Paragraph 1 of the Constitutional Treaty, in: German Law Journal, Vol. 6, Nr.11, 2005, pp. 1601-1616.

34 For the jurisprudence of the ECtHR on the "right to an effective remedy" see instead of many others *Silver v. UK*, A. 61 (1983) 5 EHRR 347. For an detailed analysis see *Alastair Mowbray*, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Oxford, 2007, pp.789-806.

35 In fact the ECtHR has been extremely reluctant to interfere with the findings of the national court, *see* for example *Garcia Ruiz v. Spain*, 1999-I 87; 31 EHRR 589, paras. 28-9.

- Although speaking of an "effective" remedy seems to imply the successful result, "effectiveness" of the legal remedy is not to be equated with a guarantee for success. Like in the case law to Art. 13 ECHR, for being considered "effective" neither more nor less is necessary than a tribunal's impartial examination whereby the court must be independent from the organ which is allegedly responsible for the rights violation. In case that the appealed action proves to be well-founded, it goes without saying, that this action has to be annulled or modified according to the procedures provided for such outcomes; that is to say that the court decision has to be implemented and an adequate compensation or sanction should be taken into consideration.
- Obviously, even a broadminded legal remedy as it appears guaranteed by the EU-Charter very much depends on the existence of a tribunal to apply to. As a legal remedy is only available "in compliance with the conditions laid down in this article" (i.e. Article 47 EU-Charter, it is questionable whether a claimant, if a competent tribunal is not yet existing, may be left alone or whether the guarantee of an "effective" legal remedy would rather require a state to establish a competent tribunal. As long as such a wishful obligation cannot be enforced, legal protection will only be accessable in the framework of already existing procedures. These, however, must not be shaped as it may please a State, but must apply with the next human right guaranteed in Article 47 EU-Charter.

2. Right to a fair trial (Article 47 (2) EU-Charter[36]

The heading of this section as "right to a fair trial" is somehow misleading since it does not fully reveal the variety of the different guarantees comprised under the umbrella term of "fair trial"[37]. Basically already recognised in Art. 10 Universal Declaration of Human Rights, confirmed and more detailed in Art. 6 ECHR, Article 47 (2) EU-Charter, to a certain degree, falls back beyond the more concrete pronouncements in the Human Rights Convention of the CoE. The sole novelty in the EU-Charter is the rather soft "possibility of being advised, defended and represented". Yet, with regard to defence rights the ECHR offers more guidance, as will be seen later. At any rate, with regard to the individual guarantees enshrined in Article 47 (2) EU-Charter one is well-advised to consult the corresponding specifications of Art. 6 (1) ECHR in analogous manner.

Although the requirements of a fair trial should meanwhile be taken for granted, even on the European level they repeatedly need to be enforced. Therefore the main guarantees contained in Article 47 (2) EU-Charter may in short be listed.

---

36 For more details on the "right to a fair trial" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 47, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 485-490, paras. 20-37. For a more general description of "the right to fair trial" see *Sarah J. Summers*, Fair trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Oxford, 2007. See also *Clare Ovey / Francis Geoffrey Jacobs / Robin C.A. White*, The European Convention on Human Rights, 4th ed., Oxford, 2006, pp.122-161; *Steven Greer*, The European Convention on Human Rights, Cambridge, 2006, pp.251-255.

37 The ECtHR pointed out that the principle of the Rule of Law implies the need for a proper administration of justice and a fair trial, see *Antonetto v. Italy, Salabiaku v. France*, Series A no. 141-A: *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, Reports 2002-VII: *Surugiu v. Romania*, 20.04.2004.

- As basic pre-condition of a fair legal process, first and foremost access to a court must be ensured.[38] That requires not only that the responsible court is existing or, if necessary, is set up, but that such a court is in fact accessible pursuant to the standards developed by the European Court of Human Rights with regard to Article 6 (1) ECHR[39]. For that purpose court fees must not be excessive[40], and obstacles that need to be overcome must not hinder or exclude legal remedies. The enforcement of the procedure must be possible and implementation of the decision must be ensured.[41]
- As the proceeding must be performed before a "tribunal previously established", Ad Hoc tribunals are excluded.
- The required independence[42] of the court is not just the expression of the principle of separation of powers which applies to all member states, but also an imperative of the rule of law, because effective legal protection is ensured only through judges who are independent. Such independence cannot simply be said to be lacking because the members of the court are appointed by an organ of the executive or because the time of office or functional area is limited from the outset, provided, however, that within these limits it is at least guaranteed that judges cannot be removed and do not have to obey orders.[43]

---

38 The right of access to court was for the first time recognized by the ECtHR in the case *Golder v. United Kingdom,* Judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18; (1979-80) 1 EHRR 524.: "It would be inconceivable that Article 6 (1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings".

39 The ECtHR stated in the *Ashingdane* case (Series A no. 93) that although limitations may be imposed "it must....be established that the degree of access afforded under the national legislation was sufficient to secure the individual's right to a court; having regard to the Rule of Law in a democratic society ... the limitations applied must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired...Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved."

40 In its *Kreuz v Poland,* judgment of 19 June 2001, the ECtHR found that excessive court fees violate the right of access to court.

41 In its *Hornsby v. Greece* judgment of 19 March 1997 (Reports 1997-II, p. 510. para. 40) the ECtHR held that the execution of a judgment given by a court must be regarded as an integral part of the "trial" for the purposes of Article 6 ECHR.

42 The ECtHR stated in its *Findlay v. UK* judgment of 25 February 1997, Reports 1997-I, p. 198, para.73 that "[...] in order to establish whether a tribunal can be considered as 'independent', regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence...".

43 On the concept of an independent and impartial tribunal see for example the rulings of the ECtHR in: *Golder v United Kingdom,* 21 February 1975; *Sramek v Austria,* 22 October 1984; *Langborger v Sweden,* 22 June 1989; *Pullar v UK,* 10 June 1996; *Gautrin et al. v France,* 20 May 1998; *Waite and Kennedy v Germany,* 18 February 1999; *Buscemi v Italy,* 16 September 1999; *Kyprianou v. Cyprus,* 27 January 2004.

- With regard to impartiality of the tribunal[44], the subjective attitude of the individual judge is of essential significance: In principle neutrality towards the participants of proceedings is expected as well as an appropriate reasoning. Such impartiality is assumed as long as the contrary has been proved.
- The principle of fairness which is borrowed from the common law tradition, is a specifity of the rule of law, as it is reflected in various procedural guarantees. It ensures both sufficient rights for interventions by asking questions or making statements as well as it protects against one-sided disadvantages. In doing so the European Court of Human Rights (ECtHR) uses to examine the procedure on its entirety with regard to fairness. Above all the principle of "equality of arms"[45] belongs to it.
- The requirement of a public hearing[46] is another instance of the rule of law[47].
- The right to a hearing within reasonable time[48] commits to a rapid and efficient accomplishment of proceedings in order not to endanger the credibility of the judi-

---

44 On the origins of "judicial impartiality" in the European Tradition see *Sarah J. Summers*, Fair trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Oxford, 2007, pp. 29-31.
According to the case law of the ECtHR, in order to satisfy the requirement of "impartiality" the tribunal must comply with both a subjective and an objective test. In *Hauschildt v. Denmark* (Series A no. 154 (1989) 12 EHRR 266, para.46) the Court stated: " The existence of impartiality for the purposes of Article 6 must be determined according to a subjective test, that is on the basis of the personal conviction of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect". See also *Sigurdsson v. Iceland,* judgment of 10 April 2003. *See also* KEIR STARMER, *European Human Rights Law*, London, 2000, pp.261-264.

45 The concept of "equality of arms" was first mentioned by the ECtHR in the case *Neumeister v. Austria*, Judgment of 27 June 1968, Series A, No. 8; (1979-80) 1 EHRR 91. For further reading on the doctrine of "equality of arms" and its relationship to the requirement of an adversary procedure see *Sarah J. Summers*, Fair trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Oxford, 2007, pp. 103-112. On the jurisprudence of the ECtHR on "equality of arms" see *Alastair Mowbray*, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Oxford, 2007, pp. 399-408.

46 *Anselm Feuerbach*, Betrachtung über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Gießen, 1821&1825, para.i, at 96: This requirement that the court be open to the parties, in the sense of ensuring the personal presence of the parties or their representatives, is the focal point at which all the strands of a sensible conception of the public hearing requirement come together and from which all the other aspects derive their full power and meaning. See for a thoroughly description of the public hearing requirement *Summers Sarah J.*, Fair trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Oxford, 2007, pp.38-47. See also *Clare Ovey / Francis Geoffrey Jacobs / Robin C.A White*, The European Convention on Human Rights, 4th ed., Oxford, 2006, pp. 140-142; *Keir Starmer*, European Human Rights Law, London, 2000, pp. 264-266.

47 The rule of law may have a variety of meanings throughout Europe, see *Dale mineshima*, The Rule of Law and EU Expansion, Liverpool Law Review 24 (2002), p. 73.

48 Article 6 (1) ECHR is comparable to Article 5 (3), but the right guaranteed under Article 5 (3) ECHR applies only to persons detained on remand on a criminal charge whereas the scope of Article 6 (1) ECHR is wider, see *Clare Ovey / Francis Geoffrey Jacobs / Robin C.A. White*, The European Convention on Human Rights, 4th ed., Oxford, 2006, pp. 143-145. On the jurisprudence of the ECtHR see *Alastair Mowbray*, Cases and Materials on the European Convention

ciary.[49] The importance of this principle is reflected in the rising number of complaints that are addressed to the ECtHR because of excessive length of trial.

- What is new in the EU-Charter and what, as already mentioned, goes beyond the ECHR is the pronouncement of the possibility to be advised, defended and represented.

3. Legal aid (Article 47 (3) EU-Charter)[50]

The broad availability of legal aid as guaranteed in Article 47 (3) EU-Charter "to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice", does not have an explicit predecessor in the ECHR. This gap, however, did not hinder the ECtHR to fill it by case law.[51] Starting points of this jurisprudence can be found in the guarantee of access to courts pursuant Article 6 (1) ECHR, the implied right to ensure practical access to the court and to enable the filing of an appeal as well as in the right to free assistance of a duty counsel in case of indigence pursuant Article 6 (3) (c) ECHR. In order to find a clearer and broader fundament, legal aid was comparatively thoroughly discussed in the EU-Convention, in particular in so far as member states do not have any common principles on legal aid since financial support used to be merely provided in criminal proceedings in form of free assistance of a defence counsel. Now, without being restricted to criminal proceedings, legal aid can in particular also be granted in administrative proceedings.

With regard to criminal justice, the EU-Charter deviates from other legal aid guarantees mainly in two respects:

- Whereas the EU-Charter does not even in connection with the guarantee of defence rights in Article 48 (2) EU-Charter explicitly deal with legal aid, the ECHR in its Art. 6 (3) (c) – and to even a higher degree international instruments like the ICCPR (Art. 14 (3) (d)) – expressly guarantee payment of a defence counsel in case of indigence.

---

on Human Rights, 2nd ed., Oxford, 2007, pp.426-429. See also *Keir Starmer*, European Human Rights Law, London, 2000, pp. 241-243.
The case law of the ECtHR clearly shows that in criminal matters "reasonable time" covers the whole of the proceedings, including appeal proceedings (see *Wemhoff* judgment, pp. 26 and 27, paras. 18 and 20; *Neumeister* judgment, p. 41, para. 19; *Delcourt* judgment of 17 January 1970, Series A No. 11, pp. 13-15, paras. 25 and 26).

49 According to the case law of the ECtHR the reasonableness of the duration of proceedings covered by Article 6 (1) ECHR has to be assessed in each case according to its circumstances. The Court has taken into account the complexity of the case, to the applicant's conduct and to the manner in which the matter was dealt with by the adminstrative and judicial authorities, etc. (*see Neumeister* judgment, pp. 42-3, paras. 20-1*; Ringeisen* judgment, p. 45, para. 110*)*.

50 For more details on "legal aid" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 47, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 491-492, paras. 38-41. For general information see *Stefan Trechsel*, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford, 2006, pp. 270ff. See also *Keir Starmer*, *European Human Rights Law,* London, 2000, pp. 268 ff..

51 See for example the rulings of the ECtHR in: *Garcia Manibardo v Spain,* February 15 2000; *Kreuz v. Poland,* 19 June 2001; *Mamatkulov and Abdurasulović v. Turkey,* February 6 2003; *Steel and Morris v. United Kingdom*, 15 February 2005.

- This lack of specified criminal defence assistance has, thus, to be substituted by taking resort to the general legal aid guarantee in Article 47 (3) EU-Charter.

IV. Presumption of innocence – Defence rights

Article 48 EU-Charter: Presumption of innocence and right of defence

1. **Everyone who has been charged shall be presumed innocent until proved guilty according to law.**
2. **Respect for the rights of the defence of anyone who has been charged shall be guaranteed.**

This article combines two guarantees which are of generally criminal procedural nature. Whereas the wording of the presumption of innocence (Sect. 1) is nearly identical with Art. 6 (2) ECHR, the right of defence in Sect. 2 is scarcely more than the general endorsement of defence rights guaranteed in other international instruments.

1. Presumption of innocence[52] (Article 48 (1) EU-Charter)

As already proclaimed in Art. 11 (1) UDHR of 1948, confirmed in Article 6 (2) ECHR, nearly identically formulated in Article 48 (1) EU-Charter and, last but not least, meanwhile affirmed by all states under the rule of law, presumption of innocence is, in principle, an undisputed human right. With regard to its meaning, scope and implication, however, a closer look into this principle will reveal both lack of clarity and frictions, resulting from the inner inconsistency of this principle as it is traditionally phrased and understood.[53]

In short, the basic problem lies in what consequences may, or may not, be drawn from "presuming" a person as "innocent" as long as is "not proved guilty". If this, taken at its word, was to mean that this person has to be treated as innocent, how would it then be feasible to subject him or her to any prosecutorial proceedings or measures which an innocent person may not be subjected to? If presumed innocent and, thus, to be treated as innocent, it would not even be possible to consider him a suspect normally capable of being investigated. As a consequence it would not even be possible to perform a trial in order to prove a person guilty since a person presumed and treated as innocent might not be exposed to a trial at all. This creates the dilemma of either being blocked from prosecuting a person presumed innocent at all or having to make certain exceptions from the presumption of innocence, as it is, in fact, the more or less silent but, thus, hardly controllable practice. This dilemma can probably be solved only if the presumption of innocence is understood to

---

52 For more details on "the presumption of innocence" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 48, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 494-500, paras. 2-19. See also *Stefan Trechsel*, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford, 2006, pp.153 ff. The principle of the presumption of innocence is derived both from Article 6 ECHR and the principle of the Rule of Law, *see* inter alia the ECtHR case of *Englert v. Germany*, Series A no. 123. For more details on the presumption of innocence see *Stefan Trechsel*, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford, 2006, pp.153 ff.

53 For further reading on the jurisprudence of the ECtHR in this regard see *Mowbray Alastair*, Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Oxford, 2007, pp. 445-453.

mean not more than that the person concerned must not be described or treated as guilty as long as he is not proved guilty in the appropriate procedure.[54]

This prohibition of calling or treating a non-convicted person as guilty has, in particular, three consequences:

- On the one hand, until a person is not formally proved guilty, he or she must neither be called guilty nor subjected to any punishment or penalty-like sanction. This understanding also excludes "Verdachtsstrafen" (sanctions on the basis of probable cause) or anticipation of guilt as well as burdening a not yet convicted person with encroachments which in case of a punishment would presuppose proof of guilt.
- On the other hand, however, the prohibition of treating a person as guilty prior to formerly found guilty does not preclude preceding investigations which serve the determination of guilt, as it would also allow interferences according to particular suspicion.[55] Thus, seizures or pre-trial detentions as they are permitted in case of a certain suspicion according to Art. 5 (1) (c) ECHR, are admissible without being explicitly stated in the EU-Charter. Accordingly, raising and expressing suspicion does not automatically constitute a violation of the presumption of innocence, provided that lack of guilt has not yet been formerly determined.
- The, thus, required demarcation between prohibited describing and treating as guilty prior to formal proof and permissible preceding measures is to be aligned in view of what, according to the principle of least possible interference, might be feasible against a person ultimately found innocent.

Among further points which are not fully nor finally solved by the EU-Charter, only these three may be shortly addressed:

- When Article 48 (1) EU-Charter speaks of "charged" and "guilty according to law", it is not clear whether the charge has to be understood in terms of a criminal accusation and the guilt to be proven in a criminal trial, as it is translated in the German version of the EU-Charter, or whether the presumption of innocence should also apply to charges of administrative offences and sanctions. While the latter position is supported by academic commentators, the EU-Commission and Court seem to prefer the narrower criminal understanding.

---

54 See also *Stavros Stephanos*, The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, London, 1993, p. 50/51: "The principle does not preclude preventive or investigative measures against the accused, such as searches for evidence, pre-trial detention to protect against absconing, or requiring handcuffs to be worn as a safety measure in or outside the courtroom. What it does require, however, is that any such measures should only be taken if there are clear grounds in the circumstances of each case to justify subordinating the accused's right to be treated as an innocent person to the public interest in the effective administration of justice".

55 *Sarah J. Summers*, Fair trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Oxford, 2007, pp. 164: "Although the Convention sets out guidelines in Article 6 for the regulation of the trial and although it is well established that in relation to arrest and detention Article 6 should give way to Article 5, there is no mention of the procedure to be followed in relation to proceedings before trial. As the investigation phase follows the detention but precedes the trial, it seems to slip between these two provisions. This lacuna has had a substantial effect on the interpretation of Article 6."

- In temporal perspective the presumption of innocence is not to be waited with until a formal charge has been raised; rather has the presumption be applied, as adjudicated by the European Court of Human Rights, as soon as a person is investigated as suspect in a criminal prosecution.
- With regard to the possible significance of the presumption of innocence – beyond criminal accusations – in the public at large, some academics would like to see in it a constitutive legal principle of modern form of social life, essential for peaceful co-existence between individuals. However, since no indications of this sort can be found in any international instrument, at present such demands are not more than socially wishful expectations.

2. Defence rights (Article 48 (2) EU-Charter)[56]

On the face of it, this clause does not say more than that respect for the rights of defence, if and as far as they exist, shall be guaranteed. This principal recognition of defence rights, however, leaves open what rights are meant and to which degree they must be respected. This would seem to suggest that defence rights are guaranteed only in so far as they are recognized in the various national laws. This would entail that the standard of defence rights among the member states of the EU might be different according to the respective national law. As such a development, however, would be hardly reconcilable with the uniform guarantee of European human rights, recourse must be taken to Article 52 (3) EU-Charter according to which rights contained in this Charter shall be applied in the same meaning and scope as laid down by the CoE-Convention. As according to the explanations of the Presidium of the EU-Convention the defence rights in Article 48 (2) EU-Charter correspond the detailed setting of defence rights in Art. 6 (3) ECHR, these rights have to be read into the general clause of Article 48 (2) EU-Charter. This means that the defence rights, listed in Art. 6 (3) ECHR and as interpreted by the ECtHR, are as "minimum rights" also to be respected under the EU-Charter.

Most significant are the following rights:

- In order to be able to defend oneself against a criminal charge, it is first and foremost important to be informed in detail of the nature and cause of the accusation (Art. 6 (3) (a) ECHR). Furthermore the person concerned must have adequate time and facilities for the preparation for his or her defence (Art. 6 (3) (b) ECHR).
- The person concerned must have the right to defend him- or herself in person or through legal assistance[57] of own choosing. Although, thus, both the right to self-representation and the right to be defended by counsel are recognized, there is an increasing dispute, most prominently provoked by *Milošević* in his trial at the ICTY, whether these rights may be exercised in an alternative or also in a cumulative way. If only alternatively in terms of either self-representation or assistance by counsel, as it is the prevailing practice in common law jurisdictions, the accused would, on the one hand, loose his right to additional assistance by a counsel while, on the other

---

56 For more details on "the principle of legality" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 48, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 500-504, paras. 20-32.

57 For a general overview on "legal representation" see *Keir Starmer*, European Human Rights Law, London, 2000, pp. 269-272.

hand, he could reject to be assigned an unwanted counsel. More convincing, however, is the cumulative interpretation according to which both self-representation and additional assistance must be possible; otherwise neither the human dignity of the defendant nor his standing as a "subject" – rather than a mere "object" – of the proceeding would find due respect.

- In case of indigence, the accused has a right to be given free legal assistance, if the interest of justice so require[58] (Art. 6 (3) (c) ECHR).
- A similar right is guaranteed to indigent defendants with regard to the free assistance of an interpreter if not able to understand or speak the language used in court[59] (Art. 6 (3) (e) ECHR).
- Of particular importance for an efficient defence is the defendants right to examine or having examined witnesses against him and to attain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him[60] (Art. 6 (3) (b) ECHR).
- In order to make the defence rights as efficient as possible, they are guaranteed already prior to a formal accusation, namely as soon as a person on the basis of a certain suspicion is exposed to concrete investigating measures.
- After all, however, one must be aware that not any and every violation of a defence right necessarily leads to the exclusion of evidence. According to an "overall view", as required by the jurisprudence of the ECtHR, the testimony of a witness which has been examined in the absence of the defence counsel, may still be used for corroborating other valid evidence.

In sum, although it is deplorable that the creation of the EU-Charter was not used for an own comprehensive catalogue of defence rights, in combination with the ECHR guarantees, the EU-Charter is still providing a higher standard of defence rights than certain national criminal jurisdictions so far lagging behind.

V. NE BIS IN IDEM – PROHIBITION OF DOUBLE JEOPARDY[61]

Article 50 EU-Charter: Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence

> **No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law.**

---

58 For an overview on the jurisprudence of the ECtHR on this issue see *Alastair Mowbray,* Cases and Materials on the European Convention on Human Rights, Oxford, 2007, pp.454-459.

59 *See* the ruling of the ECtHR in the case *Brozıcek v. Italy*, A. 167 (1989) 12 EHRR 371, para. 41 and *Luedıcke, Belkacem and Koc v. Germany,* A. 29 (1978) 2 EHRR 149, paras. 38-50.

60 For more details on witness examination with regard to Article 6 ECHR see *Sarah J. Summers,* Fair trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Oxford, 2007, pp. 132-155.

61 For details on the "ne bis in idem – prohibition of double jeopardy" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 50, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 518 -525, paras.1-25.

The EU-Charter is certainly not the first international instrument to recognize this principle. After having already been pronounced in Art. 14 (7) ICCPR, it was confirmed in Art. 4 Protocol Nr. 7 of the ECHR[62]. In similar terms also recognized in various national jurisdictions under the notion of "ne bis in idem" or as prohibition of "double jeopardy"[63], this principle is to protect a defendant from being punished for the same crime twice or even more often. Nevertheless, Article 50 EU-Charter is of additional significance: Whereas other international instruments oblige the national jurisdiction merely to respect the intra-state prohibition of double jeopardy, Article 50 EU-Charter goes further by extending the prohibition of multiple prosecutions beyond national borders within the European Union.

Although the wording of Article 50 EU-Charter only refers to the Union, its purpose aims at three different levels[64]:

1. Intra-state "ne bis in idem" on the national level[65]

Though it may be assumed that no modern court under rule of law would completely ignore the fact that the defendant had already been punished for the same crime by another court, there are still two main ways to take a former conviction and punishment into consideration. According to the traditional "principle of accounting" (in German known as "Anrechungsprinzip"[66]), the antecedent judgment of another court would merely be deducted from the own subsequent judgment; this means that the subsequent court will not be hindered from prosecuting and sanctioning the same crime for a second time. Since such a double proceeding is not only burdensome for the defendant but also costly for the justice system, the more modern "principle of recognition" (in German "Erledigungsprinzip"[67]) goes further by already blocking a second proceeding for the same crime.[68] By obliging its members to this second principle, the EU-Charter strengthens the human rights significance

---

62 The case law of the ECtHR confirms the prohibition of double jeopardy *see* the judgment in *Gradinger v. Austria,* A. 328-C (1995), paras. 53-55. For an overview on the jurisprudence of the ECtHR on Article 4 of Protocol 7 of the ECHR *see* MOWBRAY ALASTAIR, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford, 2007, pp. 1004-1010.

63 In common law systems, the principle of "ne bis in idem" is better known as the rule against "double jeopardy".
For more details on the prohibition of double jeopardy see *Stefan Trechsel*, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford, 2006, pp. 381 ff.

64 For a comparative survey to the differentiation of these various levels see *Roland Michael Kniebühler*, Transnationales "ne bis in idem – Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, Berlin, 2005, pp. 1 ss. as well as *Sibyl Stein*, Zum europäischen ne bis in idem nach Artikel 54 des Schengener Durchführungsabkommens, Frankfurt am Main, 2004, pp. 153 ss.

65 For more details on intrastate "ne bis in idem" on the national law with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 50, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 521-522, paras. 6-10; *Roland Michael Kniebühler*, Transnationales "ne bis in idem – Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, Berlin, 2005, pp. 16 ss.

66 In Germany, Italy and England the "principle of recognition" applies. See *Tobias Liebau*, „Ne bis in idem" in Europa, Berlin, 2005, pp 217, 218, 221ff.

67 In the Netherlands, Spain and England the "principle of accounting" is applicable. See *Tobias Liebau*, „Ne bis in idem" in Europa, Berlin, 2005, pp. 217 ff.

68 In most European countries a mixed system of both principles is applied, such as in Austria, France, Belgium. Luxemburg, Sweden, Denmark, Poland and Switzerland. See for details *Tobias Liebau*, „Ne bis in idem" in Europa, Berlin, 2005, pp.224-230.

of "ne bis in idem" for those domestic jurisdictions of member states in which it is still lacking constitutional recognition and/or the ratification of the CoE-Protocol Nr. 7.

2. Horizontal transnational "ne bis in idem"[69]

This level is even more important since Article 50 EU-Charter is the first international instrument to prohibit border-crossing "double jeopardy", at least for the member states of the EU; and still beyond its formal reach it may eventually function as a moral-political challenge.

To be correct, however, it must be mentioned that within the EU there exists already a special "ne bis in idem" regime for the so-called Schengen-States[70] that have abolished any border-crossing controls. The practical importance of this regulation is already evidenced by remarkable case law of the European Court of Justice.[71]

3. Vertical national-supranational "ne bis in idem"[72]

A third dimension in which under "ne bis in idem" may play an increasing role, is the relationship between national, regional (as, in particular, European) and supranational criminal courts, such as the ICC. Unlike the horizontal-transnational level on which different domestic jurisdiction are on the same footing, the vertical perspective to different directions must be distinguished and eventually treated differently: Whereas a national court may be prohibited from a second prosecution as far as a crime has been judged upon by a superior international court, this one may take up the prosecution again, so at least in those cases in which the proceeding for a domestic court was for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the international court, as, in particular, provided for in Art. 20 ICC-Statute.

---

69 For more details on horizontal transnational "ne bis idem" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 50, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 522-525, paras. 11-16; *Roland Michael Kniebühler*, Transnationales "ne bis in idem – Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, Berlin, 2005, pp. 64 ss.

70 See *Maria Fletcher,* The problem of multiple criminal prosecutions building an effective EU response, Yearbook of European Law, 2007, online available at: <http://www.eprints.gla.ac.uk/3811/>.
The Schengen-States committed themselves in Articles 55-58 of the Schengen Convention to apply the "ne bis in idem" principle to judicial co-operation in criminal matters, subject to certain conditions and exceptions.

71 Judgment of the ECJ of 11 February 2003 in joined cases C-187/01 and C-385/01,*Hüseyin Gözütok* and *Klaus Brügge*; *F.M. Miraglia* judgment of 10 March 2005, C-469/03. See also *Nadine Thwaites*, Mutual Trust in Criminal Matters: the European Court of Justice gives a first interpretation of a provision of the Convention implementing the Schengen Agreement, European and International Law, Vol. 4 No. 3 (2003), pp.253-262.

72 For more details on Vertical national-supranational "ne bis in idem" with regard to the EU-Charter see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, Art. 50, in: Jürgen Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2nd ed., Baden-Baden, 2006, pp. 525, paras. 16-17; *Roland Michael Kniebühler*, Transnationales "ne bis in idem – Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, Berlin, 2005, pp. 374 ss.

4. Issues not yet solved

Out of quite a few points which are left open in the rather short "ne bis in idem"- regulation of the EU-Charter, only three may be mentioned:

- Although Article 50 EU-Charter is progressive by not only prohibiting a second punishment but already a second trial for an offence finally adjudicated, the question remains whether the final decision must have been taken in a genuine criminal trial by a criminal court or whether such a decision may also be taken within a special system of administrative offences and proceedings by the respective authority. Similarly questionable is whether the prohibition of a second "trial" may already foreclose a second investigation.
- With regard to the nature of the "offence" the defendant has already been acquitted or convicted for, there exists some controversy between the common law and the civil law approach: Whereas the common law tradition is focused on the more normative description of the crime (such as "murder"), thus allowing a second prosecution for the same facts if the subsequent charge names a different crime ("manslaughter" instead of "murder"), the traditional civil law approach is focused more broadly on the historical facts which, regardless of the crime description or denomination, may not be investigated into a second time. As concerns the Japanese domestic position, I guess that the prevailing "count"-theory would come closer to the "offence"-oriented common law approach rather than to the "fact"-theory prevailing in continental Europe.[73]

Last not least, an even more progressive European endeavour should be mentioned: Since the need for taking resort to the principle of "ne bis in idem" results from the concurrence and frequent overlapping of different national and international jurisdictions, it would be much more preferable to avoid concurrence of various jurisdictions from the very beginning. How this ambitious aim could be reached, is elaborated in a project I had the chance to guide at our Max-Planck-Institute in Freiburg. Under the title of "Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union".[74]

VI. Outlook

Although not everything is perfect yet, the protection of human right in criminal law and procedure in Europe has at least reached a rather high standard. Due to both the positive attitude of the European courts and the widespread political consciousness of European citizens towards human rights, further improvements can be expected. This may also be an encouragement for other regions of the world community.

---

73 This conclusion is drawn from the analysis of the recent Japanese case law by *Morikazu Taguchi*, Der Prozessgegenstand im japanischen Strafprozessrecht, ZIS – online.com, Heft 2/2008, pp. 70-75, notwithstanding the wording of Art. 256 (2) (ii), (3) and Art. 312 (1), (2) Japanese Code of Criminal Procedure which traditionally seems to have been understood in terms of the "fact"-theory.

74 Available at <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/fa-ne-bis-in-idem.pdf>.

ALBIN ESER

JUSTIZIELLE RECHTE [ARTIKEL 47 BIS 50 EU – GRUNDRECHTE CHARTA]*

VORBEMERKUNGEN

Rn. 1

In diesem Kapitel finden sich so unterschiedliche Rechte geregelt wie das auf einen wirksamen Rechtsbehelf, das auf ein unparteiisches Gericht und das auf Prozesskostenhilfe (Art. 47), ferner die Garantie der Unschuldsvermutung und von Verteidigungsrechten (Art. 48), die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen (Art. 49) sowie das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 50). Die gemeinsame Bezeichnung dieser Gewährleistungen als „justizielle Rechte" wird freilich nicht überzubewerten sein, ist doch schon dieser Terminus selbst mehrdeutig, aber vielleicht gerade deshalb geeignet, als loses Band für recht unterschiedliche Garantien zu dienen. Immerhin dürfte seine Aussagekraft größer sein als bei dem mit „Justice" überschriebenen Kapitel des englischen Pendants. Denn während sich die Doppeldeutigkeit von „Justice" sowohl im Sinne materieller Gerechtigkeit als auch formeller Justiz verstehen lässt, findet sich in „justiziellen Rechten" der formal-prozessuale Charakter stärker ausgeprägt. Dies macht es freilich zugleich auch schwerer, die in Art. 49 verkörperten Grundsätze von „nullum crimen, nulla poena sine lege" zwanglos darunter zu fassen, werden doch die Garantien der Gesetzmäßigkeit staatlichen Strafens traditionell im materiellrechtlichen Sinne verstanden. Daher könnte eine dem englischen Vorbild folgende Überschreibung des Kapitels mit „Gerechtigkeit" letztlich doch einiges für sich haben, und sei es auch nur deshalb, weil damit die Sequenz von „Würde des Menschen" (Titel I), „Freiheiten" (Titel II), „Gleichheit" (Titel III), „Solidarität" (Titel IV) mit einem – den jetzigen „Bürgerrechten" (Titel V) vorangestellten – Kapitel über „Gerechtigkeit" eine menschenrechtlich überzeugendere Folgerichtigkeit erhielte.

Rn. 2

Selbst mit der englischen Kapitelüberschrift „Justice" war jedoch – mangels entsprechender Hinweise in den Materialien und Protokollen – wohl nicht mehr gemeint als „judicial guarantees", während mit „Rechten" sogar noch mehr, nämlich über bloße Abwehrgarantien hinaus auch Ansprüche und Teilhaberechte gemeint sein können. So geht es bei den „justiziellen Rechten" ebenso wie bei den synonym so bezeichneten „Justizrechten"[1] – entgegen dem scheinbaren Wortsinn – nicht um Rechte der Justiz, sondern gerade umgekehrt um Rechte des Einzelnen im Verhältnis zur Justiz, und zwar in dreifacher Hinsicht: zum ersten als Rechte auf Tätigwerden der Justiz sowohl dem Grunde nach wie auch in bestimmter Weise (Art. 47 Abs. 1 und 2), zum zweiten durch Rechte gegenüber der Justiz, indem diese nur bei vorangegangener Strafbarerklärung die Verfolgung aufnehmen

---

* Originalbeitrag erschienen in: Jürgen Meyer (Hrsg.): Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2011, S. 569 – 627.
Für seine Mitarbeit bei der Aktualisierung dieser Kommentierung bin ich Herrn Referendar Sebastian Häfele zu besonderem Dank verpflichtet.

1 Wie beispielsweise im Bericht zur 20. Konventsitzung in: Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 244.

(Art. 49 Abs. 1 und 2) und dies auch nur einmal tun darf (Art. 50), sowie zum dritten durch Rechte im Umgang mit der Justiz, wie mittels Gewährung von Prozesskostenhilfe (Art. 47 Abs. 3), von Beratungs- und Verteidigungsrechten (Art. 47 Abs. 2 S. 2, Art. 48) und durch Wahrung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Strafens (Art. 49 Abs. 3). Auch wenn diese Rechte nicht ausdrücklich auf bestimmte Gerichtszweige eingeschränkt sind, kommen sie der Sache nach doch nur zum Teil für alle Gerichtsbarkeiten in Betracht, wie vor allem die Rechtswege- und Gerichtsgarantien (Art. 47 Abs. 1 und 2) und die Prozesshilfe (Art. 47 Abs. 3) sowie bis zu einem gewissen Grad die Unschuldsvermutung (Art. 48 Abs. 1). Demgegenüber sind die übrigen Rechte, wie die Verteidigungsrechte (Art. 48 Abs. 2), die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit (Art. 49) und des Doppelbestrafungsverbots (Art. 50), wesensgemäß an die Strafjustiz adressiert, weshalb sie vielleicht sogar in einem gemeinsamen Artikel hätten zusammengefasst werden können.

Rn. 3

Hinsichtlich ihres grundrechtlichen Charakters handelt es sich bei den Garantien dieses Kapitels um Menschenrechte, die jeder Person zukommen, also nicht um bloße Bürgerrechte, wie sie insbesondere im Titel V den Unionsbürgerinnen und -bürgern vorbehalten werden.[2]

Rn. 4

Wie schon der Verzicht auf den bestimmten Artikel in der Titelüberschrift von „justiziellen Rechten" erkennen lässt, ist dieser Katalog kein abschließender und daher einer Ergänzung sowohl fähig als auch bedürftig.[3] Solange es an entsprechenden Gewährleistungen fehlt, ist gemäß Art. 52 Abs. 3 und Art. 53 auf die durch die EMRK gewährten Menschenrechte und Grundfreiheiten zurückzugreifen.[4]

Rn. 5

Im übrigen gelten auch Menschenrechte nicht ohne Schranken. Soweit sich solche nicht unmittelbar aus den Art. 47-50 ergeben, kommen Einschränkungen aufgrund und im Rahmen der allgemeinen Schrankenvorbehalte in Art. 52 Abs. 1 und 2 in Betracht.[5]

---

2 Vgl. Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 31.

3 Vgl. *Meyer,* in: Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 16 sowie unten Art. 47 Rn. 41.

4 Vgl. z.B. *Eser,* unten Art. 48 Rn. 24. Allgemein zum Verhältnis der GRC zur EMRK vgl. *Eser,* Ritsumeikan L.R. 2009, 168 f.

5 Erläuterung des Konventspräsidiums Charte 4473/00 zu Art. 52 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 43). Vgl. beispielsweise zur Einschränkbarkeit der Verfahrensöffentlichkeit *Eser,* unten Art. 47 Rn. 35.

ART. 47 RECHT AUF EINEN WIRKSAMEN RECHTSBEHELF UND EIN UNPARTEIISCHES GERICHT

Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.

Rn. 1

Art. 47 gewährt in seinen drei Absätzen verschiedene Rechte. Obgleich diese zum Teil inhaltlich zusammenhängen,[6] erscheint eine getrennte Behandlung angebracht.

A. ART. 47 ABS. 1: RECHT AUF EINEN WIRKSAMEN RECHTSBEHELF

Rn. 2

I. Vorgaben

1. Gemäß den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents stützt sich Art. 47 Abs. 1 GRC auf *Art. 13 EMRK*:[7]

> *„Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben."*

Art. 13 EMRK, der seinerseits auf Art. 8 AEMR der Vereinten Nationen von 1948 zurückgeht, garantiert jedermann zur Durchsetzung seiner Rechte aus der EMRK eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz. Mit dieser als Grundrecht ausgestalteten Verfahrensgarantie soll bereits für den innerstaatlichen Bereich ein effektiver Schutz der Konventionsrechte gewährleistet werden.[8] Der darin zum Ausdruck kommende Vorrang innerstaatlichen Grundrechtsschutzes vor dem internationalen Grundrechtsschutz, wie dies insbesondere auch dem Erfordernis der Rechtswegerschöpfung im (seinerzeitigen) Art. 26 (und dem heutigen Art. 35) EMRK zugrunde liegt, dürfte sich aus der zu seiner Entstehungszeit verbreiteten Vorstellung erklären, dass weder ein wirksamer internationaler Grundrechtsschutz

---

6 So vor allem hinsichtlich der Abhängigkeit des in Abs. 1 gewährten Rechtsbehelfs von dem nach Abs. 2 zuvor zu errichtenden Gericht: vgl. unten Rn. 12.

7 Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 38).

8 Holoubek, JBl 1992, 140, Mertens, Recours, 1973, S. 47 ff.

noch ein entsprechender weltweiter Konsens realisierbar sei.[9] Jenseits dieser auf den Schutz durch nationale Instanzen vertrauenden Zielsetzung sind Bedeutung und Tragweite dieses Grundrechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf noch immer wenig geklärt, so dass sich Art. 13 EMRK im Schrifttum als eines der unklarsten Grundrechte der Konvention bezeichnet findet.[10] Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien einige der wesentlichen – teils mit Art. 47 Abs. 1 übereinstimmenden, teils davon abweichenden – Grundzüge hervorgehoben:

Rn. 3

a) Weniger weitgehend als mit Art. 47 Abs. 1 ermöglicht werden soll,[11] will Art. 13 EMRK lediglich eine Beschwerdemöglichkeit vor einer nationalen Behörde sicherstellen, wobei es sich um eine unparteiische Instanz handeln muss, die in einem förmlichen Verfahren untersucht und entscheidet, ob ein dem Beschwerdeführer zustehendes Konventionsrecht verletzt wurde. Im Übrigen besteht zwischen der EMRK und der GRC insofern weitgehende Übereinstimmung, als Wirksamkeit des Rechtsbehelfs nicht mit dessen Erfolg gleichzusetzen ist,[12] wohl aber dazu gehört, dass im Erfolgsfalle auf die Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Aktes, auf entsprechende Entschädigungen oder auf die Verhängung von Sanktionen hinzuwirken ist.[13] Dafür muss das Verfahren so ausgestaltet sein, dass es vollen Rechtsschutz zu gewährleisten in der Lage ist. Sofern anderweitig ein gerichtlicher Rechtsschutz garantiert wird, wie etwa nach Art. 6 Abs. 1[14] und Art. 5 Abs. 4 EMRK, wird Art. 13 EMRK als lex generalis verdrängt.[15]

Rn. 4

b) Ähnlich wie dies in Art. 47 Abs. 1 festzustellen ist,[16] hat auch Art. 13 EMRK insofern akzessorischen Charakter, als seine Anwendbarkeit die Verletzung einer anderen materiellen Bestimmung der EMRK oder eines Zusatzprotokolls voraussetzt (sog. materielle Rüge). Obgleich der Wortlaut dafür, wie zunächst von einer Minderheitsmeinung der EKMR vertreten,[17] eine bereits festgestellte Rechtsverletzung zu erfordern scheint, lässt der EGMR schon die bloße Behauptung des Beschwerdeführers, in Konventionsrechten verletzt zu sein, genügen.[18] Diese Behauptung der Rechtsverletzung muss jedoch, um miss-

---

9 *Bernegger*, in: Machacek/Pahr/Stadler, 1992, S. 736, *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, S. 317.

10 Vgl. *Holoubek*, JBl 1992, 137, *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 315.

11 Dazu unten Rn. 11.

12 Vgl. EGMR im Fall Pine Vallen/IRL, GH 222, Z. 66 = ÖJZ 1992, 459, ferner unten Rn. 19.

13 *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 8, *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 175, *Holoubek*, JBl 1992, 143 f., jeweils m.w.N. Die tatsächliche Implementierung der gerichtlichen Entscheidung fordernd der EGMR im Fall Hornsby, 19.3.1997 = ÖJZ 1998, 236 f.

14 Vgl. unten Rn. 20.

15 Vgl. EGMR im Fall Sporrong und Lönnroth, GH 51/A, Z. 88 = EuGRZ 1983, 528, Silver, GH 61/A, Z. 110 = EuGRZ 1984, 153, Hentrich, GH 296/A, Z. 64 = EuGRZ 1996, 593 ff., ferner *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 10, *Holoubek*, JBl 1992, 142 f.

16 Dazu unten Rn. 17.

17 So EKMR im Bericht Klass E 3798/68, Yb 12, 306, 324; kritisch dazu m.w.N. *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 2 ff.

18 EGMR im Fall Klass, GH 28, 29 Z. 64 = EuGRZ 1979, 278. Vgl. auch *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 171.

bräuchliche Berufungen auf Art. 13 EMRK auszuschließen, in vertretbarer Weise („arguable claim") erhoben sein.[19]

Rn. 5

c) Ähnlich wie dies auch noch bei Art. 47 Abs. 1 der Fall ist,[20] war auch schon bei Art. 13 EMRK unklar, ob das Beschwerderecht nur gegen exekutive Akte, was unbestritten möglich sein soll, oder auch gegen Konventionsverletzungen durch Gesetze oder durch Gerichte erhoben werden kann. Da zur Entstehungszeit der Konvention nur die wenigsten Staaten eine Verfassungsbeschwerde gegen Gesetzgebungsakte kannten, hat der EGMR die Anwendbarkeit von Art. 13 EMRK bei Rechtsverletzungen durch Gesetze lange Zeit verneint,[21] scheint aber diese Position inzwischen aufgeben zu wollen,[22] während im Schrifttum eine solche Erweiterung noch sehr umstritten ist.[23] Auch Gerichtsentscheidungen scheiden als Beschwerdegegenstand nach Art. 13 EMRK aus, da Art. 6 EMRK als rechtsstaatlichen Grundsatz die volle Unabhängigkeit der Gerichte garantiert und Gerichtsentscheidungen im Rechtsmittelverfahren nur durch andere Gerichte, nicht aber durch nichtgerichtliche Behörden, wie nach Art. 13 EMRK,[24] überprüft werden können.[25]

Rn. 6

d) Nicht mehr zu finden ist in Art. 47 Abs. 1 die Klarstellung in Art. 13 EMRK, dass das Beschwerderecht auch gegenüber Konventionsverletzungen bei Handlungen in amtlicher Eigenschaft gilt. Eine solche immunitätsaufhebende Klausel, wie sie offenbar gegenüber der traditionellen Immunität der englischen Krone gegen Beschwerdeverfahren erforderlich schien,[26] ist für die GRC sicherlich insoweit obsolet, als es um Rechtsbehelfe gegenüber Gemeinschaftsorganen geht, nicht aber ohne weiteres insoweit, als EU-Mitgliedstaaten Unionsrecht (früheres Gemeinschaftsrecht) anwenden.[27]

Rn. 6a

2. Nationalstaatliche Gewährleistungen

Auf nationalstaatlicher Ebene findet sich das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf – im Vergleich zu der in Art. 47 ebenfalls garantierten Unabhängigkeit des Gerichts (vgl. unten Rn. 23a) – lediglich in einem Drittel der EU-Staaten verfassensrechtlich abgesichert: so in Deutschland (Art. 19 Abs. 4), Estland (§ 15), Finnland (§ 21), Litauen (Art. 30), Portugal

---

19 Grundlegend dazu EGMR im Fall Silver, GH 61/A, Z. 113 = EuGRZ 1984, 153. Zur Weiterentwicklung und Einzelheiten vgl. in den Fällen Boyle and Rice, GH 131/A, 23 f., Z. 54, Powell and Rayner, GH 172/A = ÖJZ 1990, 419 wie auch Vilvarajah, GH 215/A = ÖJZ 1992, 310. Zu der freilich nicht immer konsequenten Argumentationsweise des EGMR in dieser Frage vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei *Bernegger*, in: Machacek/Pahr/Stadler, 1992, S. 739 ff. sowie *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 319 f.

20 Dazu unten Rn. 18.

21 So im Fall Lithgow, GH/A 102, Z. 206 = EuGRZ 1988, 364; ebenso in The Holy Monasteries, GH 301/A, Z. 101 = EuGRZ 1993, 611; hingegen ausdrücklich offengelassen in Young, James, Webster, GH 39/B, Z. 177 = EuGRZ 1980, 454.

22 Vgl. dazu *Mathews* (Gibraltar-Urteil), EuZW 1999, 308.

23 Vgl. Velu/Ergec, La Convention, S. 98 f., Nr. 121 f., *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 11, *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 170; kritisch auch *Hangartner*, AJP 1994, 6, *Matscher*, in: FS für Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 330 ff.

24 Vgl. oben Rn. 3.

25 So auch *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 12.

26 Vgl. *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 7 m.w.N.

27 Vgl. unten Rn. 13 bzw. 14.

(Art. 20 Abs. 5), Rumänien (Art. 21 Abs. 1), Slowakei (Art. 46 Abs. 1), Slowenien (Art. 23), Spanien (Art. 24 Abs. 1) und der Tschechischen Republik (Art. 36 Abs. 1 GR-Deklaration).[28]/[29]

II. Diskussion im Grundrechtekonvent

Rn. 7

Die ersten Entwürfe zu Art. 47 Abs. 1 hatten die Formulierung von Art. 13 EMRK nahezu wörtlich übernommen. Um jedoch den Besonderheiten der Union Rechnung zu tragen, wurde der EMRK-Bezug auf eine nationale Instanz gestrichen,[30] da die GRC grundsätzlich nur für die Organe und Einrichtungen der Union gelte und Rechtsbehelfe in der Regel nur bei einem europäischen Gericht eingelegt werden könnten. Dabei bestand freilich Unsicherheit hinsichtlich der Frage, ob über den EuGH hinaus auch die nationalen Gerichte angerufen werden können, soweit geschützte Rechte bei Anwendung von materiellem Gemeinschaftsrecht durch einen EU-Mitgliedstaat verletzt werden.[31]

Rn. 8

Weitgehende Einigkeit bestand darüber, dass der behördliche Schutz im Sinne eines gerichtlichen Schutzes zu verstärken sei,[32] so dass konsequenterweise die bisherige „wirksame Beschwerde" durch „wirksamer Rechtsbehelf" zu ersetzen war. Soweit gelegentliche Forderungen, auch Verwaltungsstellen als Beschwerdeinstanz anzuerkennen, erhoben wurden, vermochten sie sich nicht durchzusetzen.[33]

Rn. 9

Kontroversen gab es hinsichtlich der Frage, ob der Rechtsschutz auf Rechte und Freiheiten im Sinne der GRC zu begrenzen sei, oder nicht vielmehr im Lichte der Rechtsprechung des EuGH für alle auf EU-Ebene gewährten Rechte ein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen müsse.[34] Auch wenn diese weitergehende Einräumung von Rechtsschutz schließlich Eingang in Art. 47 Abs. 1 fand,[35] lässt dieser noch manche Fragen offen.

Rn. 10

III. Kommentierung

1. (Bedingte) Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes

a) Durch Art. 47 Abs. 1 wird jeder Person das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf eingeräumt. Auch wenn dies nur gegen Verletzungen von Rechten oder Freiheiten gilt,

---

28 Nach Art. 3 und 112 der Tschechischen Verfassung vom 16.12.1992 bildet die Deklaration der grundlegenden Rechte und Freiheiten vom 9.1.1991 (GR-Deklaration) einen Bestandteil der Verfassung.

29 Über ausdrückliche Verfassungsgarantien eines Rechts auf effektiven Rechtsschutz hinaus sind aber auch gewisse verfassungsgerichtliche Anerkennungen von Rechtsschutz vorzufinden; vgl. die Nachweise bei Heselhaus/Nowak, Handbuch § 51 vor Rn. 1.

30 Vgl. Charte 4123/1/00 Art. 4, aber auch Charte 4141/00 Art. 1.

31 Vgl. Bernsdorff/Boroswky, Protokolle, S. 176, 276 f. sowie unten Rn. 14.

32 Vgl. die Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 7 Charte 4149/00 und 4284/00, ferner Charte 4422/00 und 4423/00 Art. 45, Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 177, 277, sowie unten Rn. 11.

33 Vgl. Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 243.

34 Vgl. Charte 4470/00 Art. 46 sowie Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 176, 277.

35 Vgl. unten Rn. 16.

die durch das Recht der Union garantiert sind,[36] handelt es sich seinem Grundcharakter nach um ein Menschenrecht, das allenfalls insoweit auf ein bloßes EU-Bürgerrecht eingeengt sein kann, als das im konkreten Fall verletzte Recht seinerseits nur einem EU-Bürger zusteht.[37] Auch wenn durch Einräumung eines bloßen Rechtsbehelfs anders als nach Art. 19 Abs. 4 GG kein bestimmter Rechtsweg – und noch weniger ein mehrstufiges Rechtsmittelverfahren – eingeräumt wird und die erforderliche Wirksamkeit des Rechtsbehelfs jedenfalls nicht mit Erfolgsgarantie gleichzusetzen ist,[38] darf der Rechtsbehelf keine geringere Kraft haben, als sie der Beschwerde nach Art. 13 EMRK zugestanden wird. Das heißt, dass mit dem Rechtsbehelf zumindest eine Überprüfung und Entscheidung durch die angerufene Instanz eröffnet wird, dem Beschwerdeführer wenigstens schriftlich rechtliches Gehör zu gewähren ist und im Falle einer festgestellten Rechtsverletzung eine adäquate Abhilfemöglichkeit bestehen muss.[39]

Rn. 11

b) Diese Gewährleistungen werden nicht zuletzt dadurch unterstrichen, dass der Rechtsbehelf bei einem Gericht muss eingelegt werden können. Damit ist die GRC über die sich mit einer bloß behördlichen Überprüfung begnügenden EMRK[40] bewusst hinausgegangen.[41] Diese Verstärkung des Beschwerderechts zu einem gerichtlichen Rechtsschutz schließt natürlich nicht aus, dass diesem Schritt eine außergerichtliche Schlichtung[42] oder auch ein behördliches Beschwerde- oder ein dienstaufsichtsrechtliches Verfahren vorausgehen kann, sofern dadurch der Rechtsbehelf bei einem Gericht nicht wesentlich erschwert und letztlich nicht ausgeschlossen wird.[43]

Rn. 12

c) Die danach recht großzügig erscheinende gerichtliche Rechtsschutzgarantie, zumal gegen einen ebenfalls weit interpretierbaren Begriff angreifbarer Rechtsverletzungen eröffnet,[44] erfährt jedoch eine wesentliche Einschränkung dadurch, dass der Rechtsbehelf nur „nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen" eingelegt werden kann; und dazu gehört nach Art. 47 Abs. 2 – neben anderem – ein zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht. Auch wenn sich zu den Entstehungs- und Hintergründen dieser Klausel den Materialien praktisch nichts entnehmen lässt und man aus deutscher Sicht geneigt sein könnte,

---

36 Vgl. Calliess/Ruffert/Blanke, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 6, Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 4998, *Jarass*, EU-Grundrechte § 40 Rn. 6, Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 47 GRCh Rn. 5, Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 12, Vedder/Heintschel-von Heinegg/Foltz, Europäischer Verfassungsvertrag, Art. II – 107 Rn. 3.

37 Calliess/Ruffert/Blanke, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 5.

38 Vgl. oben Rn. 3 sowie unten Rn. 19.

39 Vgl. *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 6, *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 174, *Holoubek*, JBl 1992, 143 f., *Villiger*, EMRK, § 29 Rn. 649 f.

40 Vgl. oben Rn. 3.

41 Vgl. Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 176, 276 f., Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 3, Vedder/Heintschel-von Heinegg/Foltz, Europäischer Verfassungsvertrag, Art. II – 107 Rn. 2.

42 In diesem Sinne EU-Kommissar *Vitorino*, in: Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 278.

43 Vgl. dazu auch die schon in Art. 13 EMRK nicht für ausreichend erachtete Aufsichtsbeschwerde: so *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 13 Rn. 4, entgegen dem EGMR in Silver, GH 61, 43, Z. 114 ff. = EuGRZ 1984, 154 sowie *Campbell* und *Fell*, GH 80, Z. 127 ff = EuGRZ 1985, 545.

44 Näher dazu unten Rn. 16 ff.

darin nicht mehr als das Prinzip des „gesetzlichen Richters" ausgedrückt zu sehen,[45] scheint damit doch mehr, nämlich in erster Linie gemeint zu sein, dass die Einlegung eines gerichtlichen Rechtsbehelfs nach Abs. 1 zuvor die Errichtung eines entsprechenden Gerichts nach Abs. 2 voraussetzt und, solange dies nicht geschehen ist, nichts anderes als die derzeit vorhandenen Gerichtsinstanzen und verfügbaren Verfahrenswege sollen angerufen bzw. beschritten werden können. Denn kaum anders wäre zu verstehen, dass nach den Erläuterungen des Konventspräsidiums die GRC „nicht darauf ab(ziele), das in den Verträgen vorgesehene System von Rechtsbehelfen, vor allem nicht die Bestimmungen über die Zulässigkeit, zu ändern",[46] und dass dieser bestehende Rechtszustand für den Einzelnen sogar als ein „ausreichender prozessualer Rechtsschutz" befunden wird.[47] Selbst wer diese optimistische Einschätzung nicht teilt und weiterhin die Forderung nach einer europäischen Grundrechtsbeschwerde erhebt,[48] räumt damit indirekt ein, dass die Geltendmachung des in Abs. 1 garantierten gerichtlichen Rechtsbehelfs von der zusätzlichen Schaffung eines entsprechenden Gerichts abhängt und, solange es daran fehlt, gerichtlicher Rechtsschutz nur im Rahmen der bereits bestehenden Verfahren möglich ist.[49] Das hat derzeit zweierlei zur Folge:

Rn. 13

Soweit es um Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch EU-Organe geht, bleibt für EU-Bürger lediglich der vom EuGH auf der Basis von Art. 6 Abs. 2 EUV aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK entwickelte Weg einer Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EGV[50] (europäische Rechtsschutzebene). Bei diesem inzwischen recht ausdifferenzierten und effektiven Grundrechtsschutz[51] blieb jedoch bis zum Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags zu beachten, dass dafür eine individuell-konkrete Entscheidung in Verbindung mit Art. 230 Abs. 4 EGV oder eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit durch einen generell-abstrakten Rechtsakt der Gemeinschaft vorausgesetzt wurde, wobei der EuGH insbesondere individuelle Betroffenheit[52] restriktiv versteht.[53] Um diese Härte zu korrigieren, ist nun durch Art. 263 Abs. 4 AEUV die Klage-

---

45 Vgl. unten Rn. 31.

46 Charte 4473/00 zu Art. 47 Abs. 1 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 39).

47 So *Hilf*, Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ und JuS 2000, 6*.

48 So namentlich u.a. die in Fn. 60 Genannten.

49 Übersehen von *Mahlmann*, Cardozo Journal of International and Comparative Law 11 (2004), 933.

50 Dazu Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/EGV, Art. 6 EUV Rn. 31 ff., Grabitz/Hilf/Nettesheim/Pernice/Mayer, EU, nach Art. 6 EU Rn. 275, Heselhaus/Nowak, Handbuch, § 51 Rn. 10 a, Lenz/Borchardt/ Wolfgang, EGV, Anh. zu Art. 6 EU Rn. 1 ff., Schwarze/Stumpf, EU, Art. 6 EUV Rn. 12 ff., Zuleeg, EuGRZ 2000, 511.

51 Zum Rechtsschutz beim EuGH vgl. jetzt auch Art. 19 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit Art. 252 ff. AEUV.

52 Nach EuGH war individuelle Betroffenheit nach der sogenannten Plaumann-Formel zu prüfen: „Wer nicht Adressat einer Entscheidung ist, kann nur dann geltend machen, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten" (EuGH, 15.7.1992, Rs. 25-62, Z. 4).

53 Calliess/Ruffert/Cremer, EUV/EGV, Art. 230 EGV Rn. 49 ff., *Danwitz*, NJW 1993, 1114 f., Grabitz/Hilf/Nettesheim/Booß, EU, Art. 230 EGV Rn. 47 ff., Lenz/Borchardt, EGV, Art. 263 AEUV Rn. 26 ff. – Zwar zog der EuG in der Rechtssache Jégo-Quéré unter Berufung auf Art. 47 GRC ein rechtsschutzfreundlicheres Verständnis in Betracht (EuG 3.5.2002, Rs. T-

befugnis dahingehend erleichtert, dass Rechtsakte mit Verordnungscharakter den Kläger lediglich unmittelbar (und nicht bedingt auch individuell) betreffen müssen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich zu ziehen brauchen.[54]

Rn. 14

Soweit Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch Mitgliedstaaten der EU bei Anwendung von Gemeinschaftsrecht gesucht wird, ist dafür – wie bei jeder innerstaatlichen Rechtsverletzung – grundsätzlich der Rechtsweg zu den nationalen Gerichten eröffnet (nationale Rechtsschutzebene).[55] Weil jedoch dabei Gemeinschaftsrecht betroffen ist, können die Gerichte eines Mitgliedstaates ein Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV an den EuGH einleiten, so dass jedenfalls bei fehlerhafter Anwendung von grundrechtskonformem Gemeinschaftsrecht durch mitgliedstaatliche Behörden ein Anwendungsbereich für eine gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsbeschwerde gegeben ist.[56] Doch selbst wenn nach der Rechtsprechung des BVerfG bei europarechtsrelevanten Sachverhalten unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht der nationalen Gerichte zur Vorlage an den EuGH bestehen soll,[57] dürfte damit, nicht zuletzt angesichts der recht vagen Bedingungen, an welche die Vorlagepflicht geknüpft ist, kaum ein lückenloser Rechtsschutz gewährleistet sein. Die Vorlagepflicht ist jetzt in Art. 267 Abs. 3 AEUV für Verfahren der letzten nationalen Instanz vorgesehen, wie dies schon bisher in Art. 234 EGV der Fall war.

Rn. 14a

Diese Lücken wurden vom EuGH im Fall Köbler dahingehend korrigiert, dass die massive Verletzung der Vorlagepflicht Schadensersatzansprüche auf der Grundlage des europäischen Staatshaftungsrechts auslösen kann.[58] Ohnehin impliziert das europäische Staatshaftungsrecht sekundäre Rechtsschutzmöglichkeiten gegen rechtsverletzende Exekutiv-, Legislativ- und nunmehr auch Judikativakte der Mitgliedsstaaten, die Gemeinschaftsrecht (nicht) anwenden oder (nicht) umsetzen.[59]

177/01, Jégo-Quéré & Cie SA); dies hat der EuGH in seiner Berufungsentscheidung allerdings zurückgewiesen und damit gleichsam hingenommen, dass europäische Rechtsschutzdefizite bei Verordnungen ohne europäische Vollzugsakte entstehen, wenn der unmittelbar durch die Verordnung Betroffene keine individuelle Betroffenheit darlegen und folglich die Verordnung nicht europäisch anfechten kann, weil es in solchen Fällen den Mitgliedsstaaten der Union obliege, europäische Rechtsschutzdefizite durch nationale Rechtsschutzmöglichkeiten auszugleichen (EuGH 1.4.2004, Rs. C-263/02 P, Jégo-Quéré & Cie SA = NJW 2004, 2006, Z. 31 f.; dazu u.a. *Lenz/Staeglich*, NVwZ 2004, 1425 ff.). Selbst wenn national kein vorbeugender Rechtsschutz gewährt wird, d.h. der Betroffene sich unter Umständen rechtsuntreu zu verhalten und eine weitere Sanktion in Kauf zu nehmen hätte, um eine Verordnung gerichtlich angreifen zu können, wäre damit europäischer Rechtsschutz verwehrt (EuGH, a.a.O, Z. 34).

54 Näher dazu Everling, Europarecht Beiheft 1/2009, 73f. Zur Vorgeschichte vgl. auch *Meyer,* in: FS für Eser, S. 805.

55 Nach Art. 10 EGV (jetzt Art. 4 Abs. 3 (II) AEUV) sind nationale Gerichte verpflichtet, möglichst umfassende nationale Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen. Vgl. Callies/Ruffert/Kahl, EUV/EGV², Art. 10 EGV Rn. 31 ff., Schwarze/Hatje, EU, Art. 10 EGV Rn. 42 ff.

56 Vgl. *Calliess*, EuZW 2001, 267 f., *Krüger/Polakiewicz*, EuGRZ 2001, 95 ff., *Magiera*, DÖV 2000, 1018, 1024.

57 Siehe bereits BVerfGE 73, 339, 366 ff.; 82, 159, 194 ff., ferner BVerfG NJW 2001, 1267 f.

58 EuGH im Fall Köbler, 30.9.2003, Rs. C-224/01. Der EuGH verwirft dabei ausdrücklich die für ein richterliches Haftungsprivileg vorgetragenen Argumente.

59 Vgl. Schwarze/Hatje, EU, Art. 10 Rn. 33.

Rn. 15

Die damit eröffneten Sekundär-Rechtsschutzwege verdeutlichen die Lückenhaftigkeit des direkten Rechtsschutzes, so dass auch die Forderung nach einer – über Art. 47 hinausgehenden – „europäischen Grundrechtsbeschwerde" erklärlich wird.[60] Eine dahingehende Erweiterung wurde freilich vom Verfassungskonvent verworfen[61] und wird nicht zu erreichen sein, ohne zugleich auch die Festschreibung auf die derzeitigen Zuständigkeiten der EU-Organe in Art. 51 Abs. 2 aufzubrechen.[62]

2. Verletzung von garantierten Rechten oder Freiheiten

Rn. 16

a) Indem die verletzten Rechte oder Freiheiten durch Recht der Union garantiert sein müssen, vermochte sich die weitergehende Forderung nach der Rechtsbehelfsfähigkeit jeder Rechtsverletzung, gleich ob das verletze Recht durch die GRC, ein nationales Gesetz oder ein internationales Übereinkommen gewährleistet wird, nicht durchzusetzen.[63] Andererseits ist jedoch durch den uneingeschränkten Verweis auf das Unionsrecht sichergestellt, dass nicht nur die durch die GRC ausdrücklich garantierten Grundrechte, sondern jedwede durch Unionsrecht anerkannten Rechte und Freiheiten rechtsbehelfsfähig sind und dazu nicht zuletzt auch die vom EuGH gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV im Wege der Rechtsfortbildung auf der Basis der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der EMRK sowie von anderen völkerrechtlichen Verträgen entwickelten Rechte und Freiheiten gehören.[64]

Rn. 17

b) Wie schon nach Art. 13 EMRK, so setzt auch der Rechtsbehelf nach Art. 47 Abs. 1 die Geltendmachung einer bestimmten Rechtsverletzung voraus.[65] Für diese materielle Rüge braucht jedoch die Rechtsverletzung selbst nicht schon erwiesen zu sein; denn da sie gerade Gegenstand des Rechtsbehelfs sein soll, muss es genügen, dass die Verletzung

---

60 So – entgegen *Hilf*, Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ und JuS 2000, 6* – u.a. *Calliess*, EuZW 2001, 267 f., *Hohmann*, Parl 2000, Beil. 52-53, S. 11, *Reich*, ZRP 2000, 375 ff., mit dem Vorschlag, eine Grundrechtsbeschwerde in einem Art. 230 Abs. 6 EGV zu konstituieren, ferner Lindner, ZRP 2007, 54 ff., *Tappert*, DRiZ 2000, 207; *Weber*, NJW 2000, 544; vgl. auch die entsprechenden Gesetzesvorschläge für die Einführung einer Grundrechtsbeschwerde von *Everling*, in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages Münster, 1994, S. N 19; zusammenfassend und m.w.N. *Böcker*, Rechtsbehelfe, S. 159 Fn. 615.

61 Vgl. *Böcker*, Rechtsbehelfe, S. 225 ff.

62 Vgl. – mit teils unterschiedlicher Tendenz – *Koenig*, EuZW 2000, 417; zu diesem Problemkreis auch *Lindner*, DÖV 2000, 543 ff.

63 Vgl. oben Rn. 9 sowie Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 176 f., 277 f., Calliess/Ruffert/Blanke, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 6, Schwarze/van Vormizeele, EU Art. 47 GRC Rn. 5 f., Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 12 ff. Immerhin werden aber durch die Garantie für die Union verbindliche völkerrechtliche Verträge erfasst; vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5001, *Jarass*, EU-Grundrechte, § 40 Rn. 6.

64 Zu dieser mit dem Fall Stauder (EuGH, 29/69 – Slg. 1969, 419) einsetzenden Rechtsprechung zu Gemeinschaftsgrundrechten vgl. über die vom Konventspräsidium in Charte 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 aufgeführten Fälle Johnston (222/84 – Slg. 1986, 1651), Heylens (222/86 – Slg. 1987, 4097) und Borelli (C-97/91 – Slg. 1992, I-6313) hinaus – näher Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/EGV, Art. 6 EUV Rn. 32 f.,ferner Grabitz/Hilf/Nettesheim/Pernice/Mayer, EU, nach Art. 6 EU Rn. 52 ff.,Lenz/Borchardt/Wolfgang, EGV, Anh. zu Art. 6 EU Rn. 20-75, *Ritgen*, ZRP 2000, 371 f.

65 Dazu wie auch zu deren sog. akzessorischen Charakter vgl. oben Rn. 4.

„in vertretbarer Weise behauptet" wird. Dazu können auch die vom EGMR entwickelten Maßstäbe[66] in analoger Anwendung hilfreich sein.

Rn. 18

Hinsichtlich der für die Rechtsverletzung verantwortlichen Staatsgewalt lässt ebenso wie schon Art. 1 EMRK auch Art. 47 Abs. 1 offen, ob der Rechtsbehelf nur gegen Rechtsverletzungen durch die Exekutive[67] oder auch solche der Judikative oder der Legislative gegeben sein sollen. Aus den gleichen Gründen wie bei der EMRK werden jedoch auch hier nur rechtsverletzende Akte der Verwaltung direkt[68] rechtsbehelfsfähig sein können,[69] zumal nach den Erläuterungen des Konventspräsidiums die GRC nicht auf eine Erweiterung der bestehenden Rechtsbehelfe und deren Zulässigkeit abziele.[70]

3. Wirksamkeit des Rechtsbehelfs

Rn. 19

Wie schon bei Art. 13 EMRK[71] ist auch hier die Wirksamkeit des Rechtsbehelfs nicht mit Erfolgsgarantie gleichzusetzen;[72] denn erforderlich ist nicht mehr, aber auch nicht weniger als eine ernsthafte und unparteiliche Prüfung der Rüge durch ein Gericht, das von dem für die behauptete Rechtsverletzung zuständigen Organ unabhängig ist. Dazu gehört aber auch, dass im Falle einer begründeten Rüge der angefochtene Akt gemäß den allgemeinen dafür vorgesehenen Verfahren rechtlich wie tatsächlich aufgehoben oder geändert, d.h. die gerichtliche Entscheidung implementiert wird und auf entsprechende Entschädigungen oder auf die Verhängung von Sanktionen hinzuwirken ist.[73]

B. Art. 47 Abs. 2: Recht auf ein unparteiisches Gericht

Rn. 20

I. Vorgaben

1. Gemäß den Erläuterungen des Präsidiums des Konvents entspricht Art. 47 Abs. 2 dem *Art. 6 Abs. 1 EMRK:*[74]

> *„Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und in-*

---

66 Vgl. die Nachweise oben Fn. 19.

67 Dazu u.a. EuG im Fall max.mobil, 30.1.2002, Rs. T-54/99 = EuZW 2002, S. 186 ff.

68 Insofern bleiben sekundäre Schadensersatzansprüche auf Grundlage des europäischen Staatshaftungsrechts unberührt.

69 Vgl. oben Rn. 5 m.w.N. – A.A. offensichtlich Lenz/Staeglich, NVwZ 2004, 1424, wonach sich das in Art. 47 verankerte Gebot effektiven Rechtsschutzes auch auf europäische Normativakte beziehe.

70 Charte 4473/00 zu Art. 47 Abs. 1 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 38 f.).

71 Vgl. oben Rn. 3.

72 Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 47 GRC Rn. 10, Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 37. Vgl. auch *Shelton*, in: Peers/Ward, S. 360 ff.

73 Vgl. oben Rn. 3, 10, ferner *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5013 f.

74 Charte 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 39).

nerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde."

Art. 6 Abs. 1 EMRK, dem Art. 10 der AEMR von 1948 und dann Art. 13 Abs. 1 UN-Entwurf von 1949 als Vorlage dienten,[75] proklamiert Verfahrensgarantien, die eigentlich selbstverständlich sein sollten, aber selbst auf europäischer Ebene immer wieder der menschenrechtlichen Durchsetzung bedürfen: nämlich das Recht auf ein faires, zügiges und öffentliches Verfahren, wie es nur von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht erwartet werden kann. Ohne hier auf die vielfältigen Ausprägungen dieser inzwischen durch eine reiche Kasuistik fortentwickelten Garantien eingehen zu können,[76] erscheinen im Hinblick auf den – teils übereinstimmenden, teils davon abweichenden – Art. 47 Abs. 2 folgende Punkte erwähnenswert:

Rn. 21

a) Über die vorerwähnten Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit[77] eines gesetzlich zu errichtenden Gerichts sowie der Öffentlichkeit, Zügigkeit und Fairness des Verfahrens hinaus wird durch Art. 47 Abs. 2 auch das Recht des Beschwerdeführers, sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen, deklariert,[78] wobei Ansätze dieses teilweise auch durch Art. 48 Abs. 2 garantierten Verteidigungsrechts schon in Art. 6 Abs. 3 (c) EMRK zu finden sind, sofern in diesen Beratungs- und Vertretungsgarantien ohnehin nicht schon Ausprägungen des Fairness-Grundsatzes im Sinne von Waffengleichheit zu sehen sind.[79] Hinsichtlich der Öffentlichkeit des Verfahrens, die in Art. 6 Abs. 1 EMRK eine ungemein detaillierte und gleichzeitig auch schon Ausnahmen spezifizierende Beschreibung erfährt, begnügt sich Art. 47 Abs. 2 mit der lapidaren Forderung von Öffentlichkeit.

Rn. 22

b) Während hinsichtlich des Charakters der verhandlungsfähigen Sachen in Art. 47 Abs. 2 weder eine Einschränkung noch eine Differenzierung zu finden ist, beschränkt sich Art. 6 Abs. 1 EMRK seinem Wortlaut nach auf Entscheidungen über zivilrechtliche Ansprüche und über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage. Darüber hinaus haben jedoch durch ein nicht am nationalen Recht, sondern am Sinn der EMRK orientierten Ver-

---

75 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK², 1996, Art. 6 Rn. 1.

76 Zu Einzelheiten vgl. insbes. die Kommentierungen von *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 1 ff., *Grabenwerter*, EMRK, § 24 Rn. 27-96, *Villiger*, § 18.

77 Deren Fehlen vom EGMR im Fall Öcalan, 12.3.2003 = EuGRZ 2003, S. 472 ff. und im Fall Karkin, 23.9.2003, im Hinblick auf das türkische Staatssicherheitsgericht als nicht unabhängiges und unparteiliches Gericht konstatiert wurde. Dazu u.a. auch *Kühne*, JZ 2003, 672 f. Der zweistufige Prüfungsmaßstab wird rekapituliert vom EGMR im Fall Thaler, 3.2.2005, Z. 30 ff.

78 Vgl. unten Rn. 37.

79 Vgl. IntKomm/Miehsler/Vogler, EMRK, Art. 6 Rn. 342; ähnlich auch *Weigend*, StV 2000, 385.

ständnis dieser Materien inzwischen auch Streitgegenstände Zugang zum EGMR gefunden, die hierzulande als sozial- oder gar als verwaltungsrechtlich eingeordnet würden.[80]

Rn. 23

c) Ähnlich wie dies auch noch bei Art. 47 Abs. 2 den Anschein hat,[81] schienen auch schon die in Art. 6 Abs. 1 EMRK eingeräumten Garantien nur auf bereits anhängige Verfahren anwendbar zu sein, nicht aber ein Recht auf ein Gericht und auf den Zugang zum Gericht zu gewährleisten. Gegenüber einer solchen Fehldeutung wurde jedoch vom EGMR schon mehrfach klargestellt, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht nur den Zugang zu den Gerichten garantieren will,[82] sondern die Vertragsstaaten auch als verpflichtet ansieht, positiv dafür Sorge zu tragen, dass der Einzelne von seinem Recht auf Zugang zum Gericht in wirksamer Weise Gebrauch machen kann.[83]

Rn. 23a

2. Nationalstaatliche Gewährleistungen

Auf nationalstaatlicher Ebene kann sich die Unabhängigkeit des Richters, wenn auch mit unterschiedlichen Nuancen, in den EU-Staaten einer nahezu allgemeinen verfassungsrechtlichen Absicherung erfreuen: so in Belgien (Art. 151 § 1), Bulgarien (Art. 117 Abs. 2), Deutschland (Art. 97 Abs. 1, 101), Estland (§ 146), Finnland (§ 3), Frankreich (Art. 64), Griechenland (Art. 87 Abs. 1), Irland (Art. 35 Abs. 2), Italien (Art. 104), Litauen (Art. 31, 109), Malta (Art. 39 Abs. 1), Österreich (Art. 87), Polen (Art. 45 Abs. 1, 173, 178 Abs. 1), Portugal (Art. 203), Rumänien (Art. 123 Abs. 2), Slowakei (Art. 46 Abs. 1), Slowenien (Art. 23, 125), Spanien (Art. 117 Abs. 1), Tschechische Republik (Art. 81, 82 Abs. 1) sowie Art. 36 Abs. 1 GR-Deklaration)[84] und Ungarn (Art. 50 Abs. 3, 57 Abs. 1). Gleiches gilt weitgehend auch noch für die verfassungsrechtliche Garantie des Öffentlichkeitsgrundsatzes: so in Belgien (Art. 148, 149), Bulgarien (Art. 121 Abs. 3), Dänemark (§ 65), Estland (§ 24), Finnland (§ 21), Griechenland (Art. 93 Abs. 2), Irland (Art. 34 Abs. 1), Litauen (Art. 31, 117), Luxemburg (Art. 88, 89), Malta (Art. 39 Abs. 3), Niederlande (Art. 121), Österreich (Art. 90), Polen (Art. 45 Abs. 1), Portugal (Art. 206), Rumänien (Art. 126), Schweden (Kap. 2 § 11), Slowakei (Art. 48 Abs. 2), Slowenien (Art. 24), Spanien (Art. 24 Abs. 2, 120 Abs. 1 u. 3), Tschechische Republik (Art. 96 Abs. 2 der Verfassung sowie Art. 38 Abs. 2 GR-Deklaration),[85] Ungarn (Art. 57 Abs. 1) und Zypern (Art. 154).[86] Demgegenüber wurde eine verfassungsrechtliche Absicherung des Fairnessgrundsatzes offenbar nur in Bulgarien (im Sinne von „Waffengleicheit": Art. 121 Abs. 1), Italien (Art. 111) und Malta (Art. 39 Abs. 1) für erforderlich gehalten. Auch die verfassungsrechtliche Zusicherung einer Verhandlung innerhalb einer angemessenen Frist findet sich in vergleichsweise wenigen EU-Ländern: so in Bulgarien (Art. 31 Abs. 1), Malta (Art. 39 Abs. 1), Portugal

---

80 Vgl. im Einzelnen den Überblick über den sachlichen Geltungsbereich von Art. 6 EMRK bei *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 5 ff., ferner *Villiger*, EMRK, § 18 Rn. 375, 387 ff., 391.

81 Vgl. unten Rn. 28.

82 In diesem Sinne vgl. insbes. EGMR im Fall Golder, GH 18/A, Z.25 ff. = EuGRZ 1975, 91 ff.; ebenso im Fall Silver, GH 61/A, Z.80 ff. = EuGRZ 1984, 149.

83 Vgl. insbes. Fall Airey, GH 32, Z. 20 ff. = EuGRZ 1979, 627 hinsichtlich der Einräumung von Verfahrenshilfen, sowie *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 54, *Grabenwerter*, EMRK, § 24 Rn. 46.

84 Vgl. oben Fn. 28.

85 Vgl. oben Fn. 28.

86 Für Deutschland vgl. Art. 6 EMRK in Verbindung mit §§ 169 ff. GVG.

(Art. 20 Abs. 4), Schweden (Kap. 2 § 9), Slowakei (Art. 48 Abs. 2) und Spanien (Art. 24 Abs. 2). Wiederum häufiger findet sich das Recht auf Verteidigung garantiert (wie zu dem ebenfalls zu den Verteidigungsrechten zu rechnenden Art. 48 GRC aufgelistet).[87]

Rn. 24

II. Diskussion im Grundrechtekonvent

Soweit sich die in Art. 47 Abs. 2 enthaltenen Verfahrensgarantien überhaupt diskutiert finden, geht es weniger um deren grundsätzliche Berechtigung als um ihre formale Fassung und systematische Stellung.[88] Dabei wurde allgemein eine engere Anlehnung an Art. 6 EMRK moniert[89] sowie auf Vorschlag des Konventspräsidiums noch der den nationalen Verfassungstraditionen entsprechende Beratungs- und Verteidigungspassus angefügt.[90]

Rn. 25

III. Kommentierung

1. Allgemeines

Der den Abs. 2 betreffende Teil der Artikelüberschrift gibt mit „Recht auf ein unparteiisches Gericht" den Inhalt dieser Gewährleistung nur unvollständig wieder; denn bei differenzierter Betrachtung lassen sich dem Art. 47 Abs. 2 verschiedenartige Rechtswege- und Verfahrensgarantien entnehmen. Da diese jeder Person zuerkannt werden, haben sie menschenrechtlichen Charakter, der allenfalls insoweit auf bloße EU-Bürgerrechte eingeengt sein kann, als ein Durchsetzungsanspruch nur gegen die Gerichtsbarkeit der EU und deren Mitgliedstaaten besteht.

Rn. 26

Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs gibt es die noch in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorzufindende Beschränkung auf zivil- und strafrechtliche Sachen[91] in Art. 47 Abs. 2 nicht mehr, so dass ein Recht auf gerichtliche Behandlung für jede Art von Rechtsstreitigkeit garantiert wird, was aus dem Charakter der Europäischen Gemeinschaft als einer „Rechtsgemeinschaft" gefolgert wird.[92] Mit einer solchen allgemeinen Rechtsweggarantie, die der des Art. 19 Abs. 4 GG nahe kommt,[93] gehen die Gewährleistungen der GRC nicht nur über den Schutzbereich der EMRK, sondern auch über die Verfassungstraditionen mancher Mitgliedstaaten hinaus, da viele nationale Verfassungen nicht derart umfassende Rechtswege einräumen.[94] Daher werden Konflikte mit einzelnen nationalen Verfahrenssystemen

---

87 Vgl. im einzelnen *Eser,* unten Art 48 Rn. 22a.

88 Vgl. im einzelnen Charte 4123/1/00 REV 1, Art. 5; 4141/00 Art. 2 Abs. 1 und Art. 3, 4284/00 Art. 8 Abs. 1; 4333/00 Art. 8; 4422/00 Art. 45 Abs. 2; 4423/00 Art. 45 Abs. 2; 4470/00 Art. 46 Abs. 2 sowie Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 177, 278 f.

89 Vgl. Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 278.

90 Vgl. Charte 4333/00 Art. 8 Abs. 1 S. 2; 4420/00 Art. 45 Abs. 2 S. 2; 4470/00 Art. 46 Abs. 2 S. 2, wobei dieser Vorschlag seinerseits auf eine Initiative von J. Meyer zurückgeht; vgl. Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 31 f., 299 sowie unten Rn. 37.

91 Vgl. oben Rn. 22.

92 So im Anschluss an das Urteil des EuGH im Fall Les Verts, 194/83 – Slg. 1986, 1339, 1365 die Erläuterung des Konventpräsidiums in Charte 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 39).

93 Calliess, EuZW 2001, 263 f.

94 Vgl. die Einzelangaben oben Rn. 23a sowie Heselhaus/Nowak, Handbuch, § 51 Rn. 23 ff.

nicht ausbleiben, zumal über den durch Art. 47 Abs. 2 garantierten Zugang zu einem Gericht hinaus aufgrund der Kohärenzklausel des Art. 52 Abs. 3 auch jene Garantien einzuhalten sind, die vom EGMR zu Art. 6 EMRK vor allem hinsichtlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelt wurden;[95] demzufolge werden insbesondere hinsichtlich des Gebots einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und der erforderlichen Kontrollbefugnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewisse Schwierigkeiten erwartet.[96]

Rn. 27

Im übrigen sind für das Verständnis der durch Art. 47 Abs. 2 eingeräumten Einzelgarantien auch die entsprechenden Präzisierungen des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK analog heranzuziehen.[97]

Rn. 28

2. Rechtswege- und Gerichtsgarantien

a) Als Rechtsweggarantie muss als allererstes der Zugang zu einem Gericht gewährleistet sein. Das setzt voraus, dass nicht nur eine zuständige Gerichtsinstanz vorhanden oder erforderlichenfalls einzurichten ist, sondern dass diese gemäß den vom EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK entwickelten Grundsätzen auch tatsächlich zugänglich sein muss.[98] Dazu gehört auch, dass die Anrufung des Gerichts nicht durch exzessive (Gerichts-)Kosten[99] oder nur schwer zu überwindende Verfahrenshindernisse unverhältnismäßig behindert oder gar ausgeschlossen sein darf. In gleicher Weise muss auch die Durchführung des Verfahrens praktisch möglich wie auch die Durchsetzung der Entscheidung gewährleistet sein.[100] Dagegen lässt sich aus dieser Rechtsweggarantie weder der Zugang zu einem bestimmten Gerichtstyp, wie etwa dessen Besetzung mit Geschworenen,[101] noch die Gewährleistung eines über die erstinstanzliche Entscheidung hinausgehenden Rechtsmittelzuges ableiten.[102]

Rn. 29

Als Gericht sind nicht nur die ordentlichen Gerichte der Mitgliedstaaten qualifiziert; vielmehr kommen dafür auch andere Einrichtungen in Betracht, die justizförmig organisiert, von der Exekutive und Legislative unabhängig und bei der Ausübung ihrer Funktionen weder weisungsgebunden sind noch – abgesehen von etwaiger Überprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz – Rechenschaft abzulegen haben und aufgrund eines geregelten und mit entsprechenden Garantien ausgestellten Verfahrens nach Recht und Gerechtigkeit über

---

95 Vgl. dazu *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien, S. 414 ff., 465 ff., 595 ff.

96 So namentlich von *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 8.

97 So auch nach den Erläuterungen des Konventspräsidiums Charte 4473/00 zu Art. 47 Abs. 2 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 39). Vgl. auch Heselhaus/Nowak, Handbuch, § 51 Rn. 16, 31.

98 Vgl. oben Rn. 23.

99 EGMR im Fall Kreuz, 19.6.2001, Z. 66.

100 Vgl. Calliess/Ruffert/Blanke, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 1, Jarass, EU-Grundrechte, § 40 Rn. 46 ff.

101 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 203.

102 Vgl. *Grabenwerter*, EMRK, § 24 Rn. 57. Entsprechendes gilt auch für etwaige Begrenzungen des vorläufigen Rechtsschutzes; vgl. *Jarass*, EU-Grundrechte, § 40 Rn. 14. *Villiger*, EMRK, § 19 Rn. 430 m.w.N.

bestimmte rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über strafrechtliche oder vergleichbare Vorwürfe und Verantwortlichkeiten zu entscheiden haben.[103]

Rn. 30

b) Dabei muss es sich um ein „zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht" handeln, weil darin in einer demokratischen Gesellschaft eine der Grundvoraussetzungen seiner Unabhängigkeit zu sehen ist.[104] Damit sind Sonder- oder Ausnahmegerichte jedenfalls insoweit ausgeschlossen, als sie ad hoc von der Regierung oder einem sonstigen Exekutivorgan für bestimmte Fälle eingesetzt werden.[105] Auch wird man von einer Errichtung des Gerichts durch Gesetz nur dann sprechen können, wenn nicht nur der Errichtungsakt als solcher auf Gesetz beruht, sondern auch der organisatorische Aufbau sowie die sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten der jeweiligen Gerichtsbarkeiten zumindest durch gesetzliche Rahmenvorschriften geregelt sind, wobei dann freilich innerhalb dieses Rahmens der Justizminister beispielsweise ermächtigt sein kann, aufgrund von exekutiven Ausführungsvorschriften weitere Gerichte oder Spruchkörper der betreffenden Art einzurichten.[106]

Rn. 31

Obgleich nicht explizit ausgesprochen, könnte es nahe liegen, aus dem Erfordernis der gesetzlichen Errichtung des Gerichts auch das Prinzip des „gesetzlichen Richters" abzuleiten, wonach nicht nur die Zuständigkeit des Gerichts und dessen etwaiger Spruchkörper (unmittelbar oder mittelbar) auf der Grundlage eines Gesetzes bestimmt sein muss, sondern auch der zur Entscheidung berufene Richter im voraus durch generelle, jeden möglichen Einzelfall erfassende Regelungen möglichst eindeutig festgelegt sein soll.[107] Gleichwohl scheint dieses rechtsstaatlich bedeutsame, weil insbesondere auf die Abwehr sachwidriger Eingriffe in die Rechtsprechung von außen gerichtete Prinzip bei der Deutung von Art. 6 EMRK in der einschlägigen Literatur – soweit ersichtlich – bisher keinen Niederschlag gefunden zu haben. In der Tat wird man es auch dem hier infragestehenden Art. 47 Abs. 2 nicht zwingend entnehmen können;[108] denn nicht nur, dass das heute in Deutschland besonders hochgehaltene Prinzip des „gesetzlichen Richters" in anderen Ländern – wegen nicht erlittener missbräuchlicher Erfahrungen – nicht in gleicher Weise gehandhabt, wenn überhaupt bekannt ist,[109] vielmehr ist auch die besondere Absicherung dieses Grundsatzes

---

103 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 200 m.w.N.

104 Vgl. Bericht der EKMR 7360/76, Zand, DR 15, 70. Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5029.

105 Vgl. Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 56. – Zur ausnahmsweisen Zulässigkeit von Sondergerichtsbarkeiten, etwa im Zusammenhang mit Nationalisierungsmaßnahmen, vgl. EGMR im Fall Lithgow, GH 102, Z. 204 ff. = EuGRZ 1988, 364 sowie *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 201.

106 Siehe auch *Villiger*, EMRK, § 19 Rn. 413 f.

107 Näher zu dieser, in Deutschland sogar verfassungsrechtlich abgesicherten Garantie, dass „niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden (darf)" (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), vgl. KK/*Pfeiffer/Hannich*, StPO, Einleitung Rn. 25 m.w.N., wobei insbesondere der Plenarbeschluss in BVerfGE 95, 322, 322, 333 Beachtung verdient.

108 A.A. *Satzger*, StV 2003, 140, sowie ohne nähere Begründung Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5029, während Heselhaus/Nowak, Handbuch, § 51 Rn. 49 f. weniger die (als grundsätzlich anerkannt erachtete) Existenz als offenbar nur noch die Reichweite der Garantie des „gesetzlichen Richters" für diskussionsbedürftig halten.

109 So das Ergebnis der rechtsvergleichenden Untersuchung von *Eser*, in: FS für Salger, S. 247 ff. A.A. – freilich ohne entsprechende Verweise – Guglielmetti et. al., Stellungnahme zum Grünbuch „Europäische Staatsanwaltschaft", S. 9 („[L]e principe de sécurité juridique [...] serait aussi respectueuse du principe du juge naturel, lequel a valeur constitutionnelle dans de nombreux

in Art. 101 GG[110] ein Indiz dafür, dass es nicht ohne weiteres im Erfordernis der gesetzlichen Errichtung des Gerichts mitenthalten ist. Art. 47 Abs. 2 hält demnach keine Antwort auf die Frage parat, ob eine europäische Staatsanwaltschaft eine Anklage willkürlich vor das ihr günstigste Forum soll bringen dürfen (sog. forum- oder jurisdiction-shopping) oder dabei an klare, im Voraus formulierte Regeln zu binden ist.[111]

Rn. 32

c) Die geforderte Unabhängigkeit des Gerichts ist nicht nur Ausdruck des in allen Mitgliedstaaten geltenden Gewaltenteilungsprinzips, sondern auch ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, da ein effektiver Rechtsschutz nur durch Richter, die als nicht beteiligte Dritte in persönlicher und sachlicher Hinsicht unabhängig sind, zu gewährleisten ist.[112] An dieser Unabhängigkeit braucht es nicht schon deshalb zu fehlen, weil die Mitglieder des Gerichts von einem Exekutivorgan ernannt werden bzw. die Amtsperiode oder das Sachgebiet von vornherein beschränkt ist, vorausgesetzt jedoch, dass innerhalb dieser Grenzen zumindest fachlich Unabsetzbarkeit bzw. Weisungsfreiheit gewährleistet ist.[113]

Rn. 33

Bei der zudem erforderlichen Unparteilichkeit des Gerichts geht es im wesentlichen um die subjektive Einstellung des einzelnen Richters: Von ihm wird prinzipielle Neutralität gegenüber den Verfahrensbeteiligten sowie ein sachgemäßes Urteilen ohne Ansehen der Person erwartet, wobei eine solche Unparteilichkeit bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird.[114]

Rn. 34

3. Verfahrensgarantien[115]

a) Bei der aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis entlehnten Gewährleistung eines fairen Verfahrens, dessen Erfordernisse allerdings weder definiert noch konkretisiert sind,[116] handelt es sich um eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, wie es sich inzwi-

---

ordres juridiques.")
http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions/pdf/gp_college_eu3_fr.pdf.

110 Vgl. oben Fn. 107.

111 Zusammenfassend zu dieser kontrovers diskutierten Frage „Follow-Up Report" der Kommission, Com(2003) 128, S. 17, http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/suivi/suivi_en.pdf.

112 KK/*Pfeiffer/Hannich*, StPO, Einleitung Rn. 24.

113 Zu weiteren Einzelheiten vgl. die Erläuterungen zu dem insoweit inhaltsgleichen Art. 6 Abs. 1 EMRK von *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 204 ff., ferner Calliess/Ruffert/Blanke, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 11, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5020 f., *Jarass*, EU-Grundrechte, § 40 Rn. 28.

114 Auch insoweit vgl. zu weiteren Einzelheiten Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 213 ff., *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 39 ff., ferner *Callewaert*, EuGRZ 1996, 368, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5024 ff., *Jarass*, EU-Grundrechte, § 40 Rn. 30, Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 47 Rn. 57.

115 Zur diesbezüglichen Besorgnis des Europäischen Parlaments im Hinblick auf den Status verschiedenster Verfahrensgarantien in Mitgliedsstaaten vgl. Resolution vom 15.1.2003, Z. 148 oder Resolution vom 4.9.2003, Z. 146.

116 Die Maxime des fairen Verfahrens erfährt in den einzelnen, im Rahmen von Art. 48 Abs. 2 zu diskutierenden Verteidigungsrechten spezifische Ausprägungen. Insofern verhält sich Art. 47 Abs. 2 zu Art. 48 Abs. 2 wie Art. 6 Abs. 1 EMRK zu Art. 6 Abs. 3 EMRK; vgl. zu letzterem den EGMR im Fall Artico, 13.5.1980, Z. 32.

schen in verschiedenen Verfahrensgarantien niedergeschlagen hat.[117] Für diese ist charakteristisch, dass sie den Verfahrensbeteiligten sowohl ausreichende Mitwirkungsrechte sichern als sie auch vor einseitigen Benachteiligungen schützen sollen, wobei der EGMR das Verfahren in seiner Gesamtheit auf seine Fairness hin untersucht.[118] Dazu gehört vor allem das Prinzip der „Waffengleichheit", wobei den Verfahrensbeteiligten bei der Vertretung ihrer möglicherweise gegenläufigen Interessen und Prozessrollen gleichwertige wie gleichermaßen effektive Befugnisse gewährleistet sein sollen.[119] Eine weitere Ausprägung erfährt das Fairnessprinzip durch die gerichtliche Fürsorgepflicht, die zu vielfältigen Hinweis-, Belehrungs- und Aussetzungspflichten seitens des Gerichts führt, um den Prozessbeteiligten die tatsächliche Wahrnehmung ihrer Verfahrensrechte wie auch insgesamt die Justizförmigkeit des Verfahrens zu sichern.[120] Dazu wird auch die grundsätzliche Pflicht zur Begründung und Bekanntgabe von Entscheidungen zu rechnen sein, um den Betroffenen eine Kontroll- und Beschwerdemöglichkeit zu geben. Nicht zuletzt gehört zur Fairness des Verfahrens auch das Folterverbot[121] sowie ganz allgemein das Missbrauchsverbot, wonach eine bewusste Umgehung von Verfahrensvorschriften unzulässig ist.[122]

Rn. 35

b) Auch bei der gebotenen Öffentlichkeit des Verfahrens handelt es sich um eine grundlegende Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit. Durch diese Verfahrensmaxime soll sowohl eine der öffentlichen Kontrolle entzogene Geheimjustiz unterbunden als auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Gerichte gestärkt werden.[123] Obgleich auch schon in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert, bedürfen zwei scheinbare Abweichungen davon der Klarstellung: Während zum einen Art. 47 Abs. 2 lediglich von der Öffentlichkeit der Verhandlung spricht, muss nach Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK auch das Urteil öffentlich verkündet werden. Diese verkürzte Ausdrucksweise in Art. 47 Abs. 2 wird jedoch, wenn man den kaum trennbaren Sinnzusammenhang zwischen Verhandlungs- und Urteilsöffentlichkeit aufrechterhalten will, schwerlich als Zurückdrängung der Urteilsverkündung in die Nichtöffentlichkeit zu verstehen sein, wird doch traditionell selbst da, wo die Verhandlungsöffentlichkeit eingeschränkt werden kann, jedenfalls die öffentliche Verkündung der Entscheidung (wie z.B. in § 173 GVG) gefordert.[124] Und soweit zum anderen der nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 EMRK zugelassene Ausschluss der Öffentlichkeit in Art. 47 Abs. 2

---

117 Grundlegend u.a. *Spaniol*, Recht auf Verteidigerbeistand, S. 199 ff.; zur Garantie eines fairen Verfahrens vgl. *Grabenwarter*, EMRK, § 14 Rn. 60 ff., *Villiger*, EMRK, § 21 Rn. 470 ff. Vgl. zum Ganzen auch *Eser,* Ritsumeikan L.R. 2009, 179 f.

118 Vgl. dazu noch *Eser,* unten Art. 48 Rn. 20 a.

119 Zu dieser insbesondere im Strafprozess bedeutsamen Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung vgl. u.a. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 7. – Kritisch zum Begriff der Waffengleichheit *Safferling*, NStZ 2004, 181 ff.

120 Vgl. KK/*Pfeiffer/Hannich*, StPO, Einleitung Rn. 32, sowie eingehend *Plötz*, Fürsorgepflicht.

121 Vgl. EGMR im Fall Gaefgen, 30.6.2008, Nr. 22978/05 = NStZ 2008, 699 (m. Anm. Esser NStZ 2008, 657), wobei jedoch grundsätzlich zwischen dem Verbot der Erpressung von Aussagen zu bereits begangenen Taten und dem Erzwingen einer Rettung aus drohender Lebensgefahr zu unterscheiden wäre; näher dazu *Eser,* in: FS für Hassemer, S. 713 ff., 722 f.

122 Zu weiteren Einzelheiten mit Nachweisen vgl. die Judikatur und Literatur zu dem im Wesentlichen inhaltsgleichen Art. 6 Abs. 1 EMRK bei *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 112 ff.

123 Näher dazu *Villiger*, EMRK, § 20.

124 Zustimmend *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5047, im gleichen Sinne Callies/Ruffert/Blanke, EUV/EGV, Art. 47 GRCh Rn. 16, während für *Jarass*, EU-Grundrechte, § 40 Rn. 40 die Veröffentlichung der Entscheidung genügen soll.

nicht ausdrücklich erwähnt ist, sind die EMRK-Einschränkungen der Öffentlichkeit über Art. 52 Abs. 3 auch im Rahmen der GRC möglich.[125]

Rn. 36

c) Das Recht auf Verhandlung innerhalb angemessener Frist verpflichtet zu einer zügigen und effizienten Durchführung des Verfahrens, um Rechtsstreitigkeiten möglichst bald dem Rechtsfrieden zuzuführen und durch übermäßige Verfahrensdauer nicht die Glaubwürdigkeit und Effizienz der Gerichtsbarkeit zu gefährden.[126] Die praktische Bedeutung dieses Grundsatzes zeigt sich nicht zuletzt an der steigenden Zahl von Beschwerden, die wegen übermäßiger Verfahrensdauer an den EGMR gerichtet werden.[127] Die Angemessenheit der Verfahrensdauer lässt sich nicht nach fixen Fristen bemessen, da sie letztlich vom Prozessgegenstand, vom Umfang und der Schwierigkeit der Materie und vom Verhalten der Prozessbeteiligten abhängt.[128] Doch selbst wenn das Beschleunigungsgebot verletzt ist, führt dies auch bei strafrechtlichen Verfahren nicht ohne weiteres zu einem Prozesshindernis, sondern in der Regel lediglich zur Berücksichtigung auf der Rechtsfolgenseite, wie insbesondere in der Strafzumessung.[129] Soweit jedoch Verfahrensverzögerungen seitens der Strafverfolgungsorgane zu besonders schwerwiegenden oder gar irreparablen Nachteilen für den Betroffenen führen, wird von einem Teil des Schrifttums wohl zu Recht für den endgültigen Verzicht auf die Weiterführung des Strafverfahrens plädiert.[130]

Rn. 37

d) Eine über die EMRK hinausgehende Novität stellt die Deklarierung des Rechts dar, sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen, wobei sich diese Gewährleistung zum Teil auch mit den durch Art. 48 Abs. 2 garantierten Verteidigungsrechten überschneidet.[131] Die Wahrnehmung dieses Beratungs- und Vertretungsrechts soll jedoch nicht ausschließlich Rechtsanwälten vorbehalten sein, wie dies zeitweilig vom Konventspräsidium vorgeschlagen worden war;[132] vielmehr kann man sich nach Verzicht auf ein solches „Rechtsanwaltsprivileg" auch durch Laien beraten und vertreten lassen.[133] Allerdings werden dabei etwaige nationale Rechtsberatungsregelungen zu beachten sein.

---

125 So im Sinne möglichst knapper Formulierungen auch die Erläuterungen des Konventspräsidiums in Charte 4149/00 und 4284/00, jeweils zu Art. 8. Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 187 ff.

126 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5049 f., *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 68, *Villiger*, EMRK, 1999, § 20 Rn. 452 m.w.N.

127 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 237, sowie *Ambos*, NStZ 2002, 629 ff.

128 Näher dazu – einschließlich einer Auflistung von Fällen mit noch tolerierter oder für übermäßig befundener Verfahrensdauer – *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, K² (1996), Art. 6 Rn. 153; ferner *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 69 f., Heselhaus/Nowak, Handbuch, § 51 Rn. 17, 42 m.w.N.

129 Vgl. BGH NStZ 1997, 451, 452; KK/*Pfeiffer*, StPO, Einleitung Rn. 11, Meyer-Goßner, StPO, Art. 6 MRK Rn. 9; aber auch BGHSt 35, 137.

130 Vgl. *Hillenkamp*, NJW 1989, 2847 ff.; *Roxin*, NStZ 1991, 153; SK/*Rogall*, StPO, vor § 133 Rn. 120.

131 Vgl. oben Rn. 21 sowie *Eser*, unten Art. 48 Rn. 21, 26 f.

132 Vgl. Charte 4333/00 zu Art. 8 sowie die Gegenstimmen im Konvent auf der 12. Sitzung (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 278 zu Art. 8).

133 Vgl. ferner *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5057, Jaeger, NJW 2004, 6 f., *Jarass*, EU-Grundrechte, § 40 Rn. 45.

C. Art. 47 Abs. 3: Anspruch auf Prozesskostenhilfe

Rn. 38

I. Vorgaben

1. Art. 47 Abs. 3 hat kein ausdrückliches Vorbild in der EMRK; vielmehr wurde der Anspruch auf Prozesskostenhilfe aus der Rechtsprechung des EGMR gewonnen.[134] Ansatzpunkte dafür finden sich in der Rechtsweggarantie von Art. 6 Abs. 1 EMRK, das darin verkörperte Recht auf Zugang zum Gericht auch praktisch sicherzustellen und die Einlegung eines wirksamen Rechtsbehelfs zu ermöglichen, sowie im Recht auf den unentgeltlichen Beistand eines Pflichtverteidigers im Falle von Mittellosigkeit nach Art. 6 Abs. 3 (c) EMRK. Zudem sieht jüngst der EGMR, wenn Prozesskostenhilfe ungerechtfertigt verweigert wird, den Grundsatz der Waffengleichheit verletzt.[135]

Ein gewisses Vorbild kann auch in dem Prozesskostenhilfesystem, das bereits für die bei den europäischen Gerichten anhängigen Rechtssachen besteht,[136] gesehen werden.[137]

Rn. 38a

2. Auf nationalstaatlicher Ebene ist eine verfassungsrechtliche Absicherung von Prozesskostenhilfe bislang nur in wenigen EU-Ländern vorzufinden, wie in Malta (Art. 39 Abs. 6 lit. c), Portugal (Art. 20 Abs. 1), Spanien (Art. 119), Tschechische Republik (Art. 40 Abs. 3 GR-Deklaration)[138] und Zypern (Art. 30 Abs. 3 lit. d).

Rn. 39

II. Diskussion im Grundrechtekonvent

Die Prozesskostenhilfe war vergleichsweise eingehend Gegenstand der Diskussion,[139] weil es insoweit keine gemeinsamen Grundsätze der Mitgliedstaaten gibt[140] und finanzielle Unterstützung bis dahin nur in Strafverfahren in Form von unentgeltlichem Beistand eines Verteidigers vorgesehen war.[141] Die Erweiterung von Prozesskostenhilfe auf Verwaltungsverfahren wurde damit begründet, dass es solche Verfahren zur Entstehungszeit der EMRK kaum gegeben habe und diese daher nicht zu berücksichtigen waren; zudem werde die Kontrolle von EU-Maßnahmen in Deutschland vorwiegend durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgeübt.[142] Ferner wurde Bedenken gegen die Gewährung von Prozesskos-

---

134 Und zwar insbesondere aus dem Fall Airey, GH 32/A, Z. 20 ff. = EuGRZ 1979, 626; vgl. Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 64.

135 EGMR im Fall Steel and Morris, 15.2.2005, Z. 72.

136 Gemäß Art. 94-97 VfO-EuG bzw. Art. 76 VfO-EuGH.

137 Vgl. Erläuterungen des Konventspräsidiums Charte 4473/00 zu Art. 47 Abs. 3 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 39).

138 Vgl. oben Fn. 28.

139 Vgl. im Einzelnen die Formulierungsvorschläge in Charte 4123/00 REV 1 Art. 5 Abs. 2; 4149/00 Art. 8 S. 2; 4284/00 Art. 8 Abs. 2; 4422/00 Art. 45 Abs. 2; 4423/00 Art. 45 Abs. 2; 4470/00 Art. 46 Abs. 3 sowie Bernsdorff/Boroswky, Protokolle, S. 177, 178, 278 f.

140 So die Erläuterung des Präsidiums zu Art. 5 Abs. 2 in Charte 4123/1/00; zu ausnahmsweisen Gewährleistungen vgl. oben Rn. 38 a.

141 Vgl. oben Rn. 38 zu Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK.

142 Vgl. Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 235.

tenhilfe von Seiten der EU-Kommission entgegengehalten, dass die Mitgliedstaaten die Prozesskostenhilfe weiterhin selbständig definieren könnten.[143]

Rn. 40

III. Kommentierung

Durch Gewährung von Prozesskostenhilfe soll der durch Art. 47 Abs. 2 eröffnete Zugang zu den Gerichten wirksam gewährleistet werden. Dies gilt für alle Arten von Verfahren. Soweit es um die Verteidigung in Strafverfahren geht, kommt in erster Linie der unentgeltliche Beistand eines Pflichtverteidigers in entsprechender Anwendung von Art. 6 Abs. 3 (c) EMRK in Betracht.[144] Soweit zivil- oder handelsrechtliche Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug betroffen sind, finden sich detaillierte Regelungen in Richtlinie 2002/8/ EG des Rates vom 27.1.2003, die gemeinsame Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe festlegt.[145]

Die Gewährung von Prozesskostenhilfe hängt davon ab, ob und inwieweit die betroffene Person nicht über ausreichende Mittel verfügt. Dazu wird der Antragsteller entsprechend den Voraussetzungen, unter denen vor dem EuG und dem EuGH Prozesskostenhilfe gewährleistet wird, seine Bedürftigkeit durch Unterlagen nachzuweisen haben, ebenso wie danach die beabsichtigte Rechtsverfolgung „nicht offensichtlich aussichtslos" sein darf.[146] Ein Anspruch auf völlige und endgültige Freistellung von den entstandenen Pflichtverteidigergebühren besteht freilich nicht.[147]

Rn. 41

D. Würdigung

Die weitere Verstärkung der bereits durch die EMRK eingeräumten Rechtsbehelfsgarantie durch Ausbau zu einer gerichtlichen Rechtswegegarantie ist zweifellos zu begrüßen.[148] Vor den europäischen Gerichten ist Art. 47 GRC als vollwertige Rechtsquelle anerkannt, die effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten Vorschub leisten soll.[149] Soweit es jedoch um die Rüge von Grundrechtsverletzungen geht, werden dem Betroffenen zu viele Umwege zugemutet, solange es an einer Grundrechtsbeschwerde fehlt,[150] wie sie von verschiedener Seite bereits gefordert wird.[151] Auch dass es bislang keinen Schutz der Bürger bei Zwangsmaßnahmen seitens der Polizei und/oder der Staatsanwaltschaft gibt, wird zu Recht als ein zu behebendes Defizit beklagt.[152]

---

143 So *Vitorino*, in: Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 243.

144 Vgl. oben Rn. 38.

145 Vgl. Art. 1 RL 2002/8/EG.

146 Vgl. die Nachweise oben Fn. 136 sowie Art. 6 Abs. 1 RL 2002/8/ EG. Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5059 ff.

147 BVerfG, NJW 2003, 196; OLG Hamm, NStZ-RR 2000, 160. A.A. OLG Düsseldorf, NStZ 1985, 370.

148 Vgl. oben Rn. 25 ff.

149 Vgl. EuG, 30.1.2002, Rs. T-54/99, max.mobil = EuZW 2002, S. 186 ff.; EuG, 3.5.2002, Rs. T-177/01, Jégo-Quéré; EuGH, 1.4.2004, Rs. C-263/02 P, Jégo-Quéré = NJW 2004, S. 2006 ff.

150 Vgl. oben Rn. 12.

151 Vgl. neben den oben in Rn. 15 in Fn. 60 Genannten auch Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 31.

152 *Meyer,* in: Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 374.

E. Literaturübersicht

Bernegger, Sabine, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde – Art. 13 EMRK, in: Machacek, Rudolf/Pahr, Willibald P./Stadler, Gerhard (Hrsg.), 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich, Band II, Kehl/Straßburg/Arlington 1992, S. 709; *Böcker, Nicolai,* Wirksame Rechtsbehelfe zum Schutz der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2005; *Callewaert, Johan*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Verfahrensgarantien, Probleme der Anwendung des Art. 6 EMRK, EuGRZ 1996, 366; *Calliess, Christian*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, 261; *Danwitz, Thomas von*, Die Garantie effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1993, 1108; *Eser, Albin*, Der „gesetzliche Richter" und seine Bestimmung für den Einzelfall, in: Eser, Albin/Kullmann, Hans Josef, u.a. (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht. Festschrift für Hannskarl Salger, Köln 1995, S. 247; *ders.*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, in: Ritsumeikan Law Review 2009, 163; *ders.*, Zwangsandrohung zur Rettung aus konkreter Lebensgefahr – Gegenkritische Rückfragen zur sogenannten „Rettungsfolter", in: Herzog, Felix / Neumann, Ulfried (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, S. 713; *Everling, Ulrich*, Referat, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Sechzigsten Deutschen Juristentages Münster 1994, Band II/1, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse Teil N: Empfiehlt es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere die Aufgaben der Gemeinschaftsgerichte und der nationalen Gerichte, weiterzuentwickeln?, München 1994, S. N 1 – N 24; *ders.*, Rechtschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, in: Schwarze, J./Hatje, A., Der Reformvertrag von Lissabon, Europarecht, Beiheft 1/2009, 71; *Grabenwarter, Christoph*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, 1; *ders.*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine Studie zu Art. 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs, Wien 1997; *Hangartner, Yvo*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäß Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, AJP1994, 3; *Hannich, Rolf* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK), 6. Auflage, München 2008; *Hilf, Meinhard*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ und JuS 2000, 5; *Hillenkamp, Thomas*, Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen, NJW 1989, 2841; *Hohmann,Harald*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Parl 2000, Beilage 52 – 53, 5; *Holoubek, Michael*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz, JBl. 1992, 137; *Koenig, Christian*, EU-Grundrechtcharta – ein neuer supranationaler Kompetenztitel?, EuZW 2000, 417; *Krüger, Christian/Polakiewicz, Jörg,* Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa, EuGRZ 2001, 92; *Kühne, Hans-Heiner*, Die Entscheidung des EuGHMR in Sachen Öcalan, JZ, 670; *Lenz,Sebastian/Saeglich, Simone*, Kein Rechtsschutz gegen EG-Verordnungen? – Europäische Rechtsschutzdefizite und ihr Ausgleich durch die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO, NVwZ 2004, 1421; *Lindner, Franz*, EG-Grundrechtscharta und gemeinschaftlicher Kompetenzvorbehalt, DÖV 2000, 543; *ders.*, Fortschritte und Defizite im EU-Grundrechteschutz, in: ZRP 2007, 54; *Magiera, Siegfried*, Die Grundrechtscharta der Europäischen Union, DÖV 2000, 1017; *Matscher, Franz,* Zur Funktion und Tragweite der Bestimmung des Art. 13 EMRK, in: Böckstiegel, Karl-Heinz/Folz, Hans-Ernst u.a. (Hrsg.), Völkerrecht. Recht der Internationalen Organisationen. Weltwirtschaftsrecht. Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern,

Köln/Berlin/Bonn/München 1988, S. 315; *Mertens, Pierre*, Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme, Bruxelles 1973; *Meyer, Jürgen*, Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht, in: Arnold, Jörg u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser, München 2005, S. 797; *Meyer-Goßner, Lutz*, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 52. Auflage, München 2009; *Plötz, Winfried*, Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, Lübeck 1980; *Reich, Norbert*, Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde, ZRP 2000, 375; *Ritgen, Klaus*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, ZRP 2000, 371; *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung, NStZ 1991, 153; *Roxin, Claus*, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009; *Rudolphi,Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig/Hoyer, Andreas* u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-37), Neuwied, 120. Lieferung, Stand: Nov. 2009; *Rudolphi, Hans-Joachim/Frisch, Wolfgang/Paeffgen,Hans-Ulrich u.a.* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (SK StPO), München, Berlin, 54. Lieferung, Stand: Sept. 2007; *Safferling, Christoph*, Audiatur et altera pars – die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip? – Qui statuit alliquid inaudita altera, Aequm liquet statuerit haud aequs fuit, NStZ 2004, 181; *Satzger, Helmut*, Gefahren für eine effektive Verteidigung im geplanten europäischen Verfahrensrecht – eine kritische Würdigung des Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft, StV 2003, 137; *Shelton, Dinah*, Remedies and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in: Peers, Steve/Ward, Angela (eds.), The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford 2004, S. 349; *Spaniol, Margret*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1990; *Tappert, Willi*, Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DRiZ 2000, 204; *Velu, J. Jacques/Ergec, Rusen*, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990; *Villiger, Mark E.*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1999; *Weber, Albrecht*, Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537; *Weigend, Thomas*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung, StV 2000, 384; *Zuleeg, Manfred*, Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte, EuGRZ 2000, 511.

ART. 48 UNSCHULDSVERMUTUNG UND VERTEIDIGUNGSRECHTE

(1) Jeder Angeklagte gilt bis zum rechtsförmlich erbrachten Beweis seiner Schuld als unschuldig.

(2) Jedem Angeklagten wird die Achtung der Verteidigungsrechte gewährleistet.

Rn. 1

In diesem Artikel sind zwei verschiedene Verfahrensgarantien zusammengefasst, deren Gemeinsamkeit im wesentlichen nur darin besteht, für das Strafverfahren bedeutsam zu sein. Insofern unterscheidet sich Art. 48 von den auch für andere Verfahrenszweige bedeutsamen Garantien des Art. 47. Um so mehr hätte es der strafrechtliche Charakter der Verfahrensgarantien des Art. 48 nahegelegt, auch noch die strafrechtlichen Garantien der

Art. 49 und 50 miteinzubinden.[153] Nachdem davon abgesehen worden war, blieb auch das schwache Band zwischen den in den Art. 48 eingeordneten Verfahrensgarantien im Konvent strittig.[154] Dies rechtfertigt es, die in den zwei Absätzen des Art. 48 geregelten Garantien getrennt zu behandeln.

A. Art. 48 Abs. 1: Unschuldsvermutung

Rn. 2

I. Vorgaben

1. Art. 48 Abs. 1 entspricht nahezu wörtlich dem *Art. 6 Abs. 2 EMRK:*

> *„Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig."*

Bei dieser sog. Unschuldsvermutung, die ihrerseits Art. 11 Abs. 1 der AEMR der Vereinten Nationen von 1948 zum Vorbild hat, handelt es sich um ein von allen Rechtsstaaten anerkanntes Prinzip. Bei aller Hochachtung für diese ihrerseits aus verschiedenen anderen Rechten, wie insbesondere der Menschenwürde oder dem Rechtsstaats- und Schuldprinzip abgeleiteten Verfahrensgarantie,[155] leidet diese jedoch an dem gerne verdrängten Widerspruch, dass bei einer bis zu einem förmlichen Schuldspruch als unschuldig geltenden Person genau genommen keinerlei Zwangsmaßnahmen, wie etwa Untersuchungshaft, vorgenommen werden dürften, die gegenüber einem Unschuldigen nicht gerechtfertigt wären. Ohne sich mit diesem Grunddilemma von strafrechtlichen Maßnahmen an einer als „unschuldig" geltenden Person sichtlich auseinandergesetzt zu haben, werden von der Rechtsprechung und Literatur zu Art. 6 Abs. 2 EMRK sowohl Zwangsmaßnahmen gegen noch nicht rechtskräftig verurteilte Tatverdächtige als auch Kostennachteile für letztlich freigesprochene Personen für zulässig gehalten, was schwerlich vertretbar wäre, wenn die Geltung als „unschuldig" ernstlich und ausnahmslos beim Wort zu nehmen wäre.[156] In der Tat hat offenbar bereits die EMRK selbst die Unschuldsvermutung nicht als derart absolut und bis zum förmlichen Schuldspruch jegliche Zwangseingriffe ausschließend gesehen, da sonst die in Art. 5 Abs. 1 (c) EMRK eingeräumte Möglichkeit zu rechtmäßigem Freiheitsentzug bei hinreichendem Tatverdacht nicht denkbar wäre.[157] Gleichwohl bleibt damit die Bezeichnung als „Unschuldsvermutung" mit einer inneren Widersprüchlichkeit behaftet,[158] an der sich auch durch die geringfügige Umformulierung in Art. 48 Abs. 1, wo statt von

---

153 Vgl. *Eser,* oben Vorbemerkungen zu Titel VI Rn. 2.

154 Vgl. unten Rn. 3 und 23, insbes. mit den Nachweisen in Fn. 162, 163 bzw. 220, 221.

155 Näher dazu unten Rn. 4.

156 Zu solchen, auch gegenüber einem noch nicht für schuldig Befundenen möglichen Maßnahmen und Nebenfolgen vgl. den Überblick von *Peukert,* in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 272 ff.

157 Vgl. EKMR E 7981/77 vom 5.10.1977 und E 13671/88 vom 3.7.1989.

158 Mit besonderer Schärfe kritisiert von *Bohnert,* Abschlussentscheidung, S. 243: „Die Pflicht zur Unschuldsvermutung ist ein Un-Sinn". Ähnlich ist für *Meyer,* in: FS für Tröndle, S. 61, hinsichtlich der Bedeutung der „Unschuldsvermutung" klar, dass es insofern „keinerlei Klarheit" gebe. Vgl. auch *Frenz,* Handbuch Europarecht 4, Rn. 5080, 5082 f. der, wie üblicherweise auch andere, diesem „Grunddilemma" offenbar mit Abwägung der kollidierenden Güter meint beikommen zu können. Vgl. demgegenüber unten Rn. 5.

„gesetzlichem" Beweis nun von „rechtsförmlich erbrachtem" Beweis gesprochen wird, nichts Wesentliches geändert hat.[159]

Rn. 2a

2. Auf nationalstaatlicher Ebene hat die Unschuldsvermutung bereits in vielen EU-Ländern verfassungsrechtliche Verankerung gefunden: so in Bulgarien (Art. 31 Abs. 3), Estland (§ 22), Lettland (Art. 92), Litauen (Art. 31), Malta (Art. 39 Abs. 5), Polen (Art. 42 Abs. 3), Portugal (Art. 32 Abs. 2), Slowakei (Art. 50 Abs. 2), Slowenien (Art. 27), Spanien (Art. 24 Abs. 2), Tschechische Republik (Art. 40 Abs. 2 GR-Deklaration),[160] Ungarn (Art. 57 Abs. 2) und Zypern (Art. 12 Abs. 4). Danach soll, wie traditionell üblich und der Kurzfassung als „Unschuldsvermutung" entsprechend, der Angeklagte bis zum gesetzlichen Beweis seiner Schuld „als unschuldig gelten". Demgegenüber wird die italienische Formulierung (Art. 27 Abs. 2) dem wahren Sinn dieser Garantie insofern besser gerecht, als der Angeklagte bis zur endgültigen Verurteilung „nicht als schuldig zu betrachten" ist.[161]

Rn. 3

II. Diskussion im Grundrechtekonvent

Ohne dass die Unschuldsvermutung als solche, da in nahezu allen Verfassungen und Menschenrechtskonventionen anerkannt, hinsichtlich ihrer Existenzberechtigung oder ihrer Ausgestaltung in Zweifel gezogen worden wäre,[162] gab es im Konvent lediglich Dissens darüber, ob die das Strafverfahren betreffenden Justizgrundrechte überhaupt in die GRC aufgenommen werden sollten. Das wurde zum Teil unter Hinweis auf die fehlende Zuständigkeit der EU auf dem Gebiet des Strafrechts abgelehnt, wobei dem aber die auf eine Strafrechtsharmonisierung in der EU hinlaufende Entwicklung mit einer entsprechenden zukunftsweisenden Funktion der GRC entgegengehalten wurde.[163]

Rn. 4

III. Kommentierung

1. Herleitung und Bedeutung der Unschuldsvermutung

Die schon bei den bisherigen Verbürgungen der Unschuldsvermutung umstrittene Frage, worauf diese im Grundsatz unbestrittene Garantie letztlich zurückzuführen sei, wird auch durch Art. 48 Abs. 1 nicht ausdrücklich beantwortet. Deshalb werden die zahlreichen Erklärungsversuche, mit denen Art. 6 Abs. 2 EMRK einerseits mehr material aus der Menschenwürde[164] oder teils mehr formal – wie vom BVerfG – aus dem Rechtsstaatsprinzip[165] hergeleitet oder davon ihrerseits abgeleitete Verfassungsgrundsätze wie das allgemeine

---

159 Vgl. unten Rn. 5.

160 Vgl. *Eser,* oben Art. 47 Fn. 28.

161 Vgl. oben Rn. 2 sowie unten Rn. 4 ff.

162 Vgl. im Einzelnen die Formulierungsvorschläge in Charte 4123/1/00 REV 1 Art. 5 Abs. 3 (a); 4140/00 Art. 2 Abs. 2; 4149/00 Art. 9; 4284/00 Art. 2; 4422/00 Art. 1; 4423/00 Art. 46 Abs. 2; 4470/00 Art. 47 Abs. 1 sowie Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, S. 32; vgl. auch Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 179, 282.

163 Vgl. den Bericht von Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, 2001, S. 243 f.

164 So u.a. *Degener*, Verhältnismäßigkeit, S. 213 f., *Meyer,* in: FS für Tröndle, S. 62, *Vogler*, in: FS für Kleinknecht, S. 436.

165 Siehe vor allem schon BVerfGE 19, 342, 347 sowie BVerfG NJW 1994, 377.

Persönlichkeitsrecht[166] und das Schuldprinzip[167] herangezogen oder darin gewisse Konkretisierungen des Rechtsstaatsgebots[168] oder des Übermaßverbots[169] erblickt werden, wohl weiter fortgeführt werden.[170] Da solche Herleitungen nicht selten dazu dienen, um dem zu erklärenden Grundsatz ergebnisorientiert eine bestimmte Funktion vorzugeben, ist eine unvoreingenommene Sinngebung eher zu erwarten, wenn man die sog. „Unschuldsvermutung" aus sich selbst und ihrem strafprozessualen Zusammenhang heraus zu deuten versucht.

Rn. 5

Wäre dabei das „gelten" als „unschuldig", solange nicht der rechtsförmliche Beweis von Schuld erbracht ist, wirklich beim Wort zu nehmen, so würde sich ein Grunddilemma bereits daraus ergeben, dass für den zu erbringenden Schuldbeweis ein Verfahren gegen eine Person zu führen wäre, die, weil als unschuldig geltend, eigentlich keinem Strafverfahren unterworfen werden dürfte, ebenso wenig wie ein als unschuldig Geltender sonstigen Zwangsmaßnahmen ausgesetzt werden dürfte, die gegen einen tatsächlich Unschuldigen unzulässig wären. Da eine solche Selbstblockade jeden Strafverfahrens schlechterdings nicht gemeint sein kann, wird die Vermutung von Unschuld nicht mehr bedeuten, als dass bis zum rechtsförmlichen Nachweis der Schuld der Betroffene nicht so behandelt werden darf, als sei er schuldig – so wie dies in der italienischen Verfassung zweckgerechter zum Ausdruck kommt.[171] Demzufolge bezweckt die Vermutung von Unschuld nicht mehr, aber auch nicht weniger als das Verbot der Bezeichnung oder Behandlung eines Nichtverurteilten als schuldig.[172] Das bedarf in dreifacher Hinsicht einer Aus- und Eingrenzung:

Rn. 6

In grundsätzlicher Hinsicht bedeutet dies sowohl das Verbot eines Schuldspruchs wie auch der Auferlegung von Strafen oder strafähnlichen Sanktionen ohne oder vor gesetzlichem Schuldnachweis.[173] Damit verbieten sich sowohl Verdachtsstrafen als auch Schuldvorwegnahmen wie auch die Belastung eines nicht rechtskräftig Verurteilten mit Eingriffen, die im Falle einer Strafe Schuld voraussetzen würden.[174] Dementsprechend dürfte auch eine pauschale Gleichbehandlung von Untersuchungs- und Strafgefangenen unzulässig sein.[175]

Rn. 7

Dieses Verbot schuldimplizierender Behandlung vor förmlicher Schuldfeststellung schließt jedoch andererseits nicht davor liegende Maßnahmen aus, die der Feststellung von Schuld

---

166 So *Kühl*, Unschuldsvermutung, S. 20; ähnlich *Stürner*, JZ 1980, 3.

167 *Frister*, Schuldprinzip, S. 84, 89 ff., *ders.*, Jura 1988, 360. In diese Richtung auch *Eser,* in: FS für Stree/Wessels, 1993, S. 845.

168 KK/*Pfeiffer/Hannich*, StPO, Einleitung Rn. 32 a, *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 53, *Schubarth*, Unschuldsvermutung, S. 32, *Stürner*, JZ 1980, 3.

169 So vor allem *Gropp*, JZ 1991, 807 sowie (bis zur ersatzlosen Streichung in der 26. Aufl. von Schünemann) bei *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 4..

170 Vgl. zum Ganzen den Überblick von *Stuckenberg*, Unschuldsvermutung, S. 48 ff.

171 Vgl. oben Rn. 2a.

172 Zustimmend Calliess/Ruffert/Blanke, EUV/IGV, Art. 48 CRCh Rn. 3, Schwarze/van Vormizelle, EU, Art. 48 Rn. 3; im gleichen Sinne Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 48 Rn. 2.

173 In gleichem Sinne *Bohnert*, Abschlussentscheidung, S. 247 ff., *Geppert*, Jura 1993, 161, *Meyer,* in: FS für Tröndle, S. 68 ff.

174 In diesem Sinne BVerfGE 74, 358, 371, BVerfG StV 1991, 112.

175 So auch – wohl entgegen EGMR Nr. 28524/95 (2001) Z. 78 – *Jarass*, EU-Grundrechte, § 41 Rn. 12.

dienen und/oder aufgrund eines bestimmten Tatverdachts entsprechende Eingriffe ermöglichen sollen. Danach werden die in Art. 5 Abs. 1 (c) EMRK zugelassenen Festnahmen und Freiheitsentziehungen bei entsprechendem Tatverdacht,[176] auch ohne ausdrücklich in die GRC übernommen worden zu sein, weiterhin zulässig sein. Demzufolge ist in der Erhebung eines Tatverdachts nicht ohne weiteres eine Verletzung der Unschuldsvermutung zu erblicken,[177] es sei denn, dass mangelnde Schuld bereits rechtsförmlich festgestellt wurde.

Rn. 8

Die danach erforderliche Grenzziehung zwischen verbotener Bezeichnung oder Behandlung als schuldig und davorliegenden Maßnahmen oder Belastungen als zulässig ist daran auszurichten, was nach den Grundsätzen des geringstmöglichen Eingriffs auch einem sich letztlich möglicherweise als unschuldig erweisenden Betroffenen zumutbar wäre.[178]

Rn. 9

Eine so verstandene Unschuldsvermutung lässt sich mit ihren verschiedenen Grundsätzen und Grenzen teils auf das eine und teils auf das andere der zuvor genannten Rechte und Prinzipien[179] zurückführen und von dorther begründen und begrenzen. So kann beispielsweise in der Ausrichtung an einem Eingriff, der auch für einen letztlich als unschuldig erwiesenen Betroffenen tolerabel wäre, eine Ausprägung des Übermaßverbots oder im Verbot der Verdachtsstrafe ein Ausfluss des Schuldprinzips gesehen werden. Trotzdem erscheint es sinnvoll, die Grundsätze und Grenzen, die für das Verbot der Bezeichnung und Behandlung eines nichts rechtskräftig Verurteilten als schuldig bedeutsam sind, unter einem allgemeinen Grundsatz wie der einer richtig zu verstehenden „Unschuldsvermutung" zusammenzufassen.

Rn. 10

Auch wenn die Unschuldsvermutung aufgrund ihrer Verankerung in verschiedenen Individualrechten ein subjektives Recht darstellt, ist sie nicht ohne weiteres verzichtbar; denn da über den Individualschutz hinaus zugleich auch die Rechtsstaatlichkeit im Sinne eines fairen Verfahrens verbürgt werden soll und es sich insoweit um eine objektive Institutsgarantie handelt, kann diese nicht zur Disposition des einzelnen Betroffenen stehen und ist daher als unverzichtbar anzusehen.[180]

Rn. 10a

Über die vorgenannten Gewährleistungen hinaus kann die Unschuldsvermutung in der vom EGMR angenommenen Verbindung mit dem nemo-tenetur-Grundsatz auch zu dessen Abstützung dienen,[181] indem das Schweigerecht des Beschuldigten sowie seine Garantie gegen Selbstinkriminierung ihn – unter anderem – vor unzulässigem Zwang der Behörden schützen sollen. Obwohl die GRC diese fundamentalen, international anerkannten Rechte

---

176 Vgl. oben Rn. 2 zu Fn. 157. Im Ergebnis ebenso Calliess/Ruffert/Blanke, EUV/EGV, Art. 48 GRCh Rn. 1, *Jarass*, EU-Grundrechte, § 41 Rn. 12.

177 Vgl. *Frowein*, in: FS für Huber, S. 554; im gleichen Sinne Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 2.

178 In gleichem Sinne *Geppert*, Jura 1993, 161 f.; SK/*Rogall*, StPO, Vorbem. § 133 Rn. 76.

179 Vgl. oben zu Fn. 164-170.

180 Grundlegend dazu im Sinne der Unschuldsvermutung als „Verbot der Desavouierung des Verfahrens" *Stuckenberg*, ZStW 111, 452 ff., 459.

181 Vgl. EGMR im Fall Saunders, 29.12.1996, Z. 68, im Fall Heaney and McGuinness, 21.12.2000, Z. 40, sowie im Fall Jallah, 11.7.2006 – 54810/00, Z. 87 ff. (NJW 2006, 3117, 3122). – Zur insbesondere in der Vergangenheit teilweisen divergenten Auslegung des nemo-tenetur-Grundsatzes durch den EGMR bzw. den EuGH vgl. Pache, NVwZ 2001, 1346 m.w.N.

des Beschuldigten – ebenso wie die EMRK oder das GG – nicht ausdrücklich anspricht, werden sie durch ein Zusammenspiel von Art. 47 Abs. 2 (fair trial) und Art. 48 Abs. 1 (Unschuldsvermutung) garantiert: dies deshalb, weil ein faires Verfahren voraussetzt, dass die Anklage die strafrechtliche Schuldfeststellung nicht mit Beweismitteln betreibt, die durch eine erzwungene aktive Mitwirkung des Beschuldigten gewonnen wurden.[182]

2. Anwendungsbereich und Tragweite

Rn. 11

a) Wie schon das Abheben auf eine „angeklagte" Person und den „rechtsförmlich erbrachten Beweis" erkennen lässt, liegt der Schwerpunkt der Unschuldsvermutung im strafprozessualen Bereich. Dieser ist jedoch nicht auf Verfahren nach der StPO im engeren Sinne zu beschränken; vielmehr ist die Unschuldsvermutung in allen Verfahren zu beachten, die strafähnlichen Charakter haben, wie insbesondere das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht.[183] Auf europäischer Ebene von besonderer Bedeutung ist das Verwaltungssanktionsrecht, das insbesondere in Wettbewerbs- und Kartellverfahren die Verhängung hoher Bußgelder erlaubt. Hier verzichten Kommission und EuGH – gegen den Widerstand des Schrifttums[184] – darauf, Verwaltungssanktionen strafähnliche Natur zu attestieren, weil für den Schutz des Betroffenen auf vermeintlich gleichwertige allgemeine Rechtsgrundsätze, wie die Unschuldsvermutung[185] oder nemo tenetur,[186] abgestellt wird. Daran ist zu kritisieren, dass diese allgemeinen Rechtsgrundsätze hinter formalisierten und justitiablen strafrechtlichen Garantien zurückbleiben (können); demzufolge sind repressive oder präventive – und somit nicht nur restitutive – Verwaltungssanktionen als strafähnlich zu qualifizieren.[187]

Rn. 11a

In zeitlicher und statusmäßiger Hinsicht verbietet es sich, das Eingreifen der Unschuldsvermutung bis zum Zeitpunkt der Anklageerhebung hinauszuschieben; denn anstatt den Begriff des „Angeklagten" auf seinen rechtstechnischen Zweck zu beschränken, ist darunter vielmehr sinngemäß jeder tatsächlich Beschuldigte zu verstehen.[188] Demzufolge greift die Unschuldsvermutung bereits im Ermittlungsverfahren Platz, und zwar von dem Zeitpunkt an, in dem sich die Ermittlungen wegen eines Verdachts einer strafbaren Handlung auf eine bestimmte Person konkretisieren.

Rn. 12

Gemäß der zuvor festgestellten Funktion als Verbot der Bezeichnung oder Behandlung eines Nichtverurteilten als schuldig verbieten sich auf jeden Fall Schuldvorwegnahmen und Verdachtsstrafen. Zudem muss aber auch die Beweisführungslast auf der Seite des Staates und nicht beim Betroffenen liegen, mit der weiteren Folge, dass bei Nichterweislichkeit der Schuld der Angeklagte nach dem Grundsatz von „in dubio pro reo" freizusprechen ist und

---

182 SK/*Paeffgen*, StPO, Art. 6 EMRK Rn. 81.

183 In diesem Sinne bereits zur EMRK der EGMR in Öztürk, GH 73/A, Z. 53 = EuGRZ 1985, 67; vgl. auch Lutz, GH 123, Z. 50 f. = EuGRZ 1987, 401.

184 Vgl. Heselhaus/Nowak, Handbuch, § 51 Rn. 4, *Schwarze*, EuZW 2003, 261, Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 48 Rn. 4 m.w.N.

185 Vgl. EuGH im Fall Hüls, 8.7.1999, Rs. C-199/92 P, Z. 150.

186 Vg. EuG im Fall Mannesmannröhrenwerke, 20.2.2001, Rs. T-112/98, Z. 77 = EuZW 2001, S. 345.

187 *Schwarze*, EuZW 2003, 262, 264 ff.

188 Vgl. EGMR im Fall Heaney and McGuinness, 21.12.2000, Z. 41, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5078.

der Anklagevorwurf nicht durch Verzögerung eines Freispruchs beliebig lange aufrecht erhalten werden darf.[189] Diese sog. materielle Beweislast der staatlichen Organe schließt jedoch nicht jegliche Beweislastumkehr aus, sofern diese auf erwiesene Tatsachen gestützt ist und dem Betroffenen die Möglichkeit der Widerlegung eingeräumt bleibt.[190]

Rn. 13
Sofern damit nicht bereits ein Schuldurteil impliziert wird, können auch schon durch das Vorliegen von entsprechendem Tatverdacht Ermittlungsmaßnahmen bis hin zu bestimmten Zwangseingriffen, wie Durchsuchungen und Beschlagnahmen, zulässig sein; dies insbesondere dann, wenn wegen Art und Tatverdächtigkeit des betroffenen Ortes oder Gegenstandes selbst erwiesenermaßen unschuldige Personen bestimmte Vorbeugungs- oder Aufklärungsmaßnahmen zu tolerieren hätten.[191] Ebenso wenig steht die Unschuldsvermutung einer vorläufigen Festnahme oder Untersuchungshaft entgegen, vorausgesetzt jedoch, dass die Freiheitsentziehung nicht allein mit vorweggenommener Tatschwere oder mit einer Wiederholungsgefahr begründet wird, die zunächst einmal den Nachweis einer – dann möglicherweise erneuten – Ersttat voraussetzen würde.[192]

Rn. 14
Auf einer solchen Gratwanderung zwischen (zulässiger) Anknüpfung an Verdachtsgründe und (unzulässiger) Schuldvorwegnahme ist auch für den umstrittenen Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung wegen einer erneuten Straftat zu verfahren, wie dies z.B. nach § 56 f Abs. 1 Nr. 1 StGB möglich ist.[193] Sofern es bei solchen Vollstreckungsmaßnahmen nicht um die „Bestrafung" der Nachtat, sondern lediglich um deren Indizcharakter für eine sich nachträglich als verfehlt herausstellende Prognoseentscheidung aufgrund der Ersttat geht, kann jedenfalls insoweit nicht von der Vorwegnahme einer weiteren schuldhaften Tat gesprochen werden, als zur Überzeugung des die Strafaussetzung widerrufenden Gerichts die erwartete Bewährung nicht eingetreten ist. Davon kann mit der EKMR jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn ein glaubhaftes Geständnis vorliegt, das frei von Zwang unter Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze zustandegekommen ist.[194]

Rn. 15
Ähnliche Gratwanderungen können bei Kostenentscheidungen im Falle eines Freispruchs oder bei Einstellung des Strafverfahrens veranlasst sein. So soll einerseits aus der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK weder ein Anspruch auf Erstattung der notwendigen Auslagen des Angeklagten noch eine Entschädigung für erlittene rechtmäßige Untersuchungshaft abzuleiten sein, ebenso wie ein Freispruch grundsätzlich nicht verhindern könne, dem Freigesprochenen einen Teil der Kosten aufzuerlegen.[195] Andererseits wäre es mit der Unschuldsvermutung unvereinbar, solche Kostentragungspflichten so zu

---

189 Näher zu diesem Fragenbereich Tophinke, Unschuldsvermutung, S. 355 ff.

190 Vgl. EGMR im Fall Salabiaku, 7.10.1988, Series A, 141-A (Rn. 28), *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK2 (1996), Art. 6 Rn. 158, *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 10 Rn. 70.

191 Vgl. oben Rn. 9.

192 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 272 m.w.N.

193 Näher zum Streitstand Schönke/Schröder-Stree/Kinzig, StGB, § 56 f Rn. 3a m.w.N.

194 Vgl. E 15871/89 (StV 1992, 282 f.) sowie *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 276 m.w.N.

195 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 272 m.w.N. zu Entscheidungen der EKMR.

begründen, als habe der Betroffene die ihm zu Last gelegte strafbare Handlung begangen oder bei Durchführung des Verfahrens mit seiner Verurteilung zu rechnen gehabt.[196]

Rn. 16

b) Die Unschuldsvermutung endet mit dem rechtsförmlich erbrachten Beweis der Schuld. Demgegenüber spricht Art. 6 Abs. 2 EMRK lediglich vom „gesetzlichen Beweis" der Schuld. Obgleich sich nach der Erläuterung des Konventspräsidiums die beiden Formulierungen entsprechen sollen,[197] lassen sich dem neuen Wortlaut doch gewisse Präzisierungen entnehmen: Während nämlich ein „gesetzlicher Beweis" der Schuld schon darin erblickt werden könnte, dass er bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen eines gesetzlichen Tatbestandes mit dementsprechenden Schuldvermutungen geführt werden könne, sofern diese nur gesetzlich vorgesehen sind,[198] wird durch das ausdrückliche Abheben auf die Rechtsförmlichkeit des Schuldnachweises ein Nachweisverfahren gefordert, das rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht. Insofern wird man es auch nicht, wie dies zu Art. 6 Abs. 2 EMRK vertreten wird, dem innerstaatlichen Recht überlassen dürfen, was zum gesetzlichen Nachweis der Schuld gehört, selbst wenn dieser Weg einer Missbrauchskontrolle der Konventionsorgane unterliegen soll;[199] vielmehr ist dann ein positivrechtsstaatliches Verfahren des Schuldnachweises zu fordern und nicht erst negativ eine Missbrauchsfeststellung abzuwarten. Zudem wird in zeitlicher Hinsicht die Rechtsförmlichkeit erfordern, die Unschuldsvermutung bis zum Eintritt der Rechtskraft des Schuldspruchs aufrechtzuerhalten und nicht schon vorher, wie vom EGMR nicht hinreichend klargestellt,[200] enden zu lassen.[201]

Rn. 17

Zur Rechtsförmlichkeit gehört auch, dass die Schuldfeststellung von einer dafür zuständigen Instanz getroffen wird. Obgleich es der strafprozessuale Grundcharakter der Unschuldsvermutung nahe legen könnte, den Schuldnachweis dem Strafrichter vorzubehalten, erscheint eine solche Einengung, wie sie sich zu Art. 6 Abs. 2 EMRK vertreten findet,[202] weder zwingend noch zweckmäßig; denn nicht nur, dass damit beispielsweise beim Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit die Unschuldsvermutung nicht schon mit einem rechtskräftig gewordenen Bußgeldbescheid der zuständigen Verwaltungsbehörde, sondern erst nach einem durch einen Einspruch auszulösenden gerichtlichen Verfahren enden könnte; vielmehr müsste praktisch in allen nicht-strafrechtlichen Verfahren, in denen inzidenter Aussagen über einen strafprozessualen Sachverhalt bis hin zu nichtverfahrensbeteiligten Personen zu treffen wären, ein strafrechtliches Vorschaltverfahren vorausgehen, was nicht zu-

---

196 Aus der dahingehenden Judikatur des EGMR vgl. insbes. Minelli, GH 62, Z. 34-37 = EuGRZ 1983, 479. Wohl weniger streng BVerfGE 82, 106 ff.; krit. dazu Geppert, *Jura* 1993, 164 f. Vgl. zum Ganzen auch Laubenthal/Mitsch, NStZ 1988, 113, *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 273, Schubarth, Unschuldsvermutung, S. 26.

197 Charte 4473/00 zu Art. 48 Abs. 1 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 39).

198 So eine bei *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK² (1996), Art. 6 Rn. 158 anklingende, wenn auch gleichzeitig abgelehnte (bzw. in der 3. Aufl. nicht einmal mehr erwogene) Deutung von Art. 6 Abs. 2 EMRK.

199 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 263 zu Windisch, GH 186, Z.25 = EuGRZ 1989, 467.

200 EGMR in Minelli, GH 62, Z. 37 = EuGRZ 1983, 479.

201 Ebenso schon jetzt zu Art. 6 EMRK *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 263. Im gleichen Sinne BVerfGE 35, 202, 232; Meyer-Goßner, StPO, Art. 6 MRK Rn. 15.

202 In diesem Sinne namentlich *Köster*, Rechtsvermutung, S. 144 ff., 173 ff.; *Ostendorf*, StV 1990, 232, *Vogler*, in: FS für Tröndle, S. 438.

letzt schwerlich mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Richter eines Gerichtszweiges von dem eines anderen vereinbar wäre. Ebenso wie daher einerseits die Richter des einen Gerichts ohne Bindung an die Erkenntnisse anderer Gerichte die entscheidungserheblichen Vorfragen selbst feststellen und entscheiden dürfen, wird andererseits die Unschuldsvermutung auch einen Strafrichter nicht daran hindern können, im Rahmen der Strafzumessung eine nicht angeklagte oder nicht mehr anklagbare Straftat indiziell mitzuverwerten, sofern deren Sachverhalt in einem anderen Verfahren prozessordnungsgemäß nachgewiesen worden war.[203]

Rn. 18

c) Soweit in der Unschuldsvermutung ein weit über das Strafrecht hinausgehendes „übergreifendes, für die neuzeitliche Form gesellschaftlichen Zusammenlebens konstitutives Rechtsprinzip" gesehen wird,[204] das für eine friedliche Koexistenz von Individuen ein allgemein verbindliches Verfahren für Schuldzuschreibungen erfordere, lässt sich Derartiges weder aus Art. 6 Abs. 6 EMRK noch aus Art. 48 Abs. 1 entnehmen. Mangels einer Drittwirkung der Unschuldsvermutung bei Beschuldigungen zwischen Bürgern ist daher auch bei Pressekampagnen der Betroffene auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz und/oder den strafrechtlichen Ehrenschutz verwiesen.[205] Eine gewisse mittelbare „Drittwirkung" kann sich jedoch daraus ergeben, dass der Staat unbewiesenen Schuldzuweisungen keinen Vorschub leisten darf und daher staatliche Organe einen noch nicht rechtskräftig Verurteilten öffentlich nicht als „schuldig" bezeichnen und Derartiges auch nicht indirekt zum Ausdruck bringen dürfen.[206]

Rn. 19

Auch soweit Vorwürfe unterhalb der Schwelle strafähnlichen Charakters bleiben,[207] wie etwa die Behauptung zivilrechtlicher Verantwortlichkeit oder der Verletzung von arbeits- oder sozialrechtlichen Verpflichtungen, ist dem nicht mit der Unschuldsvermutung entgegenzutreten.[208] Noch weniger wird man auf rein gesellschaftlicher Ebene Vorhaltungen unethischen Verhaltens mit der Unschuldsvermutung begegnen können, sondern sich gegebenenfalls gegen üble Nachrede oder Verleumdung (zivil- oder strafrechtlich) im Klagewege zu wehren haben.

---

203 *Bruns*, NStZ 1981, 83; Meyer-Goßner, StPO, Art. 6 MRK Rn. 14; *Peukert*, EuGRZ 1980, 261.

204 So namentlich *Marxen*, GA 1980, 373; in die gleiche Richtung *Köster*, Rechtsvermutung, S. 158 ff., S 173 ff., Paeffgen, Vorüberlegungen, S. 42 ff.

205 Ebenso *Geppert*, Jura 1993, 162, *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 269 ff., Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 48 GRC Rn. 5.

206 Vgl. *Frowein*, in: FS für Huber, S. 553 ff., Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 2, Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 48 GRC Rn. 5, Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 48 Rn. 3. Weitergehend für eine allgemeine Schutzpflicht des Staates, über seine eigenen Organe hinaus Äußerungen in Bezug auf ein anhängiges Strafverfahren zu unterbinden, vgl. *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 125, *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 267, *Ulsamer*, in: FS für Zeidler, S. 1802; vgl. auch *Callewaert*, EuGRZ 1996, 369.

207 Vgl. oben Rn. 11.

208 Vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 271, mit Hinweis auf den versicherungsrechtlichen Fall der EKMR E 13925/88.

B. Art. 48 Abs. 2: Verteidigungsrechte

Rn. 20

I. Vorgaben

1. Auch Art. 48 Abs. 2 soll nach Erläuterung des Konventspräsidiums dem *Art. 6 Abs. 3 EMRK* entsprechen;[209] dieser hat jedoch eine detailliertere Fassung:

> *„Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:*
> *(a) innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden;*
> *(b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben;*
> *(c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;*
> *(d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;*
> *(e) unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht."*

Art. 6 Abs. 3 EMRK enthält Mindestgarantien[210] eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, die auch dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 in seinem Art. 14 Abs. 3 nahezu wörtlich als Vorbild dienten. Da diese Verfahrensgarantien als Konkretisierungen eines „fairen Verfahrens" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK gelten, werden Verletzungen des Abs. 3 von den Organen der EMRK grundsätzlich immer im Lichte von Abs. 1 gesehen.[211] Dementsprechend erkennt der EGMR[212] nur dann auf eine Vertragverletzung, wenn eine Einzelrechtsverletzung zu einem insgesamt unfairen Verfahren geführt hat. Gegen den Widerstand der Literatur[213] lässt der EGMR aufgrund dieses Gesamtbetrachtungsansatzes die Kompensation einzelner Rechtsverstöße zu, so dass die

---

209 Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 39).

210 Im Schrifttum ist umstritten, ob diese Mindestgarantien einen ausreichenden Schutzgehalt formulieren und damit als Kern eines europäischen Strafverfahrensrechts anzusehen sind – in diesem Sinne *Esser*, StraFO 2003, 335, wohingegen skeptisch *Schünemann*, StV 2003, 122. Obwohl eine umfassende Darstellung der strafverfahrensrechtlichen Rechtsprechung des EGMR noch aussteht, sind Einzelfragen in zahlreichen Monographien behandelt: vgl. Esser, Auf dem Weg, S. 450 ff.; *Kieschke*, Die Praxis des EGMR; Rzepka, Zur Fairness; *Simon*, Die Beschuldigtenrechte; *Schleiminger*, Konfrontation.

211 Vgl. *Windisch*, GH 186, Z. 23 = EuGRZ 1989, 467, *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 278.

212 Vgl. EGMR im Fall Windisch, 28.8.1990, Z. 25.

213 Vgl. *Ambos*, ZStW 115 (2003), 611 ff. und *Walther*, GA 2003, 218 f., jeweils m.w.N.

Tür zu einer „relativierenden Abwägungslehre„[214] geöffnet ist, die klare Konturen vermissen lässt.[215]

Rn. 21

Die nach Art. 6 Abs. 3 lit. (a) EMRK vorgesehene Unterrichtung soll dem Betroffenen die Vorbereitung seiner Verteidigung im Sinne von lit. (b) ermöglichen, die gemäß lit. (c) in Form der Selbstverteidigung und/oder der Wahlverteidigung sowie in der unentgeltlichen Zuordnung eines Pflichtverteidigers bestehen kann. Das in lit. (d) garantierte Recht zur Benennung und Befragung von Zeugen soll der Wahrung der „Waffengleichheit" dienen. Auch in der nach lit. (e) erforderlichenfalls unentgeltlichen Unterstützung durch einen Dolmetscher findet der Fair-Trial-Grundsatz Ausdruck.[216]

Rn. 22

Ob diese Verteidigungsrechte nur für die Hauptverhandlung oder frühestens, wie das Anknüpfen an eine „angeklagte Person" nahe legen könnte, ab der Anklageerhebung eingeräumt werden, ist in der EMRK-Rechtsprechung nicht restlos geklärt. Nach derzeitigem Stand soll es aufgrund einer differenzierenden Betrachtungsweise auf die Umstände des zu beurteilenden Falles und die Art des geltend gemachten Rechts ankommen,[217] wobei der EGMR tendenziell eine Beteiligung der Verteidigung in den Stadien vor der Hauptverhandlung, insbesondere wenn Untersuchungshaft angeordnet ist,[218] einfordert.

Rn. 22a

2. Auf nationalstaatlicher Ebene hat das Recht auf Verteidigung, wenn auch in teils unterschiedlicher Reichweite bereits in der Hälfte der EU-Länder eine verfassungsrechtliche Verankerung erfahren: so in Bulgarien (Art. 122), Estland (§ 21), Italien (Art. 24 Abs. 2), Lettland (Art. 92), Litauen (Art. 31), Malta (Art. 39 Abs. 6 lit. b u. c), Niederlande (Art. 18), Polen (Art. 42 Abs. 2), Portugal (Art. 20 Abs. 2, 32 Abs. 3), Rumänien (Art. 24), Slowakei (Art. 50 Abs. 3), Slowenien (Art. 29), Spanien (Art. 24 Abs. 1 u. 2), Tschechische Repuplik (Art. 40 Abs. 3 GR-Deklaration),[219] Ungarn (Art. 57 Abs. 3) und Zypern (Art. 12 Abs. 5 lit. b u. c, 30 Abs. 3 lit. d).

Rn. 23

II. Diskussion im Grundrechtekonvent

Umstritten waren weniger Inhalt und Umfang der zu garantierenden Verteidigungsrechte als vielmehr deren formale Fassung und konkretisierte Verankerung. Während einerseits eine mehr oder weniger komplette Übernahme der einschlägigen Bestimmungen der EMRK überlegt wurde, hat man dem andererseits teils das Interesse an einer möglichst kurzen und prägnanten Fassung, teils die erforderliche Offenheit für die Einbringung gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten, insbesondere soweit sie weitergehende Rechte gewährten, entgegengehalten, wobei man sich schließlich damit zufrie-

---

214 *Walther*, GA 2003, 218.

215 Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5058, 5107 ff., Heselhaus/Nowak/Schorkopf, Handbuch, § 53 Rn. 71 ff., *Jarass*, EU-Grundrechte, § 41 Rn. 21 f.

216 Zu weiteren Einzelheiten mit Hinweisen zur einschlägigen Judikatur der EMRK-Organe vgl. *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 278 ff.

217 Vgl. Imbroscia, GH 275/A, 13, Z.36 = ÖJZ 1994, 517; ähnlich bereits IntKomm/Vogler, EMRK, Art. 6 Rn. 345. Näher dazu *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 281.

218 Vgl. *Ambos*, NStZ 2003, 14 ff. m.w.N.

219 Vgl. *Eser,* oben Art. 47 Fn. 28.

den gab, dass, wie auch in der Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 48 Abs. 2 zum Ausdruck kommend,[220] nach Art. 52 Abs. 3 das Verteidigungsrecht im Sinne von Art. 48 Abs. 2 „dieselbe Bedeutung und dieselbe Tragweite wie das durch die EMRK garantierte Recht" habe.[221]

Rn. 24

III. Kommentierung

1. Konkretisierungsbedürftigkeit der „Verteidigungsrechte" anhand der EMRK

Für sich genommen bringt Art. 48 Abs. 2 nicht mehr zum Ausdruck, als dass dem Angeklagten überhaupt Verteidigungsrechte zustehen, die zu gewährleisten sind. Was dagegen zu diesen Verteidigungsrechten gehört und in welchem Umfang sie jeweils zu achten sind, lässt die Bestimmung offen. Dies könnte es nahe legen, Verteidigungsrechte nur insoweit grundrechtlich verankert zu sehen, als sie von den jeweiligen nationalen Rechten eingeräumt werden, mit der Konsequenz, dass der zu gewährleistende Standard innerhalb der Mitgliedsstaaten unterschiedlich sein könnte. Um einer solchen Entwicklung, die schwerlich mit der einheitlichen Garantie europäischer Grundrechte vereinbar wäre, entgegenzuwirken, muss hier auf Art. 52 Abs. 3 zurückgegriffen werden, der den in der GRC enthaltenen „Rechten", zu denen auch die „Verteidigungsrechte" des Art. 48 Abs. 2 zählen, die „gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der (EMRK) verliehen wird", garantiert. Demzufolge ist der in Art. 6 Abs. 3 EMRK garantierte Katalog von Verteidigungsrechten in den Art. 48 Abs. 2 hineinzulesen.[222]

Rn. 25

Wie schon die EMRK[223] lässt auch Art. 48 Abs. 2 durch Abheben auf den „Angeklagten" offen, ab wann die Verteidigungsrechte zu gewährleisten sind. Ähnlich wie es schon bei der Unschuldsvermutung nicht auf den rechtstechnischen Begriff der „Anklage" ankommen kann,[224] ist auch ein Verteidigungsbedürfnis bereits dann anzuerkennen, wenn sich eine Person aufgrund einer bestimmten Beschuldigung konkreten Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt sieht.[225] Dies braucht nicht zu heißen, dass die Verteidigungsrechte von Anfang bis zum Ende gleichsam statisch gleich sein müssten; vielmehr können sie je nach dem Stand des Verfahrens und den besonderen Umständen des zu beurteilenden Falles differieren, ähnlich wie dies auch bei Art. 6 Abs. 3 EMRK gehandhabt wird.[226]

---

220 Charte 4473/90 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 40).

221 Vgl. zum Diskussionsverlauf im Einzelnen Charte 4123/1/00 ERV 1 Art. 5, 4141/00 Art. 2 Nr. 3, 4149/00 Art. 9, 4284/00 Art. 9, 4422/00 Art. 46, 4423/00 Art. 46, 4470/00 Art. 47, Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 151 f., 282, 375; Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, S. 32, S. 243 f.

222 Zustimmend Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 48 GRC Rn. 7. Zur Kritik dazu vgl. unten Rn. 30.

223 Vgl. oben Rn. 20.

224 Vgl. oben Rn. 11.

225 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5105 f., *Jarass*, EU-Grundrechte, § 41 Rn. 17, 19. Zur Rechtsprechung des EGMR vgl. *Ambos*, ZStW 115 (2003), 595 f.

226 Vgl. oben Rn. 22.

Rn. 25a

2. Gewährleistete Verteidigungsrechte

Der Rechtsprechung des EGMR ist zu entnehmen, dass die Wahrnehmung von Verteidigungsinteressen grundsätzlich nicht der Staatsanwaltschaft obliegt; ob Verteidigungsrechte echte Beschuldigtenrechte sind oder aber von einem Verteidiger stellvertretend ausgeübt werden, hängt von den Besonderheiten des Einzelfalles ab und ist unter Rückgriff auf die EMRK-Rechtsprechung zu ermitteln.[227] Unklar und eines der dringendsten Probleme ist zudem die institutionelle Durchsetzung und Überprüfung dieser europäischen Verteidigungsrechte, wobei zum einen ihre Durchsetzung der Fürsorgepflicht[228] des entscheidenden Gerichts unterfällt und zum anderen nur eine zentrale Auslegungs- und Überprüfungsinstanz, wie z.B. eine zu errichtende Strafkammer am EuGH, ein Gegengewicht zur zunehmenden Zentralisierung der europäischen Strafverfolgung schaffen und somit eine Zersplitterung des Rechtsschutzes[229] verhindern könnte.

Rn. 26

a) Die Möglichkeit sachgerechter Verteidigung als Kern dieses Grundrechts setzt als erstes die unverzügliche Unterrichtung des Beschuldigten über die ihm angelasteten Beschuldigungen in einer ihm verständlichen Sprache voraus (Art. 6 Abs. 3 lit. a und b EMRK). Dazu ist erforderlich, aber auch genügend, dass der Betroffene vor einer maßgeblichen Entscheidung jeweils so rechtzeitig und konkret unterrichtet wird, dass ihm genügend Zeit und Gelegenheit für seine Verteidigungsvorbereitung bleibt. Dies kann auch erfordern, dem Betroffenen unbeaufsichtigten schriftlichen und mündlichen Verkehr mit seinem Verteidiger zu ermöglichen,[230] sowie – persönlich oder jedenfalls mittels des Verteidigers – Gelegenheit zur Einsicht in die Verfahrensakten[231] und zur Besichtigung der Beweisgegenstände zu geben.[232] Leitlinie bei der Ausübung dieses Rechts muss es sein, dass die Kontrollorgane in die Vorbereitung der Verteidigung nicht ohne rechtfertigenden Grund und nur im unbedingt erforderlichen Umfang eingreifen.

Rn. 27

b) Sein Recht auf Verteidigung muss der Betroffene sowohl in eigener Person als auch durch Hinzuziehung eines Wahlverteidigers oder erforderlichenfalls eines unentgeltlichen Pflichtverteidigers ausüben dürfen (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK).[233] Anstelle einer solchen Wahlmöglichkeit dem Betroffenen das Recht auf Selbstverteidigung im Sinne eines „entweder – oder" nur alternativ zur Verteidigung durch einen Verteidiger einzuräumen,

---

227 So entschied der EGMR im Fall Öcalan, 12.3.2003, Z. 161 ff., dass das Akteneinsichtsrecht nicht auf den Verteidiger beschränkt werden dürfe, wenn der Beschuldigte die Beweise besser einschätzen könne als sein Rechtsbeistand.

228 Vgl. den EGMR im Fall Cuscani, 24.9.2002, Z. 38 ff. oder im Fall Czekalla, 10.10.2002, Z. 65 ff.

229 Vgl. *Braum*, StV 2003, 578.

230 Zu der insbesondere im Rahmen von europäischen Wettbewerbs- und Kartellverfahren relevanten Frage, ob das Anwaltsprivileg auch bei Syndikusanwälten gilt, vgl. Seitz, EuZW 2004, 231 ff. mit Darstellung der EuG- und EuGH-Rechtsprechung.

231 Insbesondere bei Haftprüfungsverfahren ist nach der Rechtsprechung des EGMR die Verweigerung von Akteneinsicht praktisch unzulässig; vgl. Ambos, ZStW 115 (2003), 639 m.w.N.

232 Diese Rechte sind Ausfluss der von den Strafverfolgungsorganen zu fordernden Offenlegung ihrer Beweismittel („disclosure of evidence"); vgl. dazu den EGMR im Fall Edwards and Lewis, 22.7.2003, Z. 52 ff.

233 So auch Schwarze/van Vormizeele, Art. 48 GRC Rn. 8.

wie dies – angloamerikanischer Tradition entsprechend – gelegentlich vertreten wird,[234] wäre mit dem aus der Menschenwürde des Beschuldigten und seiner sich daraus ergebenden Stellung als Prozesssubjekt (mit entsprechenden eigenen Verfahrensrechten) unvereinbar, zumal das aus der Subjektstellung fließende Recht auf eigene aktive Verteidigung auch gegenüber der anwaltlichen Verteidigungsstrategie Bestand haben muss.[235] Dies schließt jedoch nicht aus, einzelne Verteidigungsrechte, wie insbesondere das Akteneinsichtsrecht, aufgrund nationaler Rechtsetzung dem Verteidiger vorzubehalten. Entsprechendes kann für den zeitweiligen Ausschluss des Angeklagten von seinem grundsätzlichen Recht auf Teilnahme an der Verhandlung in Betracht kommen. Während das Recht auf Vertretung durch einen Wahlverteidiger uneingeschränkt ist, darf die unentgeltliche Beiordnung eines Verteidigers von der Mittellosigkeit des Angeklagten wie auch Rechtspflegeinteressen abhängig gemacht werden, wie insbesondere vom öffentlichen Interesse an einer gerechten Urteilsfindung durch anwaltliche Verteidigung.

Rn. 28

c) Von wesentlicher Bedeutung für eine wirksame Verteidigung ist das Frage- und Beweisantragsrecht, wobei der EGMR sich am adversatorischen bzw. kontradiktorischen System orientiert und das Frage- als Konfrontationsrecht versteht.[236] Dazu gehört nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK insbesondere das Recht, Belastungszeugen zu befragen und Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie Belastungszeugen zu laden und vernehmen zu lassen, um im Sinne von „Waffengleichheit", deren ausdrückliche Nennung im Konvent gefordert worden war,[237] dem Angeklagten hinsichtlich der Beweiserhebung die gleichen Befugnisse wie der Anklagevertretung einzuräumen.[238]

Rn. 29

d) Von steigender Bedeutung in einem immer enger zusammenwachsenden Europa mit sich entsprechend verstärkendem Grenzverkehr ist auch das Recht auf unentgeltliche Beiordnung eines Dolmetschers (Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK), sofern der Angeklagte die Gerichtssprache nicht so sicher beherrscht, dass er der Verhandlung folgen, ihre Vorgänge verstehen und sich selbst in zweckentsprechender Weise artikulieren kann. Dieses Recht ist bei allen für die Verteidigung wesentlichen Vorgängen, wie etwa auch Haftprüfungsverfahren und sonstigen gerichtlichen Einvernahmen, zu gewährleisten. Dazu gehört nicht zuletzt auch der Verkehr mit dem Verteidiger sowie die Übersetzung von Schriftstücken, deren Kenntnis für eine wirksame Verteidigung erforderlich ist.

Rn. 29a

e) Angesichts der vom EGMR vorgenommenen Gesamtbetrachtung, der man sich im Hinblick auf Art. 52 Abs. 3 nicht wird entziehen dürfen, führt nicht jede Verteidigungs-

---

234 Wie namentlich von IntKomm/Vogler, EMRK, Art. 6 Rn. 508; vgl. auch *Weigend*, StV 2000, 385.

235 Näher zu einerm solchen kumulativen Nebeneinander von Selbstverteidigung und Beistand eines Verteidigers im Sinne eiens „sowohl als auch", wie dies in der internationalen Strafgerichtsbarkeit derzeit noch heftig umstritten ist, vgl. *Eser,* in: FS für Widmaier, S. 168 ff. m.w.N.

236 Vgl. *Walther*, GA 2003, 204 ff.

237 Vgl. namentlich *Sagnier* (in: Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 179).

238 Zu der im Einzelnen umstrittenen Frage, inwieweit nur „unmittelbare" oder auch „mittelbare" Zeugen – und dabei insbesondere auch Zeugen vom Hörensagen – benannt und befragt werden dürfen, vgl. im Einzelnen Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 308 ff.

rechtsverletzung zu einem korrespondierendem Beweisverwertungsverbot.[239] So sind beispielsweise Aussagen anonymisierter Zeugen verwertbar, solange die Verurteilung nicht allein oder zu einem wesentlichen Teil auf diesen Aussagen beruht, selbst wenn die Verteidigung in keiner Phase des Verfahrens die Möglichkeit einer Befragung hatte.[240]

C. Würdigung

Rn. 30

So sehr es hinsichtlich der sog. Unschuldsvermutung (Art. 48 Abs. 1) einerseits zu begrüßen ist, dass ihre weltweite Geltung auch für den Bereich der Europäischen Union ausdrücklich proklamiert wird, so sehr bleibt andererseits zu bedauern, dass nicht die Gelegenheit zu einer widerspruchsfreien Fassung genutzt wurde.[241]

Rn. 31

Auch die ausdrückliche Gewährleistung von Verteidigungsrechten (Art. 48 Abs. 2) ist zu begrüßen. Weil jedoch darunter sowohl verschiedenartige als auch unterschiedlich weitgehende Rechte verstanden werden können, hätte man sich nicht mit der subsidiären Heranziehung der aus Art. 6 Abs. 3 EMRK detailliert ausformulierten Rechte begnügen,[242] sondern die Chance zu einer zeitgerechten Fassung und Ergänzung nutzen sollen. Dies gilt umso mehr, als Wissenschaft wie Praxis mit der Europäisierung des Strafrechts zunehmend einen „inquisitorischen Overkill"[243] verbinden, da Strafverfolgungsbehörden die Anwendbarkeit des jeweils punitivsten Strafrechts ermöglicht werde. Diese insbesondere gegen die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln oder gegen die Einführung eines europäischen Haftbefehls vorgebrachte Kritik,[244] die sich jüngst durch die Verfassungswidrigkeitserklärung des „Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl" bestärkt fühlen kann,[245] hätte durch eine profunde Kodifizierung liberaler Verteidigungsrechte entkräftet werden können. Auch der Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren,[246] der mit dem Ziel antritt, die Rechte des Beschuldigten zu stärken und klarer zu konturieren, ist weit davon entfernt, einen Katalog von Verteidigungsrechten[247] zu entwerfen. Auch dass wichtige Verteidigungsrechte mit keinem Wort erwähnt sind, ist Zeichen einer verfehlten Schwerpunktsetzung.

---

239 Wie dies der EGMR im Fall Teixeira, 9.6.1998, Z. 31 ff., wohl im Sinne eines absoluten Beweisverwertungsverbots hinsichtlich der mit einer Tatprovokation zusammenhängenden Tatumstände, ausgesprochen hat, wobei Anleihen aus der angloamerikanischen „entrapment-defence" unverkennbar sind.

240 Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen *Esser*, StraFO 2003, 340 und *Jung*, GA 2003, 199 ff.

241 Vgl. dazu oben Rn. 2, 4 ff.

242 Vgl. oben Rn. 24 ff.

243 So wohl erstmals apostrophiert von Schünemann, StV 2003, 118.

244 Vgl. *Sommer*, StV 2003, 127 und *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131 ff.

245 Vgl. BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005, Absatz-Nr. 116 ff., NJW 2005, 2289 ff.

246 Kom(2004), 328 endg., 28.4.2004.
http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/criminal/procedural/doc/com328_28042004_en.pdf.

247 Im Schrifttum finden sich solche Kataloge u.a. bei *Ahlbrecht/Lagodny*, StraFO 2003, 329 ff. und *Braum*, StV 2003, 580.

Rn. 32
Gleichwohl bietet Art. 48 Abs. 2 auch Chancen, weil die Lage der nationalen Verteidigungsrechte keinesfalls „rosig" ist[248] und insofern durch die GRC eine Reformdebatte ermöglicht wird, wie sie die EMRK nie anstoßen konnte, weil deren innerstaatlicher Rang wie auch ihre Wirkung jahrelang staats- und völkerrechtsdogmatisch desavouiert wurde.[249]

D. Literaturübersicht

Ahlbrecht, Heiko/Lagodny, Otto, Einheitliche Strafverfahrensgarantien in Europa? – Eine kritische Bestandsaufnahme, StraFo 2003, 329; *Ambos, Kai*, Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren – Teil I – Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000-2002, NStZ 2002, 628; *ders.*, Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren – Teil II – Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000-2002, NStZ 2003, 14; *ders.*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte. Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art. 6 EMRK, ZStW 115 (2003), 583; *Bohnert, Joachim*, Die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts, Berlin 1992; *Braum, Stefan*, Aufbruch oder Abbruch europäischer Strafverteidigung?, StV 2003, 576; *Bruns, Hans-Jürgen*, Prozessuale „Strafzumessungsverbote" für nicht mitangeklagte oder wieder ausgeschiedene strafbare Vor- und Nachttaten? NStZ 1981, 81; *Callewaert, Johan*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Verfahrensgarantien, Probleme der Anwendung des Art. 6 EMRK, EuGRZ 1996, 366; *Degener, Wilhelm*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, Berlin 1985; *Eser, Albin*, Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?, in: Küper, Wilfried/Welp, Jürgen (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Heidelberg 1993, S. 833; *ders.*, Verteidigung in der internationalen Strafgerichtsbarkeit – Eine rechtsvergleichende Analyse, in: Schöch, Heinz u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier, Köln 2008, 147; *ders.*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, in: Ritsumeikan Law Review 2009, 163; *Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002; *ders.*, Mindeststandards einer Europäischen Strafprozessordnung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, StraFO 2003, 335; *Frister, Helmut*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Bonn 1988; *ders.*, Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung (Art. 6 II MRK) und zum Problem „gerichtskundiger" Tatsachen, Jura 1988, 356; *Frowein, Jochen Abr.*, Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Recht als Prozeß und Gefüge. Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 553; *Geppert, Klaus*, Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Jura 1993, 160; *Gleß, Sabine*, Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen" im Strafverfahren, ZStW 115 (2003), 131; *Gropp, Walter*, Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung, JZ 1991, 804; *Hannich, Rolf* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK), 6. Auflage, München 2008; *Internationaler Kommentar* zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Heribert Golsong u.a. (Hrsg.), Köln/Berlin/Bonn/ München, Stand: 5. Lieferung September 2003; *Jaeger, Renate*, Rechtsanwälte als Organ der

---

248 Vgl. *Nitschmann*, GA 2004, 658.

249 Vgl. *Ambos*, ZStW 115 (2003), 587 ff. Zu nennen ist beispielhaft die in § 359 Nr. 6 StPO vorgesehene bloße inter partes-Wirkung von EGMR-Entscheidungen.

Rechtspflege – Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz?, NJW 2004, 1; *Jung, Heike*, „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" contra „schützende Formen" – ein prozessualer „Klassiker" im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, GA 2003, 191; *Kieschke, Olaf*, Die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahrensrecht, Berlin 2003; *Köster, Rolf-Jürgen*, Die Rechtsvermutung der Unschuld. Historische und dogmatische Grundlagen, Bonn 1979; *Kühl, Kristian*, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, Köln 1983; *Laubenthal, Klaus/Mitsch, Wolfgang*, Rechtsfolgen nach dem Tod des Angeklagten im Strafverfahren, NStZ 1988, 108; *Marxen, Klaus*, Medienfreiheit und Unschuldsvermutung, GA 1980, 365; *Meyer, Karlheinz*, Grenzen der Unschuldsvermutung, in: Jescheck, Hans-Heinrich/Vogler, Theodor (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle, Berlin/New York 1989, S. 61; *Meyer-Goßner, Lutz*, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 52. Auflage, München 2009; *Nitschmann, Kathrin*, Strafverteidigung in Europa – Ein Tagungsbericht, GA 2004, 655; *Ostendorf, Heribert*, Unschuldsvermutung und Bewährungswiderruf, StV 1990, 230; *Pache, Eckhard*, Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess, NVwZ 2001, 1342; *Paeffgen, Hans-Ulrich*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, Köln/Berlin/Bonn/München 1986; *Peukert, Wolfgang*, Die Garantie des „fair trial" in der Straßburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, 247; *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009; *Rudolphi, Hans-Joachim/Frisch, Wolfgang/Paeffgen, Hans-Ulrich u.a.* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (SK StPO), München, Berlin, 54. Lieferung, Stand: Sept. 2007; *Rzepka, Dorothea*, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, Frankfurt a.M. 2000; *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München 2010; *Schubarth, Martin*, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung, Basel, Stuttgart 1978; *Schünemann, Bernd*, Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens!, StV 2003, 116; *Schwarze, Jürgen*, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, 261; *Seitz, Claudia*, Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren – Wandel in der europäischen Rechtsprechung?, EuZW 2004, 231; *Simon, Oliver*, Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK, Tübingen 1998; *Sommer, Ulrich*, Die Europäische Staatsanwaltschaft, StV 2003, 126; *Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, Berlin/New York 1998; *ders.*, Die normative Aussage der Unschuldsvermutung, ZStW 111 (1998), 422; *Stürner, Rolf*, „Fair trial" und öffentliche Meinung, JZ 1980, 1; *Tophinke, Esther*, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Bonn 2000; *Ulsamer, Gerhard*, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsche Strafverfolgungspraxis, in: Fürst, Walter/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin, New York 1987, S. 1799; *Vogler, Theo*, Die strafrechtliche Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), in: Gössel, Heinz/Kauffmann, Hans (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht, München 1985, S. 429; *Walther, Susanne*, Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation von Belastungszeugen", GA 2003, 205; *Weigend, Thomas*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung, StV 2000, 384.

ART. 49 GRUNDSÄTZE DER GESETZMÄßIGKEIT UND DER VERHÄLTNISMÄßIGKEIT IM ZUSAMMENHANG MIT STRAFTATEN UND STRAFEN

(1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere Strafe als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Wird nach Begehung einer Straftat durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist diese zu verhängen.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, dass eine Person wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar war.

(3) Das Strafmaß darf zur der Straftat nicht unverhältnismäßig sein.

Rn. 1

Im Unterschied zu den vorangehenden Art. 47 und 48, in denen jeweils teils verschiedenartige justizielle Rechte zusammengespannt werden, haben die in Art. 49 erfassten Rechte einen gemeinsamen Kern in den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit. Auch sind sie mehr materieller denn prozessualer Natur. Doch wie auch immer formuliert und strukturiert, kann der Sache nach kein Zweifel daran sein, dass jedenfalls der in Art. 49 Abs. 1 und 2 verkörperte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, die den gemeinsamen Verfassungstraditionen der EU-Mitgliedsstaaten zugrunde liegen und außerdem durch verschiedene völkerrechtliche Verträge gewährleistet sind.[250] Jedenfalls erscheint hier – anders als bei der gesonderten Behandlung der einzelnen Absätze der Art. 47 und 48 – eine einheitliche Kommentierung angebracht.

Rn. 2

I. Vorgaben

1. Art. 7 Abs. 1 EMRK

Art. 49 Abs. 1 und 2 entsprechen dem nahezu wortgleichen Art. 7 Abs. 1 EMRK:

> *„Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden."*

Sowohl das in S. 1 enthaltene Gesetzmäßigkeitsprinzip, das wohl erstmals von Feuerbach in die lateinischen Formeln „nulla poena sine lege", „nulla poena sine crimine", „nullum crimen sine poena legali" gegossen wurde,[251] als auch das in S. 2 ausgesprochene Verbot

---

250 Wie neuerdings vom EuGH in seinem Urteil vom 3.5.2007 zum Europäischen Haftbefehl (C-303/05)in Erinnerung gebracht. Vgl. auch Heselhaus/Ruffert/Schorkopf, Handbuch, § 59 Rn. 34 m.w.N.

251 Näher zu der – ideengeschichtlich schon vor Feuerbach einsetzenden – Entwicklung dieses Grundsatzes *Roxin*, Strafrecht, § 5 Rn. 12 ff., 22 m. Fn. 29.

rückwirkender Strafschärfung finden sich als essentielle rechtsstaatliche Garantien bereits in Art. 11 Abs. 2 AEMR der Vereinten Nationen von 1948 verankert und auch in Art. 15 Abs. 1 S. 1 und 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 bestärkt. Von entsprechenden Gewährleistungen in den nationalen Strafgesetzbüchern unterscheiden sich die internationalen Garantien lediglich insoweit, als neben innerstaatlichem Recht auch das internationale Recht eine Gesetzlichkeitsgrundlage bieten kann. Damit soll, wie noch deutlicher in Art. 7 Abs. 2 EMRK ausgesprochen,[252] nicht zuletzt aufgrund der in den Nürnberger Prozessen gegen mutmaßliche Kriegsverbrecher gemachten Erfahrungen dem Einwand begegnet werden, Verbote oder Erlaubnisse des nationalen Rechts nicht gekannt bzw. irrig angenommen zu haben: Indem stattdessen auch Völkergewohnheitsrecht als Strafbarkeitsgrundlage in Betracht kommt, kann sowohl möglichen nationalen Strafbarkeitslücken als auch national begründeten Verbotsirrtümern begegnet werden.[253] Auf weitere Einzelheiten zu Zielsetzung und Deutung dieser Grundsätze ist in der Kommentierung zurückzukommen.

Rn. 3

2. Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbpR

Art. 49 Abs. 1 S. 3 entspricht fast wortgleich dem Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbpR von 1966:

> *„Wird nach Begehung einer strafbaren Handlung durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist das mildere Gesetz anzuwenden."*

Als Ausnahme von dem an sich in Art. 49 Abs. 1 ausgesprochenen Rückwirkungsverbot wird hier die Rückwirkung von milderen Strafdrohungen eingeräumt, wie dies auch bereits in zahlreichen Mitgliedstaaten geltendes Recht ist.[254]

Rn. 4

3. Art. 7 Abs. 2 EMRK

Art. 49 Abs. 2 hat ein nahezu inhaltsgleiches Vorbild in *Art. 7 Abs. 2 EMRK*:

> *„Dieser Artikel schließt nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war."*

Bei diesem Vorbehalt wird die schon zu Art. 49 Abs. 1 S. 1 erwähnte Erweiterung auf die Strafbarkeit nach internationalem Recht[255] noch deutlicher: Es geht im wesentlichen darum, Verurteilungen von Kriegs- und Humanitätsverbrechen gegen den Einwand zu schützen, sie verstießen mangels eines ausdrücklichen nationalen Verbots gegen den Grundsatz von nullum crimen sine lege, und zwar insbesondere gegen das Rückwirkungsverbot.[256] Wenn

---

252 Vgl. unten Rn. 4.

253 Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 67, *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 1, sowie unten Rn. 18.

254 Vgl. Erläuterung des Konventpräsidiums zu Art. 49 Abs. 1 in Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 40).

255 Vgl. oben Rn. 2.

256 Vgl. *Jescheck*, NJW 1954, 785, *Meyer-Goßner*, StPO, Art. 7 MRK Rn. 1; *Löwe-Rosenberg/Gollwitzer*, StPO, Art. 7 MRK Rn. 2 ff; *Partsch*, Rechte und Freiheiten der EMRK, S. 173 f.; vgl. ferner *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 11.

dabei hinsichtlich der Anerkennung der Rechtsgrundsätze nicht mehr auf die „zivilisierten Völker", sondern auf die „Gesamtheit der Nationen" abgehoben wird, so konnte mit einer solchen, von „imperialistischer Konnotation" freien Formulierung[257] auch dem Anschein von Diskriminierung „unzivilisierter" Völker vorgebeugt werden.[258]

Rn. 5

4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der in Art. 49 Abs. 3 enthaltene Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Straftaten und Strafmaß hat international bislang kein geschriebenes Vorbild. Als ein Grundsatz, der nach heutigem gesamteuropäischem Verständnis jedem staatlichen Eingriff eine rechtsstaatliche Grenze setzt, ist er auch im Geltungsbereich der EMRK und der EU unbestritten etabliert[259] und nicht zuletzt auch für die Begrenzung staatlicher Strafgewalt bedeutsam.[260] Dies findet im deutschen Recht immerhin für den Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung in § 62 StGB gesetzlichen Ausdruck.

Rn. 5a

5. Nationalstaatliche Gewährleistungen

Auf nationalstaatlicher Ebene kann sich jedenfalls der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz im Bereich der EU nahezu überall einer verfassungsrechtlichen Verankerung erfreuen: so in Belgien (Art. 14), Bulgarien (Art. 5 Abs. 3), Deutschland (Art. 103 Abs. 1), Estland (§ 23), Finnland (§ 8), Griechenland (Art. 7 Abs. 1), Italien (Art. 25 Abs. 2), Litauen (Art. 31), Luxemburg (Art. 14), Malta (Art. 39 Abs. 8), Niederlande (Art. 16), Polen (Art. 42 Abs. 1), Portugal (Art. 29 Abs. 1), Schweden (Kap. 2 § 10), Slowakei (Art. 50 Abs. 6), Slowenien (Art. 28), Spanien (Art. 9 Abs. 3, 25 Abs. 1), Tschechische Republik (Art. 39 GR-Deklaration),[261] Ungarn (Art. 57 Abs. 4) und Zypern (Art. 12 Abs. 1). Demgegenüber findet sich die Verhältnismäßigkeit von Strafen bislang offenbar nur in Zypern (Art. 12 Abs. 3) verfassungsrechtlich anerkannt.[262]

---

257 So die Erklärung von Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, S. 32.

258 Bemerkenswerterweise wurde die Redeweise von den „zivilisierten Völkern" auch schon in Art. 15 Abs. 2 IPbpR und in Art. 21 Abs. 1 lit. c des Rom Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (vgl. unten Fn. 286) aufgegeben, um stattdessen von den „von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen" bzw. von den „international anerkannten Regeln und Normen" zu sprechen. Vgl. auch *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 13, sowie unten Rn. 7.

259 Wobei man für die grundsätzliche Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rechtsstaatsprinzip inzwischen sogar einen positivrechtlichen Ansatzpunkt in Art. 5 Abs. 3 (früher Art. 3 b Abs. 3) EGV (jetzt Art. 5 Abs. 4 EUV) meint finden zu können: vgl. *Bleckmann*, JuS 1994, 177 ff., *Pache*, NVwZ 1999, 1035 ff. sowie – insbesondere auch rechtsvergleichend zur Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen – Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 661 ff.

260 Näher dazu – auch unter Auswertung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – *Weigend*, in: FS für Hirsch, S. 917 ff.

261 Vgl. *Eser,* oben Art 47 Fn. 28.

262 Zwar verlangt auch die griechische Verfassung die Respektierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 25 Abs. 1 S. 4), ohne dass aber dies – im Unterschied zu Zypern – ausdrücklich auch auf die Strafzumessung bezogen wäre.

Rn. 6

II. Diskussion im Grundrechtekonvent

Während der in Art. 49 Abs. 1 S. 1 verkörperte Grundsatz von nullum crimen sine lege von Anfang an unbestritten war,[263] wobei zeitweilig sogar eine Ausdehnung des Rückwirkungsverbots über das Strafrecht hinaus erwogen worden war,[264] wurden die für die Strafhöhe relevanten S. 2 und 3 von Art. 49 Abs. 1 – mit einem nicht recht nachvollziehbaren Wechselspiel zwischen Hineinnahmen und Herausnahmen – erst später eingefügt.[265]

Rn. 7

Art. 49 Abs. 2, dessen Bedeutung bei Kriegsverbrecherprozessen vom Konventspräsidium zunächst übersehen worden war,[266] blieb nach seiner schließlich erfolgten Einfügung[267] in der Sache unbestritten, wobei jedoch die gewünschte Ersetzung des auf die „zivilisierten Völker" abhebenden Art. 7 Abs. 2 EMRK durch „demokratisch" bzw. strafbar nach „internationalem Recht" bis zur jetzigen Anerkennung durch die „Gesamtheit der Nationen" offenbar gewisse Mühe machte.[268]

Rn. 8

Der in Art. 49 Abs. verkörperte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Strafmaßes wurde erst zu einem fortgeschrittenen Zeitpunkt der Konventsverhandlungen in die GRC aufgenommen,[269] wobei die Forderung, mittels Ersetzung von „Strafmaß" durch „Strafdrohung" nur den Gesetzgeber, nicht aber den Richter zu binden, letztlich erfolglos blieb.[270]

Rn. 9

III. Kommentierung

1. „Nullum crimen, nulla poena sine lege" im Allgemeinen

Bei einem Vergleich von Äußerungen zu internationalen Regelungen dieses „klassischen" Prinzips[271] und zur Regelung im deutschen Recht fällt schon in formaler Hinsicht zweierlei auf: Während sich im internationalen Bereich meist das Rückwirkungsverbot vorangestellt findet, steht auf nationaler Ebene eher das Gesetzlichkeitsprinzip als solches im Vordergrund. Und während man auf nationaler Ebene vom Prinzip der „Gesetzlichkeit" zu sprechen pflegt, ist in der Überschrift von Art. 49 vom Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit" die Rede.

Rn. 10

Was den in Art. 49 Abs. 1 verkörperten Grundsatz betrifft, geht es dabei nicht nur, wie die darauf beschränkte Erläuterung des Konventspräsidiums nahe legen könnte, um das Verbot

---

263 Vgl. Charte 4102/00 Art. 18.
264 Vgl. Bericht von Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, S. 244.
265 Vgl. Charte 4123/1/00 Rev. I Art. 6 und 4141/00 Art. 4.
266 Vgl. Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 153.
267 Charte 4149/00 Art. 10.
268 Vgl. Charte 4149/00 Art. 10, 4470/00 Art. 48 sowie Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 153 f., 283; sowie oben Rn. 4 mit Fn. 258 bzw. unten Rn. 18.
269 Vgl. Charte 4333/00 zu Art. 10, Charte 4422/00 Art. 47 Abs. 3.
270 Vgl. Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 283, 375.
271 Vgl. oben Rn. 2, 6.

der Rückwirkung von (strafbegründenden bzw. -erschwerenden) Gesetzen und Strafen;[272] vielmehr sind in diesem Grundsatz auch noch andere, wenn nicht sogar vorrangige Prinzipien enthalten.[273] Auch wenn in teils unterschiedlicher Reihenfolge aufgeführt, herrscht doch im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass sich dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz vier Einzelprinzipien entnehmen lassen, aus deren Zusammenwirken sich die Garantiefunktion des Strafrechts ergibt: das Erfordernis einer Rechtsgrundlage für das Verbot und die Strafe überhaupt,[274] das Bestimmtheitsgebot,[275] das Analogieverbot und das Rückwirkungsverbot.[276] Über dieser – wie auch immer vorzunehmenden – Aufteilung und Reihung in Einzelprinzipien sind jedoch immer die dahinter stehenden allgemeinen Zielsetzungen im Auge zu behalten, von denen vor allem zwei aus der Sicht des Bürgers bedeutsam sind: der Freiheitsschutz durch Umgrenzung des verbotenen Verhaltens sowie der Vertrauensschutz im Sinne von Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Strafrechts.[277]

Rn. 11

Daraus folgt, dass es sich bei Art. 49 um Gewährleistungen zugunsten des Täters handelt. Demzufolge bedürfen nur strafbegründende und straferschwerende Vorschriften einer rechtlichen Grundlage, während täterbegünstigende Regeln, wie vor allem Straffreistellungsgründe sowohl gewohnheitsrechtlich entwickelt werden können, als auch einer erweiterten Analogie zugänglich sind und nicht zuletzt auch rückwirkend zur Anwendung kommen können.[278]

---

272 Vgl. Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 40).

273 In diesem Sinne wird auch von Frowein, obgleich zunächst ebenfalls allein das Verbot rückwirkender Strafgesetze hervorhebend, darauf hingewiesen, dass die EKMR in Art. 7 Abs. 1 EMRK in ständiger Rechtsprechung auch noch andere Prinzipien, wie insbesondere den Grundsatz der gesetzlichen Umschreibung von Straftatbeständen sowie das Analogieverbot, verkörpert gesehen habe (in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 2 ff. m.w.N.).

274 Wobei diese im nationalen Strafrecht in der Regel eine „gesetzliche" sein muss. Näher zu diesem Unterschied zwischen nationalen und internationalen unten Rn. 12 ff.

275 Wobei hinsichtlich eines allgemeinen Bestimmtheitsgebots im europäischen Recht der EuGH von einem entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gemeinschaft ausgeht, vgl. EuGH im Fall Arblade et al., 23.11.1999, verb. Rs. C-369 und C-376/96, Z. 43; *Satzger*, JuS 2004, 947; Slotész/Steinle/Bielesz, EuZW 2003, 204.

276 Näher zu dieser Aufteilung in Einzelprinzipien Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 1 Rn. 6. Von dieser Reihenfolge abweichend wird teilweise das Analogieverbot dem Bestimmtheitsgebot vorangestellt (so Jescheck/Weigend, Strafrecht, S. 133 ff.), teils das Analogieverbot an den Anfang gestellt, um das Gesetzlichkeitserfordernis, das Rückwirkungsverbot und das Bestimmtheitsgebot nachfolgen zu lassen (Roxin, Strafrecht, § 5 Rn. 7 ff.), oder teils im Anschluss an das Gesetzlichkeitserfordernis gleich das Rückwirkungsverbot behandelt, um dann mit dem Bestimmtheitsgebot und dem Analogieverbot fortzufahren (SK/*Rudolphi*, StGB, § 1 Rn. 2 ff.). Wiederum anders Teile der verfassungsrechtlichen Literatur, indem das Analogieverbot und das Verbot von Gewohnheitsrecht aus dem Bestimmtheitsgebot als Kerngarantie abgeleitet werden (vgl. etwa Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 178).

277 Näher dazu wie auch zu weiteren staatstheoretischen Begründungen, wie insbesondere aus dem Prinzip der gewaltenteilenden Demokratie, vgl. Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 1 Rn. 2 m.w.N., NK/Hassemer/Kargl, StGB, § 1 Rn. 10, sowie aus der Sicht der EMRK, Frowein, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 2 ff.

278 Zu weiteren Einzelheiten vgl. die insoweit gleiche Rechtslage nach §§ 1, 2 StGB bei Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 1 Rn. 7, 11 ff., 25, 30 ff., § 2 Rn. 14 ff. m.w.N.

Rn. 12

2. Das Gesetzmäßigkeitserfordernis

a) Wenn Art. 49 – anstelle von „Gesetzlichkeit" – mit Gesetzmäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen überschrieben ist, obwohl die englische Fassung von „legality of criminal offences and penalties" spricht, so könnte diese Wortwahl, auch wenn dazu aus den Materialien nichts ersichtlich ist, doch einen guten Grund haben: Während nach dem deutschen Verfassungs- und Strafrecht die Strafbarkeit zur Tatzeit „gesetzlich" bestimmt sein muss (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB), hebt Art. 49 Abs. 1 auf die Strafbarkeit nach (innerstaatlichem oder internationalem) Recht ab, was auch dem mehr materiell interpretierbaren Begriff der „Gesetzmäßigkeit" näher kommt (Art. 49 Abs. 1 S. 1). Das ist vor allem in dreifacher Hinsicht von Bedeutung:

Rn. 13

So ist – zum ersten – eine nicht zu unterschätzende Weichenstellung bereits darin zu erblicken, dass als Grundlage für die Strafbarkeit zur Tatzeit kein bereits existierendes Gesetz, sondern lediglich (innerstaatliches oder internationales) Recht vorausgesetzt wird (und dementsprechend auch in den englischen und französischen Fassungen von „law" bzw. „droit" die Rede ist). Demzufolge braucht jedenfalls nach der europäischen GRC das fragliche Tun oder Unterlassen nicht unbedingt durch ein förmliches Gesetz für strafbar erklärt zu sein, vielmehr kann sich die Strafbarkeit auch aus einem gewohnheitsrechtlichen Verbot oder Gebot ergeben. Nachdem bereits Art. 7 Abs. 1 EMRK in gleicher Weise formuliert ist, stellt sich die Frage, ob nicht jedenfalls auf europäischer Ebene die traditionelle Redeweise von „nullum crimen sine lege" (im Sinne eines Gesetzes oder Statuts) nicht korrekterweise in „nullum crimen sine iure" (als das lateinische Äquivalent von Recht und Law) zu formulieren wäre. Und nicht nur, dass man damit einem traditionellen Common Law-Verständnis entgegen käme,[279] vielmehr ließen sich auf diese Weise wohl auch unterschiedliche Einschätzungen der Rechtmäßigkeit der Nürnberger Urteile erklären.[280]

Rn. 13a

Indem – zum zweiten – eine Strafbarkeitsgrundlage nach innerstaatlichem oder internationalem Recht genügt, bleibt es für die Gestaltung des nationalen Strafrechts den jeweiligen Gesetzgebern der EU-Mitgliedstaaten überlassen, in welcher Form sie die Rechtsgrundlage der Strafbarkeit bestimmen wollen.[281] Damit steht es insbesondere Ländern aus dem Common Law-Bereich nach wie vor offen, Straftaten auch auf der Grundlage von richterlichem Case law zu verfolgen. Um jedoch „gesetzmäßig" zu sein und dem übergeordneten Berechenbarkeits- und Vertrauensgrundsatz zu genügen,[282] wird auch für gewohnheitsrechtliche Strafbarkeitsbegründung zumindest zu verlangen sein, dass sie auf einer kontinuierlichen, konsistenten und den Bürger nicht überraschenden Entwicklung beruht; eine Garantie dafür kann im Grundsatz des „stare decisis" erblickt werden, wonach die Gerichte ihre Entscheidungstätigkeit auf die bisherige Tradition aufbauen, sich von dieser binden lassen und mit ihr argumentativ auseinandersetzen.[283] Andererseits bleibt es damit selbst Ländern, nach deren innerstaatlichem Recht – wie in Deutschland – die Strafbarkeit (oder sonstige straf-

279 Vgl. *Eser,* in: Ritsumeikan L.R. 2009, 171 f.

280 Vgl. *Eser,* in: Reginbogin/Safferling, S. 55, 58.

281 Zustimmend *Dannecker*, in: ZStW 117, 745 f., Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 49 GRC Rn. 6.

282 Vgl. oben Rn. 10.

283 Vgl. NK/Hassemer/Kargl, StGB, § 1 Rn. 43 m.w.N.

ähnliche Sanktionierbarkeit) „gesetzlich" bestimmt sein muss, überlassen, ob es für dieses Erfordernis eines Gesetzes im formellen Sinne bedarf oder ob auch davon abgeleitete Rechtsverordnungen oder Satzungen, wenn nicht sogar diese selbst, genügen können.[284] Im Übrigen kommt die Bestimmbarkeit des anzuwendenden nationalen Strafrechts auch nicht dadurch in Wegfall, dass bei internationaler Zusammenarbeit nationaler Strafgerichtsbarkeiten, insbesondere aufgrund des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl[285] eine Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten erforderlich werden kann; solange dabei die fraglichen Straftaten hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale oder der angedrohten Strafen unverändert bleiben und unter Wegfall des Erfordernisses beiderseitige Strafbarkeit für die Definition der für eine Verhaftung relevanten Straftaten weiterhin das Recht eines bestimmten – wie namentlich das des Ausstellungsmitgliedsstaates – maßgeblich bleibt, braucht auch für den betroffenen Bürger die Bestimmbarkeit des anzuwendenden Rechts nicht in Zweifel zu geraten.[286]

Rn. 14

Indem – zum dritten – die Strafbarkeit auch auf internationales Recht gestützt werden kann, gilt hinsichtlich der erforderlichen Grundlage zunächst einmal das gleiche wie zuvor: Ob und inwieweit diese „gesetzlich" bestimmt sein muss oder auch auf Gewohnheitsrecht beruhen kann, steht im legislativen Ermessen der zuständigen internationalen Instanz. Selbst soweit es jedoch danach eine „gesetzmäßige" internationale Strafbarkeitsgrundlage gibt, begründet dies nicht ohne weiteres eine entsprechende Verfolgbarkeit. Vielmehr sind dabei drei Konstellationen zu unterscheiden:

Rn. 15

aa) Bei Verfolgung aufgrund von internationalen Straftatbeständen oder vergleichbar sanktionierbaren Verbotstatbeständen durch internationale Organe bestimmt sich das Gesetzlichkeitserfordernis nicht nach den nationalen, sondern nach den einschlägigen internationalen Bestimmungen. Das bedeutet für den Geltungsbereich der GRC, dass zur Wahrung von nullum crimen, nulla poena sine lege (lediglich) dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit nach Art. 49 Abs. 1 – aber über Art. 52 Abs. 3 auch den insoweit inhaltsgleichen Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 EMRK – zu genügen ist. Das gilt auch für den Fall, dass die Strafverfolgung von einem den europäischen Instanzen übergeordneten supranationalen Gericht, wie insbesondere dem Internationalen Strafgerichtshof aufgrund des Rom-Statuts vom 18.7.1998,[287] betrieben wird. Auch in einem solchen Fall wäre aber eine Berufung des Betroffenen auf das Gesetzmäßigkeitserfordernis der GRC in Art. 49 Abs. 1, sofern im übrigen die Zuständigkeit der europäischen Organe gegeben wäre, nicht ausgeschlossen, ebenso wie umgekehrt eine Strafverfolgung durch europäische Organe etwa strengerem höherrangigem supranationalem Recht zu genügen hätte. Diese Fallkonstellation ist jedoch in strafrechtlicher Hinsicht nur von theoretischer Natur, solange die EU keine eigene Straf-

---

284 Näher zu diesen innerstaatlichen Anforderungen, denen für den deutschen Bereich zwar nicht untergesetzliche Rechtsakte als solche, wohl aber davon abgeleitete Verordnungen genügen können und dies insbesondere auch für die Zulässigkeit von Blankettstrafnormen bedeutsam ist, vgl. Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 183, Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 1 Rn. 8, 18, jeweils m.w.N.

285 Rahmenbeschluss des Europäischen Rates 2002/584/JI vom 13.6.2002, ABl. 2002 L 109, S. 1.

286 So zur Gültigkeit des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl EuGH 3.5.2007 – C-303/05 – Z. 49 ff. = DVBl. 2007, 897, 100; zustimmend Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5121, 5124; kritisch *Schmahl* DVBl. 2007, 1468.

287 In englischer, französischer und deutscher Fassung abgedruckt in: BT-Drucks. 14/2682.

gewalt besitzt,[288] was jedoch nicht ausschließt, dass Art. 49 Abs. 1 für die Kompetenz der EU-Organe zur Sanktionierung von Verwaltungsunrecht[289] bedeutsam werden kann. Dagegen werden möglicherweise strengere nationale Anforderungen an das Gesetzlichkeitsprinzip, wie etwa nach Art. 103 Abs. 2 GG, auf der hier infragestehenden Ebene von Strafverfolgungen und Verurteilungen aufgrund von supranationalem und dabei insbesondere von EG-Recht nicht relevant, da sich jene Verfassungsbestimmungen grundsätzlich nur an die nationale Strafgewalt wenden. Demzufolge ist beispielsweise bei Sanktionen, die nicht von deutschen, sondern etwa von EG-Organen verhängt werden, Art. 103 Abs. 2 GG grundsätzlich nicht einschlägig.[290]

Rn. 16

bb) Letzteres wird auch für die Fallkonstellation zu gelten haben, dass nationale Organe eine Verfolgung und Verurteilung auf direkt wirkendes inter- oder supranationales Recht stützen, wie beispielsweise bei der Sanktionierung von gemeinschaftsrechtlichen Verbotstatbeständen, die nach Art. 288 AEUV für alle Mitgliedsstaaten unmittelbar verbindlich sind: Auch in diesem Fall ist die betreffende EG-Norm nicht an den Anforderungen von Art. 103 Abs. 2 GG zu messen.[291]

Rn. 17

cc) Soweit dagegen die nationalen Justizorgane gleichsam kraft freiwilliger Übernahme die Verfolgung und Verurteilung aufgrund von inter- oder supranationalem Recht betreiben wollen, haben die betreffenden Verbots- und Sanktionsnormen nicht nur den jeweiligen Gesetzmäßigkeitsanforderungen des anzuwendenden Strafrechts zu genügen, sondern auch den möglicherweise strengeren Gesetzlichkeitserfordernissen der nationalen Strafgewalt zu entsprechen. Das bedeutet, dass völkerrechtliche Straftatbestände, die eine unmittelbar bindende Wirkung in dem Sinne haben, dass sie die nationale Strafgewalt zur entsprechenden Kriminalisierung und Verfolgung verpflichten, erst noch der Umsetzung in nationales Recht bedürfen, wobei dessen jeweilige Gesetzlichkeitsanforderungen zu beachten sind. Demzufolge sind Straftatbestände, denen nicht schon aufgrund von Art. 25 GG als allgemeinen Regeln des Völkerrechts unmittelbare Wirkung als Bundesrecht zukommt, an den Gesetzlichkeitserfordernissen von Art. 103 Abs. 2 GG zu messen.[292] Und Entsprechendes wird für den Geltungsbereich der GRC auch für die Gesetzmäßigkeitsanforderungen des Art. 49 Abs. 1 zu gelten haben. Deshalb hat die Bundesrepublik Deutschland, um jegliche Geltungszweifel bei der Verfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen durch die deutsche Strafgerichtsbarkeit auszuschließen, gut daran getan, das römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs[293] nicht nur zu ratifizieren,[294] sondern durch ein eigenständiges

---

288 Zu dem darüber geführten sowohl politischen wie gemeinschaftsrechtlichen Streit vgl. einerseits mit Berufung auf Art. 280 EGV (jetzt Art. 325 AEUV) eine gewisse Strafkompetenz der EU bejahend *Tiedemann*, in: FS für Roxin, S. 1401, 1406 ff., bzw. anderseits eine solche verneinend *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 4, *Satzger*, ZRP 2001, 549, 552 f., jeweils m.w.N. Vgl. auch Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, Vorbem. 28 vor § 1.

289 Näher dazu *Dannecker*, in: Eser/Huber, S. 41.

290 So Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 247.

291 Näher dazu wie auch zu der damit zusammenhängenden Problematik deutscher Blankettgesetze und Verhaltenspflichten aufgrund von EG-Verordnungen vgl. Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 247 f.

292 Maunz/Dürig /Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 251.

293 Vgl. oben Rn. 15.

294 Durch das Gesetz zum römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (IStGH-Statutgesetz), vom 4.12.2000 (BGBl. 2000, Teil II, S. 1393).

Regelungswerk eines Völkerstrafgesetzbuches[295] auch die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit sicherzustellen, wobei naturgemäß auch Art. 103 Abs. 2 GG zu beachten war.

Rn. 18

dd) Um eine wiederum andere Konstellation, wenngleich mit der hier infragestehenden Gesamtproblematik zusammenhängend, geht es in der Ausnahmeklausel des Art. 49 Abs. 2. Wie schon zum inhaltsgleichen Art. 7 Abs. 2 EMRK angedeutet,[296] sollten damit die Nürnberger Urteile gegen den Einwand rückwirkender Strafbarerklärung von Taten, die zur Tatzeit nicht strafbar gewesen seien, verteidigt werden.[297] Gegenüber ähnlichen Einwänden, wie sie dann auch gegen die Verurteilung von DDR-Mauerschützen und deren Auftraggeber erhoben wurden,[298] wird durch Art. 49 Abs. 2 – wenn auch mit einer etwas gewundenen Formulierung – klargestellt, dass für die Gesetzmäßigkeit der Verurteilung genügt, dass das fragliche Verhalten zur Tatzeit „nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar" war.[299] Dass dabei – einerseits im Unterschied zu Art. 7 Abs. 2 EMRK – nicht mehr auf die Anerkennung der „zivilisierten Völker" und – andererseits im Unterschied zu Art. 15 Abs. 2 IPbpR – nicht auf die „Völkergemeinschaft", sondern auf die „Gesamtheit der Nationen" abgehoben wird, ist auch nach der Erläuterung des Konventspräsidiums ohne Bedeutung,[300] geht es doch bei allen Formulierungen um den heute erreichten weltweiten menschenrechtlichen Standard unter Ausgrenzung offensichtlich menschenrechtswidriger Staatspraxis. Während gleichwohl die Bundesrepublik gegenüber Art. 7 Abs. 2 EMRK den Vorbehalt gemacht hatte, dass auf jeden Fall die Grenzen von Art. 103 Abs. 2 GG gewahrt sein müssen,[301] ist von einem gleichen Vorbehalt gegenüber Art. 49 Abs. 2 bislang nichts bekannt.

Rn. 19

b) In gegenständlicher Hinsicht bedarf sowohl die Strafbarkeit als auch die Strafe einer rechtlichen Grundlage: Ersteres ergibt sich eindeutig aus Art. 49 Abs. 1 S. 1, letzteres – jedenfalls mittelbar – aus den Strafregeln von Art. 49 Abs. 1 S. 2 und 3 sowie Abs. 3.

---

295 Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 26.6.2002 (BGBl., Teil I, S. 2254).

296 Vgl. oben Rn. 4,7.

297 Vgl. *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRKArt. 7 Rn. 11, *Grabenwarter*, EMRK, § 14 Rn. 136, Tettinger/Stern/Alber, Europäische Grundrechte-Charta, Art. 49 Rn. 9.

298 Wogegen jedoch bemerkenswerterweise der EGMR in den Fällen Strelitz, Kessler, und Krenz (34044/96, 35532197 und 44801/98) und K.-H. W/D (37201/97) vom 22.3.2001 (auszugsweise abgedruckt in NJW 2001, 3035 bzw. 3042) nicht auf Art. 7 Abs. 1 EMRK zu rekurrieren brauchte, weil sich die Strafbarkeit zur Tatzeit bereits aus dem nationalen Recht gemäß Art. 7 Abs. 1 EMRK ergebe (NJW 2001, 3041 bzw. 3045). Grundlegend dazu *Kreicker*, Art. 7 EMRK, insbes. S. 12 ff., 94 ff.

299 Mit einer Berufung darauf würde sich beispielsweise nach Ansicht von Weigend/Zoll (in: Eser/Arnold, Systemunrecht, 98 ff.) die nachträgliche Aufhebung einer bereits eingetretenen Verjährung von unrechtssystembedingten Straftaten durch den polnischen Verfassungsgerichtshof (TK Z 25.9.1993) zu einem Verjährungsgesetz von 1991 rechtfertigen lassen.

300 Vgl. Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 40).

301 Bekanntmachung vom 15.12.1953 (BGBl. 1954, Teil II, S. 14). Kritisch dazu *Kreicker*, Art. 7, S. 98 ff.

Rn. 20

3. Das Bestimmtheitsgebot

Seine Aufgabe, maßgebliche Grundlage der Strafbarkeit zu sein, kann das Recht nur dann erfüllen, wenn es sowohl die kriminalisierte Tat wie auch deren Folgen mit hinreichender Bestimmtheit umschreibt. Im Hinblick auf die Interessen des Bürgers dient dies einem doppelten Zweck: der Gewährleistung gleicher Rechtsanwendung und der für die Steuerung des Verhaltens wesentlichen Vorausberechenbarkeit des Rechts.[302]

Rn. 21

Für die Bestimmtheit der Tat bedeutet dies, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass sich die Tragweite und der Anwendungsbereich der Straftatbestände aus dem Wortlaut ergeben oder durch Auslegung ermitteln lassen.[303] Soweit dies nicht durch Gesetz geschieht, sondern – wie zum Teil noch im Common law – durch richterliches Fallrecht, muss der strafbegründende Tatbestand aufgrund der Rechtsprechung der Gerichte feststehen und der Strafrahmen ebenfalls klar umgrenzt sein.[304] An dieser Bestimmtheit fehlt es etwa dann, wenn ein Tatbestand aufgrund seiner Formulierung erhebliche Möglichkeiten für willkürliche Anwendung gibt[305] oder die Interpretation nicht mehr im Rahmen dessen liegt, was auch für einen (beratenen) Laien in den als möglicherweise strafbar erkennbaren Rahmen einer Norm fällt.[306] Auch wenn mit Tatbestandsbestimmtheit weder Eindeutigkeit noch Nichterforderlichkeit von Wertungen gemeint sein kann und daher auch normative Tatbestandsmerkmale, Generalklauseln oder sonstige wertausfüllungsbedürftige Begriffe nicht grundsätzlich auszuschließen sind, muss die Umschreibung der Strafbarkeit jedenfalls einen derartigen Grad von Bestimmbarkeit haben, dass sie verhaltensleitend sein kann und richterlicher Willkür vorbeugt.[307]

Rn. 22

Auch die Rechtsfolgen der Tat bedürfen einer rechtlichen Grundlage.[308] Auch wenn dabei an die Bestimmtheit – jedenfalls nach deutscher Tradition – weniger strenge Maßstäbe angelegt werden und demzufolge weite Geldstrafenrahmen ebenso für zulässig gehalten werden wie tatbestandlich nicht näher konkretisierte Strafschärfungen, etwa in Form von „besonders schweren Fällen", so muss doch zumindest jeweils die Strafart (wie z.B. Freiheitsstrafe und/oder nur Geldstrafe) festgelegt sein, ebenso wie es zu den Verhängungsvo-

---

302 Zu diesen wie auch zu weiteren Zielsetzungen des Bestimmtheitsgebots näher Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 1 Rn. 16 m.w.N.

303 So in ständiger Rechtssprechung BVerfGE 92, 1, 12 m.w.N. – Mögliche Konflikte mit dem Bestimmtheitsgrundsatz sieht Satzger, JuS 2004, 947 ff. bei nationalen Strafgesetzen, die (eventuell sogar dynamisch) auf europäische Normen verweisen, deren Wortlaut aus sämtlichen Amtssprachen besteht und deren Auslegung den eigenständigen europarechtlichen Auslegungsregeln folgt. – Nach Ansicht von Slotész/Steinle/Bielesz, EuZW 2003, 209 f. wird das Bestimmtheitsgebot durch den weiten, auch nicht durch eine konsistente Bußgeldpraxis konkretisierten Ermessensspielraum verletzt, welcher der Kommission bei der Ahndung von Kartellverstößen zusteht.

304 Vgl. *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 4 mit Verweis auf EKMR E 8710/79, DR 28, 77, 81.

305 Vgl. EGMR in Kokkinakis/GR, GH 260-A = ÖJZ 1994, 61.

306 Vgl. EKMR E 8710/79, DR 28, 77, 81 f.

307 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5122 ff. Zu weiteren Einzelheiten – auch zur reichhaltigen deutschen Judikatur – vgl. Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 1 Rn. 19 ff.

308 Vgl. Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 49 Rn. 7.

raussetzungen Leitlinien für den Richter geben muss, die seine Entscheidung hinsichtlich der Auswahl und der Bemessung der Sanktion vorhersehbar machen.[309]

Rn. 23

4. Das Analogieverbot

a) Unter Analogie versteht man eine Methode richterlicher Rechtsfortbildung zur Auffindung und Auffüllung von (planwidrigen und nicht schon durch Auslegung schließbaren) Regelungslücken.[310] Während das Rom-Statut für den Internationalen Strafgerichtshof in seinem Art. 22 Abs. 2 S. 1 ausdrücklich die Erweiterung der Begriffsbestimmung eines Verbrechens durch Analogie verbietet, ist ein solches Verbot weder in Art. 7 Abs. 1 EMRK noch in Art. 49 Abs. 1 ausgesprochen. Gleichwohl ist es dem Bestimmtheitsgebot zu entnehmen, da dieses leicht unterlaufen werden könnte, wenn ein vom Wortlaut des geschriebenen oder von der ständigen Rechtsprechung des ungeschriebenen Verbots nicht erfasstes Verhalten im Wege der Analogie für strafbar erklärt werden könnte. Deshalb ist gemäß der Rechtsprechung zu Art. 7 Abs. 1 EMRK, die nach Art. 52 Abs. 3 auch für die Bedeutung und Tragweite der Rechte aus Art. 49 maßgeblich ist,[311] strafbegründende und straferweiternde Analogie verboten.[312]

Rn. 24

Gleichermaßen verboten sind analoge Strafschärfungen, wie z.B. durch Überschreitung vorgesehener Höchststrafen in analoger Anwendung von Strafrahmen gleich schwer erscheinender Straftatbestände oder durch zusätzliche Verhängung einer nicht vorgesehenen (Haupt- oder Neben-)Strafe.[313]

Rn. 25

Bei der dafür erforderlichen Abgrenzung zwischen (zulässiger) Auslegung und (verbotener) Analogie bildet die nach dem Wortlaut äußerste begriffliche Grenze einer Strafnorm zugleich die Grenze für die interpretative Eigenwertung des Richters, wobei deren Voraussehbarkeit aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist.[314] Um dabei Grenzverschiebungen zu Lasten des Bürgers vorzubeugen, soll nach Deutung des EGMR durch Art. 7 EMRK schon jede extensive Auslegung des Strafgesetzes zu Lasten eines Angeklagten verboten sein.[315] Auch wenn sich neuerdings in ähnlichem Sinne das BVerfG gegen

---

309 An Letzterem hat es nach BVerfG NJW 2002, 1779, 1781 ff. insbesondere an der für verfassungswidrig erklärten Vermögensstrafe (§ 43 a StGB) gefehlt.

310 Allgemein dazu *Canaris*, Lücken im Gesetz, S. 71 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 381 f.

311 Vgl. Erläuterungen des Konventspräsidiums zu Art. 49, wo sich der entsprechende Hinweis auf das „garantierte Recht", obgleich von der Erläuterung zu Art. 49 Abs. 2 nicht formal abgesetzt, sinngemäß wohl auch auf Art. 49 Abs. 1 beziehen dürfte (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 40 f.).

312 So im Anschluss an die EKMR (vgl. u.a. E 1852/63, Yb 8, 190, 198) auch der EGMR in Kokkinakis/GR, GH 260-A = ÖJZ 1994, 59. Vgl. *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 2, *Grabenwarter*, EMRK, § 24 Rn. 132 m.w.N.

313 Vgl. EGMR in Welch/GB, GH 307-A, Jamil/F, GH 317-B, ferner zum deutschen Recht Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 1 Rn. 28 m.w.N.

314 Näher zu dieser auch vom BVerfG vertretenen Grundlinie (vgl. insbes. BVerfGE 92, 1, 10, 12) wie auch zu anderen Abgrenzungstheorien vgl. Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 1 Rn. 54.

315 EGMR im Fall Strelitz u.a. (oben Fn. 298), NJW 2001, 3035, 3037, wobei freilich dessen Anführung analoger Anwendung als ein Beispiel extensiver Auslegung zweifelhaft erscheinen

eine „tatbestandsausweitende Auslegung" ausgesprochen hat,[316] braucht dies nicht den Umschlag zu einer „engen Auslegung" zu bedeuten, wie er in Art. 22 Abs. 2 des Rom-Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs bei der Begriffsbestimmung eines Verbrechens – über die ohnehin verbotene analoge Erweiterung hinaus – vorgeschrieben ist (S. 1) und dabei zudem der „in dubio pro reo-Grundsatz" auch für die Verbrechensauslegung gelten soll (S. 2). Denn eine solche Abkehr von hierzulande bislang zulässiger – bis hin zu weiter – Auslegung, solange nicht die Grenze zur Analogie überschritten wird, bedürfte wohl eines klareren Ansatzpunktes, als er in Art. 49 Abs. 1 zu finden ist.[317]

Rn. 26

b) Als eine Garantie zugunsten des Täters ist Analogie insoweit nicht ausgeschlossen, als sie strafeinschränkend oder strafmildernd wirkt. Ebenso wie daher im Bereich der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder sonstige Straffreistellungsgründe auf analogem Wege erweitert oder gar begründet werden können,[318] kann auch die entsprechende Anwendung von Vorschriften des Besonderen Teils zu einer Einschränkung von Strafen führen.[319]

Rn. 27

5. Das Rückwirkungsverbot

a) Während bei den vorangehenden Einzelprinzipien des nullum crimen, nulla poena sine lege-Grundsatzes auch der Gewaltenteilungsaspekt, wonach die Begründung und Begrenzung von Strafbarkeit primär Sache der Legislative und nicht der Judikative sein soll, eine wesentliche Rolle spielt, steht beim Rückwirkungsverbot der Bürger stärker im Vordergrund. Wenn dieser durch Bestrafung zu gesetzmäßigem Verhalten angehalten werden soll, macht das nur Sinn, wenn bereits vor Tatbegehung die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war. Und wenn der Bürger von seiner Handlungs- und Entfaltungsfreiheit in rechtstaatlich sicherer Weise soll Gebrauch machen können, setzt dies voraus, dass sein Verhalten nicht im nachhinein für strafbar erklärt oder mit einer schwereren Strafe als voraussehbar sanktioniert wird.[320] Diese sowohl der Gewährleistung von Freiheit als auch von Sicherheit dienenden Gründe könnten es erklären, dass in der Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 49 Abs. 1 überhaupt nur das Rückwirkungsverbot angesprochen wird[321] und – ähnlich wie in § 2 StGB – auch im Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs in Art. 24 das Rückwirkungsverbot zusätzlich eine eigenständige Regelung findet.[322]

Rn. 28

Anders als das Gesetzmäßigkeitserfordernis und das Bestimmtheitsgebot, die sich beide primär an den Gesetzgeber richten, wendet sich das Rückwirkungsverbot – ähnlich wie schon das Analogieverbot – auch an den Richter,[323] indem dieser weder neue Straftatbe-

---

lässt, ob schon jede tatbestandsausweitende Auslegung oder nur eine die Grenze zur Analogie überschreitende verboten sein soll.

316 BVerfGE 92, 1, 16.

317 A.A. offenbar *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5126.

318 *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5127, Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 49 GRC Rn. 8.

319 Zu Einzelheiten vgl. Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 1 Rn. 30 ff.

320 Vgl. auch Heselhaus/Nowak/Schorkopf, Handbuch, § 59 Rn. 3 f.

321 Vgl. oben Rn. 10 mit Fn. 272.

322 Näher zu den verschiedenen Formen von – echter und unechter – Rückwirkung Heselhaus/Nowak/Schorkopf, Handbuch, § 59 Rn. 15 ff.

323 Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5134.

stände auf bereits begangene Taten anwenden noch schwerere Strafen als bereits zur Tatzeit zulässige für zuvor begangene Taten verhängen darf.[324] Obgleich Art. 49 Abs. 1 S. 1 nur von Strafbarkeit und Art. 49 Abs. 1 S. 2 nur von Strafe spricht, dürfte das Rückwirkungsverbot – ähnlich wie dies im deutschen Recht verstanden wird[325] – nicht nur für Kriminalstrafen im engeren Sinne, sondern für jede hoheitliche Missbilligung von schuldhaftem Verhalten mit entsprechender Sanktionierung gelten, wie insbesondere für die Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten durch Geldbußen oder Disziplinarstrafen.[326]

Rn. 29

b) Hinsichtlich der Strafbarkeit ist die rückwirkende Neuschaffung oder Erweiterung von strafbegründenden Normen verboten. Deshalb gilt das Rückwirkungsverbot jedenfalls für die nachträgliche Einführung von besonderen Straftatbeständen. Gleiches dürfte im Hinblick auf die allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen etwa auch für die nachträgliche Erweiterung von Garantenpflichten und die Abschaffung oder Einschränkung von Rechtfertigungsgründen gelten.[327]

Rn. 30

Weniger klar ist hingegen, inwieweit das Rückwirkungsverbot auch einer rückwirkenden Änderung der Rechtsprechung entgegenstehen kann. Von der vorherrschenden Meinung in Deutschland wird dies verneint, weil § 2 StGB jeweils nur auf den Geltungszeitpunkt des Gesetzes abhebt und daher dem Vertrauen des Täters in den Fortbestand einer bestimmten Auslegungspraxis allenfalls durch Einräumung eines Verbotsirrtums Rechnung getragen werden könne.[328] Demgegenüber ist aber nicht nur zu bedenken, dass Gesetz und richterliche Rechtsanwendung eine Einheit darstellen, aus der sich erst die Grenze zwischen erlaubt und verboten ergibt, sondern dass auch bei rückwirkender Änderung der Rechtsprechung der Gedanke des Vertrauensschutzes in gleicher Weise tangiert sein kann wie durch eine rückwirkende Gesetzesänderung. Deshalb ist ein Rückwirkungsverbot jedenfalls insoweit in Erwägung zu ziehen, als eine völlig konforme höchstrichterliche Rechtsprechung ihre Entscheidung zu bestimmten Fragen formelhaft festgelegt hat. Ohne dies als Rechtsprechungsänderungsverbot verstehen zu dürfen, ergibt sich daraus jedenfalls das Verbot, einer (täterbelastenden) Rechtsprechungsänderung eine auf die Tatzeit rückwirkende Kraft beizulegen.[329] Eine solche, auch Rechtsprechungsänderungen erfassende Handhabung des Rückwirkungsverbots erscheint bei Art. 49 Abs. 1 um so mehr angebracht, als darin nicht

---

324 Zu letzterem vgl. auch unten Rn. 31.

325 So auch für Art. 103 Abs. 2 GG Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 195; Kunig, in: v. Münch/Künig, GG, Art. 103 Rn. 18 und für § 1 StGB LK/*Dannecker*, StGB, § 1 Rn. 80 ff.; vgl. auch BVerfGE 26, 186, 203; 45, 346, 351; Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 1 Rn. 5.

326 In gleichem Sinne – entgegen der nicht auch Disziplinarstrafen umfassenden – Meinung der EKMR (E 4279/69, Yb 13, 888, 890; E 4519/70, Yb 14, 616, 622) – Frowein jedenfalls insoweit, als es sich um Disziplinarverfahren handelt, die als Strafverfahren im Sinne von Art. 6 EMRK anzusehen sind (in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 8, ferner Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 49 GRC Rn. 9. Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5131 zur abweichenden Ansicht von Generalanwalt Colomer zu EuGH-Rs. C-387/97.

327 Vgl. Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 2 Rn. 3 m.w.N.

328 Näher dazu Sachs/Degenhart, GG, Art. 103 Rn. 73, LK/*Dannecker*, StGB, § 1 Rn. 432 ff., *Roxin*, Strafrecht, § 5 Rn. 47 ff.

329 Näher dazu Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 2 Rn. 7 m.w.N.

auf die Gesetzlichkeit, sondern auf das „Recht" abgehoben wird und dazu nicht zuletzt auch richterliches Gewohnheitsrecht gehören kann.[330]

Rn. 31

c) Hinsichtlich der Rechtsfolgen wird ausdrücklich die Verhängung einer schwereren Strafe als der zur Tatzeit angedrohten verboten (Art. 49 Abs. 1 S. 2). Auch wenn dabei lediglich von „verhängen" gesprochen wird, ist damit zwar weder die Erschwerung bereits bestehender noch die Einführung neuer Strafen untersagt, wohl aber deren Anwendung durch den Richter auf bereits begangene Taten. Inwieweit bei der Auswechslung oder Modifizierung von Strafarten die neue schwerer ist als die alte, ist nach den gleichen Grundsätzen wie die einer nachträglichen Strafmilderung zu bestimmen.[331]

Rn. 32

Inwieweit das Verschärfungsverbot nur für Strafen im engeren Sinne gelten soll, während Maßregeln der Besserung und Sicherung – wie nach § 2 Abs. 6 StGB – davon auszunehmen seien, ist in Art. 49 offen gelassen. Folgt man dazu der zu dem insoweit inhaltsgleichen Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK ergangenen Rechtsprechung, so lässt sich zwar zwischen nachträglich nicht verschärfbaren Strafen und (auch) rückwirkend verlänger- oder erweiterbaren Maßregeln unterscheiden.[332] Dabei sei jedoch der Begriff der „Strafe" im Sinne von Art. 7 EMRK autonom – und somit nicht nach einem möglicherweise davon abweichenden nationalen Strafverständnis – zu bestimmen, wobei sich der Charakter als bloßer „Maßnahme" vornehmlich daraus ergebe, dass sie lediglich „die ‚Vollstreckung' beziehungsweise den ‚Vollzug' der ‚Strafe' betrifft".[333] Richtigerweise werden nachträgliche Sanktionserweiterungen mit dem vom Rückwirkungsverbot bezweckten Vertrauensschutz allenfalls insoweit vereinbar sein, als es sich um völlig schuldunabhängige, rein präventiv auf Gefahrenabwehr ausgerichtete Maßnahmen handelt.

Rn. 33

d) Offengelassen ist auch die Frage, inwieweit das Rückwirkungsverbot für Strafverfahrensrecht gilt. Während dies von der in Deutschland vorherrschenden Meinung grundsätzlich verneint wird[334] und Gleiches auch zur Deutung von Art. 7 Abs. 1 EMRK festzustellen ist,[335] dürfte sich eine pauschale Differenzierung schon deshalb verbieten, weil der Regelungsstandort einer Vorschrift im materiellen oder im prozessualen Recht, wie beispielsweise im Falle der Verjährung, vom Zufall abhängen kann. Doch selbst wenn es deshalb nahe liegen mag, auch Verfahrensvoraussetzungen jedenfalls insoweit dem Rückwirkungsverbot zu unterstellen, als ihnen Strafwürdigkeits- oder Strafbedürftigkeitserwä-

---

330 Vgl. oben Rn. 12 f.

331 Vgl. dazu unten Rn. 35.

332 Wie offenbar vom EGMR im Fall Welch/GB, GH 307-A angenommen, wobei er jedoch unter Anlegung eines strengen Maßstabes die rückwirkende Anwendung von Vorschriften über die Einziehung des Erlöses von Drogenhändlern, weil als Strafe ausgestaltet, für unzulässig erklärte. Vgl. auch *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 7.

333 So EGMR zur nachträglichen Sicherungsverwahrung (17.12.2009 Nr. 19359/04 – Z. 117 ff., EuGRZ 2010, 25, 38 ff). Demzufolge wurde in der nachträglich verlängerbaren Sicherungsverwahrung nach § 67d Abs. 2 StGB eine Verletzung von Art. 7 Abs. 1 EMRK erblickt.

334 Vgl. BGHSt 26, 289, wonach dies eine „Selbstverständlichkeit" sei; vgl. auch BVerfGE 24, 33, 55; 25, 269 ff sowie LK/*Dannecker*, StGB, § 2 Rn. 30 m.w.N., *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5132.

335 Vgl. *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 7 Rn. 8 zur zulässigen Verwendung einer Verfahrensentscheidung des House of Lords, die nach der infrage stehenden Tat ergangen war (EKMR E 6683/74, Decisions and Reports 3, 95 f.).

gungen zugrundeliegen, wie dies insbesondere bei Strafantrag und Verjährung angenommen wird,[336] ist die Entscheidung letztlich vom Vertrauensschutzgehalt der betreffenden Norm abhängig zu machen: Ein solcher wird bei rein prozessleitenden Regeln oder Zuständigkeitsnormen ebenso zu verneinen sein wie etwa bei Verjährung, auf deren Eintritt der Täter wegen der Möglichkeit jederzeitiger Unterbrechung weder hoffen kann noch legitimerweise hoffen darf.[337]

Rn. 34

6. Der Grundsatz des milderen Gesetzes (Art. 49 Abs. 1 S. 3)

Nach diesem in der EMRK noch nicht enthaltenen, wohl aber in Art. 15 Abs. 1 S. 3 IPbpR wie auch in Art. 29 Abs. 4 der portugiesischen Verfassung vorzufindenden Grundsatz sollen nachträgliche Strafmilderungen dem Täter zugute kommen. Anders als § 2 Abs. 3 StGB, wonach bei Gesetzesänderungen vor der Entscheidung das mildeste „Gesetz" anzuwenden ist und dies unstreitig sowohl für die Strafbarkeitsvoraussetzungen als auch für die Rechtsfolgen gilt, spricht Art. 49 Abs. 1 S. 3 nur von Verhängung der milderen „Strafe". Gleichwohl wird auch diese Vorschrift dahingehend zu verstehen sein, dass bei jedweder täterbegünstigenden Gesetzesänderung zwischen Tatbegehung und letztinstanzlicher Entscheidung das jeweils mildeste Gesetz anzuwenden ist. In dem darin liegenden Gebot rückwirkender Anwendung späteren Rechts ist jedoch keine Durchbrechung des Rückwirkungsverbots zu erblicken, da dieses nur Rückwirkung zu Lasten, nicht aber zu Gunsten des Täters verhindern will.[338] Auch braucht dies nicht ohne weiteres zur Anwendung des im Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechts zu führen, da unter Umständen auch ein noch milderes Zwischengesetz zum Zuge kommen kann.

Rn. 35

Ob und gegebenenfalls welches Gesetz im Vergleich zu einem früheren oder späteren als milder anzusehen ist, dies ist unter Berücksichtigung des gesamten Rechtszustandes, von dem das Ob und Wie der Strafbarkeit abhängt, zu bestimmen, wobei jedoch nicht ein abstrakter Vergleich der Tatbestände und deren allgemeine Strafdrohungen genügt, sondern maßgeblich darauf abzuheben ist, welches Gesetz für den konkreten Fall die mildeste Beurteilung zulässt.[339]

Rn. 36

7. Die Verhältnismäßigkeit von Straftat und Strafmaß (Art. 49 Abs. 3)

Obgleich bislang ohne geschriebenes Vorbild, kann sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowohl als rechtsstaatliches Maßprinzip im allgemeinen wie auch als Begrenzung staatlichen Strafens im besonderen bereits europaweiter Anerkennung erfreuen.[340] Die Notwendigkeit eines gerechten Verhältnisses zwischen Strafmaß und Straftat wird aus der Menschenwürde in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie aus dem

---

336 Vgl. namentlich *Jakobs*, Strafrecht, S. 67 f., 95 f. m.w.N.

337 Vgl. des Weiteren dazu Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 2 Rn. 6 m.w.N. In gleichem Sinne BVerfGE 25, 269 ff., 269.

338 Vgl. oben Rn. 11.

339 So jedenfalls die zum deutschen Recht vorherrschende Meinung: vgl. Schönke/Schröder-Eser/Hecker, StGB, § 2 Rn. 14 ff., 18 ff. m.w.N.

340 Vgl. oben Rn 5 f., 8.

Rechtsstaatsprinzip hergeleitet.[341] Als Instrument zur Kontrolle des staatlichen Strafanspruchs als der schärfsten Waffe des Staates gegenüber dem Einzelnen ist es sowohl für den Gesetzgeber als auch für die Rechtsanwendung durch den Richter von Belang.

Rn. 37

a) Auf der Ebene der Gesetzgebung lässt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Kriminalisierung und Sanktionierung von Verhalten nur insoweit zu, als dies zum Schutz des betroffenen Rechtsguts im Rahmen legitimer Strafzwecke erforderlich, geeignet und angemessen ist. Von dem darauf ausgerichteten „Gebot sinn- und maßvollen Strafens" könnten aus der reichhaltigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor allem zwei Entscheidungen Auswirkungen auf die europäische Kriminalpolitik haben. Das gilt zum einen für die absolute Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe, bei der dem Verurteilten eine konkrete und grundsätzlich realisierbare Chance bleiben muss, die Freiheit wiederzugewinnen[342] – eine verfassungsrechtliche Bedingung, welcher der deutsche Strafgesetzgeber inzwischen durch die mögliche Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 87 a StGB) Rechnung getragen hat. Und das gilt zum anderen für die angesichts unterschiedlicher internationaler Drogenpolitik bedeutsame Entscheidung, dass die Kriminalisierung des bloßen Besitzes von Drogen zum Eigengebrauch (nur) insoweit verhältnismäßig ist, als es den Strafverfolgungsorganen möglich bleibt, beispielsweise durch Absehen von Strafe einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen.[343]

Rn. 38

b) Auf der Ebene der gesetzesanwendenden Rechtsprechung darf die Strafe (einschließlich etwaiger Nebensanktionen) nicht außer Verhältnis zur Straftat stehen, wobei sowohl dem objektiven Gewicht des Unrechts als auch der individuellen Schwere der Schuld besondere Bedeutung zukommt.[344] Dazu ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion zur Erreichung der staatlichen Zielsetzung erforderlich ist und das Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter in einem angemessenen Verhältnis zur Beschränkung der Rechte des Betroffenen steht.[345]

IV. Würdigung

Rn. 39

Auch wenn die Regelung des Rückwirkungsverbots als wenig geglückt zu bezeichnen ist,[346] bleibt die Bestätigung des nullum crimen, nulla poena sine lege-Grundsatzes zu be-

---

341 Vgl. insbes. BVerfGE 19, 342, 347 ff; seitdem ständige Rechtsprechung des BVerfG und aller Verwaltungsgerichte. Näher dazu und m.w.N. *Bleckmann*, JuS 1994, 177 ff, sowie zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf europäischer Ebene Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 661 ff.

342 BVerfGE 45, 187 ff.

343 Cannabis-Entscheidung BVerfGE 90, 145 ff. Zu der auch in anderen Deliktsbereichen unterschiedlichen Kriminalpolitik innerhalb der EU vgl. *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 746f.

344 Dies wird auch für strafähnliche Maßnahmen, wie etwa für Bußgelder bei Wettbewerbsverstößen, zu gelten haben, während bei völlig schuldunabhängigen Maßregeln auf den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückzugreifen ist. Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5147, *Jarass*, EU-Grundrechte, § 42 Rn. 18 f.

345 Vgl. vor allem. BVerfGE 90, 145, 185; in diesem Sinne auch Schönke/Schröder-Stree/Kinzig, StGB, § 46 Rn. 71, sowie *Weigend*, in: FS für Hirsch, S. 924.

346 Vgl. oben Rn. 27 ff.

grüßen. Auch dass in der Artikelüberschrift anstelle der traditionellen „Gesetzlichkeit" vom Grundsatz der „Gesetzmäßigkeit" gesprochen wird, ist nicht zuletzt deshalb bemerkenswert, weil damit die Strafbarkeit aufgrund von – nationalem und internationalem – Gewohnheitsrecht leichter widerspruchsfrei zu begründen ist.[347] Nicht zuletzt ist auch in der ausdrücklichen Anmahnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips – und zwar sowohl gegenüber dem Gesetzgeber als auch gegenüber dem Richter – ein Fortschritt zu erblicken.[348]

V. Literaturübersicht

Ambos, Kai, Internationales Strafrecht, 2. Auflage, München 2008; *Bleckmann, Albert*, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, JuS 1994, 177; *Canaris, Claus Wilhelm,* Feststellung von Lücken im Gesetz. München 1983; *Dannecker, Gerhard*, Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, in: Huber, Barbara/Eser, Albin (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Bd. 4, Teil 3, Freiburg i. Breisgau 1995; *ders.*, Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen, in: ZStW 117 (2005), 697; *Eser, Albin*, Das Internationale Militärtribunal von Nürnberg aus deutscher Perspektive, in: Reginbogin, Herbert R./Safferling Christoph J.M. (eds.), The Nuremberg Trials – International Criminal Law since 1945, München 2006, S. 53; *ders.*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, Ritsumeikan Law Review 2009, 163; *Jakobs, Günther*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin/New York 1991; *Jescheck, Hans Heinrich*, Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, NJW 1954, 783; *Jescheck, Hans Heinrich/ Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996; *Kreicker, Helmut*, Art. 7 EMRK und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, Baden-Baden 2002; *Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin/ Heidelberg/New York u.a. 1991; *Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/ Tiedemann, Klaus,* Leipziger Kommentar zum StGB (LK), Großkommentar, Bd. 1, Einleitung, §§ 1-31, 12. Aufl., Berlin/New York 2006; *Löwe-Rosenberg*, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Erb, Volker u.a. (Hrsg.), 1. Bd. (Einleitung; §§ 1-47), 26. Auflage, Berlin/New York 2006; *Meyer-Goßner, Lutz*, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 52. Auflage, München 2009; *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (NK), Bd. 1, §§1-145d, *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans Ulrich* (Hrsg.), Baden-Baden, 3.Aufl. 2010; *Pache, Eckhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, NVwZ 1999, 1033; *Partsch, Karl Josef,* Rechte und Freiheiten der EMRK, Berlin 1966; *Roxin, Claus*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Auflage, München 2006; *Rudolphi, Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig/Hoyer, Andreas* u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 – 37), Neuwied, Berlin, Balve, 120. Lieferung, Stand: Nov. 2009; *Satzger, Helmut*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht, ZRP 2001, 549; *ders.*, Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, JuS 2004, 943; *Schmahl, Stefanie*, Der Europäische Haftbefehl vor dem EuGH, DVBl. 2007, 1463; *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München 2010; *Schwarze, Jürgen*, Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2005;

347 Vgl. oben Rn. 12 ff.
348 Vgl. oben Rn. 36 ff.

Solzész, Ulrich/Steinle, Christian/Bielesz, Holger, Rekordgeldbußen versus Bestimmtheitsgebot – Die Kartellverordnung auf dem Prüfstein höherrangigen Gemeinschaftsrechts, EuZW 2003, 202; *Tiedemann, Klaus*, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 2001, S. 1401; *Weigend, Ewa/Zoll, Andrzej*, Polen, in: Eser, Albin/Arnold, Jörg (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht 5, Freiburg 2002, 27; *Weigend, Thomas*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin 1999, S. 917.

ART. 50 RECHT, WEGEN DERSELBEN STRAFTAT NICHT ZWEIMAL STRAFRECHTLICH VERFOLGT ODER BESTRAFT ZU WERDEN

Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.

Rn. 1

I. Vorgaben

1. Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK

Ein erstes Vorbild für Art. 50 ist in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur *EMRK* zu sehen:[349]

> *(1) „Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden.*
> *(2) Absatz 1 schließt die Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates nicht aus, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.*
> *(3) Von diesem Artikel darf nicht nach Art. 15 der Konvention abgewichen werden."*

Unter den geläufigen Kurzbezeichnungen als „ne bis in idem" oder als „Verbot der Doppelbestrafung" war dieser Grundsatz auf internationaler Ebene bereits durch den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 (Art. 14 Abs. 7) anerkannt worden, so dass es bei der Aufnahme in das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK lediglich um eine ausdrückliche Übernahme auf europäischer Ebene ging.[350] Im Vergleich zu Art. 50 sind zwei Abweichungen erwähnenswert: Während das EMRK-Zusatzprotokoll lediglich die innerstaatliche Geltung des ohnehin in den Mitgliedstaaten der EU bereits anerkannten

---

349 So jedenfalls nach der insoweit kommentarlosen Anführung dieses Artikels an erster Stelle in der Erläuterung des Konventspräsidiums in Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 140).

350 Vgl. zur Entstehungsgeschichte dieses Protokolls Frowein/Peukert, EMRK² (1996), S. 853 f.

Doppelbestrafungsverbots bekräftigt, will Art. 50 diesem jedenfalls unionsweit auch zwischenstaatliche Anerkennung verschaffen. Und während das Zusatzprotokoll zur EMRK mit seinem Abs. 2 noch die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens meinte ausdrücklich sicherstellen zu müssen, wird dies von Art. 50 offenbar für entbehrlich gehalten.

Rn. 2

2. Art. 54 SDÜ[351]

Speziell für den Bereich der Schengen-Staaten findet sich in Art. 54 SDÜ ein weiteres Doppelbestrafungsverbot:

> *„Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann."*

Diese Vorschrift im Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) von 1990,[352] in dessen Art. 54-58 sich der Geltungsumfang des Doppelbestrafungsverbots geregelt findet,[353] ist im wesentlichen inhaltsgleich mit Art. 1 des (noch nicht in Kraft getretenen) EG-„ne bis in idem"-Übereinkommens von 1987.[354] Damit gehört die transnationale Geltung von „ne bis in idem" jedenfalls für den Bereich der EU bereits zu deren Rechtsbesitzstand.[355] Von Art. 50 weichen die SDÜ-Regeln jedoch insoweit ab, als eine erneute Strafverfolgung durch einen anderen Mitgliedstaat nur und erst dann ausgeschlossen ist, wenn die Vollstreckung der Sanktion bereits angelaufen oder nicht mehr möglich ist.[356]

---

351 Umfassend dazu *Kniebühler*, Transnationales ‚ne bis in idem', S. 154 ff., *Stein*, ne bis in idem. Vgl. auch *Eser*, in: Sieber, Handbuch Europäisches Strafrecht, § 36 E.II. 2.b.

352 Übereinkommen vom 19.6.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 15.6.1985 (BGBl. 1993, Teil II, S. 1010, 1902).

353 Abgedruckt und Einzelheiten dazu bei Schomburg, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, SDÜ, Art. 54-58 (S. 1416 ff.); ferner *Kühne*, JZ 1998, 876 ff.

354 Übereinkommen vom 25.5.1987 zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft über das Verbot der doppelten Bestrafung (abgedruckt in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, S. 1202 ff.).

355 So auch die Erläuterung des Konventpräsidiums zu Art. 50 in Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 41). Zu weiteren Bestimmungen in (teils geplanten und teils bereits in Kraft getretenen) Übereinkommen des Europarats und der EU, in denen der „ne bis in idem"-Grundsatz Anerkennung findet, wie insbesondere auch die vom Konventspräsidium genannten Art. 7 des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften gegen Betrug sowie Art. 10 des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, vgl. den Überblick von Ebensperger, ÖJZ 1999, 177 ff., und von *Schomburg*, NJW 2000, 1833 ff.

356 Vgl. *Eser*, in: Sieber, Handbuch, § 36 II 2, *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 13 Rn. 26 sowie die ausführliche Rechtsprechungsübersicht zum EuGH, wie insbes. zum Fall Bourquain (Rs. C-297/07), bei *Agnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1123 ff. Zum Vollstreckungserfordernis vgl. neuerdings auch LG Aachen – 52 Ks 9/08 vom 8.12.2009 mit Besprechung von *Burchard/Brodowski*, in: StraFo 2010, 137 ff. ferner zum Vergleich mit Art. 50 GRC unten Rn. 14.

Rn. 3

3. EuGH-Rechtsprechung

Auch in der Rechtsprechung des EuGH hatte der ne bis in idem-Grundsatz bereits Anerkennung gefunden, wobei nicht erst die Verhängung mehrerer Strafen für ein- und dieselbe Verfehlung, sondern schon die Einleitung mehrerer Verfahren aufgrund desselben Lebenssachverhalts für verboten erklärt wurde.[357] Allerdings wurde dabei der Tatbegriff so eng gefaßt, daß im Fall von Verfahren, die unterschiedlichen Zielen dienen, eine Verfehlung mehrfach sollte sanktioniert werden können; demzufolge sollte auch parallelen Verfahren auf der Ebene der Gemeinschaft und eines Mitgliedstaates das Doppelbestrafungsverbot nicht entgegenstehen, wobei jedoch die zeitlich frühere Sanktion bei der nachfolgenden Entscheidung zu berücksichtigen sei.[358] Insofern geht der EuGH immerhin über den Standard der EMRK hinaus, die in Art. 4 Abs. 1 ihres 7. Zusatzprotokolls nur eine innerstaatliche Doppelbestrafung verbietet. Von dieser Linie war auch schon zuvor die EKMR nicht abgewichen, obwohl die Ableitung des Doppelbestrafungsverbot aus dem in Art. 6 EMRK garantierten Anspruch auf „fair trial"[359] durchaus einen Ansatzpunkt auch für grenzüberschreitende Beachtung hätte liefern können.

Rn. 3a

4. Nationalstaatliche Gewährleistungen

4. Auf nationalstaatlicher Ebene ist das Doppelbestrafungsverbot bislang lediglich in einem Drittel der EU-Staaten verfassungsrechtlich abgesichert, und dies zudem nur für den innerstaatlichen Bereich:[360] so in Deutschland (Art. 103 Abs. 3), Estland (§ 23), Litauen (Art. 31), Malta (Art. 39 Abs. 9), Portugal (Art. 29 Abs. 5), Slowakei (Art. 50 Abs. 5), Slowenien (Art. 31), Spanien (Art. 25 Abs. 1), Tschechische Republik (Art. 40 Abs. 5 GR-Deklaration)[361] und Zypern (Art. 12 Abs. 2).[362]

Rn. 4

II. Diskussion im Grundrechtekonvent

Nachdem gemäß der ersten Fassung des späteren Art. 50 recht lapidar jede erneute Strafverfolgung oder Verurteilung nach einem Freispruch oder einer rechtskräftigen Verurteilung – und dies zudem ohne irgendeine inner- oder zwischenstaatliche Begrenzung – verboten sein sollte,[363] wurde von dem Versuch, Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK wortgetreu zu übernehmen und damit das Doppelbestrafungsverbot auf den innerstaatli-

---

357 EuGH – Gutmann, verbundene Rechtssachen 18 und 35/66 – Slg. 1966, 178; EuGH – Limburgse Vinyl Maatschappij NV, verbundene Rechtssachen T-305/94 u.a., Slg. 1999, II-935 f. Vgl. auch *Agnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1123 ff., Heselhaus/Nowak/Schorkopf, Handbuch, § 59 Rn. 1 ff.

358 EuGH – Wilhelm/Bundeskartellamt, 14/68 – Slg. 1969, 1 f.; siehe auch GA Verloren van Themaat in EuGH – Könecke, 117/83 – Slg. 1984, 3316 f.; dazu *Ebensperger*, ÖJZ 1999, 179.

359 Vgl. u.a. EKMR E 8945/80, DR 39, 43, (47) sowie Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 278 ff. m.w.N.

360 Vgl. unten Rn. 6.

361 Vgl. *Eser,* oben Art. 47 Rn. 28.

362 Vgl. auch den Überblick bei *Eser,* in: Sieber, Handbuch Europäisches Strafrecht, § 36 C.I, E.

363 Charte 4102/00 Art. 17 und Charte 4123/1/00 Art. 7.

chen Geltungsbereich zu beschränken,[364] schließlich wieder Abstand genommen, weil der Verweis auf die EMRK den Widerspruch von Mitgliedstaaten hervorrufen könne, welche die EMRK nicht unterzeichnet bzw. Vorbehalte angemeldet haben.[365] Während im weiteren Verlauf die Frage einer (schließlich nicht übernommenen) Ausnahmeklausel für Wiederaufnahme nur eine beiläufige Rolle spielte,[366] ging es vornehmlich um die Frage, ob die Anwendbarkeit des ne bis in idem-Grundsatzes auf die Gerichtsbarkeit innerhalb eines Mitgliedstaates beschränkt bleiben sollte, oder ob er auch darüber hinaus Beachtung erheische. Letzteres wurde schließlich mit Blick auf die wachsende Bedeutung supranationaler Rechtsakte und der damit verbundenen Europäisierung des Rechtsschutzes jedenfalls für den Bereich der Europäischen Union in den jetzigen Art. 50 aufgenommen.[367]

Rn. 5

III. Kommentierung

Art. 50 ist in dreifacher Hinsicht bedeutsam: zum einen für die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit, indem niemand ein weiteres Mal strafrechtlich verfolgt oder bestraft werden darf, wenn er im selben Land bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist; zum zweiten auf zwischenstaatlicher Ebene, indem jedenfalls für den Bereich der EU eine erneute Strafverfolgung nach Aburteilung in einem anderen Mitgliedsstaat untersagt wird; und zum dritten im Verhältnis von Mitgliedsstaaten und EU, indem die Kumulation einer nationalen und einer supranationalen Sanktionierung zu vermeiden ist.[368]

Rn. 6

1. Innerstaatliches „ne bis in idem"

a) Auch wenn Art. 50 nur von einer vorangegangenen Aburteilung in der „Union" spricht, sollen damit nicht nur zwischenstaatliche Mehrfachverfahren ausgeschlossen sein; vielmehr muss das erst recht auch schon innerhalb eines Mitgliedstaates gelten.[369] Falls man dies nicht schon in Art. 50 selbst impliziert sieht, würde sich der innerstaatliche Geltungsbereich des Doppelbestrafungsverbots jedenfalls über Art. 52 Abs. 3 aus der insoweit inhaltsgleichen Garantie in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK ergeben.[370] Die EU-grundrechtliche Bekräftigung des Doppelbestrafungsverbots ist auch nicht etwa deshalb bedeutungslos, weil seine innerstaatliche Geltung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten weitgehend anerkannt ist.[371] Denn nicht nur, dass dies nicht in allen Ländern auch

---

364 Charte 4141/00 Art. 5.

365 Charte 4149/00 Art. 11 und 4284/00 Art. 11. Vgl. auch Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, S. 244.

366 Vgl. Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 283 f.

367 Charte 4470/00 Art. 49. Vgl. im einzelnen Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 154, 283 f., 375 sowie Meyer/Engels, Charta der Grundrechte, S. 32.

368 Näher zu dieser Grundstruktur vgl. *Kniebühler*, Transnationales „ne bis in idem", S. 10 ff., ferner Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 49 GRC Rn. 3. Zu den bei solchen nationalen und internationalen Konkurrenzen verschiedener Strafgerichte auftretenden Interessenskollisionen näher *Eser*, in: Sieber, Handbuch Europäisches Strafrecht, § 38 A.

369 *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 13 Rn. 4, Schwarze/van Vormizeele, EU, Art. 50 GRC Rn. 4, Vedder/Heintschel-von Heinegg, EUV, Art. II-110 Rn. 2.

370 In diesem Sinne dürfte auch der entsprechende Verweis in der Erläuterung des Konventpräsidiums in Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 41) zu verstehen sein. Vgl. auch Heselhaus/Nowak/Nehl, Handbuch, § 58 Rn. 2, *Jarass*, EU-Grundrechte, § 41 Rn. 23.

371 Frowein/Peukert, EMRK, Art. 4 des 7. ZP Rn. 2; *Dannecker*, in: FS für Kohlmann, S. 597 ff.

verfassungsrechtlich abgesichert ist;[372] vielmehr ist das Zusatzprotokoll zur EMRK bislang nur von knapp der Hälfte der EU-Mitgliedstaaten ratifiziert.[373]

Rn. 7

b) Ungeachtet möglicher nationaler Unterschiede bei der Ausgestaltung des innerstaatlichen Doppelbestrafungsverbots,[374] beruht dieses auf einer Verschränkung von materiellen Schutzzwecken (wie insbesondere hinsichtlich der Menschenwürde) und prozessualen Rechtssicherheitsaspekten, was es letztlich verbietet, eine Person ein weiteres Mal den Stigmatisierungseffekten und der existentiellen Unsicherheit eines Strafverfahrens auszusetzen,[375] sowie auf dem Effektivitätsgebot, eine Mehrfachbelastung der Strafverfolgungsbehörden durch Mehrfachverfolgung zu vermeiden.[376] Um eine effiziente Strafverfolgung gewährleisten und diese nicht schon mit dem Hinweis auf ein anderweitig laufendes Verfahren blockieren zu können, setzt das Verbot der erneuten Strafverfolgung oder Verurteilung durch ein Gericht desselben Staates die Rechtskraft der freisprechenden oder verurteilenden Entscheidung im früheren Verfahren voraus. Darunter fallen Entscheidungen, die einen Vorgang unter vollständiger Erfassung mit Rechtskraftwirkung abschließend entscheiden. Davon kann weder bei Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft[377] noch bei bloßen Prozessurteilen[378] die Rede sein, während gerichtlichen Einstellungen eine bestimmte Sperrwirkung zuerkannt wird.[379]

Rn. 8

Die vorangegangene Aburteilung muss in einem Strafverfahren erfolgt sein. Dabei ist jedoch – ähnlich wie bei Art. 6 EMRK und dementsprechend bei Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK – ein weiter Strafrechtsbegriff zugrundezulegen, der neben dem Kriminalstrafrecht im engeren Sinne nach der Rechtsprechung des EGMR auch das Ordnungswidrigkeitenrecht umfasst.[380] Dementsprechend können auch Disziplinarmaßnahmen eine Sperrwirkung auslösen, sofern sie mit Blick auf die Schwere der verhängten Sanktion als strafähnlich zu betrachten sind.[381] Wenn diesem weiten Verständnis die in der Erläuterung des Konventpräsidiums geforderte Verhängung einer Strafe durch ein „Strafgericht“[382] entgegenzustehen scheint, so geht es dabei genau besehen doch allein um die berechtigte

---

372 Vgl. oben Rn. 3a.

373 Vgl. *Grabenwarter*, DVBl. 2001, 9.

374 Zu Begriff und Handhabung im deutschen Recht vgl. KK/*Pfeiffer/Hannich*, StPO, Einleitung Rn. 170 f. m.w.N. Zu termino- wie teleologischen Unterschieden aus rechtsvergleichender Sicht vgl. *de la Cuesta*, Revue internationale de droit pénal 73 (2002), S. 709 f.

375 Vgl. BK/*Rüping*, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 11; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103 Rn. 71; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 258 ff.

376 Vgl. Heselhaus/Nowak/Nehl, Handbuch, § 58 Rn. 4, *Van den Wyngaert/Ongena*, in: Cassese/Gaeta/Jones, 2002, Vol. I, S. 707.

377 So aber offenbar *Anagnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1124, 1137, *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5169, *Jarass*, EU-Grundrechte, § 42 Rn. 28.

378 Insoweit ebenso *Jarass*, EU-Grundrechte, § 48 Rn. 28.

379 Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 26 ff.; Heselhaus/Nowak/Nehl, Handbuch, § 58 Rn. 13.

380 EGMR in Öztürk, GH 73/A, Z. 53 = EuGRZ 1985, 67. Vgl. auch oben *Eser*, Art. 48 Rn. 11, Art. 49 Rn. 28.

381 Vgl. etwa Frowein/Peukert, EMRK² (1996), Art. 4 des 7. ZP Rn. 2 bzw. *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK, Art. 6 Rn. 25 ff., Grabenwarter, DVBl. 2001, 9.

382 Charte 4473/00 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle S. 41).

Forderung, dass sich beim Verbot der Doppelbestrafung „gleichartige Sanktionen" gegenüberstehen müssen.

Rn. 9

Im Übrigen hängt der Umfang des Doppelbestrafungsverbots auch davon ab, was unter der bereits abgeurteilten Straftat zu verstehen ist. In manchen EU-Gerichtsbarkeiten wird dies im normativen Sinne gedeutet und daher maßgeblich auf den abgeurteilten Deliktstatbestand abgehoben.[383] Demgegenüber kommt es nach deutscher Auffassung in mehr prozessualem Sinne auf die Gleichartigkeit des Lebensvorgangs an, der nach natürlicher Lebensauffassung als einheitlich zu bewerten ist, auf den die Anklage hinweist und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.[384] Im gleichen Sinne wird teilweise auch die Straftat im 7. Zusatzprotokoll zur EMRK verstanden, indem es nicht nur auf den Urteilstenor ankommt, dieser vielmehr im Zusammenhang mit der gesamten Entscheidung zu verstehen und dabei insbesondere der Lebenssachverhalt festzustellen ist, welcher Gegenstand des früheren Verfahrens war.[385] Die diesbezügliche Rechtsprechung des EGMR ist freilich uneinheitlich, wobei tendenziell die normative Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs in getrennt verfolgbare Straftatbestände zugelassen wird,[386] sofern sich diese nicht in ihren wesentlichen Elementen gleichen.[387]

Rn. 10

c) Art. 50 gibt den Betroffenen einen subjektiven Rechtsanspruch, der im Falle einer rechtskräftigen Entscheidung zu einem Verfahrenshindernis gegen eine erneute Strafverfolgung führt.[388]

Rn. 11

2. Horizontal-transnationale Geltung[389]

a) Noch weitaus wichtiger als für den innerstaatlichen Bereich, in dem das Doppelbestrafungsverbot schon weithin anerkannt ist, erscheint die von der GRC beabsichtigte transnationale Ausweitung, auch wenn nach Art. 50 die Sperrwirkung nur von Aburteilungen in Mitgliedstaaten der Europäischen Union ausgehen kann. Denn gerade wenn ausländische Strafentscheidungen (bzw. solchen ähnliche)[390] etwa nach der Rechtsprechung des

---

383 Näher dazu *Thomas*, Einmaligkeit, S. 188 ff., *Van den Wyngaert/Stessens*, ICLQ 1999, 788 ff., *Van den Wyngaert/Ongena*, in: Cassese/Gaeta/Jones, 2002, Vol. I, S. 713 ff.

384 So BVerfGE 23, 191, 202; 45, 434, 435, Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, Art. 103 Rn. 283, *von Kunig*, in: Münch/Kunig, GG, Art. 103 Rn. 39.

385 Vgl. Frowein/Peukert, EMRK² (1996), Art. 4 des 7. ZP mit Verweis auf EKMR E 20972/92, E 17012/90, E 16345/90, ferner hinsichtlich der Rechtsprechungen zu Art. 54 SDÜ Frenz, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5162, Heselhaus/Nowak/Nehl, Handbuch, § 58 Rn. 6.

386 Vgl. EGMR im Fall Gradinger, 23.10.1995, Z. 55, wo Straftat als einheitliches Verhalten („same conduct") verstanden wurde, wohingegen die Mehrheit im Fall Oliveira, 30.7.1998, Z. 27 eine normative Differenzierung nach Deliktstatbeständen für zulässig erachtet.

387 Vgl. EGMR im Fall Franz Fischer, 29.5.2001, Z. 25.

388 So zum deutschen Recht Löwe-Rosenberg/Kühne, StPO, Einleitung K Rn. 74 ff.

389 Grundlegend dazu *Kniebühler*, Transnationales ‚ne bis in idem', S. 64 ff., *Thomas*, Einmaligkeit, S. 90 ff.; vgl. auch *Eicker*, Strafverfolgung, S. 80 ff., *Jung*, in: FS für Schüler-Springorum, S. 49 ff.; *Mansdörfer*, ne bis in idem, S. 135 ff.; *Radtke/Busch*, EuGRZ 2000, 421 ff.; *Van den Wyngaert/Stessens*, ICLQ 1999, 788 ff.; *Van den Wyngaert/Ongena*, in: Cassese/Gaeta/Jones, 2002, Vol. I, S. 709 ff., 716 ff.

390 Zum Problem der berufsrechtlichen Doppelbestrafung bei transnational tätigen Anwälten vgl. *Franz*, in: FS für Rieß, S. 875 ff.

Bundesverfassungsgerichts bisher kein Verfahrenshindernis darstellen sollen, so dass die deutsche Gerichtsbarkeit nur durch inländische Entscheidungen nach Art. 103 Abs. 3 GG von Verfassungs wegen von einer nochmaligen Verfolgung abgehalten wird[391] und demzufolge eine frühere Verurteilung lediglich über das „Anrechnungsprinzip" nach § 51 Abs. 3 StGB Berücksichtigung erfahren kann,[392] kommt angesichts wachsenden grenzüberschreitenden Verkehrs und dementsprechender Kriminalität inter- und supranationalen Doppelbestrafungsverboten um so größere Bedeutung zu.[393] Gewiss kann dazu bereits auf einen beachtlichen europäischen Rechtsbesitzstand verwiesen werden.[394] Da jedoch bislang nicht alle Mitgliedstaaten der EU diesen Übereinkommen beigetreten sind und daher lediglich Art. 54 SDÜ einen größeren Geltungsbereich erlangt hat, ist die unionsweite Bedeutung von Art. 50 nicht zu unterschätzen.

Rn. 12

b) Hinsichtlich seiner Voraussetzungen und Wirkungen unterscheidet sich die Regelung des ne bis in idem-Grundsatzes in Art. 50 von der lapidaren Formulierung in Art. 103 Abs. 3 GG vor allem insofern, als nicht nur – wie letzterenfalls – lediglich eine erneute Bestrafung, sondern bereits eine erneute Verfolgung ausgeschlossen wird.

Rn. 13

Während des weiteren Art. 103 Abs. 3 GG ohne weitere Spezifizierung vom Verbot der mehrmaligen Bestrafung „derselben Tat" spricht, muss nach Art. 50 der Betroffene derentwegen rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden sein; dabei werden sich hinsichtlich des Charakters der Aburteilung und der dafür maßgeblichen Instanz die sich schon auf nationaler Ebene stellenden Probleme angesichts der Vielfalt unterschiedlicher verfahrensabschließender Entscheidungen in den einzelnen Strafprozessordnungen der EU-Mitgliedstaaten noch vervielfachen.[395] Um eine Richtigkeitsgarantie zu verbürgen, wird teilweise gefordert, dass in einem harmonisierten Rechtsraum[396] nur gerichtliche Entscheidungen ein transnationales Verbot der nochmaligen Strafverfolgung auslösen können.[397] Demgegenüber hat der EuGH in der Rechtssache Gözütok und Brügge zu Art. 54 SDÜ

---

391 BVerfGE 12, 62, 66; 75, 1, 15.

392 Näher zu diesem bloßen „Anrechnungsprinzip" im Vergleich mit dem weitergehenden „Erledigungsprinzip", wie es im Wesentlichen auch dem Doppelbestrafungsverbot zugrunde liegt, vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht, S. 171, 176.

393 Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht 4, Rn. 5178, Heselhaus/Nowak/Nehl, Handbuch, § 58 Rn. 20, 36.

394 Vgl. von den bereits oben in Rn. 2 angeführten Übereinkommen insbesondere den auch die Art. 54 ff. SDÜ umfassenden „Schengen-Besitzstand", der mit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages mit wenigen Ausnahmen in fast allen EU-Staaten gilt. Näher dazu *Schomburg*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Hauptteil IV, SDÜ (S. 1381 ff.), sowie *Kniebühler*, Transnationales ‚ne bis in idem', S. 158 ff., *Schomburg*, NJW 2000, 1833 ff., ferner zu EG-Kartellrechtsfällen Heselhaus/Nowak/Nehl, Handbuch, § 58 Rn. 19 ff.

395 Wie beispielsweise hinsichtlich der vom OLG Hamburg, wistra 1996, 193, als nicht verfahrensabschließend eingeschätzten belgischen „transactie"; vgl. auch *Van den Wyngaert/Stessens*, ICLQ 1999, 791; *Schomburg*, NJW 2000, 1835 ff.; *Harms*, in: FS für Rieß, S. 725 ff.

396 *Hecker*, StV 2001, S. 309 spricht sich gegen die Vereinheitlichung des Beurteilungsmaßstabes aus und will vielmehr die Reichweite der strafprozessualen Erledigungswirkung allein der Definitionsmacht des Erstverfolgerstaates überlassen. – Zum Harmonisierungsbedarf strafrechtlicher Sanktionen zirkuliert ein Fragenkatalog im Grünbuch über die Angleichung, die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, Kom(2004), 334 endg., 30.4.2004.

397 BayOLG NStZ-RR 2001, S. 245; *Van den Wyngaert*, NStZ 1998, 153 f.

entschieden,[398] dass auch die nicht-gerichtliche Verfahrenserledigung, die von einer zur Mitwirkung an der Strafverfolgung berufenen Behörde getroffen wird, ein entsprechendes Verbot zur Folge hat, sofern der verfahrensbeendenden Entscheidung eine Ahndungswirkung zukommt, selbst wenn sich nach nationalem Recht keine volle, sondern nur beschränkte Rechtskraft einstellt. Diese Rechtsprechung ist auf Art. 50 zu übertragen,[399] würde doch ansonsten die Attraktivität der für die Praxis so wichtigen außergerichtlichen und nur beschränkt rechtskräftigen Verfahrenseinstellung erheblich gemindert.[400] Die damit gleichermaßen gelockerten Voraussetzungen eines transnationalen „ne bis in idem" können jedoch zu einem verstärkten „forum shopping" führen, dem in Zukunft in der EU durch eine Überwindung konkurrierender Gerichtsbarkeiten und durch eine Konzentration der Entscheidungskompetenz etwa in einem Mitgliedsstaat zu begegnen ist.[401]

Rn. 14

Nicht erforderlich ist dagegen das in Art. 54 SDÜ vorgesehene Vollstreckungselement.[402] Demzufolge ist nach Art. 50 eine erneute Verfolgung schon mit Eintritt der Rechtskraft des vorangegangenen Urteils ausgeschlossen.

Rn. 15

Im übrigen wirft auch der schon innerstaatlich unterschiedlich verstandene, weil teils mehr normativ am Tatbestand oder mehr prozessual am Tatgeschehen ausgerichtete Tatbegriff[403] transnational noch größere Vergleichbarkeitsprobleme auf, wenn man allein an die mitgliedstaatlich unterschiedlichen Maßstäbe hinsichtlich Bewertungseinheiten oder Fortsetzungszusammenhängen denkt.[404] Auch wenn teilweise gegen eine Harmonisierung des Tatbegriffs argumentiert wird,[405] findet sich doch überwiegend eine Vereinheitlichung favorisiert, wobei von der Wissenschaft mehrheitlich das handhabbarere und klarere prozessuale Verständnis vorgezogen wird,[406] während der EuGH in seiner Wettbewerbs- und Kartellrechtsprechung den Tatbegriff normativ überhöht.[407]

---

398 EuGH im Fall Gözütok und Brügge, verbundene Rechtssachen C-187 und C-385/01, 11.2.2003, Z. 25 ff. = (teilweise abgedruckt) NJW 2003, 1173 f. Vgl. hierzu die Rezensionen von *Kühne*, JZ 2003, 305 ff.; *Stein*, NJW 2003, 1162 ff. und *Vogel/Norouzi*, JuS 2003, 1059 ff.

399 Einer Übertragung steht auch nicht entgegen, dass Art. 50 im Unterschied zu Art. 54 SDÜ von Ver- und nicht von Aburteilung spricht. Wenn Stein, ne bis in idem, S. 493 allein aus diesen terminologischen Unterschieden schließt, Art. 50 sei „äußerst eng konzipiert", dürfte sie die Nachrangigkeit des Wortlauts und die Vorrangigkeit des „effet utile" im europäischen Auslegungskanon verkennen. Vgl. auch *Radtke*, in: FS für Seebode, S. 303 ff. m.w.N.

400 *Plöckinger/Leidenmühler*, wistra 2003, 86.

401 *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny*, NStZ 2002, 624. Auch der Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union – abgedruckt u.a. in Revue International de droit pénal 73 (2002), S. 1195 ff. – weist die Ermittlung des richtigen Forums als vordringliches Problem bei der Bekämpfung von mehrfacher Strafverfolgung aus und sieht in seinen §§ 1-5 materielle wie formelle Regeln für eine Konzentration der Strafverfolgungsgewalt vor.

402 Vgl. oben Rn. 2. Dem namentlich zustimmend Vogel, in: FS für Schroeder, S. 890.

403 Vgl. oben Rn. 9.

404 Vgl. etwa *Hecker*, StV 2001, 309 f. m.w.N.

405 Wie namentlich von *Hecker*, StV 2001, 309.

406 Vgl. den Resolutionsentwurf der Teilnehmer des Vorkolloquiums der IV. Sektion des XVII. Internationalen Kongresses der Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), abgedruckt bei Biehler, ZStW 116 (2004), 53 sowie § 6 Abs. 2 lit. c Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, in: Revue Interna-

Rn. 16

c) Soweit in besonderen Abkommen Ausnahmen vom Doppelverfolgungsverbot bzw. dahingehende nationale Vorbehalte vorgesehen sind, wie beispielsweise nach Art. 55 SDÜ,[408] bleiben immer noch die in Art. 52 Abs. 1 vorgesehenen Garantien zu beachten.[409] Da aber dem nicht etwa eine Missbrauchsklausel entgegenstünde, wäre insbesondere auch eine an Art. 20 Abs. 3 IStGHSt orientierte telelogische Reduktion von Art. 50 zulässig, so dass eine Doppelverfolgung erlaubt wäre, wenn eine Verurteilung oder ein Freispruch zum Ziel hatte, die betroffene Person vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu schützen, oder wenn die betroffene Person kein faires Verfahren erhalten hat.

Rn. 16a

3. Vertikale national-supranationale Geltung[410]

Sollte die EU in Zukunft, wie es in der EurVerf vorgesehen war,[411] eigene Strafkompetenzen erhalten, dann wird die Strafgerichtsbarkeit der Mitgliedsstaaten vermehrt mit jener der EU konkurrieren, wie es bereits aus dem Verwaltungssanktionsrecht bekannt ist. Wird Strafgewalt stellvertretend füreinander wahrgenommen, sind also z.B. Gemeinschaftsbehörden gleichermaßen wie Mitgliedsstaaten mit derselben Aufgabe befasst, um das gleiche Rechtsgut zu schützen, so muss das Doppelverfolgungsverbot wie auf transnationaler Ebene Bestand haben.[412] Nur wenn unionsintern[413] unterschiedliche Rechtskreise betroffen sind, kann über eine echte vertikale Hierarchie nachgedacht werden. Würde beispielsweise, wie teilweise vertreten,[414] das Doppelverfolgungsverbot zwar „abwärts", nicht aber „aufwärts" gelten, dann würde eine mitgliedsstaatliche Verurteilung einer nachfolgenden Strafverfolgung auf EU-Ebene nicht im Wege stehen. Eine entsprechende Hierarchisierung wäre aber kaum mit dem Wortlauf von Art. 50 in Einklang zu bringen und wüsste auch teleologisch schwerlich zu gefallen, zeugte die fehlende „aufwärts"-Wirkung mitgliedsstaatlicher Entscheidungen doch von einem paradoxen Misstrauen der EU gegenüber ihren Mitgliedsstaaten, deren Verhältnis untereinander gerade auf gegenseitigem Vertrauen und gegenseitiger Anerkennung gründen soll.

---

tional de droit pénal 73 (2002), S. 1199; *Plöckinger/Leidenmühler*, wistra 2003, S. 87. A.A. *Böse*, GA 2003, 757 ff.

407 Vgl. EuGH im Fall Aalborg Portland A/S et. al, verb. Rs. C-204, 205, 211, 213, 217, 219/00 P, 7.1.2004, Z. 338, sowie den Schlussantrag von Generalanwalt Colomer im Fall Italcementi SpA, 11.2.2003, Rs. C-213/00 P, Z. 88: „[Es ist] untersagt, dass jemand zum Schutz der gleichen Rechtsgüter und wegen desselben rechtswidrigen Verhaltens mehr als einmal strafrechtlich belangt wird [...] (Herv. des Verf.)." Vgl. auch *Soltész/Marquier*, in: EuZW 2006, 102 ff.

408 Vgl. des weiteren Art. 7 Abs. 2 EU-FinIntÜbk-Betrug und Art. 10 des EU-Übereinkommens zur Bekämpfung der Bestechung (oben Fn. 355).

409 Vgl. die abschließende Erläuterung des Konventspräsidiums zu Art. 50 (Bernsdorff/Borowsky, Protokolle, S. 41).

410 Grundlegend dazu *Kniebühler*, Transnationales ‚ne bis in idem', S. 374 ff.

411 Art. III-270 ff. EurVerf.

412 Vgl. den Schlussantrag des Generalstaatsanwaltes Colomer im Fall Italcementi SpA, 11.2.2003, Rs. C-213/00 P, Z. 91, der mit Blick auf die Sicherstellung des freien Wettbewerbs keine unterschiedlichen Ziele der EU und der Mitgliedsstaaten erkennt.

413 Zum Verhältnis von europäischen und außeneuropäischen Verwaltungssanktionen vgl. den EuGH im Fall Boehringer, 14.12.1972, Rs. 7-72, Z. 3 f. und den EuG im Fall Tokai Carbon Co. Ltd. et al., verbundene Rs. T-236, 239, 244, 246, 251, 252/01, 29.4.2004, Z. 137 ff.

414 *Dannecker*, in: Eser/Rabenstein, S. 180 f.

Rn. 17

IV. Würdigung

Art. 50 ist als transnationale Absicherung des ne bis in idem-Grundsatzes grundsätzlich zu begrüßen, zumal nicht zuletzt auch der Einfluss auf die nationalstaatliche Ausgestaltung nicht zu unterschätzen ist.[415] Darin ist selbst dann ein Fortschritt zu erblicken, wenn sein bisheriger Anwendungsbereich – zuständigkeitshalber – auf die Europäische Union beschränkt bleibt und manche Einzelfragen noch weiterer Konkretisierung bedürfen.[416] Im Übrigen wird den mit Mehrfachverfolgungen verbundenen individuellen wie auch innerstaatlichen und transnationalen Problemen erst dann wirksam zu begegnen sein, wenn man es schon gar nicht zu einer Mehrfachverfolgung kommen lässt, sondern einer solchen von vornherein vorzubeugen versucht. Deshalb wäre als Endziel anzustreben, von einem nur nachträglich-reaktiven Mehrverfolgungsverbot zu präventiver Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten durch international arbeitsteilige Strafjustiz vorzustoßen. Ein hoffnungsvoller, wenn auch noch zu kurzer Schritt in diese Richtung wurde neuerdings durch den „Rahmenbeschluss (des Rats der Europäischen Union) zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren" getan..[417]

V. Literaturübersicht

Anagnostopoulos, Ilias G., Ne bis in idem in der Europäischen Union: Offene Fragen, in: Herzog, Felix/Neumann, Ulfried (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg 2010, 1121; *Bohnert, Jean-Francois/Lagodny, Otto,* Art. 54 SDÜ im Lichte der nationalen Wiederaufnahmegründe. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 10.6.1999 – 4 StR 87/98, NStZ 2000, 636; *Biehler, Anke/Kniebühler, Roland/Lelieur-Fischer, Juliette/Stein, Sibyl* (eds.), Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Mulitiple Prosecutions in the European Union, Revue internationale de droit pénal 73 (2002), 1195; *Biehler, Anke*, Thema IV: Konkurrierende nationale und internationale strafrechtliche Zuständigkeit und das Prinzip ne bis in idem (Berlin, 1.-4.6.2003), ZStW 116 (2004), 256; *Böse, Martin*, Der Grundsatz „ne bis in idem" in der Europäischen Union (Art. 54 SDÜ), GA 2003, 744; *Burchard, Christoph/Brodowski, Dominik*, Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon, in: StraFo 2010, 137-144; *Cuesta, José Luis de la*, Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle „Ne Bis In Idem". General Report, Revue international de droit pénal 73 (2002), 707; *Dannecker, Gerhard,* Community Fines and non-Member State Sanctions: the Effect of the Principle „ne bis in idem", in: Eser, Albin /Rabenstein, Christiane (Hrsg.), Neighbours in Law, Freiburg i. Breisgau 2001, S. 153; *ders.*, Die Garantie des Grundsatzes „ne bis in idem" in Europa, in: Hirsch, Hans Joachim (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, Köln 2003, S. 593; *Ebensperger, Stefan*, Strafrechtliches „ne bis in idem" in Österreich unter besonderer Berücksichtigung internationaler Übereinkommen, ÖJZ 1999, 171; *Eicker, Andreas*, Trans-

---

415 Wie insbesondere im Sinne eines Übergangs vom bloßen „Anrechnungsprinzip" hin zu dem in Art. 50 verkörperten „Erledigungsprinzip". Vgl. oben Rn. 11, ferner Heselhaus/Nowak/Nehl, Handbuch, § 58 Rn. 20.

416 Vgl. *Anagnostopoulos*, in: FS für Hassemer, S. 1936 ff., *Lagodny*, in: Eser-FS, S. 791 f. sowie *Eser*, in: Ritsumeikan L.R. 2009, 189 f.

417 Rahmenbeschluss 2009/948/JI vom 30. 11. 2009, Amtsblatt der Europäischen Union L 328/42 vom 15.12.2009. Näher zu solchen präventiven Bestrebungen *Eser*, in: Sieber, § 36 G m.w.N.

staatliche Strafverfolgung. Ein Beitrag zur Europäisierung, Internationalisierung und Fortentwicklung des Grundsatzes ne bis in idem, Herbolzheim 2004; *Eser, Albin*, Human Rights Guarantees for Criminal Law and Procedure in the EU-Charter of Fundamental Rights, in: Ritsumeikan Law Review 2009, 163; *ders.*, Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung. Zur Sicherung von ‚ne bis in idem' und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten, in: Sieber, Ulrich/Satzger, Helmut/von Heintschel-Heinegg, Bernd/Brüner, Franz-Hermann (Hrsg.), Handbuch zum europäischen Strafrecht, § 36 (München/Baden-Baden, im Druck); *Eser, Albin/Burchard, Christoph*, Interlokales ‚ne bis in idem' in Europa?, in: Derra, Jörg (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht. Festschrift für Jürgen Meyer, Baden-Baden 2006, S. 499; *Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin, 2002; *Franz, Kurt*, Zum Verbot der Doppelbestrafung im internationalen anwaltlichen Berufsrecht, in: Hanack, Ernst-Walter (Hrsg.), Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburstag, Berlin/New York, 2002, S. 875; *Grabenwarter, Christoph*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, 1; *Hannich, Rolf* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK), 6. Auflage, München 2008; *Harms, Monika*, Von Transactien, ordonnances de non-lieu und anderen europäischen Besonderheiten – der lange Weg zu einer einheitlichen europäischen Strafrechtsordnung, in: Hanack, Ernst-Walter (Hrsg.), Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburstag, Berlin/New York, 2002, S. 725; *Hecker, Bernd*, Das Prinzip „Ne bis in idem" im Schengener Rechtsraum (Art. 54 SDÜ), StV 2001, 306; *ders.*, Europäisches Strafrecht, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg, 2007; *Jescheck, Hans Heinrich/ Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996; *Jung, Heike*, Zur Internationalisierung des Grundsatzes „ne bis in idem", in: Albrecht, Peter Alexis u.a. (Hrsg.), Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München 1993, S. 493; *Kniebühler, Roland Michael*, Transnationales ‚ne bis in idem'. Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, Berlin 2005; *Kühne, Hans-Heiner*, Ne bis in idem in den Schengener Vertragsstaaten. Die Reichweite des Art. 54 SDÜ im deutsch-französichen Kontext, JZ 1998, 876; *Lagodny, Otto*, Überlegungen zu einem menschengerechten transnationalen Straf- und Strafverfahrensrecht, in: Arnold, Jörg u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 777; *Löwe-Rosenberg*, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Erb, Volker u.a. (Hrsg.), 1. Bd. (Einleitung; §§ 1-47), 47. Auflage, Berlin/New York 2006; *Mansdörfer*, Marco, Das Prinzip ne bis in idem im europäischen Strafrecht, Berlin 2004; *Netzer, Felix*, Krimi, Tragödie und Lehrbuch Klassiker – Der Fall Krombach, in: ZJS 6/2009, 752; *Plöckinger, Oliver/Leidenmühler, Franz*, Zum Verbot doppelter Strafverfolgung nach Art. 54 SDÜ 1990, wistra 2003, 81; *Radtke, Henning/Busch, Dirk*, Transnationaler Strafklageverbrauch in den sog. Schengen-Staaten?, EuGRZ 2000, 421; *ders.*, Der Begriff der "Tat" im prozessualen Sinne in Europa, in: Schneider, Hendrik/Kahlo, Michael/Klesczewski, Diethelm/Schumann, Heribert (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode, Berlin 2008, S. 297; *Schomburg, Wolfgang*, Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung – Ein Zwischenbericht, NJW 2000, 1833; *ders.*, Konkurrierende nationale und internationale Strafgerichtsbarkeit und der Grundsatz „Ne bis in idem", in: Arnold, Jörg u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 829; *Schomburg, Wolfgang/Lagodny, Otto/Gleß, Sabine/Hackner, Thomas*, Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Auflage, München 2006; *Soltész, Ulrich/ Marquier, Julia*, Hält „doppelt bestraft" wirklich besser? – Der ne bis in idem-Grundsatz im Europäischen Netzwerk der Kartellbehörden, in: EuZW

2006, 102; *Stein, Sibyl*, Eine Meilenstein für das europäische „ne bis in idem", NJW 2003, 1162; *dies.*, Zum europäischen ne bis in idem nach Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens. Zugleich ein Beitrag zur rechtsvergleichenden Auslegung zwischenstaatlich geltender Vorschriften, Frankfurt a.M. u.a. 2004; *Thomas, Herbert*, Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung: vom nationalen zum internationalen ne bis in idem; eine rechtsvergleichende Erörterung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Bundesrepublik Deutschlands, Englands, Schottlands und der USA, Baden-Baden 2002; *Vander Beken, Tom/Vermeulen Gert/Lagodny, Otto*, Kriterien für die jeweils „beste" Strafgewalt in Europa – Zur Lösung von Strafgewaltskonflikten jenseits eines transnationalen Ne-bis-in-idem, NStZ 2002, 624; *Vogel, Joachim*, Internationales und europäisches *ne bis in idem*, in: Hoyer, Andreas/Müller, Henning-Ernst/Pawlik, Michael/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, 877; *Vogel, Joachim/Norouzi, Ali B.*, Europäisches „ne bis in idem" – EuGH, NJW 2003, 1173, JuS 2003, 1059; *Wyngaert, Christine van den/Ongena, Tom*, Ne bis in idem, in: Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Jones, John R.W.D. (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. II, Oxford 2002, S. 705; *Wyngaert, Christine van den/Stessens, Guy*, The International *Non Bis In Idem* Principle. Resolving Some of the Unanswered Questions, ICLQ 1999, 779.

TRANSNATIONALES STRAFANWENDUNGSRECHT / EXTERRITORIAL APPLICATION OF NATIONAL LAW

ALBIN ESER

DIE ENTWICKLUNG DES INTERNATIONALEN STRAFRECHTS IM LICHTE DES WERKES VON HANS-HEINRICH JESCHECK*

Wenn es in einer wachsenden Welt von Spezialisten glücklicherweise auch noch einige Universalisten gibt, so gehört der verehrte Jubilar zweifellos dazu. Neben zahlreichen dogmatischen Arbeiten, die in seinem großen Lehrbuch des „Allgemeinen Teils" des Strafrechts ihre krönende Summe gefunden haben, neben reformpolitischen Schriften, die bereits durch seine Mitwirkung in der Großen Strafrechtskommission einen besonderen Impetus erfuhren, neben den rechtsvergleichenden Blicken über die nationalen Grenzen, die ihn stets vor dogmatischer wie auch kriminalpolitischer Provinzialität bewahrten: neben diesem ohnehin schon ungewöhnlich breiten Oeuvre nehmen Jeschecks Beiträge zum Internationalen Strafrecht einen nicht weniger großen Raum ein.

Das zeigt sich schon rein quantitativ daran, daß in seinem als „Strafrecht im Dienst der Gemeinschaft" treffend betitelten Sammelband die internationalstrafrechtlichen Arbeiten fast ein Drittel von 628 Seiten ausmachen[1], wobei seine umfangreiche Studie zu den Nürn-

---

* Originalbeitrag erschienen in: Theo Vogler (Hrsg.): Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, Bd. 2, 1985, S. 1353 – 1377

1 *Jescheck,* Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft. Ausgewählte Beiträge zur Strafrechtsreform, zur Strafrechtsvergleichung und zum Internationalen Strafrecht aus den Jahren 1953 - 1979 (hrsg. von *Vogler),* 1980. In dieser nachfolgend als „Sammelband" abgekürzten Auswahl finden sich zum Teilbereich des „Internationalen Strafrechts" folgende Beiträge: Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften, ZStW 65 (1953), S. 496 - 518 = Sammelband S. 455 - 471. – Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in Europa, ZStW 66 (1954), S. 518 - 544 = Sammelband S. 472 - 491 (ital. Übers. in: Rivista italiana di diritto penale 1955, 309 - 337). – Verbrechen gegen das Völkerrecht, Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1955, S. 351 - 382 (zit. Dt. Landesreferate 1954) = Sammelband S. 492 - 520 (franz. Übers. in: Revue Internationale de Droit Pénal 1955, S. 503 - 554). – Zur Reform der Vorschriften des StGB über das internationale Strafrecht, Internationales Recht und Diplomatie (= IRuD) 1956, S. 75 - 95 = Sammelband S. 521 - 544. – Die Entwicklung des Völkerstrafrechts nach Nürnberg, SchwZStr 72 (1957), S. 217 - 248 = Sammelband S. 545 - 565. – Die Vollstreckung ausländischer Straferkenntnisse in der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für von Weber, 1963, S. 325 - 342 = Sammelband S. 566 - 580. – Gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten der Entwurfsarbeiten auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts, Erinnerungsgabe für Grünhut, 1965, S. 47 - 60 = Sammelband S. 581 - 594 (franz. Übers. in: Revue Internationale de Droit Pénal 1964, S. 83 - 106; ital. Übers. in: Rivista italiana di diritto e procedura penale 1964, S. 631 - 700; port. Übers. in: Revista brasileiro de criminologia e direito penal 1965, S. 53 - 71). – Gedanken zur Reform des deutschen Auslieferungsgesetzes, Etudes en l'honneur de Jean Graven, 1969, S. 75 - 89 (zit. Graven-Festschrift) = Sammelband S. 595 - 605. – Neue Formen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Festschrift für Honig, 1970, 5. 69 - 78 = Sammelband S. 606 - 614 (engl. Übers. in: Law and state. Vol. 2. Tübingen 1970, S. 7 - 18). – Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts, Festschrift für Maurach, 1972, S. 579 - 594 = Sammelband S.615 - 628 (ital. Übers. in: Rivista italiana di diritto e procedura penale 1971, S. 633 - 648; port. Übers. in: Revista de direito penal 1972, S. 7 - 20).

berger Prozessen[2] wie auch verschiedene kleinere Veröffentlichungen[3] nicht einmal mitaufgenommen sind und neuerdings noch sein Bericht über Stand und Zukunftsaussichten des internationalen Strafrechts hinzuzuzählen wäre[4]. Aber noch weitaus wichtiger ist natürlich die qualitative Bedeutung dieser Beiträge. Denn nicht nur, daß sich Jescheck bereits zu einer Zeit, als kritische Stellungnahmen zu den Nürnberger Prozessen von deutscher Seite international noch alles andere als willkommen waren, dieser Aufgabe mit rechtsstaatlich engagiertem Mut, wenngleich auch mit weltpolitischem Realismus gestellt hat[5]; auch seine weitsichtigen Durch- und Überblicke über mögliche Formen internationaler Kooperation im Bereich des Strafrechts haben dieser immer wieder neue Ziele gesteckt und Wege gewiesen[6], ganz zu schweigen von der nicht immer publizistisch dokumentierten, aber deswegen kaum weniger einflußreichen Tätigkeit in internationalen Gremien und wissenschaftlichen Gesellschaften, wobei hier lediglich auf Jeschecks langjährige Präsidentschaft in der Association Internationale de Droit Pénal hingewiesen sei. Nicht zuletzt aber ist sein Einfluß auf die Neugestaltung der internationalstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB hervorzuheben; denn ohne seine Vorarbeiten[7] wäre dieses Reformstück sicherlich nicht so verwirklicht worden, wie es dann – wenn auch letztlich vielleicht nicht ganz in seinem Sinne – in Gestalt der jetzigen §§ 3 bis 9 StGB zum Gesetz geworden ist.

---

2 *Jescheck,* Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen, 1952.

3 *Jescheck,* Das Strafrecht der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft, ZStW 65 (1953), 5. 113 - 131. – Das Strafrecht nach dem Truppenvertrag, ZStW 65 (1953), S. 293 - 310. – Der strafrechtliche Schutz der internationalen humanitären Abkommen, ZStW 65 (1953), S. 458 - 478 (franz. übers. in: Revue Internationale de Droit Pénal 1953, S. 13 - 42). – Die internationale Genocidiumkonvention und die Lehre vom Völkerstrafrecht, ZStW 66 (1954), S. 193 - 217. – Die an Bord von Luftfahrzeugen begangenen Straftaten und ihre Rechtsfolgen. Dt. Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen 1957. Sonderheft der ZStW 1957, S. 195 - 217 (franz. übers. in: Revue Internationale de Droit Pénal 1956, 371 - 391). Straftaten gegen das Ausland, Festschrift für Rittler, 1957, S. 275 - 285. – „Strafrecht, internationales" in: Wörterbuch des Völkerrechts (= WBV) (hrsg. v. Strupp / Schlochauer), 2. Aufl. 1962, III. Bd., S. 396 - 399, sowie „Völkerstrafrecht", S. 781 f. – Der VIII. Internationale Strafrechtskongreß in Lissabon, ZStW 74 (1962), S. 183 - 197. – Die internationalen Wirkungen der Strafurteile, ZStW 76 (1964), S. 172 - 176. – Lo stato attuale del diritto penale europeo, in: Prospettive per un diritto penale europeo, 1968, S. 321 - 344. – European Criminal Law in Development, in: Festschrift für Rie, 1975, hrsg. von Sonnenfeld / Minor, S. 25 - 33.

4 *Jescheck,* Entwicklung, gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten des internationalen Strafrechts, GA 1981, S. 49 - 70 (engl. Übers. in: Revue Internationale de Droit Pénal 1981, 337 - 363).

5 Vgl. dazu insbesondere die in Fn. 2 genannte Schrift, ferner den in Fn. 1 angeführten Beitrag in SchwZStr. 72 (1957), S. 217 ff. = Sammelband S. 545 - 565.

6 Vgl. dazu von den in Fn. 1 und 3 genannten Arbeiten insbes. die Übersichtsbeiträge in IRuD 1956, 75 - 95 = Sammelband S. 521 - 544; SchwZStr. 72 (1957), S. 217 - 248 = Sammelband S. 545 - 565; Grünhut-Erinnerungsgabe 1965, S. 47 - 60 = Sammelband S. 581- 594; Lo stato attuale del diritto penale europeo 1968, S. 321 - 344; Graven-Festschrift, S. 75 - 89 = Sammelband S. 595 - 605; Honig-Festschrift, S. 69 - 78 = Sammelband S. 606 - 614; Maurach-Festschrift, S. 579 - 594 = Sammelband S. 615 - 628; Rie-Festschrift, S. 25 - 33; GA 1981, S. 49 - 70.

7 Grundlegend dazu sein in der Großen Strafrechtskommission (Niederschriften Bd. IV S. 11 - 18) gehaltenes Referat, das in überarbeiteter und mit Belegen versehener Form unter dem Titel „Zur Reform der Vorschriften des StGB über das internationale Strafrecht" zunächst nur – etwas abgelegen – in IRuD 1956, 75 - 95 veröffentlicht war, nun aber durch Aufnahme in den Sammelband (S. 521 - 544) leichter zugänglich ist.

Die mit einem solchen Einsatz verbundenen Hoffnungen rechtfertigen die Frage, inwieweit Jeschecks Vorstellungen Wirklichkeit geworden sind: was davon in Erfüllung gegangen, was unerfüllt geblieben ist, aber auch, inwieweit seine Auffassungen selbst eine Entwicklung durchgemacht haben oder anderweitig überholt wurden. Mein ursprüngliches Vorhaben, aus diesem Blickwinkel sein gesamtes internationalstrafrechtliches Werk zu würdigen, hat sich jedoch schon aus Raumgründen als nicht realisierbar erwiesen. Bei der demzufolge notwendigen Beschränkung sei hier jener Bereich in den Mittelpunkt gestellt, in dem Jeschecks Einfluß wohl am unmittelbarsten zur Entfaltung kommen konnte: bei der Reform des materiellen Internationalen Strafrechts[8]. Daß er dies jedoch nie in isolierter Engführung gesehen hat, ist bereits ein Spezifikum von Jeschecks Verständnis des Internationalen Strafrechts, weswegen damit zu beginnen ist.

I. Begriff und Aufgaben des Internationalen Strafrechts

1. Schon bei dieser Standortbestimmung tritt ein Grundzug von Jeschecks Sichtweise hervor: ein gesunder, jedem fruchtlosen Doktrinarismus abholder Pragmatismus. Dies erleichtert es ihm, den Begriff des Internationalen Strafrechts einerseits „im weitesten Sinne" zu verstehen[9], um mit Rücksicht auf den „Funktionszusammenhang" in einer – von ihm selbst so bezeichneten – „pragmatischen" Weise sowohl „die Bestimmungen zur Abgrenzung der staatlichen Strafgewalt im Verhältnis zum Ausland" als auch die verschiedenen Formen der internationalen Rechtshilfe (einschließlich des Auslieferungsrechts) sowie das übernationale Strafrecht (wie vor allem im Bereich der europäischen Gemeinschaften) bis hin zur Einrichtung internationaler Strafgerichtsbarkeit einzuschließen[10] und selbst das sog. Völkerstrafrecht miteinzubeziehen[11], somit also dem Internationalen Strafrecht „alle strafrechtlichen Rechtsbildungen (zuzuordnen), bei denen das Verhältnis des Staates zum Ausland eine Rolle spielt"[12]. Dies hindert ihn aber andererseits nicht, in seinem Lehrbuch den Begriff des Internationalen Strafrechts auf die Anwendbarkeit des materiellen Strafrechts eines Staates auf einen bestimmten Sachverhalt mit internationalem Einschlag zu begrenzen[13], sich insoweit also auf ein – an anderer Stelle so bezeichnetes – „internationales Strafrecht im klassischen Sinne" zu beschränken[14] und dieses als (inner-)staatliches Recht ausdrücklich vom Völkerrecht (und damit inzidenter auch vom Völkerstrafrecht) abzusetzen[15] – wobei allenfalls überraschen mag, daß dieses auch sonst weltweit zu beobachtende unter-

---

8 Neben der zuvor genannten Schrift ist dabei insbesondere auch seine lexikographische Zusammenfassung des internationalen Strafrechts im WBV (vgl. oben Fn. 3) sowie die Darstellung im Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1969, S. 113 - 134, 2. Aufl. 1972, S. 125 - 148, 3. Aufl. 1978, S. 127 - 154, ferner sein Beitrag in der Maurach-Festschrift (Fn. 1) zu berücksichtigen.

9 GA 1981, 49.

10 Maurach-Festschrift, S. 579 = Sammelband S. 615.

11 GA 1981, 49 Fn. 1. Eingehend zu dieser Einbeziehung des Völkerstrafrechts *Triffterer,* Völkerstrafrecht im Wandel? in dieser Festschrift, S. 1477 ff.

12 So an der in Fn. 10 genannten Stelle, wobei er sich für dieses weite Begriffsverständnis auf namhafte Vorläufer berufen kann. Auf dieser Basis dürfte wohl auch die Auswahl in seinem Sammelband (Fn. 1) zu erklären sein.

13 Lehrbuch 3. Aufl. S. 129.

14 Dt. Landesreferate 1954 S. 357 = Sammelband S. 496, ebenso Honig-Festschrift, S. 580 = Sammelband S. 616.

15 Lehrbuch 3. Aufl. S. 130; ebenso auch schon in WBV III (Fn. 3) S. 396.

schiedliche Begriffsverständnis[16] in seinem Lehrbuch an keiner Stelle ausdrücklich artikuliert, sondern dort – in auffälligem Unterschied zu den eher ausgreifenden monographischen Schriften[17] – stillschweigend vom engeren Begriff des Internationalen Strafrechts ausgegangen wird[18].

Innerhalb dieses „klassischen" Internationalen Strafrechts freilich hat sich Jescheck bereits in seiner ersten grundlegenden Arbeit, die der Reform der einschlägigen StGB-Vorschriften gewidmet war[19] und den Beratungen der Großen Strafrechtskommission (GrStrK) als Diskussionsgrundlage diente[20], um weitere dogmatische Verfeinerungen bemüht. Dies gilt vor allem für die grundlegende Unterscheidung zwischen dem (materiellen) Geltungsbereich des Strafrechts und dem (prozessualen) Umfang der Strafgerichtsbarkeit[21]. Auch wenn diese Unterscheidung schon einige Zeit geläufig war[22], finden sich deren Konsequenzen doch bei Jescheck in unmißverständlicher Weise herausgearbeitet und gegen die damals teils noch vertretene Auffassung abgesichert, daß die Grenze der Gesetzesherrschaft mit dem Umfang der Gerichtsbarkeit zusammenfalle[23]; denn demgegenüber hat er zu Recht verschiedene Fälle namhaft gemacht, in denen einerseits inländische Gerichte ausländisches Recht anzuwenden haben (wie etwa nach der bis 1940 geltenden Neubürgerregelung des § 4 Abs. 3 S. 2 StGB)[24] bzw. umgekehrt trotz Ausschlusses der eigenen Gerichtsbarkeit das materielle Strafrecht noch anwendbar sein kann (wie vor allem im Rahmen der Besatzungsgerichtsbarkeit)[25].

Über diese hierzulande inzwischen allgemein akzeptierte Grundunterscheidung zwischen materieller Strafrechtsgeltung und prozessualer Justizhoheit[26] hinaus finden sich freilich in jener frühen Schrift noch keine weiteren Differenzierungen. Dies gilt insbesondere für die schon damals virulente, die materielle Seite jener Unterscheidung betreffende Frage, ob die

---

16 Vgl. den Überblick bei *Oehler,* Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, S. 1 ff., wobei jedoch vor allem die im romanischen Sprachbereich zu beobachtenden Bemühungen, das Strafanwendungsrecht als „droit pénal international" vom Völkerstrafrecht als „droit international pénal" schon begrifflich abzusetzen *(Oehler,* S. 1 Fn. 2), Beachtung verdienen.

17 Besonders extrem in diesem Sinne der Entwicklungsbericht in GA 1981, 49 ff., wo das „klassische" Internationale Strafrecht sogar völlig ausgeklammert ist und es statt dessen im wesentlichen nur um Fragen des Völkerstrafrechts und der internationalen Rechtshilfe geht.

18 So auch in IRuD 1956, 75 - 95 = Sammelband S. 521 ff. und im WBV-Beitrag III S. 396 ff., während in Maurach-Festschrift, S. 579 ff. (= Sammelband S. 615 ff.) sowohl das materielle Internationale Strafrecht als auch die internationale Rechtshilfe behandelt werden. Auch in dem dem „Völkerstrafrecht" gewidmeten § 14 des Lehrbuchs (3. Aufl. S. 91 ff.) findet sich keine begriffliche Abgrenzung.

19 IRuD 1956, 75 - 95 = Sammelband S. 521 - 544.

20 Vgl. oben zu Fn. 7.

21 IRuD 1956, 76 f. = Sammelband S. 522 f.

22 Vgl. die angeführten Vorläufer ebenda auf S. 76 bzw. 522, jeweils Fn. 8.

23 So *Schönke,* Gegenwartsfragen des internationalen Strafrechts, Mezger-Festschrift, 1954, S. 105, 108.

24 IRuD 1956, 76 = Sammelband S. 522. Auf dieses Problem der Fremdrechtsanwendung wird noch zurückzukommen sein: unten III. 4.

25 IRuD 1956, 76 f. = Sammelband S. 523.

26 Daß diese jeweilige Zuordnung zum materiellen oder formellen Recht allerdings keine Selbstverständlichkeit ist, hat bereits *Mezger,* Die grundsätzliche Bedeutung der neuen Bestimmungen über den Geltungsbereich des Strafrechts, DStR 1941, 18 f., hervorgehoben; vgl. ferner *Schultz,* Zur Regelung des räumlichen Geltungsbereiches durch den E 1962, GA 1966, 193 f.

internationalstrafrechtlichen StGB-Bestimmungen – wie schon bei Binding grundgelegt[27] und dann namentlich im Anschluß an Mezger[28] fast allgemein vertreten[29] – als bloßes „Strafanwendungsrecht" (im Unterschied zu reinen „Kollisionsnormen" im internationalprivatrechtlichen Sinne) sowohl zutreffend als auch erschöpfend charakterisiert seien[30]. In dieser Frage hat Jeschecks Einschätzung offenbar selbst eine gewisse Entwicklung durchgemacht: Während nach seinem WBV- Beitrag von 1962 das Internationale Strafrecht, indem er diesem eine kollisionsrechtliche Auswahlfunktion grundsätzlich abspricht[31], „nur bestimmt, ob das eigene Strafrecht auf einen gegebenen Sachverhalt anzuwenden ist", somit also bloßes „Rechtsanwendungsrecht" sei[32], wird in der 1. Auflage des Lehrbuchs von 1969 diese Position insofern modifiziert, als es „bei den Regeln des internationalen Strafrechts nicht, wie vielfach gelehrt wird, um den Anwendungsbereich des eigenen materiellen Strafrechts, sondern um das dieser Frage noch vorgelagerte Problem des Umfangs der staatlichen Strafgewalt (gehe)"[33]. Diese den Anwendungsgrenzen vorgelagerte Frage nach der eigenen Gesetzgebungshoheit überhaupt findet sich, ohne daß aber bei Jescheck ausdrücklich darauf Bezug genommen wäre, namentlich schon bei Schultz artikuliert, der in einer Art von Zweistufentheorie in einem ersten Schritt den Regeln über den räumlichen Geltungsbereich die Erklärung des jeweiligen nationalen Gesetzgebers entnimmt, welche Strafgesetzhoheit sich dieser für welche Art von Handlungen zulegen will, um dann in einem zweiten Schritt die Frage nach dem dabei anzuwendenden (in- oder ausländischen) Recht zu beantworten[34]. Bei seiner diese vorgreifliche Strafgewaltfrage fast schon verabsolutierenden Position, die mittlerweile Anhängerschaft gefunden hat[35], ist jedoch Jescheck seinerseits nicht stehengeblieben, sondern hat in der 3. Auflage seines Lehrbuchs von 1978

---

27 Vgl. *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 372 f.

28 Vgl. dazu bereits *Mezger,* Strafrecht, 2. Aufl. 1933, S. 57 sowie DStR 1941, 18 f., während demgegenüber *Lange* an gleicher Stelle (DStR 1941, 6 f.) noch vorbehaltlos von „Kollisionsnormen" spricht.

29 Vgl. für viele *Jagusch,* 8. Aufl. 1956, Vorbem. 2 zu §§ 3 bis 6 (S. 71).

30 Vgl. etwa die Problematisierung bei *Maurach,* Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1954, S. 85, während sich *Schönke* noch in seiner (letzten) 6. Aufl. des StGB-Kommentars (1952) in Vorbem. I zu § 3 jeglicher Charakterisierung des Internationalen Strafrechts enthält.

31 Und selbst soweit es eine solche ausnahmsweise (wie in der bis 1940 geltenden Neubürgerklausel des § 4 Abs. 3 S. 2 StGB a. F.) gibt, diese für „sehr problematisch" erklärt: WBV III S. 396.

32 Ebenda.

33 Wobei sich freilich deren Bestehen auch in der Verweisung auf ein anderes Recht ausdrücken könne: *Jescheck,* Lehrbuch 1. Aufl. S.115; ebenso in Maurach-Festschrift S. 579 f. = Sammelband S. 615 f.

34 *Schultz,* GA 1966, 194. Wie wenig man freilich dabei schon von einer feststehenden und unmißverständlichen Terminologie ausgehen kann, zeigt der Beitrag von *Vogler,* Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze, in: Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts, Grützner-Geburtstagsgabe, 1970, S. 149 ff., wo es bei der „Geltungs"-Frage offenbar weniger um das allgemeine Strafgewaltproblem im Sinne von *Schultz* als mehr spezifisch um die straftatbestandsimmanente Frage des jeweiligen Schutzumfangs geht: näher dazu *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 21. Aufl. 1982, Vorbem. 13 ff. vor § 3 m. w. N. *Jeschecks* Standpunkt zu dieser – dem eigentlichen Internationalen Strafrecht vorgelagerten – Frage des tatbestandlichen Schutzbereichs findet sich eher etwas marginal im Lehrbuch 3. Aufl. S. 141 f. Soweit er sonst dazu Stellung nimmt, geschieht dies mit eher ausweitender Tendenz: vgl. etwa WBV III S. 398 f.

35 Vgl. namentlich *Tröndle*, LK, 10. Aufl. 1978, Vorbem. 2 vor § 3.

dem Internationalen Strafrecht zumindest „in zweiter Linie" den Charakter von „Strafanwendungsrecht" eingeräumt[36].

Auch wenn man die terminologischen Aspekte dieser Meinungsverschiedenheiten vielleicht nicht überbewerten sollte, da sich mit dem Begriff des „Strafanwendungsrechts" sowohl die strafgewaltbegründende wie auch die rechtsanwendungsregelnde und -begrenzende Funktion der internationalstrafrechtlichen Bestimmungen erfassen lassen[37], erscheint diese Differenzierung der Sache nach nicht nur berechtigt, sondern auch nützlich; denn wie auch von Jescheck schon von Anfang an nicht völlig ausgeschlossen[38] und in seiner 3. Auflage sogar ausdrücklich eingeräumt[39], könnte das Internationale Strafrecht durchaus auch eine kollisionslösende Funktion übernehmen[40]. Dies trifft freilich für die gegenwärtigen deutschen Bestimmungen schon deshalb nicht zu, weil sie – ohne Rücksicht auf etwaige Kollisionen mit ausländischen Strafhoheitsansprüchen – mehr auf die Ausdehnung der deutschen Strafgewalt ausgerichtet sind: Insofern kann im Hinblick auf die derzeitigen §§ 3 - 9 StGB von „einseitigen Kollisionsnormen"[41] allenfalls in kollisionsbegründendem, aber kaum in kollisionsbehebendem Sinne gesprochen werden[42].

2. Ähnlich wie bei den Begriffsproblemen ist Jescheck auch bei der Frage nach den Aufgaben des Internationalen Strafrechts starrer Doktrinarismus fremd. Dies ermöglicht es ihm, als „Grundgedanken" des Internationalen Strafrechts Zielsetzungen zu akzeptieren, die – eingestandenermaßen – teils sogar gegenläufig sein können[43]: so etwa, wenn der „Schutz der inländischen Rechtsgüterwelt", die „Wahrung der innerstaatlichen öffentlichen Ordnung" oder die bis ins Ausland verlängerte „Bindung der eigenen Staatsangehörigen an die heimische Rechtsordnung" einerseits mit der „internationalen Solidarität bei der Verbrechensbekämpfung" andererseits in Konflikt geraten bzw. die „Lückenlosigkeit der staatlichen Strafgewalt diesseits und jenseits der Grenzen" der gleichermaßen anzustrebenden „Einzelfallgerechtigkeit" im Wege stehen kann. Wo und wie ein Staat innerhalb dieser Ziele Akzente setzen und Grenzen ziehen will, sieht Jescheck völkerrechtlich in dessen Ermessen gestellt, solange dieser nicht völlig selbstherrlich vorgeht, sondern auf die Interessen anderer Staaten an der Wahrung ihrer Rechtsordnung und am Schutz ihrer Bürger Rücksicht nimmt. Trotz der darin liegenden Anerkennung der grundsätzlichen Kompetenz-Kompetenz des innerstaatlichen Gesetzgebers steht somit Jescheck in der Reihe derer, die jene nationale Hoheitsgewalt völkerrechtlich beschränkt sehen[44]. Doch wem selbst inner-

---

36 *Jescheck*, Lehrbuch 3. Aufl. S. 129.

37 Vgl. *Eser*, in: Schönke / Schröder, Vorbem. 1 vor § 3, Zieher, Das sogenannte Internationale Strafrecht nach der Reform, 1977, S. 28 ff.

38 Vgl. Fn. 31, 33.

39 Lehrbuch 3. Aufl. S. 129 unter I 1 a. E.

40 In diesem Sinne wohl auch *Schultz,* Neue Entwicklungen im sog. internationalen Strafrecht, v. Weber-Festschrift, 1963, S. 305, 307, wenn er – obgleich schwerlich im Einklang mit der gegenwärtigen Rechtssituation in den meisten Ländern – den landesrechtlichen Regeln die Zielsetzung entnimmt, „Kollisionen mit fremden Rechten zu beheben".

41 So *Lackner,* StGB, 15. Aufl. 1983, Vorbem. 1 vor § 3.

42 Allgemein zu dieser Kollisionsproblematik *Eser,* in: Schönke / Schröder, Vorbem. 1, 72 vor § 3. Ähnlich der rechtsvergleichende Befund von *Nuvolone,* Die Kollisionsnormen auf dem Gebiete des Strafrechts in Europa, ZStW 66 (1954), S. 545 f., 566 f.

43 Vgl. die schon im WBV III S. 397 grundgelegte und dann bereits in der 1. Lehrbuchauflage S.117 ergänzte (und seitdem unveränderte) Zielbeschreibung.

44 Vgl. Lehrbuch 3. Aufl. S. 130, ferner *Eser, in:* Schönke / Schröder, Vorbem. 3 vor § 3, jeweils m. w. N.

halb des damit gezogenen Ermessensrahmens jene allgemeine Zielumschreibung Jeschecks – ihrem Lehr- und Wörterbuchcharakter gemäß – vielleicht zu abgeklärt, wenn nicht gar unentschieden erscheint[45], der kann in Jeschecks monographischen Arbeiten weitaus dezidiertere, ja teils sogar kämpferische Töne kennenlernen: So, wenn er – worauf im einzelnen noch zurückzukommen sein wird – sich mit aller Entschiedenheit zum Gedanken internationaler Solidarität bekennt[46], das dem Nebeneinander souveräner Staaten zugrundeliegende Ordnungsprinzip betont[47] und sich dementsprechend – und zwar über das möglicherweise völkerrechtlich Gebotene hinaus – gegen übersteigerte Souveränitätsansprüche wendet[48], wobei er insbesondere die „ideologische Zwangsjacke" geißelt, die der Nationalsozialismus seinen Staatsangehörigen durch Einführung des aktiven Personalprinzips „von der Wiege bis zum Grabe überzuwerfen gedachte"[49]. Im gleichen Sinne einer verstärkten internationalen Kooperation versteht sich sein Einsatz für Verbesserungen der Rechtshilfe in Strafsachen durch neue Formen der Übernahme bei Verfolgung und Vollstreckung[50] sowie durch Abbau von rechtshilfebehindernden Prinzipien (wie etwa des Gegenseitigkeitsprinzips)[51]. Nicht zuletzt liegt ihm auch die Verbesserung der Rechtsstellung des Betroffenen am Herzen[52].

Doch bei allem Werben für internationales, notfalls auch Souveränitätseinbußen hinnehmendes Vertrauen sieht er doch – und zwar bei voranschreitendem Alter mit wachsender, wenn auch nie resignativer Nüchternheit – die praktischen und vor allem machtpolitisch bedingten Hürden, die einer weltumfassend kooperativen Verbrechensbekämpfung im Wege stehen. Statt der hochgesteckten Hoffnungen auf die Errichtung eines internationalen Gerichtshofs und eines dementsprechenden Völkerstrafrechts plädiert er daher gerade in seiner bislang letzten einschlägigen Schrift für begrenztere Ziele, wie sie sich in regional, politisch und ideologisch verbundenen Staatengruppen vielleicht noch am ehesten verwirklichen ließen[53].

Vielleicht ist es auch dieser Realismus, der ihn bislang davon abgehalten hat, sich für eine geschlossene „Theorie des internationalen Strafrechts", wie sie schon verschiedentlich gefordert wurde[54], zu erwärmen, wenn überhaupt erkennbar zu öffnen. Denn so sehr er

---

45 Vgl. demgegenüber etwa *Schultz*, v. Weber-Festschrift, S. 309 f., wonach „einzig" der Gedanke der internationalen Solidarität eine tiefere Begründung für das internationale Strafrecht bieten könne.

46 IRuD 1956, 92 = Sammelband S. 541; v. Weber-Festschrift, S. 338 = Sammelband S. 576.

47 IRuD 1956, 91 = Sammelband S. 540.

48 IRuD 1956, 85 = Sammelband S. 532; v. Weber-Festschrift, S. 333 = Sammelband S. 573.

49 IRuD 1956, 80 = Sammelband S. 526.

50 v. Weber-Festschrift, S. 333 ff. = Sammelband S. 573 ff.; Graven-Festschrift, S. 77 ff. = Sammelband S. 596 ff.; Honig-Festschrift, S. 69 ff. = Sammelband S. 606 ff.

51 Grundsätzlich noch für die Beibehaltung in ZStW 66 (1954), S. 527 ff. = Sammelband S. 479 f. gegenüber Graven-Festschrift, S. 77 ff. = Sammelband S. 596 f., wo *Jescheck* zwar nicht für die völlige Aufgabe, jedoch für das Zurücktreten des Gegenseitigkeitsprinzips plädiert.

52 Vgl. insbes. in Graven-Festschrift, S. 85 f. = Sammelband S. 602 und Honig-Festschrift, S. 69 = Sammelband S. 606, wobei es ihm allerdings offenbar nur um Verstärkung der Anhörungs- und Verteidigungsrechte des Betroffenen geht.

53 GA 1981, 69 f.

54 So in neuerer Zeit vor allem von *Oehler,* Theorie des Strafanwendungsrechts, Grützner-Geburtstagsgabe, S. 110 ff., ferner *Vogler,* Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht unter Berücksichtigung der Konvention des Europarats, Maurach-Festschrift, S. 595, 596, 601 ff., der über *Oehler* insofern hinausgeht, als dieser im Grunde lediglich eine *internationalstrafrechtlich immanente* Abstimmung der Prinzipien versucht, während es *Vogler* – und zwar im

selbst die Bedeutung des Internationalen Strafrechts als Indikator für die Stellung des Einzelnen im Staat und für die Stellung des Staates in der Völkergemeinschaft betont[55] und die gegenseitige Abhängigkeit von materiellem Internationalen Strafrecht und prozessualer internationaler Rechtshilfe hervorhebt[56], und so richtig es in der Tat erscheint, daß die Internationalisierung des Verbrechens eine internationale Kriminalpolitik erfordert[57], die im Sinne einer „Straftheorie" nicht zuletzt auch eine in sich stimmige Ausbalancierung der verschiedenen Prinzipien und Anknüpfungspunkte des Internationalen Strafrechts zu leisten hätte[58], so bleibt doch Frustration vorprogrammiert, solange die Einzelstaaten nicht einmal für ihren internen Hoheitsbereich eine konsistente Kriminalpolitik zu präsentieren vermögen. Um so wichtiger ist es, für das jeweilige eigene Internationale Strafrecht eine Konzeption zu finden, die den internen kriminalpolitischen Bedürfnissen Rechnung trägt, ohne dabei den Weg zu verstärkter internationaler Solidarität und Kooperation zu verbauen. Im Sinne einer solchen „pragmatischen Konkordanz" von unabdingbaren Grundsätzen und realisierbar erscheinenden Zielsetzungen dürfte auch Jescheck die Aufgabenstellung bei seinen Vorschlägen für eine Reform des deutschen Internationalen Strafrechts gesehen haben. Dieses Kernstück seiner Arbeiten zum „klassischen" Internationalen Strafrecht ist daher nun im einzelnen zu betrachten.

II. Vom aktiven Personalprinzip zum Territorialprinzip

Das Bild des Pragmatikers, als der Jescheck in den zuvor erörterten Vorfeldfragen in Erscheinung getreten ist, wandelt sich jedoch in das eines Prinzipalisten, sobald es um den Kern der Sache geht: so bei der Frage nach dem maßgeblichen Anknüpfungspunkt des Internationalen Strafrechts. Zwar meinte er, den im Jahre 1940 eingeführten, am aktiven Personalprinzip ausgerichteten Vorschriften bescheinigen zu können, daß die damit begründete Strafbarkeit eines Deutschen für jede In- oder Auslandstat (§ 3 Abs. 1 StGB a. F.) zu keinen krassen Mißgriffen geführt habe, zumal da materiellen Übersteigerungen dieses nahezu lückenlosen Anwendungsbereichs durch die zusätzliche Strafwürdigkeitsprüfung (§ 3 Abs. 2 StGB a. F.) bzw. durch entsprechende Handhabung des (durch § 153 a StPO a. F. für Auslandstaten eingeräumten) Opportunitätsprinzips die Spitze genommen werden konnte[59]. Dennoch erklärte er es ganz entschieden für verfehlt, sich mit einer solchen Scheinberuhigung begnügen und die Regelung des Internationalen Strafrechts als ein bloß juristisch-technisches Problem verstehen zu wollen; denn als Indikator für die Stellung des Einzelnen zum Staat wie auch des Staates innerhalb der Völkergemeinschaft erfordere das Internationale Strafrecht eine Grundentscheidung des Gesetzgebers[60]. Und zwar offensichtlich nicht nur als eine Frage rechtspolitischen Ermessens, sondern als ein rechtsstaatliches

---

Ansatz durchaus zu Recht – um eine mehr *strafzwecktheoretische* Ausrichtung an den Aufgaben moderner Kriminalpolitik geht.

55 IRuD 1956, 75 = Sammelband S. 521.

56 v. Weber-Festschrift, S. 331 und 337 = Sammelband S. 571, 575; Maurach-Festschrift, S. 582 = Sammelband S. 617.

57 So i. S. einer auszuformulierenden Theorie *Vogler,* Maurach-Festschrift, S. 601.

58 *Vogler,* ebenda S. 596: vgl. Fn. 54.

59 So bereits der Ratschlag von *Mezger,* DStR 1941, 20, während demgegenüber *Lange* (ebenda S. 18) weniger die zahlreichen Überschneidungen als vielmehr die Lückenhaftigkeit des damaligen Rechts glaubte beklagen zu müssen.

60 *Jescheck,* IRuD 1956, 75 = Sammelband S. 521 f.; im gleichen Sinne in Niederschriften IV S. 11.

Gebot; denn wenn Jescheck in dem pragmatisch naheliegenden Verweis auf mögliche Einzelfallkorrekturen eines zu weit geratenen Gesetzesbereichs eine fehlerhafte „Verschiebung der Verantwortung vom Gesetzgeber auf Rechtsanwendungsorgane" erblickt[61], dann wohl deshalb, weil darin sowohl eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips wie auch des Bestimmtheitsgrundsatzes zu sehen ist[62].

In der Sache selbst setzt sich Jescheck mit Verve für eine „Rückkehr zum Territorialprinzip als Grundnorm des internationalen Strafrechts" und damit für die grundsätzliche Beschränkung des deutschen Strafrechts auf Inlandstaten ein[63]. Die geschichtliche Bedeutung dieses – schließlich erfolgreichen – Einsatzes für die Entwicklung des deutschen Internationalen Strafrechts wird man nur dann voll ermessen können, wenn man sich die zeitgeschichtlichen Umstände vergegenwärtigt. Einerseits war im Jahre 1956, als sich die GrStrK erstmals mit der künftigen Gestalt des Internationalen Strafrechts zu befassen hatte[64], das aktive Personalprinzip innerhalb der neueren Tradition des deutschen Rechts noch ein recht junges Gewächs. Denn dem RStGB von 1871 lag bekanntlich das Territorialprinzip zugrunde, und zwar bis zur NS-Zeit offenbar so unangefochten, daß demgegenüber das aktive Personalprinzip selbst in Grundsatzabhandlungen – wie beispielsweise in R. Franks Wörterbuchartikel von 1929 – nicht einmal der Erwähnung für wert befunden worden war[65]. Andererseits gab es aber damals auch eine ganze Reihe von Nachbarländern, die – wie vor allem Österreich, Polen und teilweise auch Italien – das aktive Personalprinzip als maßgeblichen Anknüpfungspunkt gewählt hatten[66]. Insofern lag in der Ersetzung des Territorialprinzips durch das aktive Personalprinzip aufgrund der „Geltungsbereichsverordnung" von 1940 an sich nichts revolutionär Neues, es sei denn im Hinblick auf seine Zielsetzung: Denn nachdem die frühmittelalterliche, auf die Behandlung nach Geburtsrecht ausgerichtete „lex ossibus inhaeret"-Formel ebenso wie das spätmittelalterliche Staatsinteresse an „bonos subditos" längst von gebietshoheitsorientierten Souveränitätsprinzipien der erstarkenden Territorialstaatsgewalten abgelöst worden waren, diente in neuerer Zeit das aktive Personalprinzip im Grunde nur noch als Mittel stellvertretender Strafrechtspflege: Wenn der eigene Staatsangehörige, der im Ausland delinquent geworden war, schon nicht an die Justizhoheit des Tatortes ausgeliefert werden konnte, so sollte er – „aut dedere aut punire" (Hugo Grotius) – jedenfalls in seinem Heimatstaat bestraft werden können[67]. Demgegenüber war die Einführung des aktiven Personalprinzips durch den NS-Gesetzgeber – neben

---

61 So *Jescheck* in der Veröffentlichung seines Reformvorschlags in IRuD 1956, 75 = Sammelband S. 522, während in seinem Referat vor der GrStrK dieses rechtsstaatliche Argument noch nicht auftaucht.

62 Zu letzterem klar in IRuD 1956, 84 = Sammelband S. 531, ferner in Niederschriften IV S. 14.

63 Dementsprechend schlägt er in seinem Entwurf, der sowohl in IRuD 1956, 94 f. = Sammelband S. 543 f. wie auch als Umdruck R 64 in Niederschriften IV Anhang S. 409 - 411 abgedruckt ist, als Ausgangsnorm in § 4a Abs. 1 vor: „Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen werden".

64 Niederschriften IV S. 12 ff.

65 *Frank,* Strafrecht und Völkerrecht, in: Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie (hrsg. v. Strupp), Ed. III, 1929, S. 1087 – 1090.

66 Vgl. die einzelnen Nachweise – auch zu anderen Vorläufern und Abstufungen – bei *Mezger,* DStR 1941, 20 f.

67 Näher zu dieser – eingestandenermaßen sehr grob vereinfachend skizzierten – Entwicklung, die (wie etwa in Frankreich) auch immer wieder durch gegenläufige Bewegungen unterbrochen wurde, *Oehler,* Mezger-Festschrift, S. 84 ff., *Jescheck,* IRuD 1956, 80 f. = Sammelband S. 527 f., jeweils m. w. *N.*

offen eingestandenen rassischen Motiven[68] – sowohl vom „realen Interesse an Wahrung des deutschen Ansehens in der Welt" als noch mehr vom „ideellen Gedanken der Treupflicht des Deutschen" bestimmt[69]. Dieses betont nationale Wohlverhaltensinteresse war zudem auch verbrechensdogmatisch fundiert und damit durchaus gesamtsystemkonsistent; denn nach der allgemeinen Wendung zum „Täterstrafrecht" ging es nicht so sehr um rechtsgutbezogenen Interessenschutz, als vielmehr um die Bindung des Täters an seine nationale Treupflicht: „Auch wenn der Deutsche mit seiner Tat im Ausland keinerlei reale Interessen der deutschen Volksgemeinschaft berührt, keinerlei deutsche Rechtsgüter verletzt, wird die Pflichtverletzung um ihrer selbst willen geahndet, wird er bestraft, weil er sich gegen eine Bindung vergangen hat"[70]. Doch trotz dieser zeitgeist-ideologischen Begründung hat das aktive Personalprinzip nicht nur die NS- Zeit – einschließlich der Säuberungen durch Kontrollrat und Nachkriegsrechtsprechung – überlebt[71], sondern auch die Strafrechtsbereinigungen von 1951 und 1953[72]. Denn sieht man von vereinzelten Gegenstimmen einmal ab[73], so hatte sich in der Zwischenzeit die herrschende Meinung mit dem gegebenen Zustand nicht nur abgefunden[74], sondern – wie namentlich Schönke noch im Jahre 1954 – die Beibehaltung des aktiven Personalprinzips sogar für die Zukunft als ein „unabweisbares kriminalpolitisches Bedürfnis" gefordert[75].

Trotz dieser aussichtslos erscheinenden Lage scheute Jescheck nicht davor zurück, der GrStrK die Rückkehr zum Territorialprinzip zu empfehlen. Die Vielfalt und Dichte seiner Argumentation kann hier nur stichwortartig angedeutet werden[76]:

- So seine schonungslose Decouvrierung der ausschließlich ideologischen, machtpolitischen und rassistischen Zielsetzungen bei Einführung des aktiven Personalprinzips.

---

68 So *Rietzsch,* DJ 1940, 563.

69 *Mezger,* DStR 1941, 20.

70 So etwa *Lange,* DStR 1941, 6.

71 Speziell zum Kontrollrat vgl. OLG Koblenz NJW 1950, 614, im übrigen insbes. BGH NJW 1951, 769, wonach der Personalgrundsatz zwar nationalsozialistischen Lehren entgegengekommen sei, ihnen aber nicht entstamme; vgl. ferner OLG München NJW 1951, 285, OLG Karlsruhe MDR 1951, 118 m. zust. Anm. von *Herlan,* OLG Hamburg JZ 1951, 305 m. zust. Anm. von *v. Weber.*

72 Denn sowohl das 1. StÄG vom 30. 8. 1951 (BGBl. I 739) wie auch das 3. StÄG vom 4.8. 1953 (BGBl. I 735) beschränkten sich auf technische Bereinigungen, wobei freilich immerhin durch das 3. StÄG in § 3 Abs. 2 der Verweis auf „das gesunde Empfinden des deutschen Volkes" gestrichen wurde. Auch war dabei die Frage einer grundlegenden Reform ausdrücklich offengelassen worden (vgl. *Strauß,* Niederschriften IV S. 23).

73 So vor allem der von *H. Mayer* (Völkerrecht und Internationales Strafrecht, JZ 1952, 609) erhobene Vorwurf der Völkerrechtswidrigkeit. Dies wollte zwar *Oehler* nicht gelten lassen, zog aber seinerseits die Zweckmäßigkeit und Zeitgemäßheit des aktiven Personalprinzips in Frage (Mezger-Festschrift, S. 83 ff., 88, 96). Wesentlich dezidierter für Einführung des Territorialprinzips als Grundnorm (unter Beibehaltung des Personalprinzips als bloßem Ausfluß stellvertretender Strafrechtspflege) *Kielwein,* Reformfragen im Internationalen Strafrecht, GA 1954, 211 ff., 221. Bedenken auch bei *Maurach,* Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1954, S. 87.

74 Vgl. neben der in Fn. 71 genannten Rechtsprechung beispielsweise *Jagusch,* LK, 7. Aufl. 1954, Vorbem. 3 Vor § 3, *Kohlrausch / Lange,* StGB-Kommentar, 39./40. Aufl. 1950, Vorbem. 2 II vor § 3, *Welzel,* Das deutsche Strafrecht, 5. Aufl. 1956, S. 24.

75 *Schönke,* Mezger-Festschrift, S. 111.

76 Vgl. im einzelnen *Jescheck,* IRuD 1956, 79 - 86 = Sammelband S. 525 - 532, Niederschriften IV S. 11 - 18, ferner seine Kurzfassung in Umdruck R 64, Niederschriften IV S. 409.

- Seine Ablehnung einer Treupflicht, die als Ausfluß überzogener Machtpolitik vor allem der Unterjochung des gesamten Auslandsdeutschtums dienen sollte[77].
- Seine Verwerfung eines Rechtsverständnisses, das dessen von jeder Nation eigenständig entwickelten Kulturwert verkennt.
- Sein Eintreten dafür, sich in eine fremde Wertordung eingliedern zu dürfen, ohne dabei den strafenden Arm des eigenen Heimatrechts befürchten zu müssen.
- Seine Respektierung der territorialen Ordnungsfunktion eines Staates für die in seinem Hoheitsgebiet lebenden In- und Ausländer.
- Seine vorsichtig den Vorwurf der Völkerrechtswidrigkeit vermeidende[78], dafür aber um so mehr zu politischer Klugheit ratende Rücksichtnahme auf die Staatengemeinschaft.
- Sein Aufweis eines alle früheren Entwürfe durchziehenden Festhaltens am Territorialprinzip[79].
- Sein rechtsvergleichender Hinweis auf die weltweit rückläufige Anerkennung des Personalprinzips[80].
- Seine Analyse der mit der Strafwürdigkeitsprüfung verbundenen verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsprobleme[81].

Diese wie auch noch manche andere Einzeleinwände gegen das aktive Personalprinzip ließen ihn für die Rückkehr zu einem Territorialprinzip plädieren, das freilich nicht mehr – wie im Zeitpunkt seiner Entstehung – als ein eifersüchtig gehütetes Souveränitätsprivileg zu verstehen sei, sondern als „freiwillige Selbstbeschränkung im Interesse einer gerechten und zweckmäßigen zwischenstaatlichen Verteilung der Aufgaben auf dem Gebiet der Verbrechensbekämpfung“[82].

Obwohl manche dieser Argumente nicht völlig neu gewesen sein mögen, wurden sie doch von Jescheck mit solch massiver Vehemenz und derart geschlossener Stringenz vorgetragen, daß sich dem jedenfalls die Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums nicht verschließen konnten; denn ohne zu dieser Grundsatzfrage selbst noch weiteres hinzuzufügen, hat sich Kielwein als Sprecher der Strafrechtsabteilung Jeschecks Einwände vollinhaltlich zu eigen gemacht und nur noch zu jenen Einzelfragen Stellung bezogen, in denen die Abteilung von Jeschecks Entwurf glaubte abweichen zu sollen[83]. Dementsprechend meinte denn offenbar auch Ministerialdirektor Schafheutle, ohne weitere Diskussion vom Territorialprinzip ausgehen zu können und demzufolge nur noch über ergänzende Prinzipien, wie

---

77 In diesem Sinne auch schon *H. Mayer*, JZ 1952, 609.

78 Insoweit sich von *H. Mayer* (Fn. 77) absetzend.

79 Vgl. dazu auch *Eder*, Die Entwicklung der Bestimmungen über das internationale Strafrecht in den deutschen Entwürfen zum Strafgesetzbuch, Diss. Freiburg 1960, insbes. S. 66 ff.

80 Dieser Feststellung scheint zwar zu widersprechen, daß nach der Übersicht von *Oehler*, Internationales Strafrecht S. 443 ff., das aktive Personalprinzip noch häufig auftritt; dies aber so gut wie nie in jener absoluten Form, wie es durch die GeltungsbereichVO von 1940 in Deutschland eingeführt worden war.

81 Daß diese sich zudem bis in Vorsatz- und Schuldprobleme hineinverlängern ließen, hatte bereits *Kielwein*, GA 1954, 219 ff. dargetan.

82 *Jescheck*, IRuD 1956, 85 = Sammelband S. 532, Niederschriften IV S. 14.

83 Niederschriften IV S. 18.

vor allem das passive Personalprinzip, sprechen zu müssen[84]. Ganz so reibungslos verlief die Debatte freilich dann doch nicht; denn angesichts der beträchtlichen Anhängerschaft, die das aktive Personalprinzip, wie bereits erwähnt, in der damaligen Rechtsprechung und Lehre noch genoß, kam Jeschecks Ruf zur Umkehr offenbar doch zu plötzlich, um diskussionslos akzeptiert zu werden.

Diese Diskussion innerhalb der GrStrK hinterläßt für den heutigen Betrachter allerdings einen eher diffusen Eindruck. Während die einen – wie vor allem Báldus und Gallas – mehr aus grundsätzlichen Erwägungen am aktiven Personalprinzip festhalten wollten und dies mit dessen Verwurzelung im allgemeinen Rechtsbewußtsein[85] sowie mit der fortbestehenden Disharmonie der Welt[86] und dem durch steigenden Massentourismus eher noch wachsenden Interesse an Disziplin der eigenen Staatsbürger im Ausland[87] begründeten, glaubte die Mehrheit der sich äußernden Kommissionsmitglieder, sich zumindest bei entsprechender Ausweitung anderer Anknüpfungspunkte – wie vor allem des passiven Personalprinzips – zu einer Preisgabe des aktiven Personalprinzips bereitfinden zu können[88]. Ähnlich sind auch auf seiten der Befürworter einer Rückkehr zum Territorialprinzip meist mehr taktische denn grundsätzliche Stellungnahmen zu registrieren: Während es den Vertretern des Ministeriums offenbar primär darum ging, den mit Einführung des aktiven Personalprinzips durch den NS-Gesetzgeber im Ausland entstandenen negativen Eindruck[89] nicht weiter fortleben zu lassen[90], und sich dem europäischen Trend zum Territorialprinzip nicht in den Weg zu stellen[91] bzw. von anderen – wie vor allem von Welzel – die Unvereinbarkeit der beim Personalprinzip erforderlichen Strafwürdigkeitsprüfung mit dem Bestimmtheitsgrundsatz hervorgehoben wird[92], ist eigentlich nur bei Bockelmann ein prinzipielles Einlassen auf Jeschecks Grundintentionen zu verspüren: Obgleich auch er das Kulturgefälle innerhalb der Welt nicht verleugnen und die damit verbundene Gefahr, daß ein Deutscher auf ein nichttolerables Auslandsniveau abgleiten könnte, nicht verkennen will, erscheint es ihm verfehlt, durch Beibehaltung des aktiven Personalprinzips kundzugeben, daß man mit der Fortdauer dieser Unterschiede rechnet[93]. Dieser weltpolitische Atem, der unter den ängstlich auf Lückenlosigkeit der deutschen Strafrechtshoheit bedachten Marginalien fast schon zu ersticken drohte, wird dann im Grunde erst wieder in Jeschecks knapper Zusammenfassung spürbar: Als ob er den Eindruck habe gewinnen müssen, daß er die Bedenken gegen das Personalprinzip in seinem Referat vielleicht doch mit allzu vornehmer Zurückhaltung formuliert hatte, werden diese nunmehr mit dezidierter Schärfe auf den entscheidenden Punkt gebracht: nämlich neben der Verfassungswidrigkeit der Strafwür-

---

84 Niederschriften IV S. 21.

85 *Gallas,* Niederschriften IV S. 23, 30.

86 *Baldus,* Niederschriften IV S. 22; *Gallas,* S. 23.

87 *Gallas*, Niederschriften IV S. 23.

88 Vgl. namentlich *Lange*, *Baldus*, *Eb. Schmidt*, *Welzel*, jeweils Niederschriften IV S. 22, *Voll*, *Fritz*, S. 24, *Schäfer*, S. 31.

89 Vgl. insbes. *Pfenninger,* Der Umfang der Strafberechtigung nach Territorialität oder nach Volkszugehörigkeit, SchwJZ 1946, S. 49, 55.

90 *Strauß,* Niederschriften IV S. 23, für den es sich offenbar ohnehin nur um eine „Konstruktionsfrage" handelt: vgl. demgegenüber *Jescheck,* o. zu Fn. 60.

91 *Grützner* und *Strauß,* Niederschriften IV S. 24, 30.

92 *Welzel,* Niederschriften IV S. 31, 32; vgl. auch *Bockelmann,* S. 21. Diese Bedenken riefen freilich den Gegeneinwand von *Gallas* hervor, daß sich gleiche Probleme auch bei anderen Prinzipien ergeben können (S. 32, 30). Vgl. auch *Lackner,* S. 32.

93 *Bockelmann,* Niederschriften IV S. 21.

digkeitsprüfung die völkerrechtliche Bedenklichkeit des Eingreifens in die Souveränität fremder Staaten[94].

Welche dieser Gründe denn auch immer letztlich den Ausschlag gegeben haben mögen, jedenfalls fand das aktive Personalprinzip dann nur noch bei zwei Kommissionsmitgliedern – und zwar bei Baldus und Gallas – Unterstützung[95]. Damit war das aktive Personalprinzip als Grundnorm des deutschen Internationalen Strafrechts gefallen[96]; denn ebenso wie in den nachfolgenden amtlichen Reformentwürfen[97] fand die damit verbundene Rückkehr zum Territorialprinzip auch die Gefolgschaft des Alternativ-Entwurfs[98] wie zuvor auch schon im Entwurf Baumann[99]. Demzufolge sah auch der Sonderausschuß für die Strafrechtsreform keinen Anlaß zu grundsätzlichen Wiederbelebungsversuchen[100]. Damit wurde der heutige § 3 StGB zum Gesetz, wie bereits in Jeschecks Entwurf wortwörtlich vorgeschlagen[101] und heute allgemein akzeptiert[102].

III. Erwünschte Erweiterungen und ungewollte Überwucherungen des Territorialprinzips

So erfolgreich Jescheck mit der grundsätzlichen Durchsetzung des Territorialprinzips war, so wenig kann ihm gefallen haben, wie sein übriges Reformkonzept verunklart und verwässert wurde. Selbstverständlich war auch er sich bereits bewußt, daß die Aufgaben des Internationalen Strafrechts nicht allein nach dem Territorialprinzip gelöst werden können, sondern zur Erfassung bestimmter Auslandstaten auch andere Prinzipien ergänzend mither-

---

94 *Jescheck,* Niederschriften IV S. 30 f. Mit ähnlicher Grundsatzfreudigkeit hatte er auch schon zuvor davor gewarnt, an die Basisregelung des deutschen Internationalen Strafrechts unter dem Gesichtspunkt des Ost-West-Gegensatzes heranzugehen (Niederschriften IV S. 24). Noch deutlicher gegen eine solche „ängstlich vindikative Haltung" in IRuD 1956, 91 = Sammelband S. 540.

95 Niederschriften IV S. 33.

96 Und zwar aufgrund weiterer Beratungen einer Unterkommission (vgl. Umdruck U 34, Niederschriften IV S. 414) dann sogar einstimmig (Niederschriften IV S. 121), was freilich *Gallas* nicht daran hinderte, anläßlich punktueller Rückkehr zum aktiven Personalprinzip – und zwar (bei den Beratungen zum Besonderen Teil) hinsichtlich der Insemination (vgl. u. zu Fn. 113) – dessen offenbar übereilte Abschaffung zu monieren (Niederschriften X S. 328). Der Beschluß der GrStrK findet sich in Umdruck K 34 §b (Niederschriften IV S. 417) bzw. in Niederschriften XII Anhang B S. 571.

97 § 3 E 1960/62, wobei in der amtlichen Begründung dem aktiven Personalprinzip zwar – insoweit entgegen der Auffassung von *Jescheck* – die Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Erfordernissen bescheinigt wurde, im übrigen aber alle wesentlichen Gegenargumente von *Jescheck* wiederkehren (BT-Drs. 111/2150 S. 99, 1V/650 S. 105).

98 Vgl. § 4 Abs. 1 AE (Alternativ-Entwurf eines StGB, Allg. Teil, 1. Aufl. 1966, 2. Aufl. 1969), der sich vom derzeit geltenden Recht nur insofern unterscheidet, als er das Flaggenprinzip (§ 4 StGB) miteinbezieht. In der Begründung wird die Rückkehr zum Territorialprinzip ausdrücklich begrüßt.

99 Vgl. § 5 Abs. 1 in *Baumann,* Entwurf eines StGB, Allg. Teil, 1963.

100 Statt dessen verlagerte sich die Diskussion auf die – nachfolgend zu erörternde – Frage etwaiger Ergänzungen bzw. ausnahmsweiser Durchbrechungen des Territorialprinzips: vgl. insbes. Protokolle (des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform) V S. 2348 f. bzw. S. 2352 ff.

101 Vgl. Fn. 63.

102 Wobei diese Akzeptanz freilich nur selten in ausdrücklicher Zustimmung (wie etwa im grundsätzlichen bei *Tröndle*, LK, 10. Aufl. 1978, Vorbem. 19 vor § 3) als vielmehr in der meist kommentarlosen Hinnahme zum Ausdruck kommt.

anzuziehen sind[103]. Bei Ausführung dieses Vorhabens freilich ging bereits die GrStrK weit über Jeschecks ursprüngliche Ausgangsposition hinaus. Dieses Ausufern kann freilich nicht verwundern; denn nachdem die Mehrheit der Kommission, wie bereits erwähnt[104], zu einer Preisgabe des aktiven Personalprinzips nur bei entsprechenden Absicherungen durch andere Anknüpfungspunkte bereit war, ging es ihr nunmehr offensichtlich darum, die mit Annahme des Territorialprinzips zu befürchtenden Lücken so weit wie möglich wieder zu schließen.

1. Das zeigt sich bereits im Hinblick auf das Real- oder Schutzprinzip, das Jescheck in gleichsam „klassischem" Sinne auf den Schutz von solchen inländischen Rechtsgütern beschränkt sehen wollte, die – wie die eigene Staatsgewalt, die staatliche Ordnung und bestimmte Allgemeininteressen – gegen Angriffe von außen her durch das ausländische Strafrecht entweder überhaupt nicht oder nicht in ausreichendem Maße geschützt werden[105]. Auch war er von vornherein darauf bedacht, dieses auf legitime Selbstverteidigung ausgerichtete und damit auch völkerrechtlich völlig unangefochtene „Staatsschutzprinzip" klar von dem am passiven Personalstatut anknüpfenden „Individualschutzprinzip" abzusetzen[106]. Deshalb nahm er in den einschlägigen § b seines Entwurfs[107] nur solche Tatbestände auf, die – als Hoch- oder Landesverrat oder ähnliche staatsgefährdende Delikte – gegen Bestand oder Funktionsfähigkeit der Bundesrepublik gerichtet sind, als Taten von oder gegen deutsche Amtsträger bzw. als Meineid bestimmte Staatstätigkeiten beeinträchtigen, als Verrat von Unternehmensgeheimnissen die gesamte Volkswirtschaft betreffen oder die – durch politische Anschläge gegen inländische Einwohner – zugleich den Charakter von Verbrechen gegen die Menschlichkeit haben[108]. Eine ähnliche Zurückhaltung hatte sich auch der AE noch auferlegt[109]. Auch wenn Jescheck seine Enumeration keineswegs als abschließend verstanden wissen wollte[110] und zudem auch fraglich sein mag, ob sich in der Strafbarkeit von Amtsträgern nicht doch (zumindest auch) ein Restbestand des zuvor abgelehnten aktiven Personalprinzips verbirgt[111], bleibt dieser Auslandskatalog zumindest sei-

---

103 *Jescheck,* Niederschriften IV S. 15, IRuD 1956, 87 = Sammelband S. 533.

104 Vgl. oben zu Fn. 88.

105 Wie Fn. 103.

106 Diese wohl auf *v. Overbeck* zurückgehende Terminologie (vgl. *Schultz,* Das schweizerische Auslieferungsrecht, 1953, S. 32, 37) wird von *Jescheck* zwar noch nicht in seinen Reformarbeiten, wohl aber bereits in der 1. Aufl. seines Lehrbuchs (S. 120) gebraucht.

107 Abgedruckt in IRuD 1956, 94 f. = Sammelband S. 543, Niederschriften IV S. 410.

108 Darüber hinaus auch noch allgemein den Völkermord (§ 220 a StGB) mitzuerfassen, sah sich damals *Jescheck* weder hier beim Real- noch beim Universalprinzip veranlaßt (IRuD 1956, 88 = Sammelband S. 535), während er sich später entschieden für eine Verfolgung nach dem Universalprinzip einsetzt und dabei auch Apartheidsverbrechen und Flugzeugentführung miteinbezieht (GA 1981, 58 f., 66).

109 § 5 AE, allerdings unter Einbeziehung von Mord und Totschlag, während der Entwurf Baumann darüber hinaus u. a. auch Auslandstaten gegen „Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder Vermögen eines Deutschen" durch das Schutzprinzip erfassen wollte (§ 5 Abs. II Nr. 10).

110 Niederschriften IV S. 15, IRuD 1956, 86 f. = Sammelband S. 534.

111 So bereits *Gallas* (Niederschriften IV S. 123) zu dieser auch von *Jescheck* mitgetragenen Ergänzung des Territorialprinzips (vgl. die Abstimmung in Niederschriften IV S. 122), in der er damals selbst schon eine partielle Wiedereinführung des aktiven Personalprinzips sah (vgl. Niederschriften IV S. 26). So auch die Deutung von *Oehler* (Internationales Strafrecht S. 134), während *Jescheck* in seinem Lehrbuch die Amtsträgerklausel dem „Staatsschutzprinzip" unterstellt, und zwar auch noch – entgegen der Fehlanzeige von *Oehler* (a. a.O. Fn. 41) – in der 3. Lehrbuchauflage (S. 138).

nem Grundsatz treu, nur die Bedrohung von Allgemeininteressen zu erfassen. Auch die GrStrK hatte sich zunächst auf dieser Linie gehalten[112] (was ihr allerdings schon deshalb leicht fallen konnte, weil bereits die anschließend zu erörternden Ausweitungen durch das passive Personalprinzip im Raum standen). Doch bereits bei den Beratungen zum Besonderen Teil wurde die damals beabsichtigte Kriminalisierung der künstlichen Insemination auch auf Auslandstaten erstreckt[113], und gleiches ist dann durch den E 1960 auch für Abtreibungen geschehen, um auf diese Weise gesetzesumgehenden Abtreibungstourismus zu unterbinden[114]: Damit konnte das aktive Personalprinzip zumindest eine partielle Wiederkehr verbuchen[115]. Durch die damit geschlagene Bresche konnte dann auch noch die durch den Sonderausschuß hinzugefügte Strafbarkeit von Sexualstraftaten zwischen Deutschen im Ausland Eingang in den heutigen § 5 Nr. 8 StGB finden[116].

2. Weitaus gravierender als diese eher marginalen Systemdurchlöcherungen war jedoch die bereits in der GrStrK verlorene Auseinandersetzung um das passive Personalprinzip. In seiner reinsten Form bedeutet dieser auch als „Individualschutzprinzip" bezeichnete Anknüpfungspunkt[117], daß das deutsche Strafrecht alle Auslandstaten gegen einen Deutschen erfaßt, und zwar ohne Rücksicht auf das Tatortrecht. Während den Sachbearbeitern des BJM ein derart weitgehender Schutz vor allem im Hinblick auf Gewalttaten, die unter dem Schirm einer ausländischen Willkürherrschaft gegen Deutsche begangen werden könnten, erforderlich erschien[118], hatte Jescheck in seinem Erstentwurf auf eine derartige Ausweitung völlig verzichten wollen[119], und zwar wiederum aus grundsätzlichen Erwägungen: Denn nicht nur, daß ihm der strafrechtliche Schutz inländischer Interessen im Ausland nur insoweit als völkerrechtsgemäß erschien, als es um „lebenswichtige Interessen" geht[120], diese aber bereits durch das „Staatsschutzprinzip" (oben 1) ausreichend erfaßt seien; auch widerspräche es dem Gerechtigkeitsgrundsatz, einen Ausländer einer Strafnorm zu unterwerfen, die er aus dem eigenen Recht vielleicht gar nicht kennt[121]. Obgleich solche Schuldprobleme auch schon Kielwein als Referent des BJM hatte einräumen müssen[122], sprach sich in einer ersten Abstimmung – und zwar nicht zuletzt als Ersatz für die Preisgabe des aktiven Personalprinzips[123] – die weit überwiegende Kommissionsmehrheit gegen Jeschecks Votum für die uneingeschränkte (vom Tatortrecht unabhängige) Form des passi-

---

112 Vgl. § c Nrn. 1- 5 des BJM-Entwurfs (Niederschriften IV S. 412) bzw. § d Nrn. 1 - 5 der GrStrK-Beschlüsse (Niederschriften IV S. 417).

113 Und zwar – trotz anfänglichen Widerspruchs – letztlich wohl auch mit *Jeschecks* Stimme: vgl. Niederschriften X S. 328 f. bzw. 336 f. sowie § 210 Abs. 5 E 1959 (Niederschriften XII Anhang B S. 602).

114 Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 13 E 1960 m. Begr. S. 195, 263 zu § 140.

115 So auch *Jeschecks* Deutung in Lehrbuch 3. Aufl. S. 138.

116 Vgl. 2. Bericht des Sonderausschusses, BT-Drs. V/4095 S. 5. Entstehungsgeschichtlich betrachtet war diese Strafausdehnung freilich – wie nachfolgend noch zu zeigen – die wohl ungewollte Frucht eines einschränkend gemeinten Kompromißvorschlags von *Jescheck*.

117 Vgl. oben zu Fn. 106.

118 Vgl. Begründung zu § d Abs. 1 des BJM-Entwurfes (Niederschriften IV S. 412 f.).

119 Niederschriften IV S. 17, IRuD 1956, 92 = Sammelband S. 540 f.

120 Wobei er freilich in seinem Referat nur hinsichtlich des „Staates" von derartigen Interessen sprach (Niederschriften IV S. 27), während er in IRuD 1956, 92 Fn. 117 (= Sammelband S. 540) auch solche der „eigenen Staatsangehörigen" einbezieht.

121 Niederschriften IV S. 17.

122 Niederschriften IV S. 20; vgl. auch Umdruck J 32 zu § d Abs. 1 (Niederschriften IV S. 413).

123 Vgl. die oben zu Fn. 88 Genannten.

ven Personalprinzips aus[124]. Da aber dies denn doch offenbar als zu weitgehend erschien, wurde die Diskussion erneut aufgenommen[125]. Dies verschaffte Jescheck die Möglichkeit, eine Revision des zuvor gefaßten Beschlusses zu erbitten und dabei eine bereits in seinem Referat vorgeschlagene Kompromißlösung in Erinnerung zu bringen, nämlich die Beschränkung auf Auslandstaten von Deutschen gegen Deutsche[126]; denn zumindest würde damit unter Wahrung des Schuldgrundsatzes das gesetzesumgehende Ausweichen ins Ausland unterbunden[127]. Vielleicht hätte dieser Kompromiß eine reelle Chance gehabt, wenn nicht Gallas als weitere Alternative vorgeschlagen hätte, die Strafbarkeit von Auslandstaten gegen Deutsche von einer entsprechenden Tatortnorm abhängig zu machen. Denn während der Einschränkungsvorschlag von Gallas mit dem unbeschränkten BJM-Entwurf stimmenmäßig gleichziehen konnte – und zwar gerade auch mit Jeschecks Stimme, der darin wohl das kleinere Übel sah –, fand sein eigener Kompromißvorschlag nur eine Minderheit[128]. Im weiteren Verlauf hat dann die GrStrK das passive Personalprinzip in der eingeschränkten Form von Gallas zum Beschluß erhoben[129]. Mit der praktisch wenig bedeutsamen Erweiterung auf den Fall, daß „der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt" (E 1960/62 § 6 Abs. 1), ist er im heutigen § 7 Abs. 1 StGB zum Gesetz geworden. Damit aber wurden die durch Abschaffung des aktiven Personalprinzips erreichten Einschränkungen des deutschen Strafanwendungsbereichs weitgehend wieder rückgängig gemacht[130].

Desungeachtet hat freilich auch Jeschecks Kompromißvorschlag noch ein bis heute fortwirkendes Eigenleben entwickelt. Denn obgleich nicht in die Beschlüsse der GrStrK aufgenommen, tauchte er im E 1960/62 (§ 5 Abs. 2) zur Erfassung von Auslandstaten Deutscher gegen Deutsche auf, um unabhängig vom Tatortrecht den unbeschränkten Schutz von Auslandsreisenden jedenfalls gegenüber eigenen Landsleuten zu gewährleisten, wobei insbesondere an Ehe- und Sittlichkeitsdelikte gedacht war[131]. Da jedoch die generelle Fassung dieser dem aktiven Personalprinzip schon sehr nahe kommenden Straferstreckung[132] weit über das Erforderliche hinausgehe, ja im wirtschaftlichen Bereich möglicherweise

---

124 Niederschriften IV S. 27.

125 Niederschriften IV S. 30 f.

126 Jescheck-Entwurf § c^1: „Unabhängig von dem Recht des Tatorts gilt das deutsche Recht weiter für strafbare Handlungen, die ein Deutscher, der in Deutschland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat, gegen einen Deutschen begeht" (Niederschriften IV S. 17, 411, IRuD 1956, 95 = Sammelband S. 544).

127 *Jescheck,* Niederschriften IV S. 32.

128 Niederschriften IV S. 33, wobei freilich nicht klar ersichtlich ist, ob *Jeschecks* § c^1 – wie wohl ursprünglich gemeint – als exklusive Alternative zu den umfassenderen passiven Personalitätsklauseln der beiden anderen Vorschläge gedacht war oder ob – wie die Abstimmungsformel nahelegen könnte – *Jeschecks* § c^1 nunmehr lediglich als „Ergänzung" zum Vorschlag von *Gallas* eingebracht worden war: In solcher Kombination aber wäre der Anwendungsbereich des passiven Personalprinzips noch weiter ausgedehnt worden.

129 Vgl. Niederschriften IV S. 125 und 417 (GrStrK-Beschluß § e Abs. 1).

130 Deshalb ist gerade diese Vorschrift zu Recht ins Zentrum der Kritik geraten: vgl. namentlich *Schultz,* GA 1966, 200, *Vogler,* Maurach-Festschrift, S. 605, *Zieher* (Fn. 37), S.77. Zu den zusätzlichen Problemen, die dieses passive Personalprinzip zwischen und gegenüber DDR-Bürgern aufwirft, vgl. *Eser,* in: Schönke / Schröder, Vorbem. 64 ff. vor § 3 sowie Rdn. 5 f. zu § *7.*

131 Vgl. E 1962 Begr. S. 112.

132 Vgl. 2. Bericht des Sonderausschusses, BT-Drs. V/4095 S. 5.

sogar wettbewerbshemmend sein könne[133], wurde er auf die bereits erwähnte Sexualstraftatklausel des heutigen § 5 Nr. 8 StGB beschränkt.

3. Im Vergleich zu der höchst problematischen Ausweitung des deutschen Strafrechts durch das passive Personalprinzip stand die Ergänzung des Territorialprinzips durch das Universal- oder Weltrechtsprinzip im Grundsatz außer Frage. Deshalb ging es insoweit nur um formale bzw. marginale Meinungsverschiedenheiten: Während der Entwurf der BJM-Sachbearbeiter die Fälle des Universal- wie auch des Realprinzips in eine gemeinsame Vorschrift zusammengefaßt hatte[134] und diese Einheit sich durch die GrStrK[135] bis zum E 1960/62 (§ 5 Abs. 1) zu halten vermochte, hatte bereits Jescheck die Anwendungsfälle dieser beiden Prinzipien in zwei selbständige Paragraphen aufgeteilt[136]. In gleicher Weise ist dann auch der AE verfahren, wobei lediglich die von Jescheck noch grundsätzlich vermiedenen (und letztlich wohl auch wenig nützlichen) Paragraphenüberschriften – nämlich für Auslandstaten gegen „inländische" Rechtsgüter einerseits bzw. gegen „international geschützte" Rechtsgüter andererseits – hinzukamen[137]. Immerhin hat aber auf diesem Wege die bereits von Jescheck begründete Zweiteilung Eingang in die heutigen §§ 5 und 6 StGB gefunden[138].

Inhaltlich hingegen vermochte Jescheck mit seinen Vorstellungen nicht gänzlich durchzudringen. Denn während er – über die traditionell ohnehin unproblematischen Einzeltatbestände der Münzverbrechen, der Drogen- und Pornographiedelikte sowie des Kinder- und Frauenhandels hinaus – auf eine enumerative Spezifizierung der aufgrund Völkerrechts zu erfassenden Auslandstaten Wert legte und demzufolge zunächst nur „schwere Zuwiderhandlungen gegen die Vier Genfer Rotkreuz-Abkommen" in seinen Katalog aufnahm[139], wollte der Entwurf der BJM-Sachbearbeiter – wenngleich alternativ mit einem gewissen Konkretisierungsvorbehalt – generell alle Auslandstaten, „die gegen Gesetze zum Schutze des Völkerrechts verstoßen", erfassen[140]. Gegenüber dieser schier uferlosen Formel hatte Jeschecks Vorschlag jedenfalls insoweit Erfolg, als die GrStrK die BJM-Generalklausel auf Taten beschränkte, „die aufgrund eines für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Abkommens auch dann zu verfolgen sind, wenn sie im Ausland begangen sind"[141]. Nachdem diese Formel zwischenzeitlich im wesentlichen auch die Gefolgschaft des AE gefunden hatte[142], wurde sie im heutigen § 6 Nr. 9 StGB zum Gesetz.

---

133 Wobei u. a. befürchtet wurde, daß es bei Auslandsgeschäften zwischen Deutschen diesen unmöglich gemacht sei, sich an im Ausland übliches Geschäftsgebaren anzupassen: vgl. Sonderausschuß-Protokolle IV S. 2352.

134 § c des BJM-Entwurfs (Niederschriften IV S. 412).

135 § d der GrStrK-Beschlüsse (Niederschriften IV S. 417).

136 §§ b und c Jescheck-Entwurf (Niederschriften IV S. 410, IRuD 1956, 95 f. = Sammelband S. 543).

137 §§ 5 und 6 AE. Zur möglichen Mißverständlichkeit dieser Terminologie vgl. *Eser,* in: Schönke / Schröder, Vorbem. 14 vor § 3.

138 Vgl. 2. Bericht des Sonderausschusses, BT-Drs. V/4095 S. 4.

139 Jescheck-Entwurf § c Nr. 5 (Niederschriften IV S. 16, 410, IRuD 1956, 95 = Sammelband S. 544).

140 § c Nr. 6 des BJM-Entwurfs (Niederschriften IV S. 412 m. Fn. 3).

141 So – auf Vorschlag der Unterkommission (Niederschriften IV S. 415) – § d Nr. 12 der GrStrK-Beschlüsse (Niederschriften IV S.124, 417).

142 Wobei zuvor im E 1960/62 (§ 5 Abs. 1 Nr.7) das Wort „völkerrechtlich" durch „zwischenstaatlich" ersetzt worden war. In § 6 Abs. 1 Nr.7 AE wurde dann lediglich noch – wenngleich ohne

Andererseits war jedoch weder von Jescheck noch sonstwie von amtlichen Entwürfen eine Einschränkung bedacht worden, auf die es dem AE entscheidend ankam: die Beschränkung des Universalprinzips auf Fälle, in denen der Täter im Inland betroffen und nicht ausgeliefert wird (§ 6 Abs. 2 AE), bzw. durch Ausschluß der Strafbarkeit nach dem Erledigungsprinzip (§ 6 Abs. 3 AE). Freilich, obgleich diesen Einschränkungsversuchen aus ähnlichen Subsidiaritätserwägungen wie bei dem nachfolgend zu betrachtenden Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege[143] eine gewisse Plausibilität nicht abzusprechen ist, schreckte der Sonderausschuß letztlich denn doch vor den damit verbundenen praktischen Problemen zurück[144]. Dazu sollte jedoch – nicht zuletzt mit Rücksicht auf das Vorbild anderer Länder[145] – das letzte Wort noch nicht gesprochen sein.

4. Auch bei dem im Grundsatz unbestrittenen Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege, bei dem der Gedanke internationaler Solidarität bei der Verbrechensbekämpfung am klarsten zum Ausdruck kommen sollte, dürften noch nicht alle Entfaltungs- und Selbstbeschränkungsmöglichkeiten ausgeschöpft sein. Jeschecks Entwurf, dessen Kernbestimmung (§ d Abs. 1) sich fast wörtlich im heutigen § 7 Abs. 2 StGB wiederfindet[146], nimmt dazu eine mittlere Position ein.

Einerseits wollte Jescheck bei Verwirklichung des Stellvertretungsgedankens insofern noch weitergehen, als er das sog. Erledigungsprinzip, das sich damals wie heute als bloße Opportunitätsklausel in der StPO (§ 154d a. F. bzw. jetzt §153c) findet, in das materielle Recht eingestellt sehen wollte (§ d Abs. 2), und zwar als zwingende Ausschließung der Verfolgung, um auf diese Weise den engen Sachzusammenhang zwischen inländischer Stellvertretung und deren Wegfall aufgrund ausländischer Erledigung zum Ausdruck zu bringen[147]. Ähnliche Vorbilder finden sich auch schon im ausländischen Recht[148]. Im gleichen Sinne wollte der AE verfahren (§ 7 Abs. 2). Doch obgleich selbst die GrStrK eine derartige materielle Lösung zumindest als Alternativvorschlag beschlossen hatte[149], beließ es der E 1960/62 – wie schon vom Entwurf der BJM-Sachbearbeiter vorgeschlagen[150] – bei der höchst unvollkommenen prozessualen Lösung. Vielleicht hatte Jescheck dazu selbst Vorschub geleistet, indem er den Charakter des Erledigungsprinzips als „zweifellos prozessual" bezeichnet hatte[151] – was jedoch durchaus bezweifelt werden könnte: Denn selbst

---

Begründung – die ausdrückliche Erwähnung der „Verbindlichkeit" für die Bundesrepublik als wohl selbstverständlich gestrichen.

143 Vgl. AE Begr. zu §6 (2. Aufl. S. 37), wobei freilich der Hinweis auf § 83 Abs. 1 Nr. 2 des österr. Entwurfs 1964, da sich auf das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege beziehend, für das hier in Frage stehende Weltrechtsprinzip nicht ganz zieht. Immerhin finden sich aber auch im heutigen § 64 Abs. 1 Nr. 4 östStGB gewisse Parallelen, ebenso im heutigen Art. 61bis Abs. 2 schweizStGB.

144 Vgl. Sonderausschuß-Protokolle V S. 2357 ff.

145 Vgl. oben Fn. 143 sowie Art. 202 Nr. 5, 240 Abs. 3 und 245 Nr. 1 Abs. 2 schweizStGB, wobei jedoch – insoweit über § 6 Abs. 2 AE hinausgehend – auch eine identische Tatortnorm vorausgesetzt wird.

146 Während *Jescheck* in § d Abs. 1 Nr. 2 seines Entwurfes (Niederschriften. IV S. 411, IRuD 1956, 95 = Sammelband S. 544) lediglich auf die Nichtauslieferung trotz zulässiger Auslieferung abgehoben hatte, sind in § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB die Nichtauslieferungsgründe spezifiziert.

147 *Jescheck,* Niederschriften IV. S. 17, IRuD 1956, 92 = Sammelband S. 539.

148 Vgl. insbes. Art. 6 Abs. 2 schweizStGB sowie § 65 Abs. 4 östStGB von 1975.

149 § e Abs. 3 GrStrK-Beschlüsse (Niederschriften IV S. 125 f., 418).

150 Vgl. *Kielwein,* Niederschriften IV S. 21.

151 *Jescheck,* Niederschriften IV S. 17, IRuD 1956, 91 = Sammelband S. 539.

wenn das Erledigungsprinzip als Ausprägung von „ne bis in idem" eine prozessuale Wurzel haben mag, dürfte es in Verbindung mit dem Stellvertretungsprinzip doch auch materiellen Charakter erlangen. Sobald man nämlich die inländische Strafgewalt allein darauf gründet, daß sie subsidiär überall dort eingreifen soll, wo die an sich territorial zuständige ausländische Strafhoheit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen an der Durchsetzung ihres Strafanspruches gehindert ist[152], so entfällt bei ausländischer Erledigung der Stellvertretungs- und damit auch der materielle Straferstreckungsgrund[153]. Deshalb wäre Jeschecks materielles Lösungsziel auch dogmatisch wohlbegründet und deshalb vorzugswürdig gewesen.

In einem anderen Punkt hingegen, nämlich hinsichtlich der Anwendung ausländischen Tatortrechts, wollte Jescheck selbst – jedenfalls damals – noch nicht so weit gehen, wie dies schon bei der 1940 geltenden Neubürgerklausel[154] und teils auch in der Schweiz der Fall ist[155], denn selbst für eine Berücksichtigung der lex mitior schienen ihm die praktischen Schwierigkeiten doch zu groß, um eine willkür- und fehlerfreie Rechtsanwendung zu gewährleisten[156]. Der AE dagegen war auch in dieser Hinsicht optimistischer, indem er das Überschreiten einer milderen Tatortstrafdrohung untersagte (§ 7 Abs. 3) und darin auch außerhalb des AE-Kreises Gefolgschaft fand[157]. Ob wohl Jescheck auch heute noch bei seiner Ablehnung bleiben würde? Immerhin hat er einige Jahre später die fremdrechtsfreundlichen Resolutionen des VIII. Internationalen Strafrechtskongresses von Lissabon (1961) als einen „Markstein in der Entwicklung des Problems der Anwendung ausländischen Strafrechts durch den nationalen Richter" gefeiert und gegen den möglichen Einwand der Wirklichkeitsfremdheit als „leuchtendes Dokument für den völkerverbindenden Geist" der AIDP verteidigt[158]. Freilich, obgleich von anderen gerne als Beleg zitiert[159], hat sich – soweit ersichtlich – Jescheck selbst ähnlich euphorisch nicht mehr verlauten lassen[160]. Denn wenn auch immer wieder zu weitsichtigen Ermunterungen bereit, hat er sich

---

152 Vgl. *Jescheck,* Lehrbuch 3. Aufl. S. 136, *Oehler,* Internationales Strafrecht S. 145.

153 In diesem Sinne wohl auch *Vogler,* Maurach-Festschrift, S. 604 f. Folgerichtig erklärt daher § 65 Abs. 4 östStGB nicht nur die „Verfolgung" für ausgeschlossen, sondern läßt die „Strafbarkeit" entfallen; dementsprechend werden die Fälle des Erledigungsprinzips als „Strafaufhebungsgründe" verstanden *(Liebscher,* in: Wiener Komm. zum StGB, 1980, § 65 Rdn. 20). Ähnlich wird nach Art. 6bis Abs. 2 schweizStGB der Täter „nicht mehr bestraft".

154 Vgl. oben zu Fn. 24.

155 Vgl. Art. 6bis Abs. 1 schweizStGB sowie *Schultz,* v. Weber-Festschrift, S. 313. Vgl. ferner § 65 Abs. 2 östStGB.

156 *Jescheck,* Niederschriften IV S. 16, IRuD 1956, 89 = Sammelband S. 537 f.

157 Vgl. dazu – neben den AE-Mitverfassern *Schultz,* GA 1956, 196, 199, 201 und *Stratenwerth,* Strafrecht, Allg. Teil I, 3. Aufl. 1981, S. 53 – namentlich *Vogler,* Maurach-Festschrift, S. 599 f., 605. Selbst *Oehler* setzt sich trotz seiner grundsätzlichen Skepsis gegen Fremdrechtsanwendung für die Beachtung der lex mitior ein (Internationales Strafrecht S. 145 f.). Allgemein zu dieser Problematik *Staubach,* Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, 1964, *Cornils,* Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht, 1978, insbes. S. 99 ff.

158 *Jescheck,* Der VIII. Internationale Strafrechtskongreß, ZStW 74 (1962), S. 186 f. bzw. 188. Insoweit ist die Abfolge der einschlägigen Äußerungen von *Jescheck* bei *Cornils* (Fn. 157), S. 109, gerade zeitverkehrt angegeben.

159 Vgl. etwa AE (2. Aufl.) Vorbem. zu den §§ 4 - 7 S. 31, *Schultz,* GA 1966, 196.

160 So findet sich schon in Maurach-Festschrift, S. 580 Fn. 6 (= Sammelband S. 616) lediglich ein Hinweis auf die Lissaboner Beschlüsse, aber ohne Bezugnahme auf seinen eigenen Bericht (oben Fn. 158) darüber. Und auch in seinem Lehrbuch beschränkt sich *Jescheck* auf die lakoni-

doch stets den Blick für das Realisierbare bewahrt. Gerade als Rechtsvergleicher aber weiß er nur zu gut um die Tücken einer zuverlässigen Feststellung des nicht nur geschriebenen, sondern auch praktizierten Rechts. Vielleicht war es sogar diese Zweifelhaftigkeit der Fremdrechtsanwendung, daß er sich in neuerer Zeit um so stärker für die eigene Übernahme der Strafverfolgung durch den Tatortrichter einsetzt[161]?

IV. Schlußbemerkung

Überhaupt drängt sich abschließend ganz allgemein die Frage auf, wie Jescheck das von ihm mitreformierte deutsche Internationale Strafrecht insgesamt wohl einschätzt. Nachdem er das Territorialprinzip als Grundnorm durchgesetzt hat, die gesetzestechnische Struktur weitgehend seinen Entwurf widerspiegelt und auch sonst in Einzelpunkten sein Einfluß unverkennbar ist, erscheint es nachgerade überraschend, daß er in seinem Lehrbuch durch den schlichten Fußnotenhinweis „Zur Reform allgemein“[162] seine grundlegende Miturheberschaft für den Nichteingeweihten eher verhüllt als offenlegt. Ob ihm die verschiedenen Durchbrechungen und Überwucherungen seiner Grundkonzeption letztlich denn doch zu viele waren, als daß er sich mit einem Endprodukt identifiziert sehen möchte, das zu Recht nicht ohne Kritik geblieben ist[163]? Jedenfalls hat er im weiteren Verlauf sein Hauptinteresse – wie schon eingangs angedeutet – immer mehr auf Fragen des transnationalen Strafrechts und der internationalen Rechtshilfe verlagert. Doch auch damit ist er einer seiner großen Lebensaufgaben treu geblieben: dem Dienst an der internationalen Gemeinschaft.

---

sche Feststellung, daß „nach geltendem deutschen Recht nur die Berücksichtigung des ausländischen Strafrahmens bei der Strafzumessung möglich“ sei (3. Aufl. S. 129).

161 Vgl. insbes. Graven-Festschrift, S. 75 - 89 = Sammelband S. 595 - 605; Honig-Festschrift, S. 69 - 78 = Sammelband S. 606 - 614; Maurach-Festschrift, S. 579 - 594 = Sammelband S. 615 - 628; GA 1981, 49 - 70.

162 *Jescheck,* Lehrbuch, 3. Aufl., S. 137 Fn. 53.

163 Vgl. insbes. *Schultz,* GA 1966, 195 ff. und *Zieher* (Fn. 37), S. 176 f.

ALBIN ESER

GRUNDLAGEN UND GRENZEN „STELLVERTRETENDER STRAFRECHTSPFLEGE“ (§ 7 ABS. 2 NR. 2 STGB)*

ZUR PROBLEMATIK DER „IDENTISCHEN TATORTNORM“ BEI AUSLANDSTATEN, INSBESONDERE BEI AMNESTIERUNG AM TATORT

Im Zuge wachsenden Grenzverkehrs können sowohl Inländer leichter Täter und Opfer im Ausland werden wie umgekehrt auch Ausländer sich schneller vom Inland ins Ausland absetzen oder umgekehrt nach einer Auslandstat in die Bundesrepublik fliehen können. Dadurch wird auch die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Auslandstaten immer mehr zum Problem. Dies umso mehr, wenn es dabei auch auf die Strafbarkeit am Tatort ankommt (wie in den Fällen des § 7 StGB) und die dortigen Strafbegründungs- und/oder Straffreistellungsnormen von den bundesdeutschen abweichen. Bei der damit erforderlichen „identischen Tatortnorm“ ist höchst umstritten, ob diese in allen Fallgruppen des § 7 StGB (wie bislang vom BGH angenommen) im gleichen Sinne zu verstehen oder (wie von einer vordringenden Meinung gefordert) je nach dem zugrundeliegenden Anknüpfungspunkt für die Auslandserstreckung des deutschen Strafrechts einer unterschiedlichen Deutung zugänglich ist. Diese vor allem bei „stellvertretender Strafrechtspflege“ nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB für den Fall einer Amnestierung am Tatort erhebliche Frage stand im Mittelpunkt eines vom OLG Düsseldorf erbetenen Rechtsgutachtens, das wegen der Grundsätzlichkeit dieser Problematik hiermit in seinen wesentlichen Teilen einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden soll.

I. AUSGANGSPOSITION

Zum besseren Verständnis der bei Straftaten mit Auslandsbezug meist nicht leicht durchschaubaren Problemkomplexe sei zur tatsächlichen und rechtlichen Ausgangsposition wenigstens soviel vorausgeschickt: Zur Entscheidung stand vor dem OLG Düsseldorf ein Verfahren gegen zwei türkische Staatsangehörige, denen zur Last gelegt wird, im Juni 1987 in einem Ausbildungslager der PKK im Libanon zwei Gruppenmitglieder wegen gruppenschädlichen Verhaltens in einer Art von „Hinrichtungsprozeß“ getötet zu haben. Da nach dem in § 3 StGB ausgeprägten Territorialgrundsatz das deutsche Strafrecht grundsätzlich nur auf Inlandstaten anzuwenden ist, bedarf es für eine Auslandserstreckung eines besonderen gesetzlichen Anknüpfungspunktes. Als solcher kommt bei einer Auslandstat eines Ausländers gegen einen Ausländer unter den hier gegebenen Umständen allein § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB in Betracht. Von den darin genannten Voraussetzungen ist bei Fallkonstellationen der hier in Frage stehenden Art allein das Erfordernis einer „identischen Tatortnorm“ problematisch. Obgleich es natürlich auch im Libanon dem deutschen Strafrecht entsprechende Tötungstatbestände gibt, wurde gegen die Annahme einer „identischen Tatortnorm“ von seiten der Verteidigung eingewandt, daß durch ein zwischenzeitliches libanesisches Straffreiheitsgesetz (vom 26. 8. 1991) die angeklagten Taten am Tatort nicht mehr verfolgbar seien und demzufolge auch die (weitere) Verfolgbarkeit der angeklagten Tötungsdelikte nach deutschem Strafrecht ausgeschlossen sei. Die Durchschlagskraft dieses Einwands

---

* Originalbeitrag erschienen in: Juristenzeitung 48 (1993), S. 875 – 884.

hängt jedoch entscheidend davon ab, was unter dem Erfordernis der „Strafbedrohtheit am Tatort" zu verstehen ist; denn je nachdem, ob dafür schon das Vorhandensein eines vergleichbaren Tatbetandes genügen soll oder die volle Strafbarkeit vorauszusetzen oder gar auch noch die Verfolgbarkeit zu fordern ist, kann eine Amnestierung der Auslandstat am Tatort zu höchst unterschiedlichen Konsequenzen führen. Zudem ergeben sich weitere besondere Interpretationsprobleme auch noch daraus, daß sich das Erfordernis einer „identischen Tatortnorm" nicht nur bei dem hier infragestehenden Fall der Auslandstat eines nicht ausgelieferten Ausländers (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB), sondern auch bei gegen Deutsche gerichteten Auslandstaten (§ 7 Abs. 1 StGB) wie gleichermaßen bei Auslandstaten Deutscher (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) findet und sich daher die Frage stellt, ob in all diesen Fällen die erforderliche „Strafbedrohtheit am Tatort" nach den gleichen Prinzipien und Kriterien zu interpretieren ist. Dies hat das OLG Düsseldorf bereits in seinem ersten Einstellungsbeschluß vom 3. 4. 1992[1] verneint und sich in dieser Auffassung auch durch gewisse Vorbehalte des BGH in dessen Beschwerdeentscheidung vom 25.6.1992[2] nicht beirren lassen, als es in einem zweiten Einstellungsbeschluß vom 22.1.1993 im gleichen Sinne entschied[3]. Bevor dazu (in zustimmendem Sinne) Stellung bezogen sei (III.), erscheint zunächst ein Blick auf den Meinungsstand angebracht (II.).

II. Meinungsstand zur „identischen Tatortnorm" in § 7 Abs. 2 StGB

Dieser ist nicht leicht zu erfassen, weil das Bewußtsein für diese Problematik noch weithin unterentwickelt ist. Soweit sich daher überhaupt ausdrückliche Meinungsäußerungen finden, geschieht dies eher selten eigenständig und differenziert, wobei insbesondere bei Heranziehung früherer Entscheidungen nicht hinlänglich beachtet erscheint, daß sich zwischenzeitlich die Gesetzeslage geändert hat. Unter diesem Vorbehalt sind immerhin folgende Positionen auszumachen:

1. Erforderlichkeit eines entsprechenden Straftatbestandes im Tatortrecht

Obgleich sich dieses Erfordernis bereits grundsätzlich unbestreitbar aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ergibt, bestehen doch schon Meinungsverschiedenheiten darüber,

---

1 Auszugsweise abgedruckt in MDR 1992, 1161 f.

2 Auszugsweise abgedruckt in NJW 1992, 2775 f. Durch diese Beschwerdeentscheidung war der vom GBA angefochtene Beschluß des OLG Düsseldorf bereits wegen eines Verfahrensmangels (fehlerhafte Besetzung) aufgehoben worden, wobei sich der BGH auch zu der hier in Frage stehenden Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zu gewissen Hinweisen veranlaßt sah, ohne sich jedoch bereits selbst in der einen oder anderen Richtung festzulegen (vgl. dazu auch unten zu Anm. 41, 45 und 54).

3 Dieser zweite Einstellungsbeschluß des OLG Düsseldorf (V1/92 - 1StE 11/88 GBA Karlsruhe), der – soweit ersichtlich – bislang nicht veröffentlicht ist, hat in seinem die Deutung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB betreffenden Teil die in MDR 1992, 1161 f. abgedruckte Begründung im wesentlichen unverändert übernommen und lediglich den Monita des BGH, soweit sie die Straffreistellung der den Angeklagten vorgeworfenen Tötungen durch den libanesischen Amnestieerlaß Nr. 84 vom 26. 8. 1991 betrafen (NJW 1992, 2776 unter 11.2), durch weitere Erhebungen Rechnung getragen, ohne sich jedoch dadurch letztlich zu einer anderen Entscheidung veranlaßt zu sehen. Zu dieser speziellen Einschlägigkeit des libanesischen Amnestieerlasses vgl. auch den (hier nicht wiedergegebenen) Teil IV meines am 12. 3. 1992 für das OLG erstatteten Rechtsgutachtens.

was für die „Strafdrohung" am Tatort zu verlangen ist. Während eine Mindermeinung die zu den (bis Ende 1974 geltenden) §§ 3, 4, StGB a. F. ergangene Rechtsprechung, wonach es ausreichte, wenn „das Tatortrecht unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt irgendeine Sühnemaßnahme für die Tat vorsieht"[4], weiterhin für akzeptabel hält[5] muß nach der heute vorherrschenden Meinung die Auslandstat nach Tatortrecht durch einen entsprechenden „Straftatbestand" erfaßbar sein, weswegen die bloße Einordnung als Ordnungswidrigkeit nicht genügen kann[6]. Sofern jedoch ein solcher Tatbestand vorhanden und auf die konkrete Tat anwendbar ist, braucht er sich mit dem deutschen Tatbestand nicht völlig zu decken, sondern diesem lediglich zu entsprechen[7], wobei jedoch des weiteren umstritten ist, inwieweit beide Tatbestände wenigstens denselben Rechtsgedanken verfolgen[8] oder jedenfalls die gleiche Schutzrichtung haben[9] oder gar dem Schutz vergleichbarer Rechtsgüter vor vergleichbaren Angriffen dienen sollten[10].

Diese Detailstreitpunkte bedürfen jedoch bei Tatbeständen der hier in Frage stehenden Art keiner näheren Betrachtung. Denn selbst wenn das Tatortrecht Tötung nicht in gleicher Weise nach Mord und Totschlag differenzieren sollte, wie dies in den §§ 211, 212, 213 StGB der Fall ist, sind Tötungsstrafbestände doch unzweifelhaft mit Strafe sanktioniert und dienen gleichermaßen dem Schutz menschlichen Lebens gegen dessen Vernichtung, so daß selbst unter strengsten Anforderungen an eine identische Strafnorm am Tatort das Tor zur Anwendbarkeit von § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB zunächst einmal offen ist.

2. Grundsätzliche Erforderlichkeit der Strafbarkeit nach Tatortrecht: Beachtlichkeit von Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und sonstigen Strafausschließungsgründen

Obgleich § 7 StGB nur eine „Bedrohung mit Strafe" am Tatort voraussetzt und dafür bereits die (zuvor erörterte) Existenz eines entsprechenden Straftatbestandes genügen könnte,

---

4 BGH, 29. 2. 1952 - 1 StR 767/51 = BGHSt 2, 160, 161 m. w. N.

5 Vgl. namentlich *Tröndle*, in: Leipziger Kommentar zum StGB (LK), 10. Aufl. 1985, § 7 Kn. 4 f.; ferner *Tröndle*, Straßenverkehrsgefährdung auf Transitstraßen nach Berlin (West) straflos?, JR 1977, 1-4 (2): Es müsse „ausreichen, daß nach dem Tatortrecht überhaupt eine reaktionsbedrohte Normwidrigkeit vorliegt." Im gleichen Sinne *Woesner*, Deutsch-deutsche Strafrechtskonflikte, ZRP 1976, 248-250 (250): „Mit dem klaren Hinweis auf die abstrakte Strafdrohung gibt der Gesetzgeber zu erkennen, daß es ihm nur auf die generelle Mißbilligung des territorial zuständigen Gesetzgebers ankommt. Dieser muß das Verhalten allgemein als sanktionswürdig erachtet haben."

6 Grundlegend dazu BGH, 30. 9. 1976 - 4 StR 683/75 = BGHSt 27, 5 m. zust. Anm. *Bloy* JA 1977, 135; BayObLG, 30. 3. 1981 - RReg. 2 St 30/81 = DAR 1981, 228 = JR 1982, 159 m. Anm. *Oehler*; ferner *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 24. Aufl. 1991, § 7 Rn. 8; *Samson*, in: Systematischer Kommentar (SK), 1988, § 7 Rn. 2; *Schröder* JZ 1968, 243, *Vogler* DAR 1982, 74.

7 Vgl. RGSt, 20. 2. 1920 - IV 763/19 = RGSt 54, 249; OLG Karlsruhe, Justiz 1980, 478; so neuestens auch *Niemöller*, Zur Geltung des inländischen Strafrechts für Auslandstaten Deutscher, NStZ 1993, 171-173 (172) m.w.N.

8 So wohl der Sache nach RG, 9. 1. 1882 - I 3198/81 = RGSt 5, 424; BGH, 29. 2. 1952 - 1 StR 767/51 = BGHSt 2, 161; vgl. aber auch *Tröndle* LK § 7 Rn. 4 b.

9 *Samson* SK § 7 Rn. 2.

10 *Arzt*, Zur identischen Strafnorm, in: Festgabe für den schweizerischen Juristentag, 1988, S. 417, 424 f.

wird jedoch von der herrschenden Meinung – und zwar für alle Fälle des § 7 StGB – die materielle Strafbarkeit der Tat am Tatort verlangt, mit der Folge, daß bei Vorliegen von tatortrechtlichen Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder sonstigen Strafausschließungsgründen die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach § 7 StGB ausgeschlossen sein könnte[11]. Dieses Erfordernis materieller Strafbarkeit nach Tatortrecht ist freilich weder selbstverständlich noch wird es einheitlich behandelt, diente doch vor Inkrafttreten des heutigen Allgemeinen Teils des StGB (1. 1. 1975) der Terminus „mit Strafe bedroht" gerade dazu, zwar tatbestands- rechtswidrige, aber nicht schuldhafte Handlungen von voll strafbaren Taten abzugrenzen[12].

Auch dieser Streitpunkt würde in Fällen der hier in Frage stehenden Art nur dann einer Vertiefung und Entscheidung bedürfen, wenn die Strafbarkeit der Angeklagten nach Tatortrecht wegen eines Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder eines sonstigen bereits zur Tatzeit vorliegenden oder jedenfalls mit der Tat unmittelbar zusammenhängenden Strafausschließungsgrundes hätte fehlen können. Für eine derart weitgehende und bereits zur Tatzeit bestehende Ausschließung der materiellen Strafbarkeit bestehen im Ausgangsfall jedoch keine Anhaltspunkte. Sollten allerdings derartige, die materielle Strafbarkeit von vornherein ausschließende Gründe geltend gemacht werden, so wäre freilich auch noch deren Vereinbarkeit mit universal anerkannten Rechtsgrundsätzen zu prüfen[13].

3. (Strittige) Erforderlichkeit der Verfolgbarkeit am Tatort: Bedeutung von Strafverfolgungshindernissen

Über die zuvor erwähnte materielle Strafbarkeit nach Tatortrecht zur Tatzeit hinaus stellt sich die Frage, ob die Tat zudem auch (noch) verfolgbar sein muß. Wird dies bejaht, so kann sowohl einer formellen Amnestierung als auch einer tatsächlichen Nichtverfolgungspraxis[14] bei Taten der in Frage stehenden Art für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts entscheidende Bedeutung zukommen. Dazu sind in der derzeitigen einschlägigen Rechtsprechung und Literatur im wesentlichen vier Positionen zu konstatieren:

(A) In einem Teil des Schrifttums wird die Frage der Verfolgbarkeit der Tat im Tatortstaat einfach ignoriert, so daß unklar bleibt, ob dortigen Verfolgungshindernissen für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf die Auslandstat überhaupt Bedeutung zukommt. Selbst in dieser Gruppe geht die Ignorierung des Problems jedoch unterschiedlich weit: Während die einen immerhin materiellen Strafausschließungsgründen (wie Rechtfertigung

---

11 Vgl. mit weiteren Nachweisen *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 7 Rn. 9.

12 So sollte vor allem im Sinne der „limitierten Akzessorietät" nach §§ 47, 48 StGB a. F. schon eine nur „mit Strafe bedrohte" (= tatbestandsmäßig-rechtswidrige) Haupttat für Anstiftung und Beihilfe genügen: vgl. näher *Schönke/Schröder*, StGB, 17. Aufl. 1974, Vorbem. 78 ff. vor § 47. Zu weiteren Anwendungsfällen der früheren „strafbedrohten Handlung" vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 18. Aufl. 1976, § 11 Rn. 44.

13 So jedenfalls nach herrschender Meinung: grundlegend dazu OLG Düsseldorf, 21. 8. 1978 - 5 Ws 76/78 = NJW 1979, 59, 63 f.; vgl. ferner *Tröndle* LK § 7 Rn. 5; *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 7 Rn. 9, jeweils mit weiteren Nachweisen, aber auch *Grünwald*, Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar?, JZ 1966, 633-638; ders., Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, Strafverteidiger (StV) 1991, 31-37; *Samson*, SK § 7 Rn. 2, sowie neuestens speziell zur Problematik der Rechtfertigung von „Mauerschützen" BGH, 3.11.1992 - 5 StR 370/92 = JZ 1993, 199; *Scholten*, Zur Bedeutung von § 7 StGB für die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992, 476-480.

14 Vgl. aber dazu auch unten zu Anm. 82.

und Entschuldigung) Bedeutung beimessen und sich lediglich zu Strafverfolgungshindernissen nicht ausdrücklich erklären[15], wird von anderen – über das selbstverständliche Erfordernis von Strafbedrohtheit am Tatort hinaus – die Frage von materiellen Strafausschließungs- oder prozessualen Verfolgungshindernissen nicht ausdrücklich aufgeworfen, geschweige zwischen beiden differenziert[16], gar nicht zu reden von jenem Lehrschrifttum, das den räumlichen Geltungsbereich des deutschen Strafrechts völlig unbehandelt läßt[17].

(B) Dagegen hatte sich die Rechtsprechung schon mehrfach mit der Rolle von Verfahrensvoraussetzungen bzw. -hindernissen bei Auslandstaten zu beschäftigen. Dabei wurde – und zwar ohne jegliche Differenzierung zwischen den verschiedenen Fällen von Auslandstaten gegen oder von Deutsche(n) bzw. von Ausländern – allein auf die materielle Strafbarkeit nach Tatortrecht abgehoben, während der prozessualen Verfolgbarkeit im Tatortstaat keine Bedeutung zukomme: so bereits zum früheren Recht RGSt 40, 402 (1907) hinsichtlich der Verjährung (und beiläufig auch des Strafantragserfordernisses)[18], sodann auch BGHSt 2, 160/1 (1952) mit nicht weiter spezifiziertem Hinweis auf die Unbeachtlichkeit von Verfahrenshindernissen, da es allein auf die „sachlich-rechtliche Lage" ankomme und die Tat auch bei einem Verfahrenshindernis mit Strafe bedroht bleibe[19], ferner BGH NJW 1954, 1086 zur Verjährung[20], BGHSt 20, 22/7 (1964) hinsichtlich eines Strafverlangens des ausländischen Tatortstaates[21], des weiteren BGH vom 10. 11. 1964 - 5 StR 418/64[22] hinsichtlich des Strafantragserfordernisses. Über diese frühere Rechtsprechung hinaus wird freilich auch zur jetzigen Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB eine Verjährung am Tatort von BGH GA 1976, 242 ausdrücklich für unbeachtlich erklärt[23]. Im gleichen Sinne wurde von KG JR

---

15 So *Bockelnsann/Volk,* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, S. 22 ff.; *Samson* SK § 7 Rn. 2; *Wessels*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT), 22. Aufl. 1992, S. 16.

16 Wie namentlich zu vermissen bei *Baumann/Weber*, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 9. Aufl. 1985, S. 79f.; *Blei*, Strafrecht I, Allgemeiner Teil (AT), 18. Aufl. 1983, S. 48 f.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allg. Teil, 8. Aufl. 1992, § 11 Rn. 30; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (AT), 3. Aufl. 1988, S. 39f.; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch (AT), 2. Aufl. 1975, S. 131 ff.; *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I (AT), 3. Aufl. 1981, S. 55 (vgl. aber dazu auch unten Anm. 90).

17 Wie neuerdings *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 1992.

18 Wobei es jedoch bei der in Bezug genommenen Entscheidung in RG, 14. 1. 1887 - IV 3177/86 = RGSt 15, 221 nicht um die prozessuale Verfolgbarkeit, sondern um die an die Tatbestandsidentität zu stellenden Forderungen ging. Auch die von manchen (wie *Tröndle,* LK § 7 Rn. 6 Anm. 20) als Beleg für die Unerheblichkeit von Verfolgungshindernissen herangezogene Entscheidung in RG, 20. 2. 1920 - IV 763/19 = RGSt 54, 249 (1920) dreht sich nur um den Grad der materiellen Identität der Tatortnorm (in jenem Falle hinsichtlich Abtreibung).

19 Wobei die Entscheidung freilich nicht erkennen läßt, warum das Verfolgbarkeitsproblem vom BGH überhaupt aufgeworfen wurde, so daß es sich jedenfalls um ein nicht entscheidungserhebliches obiter dictum handeln dürfte.

20 Wobei wiederum auf das bloße „Bedrohtsein" am Tatort abgehoben wird.

21 Wobei es jedoch genau besehen nicht um die Straf- und Verfolgbarkeit nach Tatortrecht als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ging, sondern in entscheidungserheblicher Weise nur darum, ob der späteren Entbehrlichkeit des zur Tatzeit erforderlichen ausländischen Strafverlangens das Rücktrittverbot entgegenstand, was im Hinblick auf den prozessualen Charakter dieses früheren Erfordernisses verneint wurde.

22 Bei *Pfeiffer/Maul/Schulte*, StGB, 1969, § 4 Anm. 2.

23 Wobei allerdings zu bedenken bleibt, daß es im Entscheidungsfall auf die Frage der Beachtlichkeit einer Verjährung letztlich gar nicht ankam, weil eine solche auch nach rumänischem Tatortrecht ohnehin nicht vorlag.

1988, 346 zur Amnestie entschieden[24]. Auch das OLG Düsseldorf schien damals dieser Auffassung nahezustehen; denn wenngleich die beiden Entscheidungen, in denen Strafverfolgungshindernisse (wie Verjährung, fehlender Strafantrag, Amnestie) und/oder grundsätzliche Nichtverfolgung am Tatort als unerheblich für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts befunden wurden, genau genommen nur zu den Fallgruppen des § 7 Abs. 1 StGB (NJW 1983, 1277/8) bzw. des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB (NStZ 1985, 268) ergangen waren, war doch eine ausdrückliche Differenzierung des OLG Düsseldorf von der hier in Frage stehenden Fallgruppe des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu vermissen[25].

Im Schrifttum hat diese den Strafverfolgungshindernissen undifferenziert jegliche Bedeutung absprechende Position der Rechtsprechung wohl nur bei Tröndle ausdrückliche Zustimmung gefunden[26]. Allenfalls wäre noch Jakobs dieser Auffassung zuzurechnen[27].

---

24 Wobei es allerdings um einen „Neubürger"-Fall nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB ging und daher lediglich hilfsweise auch auf § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB Bezug genommen wurde.

25 Dagegen läßt sich OLG Düsseldorf; 21. 8. 1978 - 5 Ws 76/78 = NJW 1979, 59 für diese Auffassung nicht in Anspruch nehmen, da es dort um die Beachtlichkeit von Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- sowie sonstigen materiellen Straffreistellungsgründen des Tatortrechts und sowie um die zuvor unter (2) erörterte Fallgruppe ging. – Auch der Hamadi-Beschluß des BGH, 17.5. 1991 - 2 StR 183/90 = NJW 1991, 3104, obgleich zu dem hier in Frage stehenden § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ergangen, gibt für die vorliegende Fragestellung nichts her, da dort die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts über die amerikanische Tatortstrafbarkeit (Flugzeug als US-inländischer Tatort) begründet wurde und deshalb die Strafbarkeit nach dem Recht des Landesstaates Libanon ausdrücklich offengelassen wurde (und auch werden konnte).

26 Und zwar in LK § 7 Rn. 6 bzw. in *Dreher/Tröndle*, 46. Aufl. 1993, § 7 Rn. 9 in Verbindung mit Rn. 7. – Dagegen wird man *Lackner*, StGB, 19. Aufl. 1991, nur mit Vorbehalt hierher rechnen dürfen: Zwar soll es nach der dem Abs. 2 Nr. 2 StGB gewidmeten Rn. 5 zu § 7 – unter Hinweis auf BGH, 7.4. 1976 - 3 SeR 286/75 = GA 1976, 242 – nicht darauf ankommen, ob die Tat im Ausland noch verfolgbar ist; hingegen wird in der allgemein der Strafdrohung am Tatort gewidmeten Rn. 2 zwischen den Fallgruppen des § 7 Abs. 1 StGB einerseits und des § 7 Abs. 2 StGB andererseits differenziert (vgl. dazu auch unten Anm. 35). Ebensowenig wird man *Oehler* ohne weiteres dieser Position zurechnen dürfen; denn selbst wenn er in einer Anmerkung zu BGH, 20. 10. 1976 - 3 StR 298/76 = BGHSt 27, 30 (in JR 1977, 424) noch erklärt hatte, daß „die Anwendung des stellvertetenden Strafrechtspflegeprinzips nicht davon abhängig (ist), ob der Tatortstaat das konkrete Delikt auch verfolgen will" (JR 1977, 425), handelt es sich doch lediglich um eine beiläufige Bemerkung zu einem Fall, in dem es um die (völkerrechtlich problemtische) Anwendbarkeit des Weltrechtsprinzips auf den unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln (§ 6 Nr. 5 StGB) ging. Zudem erscheint es durchaus zweifelhaft, ob *Oehler* diesen Standpunkt überhaupt noch aufrecht erhält, nachdem in seinem „Internationalen Strafrecht" (2. Aufl. 1983) Verfolgungshindernisse des Tatorts nur für die Fallgruppen des § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB ausdrücklich – und zwar insoweit mit Recht (vgl. unten III. 3/C) – für nicht beachtlich erklärt werden.

27 Dies vielleicht deshalb, weil *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT), 2. Aufl. 1991, Rn. 5/18 zur „identischen Norm am Tatort" feststellt, daß „die Fassung des Tatbestands wie auch Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe am Tatort sowie in prozessuale Form gekleidete materiellrechdiche Strafbarkeitsvoraussetzungen zu beachten (seien)" und auf diese – zunächst nur zum Schutzprinzip (§ 7 Abs. 1 StGB) getroffene – Feststellung ohne jeglichen Vorbehalt in Rn. 5/19 auch zum Stellvertetungsprinzip (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) verwiesen wird. Auch wenn von *Jakob* nicht ausdrücklich so vollzogen, läßt dies doch jedenfalls den Umkehrschluß zu, daß in allen Fällen des § 7 StGB etwaige Strafverfolgungshindernisse, weil unerheblich, einer Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nicht entgegenstünden.

(C) Gleichermaßen undifferenziert wie nach der vorgenannten Rechtsprechung, jedoch in gerade umgekehrte Richtung geht jene Auffassung, nach der für das Strafbedrohtsein am Tatort generell nicht nur die materielle Strafbarkeit, sondern auch die prozessuale Verfolgbarkeit erforderlich sei, mit der Folge, daß bei einem Strafverfolgungshindernis am Tatort die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nicht nur in dem hier in Frage stehenden Fall der Auslandstat eines nicht ausgelieferten Ausländers (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB), sondern auch bei der Auslandstat eines Deutschen (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) wie gleichermaßen bei der gegen einen Deutschen gerichteten (§ 7 Abs. 1 StGB) ausgeschlossen wäre. Diese Position wird man, wenngleich noch zu den früheren §§ 3, 4 StGB a. F. vertreten, der von Horst Schröder zum Personalprinzip entwickelten Konzeption entnehmen können, wonach „mit der Anwendung deutschen Strafrechts letztlich das Strafinteresse des ausländischen Tatortes" wahrgenommen werde und es deshalb der Feststellung bedürfe, „daß nach Tatortrecht alle Voraussetzungen für eine effektive Bestrafung des Täters vorgelegen haben"[28].

Dieser strenge, generell auf Zurückhaltung bei Anwendung deutschen Strafrechts hinwirkende Standpunkt hat aber, wenngleich gewisse Sympathien[29], so offenbar doch keine weiteren ausdrücklichen Befürworter gefunden.

(D) Zwischen diesen Extremen einer undifferenzierten Unbeachtlichkeit von Strafverfolgungshindernissen einerseits (B) und generell erforderlicher Verfolgbarkeit am Tatort andererseits (C) liegt jene Auffassung, nach der je nach dem zugrundeliegenden Anknüpfungsprinzip zwischen den Fallgruppen des § 7 StGB zu differenzieren ist. Während es in den maßgeblich vom passiven und aktiven Personalprinzip bestimmten Fallgruppen des § 7 Abs. 1 StGB bzw. des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB allein auf die Strafbarkeit nach Tatortrecht (unter Berücksichtigung von Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und sonstigen Strafausschließungsgründen) ankommt und demzufolge etwaige Verfolgungshindernisse am Tatort unerheblich sind, setzt bei der vom Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege bestimmten Fallgruppe des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nicht nur die Strafbarkeit am Tatort, sondern auch deren Verfolgbarkeit voraus, mit der Folge, daß mit einem Verfolgungshindernis am Tatort auch die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts steht und fällt.

Diese von mir bereits gegenüber Schröder gemachte Differenzierung[30], die sich in Ansätzen auch schon bei Jescheck findet[31], hat inzwischen auch die ausdrückliche Anhänger-

---

28 *Schröder*, Grundlagen und Grenzen des Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht, JZ 1968 241-245 (243), sowie in Schönke/Schröder, StGB, 14. Aufl. 1969 bis 17. Aufl. 1974, § 3 Rn. 3 a, 4 (zum aktiven Personalitätsprinzip) sowie § 4 Rn. 5 (zu den Fallgruppen des heutigen § 7 StGB), wobei freilich bei dem Rückverweis auf die Kommentierung zu § 3 wohl versehentlich die dortige Rn. 4 nicht miterwähnt wird. In den vorangehenden Auflagen war auch *Schröder* der oben bei (B) dargelegten Auffassung gefolgt (vgl. zuletzt in der 13. Aufl. 1967, § 3 Rn. 3 bzw. § 4 Rn. 5).

29 Wie beispielswiese bei *Oehler*, Internationales Strafrecht, S. 154 unter Hinweis auf ausländische Vorbilder.

30 Vgl. erstmals *Eser*, in: Schönke/Schröder, 18. Aufl. 1976, § 7 Rn. 6 und 14, bzw. heute 24. Aufl. 1991, § 7 Rn. 11,17.

31 *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (AT), 3. Aufl. 1978, S. 136: Danach erfordere stellvertretende Strafrechtspflege neben dem Bestehen einer identischen Norm im Tatortstaat auch „die Anerkennung der die Sache abschließenden Hoheitsakte des Tatortstaates, z. B. Verurteilung und Strafverbüßung bzw. Straferlaß, Freispruch oder Begnadigung, durch den Urteilsstaat (sog. Erledigungsprinzip)". (Daß dem gegenüber bis zur 2. Aufl. 1972, S. 121 gerade umgekehrt von Anerkennung sachabschließender Staatsakte des Urteilsstaats durch den

schaft von Liebelt[32], Lemke[33] und Lagodny[34] gefunden. Und wenngleich nicht derart explizit, dürften der gleichen Position doch auch Lackner[35] und Oehler[36] zuzurechnen sein.

4. Zwischenergebnis zum Ausgangsfall

Soweit es bei der für § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB erforderlichen „identischen Strafnorm" um das Vorhandensein eines entsprechenden Straftatbestandes am Tatort geht (oben 1.), gibt es für den hier in Frage stehenden Fall keine begründeten Zweifel. Gleiches gilt für die konkrete Strafbarkeit der den Angeklagten vorgeworfenen Tötungsdelikte nach dem libanesischen Tatortrecht zur Tatzeit (oben 2). Demzufolge hängt die grundsätzliche Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts (§§ 211, 212 StGB) allein davon ab, welche Bedeutung einem nach Tatbegehung eingetretenen Strafverfolgungshindernis, wie im vorliegenden Fall einer Amnestie, beizumessen ist: Nach der vor allem in der bisherigen Rechtsprechung vorzufindenden Position 3/D sollen Prozeßvoraussetzungen und/oder Strafverfolgungshindernisse grundsätzlich unbeachtlich sein, mit der Folge, daß im vorliegenden Fall eine Amnestie nach libanesischem Recht einer Ahndung der Angeklagten nach den §§ 211, 212 StGB nicht entgegenstünde. Geht man dagegen generell (so Position 3/C) oder differenziert zumindest für die Fallgruppe des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB von der Beachtlichkeit von nachträglichen Strafverfolgungshindernissen aus (Position 3/D), dann ist die behauptete libanesische Amnestie für die Strafbarkeit der hier angeklagten Taten nach deutschem Recht von

---

Tatortstaat die Rede war, dürfte wohl auf einem in den Folgeauflagen behobenen Versehen beruhen). Nach dieser zunächst nur allgemein beim Stellvertretungsprinzip gemachten Aussage, nach der über die ausdrücklich erwähnte Begnadigung hinaus wohl gleichermaßen auch einer Amnestie eine Erledigungswirkung beizulegen wäre, werden bei Erörterung des geltenden Rechts ausdrücklich die Fälle der stellvertetenden Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) von denen des Individualschutzprinzips (§ 7 Abs. 1 StGB) unterschieden und bei ersteren auch Prozeßvoraussetzungen (wie. z. B. das Erfordernis eines Strafantrags) wie auch Prozeßhindernisse (wie z. B. eine Amnestie) für berücksichtigungsbedürftig erklärt (3. Aufl. S. 140), wobei *Jescheck* in der 4. Aufl. von 1988 seine Auffassung ausdrücklich als gleichbedeutend mit der von mir (in Schönke/Schröder. oben Anm. 30) vertretenen erklärt (S. 157, 158 Anm. 67).

32 *K. G. Liebelt*, Zum deutschen internationalen Strafrecht und seiner Bedeutung für den Einfluß außerstrafrechtlicher Rechtssätze des Auslands auf die Anwendung inländischen Strafrechts, Diss. Münster 1978, S. 245 f. in Verbindung mit S. 145 f.

33 *Lemke*, in: Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch (AK), Bd. 1, 1990, § 7 Rn. 17, 23.

34 *Lagodny*, Grundkonstellationen des internationalen Strafrechts, ZStW 101 (1989), 987-1011, der im Sinne des von mir im Schönke/Schröder vertretenen Standpunkts erforderlichenfalls eine entsprechende Reform oder zumindest Klarstellung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB verlangt.

35 So wenn *Lackner*, obgleich in gewissem Widerspruch zu § 7 Rn. 5 (vgl. dazu oben Anm,. 26), zur Strafdrohung am Tatort (bei § 7 Rn. 2) erklärt, daß „Hindernisse, die nur der Verfolgung am Tatort rechtlich oder tatsächlich entgegenstehen, nur in Fällen des Abs. 1, nicht des Abs. 2 ohne Bedeutung" seien, was – nicht zuletzt wegen des ausdrücklichen Hinweises auf *Lemke* AK § 7 Rn. 17 (vgl. oben Anm. 33) – doch wohl nur so gedeutet werden kann, daß in Fällen des § 7 Abs. 2 Strafverfolgungshindernisse beachtlich sind und demzufolge der Anwendbarkeit, des deutschen Strafrechts entgegenstehen können (wobei freilich die mangelnde Differenzierung von *Lackner* innerhalb des § 7 Abs. 2 zusätzliche Zweifel an der Widerspruchsfreiheit seiner Gesamtkonzeption aufkommen läßt).

36 *Oehler*, Internationales Strafrecht, S. 154 Rn. 151 e, wonach Verfolgungshindernisse des Tatorts zwar nicht beim aktiven und passiven Personalitätsprinzip vom deutschen Richter zu beachten seien, dagegen bei dem (hier in Frage stehenden) Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB beachtet werden sollten, „wie es sich aus dem Grundgedanken des Prinzips ergibt":

entscheidender Relevanz. Demzufolge bedarf diese Streitfrage einer weiteren Klärung und Entscheidung.

III. Würdigung und Lösungsvorschlag

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: wenn auch mit gewissen Modifizierungen, so erscheint mir doch auch nach erneuter Überprüfung der verschiedenen Standpunkte die zuvorgenannte Position (3/D) einer Beachtlichkeit von nachträglichen Strafverfolgungsvoraussetzungen für die Fallgruppe des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB als die grundsätzlich richtige; denn nicht nur, daß der Wortlaut diese Deutung zuläßt (1.); vielmehr dürfte diese Auffassung auch unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien (2.) dem Zweck des Gesetzes am besten gerecht werden (3.) und nicht zuletzt auch völkerrechtlich geboten sein (4.).

1. Mehrdeutigkeit und differenzierungsfähige Auslegungsmöglichkeit des Wortlauts

(A) Wie schon zuvor angedeutet, ist das nach § 7 StGB erforderliche „am Tatort mit Strafe bedroht sein" keinesfalls eindeutig in dem Sinne, daß es unzweifelhaft nur in der einen und nicht auch in einer anderen Weise verstanden werden könnte. Wäre es anders, so hätte es eigentlich schon gar nicht zur Deutungsbedürftigkeit durch die (oben referierte) Rechtsprechung des RG zu kommen brauchen und noch weniger hätte dann auch noch der BGH bemüht werden müssen. Doch selbst wenn man dem entgegenhalten wollte, daß für die Rechtsprechung jedenfalls die Grenzziehung zwischen (erforderlicher) materieller Strafbarkeit und (unerheblicher) prozessualer Verfolgbarkeit klar gewesen sei, wird einleuchten müssen, daß der Grenzverlauf im einzelnen dann doch seinerseits einer Auslegung bedarf und dabei unterschiedliche Deutungen denkbar sind, wird doch sowohl das von der Rechtsprechung dem prozessualen Bereich zugeschlagene Strafantragserfordernis wie auch die Verjährung[37] nicht nur von manchen Autoren[38], sondern gelegentlich sogar von der Rechtsprechung dem materiellen Bereich zugeschlagen oder jedenfalls als gemischtes Institut verstanden[39]. Vor allem aber ist eine eindeutige Annahme von „strafbedroht" im Sinne voller materieller Strafbarkeit (unter Abgrenzung von prozessualer Verfolgbarkeit) schlechterdings nicht vereinbar mit der bis zum Inkrafttreten des heutigen § 7 StGB vorherrschenden Deutung als lediglich tatbestandsmäßig-rechtswidrig (unter Ausgrenzung nicht-schuldhafter Handlungen)[40]. Denn wenn der Gesetzgeber von dieser wohlbekannten Auffassung beim neuen § 7 StGB so eindeutig hätte abgehen wollen, wie es die Vertreter dieser Auffassung annehmen, hätte man von ihm eine andere Wortwahl oder jedenfalls ein klares Indiz für eine Deutungsänderung erwarten müssen.

Daher dürfte der generell zwischen (erforderlicher) materieller Strafbarkeit und (unerheblicher) prozessualer Verfolgbarkeit unterscheidenden Position (oben II. 3/B) jedenfalls in-

---

37 Vgl. RG, 28. 11. 1907 - III 548/07 = RGSt 40, 402; BGH, 29. 2. 1952 -1 StR 767/51 = BGHSt 2, 160/1; BGH NJW 1954, 1086; BGH bei *Pfeiffer/Maul/Schulte*, § 4 Anm. 2.

38 Wie beispielsweise von *Rodolphi* SK Vorbem. 8 vor § 77 zum Strafantragserfordernis bzw. *Jescheck*, AT, 4. Aufl. S. 812 zur Verjährung; vgl. ferner *Stree*, in: Schönke/Schröder, StGB, 24. Aufl. 1991, § 77 Rn. 8 f. bzw. Vorbem. 3 vor § 78 mit weiteren Nachweisen zum Streitstand.

39 Vgl. etwa RG, 31. 3. 1925 - I 125/5 = RGSt 59, 197/9; RG, 4. 7. 1932 - II 681/32 RGSt 66, 328 zur Verjährung.

40 Vgl. dazu oben II.2.

soweit der Boden entzogen sein, als sie sich schlicht auf Eindeutigkeit des Wortlauts glaubt berufen zu können[41].

(B) Weil somit der Wortlaut nicht eindeutig ist, bedarf das „mit Strafe bedroht sein" der Auslegung. Diese hängt nicht zuletzt davon ab, ob dieses Erfordernis in allen drei Fallgruppen des § 7 StGB – nämlich bei Auslandstaten gegen Deutsche (Abs. 1), bei Auslandstaten von Deutschen (Abs. 2 Nr. 1) sowie bei den hier infragestehenden Auslandstaten eines nichtausgelieferten Ausländers (Abs. 2 Nr. 2) – im gleichen Sinne zu verstehen ist oder eine jeweils unterschiedliche Bedeutung haben kann.

Dazu ist zunächst grundsätzlich zu bemerken, daß nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen derselbe Terminus in verschiedenen Normzusammenhängen nicht notwendig dasselbe zu bedeuten braucht, sondern je nach dem Zweck der betreffenden Norm eine besondere Bedeutung mit unterschiedlichen Konsequenzen haben kann[42]. Nachdem diese von Funktion und Zusammenhang der Norm abhängige Mehrdeutigkeit desselben Begriffs selbst für Legaldefinitionen im Sinne von § 11 StGB gilt[43], ist für solche Bedeutungsunterschiede umso mehr Raum, wenn es sich um einen Begriff wie dem der „mit Strafe bedrohten Handlung" handelt, der in anderen Normzusammenhängen – wie bei den früheren §§ 47, 48 StGB hinsichtlich der für Teilnahme erforderlichen Haupttat – anders gedeutet wurde (nämlich als Grenzziehung zwischen tatbestandsmäßig-rechtswidrigen und nichtschuldhaften Handlungen)[44], als dies von der in der Rechtsprechung vorherrschenden Position (oben II. 3. b) bei § 7 StGB geschieht, nämlich als Grenzziehung zwischen (materiell) voll-strafbaren und (prozessual) nicht-verfolgbaren Handlungen.

Eine solche Unterschiedlichkeit des Normzusammenhangs wird auch dem BGH entgegenzuhalten sein, wenn er in seiner Beschwerdeentscheidung dem OLG Düsseldorf zu bedenken gab, daß auch im Auslieferungsrecht die als Teilelement der „beiderseitigen Strafbarkeit" geforderte „konkrete materialrechtliche Strafbarkeit" im ersuchenden Staat als „mit Strafe bedrohte Tat" umschrieben und gleichermaßen von der „beiderseitigen Verfolgbarkeit" unterschieden werde[45]. Ganz abgesehen davon, daß dem BGH eine derartige Vermengung verschiedenartiger Normzusammenhänge auch bei Heranziehung der Literatur unterläuft – denn anders als bei dem grundsätzlich gleichermaßen wie § 7 StGB auf die Tatortstrafbarkeit abhebenden § 2 IRG geht es bei § 3 IRG, auf den sich die vom BGH herangezogene Kommentarstelle von Vogler[46] bezieht, gerade umgekehrt um die Strafbar-

---

41 Über diesen Einwand geht der BGH leider auch in seiner Beschwerdeentscheidung v. 24. 6. 1992 (vgl. oben Anm. 2) offenbar ohne jedes Problembewußtsein und zudem noch methodisch brüchig hinweg, wenn er – insoweit noch durchaus nachvollziehbar – dem Wortlaut zunächst nur einen „Hinweis" auf eine ausschließlich materielle Deutung der in Frage stehenden Wendung entnimmt, dann aber „diesen Sinn" ohne jedes weitere Hinterfragen gleichermaßen der früheren wie auch der heutigen Gesetzeslage unterlegt (NJW 1992, 2775 unter II. 1.).

42 Vgl. allg. dazu *Eser*, in: Schönke/Schröder, 24. Aufl. § 1 Rn. 39, *Jescheck* AT, 4. Aufl., S. 138 sowie *Bruns* Die sog. „tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht, JR 1984, 133-141, insbes. 137.

43 Wie etwa beim Begriff des Angehörigen, des Amtträgers oder gerade auch des dem „mit Strafe bedroht sein", naheverwandten Begriffs der „rechtswidrigen Tat": vgl. im einzelnen *Eser*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. 2 vor § 11 sowie Rdn. 4, 6, 11, 14, 41, 61 zu § 11, ferner *Stratenwerth,* Die Definitionen im Allgemeinen Teil des Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 669-706, insbes. 672, *Tröndle*, LK § 1 Rn. 1.

44 Vgl. dazu bereits oben Anm. 12.

45 BGH in seinem Beschl. v. 24. 6. 1992 (vgl. oben Anm. 2), NJW 1992, 2776.

46 In: Grützner/Pötz, Internationaler Rechtsverkehr in Strafsachen, 2. Aufl., § 3 IRG Rn. 10.

keit des auszuliefernden Täters nach deutschem Recht und damit um keineswegs gleichgerichtete Sichtweisen – verfolgen § 7 StGB und das IRG von Grund auf unterschiedliche Zwecke: Während es bei den Regeln des sog. internationalen Strafrechts der §§ 3 bis 7, 9 StGB um den materiellen Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts geht und durch das Erfordernis einer „identischen Tatortnorm" nicht zuletzt zwecks Vermeidung von völkerrechtlichen Kollisionen einer zu weiten Ausdehnung des eigenen nationalen Rechts entgegengewirkt werden soll[47], steht bei den prozessualen Rechtshilferegeln des IRG die Sicherstellung von Gegenseitigkeit im Vordergrund[48]. Auch terminologisch kommt übrigens die Unterschiedlichkeit des Normzusammenhangs darin zum Ausdruck, daß der vom BGH (auch) zu § 7 StGB herangezogene Begriff der „beiderseitigen Strafbarkeit" üblicherweise auf den Rechtshilfebereich beschränkt wird, während man beim materiellen Strafanwendungsrecht des § 7 StGB korrekterweise vom Erfordernis einer „identischen Norm" am Tatort zu sprechen pflegt[49].

Mangels Berücksichtigung der unterschiedlichen Normzusammenhänge sind daher die das „mit Strafe bedroht sein" undifferenziert in die eine oder andere Richtung deutenden Positionen (oben II. 3/B und 3/C) schon insofern fragwürdig, als von den Vertretern dieser Auffassung mögliche Deutungsunterschiede offensichtlich nicht reflektiert wurden. Das gilt vor allem für die gesamte seit dem Inkrafttreten des heutigen § 7 StGB (1. 1. 1975) ergangene Rechtsprechung, die sich durchweg auf die Judikatur zu den früheren §§ 3, 4 StGB a. F. beruft[50] ohne in irgendeiner Weise erkennen zu lassen, dass jene früheren Bestimmungen von teils anderen Prinzipien geleitet waren[51]. Doch selbst die frühere Rechtsprechung bis zurück zu der des RG ist schon deshalb anfechtbar, weil sie offenbar kurzerhand von einer gleichsinnigen Bedeutung der „identischen Norm" ausging, ohne den unterschiedlichen Normzusammenhang, der bis zur Neufassung der ursprünglichen §§ 3 bis 9

---

47 Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, Vorbem. 1 ff. vor § 3 mit weiteren Nachweisen.

48 Vgl. *Uhlig/Schomburg/Lagodny*, Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (MG), 2. Aufl. 1992, Einleitung 18, § 3 Rn. 2, § 43 Rn. 9, § 59 Rn. 18. Aus dieser unterschiedlichen Rechtsnatur dürfte sich auch erklären, daß die – auf den ersten Blick kongruent erscheinende – Prüfung des ausländischen Rechts in § 7 StGB und § 2 IRG mit unterschiedlicher Intensität erfolgt: Während im StGB die identische Tatortnorm in allen Einzelheiten genau zu prüfen ist (vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 7 Rn. 8-12), genügt im IRG ein an „nach der Beweislage wahrscheinlicher" Strafanspruch (*Uhlig/Schomburg/Lagodny*, IRG-Kommentar, § 2 Rn. 3).

49 Vgl. *Epp*, Der Grundsatz der identen Norm und die beiderseitige Strafbarkeit, ÖJZ 1981, 197-203, insbes. 198. Dies schließt nicht aus, daß gelegentlich auch synonyme Verwendungen zu beobachten sind, wie etwa bei *Jescheck*, wenn er in der Großen Strafrechtskommission im Zusammenhang mit seinem Entwurf eines § d von „beiderseitiger Strafbarkeit" sprach (Niederschriften IV S.16); vgl. unten Anm. 77), während in seinem späteren Lehrbuch durchweg vom „Erfordernis der identischen Norm" die Rede ist (vgl. z. B. seine 4. Aufl. S. 152).

50 Vgl. insbesondere BGH, 7. 4. 1976 - 3 StR 286/75 = GA 1976, 242/3, ferner (zumindest vermittelt durch den Hinweis auf die dem BGH folgenden *Dreher/Tröndle*) KG, 16. 12. 1987 - (4) 3 HEs 2/87 (87/87) = JR 1988, 345/6.

51 Wobei hier allein daran erinnert sei, daß das bis Ende 1974 geltende internationale Strafrecht das aktive Personalprinzip zum Ausgangspunkt hatte, während das heutige internationale Strafrecht vom Territorialgrundsatz ausgeht – mit jeweils unterschiedlichen Bedürfnissen und Konsequenzen für die Auslandsersteckung des deutschen Strafrechts. Zu weiteren Einzelheiten dieser Reform vgl. *Eser*, Die Entwicklung des internationalen Strafrechts, in: Festschrift für H.-H. Jescheck, 1985, Band II, S. 1353-1377, insbes. S. 1362 ff.

StGB durch die VO vom 6. 5. 1940[52] bzw. des Gesetzes vom 4. 8. 1953[53] galt, bedacht zu haben. Um nur ein hier einschlägiges Beispiel dafür zu nennen, daß sich Rechtsprechung nicht einfach ohne Berücksichtigung der jeweiligen Gesetzeslage tradieren lässt: Wenn nach § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB in der bis zur Neuregelung von 1940 geltenden Fassung für Straftaten Deutscher im Ausland (nach dem aktiven Personalprinzip) eine Tatortstrafdrohung vorausgesetzt wurde, so hätte es im Fall von RGSt 40, 406 (1907) im Grunde gar nicht des im damaligen § 5 StGB vorgesehenen Ausschlusses des deutschen Strafrechts bei Verjährungseintritt oder bei mangelndem Strafantrag bedurft, wenn nicht diese Verfolgungsvoraussetzungen bereits Teil des Strafbedrohtseins nach § 4 Abs. 2 Nr. 3 gewesen wären. Nachdem nun diese Ausschlußklausel in der Zwischenzeit weggefallen ist, kann ein kommentarloser Rückgriff auf die zu einer andersartigen Gesetzeslage ergangene Rechtsprechung, wie es in diesem Bereich meist unbesehen geschieht, nicht genügen. Schon deshalb ist der sich in bloßer Wiederholung früherer Erkenntnisse erschöpfenden Rechtsprechung zum heutigen § 7 StGB – und damit auch der jüngsten Berufung des BGH hierauf[54] – der Boden entzogen.

2. Begrenzte Ergiebigkeit der Gesetzesmaterialien

Nachdem somit der Wortlaut mehrere Deutungen des „Strafbedrohtseins" am Tatort zuläßt und diese für die verschiedenen Fallgruppen des § 7 StGB keineswegs zwingend die gleichen sein müssen, wäre es nach der üblichen Auslegungsmethodik zumindest hilfreich, wenn sich den Gesetzesmaterialien sachdienliche Hinweise entnehmen ließen. Dies ist jedoch nur bis zu einem gewissen Grad der Fall.

Zwar läßt sich den herangezogenen Materialien – wie namentlich der Begründung des E 1962 sowie den Niederschriften der Großen Strafrechtskommission und Berichten des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform – einnehmen, daß bei der Neugestaltung der heutigen §§ 3 bis 9 StGB sowohl das Erfordernis einer identischen Tatortnorm in den Fallgruppen des jetzigen § 7 StGB im allgemeinen als auch die Folgen einer Niederschlagung des Verfahrens am Tatort im besonderen problematisiert wurden[55]. Dabei lag jedoch der Schwerpunkt der Diskussion darauf, ob für die identische Tatortnorm jede Art von Strafbarkeit genügen solle oder die Strafbarkeit als Verbrechen oder Vergehen vorzusehen sei[56] bzw. welche Anforderungen im Falle des Stellvertretungsprinzips an die Nichtauslieferung des Täters zu stellen seien[57].

Soweit es speziell die hier im Vordergrund des Interesses stehende Niederschlagung des Verfahrens im Tatortstaat betrifft, wurde deren Bedeutung für die stellvertretende Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nicht nur gesehen, sondern als Schranke für stellvertretende Strafverfolgung sogar grundsätzlich anerkannt, eine dahingehende Klarstellung aber

---

52 RGBl. 1940 I, S. 754; zu der bis dahin geltenden Fassung vgl. *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, zu den §§ 3-9, bzw. zu der ab 1940 gehenden Fassung *Schönke*, StGB, 1.Aufl. 1942, zu den §§ 3-7.

53 BGBl. 1953 I, S. 735; zu dieser Fassung vgl. Schönke/Schröder, 7. Aufl. 1954, zu den §§ 3-7.

54 In seiner Beschwerdeentscheidung v. 24.6.1992 (vgl. oben Anm. 2), NJW 1992, 2775.

55 Vgl. E 1962 Begründung S. 112 f., Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. IV, S. 16 ff., 124 ff., 409 ff., Protokolle über die Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform IV, S. 584ff., V, S. 2359 ff., 2562 f.

56 Vgl. dazu insbes. Niederschriften IV S. 16, 20, 24.

57 Vgl. insbes. Niederschriften IV S. 20, 27 ff., 124 bzw. Protokolle des Sonderausschusses IV S. 585.

letztlich deshalb verpaßt, weil man sich über den Regelungsort nicht einigen konnte und die Erwartungen auf zugesagte Ersatzlösungen später unerfüllt blieben. Denn während Jescheck in seinem dem heutigen § 7 Abs. 2 StGB entsprechenden § d Abs. 2 die Verfolgung einer Auslandstat – unter anderem – ausgeschlossen sehen wollte, wenn die Strafe verjährt oder erlassen ist[58], glaubte die Strafrechtskommission auf eine solche Vorschrift im StGB verzichten zu können, weil einem Ausschluß der Strafverfolgung in derartigen Fällen durch eine entsprechende Ergänzung der Strafverfahrensordnung Rechnung zu tragen sei – und zwar nicht nur solle, sondern „müsse"[59]. Wenn aus diesen Erwartungen dann im heutigen § 153c StPO doch nur eine weniger weitgehende Ermessensklausel zum Absehen von Strafverfolgung bei bestimmten Auslandstaten geworden ist, so ändert dies nichts daran, daß bei Verabschiedung des heutigen § 7 Abs. 2 StGB auf eine Ausschließung deutscher Strafbarkeit bei Niederschlagung des Verfahrens am Tatort nur deshalb verzichtet wurde, weil man auf eine entsprechende strafprozessuale Absicherung vertraut hatte. Daher wird man den Gesetzesmaterialien zwar durchaus einen bestimmten Regelungswillen im Sinne einer Einschränkung deutscher Strafverfolgung bei Niederschlagung von Verfahren am Tatort entnehmen können; da es jedoch in Erwartung prozessualer Ersatzlösungen zu keiner klaren Abstimmung kam, lassen auch diese Materialien keine zwingenden Schlüsse in die eine oder andere Richtung zu.

3. Differenzierung der Fallgruppen nach den zugrundeliegenden Anknüpfungsprinzipien

Daher wird letztlich nur auf teleologischem Wege, indem bei Auslandserstreckung des deutschen Strafrechts nach dem Zweck des Strafbedrohungserfordernisses am Tatort zu fragen ist, eine Antwort zu finden sein. Dies aber wird seinerseits nicht möglich sein, ohne den jeweiligen Anknüpfungsgrund für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf eine Auslandstat mitzuberücksichtigen. Deshalb gilt es, die verschiedenen Fallgruppen nach § 7 jeweils getrennt zu betrachten[60].

(A) Fallgruppe § 7 Abs. 1 StGB: Auslandstaten gegen Deutsche

Wenn hier nun – anstatt mit der den Ausgangsfall betreffenden Fallgruppe des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu beginnen – zunächst auf die Fallgruppe des § 7 Abs. 1 StGB zugegangen wird, so empfiehlt sich dies vor allem deshalb, weil bei Auslandstaten gegen Deutsche das deutsche Strafverfolgungsinteresse noch am originärsten erscheint. Da es hierbei jedenfalls vorherrschend, wenn nicht gar ausschließlich, um Individualschutz nach dem passiven Personalprinzip geht[61], ist es zumindest verständlich, daß der deutsche Staat im Interesse seiner Staatsangehörigen die Hürde für die Anwendung deutschen Strafrechts auf Auslandstaten gegen Deutsche so niedrig wie möglich halten will, war doch im Gesetzgebungsverfahren von seiten des Bundesjustizministeriums sogar erwogen worden, bei Straf-

---

58 Niederschriften IV S. 411.

59 So namentlich der damalige Berichterstatter des Bundesjustizminister Kielwein, Niederschriften IV S. 21, ferner Ministerialdirektor *Schafheutle* Niederschriften IV S. 125. Die gleiche Zusicherung hatte *Schafheutle* gegenüber den Vorstellungen von Abgeordneten gegeben, den Ausschluß deutscher Strafverfolgung bei Niederschlagungen des Verfahrens am Tatort im StGB klarzustellen; vgl. Protokolle des Sonderausschusses IV S. 585 f., 589 f.

60 In diesem Sinne namentlich auch *Zieher*, Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform 1977, S. 65.

61 Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 7 Rdn. 1 mit weiteren Nachweisen.

taten gegen Deutsche auf jegliches Strafbedrohtheitserfordernis am Tatort zu verzichten[62]. Da jedoch gegen einen derart weitgehenden, auf grundsätzlichem Mißtrauen gegen den Tatortstaat gegründeten Selbstschutz deutscher Interessen gegen Auslandstaten sowohl rechtsstaatliche als auch völkerrechtliche Bedenken zu erheben waren[63], konnte der Gesetzgeber zwar schließlich nicht umhin, den Schutz des deutschen Strafrechts nur dort zur Anwendung kommen zu lassen, wo auch der Tatortstaat durch eine entsprechende Strafnorm das grundsätzliche Schutzbedürfnis anerkannt hat. Dennoch braucht die deutsche Strafgewalt ihre Zurückhaltung nicht soweit zu treiben, daß sie ihr Eingreifen auch von der prozessualen Verfolgbarkeit oder gar der tatsächlichen Verfolgungspraxis im Tatortstaat abhängig macht. Deshalb ist es weniger aus begrifflichen als vielmehr aus Normzweckerwägungen wohlbegründet, wenn man sich bei dieser Fallgruppe des § 7 Abs. 1 StGB mit „Strafbedrohtsein" im Sinne materieller Strafbarkeit (unter Berücksichtigung von Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder sonstigen zur Tatzeit bestehenden Strafausschließungsgründen) begnügt, mit der Folge, daß mangelnde Prozeßvoraussetzungen und/oder Verfolgungshindernisse im Tatortstaat einer Anwendung des deutschen Strafrechts nicht entgegenstehen. Deshalb verdient insoweit die herrschende Rechtsprechung (oben II. 3/B) jedenfalls im Ergebnis Zustimmung[64].

(B) Fallgruppe des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB: Auslandstaten von Deutschen

Entsprechendes gilt auch für die durch § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfaßte Fallgruppe der Auslandstaten von Deutschen, die im wesentlichen durch das verfassungsrechtliche Auslieferungsverbot von Deutschen (Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG) bedingt ist. Wenn schon Deutsche, die im Ausland eine Straftat begangen haben, nicht an den Tatortstaat ausgeliefert werden dürfen, sollen sie davon doch nicht einfach durch Rückzug nach Deutschland profitieren können, sondern dem deutschen Strafrecht unterworfen sein[65]. Auch wenn dabei bereits der Gedanke stellvertretender Strafrechtspflege mitbestimmend ist[66], so ist doch auch das aktive Personalprinzip, falls nicht gar dominant[67], so doch jedenfalls mit im Spiel[68]. Auf dieser

---

62 Vgl. § d Abs. 1 in der von den Sachbearbeitern des Bundesjustizministeriums vorgeschlagenen Fasung (Umdruck J 32, in Niederschriften IV, Anlage 3, S. 412 mit Begründung S. 413).

63 Vgl. dazu namentlich *Jescheck*, in: Niederschriften IV, S. 17, 27, 24, 124, E 1962 Begr. S. 112, ferner *Güde* und *Müller/Emmert*, in: Protokolle des Sonderausschusses S. 587 bzw. S. 589, 2359, sowie allg. zur völkerrechtspolitischen Problematik des passiven Personalprinzips *Jescheck*, AT S. 152 mit weiteren Nachweisen.

64 Aber selbst bei dieser Fallgruppe anderer Ansicht – nämlich trotz identischer Tatortnorm bei faktischer Straflosigkeit am Tatort die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts verneinend – *Lemke* AK § 7 Rn. 9 wie auch bereits *Schröder* konsequenterweise von seinem grundsätzlich gegenteiligen Standpunkt aus (vgl. oben II. 3/C). Derart hohe Hürden für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts beim Schutz von deutschen Staatsangehörigen erschienen mir jedoch nur dann erträglich, wenn der generelle Verfolgungsverzicht im Tatortstaat praktisch einer Rechtsänderung gleichkäme, was jedoch seinerseits Feststellungen erfordern würde, wie sie für die deutsche Justiz noch schwerer möglich wären, als dies gelegentlich schon bei Feststellung der schlichten Gesetzeslage in dem betreffenden Land der Fall ist.

65 Vgl. E 1962 S. 113, *Jescheck*, in Niederschriften IV S. 16; *Corves*, in: Protokolle des Sonderausschusses V S. 2360.

66 Sogar einseitig in diesem Sinne *Samson* SK § 7 Rn. 1, *Stratenwerth* AT S. 53.

67 Einseitig in diesem Sinne *Baumann/Weber*, AT S. 80; *Bockelmann/Volk*, AT S. 24; *Maurach/Zipf*, AT/1 S11/23; *Tröndle* LK § 7 Rn. 1 sowie *Dreher/Tröndle* § 7 Rn. 1.

68 So in dem von mir schon in *Schönke/Schröder*, § 7 Rn. 1 vertretenen kombiniert-differenzierenden Sinne *Jakobs* AT 5/19; *Lackner*, § 7 Rn. 1; *Lemke* AK § 7 Rn. 2; *Otto* AT S. 40 f., und wohl auch *Schmidhäuser* AT 5/83. Im gleichen Sinne jedenfalls bis zur 3. Aufl. *Je-*

Basis aber wird es wiederum durchaus verständlich, wenn die Anwendung deutschen Strafrechts von der Strafbarkeit des deutschen Täters zum Zeitpunkt der Tat am Tatort, nicht aber von dort fortbestehender Verfolgbarkeit abhängig sein soll. Denn soweit dem aktiven Personalprinzip überhaupt Bedeutung zukommt und dabei die heutige Beschränkung durch das Erfordernis einer identischen Tatortnorm im Grunde nur dazu dient, einer sonst zu weitgehenden Auslandserstreckung deutschen Strafrechts dadurch entgegenzuwirken, daß seine Anwendung von einer vergleichbaren Strafwürdigkeitserklärung durch den Tatortstaat abhängig gemacht wird[69], braucht bei der Verfolgung eigener deutscher Staatsangehöriger die Respektierung des Tatortrechts nicht weiter zu gehen, als daß auch nach diesem die Tat strafbar wäre. Dagegen kann es selbst bei einem durch das Tatortnormerfordernis beschränkten aktiven Personalprinzip nicht darauf ankommen, ob der Tatortstaat im konkreten Fall dann auch tatsächlich (noch) verfolgen kann und/oder will. Denn wenn auch nur ein Minimum von jenem Treue- und Verantwortlichkeitsverhältnis zwischen dem Staat und seinen Staatsangehörigen, wie es dem aktiven Personalprinzip zumindest auch zugrunde liegt[70], gewahrt bleiben soll, dann kann die insoweit zu Recht als originär bezeichnete Aufgabe der deutschen Strafrechtspflege[71] schwerlich von etwaigen – rechtlichen oder tatsächlichen – Verfolgungsvoraussetzungen und/oder -hindernissen des Tatortstaats abhängen. Deshalb ist der Rechtsprechung auch noch insoweit zuzustimmen, als sie in Fällen wie denen des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB, in denen sich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts (zumindest auch) nach dem aktiven Personalprinzip bestimmt, lediglich auf die materielle Strafbarkeit der Tat zum Zeitpunkt des Tatgeschehens abhebt[72].

(C) Fallgruppe des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB: Auslandstat eines Ausländers gegen einen Ausländer

Von einem solchen originären Schutz- und Strafinteresse gegenüber Deutschen als Opfer oder Täter außerhalb der deutschen Grenzen kann aber spätestens dort keine Rede mehr

---

scheck AT S. 139 Anm. 61, wonach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB – neben dem Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege – „auch einen Einschlag des aktiven Personalitätsprinzips habe"; diese Anmerkung ist freilich in der 4. Aufl. S. 157 sowohl ersatz- wie kommentarlos weggefallen.

69 Vgl *Lemke* AK, § 7 Rn. 4; *Tröndle* LK, Vorbem. 9ff., 20 vor § 3, JR 1988, 2.

70 Vgl. *Jescheck* AT S. 151; *Lackner*, Vorbem. 2 vor § 3; *Lemke* AK, Vorbem. 5 vor § 3; *Zieher*, Das sog. Intern. Strafrecht, S. 77 – wobei mit dieser Konstatierung einer zumindest mitschwingenden Treuepflicht freilich nichts gegen eine stärkere Gewichtsverlagerung auf den Gedanken „internationaler Solidarität" gesagt sei, wie dies in steigendem Maße gefordert wird, wie namentlich von *Oehler*, Grenzen des aktiven Personalprinzips, in: Festschrift für E. Mezger, 1954, S. 83-102, insbes. S. 97, *Vogler*, Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht unter Berücksichtigung der Konventionen des Europarats, in: Festschrift für R. Maurach, 1963, S. 595-613, insbes. S. 597; ferner *Eser*, Jescheck-FS II S. 1363 ff.

71 *Tröndle* LK § 7 Rn. 1.

72 Dies gilt namentlich für die Entscheidungen RG, 28. 11. 1907 - III 548/07 = RGSt 40, 402; BGH, 8. 9. 1964 - 1StR 292/641 BGHSt 20, 22; BGH, 1. 6. 1954 - 1 StR 35/54 = NJW 1954, 1086; OLG Düsseldorf, 10. 4. 1984 - 2Ss 42/84 - 23/84 III =NStZ 1985, 268; KG, 16. 12. 1987 - (4) 3 HEs 2/87 (87/87) = JR 1988, 345. – Gewiß könnte man darüber streiten, ob diese Feststellungen für beide Alternativen des § 7 Abs. 2 Nr. 1 oder nur für den Deutschen zur Tatzeit (Alt. 1), nicht aber für den „Neubürger" (Alt. 2) gelten soll, weil sich letzterenfalls die Anwendung des deutschen Strafrechts allein nach dem Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege richte. Folgt man diesem Ausgangspunkt (wie etwa *Lemke* AK § 7 Rn. 2), wäre in der Tat eine gleiche Behandlung wie bei der nachfolgenden Fallgruppe § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB in Betracht zu ziehen. Doch kann dies, weil jedenfalls im Rahmen dieser Untersuchung irrelevant, hier dahingestellt bleiben.

sein, wo es – wie in der hier in Frage stehenden Fallgruppe des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB – um die Auslandstat eines Ausländers gegen einen anderen Ausländer geht. Wenn sich in einem derartigen Fall das deutsche Strafrecht zur Anwendung bringen will, weil der Täter im Inland betroffen wird und wegen Nichtauslieferung eine Verfolgung durch den Tatort- oder Heimatstaat des Täters nicht in Betracht kommt[73], so ist das nach einhelliger Auffassung nicht anders als durch das Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege erklärbar[74], wobei sich das stellvertretende Tätigwerden seinerseits aus dem Gedanken internationaler Solidarität der Staaten bei der Verbrechensbekämpfung erklären läßt[75].

a) Nach diesem Prinzip aber kommt dem Erfordernis einer identischen Tatortnorm eine ganz andere Funktion zu als nach dem passiven und aktiven Personalprinzip: Denn während bei diesen Fallgruppen das Erfordernis einer Tatortstrafdrohung eine eher limitierende Funktion hat, indem das eigene deutsche Schutz- und Strafinteresse auf Fälle beschränkt werden soll, in denen auch der Tatortstaat das fragliche Verhalten für strafbar erklärt hat, fehlt in Fällen stellvertretender Strafrechtspflege – wie gerade bei Auslandstaten von Ausländern gegenüber Ausländern – ein eigenes deutsches Sanktionsinteresse[76], so daß dem vertretungsweisen Tätigwerden für den originär betroffenen Tatortstaat eine konstitutive Funktion zukommt[77]. Nun mag bei der Übertragung von zivilrechtlichen Vertretungsgedanken auf das internationale Verhältnis souveräner Strafgewalten gewiß Vorsicht geboten sein. Auch wird man, zumal es ja nicht zur stellvertretenden Anwendung des Tatortstrafrechts, sondern zu der des deutschen Strafrechts kommt und es dafür auch keiner Art von „Bevollmächtigung" durch den Tatortstaat bedarf[78], keinesfalls in Kategorien einer „unmittelbaren", sondern allenfalls von einer „mittelbar stellvertretenden" Strafrechtspflege

---

73 Zu den hier nicht weiter interessierenden Einzelheiten der Nichtauslieferungsgründe vgl. näher *Eser*, in: Schönke/Schröder § 7 Rn. 24 f.; *Tröndle* LK § 7 Rn. 18 f.

74 In diesem Sinne bereits die Gesetzesmaterialien vgl. die Entwurfsbegründungen von *Jescheck* und *Kielwein* sowie die sich anschließende Diskussion in der Großen Strafrechtskommission, in: Niederschriften IV S. 16 ff., 409 ff., 413, E 1962 S. 113, aus der Rechtsprechung seit Inkrafttreten der heutigen Fassung BGH, 7. 4. 1976 - 3 StR 286/75 = GA 1976, 242; BGH, 24. 7. 1985 - 2 StR 368/85 = NStZ 1985, 545, sowie aus dem Schrifttum nachdrücklich *Jakobs* AT Rn. 5/19; *Jescheck* AT S. 157; *Lemke* AK § 7 Rn. 2; *Liebelt*, Zum dt. intern. Strafrecht, S. 145 f., 244 ff.; *Maurach/Zipf* AT /1 § 11/36; *Tröndle* LK § 7 Rn. 1.

75 So namentlich *Oehler*, Internationales Strafrecht, S. 137 ff.; *Liebelt*, Zum dt. intern. Strafrecht, S. 142 ff.; *Zieher*, Das sog. Intern. Strafrecht, S. 85.

76 Im gleichen Sinne *Zieher*, a.a.O., wie auch *Jescheck* AT S. 157, wenn er (nur) hinsichtlich des Individualprinzips vom Schutz des Deutschen, in den hier in Frage stehenden Fällen stellvertretender Strafrechtspflege hingegen von „Wahrung der ausländischen Rechtsordnung" spricht.

77 Dieser Unterschied könnte auch schon von *Jescheck* gemeint gewesen sein, wenn er beim Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege im Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit nicht nur eine „rein formale Voraussetzung" erblicken wollte (Niederschriften IV S. 16); denn auch wenn es ihm dann näherhin um die Frage ging, ob man für die Anwendung deutschen Strafrechts eine Tatortstrafbarkeit als „Verbrechen oder Vergehen" fordern oder, wie von den Sachbearbeitern des Bundesjustizministeriums vorgeschlagen, jegliche Art von Strafbarkeit am Tatort genügen lassen sollte, klingt dabei doch immer wieder der für eine anzunehmende Stellvertetung wesentliche Gedanke durch, daß sich das deutsche Strafrecht nur dann einer Auslandstat annehmen sollte, wenn der Tatortstaat „wenigstens gewichtsmäßig eine entsprechende Strafbarkeit" vorgesehen hat.

78 Im Unterschied etwa zur Schweiz, wo deren stellvertretendes Tätigwerden in Straßenverkehrssachen ein Ersuchen des ausländischen Staates um Übernahme der Strafverfolgung durch die Schweiz voraussetzt; vgl. *Schultz*, Neue Entwicklungen im sog. internationalen Strafrecht, in: Festschrift für H. v. Weber, 1963, S. 305-324 (315).

sprechen können[79], wenn nicht gar von einem „sich selbst bevollmächtigenden Vertreter" reden müssen. Wenn dieser aber nicht zu einem gänzlich eigenmächtigen „Vertreter ohne Vertretungsmacht" werden soll, muß vom Leitgedanken stellvertretender Strafrechtspflege wenigstens so viel übrig bleiben, daß das deutsche Strafrecht jedenfalls insoweit von einer Auslandserstreckung Abstand nimmt, als der „vertretene" Tatortstaat gegebenenfalls auch selbst zur Verfolgung in der Lage wäre. Ob diese Verfolgungsmöglichkeit nur nach rein rechtlichen Kriterien[80] zu bestimmen oder dabei auch die tatsächliche Verfolgungspraxis zu berücksichtigen wäre[81], ist eine Frage, die sicherlich noch weiterer Erörterung bedürfte[82], hier aber dahingestellt bleiben kann, weil es sich bei einer Amnestie zweifellos um ein rechtliches Verfolgungshindernis handeln würde.

Für die hier anstehende Frage hat das zur Folge, daß in Fällen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nicht schon die materielle Strafbarkeit nach Tatortrecht genügen kann, sondern auch die Verfolgbarkeit (noch) gegeben sein muß. Demzufolge ist für die Anwendung deutschen Strafrechts insbesondere dort kein Raum mehr, wo es an einem erforderlichen Strafantrag fehlt, die Verjährung eingetreten ist, eine Amnestie verkündet, eine Begnadigung ausgesprochen oder ein sonstiger Straferlaß gewährt wurde.

Wie sich bereits aus der vorangehenden Begründung ergibt, kann es bei diesen verfolgungsausschließenden Gründen auch schwerlich darauf ankommen, ob sie materiellen oder prozessualen oder gar einen Mischcharakter haben. Denn ganz abgesehen von der bereits erwähnten Schwierigkeit einer klaren Grenzziehung[83], kann es nach Vertretungskriterien schwerlich relevant sein, aus welchen Gründen am Tatort die Verfolgbarkeit der Tat und damit auch der Anknüpfungspunkt für ein stellvertretendes Tätigwerden des Ergreifungs- oder Aufenthaltsstaats des Täters entfällt.

b) Gewisse Einschränkungen gegenüber einem Wegfall jeglicher Vertretungsgrundlage könnten sich allenfalls dort ergeben, wo der Tatortstaat aus Gründen, die ihrerseits rechtsstaatswidrig sind oder gegen anerkannte Grundsätze des Völkerrechts verstoßen, ein Strafverfolgungshindernis schaffen würde. Denn wenn das Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege seinerseits der internationalen Solidarität der Staaten bei der Verbrechensbekämpfung zu dienen bestimmt ist[84], wird verfolgungshindernden Akten oder Praktiken des Tatortstaates insoweit die Anerkennung zu versagen sein, als er dieser Solidarität zuwider handelt. Insoweit ist bei vom Tatortstaat geschaffenen Verfolgungshindernissen nach den gleichen Grundsätzen zu verfahren, wie dies hinsichtlich der materiellen Strafbarkeit durch Nichtberücksichtigung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschieht, die universal anerkannten Rechtsgrundsätzen widersprechen[85].

---

79 So etwa die Charakterisierung von *Liebelt*, Zum dt. intern. Strafrecht, S. 145.

80 So wohl *Oehler* JR 1977, 424/5.

81 In diesem Sinne besonders nachdrücklich *Lemke* AK § 7 Rn. 17.

82 Und zwar vor allem dahingehend, daß nicht schon jede willkürliche Nichtverfolgung im Einzelfall genügen kann, sondern dem Strafverfolgungsverzicht bei Taten der betreffenden Art eine hinreichend manifestierte kriminalpolitische Grundsatzentscheidung der Verfolgungsorgane zugrunde liegt In diesem Sinne möchte ich auch meine eher zurückhaltende Formulierung in Schönke/Schröder § 7 Rn. 17 verstanden wissen.

83 Vgl. oben zu Anm. 39.

84 Vgl. oben zu Anm. 75.

85 Vgl. dazu bereits oben zu Anm. 13.

4. Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Grundsätzen und Tendenzen

Dieses Resultat ist nicht zuletzt auch völkerrechtlich geboten. Wie heute weltweit anerkannt, setzt die Erstreckung des eigenen Strafrechts auf Auslandstaten einen „sinnvollen Anknüpfungspunkt" voraus[86]. Da es in Fällen stellvertretender Strafrechtspflege an einer territorialen und/oder personalen Nähebeziehung zwischen dem aburteilenden Staat und der Straftat fehlt und somit das eigene Strafrecht zur Anwendung kommen soll, ohne daß in irgendeiner Weise eigene Interessen betroffen wären[87], läßt sich eine stellvertretende Strafrechtspflege im Grunde nur aus dem Gedanken „subsidiärer Ergänzung der Strafgewalt anderer Staaten" legitimieren[88]. Ist aber im Erfordernis eines sinnvollen Anknüpfungspunktes eine allgemeine Regel des Völkerrechts zu erblicken, an die nach Art. 25 GG auch der deutsche Gesetzgeber gebunden ist[89], so ist § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB – wenn nicht schon aufgrund einfacher Gesetzesauslegung – zumindest auf dem Wege verfassungskonformer Auslegung so zu verstehen, daß dem der Stellvertretung zugrundeliegenden Subsidiaritätsgedanken soweit wie möglich Rechnung getragen wird. Daraus wird zu schließen sein, daß sich der „Vertreterstaat" dem territorial unmittelbar betroffenen Staat jedenfalls nicht gegen dessen erklärten Willen, wie er zumindest in rechtlichen Verfolgungsvoraussetzungen oder -hindernissen unverkennbar zum Ausdruck kommt, zum Verfolger aufwerfen darf[90]. Auch lassen sich im Grunde nur bei strikter – und demzufolge auch die Verfolgbarkeit berücksichtigender – Beachtung des Subsidiaritätsgedankens Wertungswidersprüche von der Art vermeiden, daß bei Auslieferung des Täters an den Tatortstaat ein anderes Ergebnis als bei der nur stellvertretenden Strafrechtspflege erzielt würde.

Nicht zuletzt wird man auch im zwischenstaatlichen Verkehr gewisse rechtsstaatliche Aspekte, selbst wenn diese primär dem individuellen Interesse des Täters zugute kommen mögen, nicht aus dem Auge verlieren dürfen: Hat beispielsweise der Tatortstaat eine Amnestie erlassen, könnte der Täter zwar dorthin zurückkehren; dagegen würde er sich in Drittländern, die ihr Strafrechtsnetz in gleicher Weise ausdehnen, wie dies die Gegenmeinung durch Ignorierung von Verfolgungshindernissen am Tatort tut, einem strafrechtlichen Verfolgungsrisiko ausgesetzt sehen, dessen er sich möglicherweise überhaupt nicht bewußt sein wird[91].

---

86 *Oehler*, Internationales Strafrecht S. 124, Anm. 10; *Zieher*, Das sog. Intern. Strafrecht, insbes. S. 64 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

87 Daher besonders scharf ablehnend *Oehler* JZ 1964, 383, wo dieser Grundsatz als „das schlechteste und ungerechtfertigste aller Prinzipien des Internationalen Strafrechts" bezeichnet und auf die Gefahr hingewiesen wird, daß dadurch die Bundesrepublik mit Ländern ohne unbeschränkten Auslieferungsverkehr in diplomatische Verwicklungen geraten kann.

88 *Jescheck* AT S. 153. Vgl. auch *Zieher*, Das sog. Intern. Strafrecht, S. 85 ff.

89 *Oehler*, Internationales Strafrecht, S. 125.

90 Im gleichen Sinne ist auch nach *Stratenwerth* AT S. 55 bei Berufung auf den Grundsatz stellvertretender Strafrechtspflege „die Subsidiarität der inländischen Strafverfolgung in aller Strenge (!) anzuerkennen". Dieses Gebot der Zurückhaltung findet sich übrigens selbst dort betont, wo – wie beispielsweise bei *Tröndle* LK § 7 Rn. 3 – die an sich gebotenen Konsequenzen nicht gezogen werden, wie namentlich bei seiner Feststellung, daß es mit dem Erfordernis der Strafbedrohung am Tatort eine Überspannung und Ausdehnung des Inlandrechts auf Bereiche zu verhindern gelte" "wo der zuständige Auslandsstaat einen strafrechtlichen Schutz insoweit für nicht geboten erachtet".

91 Dieses Vorhersehbarkeitsproblem wird namentlich von *Meyer*, The Vicarious Administration of Justice, in: Harvard International Law Journal 1990, S. 108-116 (116) betont.

Angesichts dieser Gründe kann es nicht verwundern, wenn auch im benachbarten und befreundeten Ausland das Stellvertretungsprinzip in der hier vertretenen Weise verstanden und zu handhaben gewünscht wird. So wird namentlich in dem vom Minister-Komitee des Europarats autorisierten Report „Extra-Territorial Criminal Jurisdiction", der im Auftrag des „European Committee on Crime Problems" erarbeitet wurde, gegenüber Ländern, die sich beim Stellvertretungsprinzip schon allein mit der Feststellung materieller Strafbarkeit zufrieden geben, festgestellt, daß dies bis zu einem gewissen Grad „a departure from the concept of representation in the pure sense" sei[92]. Noch entschiedener auf eine Anerkennung strafrechtlicher Akte des Tatortstaates läuft eine Resolution der UN-Vollversammlung vom 3.4.1991 hinaus, wo es in Art. 11 Abs. 2 eines UN-Modellvertrags über „Transfers of proceedings in criminal matters" heißt: „As far as compatible with the law of the Requested State, any act with a view to proceedings or procedual requirements performed in the Requesting State in accordance with its law shall have the same validity in the Requested State as if the act had been performed in or by the authorities of that State."[93] Auch wenn es sich dabei lediglich um einen Modellvertrag handelt, kommt darin doch eine internationale Rechtsüberzeugung zum Ausdruck, der sich auch die Bundesrepublik Deutschland als Mitglied der Vereinten Nationen nicht ohne weiteres entziehen sollte.

IV. Ergebnis

Das für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB erforderliche „mit Strafe bedroht sein" am Tatort hat sich vom Wortlaut her als nicht eindeutig erwiesen. Nachdem zu den sich damit eröffnenden Deutungsmöglichkeiten ein hinreichend klarer und verbindlicher gesetzgeberischer Wille aus der Entstehungsgeschichte nicht ermittelt werden konnte, war nach der jeweiligen Zielsetzung des Erfordernisses einer identischen Tatortnorm in den verschiedenen Fallgruppen des § 7 StGB zu fragen. Dabei ergab sich, daß dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege, wie es dem hier in Frage stehenden § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB maßgeblich zugrunde liegt, dadurch am besten gerecht zu werden ist, daß für die Strafdrohung am Tatort nicht – wie in den beiden anderen Fällen des § 7 StGB – schon allein die materielle Strafbarkeit der vorgeworfenen Tat genügen kann, sondern diese auch noch verfolgbar sein muß. Diese Deutung erweist sich nicht zuletzt auch unter Berücksichtigung völkerrechtlicher Grundsätze als geboten. Demzufolge würde im Falle einer wirksamen Amnestie der vorgeworfenen Taten am Tatort eine Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ausgeschlossen sein.

Dieser Auffassung zu folgen, brauchte sich auch das OLG Düsseldorf in dem hier in Frage stehenden Ausgangsfall selbst unter Berücksichtigung von § 121 Abs. 2 GVG nicht durch abweichende höchstrichterliche Rechtsprechung gehindert zu sehen[94]: so durch Entscheidungen, die zu den bis zum 21. 12. 1974 geltenden Fassungen der §§ 3 ff. StGB ergangen waren, schon deshalb nicht, weil sich die Gesetzeslage inzwischen geändert hat[95] und die

---

92 Council of Europe – European Committee on Crime Problems, Extra Territorial Criminal Jurisdiction, Straßburg 1990, S. 14 (Ch. II e).

93 Resolution der UN-Vollversammlung Nr. 45/118 v. 3.4.1991, 45. Sitzung, A/RES/45/118.

94 Vgl. dazu den Überblick oben III. 3/B, ebenso OLG Düsseldorf, 3.4.1992 V 1/92 MDR 1992, 1162.

95 Vgl. zu diesem Faktor BGH, 30. 9. 1976 - 4 StR 683/75 = BGHSt 27, 5/10; sowie *Salger*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung (KK), 2. Aufl. 1987, § 121 GVG Rn. 28, *Kleinknecht/Meyer*, StPO, 39. Aufl. 1989, § 121 GVG Rn. 7.

heutigen §§ 3 bis 9 StGB jedenfalls nach anderen Prinzipien ausgestaltet sind[96]. Von den zum jetzigen Recht ergangenen Entscheidungen aber, die von dem hier vertretenen Standpunkt abzuweichen scheinen, ist keine einzige im Sinne von § 121 Abs. 2 GVG entscheidungserheblich[97]. Denn soweit der BGH in dem zum jetzigen § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ergangenen Fall GA 1976, 242 eine Verjährung am Tatort glaubte für unbeachtlich erklären zu können, war es auf diese Rechtsfrage letztlich gar nicht angekommen, weil eine Verjährung auch nach rumänischem Tatortrecht ohnehin nicht vorlag[98]. Demgegenüber war im Fall des KG JR 1988, 345 zwar die Beachtlichkeit einer Amnestie von Belang; jedoch war diese Entscheidung nicht zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, sondern zu einem „Neubürger"-Fall nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB ergangen[99]. Aus ähnlichen Gründen konnten auch frühere Entscheidungen des OLG Düsseldorf, sofern einer derartigen „Innendivergenz" überhaupt Bedeutung zukommt[100]; als unerheblich angesehen werden, weil es sich auch bei diesen Entscheidungen jeweils um andere Fallgruppen als die hier in Frage stehenden handelt[101].

Somit kam es im Ausgangsfall letztlich entscheidend darauf an, ob und inwieweit die den Angeklagten vorgeworfenen Auslandstaten von der von ihnen geltend gemachten libanesischen Amnestie erfaßt wurden[102]. Dies hat das OLG Düsseldorf – auch unter Berücksichtigung der vom GBA und vom BGH gegebenen Prüfungshinweise – mit durchaus nachvollziehbaren Gründen bejaht[103]. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des GBA vom 25. 1. 1993 betrifft mit ihrer Begründung vom 4. 2. 1993 im wesentlichen nur noch die (freilich schwer eruierbare) Tat- und Auslegungsfrage, ob der libanesische Gesetzgeber Tötungsdelikte jeder (und damit auch der hier in Frage stehenden) Art oder (wie vom GBA behauptet) nur solche, die „im Zusammenhang mit dem (libanesischen) Bürgerkrieg" standen, amnestieren wollte. Wie auch immer diese Frage des Einzelfalles beantwortet wird, vermag dies doch nichts an der Beachtlichkeit der hier eingenommenen Grundsatzposition zu ändern.

---

96 Vgl. dazu bereits oben III. 1/B, insbes. zu Anm. 50.

97 Zu den dafür maßgeblichen Kriterien vgl. näher KK-*Salger* § 121 GVG Rn. 37f.; *Kleinknecht/Meyer* § 121 GVG Rn. 10 f.; sowie *Schäfer*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1979, Bd. 5, § 121 GVG Rn. 58 ff.

98 Vgl. dazu oben Anm. 23.

99 Vgl. dazu oben Anm. 24.

100 Vgl. dazu KK-*Salger* S. 121 GVG Rn. 21; *Kleinknecht/Meyer* §121 GVG Rn. 9.

101 Vgl. die Einzelnachweise oben in und zu Anm. 25.

102 Dieser Auffassung konnte sich übrigens auch der Generalbundesanwalt (GBA) in seiner Stellungnahme v. 27. 3. 1992 zu meinem Rechtsgutachten v. 12. 3. 1992 nicht verschließen; denn während er sich in seinem Schriftsatz v. 26. 11. 1991 noch im ausdrücklichen Anschluß an die bisherige BGH-Rechtsprechung für ein undifferenziertes Verständnis der Tatortstrafdrohung in allen Fällen des § 7 StGB im Sinne eines alleinigen Abhebens „auf die sachlich-rechtliche Lage„ ausgesprochen hatte, hat er in seiner Stellungnahme v. 27. 3. 1992 eingeräumt, daß er gegen die vom Gutachter entwickelte Rechtsansicht, daß die Anwendung des deutschen Strafrechts auf die Auslandstat eines nicht ausgelieferten Ausländers nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht nur die materielle Strafbarkeit, sondern auch die Verfolgbarkeit am ausländischen Tatort voraussetze„ "keine durchgreifenden Bedenken anzuführen" vermöge, „zumal der Gutachter offenbar eine Ausnahme für den Fall anerkennen will, daß der Tatortstaat ein Strafverfolgungshindernis aus Gründen schafft, die rechtsstaatswidrig sind oder gegen anerkannte Grundsätze des Völkerrechts verstoßen".

103 Zu diesem Fragenbereich, dem Teil IV des aus Raumgründen hier insoweit nicht abgedruckten Rechtsgutachtens gewidmet war, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluß vom 22. 1. 1993 (V 1/92), Teil B.

ALBIN ESER

FOR UNIVERSAL JURISDICTION: AGAINST FLETCHER'S ANTAGONISM*

Of course, it appears unfriendly to make a contribution "against" the person who is to be honored. But when George P. Fletcher wrote his editorial comment "Against Universal Jurisdiction,"[1] he expressed the hope that someone would carry forth the dialogue by responding. Here is a response in terms of a plea "for universal jurisdiction" to show that most of his antagonism is to be rejected. My criticism of his anti-universality position will not be completely new to him, however, since we already had some discussion on our contrary views when jointly giving a course on international criminal law at Columbia Law School in 2003. Therefore, I am confident that our mutual respect and long-lasting friendship will be strengthened rather than weakened by this controversy.

I. SETTING THE TUNE

If one is a sensitive person, one may already feel affected by Fletcher's opening characterization of those who "favour universal jurisdiction for serious crimes of cruelty and violence"[2] as "compassionate 'right-thinking' lawyers of the world"[3] – as if these people are led more by sentiment than by reason, as if in their self-righteous conviction of knowing what is good for mankind and the world, they seem to relate with outer space more than with earthly realities.

As a supporter of universal jurisdiction, I must confess not to feel amused by finding myself put in the corner of passionate but brainless "good people." Nevertheless I could live with this prejudice if Fletcher recognized that universal jurisdiction – at least at its true core – is thought of as a way to secure the prosecution of crimes against universally recognized values even in cases in which states with primary jurisdictions (such as the state of the territory where the crime was committed or the state the accused is a national of) do not function properly.[4]

---

* Originalbeitrag erschienen in: The University of Tulsa Law Review 39 (2004), S. 955-978.
For constructive criticism and assistance, particularly for collecting material on "double jeopardy," I am greatly indebted to Christoph Burchard, research fellow at the Max Planck Institute.

1 *George P. Fletcher*, Against Universal Jurisdiction, 1 J. Intl. Crim. Just. 580, 580 (2003).

2 Id.

3 Id.

4 There are, of course, more facets of "universal jurisdiction" than can be briefly described in this analysis. For the variety of approaches, see *A. Hays Butler*, The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of the Literature, 11 Crim. L. Forum 353 (2000). As to my own view on universal jurisdiction so far, see *Albin Eser*, Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, in Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift fur Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag 219 (Andreas Donatsch, Marc Forster & Christian Schwarzenegger eds., Schulthess 2002) [hereinafter *Eser*, Harmonisierte Universalität]; *Albin Eser*, National Jurisdiction over Extraterritorial Crimes within the Framework of International Complementarity: A Comparative Survey on Transnational Prosecution of Genocide According to the Principle of Universality, in Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese 279 (Lál Chand Vohrah et al. eds., Kluwer L. Intl. 2003) [hereinafter *Eser*, National Jurisdiction].

Calling supporters of this proposition "compassionate 'right-thinking' lawyers" would come close to an insult, however, if it were to imply that a person committed to universal jurisdiction would readily disregard sacred principles and standards of ordinary criminal justice. Now, whatever Fletcher wanted to hint at with his dubious comment, he leaves no doubt that in his eyes "universal jurisdiction is both unwise and unjust."[5]

When turning to the reasons he propounds for his position, it might appear proper to follow his line of arguments. Although this will be done to a certain extent, some variations seem appropriate, partly because Fletcher himself takes up similar arguments at different stages (as he does, for instance, with questions of double jeopardy), arguments will here rather be addressed at one place, and partly because he evaluates the interests of the defendant and the victim (as well as other parties involved in the criminal justice system) from a perspective different from that preferred here. Another difficulty of following his reasoning lies in the fact that it is not always clear whether he speaks of universal jurisdiction in terms of a general principle (with possible variations in one way or another) or of universal jurisdiction as it is regulated on the national level (in domestic penal codes) and/or on a supranational level (as, in particular, by the Rome Statute for the International Criminal Court[6]). Nevertheless, I shall try my best to do justice to his propositions, be it in this or in that context.

II. Ambivalent Conceptions Of Universal Jurisdiction

No doubt, the opening of Fletcher's plea against universal jurisdiction may impress some by recalling that "many are outraged by Belgian, Canadian, German and other claims to have the right to judge crimes no matter where they are committed"[7] and by reminding us of "some unseemly threats of retaliation"[8] by officials in the Bush administration "if Belgium refuses to draw in its net of asserted jurisdiction."[9] Before coming to the propositions and implications of this statement, I must first express astonishment about the timing of such excitement. Universal jurisdiction has been recognized, if not as an international mandate, then at least in terms of being empowered to proscribe, for many decades, as evidenced by the famous Lotus[10] case of 1927. Even more remarkably, many infamous criminals would not have been tried and convicted if not – at least in an auxiliary way – for the principle of universal jurisdiction. Consider two examples: the trial of German war criminals after World War II by the International Military Tribunal of Nuremberg and the trial of Adolf Eichmann by the Israeli Supreme Court. In both instances it is very doubtful that Germany, the jurisdiction where the relevant crimes had been committed, would have been willing to put the criminals on trial and to punish them in a way which would have been considered just worldwide. That means, without taking resort to the principle of universality these crimes might have remained unpunished.

---

5 *Fletcher*, supra n. 1, at 580.

6 Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Doc. No. A/CONF. 183/9 (July 17, 1998) [hereinafter Rome Statute].

7 *Fletcher*, supra n. 1, at 580.

8 Id.

9 Id.

10 S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 20 (Judgment No. 9 of Sept. 7); see generally *Christopher L. Blakesley*, Extraterritorial Jurisdiction, in International Criminal Law vol. 2, 33, 45-47 (M. Cherif Bassiouni ed., 2d ed., Transnatl. Publishers 1999).

This basic fact seems, to be overlooked by Fletcher when, in connection with the Eichmann case, he argues against universal jurisdiction using the example of Argentina.[11] Even if he is right in assuming that Argentina (as the long term domicile of Eichmann) could have claimed universal jurisdiction and ended up with an acquittal, this is not an apt argument against universal jurisdiction as such; rather this only points to a general pitfall of international or transnational criminal law, that of concurrent (national and/or international) jurisdictions. When the state of the commission of the crime claims territorial jurisdiction and the state the defendant is a citizen of asserts jurisdiction based on the nationality principle, it can easily come to pass that one is driving at a conviction and the other at an acquittal. Although these are certainly serious inter-jurisdictional conflicts which deserve to be dealt with separately, and in particular with regard to "ne bis in idem,"[12] concurrencies of this sort are not peculiar to universal jurisdiction. Rather, they are common for all combinations of different principles for applying national criminal law to extraterritorial crimes![13] And this, by the way, would be true even if all jurisdictions of the world restricted themselves to the principle of territoriality; for even within such a seemingly clear-cut territorial demarcation it may happen that a criminal act was started in one country, continued in a second, and finally effected in a third, and that – on the basis of "ubiquity" (as this principle is called in European continental tradition),[14] or the common law terms of "objective" and "subjective" territoriality, or the new American paradigm of "defensive territoriality"[15] – each state concerned claims jurisdiction, though perhaps for different ends.

Thus, Fletcher may rightly complain about the risks of concurrent jurisdictions; nevertheless, he should refrain from attributing them solely to universal jurisdiction. Even when national jurisdictions are concurring on the basis of classical links, such as territoriality or nationality of the offender or victim, this can result in international conflicts. In order to solve them, it would be hardly imaginable to abandon all classical principles for the application of national law to extraterritorial crimes altogether, rather than to resolve the concurrence problem by rules of conflict. In the same way, the principle of universality must not totally be abolished, but should rather be "tamed," as will be shown later.[16] For otherwise, crimes against universally recognized values (crimes like genocide, crimes against humanity, and war crimes) – particularly if committed or supported by a state's agents against own co-citizens and therefore not prosecuted by the state concerned – would remain unpunished. This category would include the terrible crimes of Eichmann and the war criminals of Nuremberg – a result hardly reconcilable with true justice.

So why now the outcry against universal jurisdiction, as proclaimed by Fletcher? Two explanations seem at hand. A more pragmatic one could be found in states' traditional loathness with regard to crimes they are not directly concerned by, and this even more so when the exercise of jurisdiction would create the risk of conflicting with another state's

---

11 *Fletcher*, supra n. 1, at 583.

12 See infra pts. V & VIII.

13 *Eser*, National Jurisdiction, supra n. 4, at 280-84. For a broad survey on concurrent jurisdictions that is both historical and comparative, see generally *Christopher L. Blakesley & Otto Lagodny*, Competing National Laws: Network or Jungle?, in Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law 47 (Albin Eser & Otto Lagodny eds., Eigenverlag Max-Planck-Institut 1992); *Blakesley*, supra n. 10, at 33-36.

14 *Blakesley & Lagodny*, supra n. 13, at 49.

15 *Ellen S. Podgor*, "Defensive Territoriality": A New Paradigm for the Prosecution of Extraterritorial Business Crimes, 31 Ga. J. Intl. & Comp. L. 1 (2002).

16 Infra pt. VIII.

sovereignty interests. So in order to avoid both investigatory efforts and international troubles, even countries whose laws already allowed them to exercise universal jurisdiction to prosecute crimes against universally recognized interests – such as Belgium, Germany, and Spain – refrained from exercising this power for a long time![17] Consequently, there was no reason for opponents of universal jurisdiction to get excited.

The level of acquiescence with the rather broad universal powers already in the books changed dramatically when various countries started to become more and more aware of the need to safeguard universal values and to not leave their criminal violation unpunished. And even if this may have been an unconscious process, as described by Cassese, universal jurisdiction was now no longer merely conceived of as a "joint concern of all [s]tates"[18] in terms of protecting their own interests and at the same time those of other states. Rather, universal jurisdiction was now seen as authorization for states to act as "universal guardians" in that it allowed any state, without regard for its own concerns, "to substitute itself for the natural judicial forum, namely the territorial or national State, should neither of them bring proceedings against the alleged author of an international crime."[19] Thus, in fact, it was nothing else than taking this "supranational" responsibility seriously when Germany initiated the prosecution of a Serb who, except for having immigrated, had no other ties with the country, and who after his deferral to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) happened to become that court's first convict,[20] or when Spain requested that the United Kingdom extradite the former President of Chile. So when it became apparent that these jurisdictions were seriously determined to bring the universal powers in their penal codes to life, it was time for skeptics to wake up.

Yet, there could be a still more delicate explanation for the fact that universal jurisdiction in the aforementioned postwar cases was almost universally accepted, while the modern Belgian, Canadian, and German claims of universal jurisdiction have caused the outrage described by Fletcher. If universal jurisdiction was welcome in former times, why should it be rebutted from the very outset when politicians of our time and political sphere are charged with an international crime and effectively prosecuted by way of universal jurisdiction when the territorial or national state fails to do so? Only because one class of suspects appears closer to us and less abhorrent than the other? But would this be reconcilable with impartiality and the presumption of innocence, which is guaranteed to the ones no less than to the others?

III. Impunidad, Fairness, and "Imperfect Justice"

Maybe Fletcher would counter my proposition to prosecute suspects of international crimes with unbiased determination and on equal terms by suggesting that justice should remain "imperfect" rather than being unfair.[21] D'accord if he meant to say that there is no justice without fairness. I am not sure, however, whether this plain truism is really what he had in mind. My doubts arise from the observation that Fletcher is using the keywords of impunidad, justice, and fairness in an ambiguous way or from perspectives not at all common.

---

17 See *Antonio Cassese*, International Criminal Law 286-98 (Oxford U. Press 2003).

18 Id. at 284.

19 Id. at 284-85.

20 Prosecutor v. Dusko Tadic, 1997 ICTY IT-94-1. On the German decision to extradite Tadic, see generally *Kai Ambos & Guido Ruegenberg*, Internationale Rechtsprechung zum Straf- und Strafverfahrensrecht, 3 NStZ Rechtsprechungs-Report (NStZ-RR) 161, 168 (1998).

21 See *Fletcher*, supra n. 1, at 581.

So just to give some examples, Fletcher, on the one hand, calls universal jurisdiction "unjust,"[22] and on the other hand, purports that "justice is imperfect."[23] I guess that these contradictory pronouncements may be reconciled with each other by assuming that in these two sentences "justice" is not meant in the same sense. Whereas universal jurisdiction is denounced as "unjust" since performed at the cost of fair prosecution; "imperfect justice" is welcome for ensuring fair trials, even if deliberately letting some guilty offenders go free.[24] While in the context of universal jurisdiction "unjustness" is obviously meant in terms of lack of fair trial (thus equating justice and fairness), in the other context fairness of the trial appears opposed to justice in terms of punishment, thus confronting procedural fairness (toward the accused) with punishment (asked for by the victim and the people).

This second understanding of justice – eventually even in terms of retribution – seems to be present when Fletcher speaks of victims "clamour[ing] not for fair trials for the accused but primarily for justice for themselves,"[25] or when he contends that "[a]nything short of perfect justice is called impunidad."[26] Although it would be interesting to know who is making the last contention, Fletcher's supposition is patent: in his eyes, the determination in the Preamble of the Rome Statute "to put an end to impunity" means that "impunidad has become one of the evils of our time: the failure to prosecute serious crimes is considered as bad if not worse than the crime itself."[27] Although he does not tell who assumes such an extreme position, at any rate he thus equates justice with unconditional punishment. So in the end he seems to consider (the search for) justice as siding with the victim and (the ensuring of) fairness as siding with the accused.

This exposition provokes some questions with regard to universal jurisdiction:

- When justice is equated with the punishment of guilty offenders, how then can the aim of universal jurisdiction to prevent impunity of international crimes be "unjust"?
- Why are victims supposed to clamor not for fairness but merely for justice in terms of retribution or even revenge?
- Why shall fairness only be owed to the offender and not to victims as well?

As these and similar points will also be considered in other contexts, only a more basic issue may be addressed here: the repetitious invocation, if not praise, of "imperfect justice." In addition to the instances already mentioned, Fletcher criticizes the Rome Statute for its aim of "ensuring prosecution to prevent gaps and impunidad"[28] and not of seeking the opposite result in terms of "imperfect justice" as created by the constitutional protection of the accused.[29] Yet, not only do I have sincere doubts whether the Rome Statute may fairly be interpreted as intentionally sacrificing the rights of the accused for preventing impunity at any cost,[30] I am even more irritated by Fletcher's subliminal confusion of the "imperfectness" of justice as a deplorable fact and "imperfect justice" as a normative maxim, if not

---

22 Id. at 580.
23 Id. at 581.
24 Id.
25 Id. 26.
26 *Fletcher*, supra n. 1, at 581.
27 Id. at 580.
28 Id. at 582.
29 Id.
30 See infra pt. IV, including accompanying text at note 38.

end. Of course, the administration of justice as a human enterprise can never be perfect, either in terms of substantive justice (by punishing all crimes equally), or in terms of procedural justice (by granting equal fairness to all parties concerned by a criminal proceeding, especially by treating the defendant in a fair and impartial manner). In this respect any balancing of contrary interests, as they are unavoidable in the administration of justice, will leave some injustice as an unwanted side effect. This must not mean, however, that justice may be "imperfect" by purpose: even if we will never reach "perfect justice," at least the search for it remains part of justice.

IV. Due Process: Procedural Guarantees

Beyond the conceptual understanding and relation of justice and fairness, the question is whether universal jurisdiction is in fact as unjust or unfair as Fletcher suggests.

A general concern silently running through Fletcher's entire comment is his assumption that basic guarantees of a fair trial could not be complied with if the prosecution and trial took place in a jurisdiction which has no connection whatsoever with the case, either by way of the territory where the crime is committed or of the nationality of the offender or victim.[31] Fletcher obviously – though not explicitly – judges the Rome Statute against the background of the American Constitution and tradition, and finds the Rome Statute to fall short because neither its preamble "even mentions the duty to ensure a fair trial of the accused"[32] nor does the Statute itself contain a "catalogue of procedural guarantees."[33] Even worse, in universal jurisdiction Fletcher sees the rights of the accused being put behind those of the victims[34] who, as already mentioned, he considers as "clamour[ing] not for fair trials for the accused."[35]

We cannot ignore the fact that the standards of a fair trial differ among the numerous and varied jurisdictions of the world, some of which even lack any kind of procedural guarantees whatsoever. Again, however, the question is whether and to what degree such deficiencies may fairly be attributed to universal jurisdiction. Without wanting to take Fletcher's concerns too lightly, some objections may be raised:

Should Fletcher's concerns mandate distrust of all justice systems that do not live up to the fair trial standards of the United States (or comparable countries cherishing the rule of law), then all countries that do not meet these standards would have to be excluded from concurrent extraterritorial jurisdiction, regardless of whether it is founded on the principle of universality or on any other connection with the case (be it defensive territoriality or the nationality of the perpetrator or victim). This, however, would necessarily lead to discrimination between reliable and unreliable jurisdictions. If this were not restricted to individual abuse cases such as "sham trials,"[36] but performed by excluding certain countries from extraterritorial jurisdiction in general, that would be hardly be reconcilable with the principal equality of sovereign states, as long as they are members of the United Nations.

Even if this radical step could be avoided and the risk of presumably unfair trials could be minimized by restricting extraterritorial jurisdiction to the "classical" connections of terri-

---

31 *Fletcher*, supra n. 1, at 582-83.
32 Id. at 582.
33 Id.
34 Id. at 583.
35 Id. at 581; supra text accompanying n. 25.
36 Infra pts. V.B. & V.C.

toriality and nationality of the offender or victim, it may be questioned whether this really hits the decisive point. For why should a court that bases its jurisdiction on one of these "classical" connections be more likely to abide by the rules of fair trial than a court that acts according to the principle of universality? Should the only explanation be that 'disconnected' jurisdiction[s]," as Fletcher likes to describe (or rather, to devaluate?) jurisdictions basing their judicial power on the universality principle,[37] could, in absence of any local or national interest in the case, be motivated only by political bias or wild-running victims? Although admittedly, such abuse can never completely be excluded, prosecutions based on the principles of territoriality or nationality are no less safe from political bias. This is even more true in jurisdictions that – instead of being governed by the principle of mandatory prosecution – even in cases with sufficient evidence leave the prosecution under the discretion of the state attorney who is under supervision all the way up to the attorney general who, in turn, is a member of the government and, thus, a political figure. If we further keep in mind that international crimes – the main instances of universal jurisdiction – are classic examples of so-called "state supported crimes," isn't then the chance of political bias in refraining from prosecution particularly great with regard to jurisdiction based on territoriality and/or nationality?

Could not therefore the potential lack of prosecutorial interest of countries connected to the case be exactly the reason why we need impartial and neutral jurisdiction by countries that are not directly involved, namely those that step in for no other reason than to protect universal values? And if a jurisdiction is taking this burden, why should it not be prepared to perform a fair trial? If one wants examples of non-partisan universal jurisdiction and fair treatment of the accused, Germany could provide them: one in the Tadic case, where the prosecution was guided by no other motive than the prosecution of an international crime,[38] and another in the Mounir El Motassadeq and Abdelghani Mzoudi cases, in which the German courts, by discharging the defendants when U.S. authorities withheld evidence for reasons of "national security," adhered even more closely to the requirements of fair trial than was desired by the United States.[39] Is there any reason to believe that in such cases the treatment of the accused would have been different if instead of the territoriality principle the prosecution had proceeded via universal jurisdiction?

Last but not least, as to the due process concerns voiced by Fletcher with regard to the Rome Statute,[40] he may be right in missing a "catalogued" list of procedural guarantees (although I am not sure whether the guarantees in American law may indeed be called a "catalogue"). But be it as it is, the absence of a catalogue does not mean the absence of procedural guarantees, including fairness of the trial. For what else than "procedural guarantees" could one call the various rights of persons during an investigation and the duties of the prosecutor and the court, which are found in Articles 53 to 76 of the Rome Statute? Taken together, these provisions amount to a list many national criminal procedure codes could be proud of. Even compared to American procedural guarantees, contrary to wide-

---

37 *Fletcher*, supra n. 1, at 582-83.

38 Supra n. 20 and accompanying text.

39 BGH decision of 4 March 2004, Case No. 3 StR 218/2003, reprinted in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, 1259; *Roger Boyes*, US Clash Looms as Germany Quashes 9/11 Conviction, Times (London) 22 (Mar. 5, 2004).

40 *Fletcher*, supra n. 1, at 582-83; supra text accompanying note 31.

spread criticism, the Rome Statute does not fall substantially short,[41] a fact demonstrated by a representative of the American Bar Association's statement to Congress that "the Treaty of Rome contains the most comprehensive list of due process protections which has so far been promulgated."[42]

V. "Double Jeopardy"-"Ne Bis In Idem"

Particularly harsh are Fletcher's repetitive attacks toward "double jeopardy." He sees this constitutional prohibition ignored to such a degree that "[t]his issue in itself demonstrates the fundamental injustice of universal jurisdiction."[43] Guided by the Fifth Amendment of the U.S. Constitution, implying that "a verdict of not guilty is final,"[44] Fletcher seems concerned in particular by three transnational scenarios. In the first one the victims again play the "bad guys": in the exercise of universal jurisdiction he sees "no guarantee whatsoever against hounding an accused in one court after another until the victims are satisfied that justice has been done."[45] A second source of multiple trials may be that countries eager to wield "primary responsibility" (because of the territory concerned or the nationality of the defendant) will – in his eyes – not be prepared to accept a prior judgment by a "disconnected" country claiming universal jurisdiction.[46] He sees a third gate to repetitive prosecution in the Rome Statute's allowing the ICC to reopen a case if the trial by a national jurisdiction "was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice."[47]

A

By referring to "double jeopardy," from which the defendant shall be protected by the principle of ne bis in idem,[48] Fletcher certainly hits a crucial point, for there can be no doubt that so far the protection of a defendant against a second or third prosecution beyond national borders is far from satisfactory. Even where international instruments take notice of the principle of ne his in idem,[49] they are primarily, if not exclusively, directed at obliging the treaty member states to guarantee ne his in idem within their own national jurisdiction, rather than barring concurrent or consecutive prosecutions transnationally between member states. To mention only two prominent examples, Article 14(7) of the International Covenant on Civil and Political Rights as well as Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention of Human Rights oblige the member states to do nothing more than protect

---

41 For a comparative analysis, see *Diane Marie Amann & M.N.S. Sellers*, The United States of America and the International Criminal Court, 50 Am. J. Comp. L. 381 (Supp. 2002).

42 H.R. Comm. Intl. Rel., H.R. 4654, American Servicemembers' Protection Act, 106th Cong. (July 25, 2000) (testimony of Monroe Leigh). This source is cited by *Amann & Sellers*, supra n. 41, at 390.

43 *Fletcher*, supra n. 1, at 582.

44 Id. at 580.

45 Id. at 582.

46 Id. at 582-83.

47 Rome Statute Art. 20; see *Fletcher*, supra n. 1, at 582 (deviating somewhat from the wording of the Statute).

48 Although "double jeopardy" and ne bis in idem are closely connected with each other, it remains questionable whether the concepts are completely identical, as Fletcher seems to suggest by speaking of "the prohibition of double jeopardy (ne bis in idem)." *Fletcher*, supra n. 1, at 580; see also infra n. 68 and accompanying text.

49 See generally *Gerard Conway*, Ne Bis in Idem in International Law, 3 Intl. Crim. L. Rev. 217 (2003).

a person who has already been finally acquitted or convicted against being tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same state.[50] Although certain international instruments go further and bar multiple prosecutions beyond national borders as well, such hopeful exceptions from a general lack of transnational ne bis in idem can so far only be found among certain regions, in particular the so-called Schengen-States in Europe,[51] or as drafted in the Charter of Basic Rights of the European Union (Article 50).[52] Therefore, as long as we do not have an internationally binding prohibition against consecutive prosecutions of a person who has already been tried finally (and convicted or acquitted) in another foreign jurisdiction, it remains up to the national sovereign how to react to a final judgment by another jurisdiction. This has been done up to now in three main ways. First, very few countries, such as the Netherlands, recognize foreign judgments and thus refrain from their own prosecution. The second approach is the most common, and the one adopted by the U.S. jurisdiction:[53] to simply ignore foreign proceedings and allow for a new prosecution. Third is the middle course, adopted by countries like Germany that do not bar a new prosecution, but do at least take a foreign conviction into account when deciding on a new sentence, according to the so-called "deduction principle."[54]

Yet again, even though the protection against transnational multiple prosecutions is admittedly unsatisfactory, it is not universal jurisdiction that is uniquely to be blamed. On the contrary, these deficiencies are rather characteristic of concurrent national jurisdictions in general and thus no less true with regard to jurisdiction based on the "classical" connections of territoriality and nationality of the offender or victim. Perhaps one could dare to guess that the competition between different national jurisdictions to try a case may be even more uncompromising if "classical" connections are in concurrence with each other. If, for example, a German terrorist bombed an American tour bus in Madrid and fled to Paris, why should not each of the countries concerned attempt to get the perpetrator extradited: to Spain based on the territory of commission, to Germany based on the nationality of the defendant, or to the United States based on the nationality of the victims? Further, under current paradigms, why should these states not reopen the case if they were not satisfied with the judgment of a concurrent jurisdiction? As these "connected" jurisdictions can very well be biased for a multitude of reasons, particularly their own national interest,

---

50 This restriction of international instruments on the enforcement of ne bis in idem within a state's own jurisdiction is unfortunately not always made clear, even in general surveys such as Immi Tallgren, Article 20: Ne Bis in Idem, in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article 419 (Otto Triffterer ed., Nomos Verlagsgesellschaft 1999); *Christine Van den Wyngaert & Tom Ongena*, Ne Bis in Idem Principle, Including the Issue of Amnesty, in The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary vol. 1, 705, 706 (Antonio Cassese, Paola Gaeta & John R.W.D. Jones eds., Oxford U. Press 2002).

51 *M Cherif Bassiouni*, International Extradition: United States Law and Practice 693-94 (4th ed., Oceana Publications 2002); *Tallgren*, supra n. 50, at 423.

52 For details concerning these international instruments, see *Albin Eser*, Justizielle Rechte, in Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union 548-55 (Jürgen Meyer ed., Nomos Verlagsgesellschaft 2003).

53 See infra nn. 78-83.

54 For a detailed comparative survey, also with regard to different ways of taking a former judgment into account, see *Herbert Thomas*, Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung: Vom Nationalen zum Internationalen Ne Bis in Idem 40 (Nomos Verlagsgesellschaft 2000); see also *Van den Wyngaert & Ongena*, supra n. 50, at 710-13; *Tallgren*, supra n. 50, at 424-33 (particularly with regard to the genesis of the ne bis in idem regulation in the Rome Statute).

would it not then be wiser to conduct the trial in France, a "disconnected" and thus less directly concerned jurisdiction, according to the principle of universality (for fighting international terrorism)?[55] And would it be really out of line to deem "disinterested impartiality" also wise in the reverse case in that "connected" jurisdictions – for whatever reason – do not want or dare to take the responsibility and would rather leave the prosecution to a "disconnected" neutral country according to the principle of universality?

B

As Fletcher was focused on universal jurisdiction instead of realizing the risks of double jeopardy as a problem common to all types of concurrent national jurisdictions (including those based on "classical" connections of territoriality and nationality of the defendant or victim), he also missed the Rome Statute's noteworthy focus on ne bis in idem. Without first paying due attention to the rule – that is, the principal recognition of ne bis in idem[56] – he directly criticizes the exception – the "sham clause" – for allowing a new prosecution if the first proceeding was a "fake trial."[57] Even if such exceptional provisons bear the risk of undermining the principle of ne bis in idem (although it may be noted that similar "sham clauses" are not foreign to the American understanding of "double jeopardy" either[58]), Fletcher either does not witness or at least does not sincerely appreciate the fundamental message resonating in the principal reaffirmation of the transnational ne bis in idem in the Rome Statute's Article 20 – this being a concept that has already been recognized in the Statutes of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia (Article 10) and Rwanda (Article 9).[59] Even if its bar against a renewed prosecution is not absolute, the Rome Statute proclaims that as a matter of principle final judgments (convictions as well as acquittals) of national and international courts should indeed be final; and even if justice, because of having been gravely abused, calls for a new proceeding, this is not a matter of the ICC's sovereign arbitrary discretion, but can be done under certain conditions only.[60] This relationship of rule and exception is hardly described correctly, if not even reversed, when Fletcher writes "the ICC will decide on a case-by-case basis whether the judgments of other courts are worthy of its respect."[61] If this meant that the ICC would have to respect prior national judgments only if it found that the national court "had an intent to bring the person concerned to justice," as Fletcher suggests by questionably transforming the nega-

---

55 Concerning this "distancing" from local concern, see infra pt. VII & n. 91.

56 Rome Statute Art. 20(1), 20(2).

57 Rome Statute Art. 20(3).

58 See infra n. 75 and accompanying text.

59 As to certain differences with regard to the "upward" and "downward" effects of the ne bis in idem provisions in the Rome Statute and the Ad Hoc-Tribunals, which are partly due to the (mere) complementarity jurisdiction of the ICC and not of essential relevance here, see *Van den Wyngaert & Ongena*, supra n. 50, at 723-26; Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, UN Doc. S/Res/827 (May 25, 1993); Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc. S/Res/955 (Nov. 8, 1994).

60 Although Rome Statute Article 20(3) does not explicitly state which jurisdiction has the burden of proof, that the first proceeding was (a) "for the purpose of shielding the person" or (b) "not conducted independently or impartially," in view of the principal priority of the national courts and the mere complementarity of the ICC the burden of proof must evidently be with the latter one. This would also be in accordance with "[t]he emphasis of the paragraph ... to underline the generality of the *ne bis in idem* principle and the marginality of the exceptions." *Tallgren*, supra n. 50, at 430.

61 *Fletcher*, supra n. 1, at 582.

tive phrasing of the Rome Statute into a positive intent-requirement,[62] the ICC would be upgraded to a sort of supranational appeal court by which a proceeding would not be final until the ICC had spoken. Even if envisioning "global justice,"[63] this is certainly not the picture the parents of the ICC had in mind.

So, contrary to Fletcher's impression that the Rome Statute's protection against double jeopardy lags behind "the kind of guarantee against repetitive prosecution that is anchored in all the civilized constitutions of the world" and that this endangerment of the dignity of the accused is getting even worse by the exercise of universal jurisdiction by national courts,[64] I find that, thanks to the proclamations of the ne bis in idem principle in the Statutes of the International Criminal Tribunals for Yugoslavia and Rwanda and in the Rome Statute, the transnational protection against repetitive prosecutions has improved rather than worsened. What is more, one might expect that the growing consciousness toward "double jeopardy" will also influence national courts to handle universal jurisdiction in a cautious way, particularly in refraining from repetitive prosecutions. At any rate, even on the level of horizontal concurrence between national jurisdictions on extraterritorial crimes it does not matter very much whether a proceeding is based on universal jurisdiction or on a "classical" connection. This does not mean that the situation is already completely satisfactory and does not need improvements, as will be discussed later,[65] but still the picture is not as dark as that drawn by Fletcher.

C

However, could he not argue that the picture on the universal scene is still darker than the national protection against double jeopardy in the United States, thus explaining why this government refrained from joining the Rome Statute? I must confess that I was very impressed when – many years ago – I learned of the U.S. Constitution's protection against double jeopardy, which appeared far more solid and comprehensive than the guarantees to be found in European constitutions or criminal procedure codes. Therefore, at first sight, Fletcher appeared to be convincing when he compared shortcomings in foreign and international guarantees of ne bis in idem with the seemingly more fortified protection against double jeopardy under American law. At a closer comparison, however, I am not so sure any more that the American guarantees against double jeopardy are as good as represented or even superior to others. Without pretending to give a full picture, some doubts may be raised.

To begin with a purported shortcoming of European codes Fletcher found worthwhile to mention, he contrasted the American rule that "a verdict of not guilty is final" with the right of a European prosecutor to appeal a non-guilty verdict or to reopen the case, though mostly on certain restrictive conditions, as, for instance, on the basis of new evidence of guilt.[66]

---

62 Id. As to Fletcher's own wording of the Rome Statute, see *Fletcher*, supra n. 1, 582-583; text accompanying supra n. 46.

63 Infra pt. VII.

64 *Fletcher*, supra n. 1, at 582.

65 Infra pt. VII.

66 *Fletcher*, supra n. 1, at 580. Fletcher's description is difficult to address in such a general way, as he does not differentiate between "ordinary" appeals (by the prosecutor) and the "extraordinary" reopening of a case; the preconditions for these two types of remedies are substantially different and may vary from country to country. For a comprehensive comparison (including U.S. law), though not completely up to date anymore, see Die Wiederaufnahme des Strafverfah-

On the one hand, perhaps American observers may not be satisfied with the explanation that a proceeding is not "final" as long as ordinary remedies are possible and therefore the appeal by the prosecutor is still the same and not a second prosecution. On the other hand, however, European observers may wonder about the American phenomenon of a "mistrial,"[67] as in cases of a "hung," biased, or unduly influenced jury: if in such cases the defendant has to undergo a second proceeding, is this less a further jeopardy than being exposed to the ordinary appeal of a European prosecutor? At any rate, the commonly accepted rationale for not attaching double jeopardy in the United States if the first trial ended in a mistrial, that the defendant has no interest in preserving the finality of the judgment and must bow to the government's interest in case of a "manifest necessity" to declare a mistrial,[68] is strikingly similar to the rationale for the European notion of granting the prosecutor the right to appeal.

Still leaving the international dimension of consecutive proceedings aside, a more serious weak point within the American system is the notion of the "same offense" for which nobody shall be put twice in jeopardy. Whereas the European principle of ne bis in idem is open for interpreting "idem" (the same) as "idem crimen" (in normative terms of the "offense") or as "idem factum" (in terms of the "act" as the historical event the indictment is based on),[69] the wording of the double jeopardy clause in the Fifth Amendment is attached to the "offense." Although this difference between the American "double jeopardy" clause and the European ne bis in idem principle is also recognized by Fletcher,[70] he does not seem fully aware of the much broader protection available if the "same" is understood as the historical-factual "act" (with all its circumstances and consequences) than if it is restricted to the indicted "offense." This is particularly true if the same "offense" is construed in such a narrow way that basically any change of the indictment with regard to the crime provision allows a further prosecution. Even if it was not reconcilable with the plain wording of the U.S. Constitution simply to exchange "offense" (in its normative sense) for "act" (in its factual dimension), it remains difficult to understand why the "offense" is interpreted in such a narrow manner that – according to the so-called Blockburger[71] test – any element not contained in the previously charged offense is able to constitute a new offense which, since not being the same as the previous one, may additionally be prosecuted.[72]

---

rens im deutschen und ausländischen Recht (Hans-Heinrich Jescheck & Jürgen Meyer eds., Ludwig Röhrscheid Verlag 1974); more recently (again, including U.S. law) see Rechtsmittel im Strafrecht: eine international vergleichende Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz von Rechtsmitteln (Monika Becker & Jörg Kinzig eds., edition iuscrim 2000).

67 For a comprehensive survey, including impressive references to case law, see *David N. Cinotti, Gregory R. Jones & Scott C. Weidenfeller*, Double Jeopardy, in Thirty-First Annual Review of Criminal Procedure, 90 Geo. L.J. 1528, 1533-39 (2002).

68 *David S. Rudstein*, Double Jeopardy and the Fraudulently-Obtained Acquittal, 60 Mo. L. Rev. 607, 632-33 (1995). For a further explanation of the different common and civil law conceptions of the appeal of an acquittal or lenient sentence by the prosecution, see *Conway*, supra n. 49, at 228-29.

69 *Bassiouni*, supra n. 51, at 695; *Van den Wyngaert & Ongena*, supra n. 50, at 713-15; *Thomas*, supra n. 54, at 188.

70 *Fletcher*, supra n. 1, at 581.

71 See Blockburger v. U. S., 284 U.S. 299, 304 (1932).

72 Although for three years (1990-1993) the Blockburger test was replaced by Grady v. Corbin, 495 U.S. 508, 521-22 (1990), which attached double jeopardy if an essential element of the of-

As if the highly praised barrier to double jeopardy was not diminished enough, the so-called "dual sovereignty doctrine" provides further doorways for double prosecutions: because the violation of criminal provisions of two different – federal and state – sovereigns by the same act are considered to be different offenses, "a prior state prosecution is no bar to a federal prosecution, and vice-versa."[73] An instance of this rule, which was observed worldwide and which could hardly hide that a second prosecution for the same action in fact means a double jeopardy to the defendant, was the Rodney King case, in which police officers, after having been acquitted by a California jury of beating King nearly to death, were retried and convicted by a federal court.[74]

A further way to circumvent the double jeopardy bar is the nullification of an acquittal if it was procured by fraud and collusion.[75] Although it appears understandable that an accused should not profit from having reached an acquittal by illegal means, the fact is that by considering "sham" trials and acquittals as null and void, the way is opened for a second trial with regard to the same offense. And even if the prior trial, as a fake, has not been a real "jeopardy" to the defendant, Fletcher's statement that "a verdict of not guilty is final"[76] is not true even within the American justice system.

D

And this is even less true when we move to the transnational scene.[77] With regard to the American approach to double jeopardy in relation to foreign jurisdictions, two scenarios are to be distinguished. One in which an accused already tried by a foreign sovereign enters the defense of double jeopardy against a new trial by a U.S. court, which will commonly not accept the prior foreign conviction[78] as a bar to a new proceeding in the United States. In applying the "dual sovereignty doctrine" (or, because of the additional international dimension, the "multiple sovereignty doctrine") in the Rashed[79] case, the court found that

---

fense charged constituted conduct for which the defendant had been previously charged, Grady was overturned and Blockburger reinstated by U.S. v. Dixon, 509 U.S. 688, 703-12 (1993).

73 *Wayne R. LaFave*, Criminal Law 145 n. 82 (3d ed., West 2000); see Bartkus.v. Illinois, 359 U.S. 121 (1959) (a defendant acquitted of a federal bank robbery charge could be tried on a state bank robbery charge).

74 *Susan Herman*, Double Jeopardy All Over Again: Dual Sovereignty, Rodney King, and the ACLU, 41 UCLA L. Rev. 609, 625 (1994). For further critical appraisals of the dual sovereignty rule, see *Dax Eric Lopez*, Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine Is Used to Circumvent Non Bis in Idem, 33 Vand. J. Transnatl. L. 1263, 1293 n. 229 (2000); *David Bryan Owsley*, Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, 81 Wash. U. L.Q. 765, 781-82 (2003).

75 See e.g. State v. Howell, 66 S.E.2d 701, 706 (S.C. 1951). For criticism, see *Rudstein*, supra n. 68, at 634.

76 *Fletcher*, supra n. 1, at 580.

77 *Thomas Franck*, An International Lawyer Looks at the Bartkus Rule, 34 N.Y.U. L. Rev. 1096, 1103 (1959).

78 Similarly, US courts hesitate to recognize foreign pardons, for instance, where the defendant is to be deported for a crime of moral turpitude for which a foreign pardon has been granted. *Ronald C. Slye*, The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?, 43 Va. J. Intl. L. 173, 219 (2002).

79 U.S. v. *Rashed*, 83 F. Supp. 2d 96, 100 (1999).

the protection against double jeopardy "does not extend to sequential prosecutions by separate sovereigns for the same offense."[80]

With regard to the other scenario, where an accused who has been previously tried by a U.S. court invokes "double jeopardy" against his extradition to a foreign sovereign, this defense is normally not successful either: first, because in cases in which the extradition request is governed by an interstate treaty, a double jeopardy clause therein is regularly interpreted so narrowly as to permit extradition;[81] and second, because according to U.S. case law, barring multiple prosecutions by different sovereigns is not accepted as a standalone principle of international law, and the double jeopardy rule is therefore only binding on the United States as a treaty obligation![82] As stated in the Martin case: "The Constitution of the United States has not adopted the doctrine of international double jeopardy."[83]

E

In summing up what remains of Fletcher's criticism that by the exercise of universal jurisdiction the defendant would lack the protection against double jeopardy as guaranteed by the U.S. Constitution and tradition, the following findings of our analysis and comparison may be remembered:

First, if a country assumes jurisdiction over an extraterritorial crime, the protection within its own national justice system against double jeopardy is in no way stronger or weaker if the prosecution or trial is based upon the universality principle than it would be if performed under one of the "classical" connections (such as territoriality by "ubiquity," "constructive presence," or "defensive territoriality," or by nationality of the defendant or victim). There are neither reasons nor indications that a national court would take the principle of ne bis in idem less seriously if it proceeds according to the principle of universality.

Second, even if it must be taken into account that the national guarantees against double jeopardy may differ from one country to another, that does not mean that the U.S. standard is the best possible, leaving all other jurisdictions behind, and that consequently, an American defendant could only lose if he or she is not tried in a U.S. court. With all respect, when Fletcher sees European codes falling slightly short of the American double jeopardy standard, I humbly dare to say that the opposite may be true if we remember various ways in which the bar against a second proceeding can be circumvented under American law.

---

80 Id. On the same line, the Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States maintains in Section 483 note 3 that the United States does not generally enforce or recognize foreign penal judgments. Exceptions from this general disregard of foreign proceedings seem only be made where an interstate treaty obligates the United States to heed foreign proceedings, see e.g. U.S. v. Jurado-Rodriguez, 907 F. Supp. 568 (E.D.N.Y. 1995), or where a foreign proceeding is virtually controlled by the United States, that is, where – under the so-called sham exception to the dual sovereign rule – foreign officials have "little or no independent volition" in their states' trial. *Rashed*, 83 F. Supp. 2d at 102 (quoting U.S. v. Liddy, 542 F.2d 76, 79 (D.C. Cir. 1979)).

81 See e.g. Sindona v. Grant, 619 F.2d 167, 179 (2d Cir. 1980) (determining whether double jeopardy attaches, and taking into account whether the requesting state had a compelling interest to prosecute the accused); Elcock v. U.S., 80 F. Supp. 2d 70, 83 (E.D.N.Y. 2000) (eventually applying the *Blockburger* test to elucidate whether the extradition request violated the Fifth Amendment).

82 *Lopez*, supra n. 74, at 1281.

83 U.S. v. Martin, 574 F.2d 1359, 1360 (5th Cir. 1978).

Third, when it comes to the transnational recognition of foreign judgments, the U.S. position remains highly conservative in its not accepting any international ne bis in idem and its not following any modern movement to protect a defendant against multiple prosecutions by different sovereigns. By not recognizing the doctrine of international double jeopardy, the United States does not deem its power to initiate a new proceeding to be barred by a foreign judgment, nor does it feel obliged to take a foreign punishment into account in its own sentencing.

Fourth, when Fletcher criticizes the ne bis in idem regulation of the Rome Statute, he fails to recognize two important developments. First is the explicit acknowledgement of a transnational ne bis in idem that, although still not complete, is going further than most international instruments and national laws (including the American). Second is the inclusion of a "sham clause," which must be understood less as an impairment of (hardly) legitimate rights of the defendant than as a remedy for the abuse of justice – a remedy, by the way, which is, as Fletcher is certainly aware, not foreign to American case law either.

To be sure, the rejection of Fletcher's concerns with regard to the protection against double jeopardy in international jurisdiction is not to say that everything is fine; for even if the state of protection against double jeopardy is not as one-sidedly bad as he makes us believe, there is still no reason for satisfaction. Therefore, any improvements in the international recognition of ne bis in idem would be welcome. In this respect, two recent efforts may be mentioned: the Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union,[84] and – on a global scale – the Seventeenth International Conference on Criminal Law of the Association Internationale de Droit Pénal with its section on "Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle ne bis in idem," to be held in Beijing in September 2004.[85]

VI. Defendant – Victim – State – Community: Divergent Interests

If we looked for a clue to grasp Fletcher's reserved, if not hostile, attitude toward universal jurisdiction, it could be found in his view of the various parties to a criminal proceeding and his presumptive order of priorities.

I guess everybody can go along with him when he lists the defendant, the victim, the state, and the community as parties with possibly divergent interests. Beyond these interests, in universal settings, which are characteristic of transnational prosecutions, the sovereignty interests of concurring jurisdictions, especially member states of international treaties such as the Rome Statute, have to be taken into account.[86]

Less easy, however, is it to follow his order of priorities in which the defendant is put first and the victim second. And when the victim is additionally described as screaming for

---

84 Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union (Anke Biehler, Roland Kniebühler, Juliette Lelieur-Fischer & Sybil Stein eds., Max Planck Inst. for For. and Intl. Crim. L. 2003) (available at <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/docs/ FreiburgProposal_nbii. pdf>) [hereinafter Freiburg Proposal].

85 Id. at preface. The national reports of a pre-colloquium to the subject held in Berlin in June 2003 will be published in Revue Internationale de Droit Pénal (2004). Id.

86 *Fletcher*, supra n. 1, at 580 (with regard to the defendant), 581 (the victim and the state), 582 (the member states of the Rome Treaty), 583 (the community).

justice even at the cost of an unfair trial to the defendant,[87] one gets the impression of two victims: the real victim of the crime and the offender as "victim" of the proceeding, and the latter seems to be even more pitiable and in need of protection than the first one. In such a scenario, universal jurisdiction must indeed appear to be particularly detrimental if it truly "favours the rights of the victim over the rights of the accused."[88] Yet, is this really the case? And is the order of priorities truly to be seen as Fletcher describes it? I have various doubts.

To start with the most basic one, I would like to question whether the first priority must be with the accused. Although I am aware that in the American tradition the protection of the defendant from an "almighty" state plays an eminent role, I wonder why and how this should legitimize putting defendants' interests over those of the victims. When Fletcher is saying so, he seems to confuse means and ends of a criminal proceeding and to attend to the second step before having paid due attention to the first one. Of course, when a criminal proceeding has been started, the defendant must be guaranteed a fair trial. But prior to the proceeding is the commission of a crime leaving a victim who has an individual right to compensation and possibly also an interest in punishment, be it in terms of a personal right or by representation of the state and/community whose laws are violated. Hence, when a criminal proceeding is performed, this is not done for the sake of demonstrating fairness to the accused, but for the sanctioning of a crime, whatever the different ends of punishment, deterrence, rehabilitation, etc., may be. Therefore, instead of one having priority over the other, we should think in terms of equality. Thus, just as the accused is entitled to be treated by fair means, the proceeding must also not lose sight of its ends with regard to the victim's interests.

Against this structural conception of integral fairness on equal terms it is difficult for me to follow Fletcher when he sees "the presumptive order [of the accused as first priority, the victim coming second] reversed,"[89] as seemingly evidenced by the Rome Statute. If he considers the Preamble to the Rome Statute, because of affirming that unimaginable atrocities to humanity must not go unpunished, as "enthron[ing] the victims as the primary interest in the trial,"[90] then this Statute is, in fact, doing nothing more than stressing the obvious aim of any criminal proceeding, without indicating anywhere that this aim should be pursued by unfair means.[91] By the same token, I cannot see any evidence or reason why national courts should proceed less fairly with defendants when exercising universal jurisdiction.[92]

Incidentally, it might be interesting to note that although Fletcher considers the accused in the Rome Statute to be disadvantaged in comparison to the victim, others – and not only promoters of victims' rights in international criminal law-see the victims' role, though certainly better than in most national procedures or in the Statutes of the Ad-Hoc-Tribunals, still in need of further improvement.[93]

---

87 Id. at 581.

88 Id. at 583.

89 Id. at 581; see text accompanying supra n. 88.

90 *Fletcher*, supra n. 1, at 581-82.

91 As to Fletcher's further – unfounded – suggestion that the Rome Statute would not contain adequate procedural guarantees to the accused, see supra Part IV and notes 40-42.

92 See supra pt. IV & n. 39.

93 *Theo van Boven*, The Position of the Victim in the Statute of the International Criminal Court, in Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos 77, 88

Although more of factual nature, I wonder why Fletcher draws such a bad picture of victims: "clamour[ing] not for fair trials for the accused but primarily for justice," "hounding" the accused in one court after another until justice has been done[94] – even if this may happen, particularly if victims are inflamed by public campaigns or professional promoters, can that be universalized as normal reality?

VII. From "Local Concern" To "Global Justice"

Contrary to the detrimental role Fletcher ascribes to victims as "hounds" for universal jurisdiction, a more favorable consideration is granted to the state as third in line of his order of priorities to be taken into account in every case and, even more, to the local community within which the crime occurs.[95]

This position is comprehensible insofar as, first, the state prosecuting the crime is seen as both representing – and, at the same time neutralizing – the individual victim and as defending the public interest inherently also violated by the offense, and, second, the local community is confronted with the crime and the conflict it reflects. This "principle of local concern,"[96] that Fletcher finds expressed in the accused's Sixth Amendment right to a jury trial in the "state and district wherein the crime shall have been committed,"[97] is only convincing, however, as long as a crime is indeed not more than a "local affair" in that no other people or interests than those of the state of the commission of the crime are affected. Yet, this is not the kind of crime we are dealing with in the realm of universal jurisdiction: however horrible the sexual abuse of a local prisoner by a local police officer or the killing of numerous schoolchildren by a classmate may be, to put the torture of foreign captives by soldiers or the genocide of ethnically different villagers on the same level would be like comparing apples with oranges, though both of terrible magnitude.

It is this qualitative difference between "normal" crimes of merely local scope and crimes against universally recognized values that I think Fletcher is not taking seriously enough. Doubtless, no crime is without some local concern, for even in the case in which foreign gangs, which one wants out of town anyway, are killing each other, the community is affected by the mere occurrence of the crime on its territory. But what makes "universal crimes" different is that these are not only of local or national interest but of transnational concern as well, such as the particularly abhorrent terrorist attacks of September 11 or crimes against humanity in Iraq. Thus, although the territorial jurisdiction, as the national jurisdiction of the defendant or victim, is certainly more closely "connected" with the crime, when we consider the interests worthy of protection, it may be questioned whether it

---

(Herman. A.M. von Hebel, Johan G. Lammers & Jolien Schukking eds., T.M.C. Asser Press 1999); *David Donat-Catin*, The Role of Victims in ICC Proceedings, in Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court vol. 1, 251 (Flavia Lattanzi & Willam A. Schabas eds., II Sirente 1999); *Claude Jorda & Jérôme de Hemptinne*, The Status and Role of the Victim, in The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary vol. 2, 1387, 1408 (Antonio Cassese, Paola Gaeta & John R.W.D. Jones eds., Oxford U. Press 2002).

94 *Fletcher*, supra n. 1, at 581.

95 Id. at 581, 583.

96 Id. at 583.

97 Id. at 583 (emphasis omitted).

is accurate for Fletcher to speak of the universal as "disconnected" jurisdiction.[98] It may be "disconnected" in physical terms, but not with regard to the legal interest to be protected.

Yet even more deplorable is Fletcher's obvious unwillingness to turn his view from "local concerns" to what may be envisioned as "global justice." As a consequence, he misses the chance to bring the exercise of universal jurisdiction by national courts and of supranational jurisdiction by the ICC into a comprehensive concept. This perspective seems blocked by the different role conceded to the "local concern" on these two levels of jurisdiction: whereas he finds "[t]he primacy of local concern recognized under the ICC's principle of complementarity,"[99] he sees it "ignored under the doctrine of universal jurisdiction."[100] This observation is to some degree correct if limited to the status quo, but hardly suitable for truly comprehending the full potential of the Rome Statute.

First, when the exercise of universal jurisdiction by national courts is said to ignore local concern, then this may indeed be the case, yet not necessarily so. For even if the principle of universality stretches national criminal law onto certain extraterritorial crimes, the exercise of jurisdiction can still be made contingent on further requisites, such as the apprehension of the accused within this territory. And even if a case of this so-called "conditional universal jurisdiction"[101] was given, the jurisdiction of the place of apprehension might still yield priority to the jurisdiction wherein the crime was committed, provided that the territorial jurisdiction takes serious steps to prosecute the accused. If the territorial jurisdiction does not do so (for instance, where the territorial jurisdiction does not even request extradition), one could hardly recognize a real local concern. If in such a situation a jurisdiction applies its power to prosecute an international crime according to the principle of universality, it would be difficult to understand why this jurisdiction should be barred by "lack of local concern."

Second, if one objected that instead of the territorial jurisdiction perhaps the national jurisdiction of the defendant or victim would like to step in, then this again may be a reason for jurisdictions with no direct connections with the case to refrain from initiating their own actions as long as the other jurisdiction proceeds with the prosecution. To be sure, however, if in this case the prior proceeding is not based on territoriality of the crime but on the nationality of the offender and victim, one cannot speak of local concern anymore – unless "local" is not meant in a territorial manner but rather in terms of any connection with the case. Then, however, the question arises why the prosecution of crimes against universal values should not constitute an equal "concern."

Third, what has been said before with regard to national proceedings is similarly applicable to supranational jurisdiction, as in the Rome Statute's principle of complementarity, under which the ICC has no jurisdiction as long as the state which has jurisdiction by territoriality or by the nationality of the defendant is able and willing genuinely to prosecute.[102] That means that on this supranational level, "local concern" in terms of territoriality is not the only primacy, but instead, the nationality of the defendant – perhaps far away from the

---

98 Therefore, when in connection with "double jeopardy" I find myself using Fletcher's language of universal as "disconnected" jurisdiction (as in Part V, in the text accompanying note 50), this should not be considered as agreement in substance.

99 *Fletcher*, supra n. 1, at 583.

100 Id.

101 *Cassese*, supra n. 17, at 285.

102 Rome Statute Art. 17(1)(a).

place of commission – can be of relevant concern. At the same time, the complementarity regime also recognizes that "local concern" provides conditional priority only since it can be suspended if the local jurisdiction is unable or unwilling to prosecute. Thus, although the local connection with the crime may be an important jurisdictional link, it is by no means an indispensable prerequisite.

Fourth, when the complementarity principle of the Rome Statute leaves conditional priority to the territorial state, this, once more, is less for paying consideration to the "local concern" but rather, as also indicated by Fletcher,[103] for respecting the sovereignty interests of the member states.

Fifth, despite the conditional priority given to the national jurisdictions, the complementary jurisdiction of the ICC would not be comprehended in its full potential if understood, as still mostly done, as merely auxiliary in terms of providing nothing more than a subordinate substitute. This flat approach, which Fletcher seems to adopt, does not pay due attention to the so-called "competence-competence" of the ICC. According to this role, in cases of dispute on whether a national jurisdiction is unable or unwilling genuinely to prosecute, the ICC has the final word.[104] This means that the ultimate responsibility for prosecuting international crimes is with the supranational jurisdiction. Certainly, this vision of a "global justice," realized in division of labor by the national jurisdictions in complementarity with the ICC, could have been better expressed in the Rome Statute by granting the ICC full universality for international crimes[105] rather than restricting its jurisdiction to crimes committed in a member state or by nationals thereof.[106] This sectorial concession to certain sovereignty interests in favor of the national jurisdiction does not mean, however, that the basic concept of complementary cooperation between national and international jurisdictions with the ICC taking the final responsibility was suspended. In this sense, by taking the protection of universally recognized values seriously, the prosecution of international crimes according to the principle of universality is not merely a right as it may be claimed when proceeding on the basis of territory or nationality of the defendant or victim, but an obligation to the world community. In other words, in the case of international crimes, national criminal justice proceeding according to the principle of universality functions basically at the silent behest of "global justice."[107]

---

103 *Fletcher*, supra n. 1, at 582.

104 *Albin Eser*, Towards an International Criminal Court: Genesis and Main Features of the Rome Statute, 20 U. Tasmania L. Rev. 1, 18 (2002); *Eser*, National Jurisdiction, supra n. 4, at 280; *John T. Holmes*, The Principle of Complementarity, in The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute 41, 74 (Roy S. Lee ed., Kluwer l. Intl. 1999).

105 This was proposed in Rome by some delegations, particularly the German one. *Elizabeth Wilmshurst*, Jurisdiction of the Court, in The International Criminal Court The Making of the Rome Statute 127, 132 (Roy S. Lee ed., Kluwer L. Intl. 1999). For a general discussion of the ICC 's jurisdiction, see *Ruth B. Philips*, The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility, 10 Crim. L. Forum 61, 66-71 (1999). As to the reconcilability of such a concept with international law, see *Jordan J. Faust*, The Reach of ICC Jurisdiction over Non Signatory Nationals, 33 Vand. J. Transnatl. L. 1 (2000).

106 Rome Statute Art. 12. *Eser*, supra n. 104, at 13.

107 *Albin Eser*, Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof: Entstehung und Grundzüge des Rom-Statuts, 139 Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1, 26 (2003). For an even further reaching "social function" of international criminal justice in terms of conflict regulation, prevention, documentation, and victims protection, see *Frank Neubacher*, Tribunal der

To be sure, however, this search for global justice must not necessarily be interpreted as one-sidedly only working against the defendant: for, as the ne bis in idem exception of Article 20(3)(b) of the Rome Statute suggests to be interpreted, the ICC may not only step in and retry the case if the defendant was unduly acquitted, but also if he was convicted in a trial which was "not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law." Thus the ICC can also become active in favor of the accused when he was the victim of partisan justice.[108] Fairness as part of justice – this maxim is no less valid in global dimensions.

VIII. "TAMING" UNIVERSAL JURISDICTION

No principle is without exceptions. This also applies to universal jurisdiction. Since my first aim was to refute Fletcher's antagonism against universal jurisdiction, my principal plea in its favor could have appeared as unconditional. This, however, would be a wrong conclusion, for as it cannot be ignored, and as was warned by Fletcher as well,[109] parallel assumption of universal jurisdiction by national courts for the same crime can lead to an overlapping of concurrent national jurisdictions with the risk of international conflicts.[110] As these problems cannot be dealt with here in due depth,[111] at least a few ways may be indicated in which exaggerations of universal jurisdiction by national courts could be "tamed."

First, national lawmakers should be cautious with extending their domestic law onto extraterritorial crimes. As concerning universal jurisdiction, this principle should only be employed for the protection of legal interests, which are virtually universally recognized, as is the case with international crimes covered by the Rome Statute or similar international treaties.[112]

Second, even after the catalogue of crimes to be subjected to universal jurisdiction has been limited to accomplish the protection of truly universal values, the exercise of universal jurisdiction can still be restricted by further conditions. This restriction can be preformed in two different ways once one acknowledges the fundamental difference between the punishability of extraterritorial crimes according to substantive criminal national law and the procedural admissibility of prosecuting said crimes:[113]

Vernunft oder hilfloser Versuch einer Verrechtlichung? Acht Thesen zum ständigen Internationalen Strafgerichtshof, 39 Recht und Politik 160, 167 (2003).

108 *Van den Wyngaert & Ongena*, supra n. 50, at 725.

109 *Fletcher*, supra n. 1, at 583.

110 *Albin Eser*, Current Perspectives of Transnational criminal Law, in Rechtsraum Europa/The European Area of Justice: Perspectives for Harmonisation 53, 59 (Bundesministerium der Justiz ed., Berline 2002).

111 For more details, see *Eser*, Harmonisierte Universalität, supra n. 4; *Eser*, supra n. 110, at 64.

112 In this respect, the German catalogue of the "Weltrechts(pflege)prinzip" in Section 6 Penal Code certainly goes much too far, in particular with regard to drug crimes, as ocassionally rightly criticized by Fletcher.

113 There are two different sides of the same coin, which common law merges in the term "jurisdiction," see *Blakesley*, supra n. 10, at 36, and which are unfortunately not disentangled in Article 5 of the Rome Statute either. As to details about the conceptual differences, which are not completely identical with the common law distinction between jurisdiction "to proscribe" and "to adjudicate," see *Eser*, Harmonisierte Universalität, supra n. 4, at 226-36. With regard to international cooperation, see *Albin Eser*, Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cas-

On the first way, one can limit the applicability of substantive criminal law on extraterritorial crimes by making it dependent on, for example, the residence or apprehension of the defendant within the territory. This type of "conditional universal jurisdiction" can, for instance, be found in Austria, France, and Switzerland.[114]

On the other way, in terms of "absolute universal jurisdiction"[115] on the level of substantive criminal law, a country could very well declare international crimes punishable according to national law without regard to where they have been committed, and yet on the procedural level require further conditions – such as residence or apprehension of the defendant on national territory – in order to start a prosecution. This limitation of universal jurisdiction by procedural means has recently been adopted by Germany.[116] After my reasoning before, it should not come as a surprise that I would favor this way.

Third, because concurrence of national jurisdictions cannot be avoided even in cases of "classical" connections by way of territoriality or nationality of the offender or victim,[117] the previously mentioned limitations on universal jurisdiction will eventually not suffice to prevent conflicts between concurrent jurisdictions. So, in addition to internal national limitations of extraterritorial jurisdiction, special rules of conflict on the level of international cooperation will be needed – as, for instance, suggested by the Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions.[118] Interestingly enough, the idea of clearing competitions between different jurisdictions by way of international cooperation is not foreign to Fletcher either: when he asks for "negotiations" when two countries claim jurisdiction over a criminal on the basis of (supposedly) "classical" connections of territoriality or nationality,[119] why

---

es: A Problem in Outline, in Criminal Science in a Global Society: Essays in Honor of Gerhard O. W. Mueller 3 (Edward M. Wise ed., Fred B. Rothman & Co. 1994).

114 *Cassese*, supra n. 17, at 285-86.

115 Id. at 286.

116 In doing so, the German legislators explicitly revoked prior federal case law which had read into the unconditioned application of "universal crime" (§ 6 German Penal Code) the requirement of a "legitimate domestic nexus." See, in particular, the landmark decision of the Federal Supreme Court, in 45, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 65, (BGHSt 1999). For details and criticism, see *Albin Eser*, Völkermord und deutsche Strafgewalt: Zum Spannungsverhältnis von Weltrechtsprinzip und legitimierendem Inlandsbezug, in Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag 3 (Albin Eser et al. eds., Verlag C.H. Beck 2001); *Eser*, National Jurisdiction, supra n. 4, at 281-83. For details regarding the new German legislation, but without discussion of the procedural restrictions on the exercise of universal jurisdiction according to § 153f. Criminal Procedure Code, see *Helmut Satzger*, German Criminal Law and the Rome Statute – A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law, 2 Intl. Crim. L. Rev. 261, 279-80 (2002). For a broad substantive approach, including procedural restrictions, see *Gerhard Werle & Florian Jeßberger*, Das Völkerstrafgesetzbuch, 57 JuristenZeitung 725, 732 (2002).

117 See supra pt. II & nn. 11-15.

118 Freiburg Proposal, supra n. 84, at 9-10, §§ 1-5. As to another way to web a comprehensive net of national jurisdictions, see The Princeton Principles on Universal Jurisdiction (Stephen Macedo ed., Program in L. & Pub. Affairs of Princeton U. 2001) (available at <http://www.princeton.edu/lapa/unive_jur.pdf>, and *Monica Hans*, Providing for Uniformity in the Exercise of Universal Jurisdiction: Can Either the Princeton Principles on Universal Jurisdiction or an International Criminal Court Accomplish this Goal?, 15 Transnatl. Law. 357, 392-96 (2002). For more details on the concurrence and harmonization of national proceedings in exercise of universal jurisdiction, see *Eser*, Harmonisierte Universalität, supra n. 4.

119 *Fletcher*, supra n. 1, at 583.

should this not provide a general model for solving concurrence on universal jurisdiction as well?

IX. Acknowledgement

I do hope that this argument with George Fletcher was not too unfriendly. For many years we have known that in the academic search for truth and justice, frankness rather than friendliness must be suprema lex. As he himself does not shy away from provoking others if he deems necessary, I am confident that he will appreciate my candor as a sincere expression of friendship.

At any rate, even where I had to disagree, his differing views forced me to rethink my own position – in the spirit of "rethinking criminal law" as he most impressively demonstrated in his world-renowned epoch-making treatise of more than a quarter of a century ago.[120] So, as with his plea against universal jurisdiction, he aimed "to overcome the breakdown of reasoned argument on this issue,"[121] challenging adversaries "to provide good reasons for their position,"[122] at least for myself I find my plea for universal jurisdiction more reasoned now than before.

120 *George P. Fletcher*, Rethinking Criminal Law (Little, Brown & Co. 1978).
121 *Fletcher*, supra n. 1, at 580.
122 Id.

ALBIN ESER

DAS „INTERNATIONALE STRAFRECHT" IN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTSHOFS*

I. ÜBERBLICK – ANWENDUNGSHÄUFIGKEIT

Gegenstand der Betrachtung ist jener Teil des Strafgesetzbuchs, welcher den räumlichen und persönlichen Bereich umschreibt, für den sich das Strafrecht materielle Geltung beimißt. Da sich dieser Geltungsanspruch nach den §§ 3-7, 9 StGB auch auf Auslandstaten erstrecken kann, ohne daß es für diese grenzüberschreitende Ausdehnung des nationalen Strafrechts unbedingt einer internationalen Abmachung bedürfte, erschiene die Kennzeichnung als „transnationales Strafrecht" treffender[1]. Gleichwohl mag hier der vorherrschenden deutschen Rechtspraxis und -lehre entsprechend der Terminus des „internationalen" Strafrechts Verwendung finden.

Bedenkt man, daß eigentlich bei jeder Verurteilung zunächst die förmliche und persönliche Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts festzustellen wäre und diese in Zeiten anschwellender Migration mit entsprechend ansteigenden Straftaten Nichtdeutscher im Inland und Deutscher im Ausland wie auch sonstiger grenzüberschreitender Bezüge nicht selbstverständlich sein mag, finden sich in der amtlichen Entscheidungssammlung des BGH bis zum derzeit letzten vollständig erschienenen 44. Band lediglich 62 Entscheidungen, welche Hinweise zu diesem Teil des Strafgesetzbuchs enthalten. Davon lassen sich als Fundstellen von erheblicher Relevanz für das internationale Strafrecht 27 Entscheidungen anführen[2], welche sich zu Grundsätzlichem äußern oder in denen jedenfalls Fragen des internationalen Strafrechts eine maßgebliche Rolle spielen. Demgegenüber werden in den verbleibenden 35 Entscheidungen[3] die §§ 3 ff. StGB entweder nur kurz gestreift, wie vor allem dann, wenn lediglich auf die unproblematisch gegebene Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts hingewiesen wird, oder wo diese Anwendungsregeln argumentativ im Rahmen anderer Problemstellungen herangezogen werden[4]. Man mag den geringen quantitativen Stellenwert auf den „dienenden" Charakter der Normen zurückführen, deren Zweck sich in der Anwendbarerklärung der deutschen Strafrechtsgewalt erschöpft, eine Vorfrage also, die in den weit überwiegenden Fällen völlig unproblematisch mit dem in § 3 StGB normierten

---

* Originalbeitrag erschienen in: Claus Roxin/Gunter Widmaier (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft. Bd. V: Strafrecht, Strafprozessrecht. München: Beck, 2000, S. [3]-28.

1 Vgl. *Eser*, Grundsatzfragen transnationaler Kooperation in Strafsachen, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Verbrechensverhütung und Behandlung Straffälliger. Beiträge für den 8. Kongreß der Vereinten Nationen, 1990, S. 15 ff., sowie in: Schönke/Schröder (S/S), StGB, 26. Aufl. 2000, Vorbem. 1 f. vor § 3. Zu der aus verschiedenen Gründen unpassenden Kennzeichnung als internationales Strafrecht" bereits kritisch *Schröder*, ZStW 61 (1942), 57 f.

2 BGHSt 2, 160; 4, 333; 4, 335; 4, 396; 5, 4; 7, 53; 8, 349; 11, 63; 18, 283; 20, 22; 21, 277; 27, 5; 27, 30; 29, 85; 30, 1; 32, 293; 34, 1; 34, 334; 37,305; 38, 75; 39,1; 39, 88; 39, 317; 40, 79; 40,125; 42, 235; 42, 275.

3 BGHSt 2, 246; 5, 370; 6, 138; 6, 176; 6, 349; 10, 46; 12, 36; 13, 46; 17, 218; 18, 347; 19, 63; 20, 45; 20, 164; 29, 63; 30, 282; 32, 104; 33, 26; 34, 101; 36, 251; 38, 88; 38, 276; 38, 312; 39, 54; 39, 260; 40, 8; 40, 48; 40, 113; 40, 138; 42, 51; 42, 332; 43, 129; 43, 317; 43, 321; 44, 52.

4 So wird beispielsweise in BGHSt 43, 317, 320 zur Klärung des Konkurrenzverhältnis von Prozeßbetrug und Anstiftung zur Falschaussage auf § 9 Abs. 2 S. 1 StGB hingewiesen.

Territorialitätsprinzip gelöst werden kann. Sicherlich ist die unterdurchschnittliche Behandlung dieses Normenkomplexes durch die Revisionsinstanz auch Folge der vergleichsweise präzisen Gesetzesformulierungen, welche schon aus diesem Grund keine Quelle für Fehlanwendungen durch die Instanzgerichte bieten, möglicherweise ist sie aber auch der weitgehenden Einigkeit der Norminterpreten in grundsätzlichen Fragen und den die Normen tragenden Prinzipien zu verdanken[5]. Jedoch war (und ist) der BGH stets dann gefordert, wenn völkerrechtliche Implikationen die Anwendung der §§ 3 ff. StGB erschweren oder wenn es zu klären gilt, ob der Schutzbereich deutscher Normen auch die Verletzung ausländischer Rechtsgüter erfaßt, was nur in den wenigsten Fällen eindeutig zu beantworten ist und oftmals zu größeren Kontroversen führte als das internationale Strafrecht selbst.

Auch wenn sonach die Zahl höchstrichterlicher judikate nicht als sonderlich groß erscheint, wäre es dennoch in diesem Rahmen weder möglich noch sinnvoll, alle im einzelnen darzulegen. Stattdessen erscheint es angebracht, die BGH-Rechtsprechung zum internationalen Strafrecht exemplarisch aus verschiedenen Blickwinkeln zu beleuchten: zunächst im Hinblick auf die wechselseitige Befruchtung von Rechtsprechung und Lehre (II), sodann zum wechselnden Standpunkt des Bundesgerichtshofs im Angesicht der deutschen Teilung und – mit bemerkenswerter Häufung von Urteilen – zur Wiedervereinigung[6] (III) sowie schließlich zu neuen Problemstellungen durch Globalisierung und Internationalisierung (IV).

II. Entwicklungen auf traditionellen Problemfeldern

1. Bestätigung überkommener und Anbahnung neuer Grundsätze

Bereits im ersten Jahr seiner Rechtsprechung hatte sich der Bundesgerichtshof mit der Anwendung des internationalen Strafrechts zu beschäftigen[7], wobei die fragliche Entscheidung sowohl im Tatsächlichen wie im Rechtlichen von der Nachkriegszeit geprägt war. Die Anklage betraf Straftaten eines deutschen Kriegsgefangenen an seinen Kameraden in einem sowjetischen Kriegsgefangenenlager, ein Kriminalitätstypus, der aus Sicht der Nachkriegsgeneration völlig außergewöhnlich ist, in der Rechtspraxis der fünfziger Jahre aber häufiger anzutreffen war. In rechtlicher Hinsicht lag die nachkriegsbedingte Besonderheit darin, daß sich der Senat grundlegend zu der Frage äußern mußte, ob der in § 3 Abs. 1 StGB a. F normierte (aktive) „Personalgrundsatz", welcher im Jahre 1940[8] in das StGB aufgenommen worden war, nationalsozialistisches Gedankengut enthielt und daher wegen Verstoßes gegen Besatzungsrecht in Gestalt des KRG Nr. 1 Art. III Nr. 4 nichtig sei. Dies wurde vom BGH in nachvollziehbarer Weise mit dem Hinweis darauf verneint, daß dieser Rechtssatz auch im StGB der Schweiz von 1937 und im übrigen auch schon im Vorentwurf zu einem StGB von 1909 vorzufinden sei, wobei jedoch der BGH immerhin zugestand, daß

---

5 Eine Ausnahme bildet insoweit wohl nur der Streit über die dem § 7 StGB zugrunde liegenden Prinzipien: vgl. S/S-Eser (Fn. 1), § 7 Rn. 1; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum StGB (SK), 6. Aufl., 26. Lfg. 1997, § 7 Rn. 2; vgl. auch unten 11.4 bei Fn. 48 bis 52.

6 So entfällt beinahe die Hälfte der in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen auf die Jahre 1990 bis 1999.

7 BGH 4 StR 339/51v. 12. 7. 1951, NJW 1951, 769.

8 Verordnung vom 6. 5. 1940 (RGBl. I, 754).

der Personalgrundsatz „nationalsozialistischen Lehren entgegenkam", auch wenn er ihm nicht entstamme[9].

Mit der ersten einschlägigen Entscheidung, die mit Datum vom 29. Februar 1952 in die amtliche Sammlung des BGH aufgenommen wurde[10], bestätigte der 1. Senat das Personalprinzip als völkerrechtlich zulässigen Anknüpfungspunkt in gleicher Weise, wie er dies für den in § 4 StGB von 1940 enthaltenen Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege erklärte, da beide Prinzipien nicht nationalsozialistischer Ideologie entsprungen seien. Außerdem ist diese Entscheidung insofern bedeutsam, als der BGH für die Tatortstrafbarkeit im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege schon nach dem damaligen § 4 Abs. 2 Nr. 3 StGB (heute § 7 Abs. 2 Nr. 2) keine völlige Übereinstimmung der Straftatbestände und ihrer praktischen Anwendung verlangte und es ebensowenig auf Verfahrenshindernisse am Tatort ankommen könne[11] – eine Auffassung freilich, die derart pauschal selbst in der Rechtsprechung nicht mehr allgemein akzeptiert wird[12].

Während der BGH – wie für ein Rechtsprechungsorgan nicht ungewöhnlich – sich im weiteren Verlauf zunächst darauf beschränkte, sowohl für das von 1871 bis 1940 geltende Territorialprinzip als auch für das (bis 1974 geltende) Personalprinzip auf Urteile des Reichsgerichts[13] wie auch auch auf Vorarbeiten der Lehre[14] zurückzugreifen, bahnte sich in der Gesetzgebung ein Prinzipienwechsel an, durch den tradierte Lehren zunehmend von einer Neubesinnung ab den 50er Jahren überlagert wurden[15]. Dieser Einfluß schlug sich in besonders auffälliger Weise in der Rückkehr vom Personal- zum Territorialprinzip durch das 2. StrRG von 1969 nieder[16]. Im Fortgang war es bald der Bundesgerichtshof, bald die Lehre, welche die Vorreiterrolle bei der Entwicklung des internationalen Strafrechts einnahmen und sich dabei in wechselseitiger Handreichung ergänzten. Dies soll nachfolgend an einigen Beispielen exemplifiziert werden.

---

9 Zum Ursprung aus der „lex ossibus inhaeret"-Formel, der Wandlung zu einem Mittel der stellvertretenden Strafrechtspflege und der nationalsozialistischen Deutung vgl. *Eser*, Die Entwicklung des internationalen Strafrechts im Lichte des Werkes von Hans-Heinrich Jeschek, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Bd. 11, 1985, S. 1353, 1363.

10 BGHSt 2, 160 ff.

11 BGHSt 2, 160, 161.

12 Vgl. unten zu Fn. 52.

13 So verweist BGHSt 2, 160 ff. auf RG HRR 1939, 1550; DJ 1940, 375.

14 Zum Personalitätsprinzip vgl. *Tittmann*, Die Strafrechtspflege in völkerrechtlicher Rücksicht mit besonderer Beziehung auf die teutschen Bundesstaaten, 1817; für das Territorialitätsprinzip vgl. u. a. *Abegg*, Über die Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen, 1819; *Berner*, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen, 1853; *Heffter*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, 1833; differenzierend *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, § 42.

15 Vgl. dazu namentlich *Jescheck*, Zur Reform der Vorschriften des StGB über das internationale Strafrecht, in: Vagier (Hrsg.), Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft, 1980, S. 521-544, gegen die damals herrschende Meinung, wie insbesondere vertreten in BGH NJW 1951, 769, bzw. *Jagusch*, in: Leipziger Kommentar (LK), 7. Aufl. 1954, Vorbem. 3 vor § 3.

16 Näher zu dieser Entwicklung *Eser* (Fn. 9), S. 1362 ff.; *Jescheck*, Leipziger Kommentar (LK), 11. Aufl. 1992, Einleitung Rn. 75.

2. Grenzüberwindung bei Tatbeteiligung

Mit dieser Thematik hatte sich – nicht ohne Auswirkung auf die spätere Gesetzgebung – der BGH bereits im Jahr 1953 zu befassen[17]. Da sich der damalige § 4 Abs. 1 StGB nicht ausdrücklich zu dem bei Teilnahme anzuwendenden Recht verhielt, stellte sich in einem Fall von Zigarettenschmuggel an der luxemburgisch-deutschen Grenze die Frage, ob die Beihilfehandlung eines Ausländers der deutschen Strafgewalt unterliegt, und zwar unabhängig davon, ob die Haupttäter In- oder Ausländer sind oder die im Ausland begangene Haupttat am Tatort überhaupt mit Strafe bedroht ist. Mit Verweis auf ein Urteil des Reichsgerichts[18] führte der BGH aus, daß sich die im Ausland handelnden Haupttäter (alles Ausländer) den Beitrag des (ebenfalls ausländischen) Gehilfen im Inland zurechnen lassen müßten, da sie bezüglich des vom Gehilfen verwirklichten Teils der Tat als mittelbare Täter anzusehen seien und somit zumindest ein Teil der Haupttat auch im Inland begangen sei[19].

Was mit dieser nicht leicht durchschaubaren Konstruktion bezweckt wird, ist offenbar folgendes: Da die Tatbeteiligten als Ausländer – und damit insbesondere auch der in casu wegen Vorteilsbeihilfe zur versuchten bandenmäßigen Zollhinterziehung in Revision gegangene Angeklagte – nach dem seinerzeit vorherrschenden Personalprinzip nicht erfaßbar waren, galt es nach dem damaligen § 4 Abs. 1 StGB, einen inländischen Tatort zu begründen, und sei es auch nur auf die Weise, daß eine mittelbare Täterschaft konstruiert wird, mit der den im Ausland tätigen ausländischen Haupttätern die inländische Beihilfe des Ausländers (durch Bereitstellen seines Kraftwagens zum Verbringen zur und zum Abholen von der Grenze) als ausreichende Grundlage für die Anwendung des deutschen Strafrechts auf die gesamte Tat zugerechnet wird. Was hier zwecks Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts geschieht, läuft aus täterschaftsdogmatischer Perspektive auf eine Umkehrung der Akzessorietät hinaus: Nicht die Teilnahme ist von der Strafbarkeit der Haupttat abhängig, vielmehr wird die eigentlich aus der Haupttat abzuleitende Strafbarkeit der Teilnahme ihrerseits zum Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit der Haupttat. Ganz abgesehen davon, daß diese Argumentationsstruktur bei volldeliktischem Handeln des Gehilfen einem Zirkelschluß sehr nahe kommt, wäre diese Konstruktion jedenfalls im konkreten Fall vermeidbar gewesen, wenn man – statt nach der damals offenbar zugrundeliegenden extrem-subjektiven „animus"-Theorie allein auf den Täterwillen abzuheben – im Hinblick auf das funktionale Zusammenwirken Mittäterschaft anstelle von bloßer Gehilfenschaft angenommen hätte und schon deshalb ein inländischer Tätigkeitsort auch für die im Ausland handelnden Mittäter gegeben gewesen wäre. Indes war diese Position des BGH, auch ohne dies auszuweisen, bereits in der Lehre dogmatisch vorgezeichnet: so namentlich durch Schröder, wonach sich das aufgrund der Akzessorietät notwendige Unrecht der Haupttat stets nach deutschem Recht beurteile, und zwar unabhängig davon, ob am konkreten Tatort deutsches Recht durchsetzbar sei und die Haupttäter nach dem StGB zur Verantwortung gezogen werden könnten, während durch die Regeln des internationalen Strafrechts lediglich normiert werde, wann dieses Unrecht auch vor deutschen Gerichten verfolgt werden könne[20].

Wie dem auch sei, kann sich der Bundesgerichtshof mit seiner diesbezüglichen Rechtsprechung jedenfalls insofern bestätigt sehen, als der Reformgesetzgeber mit der heutigen Fas-

---

17 BGHSt 4, 333.

18 RG GA 76 (1909), 92; vgl. zum gleichen Themenkomplex auch später RG JW 1936, 2655.

19 BGHSt 4, 335.

20 *Schröder* (Fn. 1), 78 ff., 95 f.; so im Ergebnis auch RG JW 1936, 2655.

sung des § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB die inländische Teilnahme ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Haupttat am Tatort dem deutschen Strafrecht unterwirft[21].

3. Vereinnahmung ausländischer Rechtsgüter

Gesetzlich nicht geregelt – oder genauer: von den Vorschriften des internationalen Strafrechts in den §§ 3-7 StGB offengelassen – ist bekanntlich die Frage, ob und inwieweit eine Tat überhaupt vom Schutzbereich des deutschen Straftatbestandes erfaßt wird. Gleich, ob man darin eine der Anwendung der §§ 3 ff. StGB vorgelagerte Frage nach dem tatbestandsimmanenten Schutzgut und Anwendungsbereich des infragestehenden Straftatbestandes erblickt[22] oder ob man der räumlich-personellen Geltungsfrage logischen Vorrang gegenüber der Tatbestandsprüfung einräumt[23], setzt letztlich auf jeden Fall die Strafbarkeit nach deutschem Recht voraus, daß die in Frage stehende Tat unter den Schutzbereich des deutschen Straftatbestandes fällt. Ob dies der Fall ist, kann erst die Prüfung des betreffenden Tatbestandes ergeben. Da die Straftatbestände jedoch in der Regel ohne Bezug auf die Staatsangehörigkeit von Täter und Opfer bzw. den in- oder ausländischen Tatort formuliert sind, der Tatbestand selbst also nicht ohne weiteres klare Auskunft über seinen beschränkt nationalen oder weitergehenden transnationalen Anwendungsbereich gibt, stellte sich das Bedürfnis nach allgemeinen Kriterien für die Bestimmung des nur in- oder auch ausländischen Schutzbereichs der Straftatbestände. Dabei ergab sich für den Bundesgerichtshof vor allem auf drei Feldern Klärungsbedarf.

a) Als wegweisend ist in erster Linie die Rechtsprechung des BGH im Bereich des Verkehrsstrafrechts zu nennen[24]. Ohne den allgemeinen Grundsatz, daß der Schutz des ausländischen Straßenverkehrs nicht Aufgabe deutscher Strafrechtspflege sein könne[25] und somit die einschlägigen Verkehrsvorschriften auf Verkehrsverstöße im Ausland grundsätzlich keine Anwendung finden könnten, in Frage zu stellen, kommt der BGH zu einer neuartigen Differenzierung, indem er jeweils zu prüfen aufgibt, ob – über das Straßenverkehrsrecht des ausländischen Staates hinaus – nicht ein Rechtsgut verletzt sei, welches dem Rechtskreis aller zivilisierter Staaten angehört und als solches auch in den Schutzbereich deutscher Strafnormen einbezogen ist[26]. In concreto sei über die (abstrakte) Sicherheit des Straßenverkehrs auch der Schutz von Individualrechtsgütern, wie namentlich Leib, Leben und Eigentum, berührt, so daß die Tatbestände der §§ 21, 24 StVG auch bei Verletzung ausländischer Rechtsgüter erfüllt seien. Im übrigen bestätigten zahlreiche internationale Übereinkommen, wie das Pariser Internationale Abkommen über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen von 1926, daß solche Taten nicht mehr nur eine isolierte Angelegenheit der Nationalstaaten darstellten.

---

21 Zu weiteren Einzelheiten und kritischen Stimmen dazu vgl. *S/S-Eser* (Fn. 1), § 9 Rn. 11, 14.

22 Wie hier vertreten: vgl. *S/S-Eser* (Fn. 1), Vorbem. 13 vor § 3 mit weiteren Nachweisen.

23 Wie namentlich von *Hoyer* SK (Fn. 5), Vorbem. 31 vor § 3 verfochten, wobei der dort noch angeführte *Tröndle* (LK, Fn. 15, 10. Aufl. 1978, Vorbem. 23 vor § 3) inzwischen die Fronten gewechselt hat (in: Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl. 1999, Vorbem. 5 vor § 3).

24 Vgl. dazu insbes. BGHSt 8, 349; 21, 277 und BGH VRS 27, 94 zu den § 21, 24 StVG a. F., ferner zu § 315 c StGB BGHSt 42, 235, 237 (ohne allerdings dazu abschließend Stellung nehmen zu müssen).

25 So deutlich Schönke/Schröder, StGB, 12. Aufl. 1965,Vorbem. 11 vor § 3.

26 In diesem Sinne bereits BGHSt 8, 349, 355, ferner mit Betonung der besonderen Prüfungspflicht BGHSt 21, 277, 279 ff.; zustimmend *Schröder*, NJW 1968, 283 f., nachdem dieser diese Differenzierung in Schönke/Schröder (Fn. 25) lediglich hinsichtlich § 142 StGB angedeutet hatte.

Auch wenn die Umwandlung der (bis dahin als Straftaten verfolgten) Verkehrsübertretungen zu bloßen Ordnungswidrigkeiten[27] der diesbezüglichen Rechtsprechung den praktischen Boden entzogen hat, bleiben die dort getroffenen dogmatischen Differenzierungen und Schlußfolgerungen doch von dauernder Relevanz; denn selbst soweit – wie im Falle von § 5 OWiG – der räumliche Geltungsbereich des ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionsanwendungsrechts auf das Inland beschränkt wird[28], stellt sich die davon zu unterscheidende Frage der tatbestandlichen Erstreckung auf ausländische Rechtsgüter in gleicher Weise wie bei den §§ 3 bis 7 StGB. Insoweit hat sich lediglich die Frage der Verfolgbarkeit im Inland nach Ordnungswidrigkeitenrecht, nicht aber der schutzspezifische Ausgangspunkt der vom BGH entwickelten Differenzierung geändert[29]. Deshalb kann insbesondere bei Ratifizierung neuer bi- oder multilateraler Rechtshilfeübereinkommen[30], welche dem § 5 OWiG vorgehen, auf die vom BGH entwickelten Lösungen zurückgegriffen werden.

b) Auch bei primär öffentlichen Belangen dienendenTatbeständen kann sich das Abstellen auf hinter dem Tatbestand stehende, mittelbar betroffene Individualrechtsgüter als hilfreich erweisen. Das betrifft insbesondere die bei Rechtspflegetatbeständen zu beantwortende Frage, inwieweit Aussagedelikte des StGB auch auf Falschaussagen vor ausländischen Gerichten Anwendung finden können. Wiederum geht die Rechtsprechung von dem Grundsatz, aus, daß die §§ 153 ff. StGB in erster Linie dem Schutz der nationalen staatlichen Rechtspflege dienten und es nicht Aufgabe der deutschen Justiz sein könne, sich des Schutzes der ausländischen Gerichtsbarkeit anzunehmen[31]. Der Bundesgerichtshof stellt aber erneut darauf ab, daß von einer falschen Aussage auch und gerade der Angeklagte unmittelbar betroffen ist und somit eine Berührung des Individualrechtsgutes Freiheit bzw. Eigentum (im Falle der Geldstrafe) gegeben sei[32]. Dies entspricht der Rechtsprechung des Reichsgerichts[33], welches die Aussagedelikte als Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB angesehen hat – eine Ansicht freilich, die nach Abschaffung des § 154 Abs. 2 a. F. StGB (Strafschärfung, falls Meineid Verurteilung zur Folge hat) im Jahre 1944 wohl nicht mehr mit der heutigen Gesetzeslage vereinbar erscheint[34].

Diese Argumentation hat freilich auch zur Folge, daß durch den vorrangigen Schutz des Betroffenen die hintangestellte ausländische (wie im konkreten Fall die russische) Strafrechtspflege hinsichtlich ihrer möglicherweise problematischen Schutzwürdigkeit[35] nicht hinterfragt wird. Wenn auch möglicherweise ungewollt, so führt die Mitberücksichtigung

---

27 Im Zuge des Inkrafttretens des OWiG zum 1. 1. 1969.

28 Vgl. *Rogall*, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 1989, § 5 Rn. 2.

29 Vgl. S/S-*Eser* (Fn. 1), Vorbem. 19 vor § 3; insoweit nicht differenzierend *Gribbohm* (Fn. 16),Vorbem. 196 vor § 3; grundsätzlich anderer Ansicht *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, S. 486 f., wonach die Normen des StVG nur Ordnungsvorschriften schützten.

30 Vgl. die Übersicht bei *Göhler*, OWiG, 12. Aufl. 1998, § 5 Rn. 8.

31 BGH v. 10. 7. 1952, LM § 3 Nr. 2; für Gerichte in der SBZ vgl. BGH GA 1955, 178 ff.; vgl. auch BGH NStZ 1984, 360 zu § 145 d StGB.

32 BGH LM § 3 Nr. 2.

33 RGZ 59, 236, 237.

34 Dennoch bejahend BGHZ 42, 313, 318; 62, 54, 57, *Canaris*, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in: Canaris/Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Larenz, 1983, S. 27, 46 f., mit Verweis auf die §§ 158, 163 Abs. 2 StGB, aus denen der Individualschutz der Normen abgeleitet werden soll.

35 So gerade wegen der nicht selten fragwürdigen Rechtsstaatlichkeit ausländischer Strafrechtspflege zu Recht kritisch *Schröder*, JZ 1968, 241, 244.

von Individualbelangen mittelbar doch zur Einbeziehung von ausländischen Rechtsgütern und damit für den Bereich von Rechtspflegedelikten zur gleichen Expansion des deutschen Strafrechts wie bei jenen Autoren, die – ohne auf den internationalen Schutz von Individualrechtsgütern eingegangen zu sein – die Tatbestandsmäßigkeit von eidlichen Falschaussagen vor ausländischen Stellen damit begründeten, daß der Tatbestand der „Sühne einer Gewissenlosigkeit, einer frivolen Selbstverfluchung" diene und deshalb „nicht nur Bestandteil einer positiven Satzung" oder eine „Schutznorm zugunsten eines bestimmten politischen Systems"[36] sei – eine Begründung, wie sie durch Rekurrieren auf den besonderen, irrational-sakralen Unwert der früheren Beurteilung dieser Delikte zu eigen war[37].

Gerade wenn sich der BGH von solchen „universalistischen" Begründungen fernhält, um statt dessen mit Individualschutz zu argumentieren, muß er sich – ebenso wie seine diesbezügliche Gefolgschaft in der Lehre[38] – entgegenhalten lassen, daß aus tatbestandsimmanenter Sicht das Schutzgut der §§ 153, 154 StGB nach herrschender Meinung gerade nicht in den durch eine Falschaussage möglicherweise betroffenen Individualinteressen, sondern in der staatlichen Rechtspflege bzw. dem öffentlichen Interesse an einer wahrheitsgemäßen Tatsachenfeststellung in gerichtlichen Verfahren liegt[39]. Diese Diskrepanz wirft die – bislang noch nicht einmal voll erkannte – Frage auf, ob die für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts relevante Frage nach dem Schutzbereich des deutschen Straftatbestandes[40] rein tatbestandsimmanent zu bestimmen ist oder im Falle einer Auslandsberührung zusätzliche Schutzaspekte Wirkung erlangen können. Letzterenfalls wird der weiteren Vereinnahmung ausländischer Rechtsgüter als mittelbarem Inlandsschutz wohl nur noch schwer Einhalt zu gebieten sein[41].

---

36 *Lange*, DStR 1941, 6, 9; vgl. auch *Mezger*, DStR 1941, 18, 24, der die Aussagedelikte gleich im Anschluß an die Taten gegen Person und Vermögen nennt, ohne allerdings den vom BGH entwickelten Zusammenhang zwischen den erstgenannten Tatbeständen und dem Individualschutz bereits erkannt gehabt zu haben.

37 Dazu vgl. *Maurach/Schroeder/ Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Teilband, 7. Aufl. 1991, S. 217 ff.; BGHSt 8, 301, 309; zu religiösen Eidesformeln EGMR NJW 1999, 2957; BVerfGE 33, 23 ff.

38 Vgl. etwa *Jescheck*, IRuD 1956, 78 ff.; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 27; *Hoyer* SK (Fn. 5), Vorbem. 35 vor § 3; vgl. aber demgegenüber S/S-*Eser* (Fn. 1), Vorbem. 21 vor § 3; *Gribbohm* LK (Fn. 16), Vorbem. 182 vor § 3, differenzierend *Oehler* (Fn. 29), S. 484.

39 Vgl. nur S/S-*Lenckner* (Fn. 1), Vorbem. 2 vor § 153 ff. mit weiteren Nachweisen; im gleichen Sinne der GrS in BGHSt 8, 301, 309.

40 Vgl. oben zu Fn. 22 f.

41 Zu welchen Winkelzügen der Mangel einer klaren Linie bei Festlegung des tatbestandlichen Schutzbereichs führen kann, ließe sich an einem weiteren BGH-Fall (MDR 1958, 534) demonstrieren, wo es um teils wahre, teils unwahre belastende Aussagen ging, die ein deutscher Kriegsgefangener als Zeuge zulasten eines mitgefangenen deutschen Kameraden vor einem sowjetischen Militärtribunal gemacht hatte. Nunmehr seinerseits in Deutschland angeklagt, wurde er vom Landgericht der Beihilfe zu Freiheitsberaubung, diese begangen von den Mitgliedern des Militärtribunals durch rechtsstaatswidrige Verurteilung des seinerzeitigen Kriegskameraden, für schuldig befunden und dies damit begründet, daß der Angeklagte den wahren Teil seiner belastenden Aussage hätte verschweigen bzw. eine falsche Version hätte bringen sollen, um den Kameraden vor einer Verurteilung zu schützen. Dem ist der BGH im Ergebnis zu Recht entgegengetreten, wobei er freilich in seiner Begründung eigene (frühere) Aussagen zur (mangelnden) Schutzwürdigkeit ausländischer Rechtspflege (BGH LM § 3 Nr. 2) konterkariert, wenn er nunmehr ausführt, daß kein Zeuge vor Gericht die Unwahrheit bekunden dürfe, „mögen die mit der wahren Aussage für den Betroffenen verbundenen Folgen noch so schwer wiegen"; das

c) Daß die Rechtsprechung des BGH zur Bestimmung des tatbestandlichen Schutzbereichs als (vorrangige oder jedenfalls letztlich unverzichtbare) Voraussetzung für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts noch an Konsequenz und Konsistenz zu wünschen übrig läßt, tritt auch im Bereich des Umweltstrafrechts zutage. Wenn man für diesen Schutzbereich der vorherrschenden „anthroprozentrischen" Auffassung folgt, daß die Umwelt nicht um ihrer selbst willen geschützt sei, sondern es vielmehr um die Erhaltung humaner Lebensbedingungen gehe, wobei die „ökologischen Rechtsgüter" den letztlich intendierten Schutz des Menschen lediglich mediatisierten[42], wie dies in ähnlicher Weise auch bei den Verkehrsdelikten hinsichtlich der Verkehrssicherheit als mediatisierendes Rechtsgut anerkannt ist[43], so wäre es eigentlich konsequent, den Schutzbereich der deutschen Umwelttatbestände im Hinblick auf die mitbetroffenen Individualrechtsgüter für grundsätzlich anwendbar zu erklären. Doch nicht so der BGH, der in zwei zusammenhängenden Entscheidungen[44] erklärte, daß Gewässer, Luft und Boden im Ausland tatbestandlich schon gar nicht vom Schutzbereich des § 326 Abs. 1 Nr. 3 a. F. StGB umfaßt seien. Mag dies auch noch dem damaligen Wortlaut des § 330 d Nr. 1 a. F. StGB entsprochen haben, wäre mit diesbezüglicher Änderung durch das 2. UKG[45] eine erweiterte Anwendung des § 326 Abs. 1 Nr. 4 a StGB auf ausländische Gewässer angezeigt[46], wenngleich dies in den Gesetzesmaterialien – indes ohne Begründung – bestritten wird und die Medien Luft und Boden im übrigen unerwähnt bleiben[47]. Um so mehr darf man darauf gespannt sein, ob der BGH auch künftig bei seiner rein medienorientierten Beschränkung auf Wasser, Boden und Luft unter Ausgrenzung des Auslands bleiben oder zumindest mittelbar auch dem Individualschutz betroffener Menschen Raum geben wird, wobei sich letzterenfalls die Beschränkung auf Inländer schwerlich halten ließe, genießen doch nach allgemeinen Grundsätzen Individualrechtsgüter ohne Rücksicht auf die Nationalität des Rechtsgutsinhabers oder die Belegenheit des Rechtsguts den Schutz des deutschen Strafrechts[48].

Wahrheitsgebot gelte grundsätzlich auch vor ausländischen Gerichten, „selbst in Ländern mit andersartiger Rechtskultur" (BGH MDR 1958, 534, 535). Hätte nämlich der BGH anstelle des (sonst abgelehnten) Schutzes der ausländischen Rechtspflege auf den (sonst behaupteten) Individualschutz abgehoben, so hätte er die tatbestandliche Erfassung dieser Falschaussage vor dem ausländischen Gericht verneinen müssen, da sie den Kriegsgefangenen entlastet und ihm daher nicht zum Nachteil gereicht hätte. Im übrigen wäre der vom BGH zugebilligte Freispruch von der Beihilfe heute aber wohl auch auf anderem Wege, nämlich durch Ausschluß der Zurechnung wegen mangelnden deliktischen Sinnbezugs der angeklagten Beihilfehandlung (zu letzterem vgl. *Roxin* LK, Fn. 16, § 27 Rn. 16 ff.), zu erreichen gewesen.

42 So im Sinne der herrschenden Meinung *Bloy*, ZStW 100 (1988), 485 ff.; *S/S-Cramer* (Fn. 1), 25. Aufl. 1997, Vorbem. 8 vor § 324 ff.; *Steindorf* LK (Fn. 16), Vorbem. 18 zu § 324; kritisch bis ablehnend zu dieser anthroprozentrischen Sicht *Eser*, ökologisches Recht, in Markl (Hrsg.), Natur und Geschichte, 1983, S. 387 ff.; *Hohmann*, GA 1992, 76, 84.

43 Die Parallele zu den Verkehrsdelikten zeigt auch *Rengier*, JR 1996, 34, 35 auf, der zutreffend die verwaltungsakzessorischen Normen, z. B. § 324 a I StGB, aussondert; vgl. S/S-*Cramer* (Fn. 42).

44 BGHSt 40, 79 und 40, 84.

45 Vom 20. 2. 1995, BGBl.I 1440.

46 Vgl. S/S-*Lenckner* (Fn. 1), 25. Aufl. 1997, § 330 d Rn. 4.

47 BT-Drs. 12/192 S. 30, wohl zu erklären mit den vorangegangenen Urteilen des BGH.

48 Näher dazu S/S-*Eser* (Fn. 1), Vorbem. 15 vor § 3 mit weiteren Nachweisen.

4. Mangelnde Differenzierung bei der „identischen Tatortnorm"

Während es bei den zuvor behandelten Fragen, sofern nicht ohnehin von tatbestandsspezifischem Charakter, um weniger tiefgehende Divergenzen zwischen Rechtsprechung und Lehre ging, sollte dies nicht den Eindruck aufkommen lassen, als ob sich nicht auch grundsätzliche Gegenpositionen fänden. Eine solche gibt es hinsichtlich der für § 7 StGB relevanten Strafbarkeit am Tatort. Da bei den dort genannten Auslandstaten nach dem Wortlaut des Gesetzes „die Tat am Tatort mit Strafe bedroht" sein muß und dieses meist als „identische Tatortnorm" bezeichnete Erfordernis offen läßt, ob dies im Sinne voller materieller Strafbarkeit und auch prozessualer Verfolgbarkeit zu verstehen ist, oder ob schon ersteres, wenn nicht gar weniger, genügen kann, konnten unterschiedliche Meinungen nicht ausbleiben[49]. Während der BGH jedenfalls dazu neigt, offenbar gleichsinnig in allen Fällen des § 7 die materielle Strafbarkeit nach Tatortrecht genügen zu lassen und dementsprechend allenfalls Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder vergleichbaren Straffreistellungsgründen Bedeutung zukomme[50], spricht einiges dafür, die auf verschiedenen Anwendungsprinzipien beruhenden Fälle des § 7 StGB nicht über einen Kamm zu scheren, sondern jedenfalls insoweit zu differenzieren, als im Falle stellvertretender Strafrechtspflege über die materielle Strafbarkeit am Tatort hinaus auch noch die prozessuale Verfolgbarkeit gegeben sein muß, mit der Folge, daß etwaige Verfahrenshindernisse des Tatortrechts auch einer Anwendung des deutschen Strafrechts entgegenstehen. Nachdem ich selbst die letztgenannte Position eingenommen und dies bereits an anderer Stelle näher begründet habe[51], mag es hier sein Bewenden damit haben, daß die Position des BGH selbst innerhalb der Justiz an Gefolgschaft verliert[52].

III. Zeitgeschichtliche Herausforderungen angesichts der deutschen Teilung und Wiedervereinigung

Konnte man bei der vorangehenden Judikatur den Eindruck eines weitverstreuten und einzelfallbedingten Sammelsuriums haben, so hebt sich davon ein Block von Entscheidungen ab, die in den zeitgeschichtlichen Herausforderungen der Nachkriegszeit eine gemeinsame Grundlage haben, wobei sich jedoch gleichwohl zwei Gruppen unterscheiden lassen: zum einen Judikate, die ganz von der antagonistischen Teilungssituation und deren strafrechtlicher „Bewältigung" nach der Wiedervereinigung Deutschlands geprägt sind, und zum anderen solche, die frei sind von diesen historischen und politischen Gegebenheiten und daher den Rechtsanwender nicht vor vergleichbare spannungsgeladene Probleme stellten.

Während auf die zweite Fallgruppe im Zusammenhang mit dem Stichwort „neue Herausforderungen" zurückzukommen sein wird[53], ging es bei den durch die deutsche Nachkriegssituation geprägten Entscheidungen um Fälle, in denen ehemalige deutsche Kriegsgefangene wegen Straftaten, die sie im Ausland – zumeist an Kameraden – begangen hatten,

---

49 Vgl. den Überblick in S/S-*Eser* (Fn. 1), § 7 Rn. 7 ff., 17, 23.

50 Auf dieser Linie bereits BGHSt 2, 161, BGH GA 1976, 242, NJW 1992, 1775 f., JR 1994, 161.

51 *Eser*, JZ 1993, 881 ff.; vgl. auch die Nachweise in Fn. 49.

52 Wie namentlich durch OLG Düsseldorf MDR 1992, 1161 demonstriert; vgl. rechtsvergleichend dazu auch *Cornils*, in: Arnold u. a. (Hrsg.), Grenzüberschreitungen, 1995, S. 211, 213 ff.

53 Vgl. unten IV.

vor Gericht standen[54]. Auch wenn sich dabei zu bewältigende Schwierigkeiten, wie hinsichtlich der Frage, was im Zuge der wechselhaften Expansion und Rezeption des Deutschen Reiches jeweils unter „Inland" oder „Ausland" zu verstehen sei, die internationalstrafrechtliche Aufgabenstellung für die deutsche Justiz von der ausländischer Gerichtsbarkeiten abheben mag, erscheinen diese Fragen doch zu spezifisch zeitbedingt und inzwischen obsolet geworden, um hier entfaltet zu werden.

Anders steht es um die Rechtsprechung, die sich infolge der Teilung und Wiedervereinigung Deutschlands entwickelt hat; denn nicht nur, daß beim Streit um die strafrechtliche Einordnung der DDR der Inlandsbegriff als solcher einer grundsätzlichen Revision zu unterwerfen war; vielmehr waren auch manche Strafanwendungsregeln in einem ihren historischen Anlaß möglicherweise überdauernden Sinne fortzuentwickeln. Diesen Gesamtkomplex in all seinen Facetten und möglichen Konsequenzen aufzuarbeiten, kann hier nicht der Ort sein[55]. Deshalb können im folgenden nicht mehr als einige Streiflichter gesetzt werden.

1. Von „interlokaler" zu „internationaler" Strafrechtsanwendung

War die DDR als „Inland" zu betrachten und demzufolge Teil des gesamtdeutschen Staatsgebietes, so war bei Rechtsverschiedenheit zwischen Ost und West nach den Regeln des sogenannten „interlokalen" Strafrechts das Recht des Tatorts anzuwenden[56], mit der Folge, daß auf eine in Frankfurt/Oder begangene Schwangerschaftsunterbrechung das dafür einschlägige (mildere) DDR-Recht selbst dann anzuwenden war, wenn die Täterin nach Flucht in die Bundesrepublik in Frankfurt/Main vor Gericht stand. Bundesdeutsches Strafrecht konnte deshalb nur dann zur Anwendung kommen, wenn man die DDR „als" Ausland betrachtete oder zumindest „wie" Ausland behandelte, weil erst auf diesem Wege nach den Regeln des „internationalen" Strafrechts das Recht des (bundesrepublikanischen) Gerichtsorts zur Anwendung kommen konnte. Daß man mit der Anwendung von interlokalem oder internationalem Strafrecht zugleich Partei für oder gegen einen weiteren Inlandsstatus der DDR ergriff und sich damit auf politischem Terrain bewegte, dessen war sich natürlich auch der Bundesgerichtshof bewußt. Da dieser aus dem Blickwinkel der Gewaltenteilung den Zugang für diesen originär politischen Bereich für einen Gerichtshof eigentlich versperrt sah, glaubte er diesen zunächst nicht betreten zu dürfen. Bezeichnend dafür sind die Ausführungen in BGHSt 7, 52, 55, wo sich die Anwendung des interlokalen Strafrechts auf Taten in der DDR begründet und die des internationalen Strafrechts folgendermaßen verneint findet: Mit der Anwendung der §§ 3 ff. StGB wäre „eine Entscheidung von erheblicher staatspolitischer Tragweite verbunden, zu der die Gerichte nicht berufen sind, die vielmehr der Entschließung des Gesetzgebers vorbehalten sein muß"[57].

---

54 Vgl. dazu etwa BGH LM § 3 Nr. 2, NJW 1951, 769.

55 Dies gilt insbesondere für die Unzahl von BGH-Entscheidungen, die in Umsetzung der Art. 8, 9 des Einigungsvertrags in Verbindung mit Art. 315 EGStGB mit der Anwendung von bundesdeutschem oder DDR-Strafrecht auf DDR-Straftaten zu tun haben; näher dazu wie auch zu weiteren Fragen, die mit der Herstellung der deutschen Einheit zusammenhängen, *S/S-Eser* (Fn. 1), Vorbem. 63 ff. vor § 3 mit weiteren Nachweisen.

56 Vgl. statt aller Schönke/Schröder, 11. Aufl. 1963,Vorbem.17 ff. vor § 3 mit weiteren Nachweisen.

57 BGHSt 7, 52, 55; vgl. auch BGH NJW 1952, 1146; 1960, 395, GA 1955, 178; 1961, 24.

Mit diesem Festhalten am interlokalen Ansatz waren freilich weder alle Probleme beseitigt noch war damit eine Dauerlösung gefunden. So mußte angesichts der weiter auseinandertreibenden staatlichen Entwicklung mit entsprechend unterschiedlicher Entfernung von rechtsstaatlichen Grundsätzen in beiden Teilen Deutschlands bei Anwendung von DDR-Recht in der Bundesrepublik immer wieder zum Filter des ordre public gegriffen werden[58]. Nachdem jedoch das grundsätzliche Festhalten am interlokalen Strafrecht um so mehr an Überzeugungskraft einbüßte, je mehr eine die beiden ost- und westdeutschen Teilregelungen übergeordnete „Gesamtrechtsordnung" für Deutschland verloren ging, mußte sich der Bundesgerichtshof – wie in der Lehre bereits im Sinne einer „funktionellen" Betrachtungsweise vorausgedacht[59] – zu einer grundsätzlichen Umstellung der Weichen durchringen und nach den Kriterien eines „funktionellen Inlandsbegriffs" die DDR, wenn auch nicht als, so jedenfalls wie Ausland behandeln[60].

Dieser Schritt, der sich bereits Ende der 70er Jahre abgezeichnet hatte[61], wurde dem BGH spätestens mit Unterzeichnung des Grundlagenvertrages von 1972[62] erleichtert, da nunmehr von einem „Funktionieren der (bundesrepublikanischen) Staatsgewalt" auf dem DDR-Gebiet, wie es bei funktioneller Betrachtung für die Anwendbarkeit des bundesdeutschen Strafrechts auf Straftaten in der DDR erforderlich gewesen wäre, keine Rede mehr sein konnte. Deshalb wirkte der im Jahr 1980 mit BGHSt 30, 1 vollzogene Übergang auf die Anwendung internationalen Strafrechts zwischen den beiden deutschen Teilstaaten wie ein politischer Befreiungsschlag mit strafrechtlicher Entkrampfung in der Behandlung von DDR-Straftaten[63].

2. Leitlinien bei innerdeutschen Strafrechtsfriktionen

Allerdings waren mit dem damit eröffneten international strafrechtlichen Weg nicht alle Stolpersteine ausgeräumt, nachdem die §§ 3 ff. StGB als allgemeine Regeln naturgemäß nicht für die Erfassung von Konstellationen geschaffen waren, wie sie sich bei innerdeutschen Strafrechtsfriktionen stellen konnten. Deshalb kann es auch nicht überraschen, wenn Entscheidungen des BGH zu finden sind, in denen sich die Argumentation offensichtlich von der Orientierung auf ein bestimmtes Ergebnis hin hat leiten lassen und die nur dann

---

58 Wie beispielsweise im Falle von BGHSt 7, 53, 55 und BGH GA 1961, 23 25; zur rechtsstaatlichen Entwicklung in der DDR vgl. auch BGHZ 4, 62, 67 f.

59 Vgl. namentlich v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927, S. 126, wo erste Andeutungen in diese Richtung zu finden sind, ohne daß natürlich deren spätere innerdeutsche Tragweite vorauszusehen gewesen wäre; näher und mit zuteffender Rubrizierung als „funktioneller (Inlands-)Begriff" Schönke/Schröder, StGB, 8. Aufl. 1957, Vorbem. III vor § 3, wobei aber die Erstreckung auf die DDR noch gescheut wurde.

60 In diese Richtung war zunächst die Lehre vorausgegangen, indem der „funktionelle Inlandsbegriff" schon in den 60er Jahren auf die DDR angewendet worden war; vgl. *Schönke/Schröder*, StGB, 14. Aufl. 1969; Vorbem. 24 a vor § 3 mit weiteren Nachweisen; zur neueren Entwicklung und zum Meinungsstand bis zur Wiedervereinigung vgl. S/S-*Eser* (Fn. 1), 23. Aufl. 1988 u. 24. Aufl. 1991, jeweils Vorbem. 29, 61 ff. vor § 3.

61 Vgl. BGH NJW 1978, 113, 115, während dies in BGHSt 27, 5 noch offen gelassen worden war.

62 Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik v. 21. 12. 1972 (BGBI. 1973 II, 421).

63 Zu positiven Reaktionen darauf vgl. u. a. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, S. 112 f.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 180 jeweils mit weiteren Nachweisen; im Ausgangspunkt zustimmend, aber kritisch zu BGHSt 30,1 *Abendroth* StV 1981, 176 und *Schroth* NJW 1981, 500.

nicht zu überzeugen vermögen, wenn man sie abgehoben von zeitgeschichtlichen Hintergründen sieht, die von der Judikative naturgemäß nicht zu beeinflussen und daher „ergebnisorientiert" zu umschiffen waren. Dies gilt etwa für die Urteile des BGH zur Anwendung des § 5 Nr. 6 StGB auf in der DDR wohnende Opfer[64] und die spätere Ausdehnung dieser vom Schutzprinzip getragenen Auslegung auf die durch Denunziation verursachte Freiheitsberaubung[65].

Selbst bei nicht zu verkennender Einzelfallorientierung lassen sich aber gewisse allgemeine Leitlinien erkennen. So verfolgte der BGH nach der Durchsetzung der „funktionellen Betrachtungsweise" offensichtlich das Ziel, die DDR-Bürger durch die bundesdeutsche Gerichtsbarkeit nur dort zu schützen, wo dies die DDR-Justiz nicht vermochte bzw. nicht wollte; demzufolge war die Strafandrohung für bestimmte Delikte jedenfalls in dem Bereich auf die Deutschen in der DDR zu erstrecken, „in dem der Gesetzgeber [wie] in § 5 Nr. 6 StGB seinen Willen zum Ausdruck gebracht hat, ... Straftaten ..., die sich gegen Deutsche mit Wohnsitz im Bundesgebiet und in der DDR richten, unabhängig vom Tatort zu verfolgen"[66]. Soweit hingegen auch in der DDR die Strafverfolgung gewährleistet war und somit die vorgenannten Zielvorgaben des BGH nicht berührt wurden, war dieser sowohl aus praktischen als auch aus völkerrechtlichen Gründen sichtlich bemüht, die bundesrepublikanische Strafgewalt nicht auf einschlägige Straftaten in der DDR auszudehnen. Bei der Würdigung dieser Rechtsprechung wird man dem BGH nur dann gerecht werden können, wenn man sich das Spannungsfeld vergegenwärtigt, in dem sich der Gerichtshof zwischen zwei – bisweilen diametral entgegengesetzten – Polen zu bewegen hatte, nämlich der grundsätzlichen Schutzpflicht gegenüber allen Deutschen einerseits, wie sie in der Rechtsprechung des BVerfG[67] zum Grundlagenvertrag hervorgehoben wird, und der Existenz eines mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Völkerrechtsobjekts und daraus resultierenden Verpflichtungen[68] andererseits.

Dieses Dilemma tritt geradezu schmerzlich hinsichtlich der Behandlung von Straftaten gegen DDR-Bürger als Opfer zutage, wie nicht zuletzt an der kurvenreichen Argumentation des BGH zu erkennen ist. Solche Kehren finden sich bereits in der auf der neuen „funktionellen" Linie liegenden Entscheidung BGHSt 32, 293, wo es um eine durch politische Verdächtigung ausgelöste Verhaftung und damit bewirkte Freiheitsberaubung ging. Während einerseits bei streng „funktioneller" Betrachtung DDR-Bürger generell wie Ausländer zu behandeln wären und danach nicht in den Genuß des durch § 7 Abs. 1 StGB gewährleisteten Schutzes von Deutschen kommen könnten, glaubte der BGH offenbar mit Rücksicht auf die zuvor erwähnte grundgesetzliche Schutzpflicht gegenüber allen Deutschen die DDR-Bürger als Opfer nicht schon grundsätzlich ausnehmen zu können. Da jedoch andererseits die Einbeziehung von DDR-Bürgern in den Schutzbereich von § 7 Abs. 1 StGB zu einem nahezu umfassenden Geltungsanspruch des bundesdeutschen Strafrechts auf in der DDR verübte Straftaten hinausgelaufen wäre, neigte der BGH der Meinung zu, daß § 7 Abs. 1 StGB nicht allgemein auch dem Schutz von DDR-Bürgern vor in der DDR begangenen Straftaten dienen könne. Doch glaubte er diese Grundsatzfrage dann doch offen lassen zu können, weil unter den Besonderheiten des in Frage stehenden Falles der Schutz-

---

64 BGHSt 30, 1ff.

65 BGHSt 32, 293, 295.

66 BGHSt 32, 293, 298.

67 BVerfGE 36,1, 30.

68 Wie insbesondere die in Art. 6 des Grundlagenvertrags auferlegte Respektierung der Unabhängigkeit in inneren und äußeren Angelegenheiten.

zweck des § 7 Abs. 1 StGB jedenfalls dort zum Zuge kommen müsse, wo sich die Freiheitsberaubung als Verwirklichung von Delikten darstellt, die – wie politische Verdächtigung oder Verschleppung (§§ 234 a, 241 a) aufgrund von § 5 Nr. 6 StGB – unter weniger engen Voraussetzungen als denen des § 7 Abs. 1 StGB nach bundesdeutschem Recht verfolgbar sind[69]. Auf diesem Wege wollte der BGH offenbar auch vermeiden, sich ausdrücklich für die Übertragung der „funktionellen" Betrachtungsweise vom (räumlichen) Begriff des „Inlands" auf den (personellen) Begriff des „Deutschen" zu erklären, wie dies meinerseits bereits Mitte der 70er Jahre vorgeschlagen worden war und wobei zwischen DDR-Bürgern auf Täter- und auf Opferseite differenziert wurde.[70]

Demgegenüber sah sich der Bundesgerichtshof dann freilich nach der Wiedervereinigung bei der strafrechtlichen Aufarbeitung von DDR-Alttaten zu einer weiteren Kehre gezwungen, indem er in einem Urteil aus dem Jahre 1994 (BGHSt 40, 125) die Ausrichtung von § 7 Abs. 1 StGB am Schutzzweck des § 5 Nr. 6 StGB aufgab, um statt dessen – jedenfalls der Sache nach – im Sinne der „funktionellen" Betrachtungsweise einzuräumen, daß sich die Reichweite des Geltungsanspruchs des StGB für nur in der DDR begangene Taten nicht unmittelbar aus den §§ 3 ff. StGB ergebe, sondern es anstelle einer schematischen Anwendung von Begrifflichkeiten auf die „normbezogene Herausarbeitung des jeweiligen Gesetzeszwecks", wie er den einzelnen Strafanwendungsregeln zugrundeliegt, ankomme[71]. Auch wenn diese Position aus zeithistorischen Besonderheiten der deutschen Teilung und Wiedervereinigung entwickelt wurde, ist sie in ihrer grundsätzlichen Tragweite noch nicht voll abzusehen.

3. Abwehrhaltung gegenüber fehlerhaften Tätervorstellungen

Von noch nicht zu übersehender Tragweite könnte ein weiteres, dem innerdeutschen Antagonismus zu verdankendes „Aufarbeitungsurteil" des BGH aus neuerer Zeit sein (BGHSt 44, 52), in dem es um die Strafbarkeit von Angehörigen des Ministeriums für Staatssicherheit wegen versuchter Strafvereitelung ging, weil sie mehreren wegen terroristischer Aktivitäten in der Bundesrepublik verfolgten RAF-Mitgliedern die Einreise in die DDR gestattet hatten[72]. Selbst wenn in diesem Fall sowohl die Tatbestandsmäßigkeit zu bejahen wäre als auch der Rechtswidrigkeit nicht etwa völkerrechtliche Vorbehalte entgegenstünden, sei den Angeklagten „angesichts der schwierigen, von schwer zu konturierenden völkerrechtlichen Grundsätzen beeinflußten Rechtslage" ein unvermeidbarer Verbotsirrtum zu attestieren, wobei dem BGH die völkerrechtlichen Implikationen, die sich aus der Souveränität eines Staates, Dritte in sein Gebiet einreisen zu lassen, für oder gegen die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ergeben können, offenbar als derart schwerwiegend und unüber-

---

69 BGHSt 32, 293, 296 ff.

70 *S/S-Eser* (Fn. 1), 18. Aufl. 1976, Vorbem. 34, 36 vor § 3; diesem differenzierenden Ansatz alsbald zustimmend *Tröndle* LK (Fn. 16), 10. Aufl. 1978/1985, Vorbem. 61 ff. vor § 3; zur weiteren Entwicklung dieser Konzeption bis kurz vor der Wiedervereinigung vgl. S/S-*Eser*, 23. Aufl. 1988, Vorbem. 34, 36, 64 ff. vor § 3 mit weiteren Nachweisen.

71 BGHSt 40, 125, 130.

72 Daß das LG nur wegen Versuchs von § 258 StGB verurteilte, hing damit zusammen, daß die fraglichen RAF-Mitglieder später dann doch noch rechtskräftig verurteilt werden konnten und den MfS-Angehörigen nicht nachgewiesen werden konnte, daß ohne ihre Unterstützung die Begünstigten wesentlich früher hätten inhaftiert werden können (BGHSt 44, 54 f.).

sichtlich erschienen, daß er selbst weitere Feststellungen zur Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums für ausgeschlossen erklärte[73].

Diese Entscheidung ist für den vorliegenden Zusammenhang in zweifacher Hinsicht bemerkenswert. Zum einen hebt sie sich hinsichtlich der Berufung auf Irrtum bei DDR-Alttaten von der sonst zu beobachtenden Abwehrhaltung des Bundesgerichtshofs ab. So pflegte er sich bisher in anderen Fällen, in denen er die bundesdeutsche Strafbarkeit trotz nicht offensichtlich unbegründeter völkerrechtlicher Einwände bejahte, kaum ernsthaft auf die Frage einzulassen, ob die Täter wußten (oder zumindest wissen konnten), daß sie einem Normbefehl des bundesrepublikanischen StGB unterliegen und bei entsprechenden Fehlvorstellungen ihre Strafbarkeit tangiert sein könnte[74]. Selbst soweit sich ein möglicher Verbotsirrtum thematisiert findet, verfällt er beim BGH regelmäßig der Ablehnung[75], ohne wenigstens die hierarchisch unterschiedlichen Erkenntnismöglichkeiten höherer DDR-Funktionäre einerseits und einfacher Befehlsempfänger andererseits in Erwägung zu ziehen[76]. Von dieser Verschlossenheit gegenüber möglichen Verbotsirrtümern hat sich mit BGHSt 44, 55 immerhin ein kleiner Spalt geöffnet.

Sogar zu einem Markstein könnte diese Entscheidung in einer anderen Hinsicht werden, nämlich insoweit als in der Rechtsprechung des BGH wohl erstmals ein mit dem Geltungsbereich des Strafrechts zusammenhängender Irrtum schuldausschließende Beachtung fand. Demgegenüber war der BGH bislang immer davon ausgegangen, daß „ein Irrtum über den Umfang der deutschen Gerichtsbarkeit ... unbeachtlich" sei[77]. Nicht weniger gewichtig – und zudem verfassungsrechtlich garantiert[78] – ist aber auch der Grundsatz, daß ein Täter, der in einem Verbotsirrtum handelt, weil er unvermeidbarerweise über den Unrechtsgehalt unzutreffende oder keine Vorstellungen hat, mangels Schuld nicht bestraft werden kann. Dies muß konsequenterweise auch für Fehlvorstellungen über Taten gelten, deren Ahndbarkeit nach deutschem Strafrecht nicht eindeutig ist, sondern erst durch die Regelungen

---

73 BGHSt 44, 52, 60.

74 So blieb dieses Problemfeld in BGHSt 30, 1 – trotz gravierender Änderung der Rechtsprechung (vgl. oben bei Fn. 60 ff.) – gänzlich unerwähnt. Auch BGHSt 40, 130 konnte mittels strenger Anforderungen an den Vorsatz hinsichtlich der §§ 234 a, 241 a StGB dieses Problem umschiffen. Und wenn schließlich im Falle von BGHSt 32, 293 ein Verbotsirrtum verneint wurde, so fiel dies wegen der auch in der DDR strafbaren Freiheitsberaubung offenbar leichter, als es bei Taten nach §§ 234 a, 241 a StGB der Fall gewesen wäre.

75 Vgl. BGHSt 39, 1, 35, wo zwar die staatliche Indoktrination im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung findet, die Auswirkungen dieser Gegebenheiten auf das Unrechtsbewußtsein aber (vorschnell) mit dem Verweis auf die Bedeutung des Rechtsgutes übergangen werden; ebenso BGH NJW 1995, 2732, 2733; anders hingegen BGHSt 39, 168.

76 Näher zu dieser Differenzierung *Eser*, Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihren Befehlsgebern – Zu einem unbewältigten Problem bei der Bewältigung von DDR-Alttaten, in: Böttcher/Hueck/Jähnke (Hrsg.), Festschrift für Odersky, 1996, S. 337, 345. Immerhin finden sich aber in BGH NStZ 93, 488 und BGHSt 41, 10, 15 Ansätze in diese Richtung; auch wird in BGH NJW 1995, 2728, 2732 die Indoktrination niedriger Chargen wenigstens in der Strafzumessung berücksichtigt.

77 BGHSt 27, 30, 34; im gleichen Sinne jüngst BGH NJW 1999, 2908. Vgl. auch BGHSt 15, 377, 383 f. hinsichtlich der Unbeachtlichkeit von Fehlvorstellungen über die konkreten Folgen einer Straftat. Vgl. ferner *Jescheck/Weigend* (Fn. 63), S. 180; *Tröndle/Fischer* (Fn. 23),Vorbem. 57 vor § 3, *Zieher*, Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform, 1997, S. 69, sowie *Jakobs* (Fn. 63), S. 112, der zutreffend die Normen ausnimmt, in denen ein deutscher Begehungsort im Tatbestand vorausgesetzt wird (z. B. § 109 g Abs. 2 StGB).

78 BVerfGE 41, 121, 125.

des internationalen Strafrechts ermöglicht wird[79]. Genau besehen sind jedoch die beiden Positionen – nämlich Unbeachtlichkeit von Irrtümern über den Anwendungsbereich einerseits und mangelndes Unrechtsbewußtsein andererseits – nicht völlig unvereinbar, wenn man folgende Fallkonstellationen auseinanderhält: Solange dem Täter die wesentlichen Unrechtsdimensionen seines Tuns bekannt sind, kann er sich nicht damit entschuldigen, von der Strafbedrohung durch deutsches Recht nichts gewußt zu haben. Fehlte dem Täter dagegen das Unrechtsbewußtsein, weil er einen seinem eigenen Rechtskreis fremden (deutschen) Normbefehl nicht kannte und demzufolge auch nicht wußte (oder wissen konnte), überhaupt einer (zudem fremden) Strafgewalt zu unterliegen, so ergibt sich aus dem Irrtum über die Strafgewalt ein grundsätzlich nach § 17 StGB zu beachtender Verbotsirrtum[80].

IV. Neue Problemstellungen durch Globalisierung und Internationalisierung

Über Fortentwicklungen in gewohnten Bahnen hinaus wie auch neben der Bewältigung von besonderen nationalen Unrechtssystemen gibt es auch Herausforderungen für das internationale Strafrecht, die von neuartigen gesellschaftlichen und politischen Strömungen ausgehen. Das wird buchstäblich augenfällig durch steigende grenzüberschreitende Mobilisierung, die nicht nur dem Touristen neue Welten erschließt[81], sondern auch dem Wirtschaftskriminellen transnationale Tätigkeitsfelder eröffnet[82]. Ähnlich leicht vermag auch die moderne Telekommunikation Grenzen zu überwinden und neben guten Botschaften auch kriminelle Informationen zu übermitteln. Auf politischer Ebene sind es neben Harmonisierungsbestrebungen auf regionaler Ebene, die im Bereich der Europäischen Union internationalstrafrechtliche Auswirkungen haben können[83], vor allem grenzüberschreitende terroristische Aktivitäten[84] und kriegerische Auseinandersetzungen[85], die immer stärker nach dem Engagement supranationaler Strafgerichtsbarkeit rufen lassen[86] – eine Entwicklung, die letztlich auch auf die nationale Strafgerichtsbarkeit und deren international strafrechtliche Jurisdiktion nicht ohne Auswirkungen bleiben kann[87]. Von diesen neuen Heraus-

---

79 Vgl. *Jescheck/Weigend* (Fn. 63), S. 180 sowie S/S-*Eser* (Fn. 1), Vorbem. 61 vor § 3 mit weiteren Nachweisen.

80 In gleichem Sinne *Oehler* (Fn. 29), S. 392 wenigstens für vom Schutzprinzip erfaßte Bereiche.

81 Deshalb kann es nicht verwundern, daß die ersten Judikate des BGH zu Verkehrsdelikten im Ausland zeitlich mit der beginnenden Mobilität der Deutschen zusammenfallen: vgl. beispielsweise die in Fn. 24 genannten Urteile aus dem Jahre 1955, 1964 und 1967.

82 So kann es ebensowenig verwundern, daß im Zusammenhang mit der wachsenden Rauschgiftkriminalität in den 70er Jahren vermehrt diesbezügliche Entscheidungen des BGH zu finden sind, wie die Urteile BGHSt 27, 30, BGH JR 1977, 422.

83 Wie beispielsweise durch das Schengen-Abkommen und Europol, wo auf die eine oder andere Art auch die Strafjustiz bis zum Bundesgerichtshof hinauf involviert wer den kann: Zu dabei auftretenden Rechtsfragen vgl. neuerdings etwa *Gleß*, NStZ 2000, 57 (zur inländischenVerwertung grenzüberschreitender Ermittlungen).

84 Wie dies beispielsweise im Hamadi-Fall bis zum Bundesgerichtshof geführt hat (BGH NStZ 1991, 525); vgl. ferner den Feme-Mord an PKK-Leuten BGH NJW 1992, 2775.

85 Vgl. BGHSt 45, 64; BGH NStZ 1999, 236; StV 1999, 240.

86 Vgl. etwa zur Forderung nach einer subsidiären Zuständigkeit für Verbrechen, die typischerweise auf nationalstaatlicher Ebene ungesühnt bleiben, *Stuby*, Internationale Strafgerichtsbarkeit und staatliche Souveränität, in: Hankel/Stuby (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschenrechtsverbrechen, 1995, S. 429 ff., 455 ff.

87 Zur Möglichkeit, die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs bei unzureichender nationalstaatlicher Strafrechtsverfolgung auf Grundlage des Art. 17 Abs. 1 lit. a) und b) des

forderungen, die in ihrer vollen Komplexität noch nicht einmal voll erkannt sind, seien nachfolgend beispielhaft einige Aspekte angesprochen.

1. Der Tatort bei Telekommunikation und Internet

Auch wenn der Bundesgerichtshof, soweit ersichtlich, damit noch nicht befaßt war, könnte er doch bald mit Fernsehübertragungen aus dem Ausland konfrontiert sein, bei denen wie in einer Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahre 1999[88] bei einem Auslandsspiel der deutschen Nationalmannschaft verfassungswidrige Kennzeichen gezeigt wurden, von denen die Propagandisten davon ausgehen mußten, daß sie durch Übertragung des Fußballspiels in deutschen Fernsehstuben wahrgenommen werden konnten. Auch wenn man hier die Tatfrage, ob die Angeklagten von der Ausstrahlung ihres „Hitlergrußes" nach Deutschland ausgingen oder dies zumindest billigend in Kauf genommen haben, ebenso absieht wie von besonderen Auslegungsproblemen bei § 91 StGB und sich auf die für § 86 a StGB erforderliche Tatbegehung im Inland konzentriert, stellt sich die für telekommunikative Übermittlungen allgemein bedeutsame Frage nach dem Tatort im Sinne von § 9 StGB: Soll Begehungsort nur der Ort der physischen Aussage oder sonstigen Kundgabe sein? Oder soll, wie vom KG angenommen, zum Begehungsort – über den Standort des Handelnden hinaus – auch noch der Bereich gehören, innerhalb dessen eine – akustische oder optische – Wahrnehmung möglich ist, mit der Folge, daß die Wahrnehmbarkeit einer verbotenen Kundgabehandlung in einem in Deutschland plazierten Fernsehgerät einen inländischen Begehungsort begründet? Oder soll die Wahrnehmbarkeit einer Kundgabe nicht mehr zum Begehungsort gehören, sondern allenfalls einen Erfolgsort begründen können, mit der Folge freilich, daß dieser bei reinen Tätigkeitsdelikten unerheblich sein könnte? Zieht man die wohl letzte grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Tatortproblemen (BGHSt 42, 235) zu Rate, so scheint er jedenfalls hinsichtlich des Erfolgsorts einem expansiven Verständnis zuzuneigen, wenn er in einem Fall von § 323 a StGB die nicht als Tatbestandsmerkmal, sondern als bloße objektive Strafbarkeitsbedingung zu verstehende Rauschtat noch als einen „zum Tatbestand gehörenden Erfolg" im Sinne von § 9 StGB versteht[89] und dabei auch in der Lehre überwiegend Gefolgschaft findet[90]. Sollte der BGH zu gegebener Zeit ähnlich expansiv den Begehungsort verstehen, so würde sich innerhalb des ohnehin schon weiten Ubiquitätsbegriffs kaum noch trennscharf zwischen Begehungs- und Erfolgsort differenzieren lassen.

Wie folgenreich diese Frage werden kann, zeigt ein Blick auf parallele Vermittlungen von Informationen durch das Internet. Würde man etwa bei einer im Ausland ins Internet gestellten Information die Wahrnehmbarkeit in Form von Abrufbarkeit im Inland noch als inländischen Begehungs- oder zumindest als inländischen Erfolgsort ansehen, so würde sich die Ermittlungspflicht deutscher Strafverfolgungsbehörden auf alle nach deutschem Recht strafbaren Inhalte erstrecken, die im Internet kursieren und damit auch in Deutschland abgerufen werden können, mit der Folge, daß es zu einer weltweiten Vindikation der deutschen Strafgewalt käme, und zwar ohne Rücksicht auf eine entsprechende Pönalisie-

---

Rom-Statuts (in deutscher Fassung abgedruckt in EuGRZ 1998, 618 ff.) zu erklären, und zu den Folgen divergierender nationaler Normen *Broomhall*, The International Criminal Court: A Checklist for National Implementation, in 13 Nouvelles études pénales 1999, S. 113, 148 f.

88 KG NJW 1999, 3500.

89 BGHSt 42, 235, 242 f.

90 Vgl. S/S-*Eser* (Fn. 1), § 9 Rn. 7 mit weiteren Nachweisen, auch zu Gegenstimmen.

rung im Sendeland[91]. Wie man einer solchen buchstäblichen „Globalisierung" des deutschen Strafrechts – mit absehbaren zwischenstaatlichen Konflikten – begegnen soll, wird bereits heftig diskutiert[92]. Nach meinem eigenen derzeitigen Überlegungsstand wäre eine anzustrebende Mittellinie zwischen einer befürchteten globalen Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts einerseits und der gebotenen Abwehr von grenzüberschreitenden „Push"-Technologien andererseits am virtuellen Standort des Servers[93] auszurichten: Danach wäre dieser – neben dem körperlichen Handlungsort – noch zum Begehungsort zu rechnen, während der Standort des Abrufenden bzw. die bloße Abrufbarkeit aus dem Inland allenfalls einen inländischen Erfolgsort begründen könnte, wobei dessen Beachtlichkeit für die Begründung deutscher Strafgewalt zudem vom Charakter des jeweiligen Straftatbestandes als Ort des Tätigkeits- oder (auch) Erfolgsdelitks abhinge[94].

2. Deutsche Strafverfolgung von ausländischer Regierungskriminalität und internationalem Verbrechen

Ein weites Betätigungsfeld tut sich auch für die deutsche Strafjustiz in der Ahndung von Straftaten auf, die im Zuge kriegerischer Auseinandersetzungen, mit dem Ziel sogenannter ethnischer Säuberungen oder mit Unterstützung staatlicher Organe, wenn nicht sogar von diesen selbst, begangen werden. Als Stichworte dafür braucht man nur Jugoslawien und den Fall Pinochet zu nennen. Selbst wenn zu erhoffen ist, daß sich in steigendem Umfang internationale und supranationale Strafgerichtsbarkeiten dieser Art von Kriminalität anzu-

---

91 Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Tendenz im europäischen Medien- und Wettbewerbsrecht, an die Normen des Sendelandes anzuknüpfen und den Empfängerstaaten Behinderungen der Medieninhalte in ihrer grenzüberschreitenden Wirkung zu untersagen, wenn die (auf Gemeinschaftsrecht basierenden) Normen des Sendelandes eingehalten werden; vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (Kommissionsvorlage) v. 23. 12. 1998, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (AblEG) Nr. C 30 v. 5. 2. 1999, S. 4 ff.; sowie die Fernsehrichtlinie v. 30. 6. 1997, AblEG Nr. L 202 v. 30. 7. 1997, S. 60 ff., ferner *Schricker*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int.) 1990, 77 ff.

92 Vgl. zuletzt *Cornils* JZ 1999, 394, *Sieber* NJW 1999, 2065, jeweils mit weiteren Nachweisen.

93 Auf diesen Standort abzuheben, erscheint deshalb gerechtfertigt, weil die Daten auf dem Server abgelegt und zur Verfügung gehalten werden und somit mittels dieser Technik die Einspeisehandlung erst ihre tatbestandliche Gefährlichkeit erlangt, während das bloße Eingeben auf dem eigenen Computer erst dann sozialschädlich und tatbestandlich relevant wird, wenn das Eingegebene vermittels des Servers Dritten zum Abruf bereitgestellt wird (näher dazu *Cornils*, Fn. 92). Erst damit hat der Täter das Geschehen aus der Hand gegeben und im tatbestandlichen Sinne „gehandelt".

94 Vgl. zum ganzen auch *S/S-Eser* (Fn. 1), § 9, 4, 6 mit weiteren Nachweisen.

nehmen gedenken[95], werden sich nationale Strafgerichtsbarkeiten wie die deutsche nicht völlig aus diesem Bereich verabschieden können[96].

Dieses Bedürfnis nach weiterer nationaler Strafgerichtsbarkeit bleibt jedenfalls insoweit und solange unabweisbar, als sich das nationale Recht – wie im Falle von § 7 Abs. 1 StGB – den strafrechtlichen Schutz der eigenen Staatsbürger legitimerweise zur Aufgabe macht[97]; denn in diesem Fall darf sich die nationale Strafgerichtsbarkeit von ihrer Schutz- und Ahndungspflicht erst dann entbunden fühlen, wenn das nationale Tatortgericht oder eine supranationale Gerichtsinstanz den Opfern Genugtuung verschafft hat[98]. So liegt es denn ganz auf dieser Linie, wenn der BGH in einem Beschluß nach § 13 a StPO angedeutet hat, daß im Fall Pinochet die Anwendung deutschen Strafrechts in Betracht komme, weil in den betreffenden Fällen auch deutsche Staatsangehörige Opfer von Mißhandlung und Freiheitsberaubung wurden[99]. In dieser Weise auf das passive Personalitätsprinzip nach § 7 Abs 1 StGB gestützt, würden der dafür erforderlichen Strafbarkeit nach Tatortrecht auch nicht eine etwaige Immunität von Pinochet oder sonstige chilenische Straffreistellungsgesetze entgegenstehen[100].

Doch selbst für den Fall, daß bei Straftaten der hier in Frage stehenden Art keine Deutschen als Opfer betroffen sind, wird durch die Zuständigkeit eines inter- oder supranationalen Strafgerichtshofs die deutsche Strafgerichtsbarkeit nicht ohne weiteres verdrängt; denn ebenso wie neben dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien konkurrierende nationale Strafgerichtsbarkeiten fortbestehen[101], läßt auch das Rom-Statut

---

95 Zur Legitimation der internationalen Strafgerichtsbarkeit vgl. *Werle*, ZStW 109 (1997), 808, 821 ff. Auch wenn demgegenüber einzuräumen ist, daß die Durchsetzung der Menschenrechte zuvorderst Aufgabe der Staaten ist, ja aus den Menschenrechten sogar ein „Recht auf einen Staat" folgen mag (vgl. *Kersting*, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 21. 12. 1999), gibt es doch vielfältige Beispiele, in denen Staaten die von ihnen unterzeichneten Verträge und Konventionen mißachten. Dies macht die Notwendigkeit einer (ergänzenden) internationalen Durchsetzung der Menschenrechte – auch mit den Mitteln des Strafrechts – unmittelbar einsichtig.

96 Zur Notwendigkeit (ergänzender) nationaler Strafverfolgung auf der Grundlage des Weltrechtprinzips schon *Triffterer*, Present Situation and Future Perspectives, in: Eser/Lagodny (Hrsg.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, 1992, S. 369, 377.

97 Wobei freilich gerade dieser Anknüpfungspunkt immer wieder Anfechtungen ausgesetzt ist: vgl. dazu namentlich *A. Henrich*, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, 1994 (passim), der die völkerrechtliche Zulässigkeit dieses Prinzips zugibt, im Hinblick auf das deutsche Recht aber von einer „schädlichen" und „überflüssigen" Norm spricht (S. 215).

98 Ebenso wie sich daher im Fall Pinochet Spanien und die Schweiz – entsprechende nationale Regeln wie der des § 7 Abs. 1 StGB vorausgesetzt – legitimiert fühlen durften, die Auslieferung von Pinochet zu verlangen, um ihn nach eigenem Recht zu verfolgen, solange der Tatortstaat Chile selbst nicht aktiv wird, durfte man auch von der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich deutscher Opfer von Pinochet Entsprechendes erwarten (vgl. *Ambos*, JZ 1999, 16).

99 BGH 2 Ars. 471/98 vom 18. 11. 1998. Auf gleiche Weise ist der BGH auch aufgrund von Strafanzeigen gegen Mitglieder der argentinischen Militärjunta wegen Straftaten gegen deutsche Opfer durch Bestellung des Landgerichts Nürnberg als zuständigem Strafgericht tätig geworden (BGH 2 Ars. 80/98); näher dazu *Thun*, in: Ahlbrecht/Ambos (Hrsg.), Der Fall Pinochet(s), Baden-Baden 1999, S. 21; *Ambos /Ruegenberg/Woischnik*, EuGRZ 1998, 468 ff.

100 Vgl. oben 11.4 zu Fn 49, ferner Gutachten des MPI für Strafrecht vom 6. 11. 1998 (abrufbar unter www.iuscrim.mpg.de zum Fall Pinochet).

101 Vgl. Art. 9 des Statuts des Jugoslawien-Strafgerichtshofs vom 25. 5. 1993 (UN-Security Council S/Res/827/1993; abgedruckt in Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl. 1998, S. 1175 ff. sowie § 2 des (deutschen) Jugoslawien-Strafgerichtshofs-

für einen Ständigen Internationalen Strafgerichtshof Raum für nationale Strafverfolgung[102]. Deshalb kann es auch nicht verwundern, daß der Generalbundesanwalt beim Stand von September 1999 gegen rund 50 Personen wegen Völkermordverdachts im ehemaligen Jugoslawien zu ermitteln hatte[103].

Vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich auch die jüngst vom Bundesgerichtshof entwickelte Annexkompetenz zu begrüßen, durch die er auf der Grundlage des für Völkermord (§ 220 a StGB) geltenden Weltrechtprinzips (§ 6 Nr. 1 StGB) auch tateinheitlich begangene Verbrechen nach §§ 211, 212 StGB erfaßt sieht[104]. Allerdings wird man, wenn die Rechtsprechung nicht zum Ersatzgesetzgeber werden soll, auf diesem Weg nicht weiter gehen dürfen, als es sich bei den „annektierten" Strafräumen um Tatbestände handelt, die im Tatbestand des Völkermords nach § 220 a im Grunde schon mitenthalten sind. Dies läßt sich sicherlich bei Tötungsdelikten bejahen, bei Vertatbestandlichungen im Sinne von § 220 a Abs. 1 Nr. 2-5 in Gestalt der §§ 226, 235, 239, 177, 178 oder gar 242 StGB hingegen nur insoweit, als dies zu ganzen oder teilweisen Zerstörungen einer bestimmten Gruppe im Sinne von § 220 a Abs. 1 Satz 1 StGB führt[105]. Wenn also die „Annexkompetenz" von § 220 a in Verbindung mit § 6 Nr. 1 StGB nicht in eine uferlose Ausweitung auf Auslandstaten führen soll, wird man sie auf solche wesentlichen Handlungen beschränken müssen, welche der fraglichen Tat das genozidtypische Gepräge geben und offensichtlich nicht nur „bei Gelegenheit" von Krieg und Bürgerkrieg begangen werden.

3. Restriktion durch „Inlandsbezug"

So sehr einerseits vor einer Überdehnung der Annexkompetenz zu warnen war, so wenig vermag das gegenläufige Restriktionsbemühen des Bundesgerichtshofs zu überzeugen, wie er dies neuerdings durch die angebliche Erforderlichkeit eines legitimierenden Inlandsbezugs im Einzelfall zu erreichen versucht. Begründet wird dies damit, daß die Anwendung innerstaatlicher (deutscher) Strafgewalt auf die Auslandstat eines Ausländers nur dann gerechtfertigt sei, wenn – und zwar über den Wortlaut der gesetzlichen Strafanwendungsregel hinaus – durch einen „legitimierenden Anknüpfungspunkt im Einzelfall ... ein unmittelbarer Bezug der Strafverfolgung zum Inland hergestellt" werde, weil ohne einen solchen Inhaltsbezug die Strafverfolgung gegen das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip verstoße[106]. Fast scheint es, als ob damit der BGH das, was er mit der einen Hand mittels Annexkompetenz an Strafgewalt gewonnen hat, mit der anderen Hand wieder weggibt, dies aber keineswegs aus altruistischen Motiven, sondern um eine Last los zu werden. Soweit er sich dafür auf das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip beruft, ist ihm nur teilweise zu folgen. So ist ihm im Sinne seiner früheren Rechtsprechung sicherlich insoweit zuzu-

---

Gesetzes vom 10. 4. 1995 (BGBl. 1995 I 480, abgedruckt in Schomburg/Lagodny, S. 1189 mit Erläuterungen zu § 2 auf S. 1194).

102 Durch den in Rom beschlossenen Internationalen Strafgerichtshof soll nämlich die nationale Gerichtsbarkeit nicht ersetzt, sondern lediglich ergänzt werden (vgl. Art. 1, 17-20 des Rom-Statuts; näher dazu *Broomhall*, Fn. 86, S. 113, 143 ff.). Deshalb bleibt eine nach den § 3-7, 9 StGB begründete materielle Strafbarkeit nach deutschem Recht grundsätzlich auch dann unberührt, wenn aufgrund von international-strafrechtlichen Verpflichtungen das Verfahren an eine supranationale Gerichtsinstanz überzuleiten ist.

103 Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 2. 9. 1999.

104 BGHSt 45, 64 = NStZ 1999, 396, 398.

105 Vgl. auch *Jähnke* LK (Fn. 16), § 220 a Rn. 11 zu den Lebensbedingungen im Sinne des § 220 a Abs. 1 Nr. 3 StGB.

106 So BGHSt 45, 64; in gleichem Sinne bereits BGH NStZ 1994, 232; 1999, 236 f., StV 1999, 240.

stimmen, als der Anwendung deutschen Strafrechts kein völkerrechtliches Verbot entgegenstehen darf[107]. Soweit er hingegen daraus das Erfordernis eines – zusätzlichen – legitimierenden Inlandsbezugs abzuleiten versucht[108], ist aus dem Völkerrecht weder eine gesetzliche Stütze noch eine zwingende Begründung zu gewinnen[109].

Ohne den vom Bundesgerichtshof in das internationale Strafrecht geworfenen Sprengsatz hinsichtlich seiner Durchschlagskraft in diesem Rahmen näher untersuchen zu können, mag in aller Kürze folgendes zu bedenken gegeben sein: Selbst wenn die vom BGH gesuchte Absicherung im Völkerrecht nicht zu finden ist, schließt dies Selbstbeschränkungen der nationalen Strafgewalt nicht aus[110]; nur sollte man dann nicht den Eindruck erwecken, eigentlich mehr an Strafgewalt haben zu wollen, als von der Völkergemeinschaft gewährt wird. Wenn man die nationale Selbstbeschränkung ernsthaft wünscht, weil man sich – wie der BGH immerhin anklingen läßt[111] – in seinen Bewältigungskapazitäten überfordert fühlt, so wäre weniger mit der Notbremse eines von vielen Zufälligkeiten abhängigen Inlandbezugs zu operieren, als grundsätzlicher danach zu fragen, ob nicht bereits das materielle Strafanwendungsnetz von vornherein viel zu weit gespannt ist, um den damit möglichen kriminellen Fang angemessen zu bewältigen[112]. Dies würde freilich, einen grundsätzlichen Paradigmenwechsel voraussetzen: Statt im ersten Schritt die deutsche Strafgewalt weitestmöglich zu expandieren, um sie in einem zweiten Schritt im eigenen Interesse zu restringieren, wäre sie von vornherein auf Auslandstaten zu beschränken, deren Verfolgung im genuin nationalen Interesse liegt oder aus Solidarität mit der Völkergemeinschaft geboten erscheint. Damit wäre im übrigen auch sichergestellt, daß sich die deutsche Strafgewalt nicht gerade dort versagt, wo ihr Einsatz vonnöten wäre: zum Schutz jener Menschen, die aufgrund eines Unrechtssystems oder wegen Zusammenbruchs des eigenen Staates dem Verbrechen sanktionslos ausgeliefert sind.

Wenn zu einer solchen Revision des geltenden Strafanwendungsrechts die hier angesprochene Rechtsprechung – und sei es auch nur mittelbar – einen Anstoß gäbe, so wäre dies ein weiterer nicht zu unterschätzender Beitrag, den der Bundesgerichtshof zur Entwicklung des internationalen Strafrechts geleistet hätte.

---

107 Allein insoweit ist seine Berufung auf BGHSt 27, 334, 336 korrekt, wobei zudem auffällt, daß es dort dem BGH gerade darum ging, die deutsche Strafgewalt gegen angebliche Verletzung des Nichteinmischungsprinzips zu rechtfertigen. Vgl. auch BayObLG NJW 1998, 392.

108 So erstmals im Beschluß des BGH-Ermittlungsrichters vom 13. 2. 1994 (NStZ 1994, 232 mit Anm. *Oehler*), wobei sich dieser – abgesehen von *Oehler*, JR 1977, 424 und *Holthausen*, NStZ 1992, 268 – lediglich auf die insoweit nicht tragfähigen Präjudizien in BGHSt 27, 30 und 34, 334 (dazu vorangehend Fn. 107) beruft und dieses nicht näher begründete Präjudiz seinerseits in den nachfolgenden BGH-Entscheidungen ohne weitere Begründung herangezogen wird.

109 Vgl. dazu bereits S/S-*Eser* (Fn. 1), 25. Aufl. 1997, § 6 Rn. 1; kritisch auch *Ambos*, NStZ 1999, 226, 227, *Lagodny*, JR 1998, 475, 477.

110 Dies jedenfalls solange nicht, als sich aus dem Völkerrecht keine Verfolgungs- und Bestrafungspflichten ergeben.

111 Vgl. BGH StV 1999, 240, NStZ 1999, 236.

112 Vgl. dazu bereits *Eser* (Fn. 9), /369 ff., ferner *W. Schultz*, GA 1966, 195 ff., *Zieher* (Fn. 77), 176 f.

ALBIN ESER

VÖLKERMORD UND DEUTSCHE STRAFGEWALT

ZUM SPANNUNGSVERHÄLTNIS VON WELTRECHTSPRINZIP UND LEGITIMIERENDEM INLANDSBEZUG*

I. DIE NEUARTIGE POSITION DES BUNDESGERICHTSHOFS

In einem Grundsatzurteil vom 30. 4. 1999 zum Verbrechen des Genozids hat der Bundesgerichtshof unter anderem auch Ausführungen zum Strafanwendungsrecht gemacht[1], deren möglicherweise weitreichende Folgen nicht zu unterschätzen sind und daher einer kritischen Auseinandersetzung bedürfen.

Der Völkermordtatbestand, welcher bereits im Jahre 1954 in Umsetzung der Genozid-Konvention als § 220 a StGB in das deutsche Kernstrafrecht integriert wurde[2], hat im Zuge der kriegerischen Auseinandersetzungen im ehemaligen Jugoslawien über seinen bisher rein präventiven Zweck hinaus auch in seine repressive Dimension hineinwachsen müssen. In stärkerem Maße als andere europäische Staaten ist die Bundesrepublik Deutschland und ihr Justizsystem mit Strafverfahren dieser Art konfrontiert, was einerseits auf die große Zahl der Immigranten aus dem ehemaligen Jugoslawien zurückzuführen ist, aber auch Ausdruck einer effizienten Strafverfolgung durch die deutsche Justiz sein könnte. Vor diesem Hintergrund soll im folgenden untersucht werden, ob die Rechtsprechung des BGH eine wirksame Verfolgung dieses Verbrechens befördert oder eher gegenteilige Auswirkungen befürchten läßt und daher einer Korrektur bedarf.

Auch wenn sich darüber streiten läßt, ob es sich um eine echte Wende in der Rechtsprechung handelt, nachdem diese zuvor hinsichtlich Völkermord noch zu keinen dezidierten Stellungnahmen Veranlassung gesehen hatte, ist die in Frage stehende Rechtsprechung jedenfalls insofern neuartig, als sie für die Anwendung des deutschen Strafrechts ein Postulat aufstellt, das bis dahin den einschlägigen Strafanwendungsnormen nicht zu entnehmen war. Schlagwortartig – unter Weglassung noch zu besprechender Abstufungen und Vorbehalte – geht es darum, daß sich die Anwendbarkeit des deutschen Tatbestandes für Völkermord (§ 220 a StGB) nicht schon aus dem – vom Tatortstrafrecht unabhängigen – Weltrechtsprinzip nach § 6 Nr. 1 StGB ergebe, sondern es – erklärtermaßen „über den Wortlaut (dieser) Vorschrift hinaus" – eines „legitimierenden Anknüpfungspunktes im Einzelfall (bedürfe), der einen unmittelbaren Bezug zur Strafverfolgung im Inland herstellt"[3]. Dieses offenbar als „Verfahrensvoraussetzung" verstandene (weil in diesem Rahmen aufgestellte) Postulat des 3. Strafsenats, ohne dessen Erfüllung den deutschen Justizorganen schon die Strafverfolgungskompetenz fehle, kam freilich nicht ganz von ungefähr, hatte es sich doch schon in drei vorangegangenen Beschlüssen im Zuge von Ermittlungsverfahren abgezeich-

---

* Originalbeitrag erschienen in: Albin Eser (Hrsg.): Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag. München: Beck, 2001, S. [3]-31

1 BGHSt 45, 64 = NStZ 1999, 396 (m. Anm. *Ambos*) = JZ 1999, 1176 (m. Anm. *Werle*) = JR 2000, 202 (m. Anm. *Lagodny/Nill-Theobald*).

2 Gesetz über den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu der Konvention vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes – Genozid-Konvention (= GK), in: BGBl. II 1954, 729 ff.; vgl. dazu *Jescheck*, ZStW 66 (1954), 193 ff.

3 BGHSt 45, 65 f.

net[4]. Obgleich gegen diese prozessuale Einengung, weil dem in § 6 Nr. 1 StGB zum Ausdruck kommenden Weltrechtprinzip zuwiderlaufend, alsbald Widerspruch erhoben wurde[5] und dieser weiterhin spürbar Zulauf fand[6], ließ sich der 3. Strafsenat in seinem eingangs erwähnten Sachurteil nicht darin beirren, das Erfordernis eines legitimierenden Inlandbezugs grundsätzlich zu bestätigen, im gegebenen Fall aber immerhin als erfüllt zu betrachten, da der Angeklagte von Mai 1969 bis Anfang 1992 seinen ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hatte, auch danach noch hierzulande amtlich gemeldet war, seine weiterhin hier lebende deutsche Ehefrau und Tochter auch nach der vorgeworfenen Tat mehrfach besuchte und schließlich im Inland verhaftet wurde, nachdem er sich freiwillig auf deutschen Boden begeben hatte[7].

Daß die universale Strafverfolgung durch nationale Gerichte ausgerechnet jetzt auf die Vereinbarkeit mit nationalen Interessen reduziert werden soll, ist je nach Blickwinkel verständlich oder verwunderlich: Wer durch eine nicht überschaubare Zahl möglicher deutscher Strafverfahren gegen einschlägige Straftäter aus politischen Krisenherden die Funktionsfähigkeit der deutschen Strafjustiz bedroht sieht, für den mag die vom BGH gezogene

---

4 So zunächst durch den BGH-Ermittlungsrichter beim 1. Strafsenat vom 13. 2. 1994 (NStZ 1994, 232 f.), wo bei einem Tatverdacht des Völkermords durch „ethnische Säuberung" gegenüber der muslimischen Bevölkerung in Bosnien-Herzegowina der für erforderlich gehaltene Inlandsbezug darin erblickt wurde, „daß sich der Beschuldigte seit mehreren Monaten freiwillig in der Bundesrepublik aufhält, hier gegenwärtig seinen Lebensmittelpunkt unterhält und hier ergriffen worden ist"; auf der gleichen Linie liegt der wohl in derselben Sache ergangene Beschluß des 1. Senats vom 18. 8. 1994 (BGHR StGB § 6 Nr. 1 Völkermord 1), wo allerdings der vom Ermittlungsrichter angeführte Faktor des gegenwärtigen Lebensmittelpunktes nicht mehr genannt wird. Während in diesen Entscheidungen der Inlandsbezug bejaht worden war, hat demgegenüber der 2. Strafsenat in seinem Beschluß vom 11. 12. 1998 (NStZ 1999, 236) von der von der Staatsanwaltschaft beantragten Bestimmung eines zuständigen Gerichts nach § 13 a StPO abgesehen, weil der einzige (als solcher nicht genügende) Inlandsbezug der Sache darin bestehe, daß der Anzeigeerstatter in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist und sich hier aufhält, was selbst dann nicht ausreichte, wenn er selbst Opfer eine der angezeigten Taten wäre. Schließlich hat einmal mehr der 2. Strafsenat in einem Beschluß vom 11. 2. 1999 (StV 1999, 240) die Bestimmung eines zuständigen Gerichts abgelehnt, weil lediglich der bosnische Anzeigenerstatter in der Bundesrepublik wohne (was nicht genüge) und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, daß sich die vom Anzeigeerstatter benannten oder sonst individualisierbaren Täter in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten oder aufgehalten haben. Auch das BayOBIG NJW 1998, 392, 395, setzt, obgleich nicht ausdrücklich auf den BGH verweisend und die Ausübung deutscher Strafgewalt im gegebenen Fall bejahend, über den Wortlaut von § 6 Nr. 9 und § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB hinaus einen „sinnvollen Anknüpfungspunkt" voraus (zu weiteren Einzelheiten dieses Falles vgl. unten Fn. 24).

5 *Eser*, in: Schönke/Schröder (S/S), Strafgesetzbuch, 25. Auflage 1997, § 6 Rn. 1; ähnlich *Hoyer*, Systematischer Kommentar zum StGB (SK), 6. Auflage, 26. Lieferung 1997, § 6 Rn. 1 f.; ohne Einschränkung auch *Lemke*, NK StGB 1999, § 6 Rn. 3 f.; dem BGH zustimmend hingegen *Oehler*, NStZ 1994, 485, sowie *Gribbohm*, Leipziger Kommentar zum StGB (LK), 11. Auflage, Stand März 1997, § 6 Rn. 26 ff.; *Lackner/Kühl*, StGB, 23. Auflage 1999, § 6 Rn. 1; *Tröndle/Fischer*, StGB, 49. Auflage 1999, § 6 Rn. la.

6 *Lagodny* JR 1998, 475; *Ambos*, NStZ 1999, 226; im Grundsatz die BGH-Position ebenfalls ablehnend, wenngleich für eine prozessuale Flankierung des Weltrechtsprinzips entlang der von der Rechtsprechung entwickelten Anknüpfungspunkte eintretend *Kreß*, NStZ 2000, 617, 624 f.; dem BGH im Ausgangspunkt zustimmend hingegen *Staudinger*, NJW 1999, 3099.

7 BGHSt 45, 68 f.; kritisch zum Grundsätzlichen die Anmerkung von *Ambos*, NStZ 1999, 404, *Werle*, JZ 1999, 1181 und *Lagodny/Nill-Theobald*, JR 2000, 205; ferner neuerdings *Werle*, JZ 2000, 755, 759, *Kreß*, NStZ 2000, 617, 624 ff.

Notbremse eines erforderlichen Inlandbezugs „an der Zeit" gewesen sein. Wird das bisherige Angebot universaler Strafverfolgung durch die deutsche Strafjustiz freilich nur so lange aufrechterhalten, als es – wie das bislang der Fall war – nicht ernsthaft in Anspruch genommen wird, so kommt der nunmehrige Rückzug „zur Unzeit", weil eigentlich erst jetzt wirklich Not am Mann ist: Wenn nicht angesichts eines beispiellosen Genozids im Herzen Europas, für den in Erinnerung an dessen 5. Jahrestag im Juli 2000 mit besonders grauenvoller Beispielhaftigkeit der Fall der „UN-Schutzzone" Srebrenica steht[8], zu dessen strafrechtlicher Bewältigung auch das internationale „Jugoslawien-Tribunal" schwerlich allein in der Lage sein wird, wann soll dann eigentlich eine auch nationale Strafverfolgung nach dem Universalitätsprinzip nötiger sein als ausgerechnet heute? Gerade für die deutsche Strafjustiz wäre es angesichts früheren Versagens fatal, wenn sie sich einer humanitären Herausforderung aus vordergründigen Eigeninteressen verweigern würde.

Vor diesem Hintergrund gilt es das vom BGH aufgestellte, das Weltrechtsprinzip relativierende Postulat eines legitimierenden Inlandsbezugs einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Dazu sollen in einem ersten Schritt die vom BGH herangezogenen Fundamente beleuchtet und mögliche Inlandsbezugspunkte benannt werden (II). Daraufhin sind die „drei Säulen" seiner Begründung – die Präjudizien (III), das aus der Staatensouveränität gefolgerte Nichteinmischungsprinzip (IV) sowie Fragen der Praktikabilität (V) – auf ihre Tragfähigkeit hin zu überprüfen. Abschließend wird die sich immer stärker aufdrängende Frage nach einer zumindest partiellen Neuausrichtung des deutschen transnationalen Strafrechts aufzuwerfen sein, wobei freilich in diesem Zusammenhang nicht mehr erwartet werden kann, als den Rahmen noch zu leistender Untersuchungen abzustecken und eine diesbezügliche Diskussion anzustoßen (VI).

II. Begründungsbasis und Anknüpfungspunkte für das Inlandspostulat

1. Restriktive Auslegung des § 6 Nr. 1 StGB unter Berufung auf das Völkerrecht

Die Strafverfolgung von Völkermord, sofern von ausländischen Tätern außerhalb Deutschlands an nichtdeutschen Opfern begangen, kann im Rahmen des tradierten Systems des transnationalen Strafrechts weder an das Territorialitäts- noch an das (aktive oder passive) Personalitätsprinzip geknüpft werden[9]. Von den verbleibenden Alternativen – Weltrechts-

---

8 Um diese Greueltaten zusammenfassend in Erinnerung zu rufen, braucht man lediglich auf die Passagen in der Anklageerhebung gegen Mladić und Karadzić Bezug zu nehmen, wie sie im Report of the Secretary General pursuant to General Assembly Resolution 53135 (1998) – Srebrenica Report, para. 2 wiedergegeben sind: „After Srebrenica fell to besieging Serbian forces in July 1995, a truly terrible massacre of the Muslim population appears to have taken place. The evidence tendered by the Prosecutor describes scenes of unimaginable savagery: thousands of men executed and buried in mass graves, hundreds of men buried alive, men and women mutilated and slaughtered; children killed before their mother's eyes, a grandfather forced to eat the liver of his own grandson. These are truly scenes from hell, written an the darkest pages of human history." Vgl. auch Report paras. 340 ff.

9 Näher zu diesen – hier nicht im einzelnen vorzustellenden – Anknüpfungspunkten der verschiedenen Strafanwendungsprinzipien des deutschen transnationalen Strafrechts vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Auflage 2001, Vorbem. 4 ff. vor §§ 3-7. Wenn hier anstelle des üblicherweise als „international" bezeichneten Strafanwendungsrechts lieber von „transnatio-

prinzip und stellvertretende Strafrechtspflege – hat der Gesetzgeber für Völkermord das erstgenannte Prinzip in dem Bewußtsein gewählt, daß die Genozid-Konvention zwar die Anwendung des Weltrechtsprinzips nicht zwingend vorschreibt, dieser dennoch eingeschlagene Weg aber durch die Schwere der Tat und die Unpraktikabilität der Alternativvorschläge geboten sei[10]. Diese gesetzgeberische Entscheidung wurde auch von der Rechtsprechung im Grundsatz gebilligt[11], dies freilich mit dem neuen Vorbehalt, daß „die Anwendung innerstaatlicher (deutscher) Strafgewalt" auf die Auslandstat eines Ausländers nur gerechtfertigt sei, wenn (a) kein völkerrechtliches Verbot der Verfolgung entgegensteht und (b) andererseits ein innerstaatlicher Anknüpfungspunkt des Täters die Anwendung deutscher Strafgewalt legitimiert[12]. Auch wenn diese terminologische Auffälligkeit letztlich nicht ausschlaggebend sein mag, erscheint doch bemerkenswert, daß der BGH hinsichtlich des Nichtentgegenstehens eines völkerrechtlichen Verbots (a) von der – wohl prozessual gemeinten – Begründung der „deutschen Gerichtsbarkeit" für die Verfolgung von Straftaten spricht, während das Inlandspostulat (b) für die „Anwendung innerstaatlicher (deutscher) Strafgewalt" als erforderlich angesehen wird, und zwar „über den Wortlaut der Vorschrift [des § 6 Nr. 1 StGB] hinaus", wobei diese wohl materiell zu verstehende Einschränkung des Weltrechtsprinzips eher „entgegen" dem Wortlaut als lediglich „darüber hinausgehend" zu verstehen ist.

Keine besonderen Probleme wirft der vorgenannte Vorbehalt (a) auf, wird damit doch lediglich eine verbindliche Vorgabe des Völkerrechts nachgezeichnet, die als solche, soweit ersichtlich, außerhalb jeglicher Diskussion steht. Um so eher könnte der Begründungsaufwand verwundern, mit dem der BGH meint darlegen zu müssen, daß sich der Völkermordtatbestand des § 220 a StGB im Rahmen der Genozid-Konvention bewegt[13].

Höchst fragwürdig ist dagegen das über den Wortlaut des § 6 Nr. 1 StGB hinausgehende – wenn diesem nicht sogar entgegenstehende – Postulat (b) eines legitimierenden inländischen Anknüpfungspunktes. Selbst wenn darin nichts anderes als eine „Umformulierung" des zuvor genannten völkerrechtlichen Einmischungsverbots zu erblicken wäre[14], würde

---

nal" gesprochen wird, dann vor allem deshalb, weil damit die grenzüberschreitende Ausdehnung nationaler Strafgewalt auch insoweit erfaßt wird, als sie nicht unbedingt auf zwischenstaatlichen, also *inter*nationalen, Vereinbarungen zu beruhen braucht, sondern, wie gerade bei den §§ 3 ff. StGB weitgehend der Fall, in einseitiger *trans*nationaler Strafausdehnung bestehen kann; vgl. *Eser*, Grundsatzfragen transnationaler Kooperation in Strafsachen, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Verbrechensverhütung und Behandlung Straffälliger. Beiträge für den 8. Kongreß der Vereinten Nationen, 1990, S. 15 ff., sowie in: Sch/Sch-*Eser*, Vorbem. 1 vor §§ 3-7 mit weiteren Nachweisen.

10 BT-Drs. V/4095, S. 6.

11 Wobei BGHSt 45, 66 f. davon ausgeht, daß die Regelung über den Gerichtsstand in Art. VI GK, wo die Gerichte des Tatortstaates und ein Internationales Gericht genannt werden, nicht abschließend sei, da eine solche Interpretation der in Art. I GK normierten Verpflichtung zu einer effektiven Prävention und Repression von Genozid zuwiderliefe. Auch *Oehler*, der dies lange Zeit bestritten hat (s. sein Internationales Strafrecht, 2. Auflage 1983, Rn. 892), hat sich dieser Sichtweise inzwischen angeschlossen (NStZ 1994, 485).

12 BGHSt 45, 65 ff.

13 Vgl. BGHSt 45, 66 f. sowie die zutreffende Anmerkung von *Lagodny/Nill-Theobald*, JR 2000, 205 f., daß eher umgekehrt die Bundesrepublik Deutschland gegen Völkerrecht verstieße, wenn sie ihre grundsätzliche Strafgewalt für einen im Ausland begangenen Völkermord verneinen wollte. In gleichem Sinne *Ambos*, NStZ 1999, 405 und *Werle*, JZ 1999, 1182.

14 Wie von *Lagodny/Nill-Theobald*, JR 2000, 206 bemerkt, was aber wohl nur insoweit zutrifft, als das Nichteinmischungsprinzip für die Strafausdehnung eines anderen Landes voraussetzt, daß

doch bereits das dem § 6 Nr. 1 StGB zugrundeliegende und seinerseits auf eine völkerrechtliche Konvention gestützte Weltrechtsprinzip den Einmischungsverdacht beseitigen. Wenn sich also überhaupt Gründe für das Inlandspostulat finden ließen, wären diese – jedenfalls für den Bereich der Strafverfolgung von Völkermord – weniger in der Rücksichtnahme auf völkerrechtliche Einmischungsschranken als vielmehr in der Verfolgung deutscher Interessen zu suchen. Soweit dies wenigstens andeutungsweise rationalisiert wird, findet sich zum einen der Hinweis auf Präjudizien zu anderen Strafanwendungsfällen des § 6 StGB[15]; zum anderen wird mehr pragmatisch die Befürchtung ins Feld geführt, daß die inländische Strafjustiz durch eine „weltweite" Verfolgung von Straftaten „überfordert" sein könnte, wie vor allem dann, wenn sie damit weitgehend auch auf solche Fälle zu erstrecken wäre, in denen von vornherein keine oder nur geringe Erfolgsaussichten bestünden[16].

2. Praktische Reichweite des Anknüpfungspostulats

Bevor in den nachfolgenden Abschnitten die Haltbarkeit der vorgenannten Begründungsansätze zu überprüfen ist, erscheint es angebracht, die möglichen Anknüpfungspunkte vorzustellen, welche nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH sowie nach vereinzelten Stimmen in der Lehre[17] den postulierten Inlandsbezug sollen herstellen können.

Während von einer sehr restriktiven Meinung nicht einmal ein ständiger Wohnsitz des Tatverdächtigen im Inland für ausreichend angesehen wird[18], bleiben die vom BGH herangezogenen Kriterien dadurch etwas kryptisch, daß meist gleich mehrere Gesichtspunkte genannt werden, ohne daß aber deutlich würde, ob jeder für sich allein oder alle nur in kumulativer Weise einen die deutsche Strafgewalt legitimierenden Inlandsbezug begründen können. So werden in einem Fall einerseits nicht nur mehrere Topoi nebeneinander genannt, nämlich daß (a) der Beschuldigte sich seit mehreren Monaten freiwillig in der Bundesrepublik aufhält, (b) hier gegenwärtig seinen Lebensmittelpunkt unterhält und (c) hier ergriffen worden ist, vielmehr wird andererseits sogleich in Frage gestellt, ob „ein solcher Inlandsbezug" stets ausreiche[19], wodurch sowohl zweifelhaft bleibt, ob die vorgenannten Kriterien (a) – (c) überhaupt nur zusammengenommen einen „solchen Inlandsbezug" hergeben können und, selbst wenn dies der Fall ist, unter welchen Umständen dies doch nicht ausreichen soll und was dann noch hinzukommen müßte. Noch weniger positiv begründend als vielmehr negativ ausgrenzend wird in einem zweiten Fall dem inländischen Auf-

---

dieses sich dafür auf ein legitimierendes Anknüpfungsprinzip berufen kann; ein solches ist aber gerade bei Völkermord schon auf der Basis des Weltrechtprinzips gegeben, aufgrund dessen – im Unterschied etwa zu überzogenen Eigeninteressen nach dem Personalitäts- und Schutzprinzip – die für das Nichteinmischungsprinzip wesentlichen Souveränitätsrücksichten grundsätzlich gewahrt sind; daher könnte es auf der Basis des Weltrechtsprinzips allenfalls in ausnahmsweisen Zweifelsfällen einer positiven Einzelbegründung bedürfen.

15 Wie wohl erstmals in BGHSt 27, 30 und im Anschluß daran in BGHSt 34, 334 jeweils im Hinblick auf § 6 Nr. 5 StGB in bezug auf unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln.

16 So insbesondere der Vorbehalt von BGH NStZ 1999, 236.

17 Wie besonders weitgehend die von *Oehler*, NStZ 1994, 485, der gar „völkerrechtliche Proteste" des Staates befürchtet, dessen Staatsangehörige ein Drittstaat wegen Genozids verfolgt; vgl. jüngst auch *Staudinger*, NJW 1999, 3099.

18 So *Oehler*, NStZ 1994, 485 in wohl überzogener Interpretation der Ausführungen des Ermittlungsrichters in NStZ 1994, 232.

19 So der Ermittlungsrichter des BGH in NStZ 1994, 233. Vgl. dazu wie auch zu den nachfolgenden Nachweisen die kurzen Fallschilderungen oben in Fn. 4.

enthaltsort des Tatopfers die Eignung und Begründung eines Inlandsbezugs abgesprochen[20], um im übrigen grundsätzlich auf die Aussicht erfolgreicher Aufklärung und Aburteilung im Inland abzuheben, was jedoch allenfalls ein pragmatisches Macht-, aber schwerlich ein legitimierendes Rechtsargument abgibt. Einzig sicher scheint für den Inlandsbezug zu genügen, daß der Beschuldigte in der Bundesrepublik Deutschland seinen ständigen Aufenthalt hatte und/oder daß er im Inland verhaftet wurde, nachdem er sich freiwillig auf deutschen Boden begeben hatte[21]. Doch auch diese Anknüpfungspunkte verlieren dadurch an Klarheit, daß ergänzend auf die amtliche Meldung des Beschuldigten und seine mehrfachen Besuche von in Deutschland lebenden Angehörigen hingewiesen wird, was die Frage aufwirft, ob ein nicht angemeldeter Aufenthalt in der Bundesrepublik nicht genügen würde[22] bzw. neben dem Beschuldigten selbst auch noch weitere Angehörige sich im Inland aufhalten und mit dem Beschuldigten in Kontakt stehen müßten. Ähnlich bleibt hinsichtlich der Verhaftung im Inland unklar, ob diese für sich allein und zudem auch dann genügen würde, wenn der Beschuldigte nicht freiwillig, sondern beispielsweise aufgrund einer Auslieferung auf deutschen Boden gelangt wäre.

Wie wenig der BGH offenbar selbst von der Durchschlagskraft der vorgenannten Anknüpfungspunkte überzeugt scheint, wird in seinem Grundsatzurteil dadurch indiziert, daß er „darüber hinaus" auch noch den Einklang der Verfolgung durch die deutsche Strafjustiz mit den militärischen und humanitären Maßnahmen der Bundesrepublik Deutschland im Auftrag der Vereinten Nationen meint betonen zu müssen und zusätzlich auf den Verfolgungsverzicht des Internationalen Jugoslawien-Tribunals hinweist und damit offenbar konkludent seine subsidiäre Strafverfolgungspflicht ins Feld führt[23]. Was letzteres betrifft, bleibt jedoch rätselhaft, wie ein internationaler Strafverfolgungsverzicht als solcher einen nationalen Inlandsbezug sollte begründen können, könnte dies doch eher den Verdacht nationaler Strafanmaßung aufkommen lassen. Soweit die Berufung auf militärische Aktionen in Rede steht, könnte dies leicht den Anschein erwecken, als wären durch derart schwerwiegende Eingriffe in die Souveränität des betroffenen Staates (wie in diesem Falle Rest-Jugoslawien) ohne weiteres weniger schwerwiegende Einmischungen in eine fremde Souveränität – wie hier durch die Strafjustiz – zu rechtfertigen[24].

---

20 BGH NStZ 1999, 236. In gleichem Sinne läßt auch BGH StV 1999, 240 nicht schon den inländischen Wohnsitz des Anzeigeerstatters genügen.

21 So nach BGHSt 45, 68 im Anschluß an das erstinstanzliche Urteil des OLG Düsseldorf.

22 Ein auch von *Lagodny/Nill-Theobald*, JR 2000, 206 in Frage gestelltes Kriterium.

23 BGHSt 45, 69.

24 So offenbar *Staudinger*, NJW 1999, 3099; vgl. zu diesem Argumentationsmuster bereits BayOLG NJW 1998, 392, wo bei Verurteilung eines Serben wegen Beihilfe zum Mord, nachdem wegen fehlender Nachweisbarkeit der Völkermordabsicht vom Vorwurf des Genozids abgesehen worden war, der erkennende Senat eine Einmischung in die inneren Angelegenheiten Bosnien-Herzegowinas mit dem Hinweis auf die militärischen und humanitären Verflechtungen Deutschlands im Rahmen der UN-Mission verneinte und daraus folgerte, die „mittelbare Wechselwirkung von verbrecherischen Handlungen auf der einen Seite und Schutzgewährung gegenüber den Opfern" auf der anderen Seite bildeten einen Anknüpfungspunkt für die Verfolgung durch deutsche Gerichte, da hier nicht mehr die Durchsetzung allein deutscher Interessen, sondern solcher der Völkergemeinschaft in Rede stünden. Dazu bleibt jedoch anzumerken, daß bei einem Verstoß gegen die Genfer Konvention oder die Genozid-Konvention die Strafjustiz des Verfolgerstaates stets nur völkergemeinschaftliche und daher per definitionem nie originär nationale Interessen wahrnimmt (dazu sogleich unten IV).

Ohne über weitere mögliche Anknüpfungspunkte für die Begründung eines Inlandsbezugs spekulieren zu brauchen, hat bereits der vorangehende Überblick gezeigt, auf welch unsicherem Terrain man sich dabei befindet – ein Befund, der gerade für die Begründung von Strafgewalt alles andere als glücklich zu bezeichnen ist. Vielleicht wären solche praktischen Unsicherheiten noch hinzunehmen, wenn die rechtlichen Grundlagen tragfähig wären. Doch auch dies ist, wie nunmehr zu zeigen sein wird, nicht der Fall.

III. Die andersartige Interessenlage bei Rauschgifthandel (§ 6 Nr. 5 StGB)

Bereits in der ersten einschlägigen Entscheidung zur Verfolgung von Völkermord im Ausland hat sich der Ermittlungsrichter zur Postulierung eines Inlandsbezugs auf Entscheidungen des BGH berufen, die zum Anwendungsbereich des § 6 Nr. 5 StGB (Auslandserstreckung des deutschen Strafrechts auf unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln) ergangen waren[25]. Was jedoch bei dieser schlichten Bezugnahme unausgesprochen bleibt, ist die geradezu gegenläufige Frontstellung, um die es bei inländischer Verfolgung von ausländischem Völkermord einerseits und der von Rauschgifthandel andererseits geht: Während sich bei dem hier in Frage stehenden Völkermord die deutsche Strafjustiz gegen eine mögliche Überforderung durch Verfolgung von Auslandstaten meint abschirmen zu müssen, sieht sie sich beim Drogenhandel dem ausländischen Argwohn gegen eine übermäßig erscheinende Ausdehnung des deutschen Strafrechts ausgesetzt und meint dem mit Bekräftigung eines legitimierenden Inlandbezugs entgegentreten zu können. Mit anderen Worten: Während beim Drogenhandel der (möglichst zu bejahende) Inlandsbezug die (möglicherweise fragwürdige) Anwendung des deutschen Strafrechts abstützen soll, wird beim Völkermord der (im Einzelfall möglichst zu verneinende) Inlandsbezug zum Zwecke der Einschränkung (und damit der Entlastung) der deutschen Strafjustiz eingesetzt. Dieses gegenläufigen operativen Interesses wird man sich bewußt bleiben müssen, wenn man Präjudizien zu verschiedenen Strafanwendungsgründen gerecht werden will.

Daß bei der Verfolgung von Drogendelikten die deutsche Interessenlage offenbar anders ist als bei Völkermord, offenbart sich schon in BGHSt 27, 30 durch das Lavieren des BGH zwischen einem (wie auch immer motivierten) Bedürfnis nach weltweiter Verfolgung durch deutsche Gerichte einerseits und der Anerkennung auswärtiger Souveränitätsinteressen andererseits. Wohl in Anbetracht der zu erwartenden Kritik aus dem europäischen Ausland[26] „neigte" der 3. Senat zwar zu der Einschränkung des Universalitätsprinzips durch das ungeschriebene Erfordernis eines legitimierenden Anknüpfungspunktes[27], gleichzeitig wird aber dieses selbst gewählte Postulat dadurch relativiert, daß der Senat die Existenz des Einheits-Übereinkommens über Suchtstoffe[28] als hinreichenden Anknüpfungspunkt genügen läßt, um sodann zu konstatieren, daß die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten des Weltrechtsprinzips wirksam sei, da „ein allgemeiner Grundsatz des Völkerrechts, aus dem sich ein Verbot der Anwendung des Weltrechtsprinzips außer bei

---

25 BGH NStZ 1994, 232, 230 unter Bezugnahme auf BGHSt 27, 30 und 34, 334; die gleiche Referenz findet sich in BGH NStZ 1999, 236 (mit zusätzlicher Bezugnahme auf BGHR StGB § 6 Nr. 5 Vertrieb 2) und StV 1999, 240, während in BGHSt 45, 66 zusätzlich auf BGHR StGB § 6 Nr. 1 Völkermord 1 hingewiesen wird (vgl. oben Fn. 4).

26 Dazu *Oehler*, JR 1977, 424 mit entsprechenden Nachweisen.

27 BGHSt 27, 30, 32.

28 BGBl. II 1973, 1353 ff.

eindeutiger vertraglicher Vereinbarung ableiten ließe", nicht existiere[29]. Daß freilich das in Rede stehende Übereinkommen das Weltrechtsprinzip überhaupt nicht vorsieht, bleibt bezeichnenderweise in den Ausführungen des BGH – versehentlich oder geflissentlich – unerwähnt.

Wohl selbst an der Tragkraft seiner Argumentation zweifelnd, präzisierte der BGH später seine Ansicht dahingehend, daß das Suchtstoff-Übereinkommen zwar das Weltrechtsprinzip nicht vorsehe, die Inanspruchnahme deutscher Strafgewalt aber jedenfalls dann nicht unberechtigt sei, wenn durch das vorgeworfene Verhalten auch berechtigte inländische Interessen berührt seien[30]. Diese erblickte der 3. Senat – insoweit sein vorangegangenes Urteil stützend – darin, daß der Täter „in Arnheim, also unweit der niederländisch-deutschen Grenze", Haschisch an Deutsche oder an Zwischenhändler veräußerte und das Rauschgift später „zum größten Teil" in die Bundesrepublik eingeführt wurde[31]. Dabei würde aber der Verkauf an Deutsche nach den Regeln des transnationalen Strafrechts nur dann einen hinreichenden Anknüpfungspunkt abgeben, wenn man entweder den in den Niederlanden tätigen niederländischen Händler als Mittäter oder Teilnehmer inländischer Tatbeteiligter anzusehen hätte und mithin die nachträgliche, allerdings kaum zu beweisende, Einfuhr in die Bundesrepublik einen inländischen Begehungsort gemäß §§ 3, 9 Abs. 2 StGB begründen würde, oder wenn man Deutsche als Opfer des Betäubungsmittelverkaufs betrachten und über § 7 Abs. 1 StGB die deutsche Strafgewalt bejahen würde, was aber wegen des nur die Allgemeinheit schützenden Charakters der Betäubungsmittelstraftaten nicht möglich wäre[32]. Steht somit in den Drogenfällen schon das grundsätzliche Anknüpfungsprinzip auf einer weniger gesicherten Grundlage, als sie bei Völkermord unstreitig vorhanden ist, so muß der Umgang mit solchen Bedenken überraschen, die hinsichtlich eines Inlandbezugs ausgerechnet gegenüber Völkermord ins Feld geführt werden, bei Drogenhandel aber offenbar keine Rolle spielen: Denn während bei einem des Völkermords Verdächtigen das Aufgreifen im Inland verlangt wird[33], war in dem hier in Frage stehenden Drogenfall der Angeklagte, wie ausdrücklich festgestellt, nicht in der Bundesrepublik aufgegriffen worden[34], ohne daß dies seiner Bestrafung in Deutschland im Wege gestanden hätte. Es fällt schwer, angesichts dieser unterschiedlichen Handhabung des jeweils für einen Inlandsbezug Erforderlichen nicht an eine ergebnisorientierte Begründung zu glauben.

Ungeachtet der schon innerhalb von § 6 Nr. 5 StGB nicht widerspruchsfreien Rechtsprechung wäre jedenfalls bei Heranziehung dieser Präjudizien zur Begründung eines gleichermaßen ungeschriebenen Postulats des Inlandsbezugs bei § 6 Nr. 1 StGB Vorsicht geboten gewesen. Doch da sich bereits bei der ersten Inbezugnahme der Ermittlungsrichter des BGH der unterschiedlichen Frontstellung bei Nr. 5 und Nr. 1 des § 6 StGB nicht bewußt war[35] und auch die ihrerseits darauf bezugnehmenden weiteren Entscheidungen des BGH kein größeres Problembewußtsein erkennen lassen[36], wurde offenbar verkannt, daß das,

---

29 BGHSt 27, 30, 33; 34, 334, 336.

30 BGHSt 34, 334, 336, 339; ebenso *Oehler*, JR 1977, 424.

31 BGHSt 34, 334, 339.

32 Vgl. Sch/Sch-*Eser* (Fn. 9), § 7 Rn. 6; *Oehler*, JR 1977, 424, 425.

33 Vgl. oben zu Fn. 19, 21.

34 BGHSt 34, 334, 340 f.

35 Wie wohl aus der lapidaren Bezugnahme auf BGHSt 27, 30 und 34, 334 in NStZ 1994, 233 zu schließen ist.

36 Vgl. die ebenfalls lapidaren Zitate in NStZ 1999, 236, StV 1999, 240 und BGHSt 45, 66.

was bei § 6 Nr. 5 StGB zu suchen gewesen war, nämlich ein vermeintlich aus dem Suchtstoff-Übereinkommen ableitbares Weltrechtsprinzip, im Falle von § 6 Nr. 1 StGB in Gestalt der Genozid-Konvention im Sinne des Weltrechtsprinzips vorlag. Was dem BGH somit im Hinblick auf den Rauschgifthandel recht war, hätte ihm beim Verdacht von Völkermord kaum weniger billig sein sollen.

Auch das zu § 6 Nr. 5 StGB vom BGH hilfsweise herangezogene Schutzprinzip vermag die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts bei Völkermord eher zu stützen als eine restriktive Anwendung des § 6 Nr. 1 StGB zu indizieren, stellt doch jeder Genozid wie auch dessen staatliche Duldung, Unterstützung und Verfolgungsverhinderung zugleich eine Verletzung solcher Interessen dar, zu deren Schutz die Bundesrepublik in weit stärkerem Maße berufen ist als zum Schutz vor den Gefahren des Betäubungsmittelhandels. Dies ergibt sich aus der Erkenntnis, daß der Bruch der Genozid-Konvention eine schwerwiegende Verletzung fundamentaler Menschenrechte darstellt, deren Schutz „erga omnes" wirkt, so daß alle Staaten dazu berechtigt und verpflichtet sind, woraus ihrerseits eine uneingeschränkte weltweite Verfolgung durch nationale Gerichte abzuleiten ist[37]. Auf die sich daraus ergebenden völkerrechtlichen Fragestellungen wird noch näher einzugehen sein[38]. Wenn es aber zutrifft, daß jeder Staat zum Schutz vor und zur Repression gegen Genozid berechtigt ist, kann die Strafverfolgung von Ausländern in Deutschland schon per definitionem nicht in exklusive nationale Souveränitätsrechte anderer Staaten eingreifen; auch ist dann der von der Rechtsprechung für jede Verletzung der Völkermordkonvention postulierte Inlandsbezug schon kraft der „erga omnes"-Wirkung des Genozids gegeben, ohne daß es dafür im Rahmen des § 6 Nr. 1 StGB einer Einzelbegründung bedürfte.

Demzufolge wird man für die Postulierung eines besonderen Inlandsbezugs für jede einzelne Verfolgung von Völkermord jedenfalls nicht auf die ohnehin schon in sich nicht widerspruchsfreien Präjudizien zu Drogendelikten zurückgreifen können.

IV. Vindikation nationaler Strafgewalt und das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip

Neben dem Rekurrieren auf die eigenen Präjudizien stützt der BGH die Einschränkung des § 6 Nr. 1 StGB durch ein zusätzliches Inlandspostulat auch auf die Befürchtung, daß eine schrankenlose Inanspruchnahme deutscher Strafgewalt nationale Souveränitätsrechte anderer Länder (wie vor allem des Tatortstaates) verletzen und dies einen Verstoß gegen das völkerrechtliche Nichteinmischungsgebot darstellen könnte. Auch diese Besorgnis läßt sich sowohl mit am Rechtsgut orientierten strafrechtsdogmatischen wie auch originär völkerrechtlichen Überlegungen ausräumen.

---

37 Vgl. *Ambos*, NStZ 1999, 406, *Lagodny/Nill-Theobald*, JR 2000, 205; siehe auch *Ipsen*, Völkerrecht, 4. Auflage, 1999, S. 162 f.; *Wilms*, ZRP 1999, 227, 230; *Triffterer*, in: Triffterer, Commentary an the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999, Preamble Rn. 9, unter Bezugnahme auf Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-AR 72, 2 Oct. 1995, para 42, 59: „transceding the interest of any state", „affect the whole of mankind". Zur Ansicht des Internationalen Gerichtshofs (IGH) und der völkerrechtlichenVerbindlichkeit siehe unten in und bei Fußnote 67.

38 Vgl. unten IV.

1. Differenzierung der Strafverfolgungskompetenz anhand der betroffenen Rechtsgüter

Bei den bisherigen Auseinandersetzungen um eine Restriktion des § 6 Nr. 1 StGB hat die Art der betroffenen Rechtsgüter kaum eine Rolle gespielt. Dabei könnte jedoch eine Analyse der durch Genozid tangierten Rechtsgüter vielleicht Aufschluß darüber geben, wie weit die nationale (in diesem Falle die deutsche) Strafgewalt reichen darf, ohne dadurch in Strafverfolgungskompetenzen anderer Länder über diesen exklusiv anvertraute Schutzgüter einzugreifen.

Wenn etwa der Strafverfolgung eines Serben in Deutschland entgegengehalten wird, daß durch eine solche Inanspruchnahme des Weltrechtsprinzips nach § 6 Nr. 1 StGB in die Souveränität jugoslawischer Nachfolgestaaten eingegriffen werde, so bleibt dieser Einwand viel zu pauschal, solange nicht geklärt ist, welcher Art die betroffenen Rechtsgüter sind und welche Staatsgewalten sich als deren Träger und legitimer Schutzherr verstehen dürfen. So kommen im Beispielsfall einer „ethnischen Säuberung" in Bosnien-Herzegowina neben diesem Tatortstaat nach dem Ubiquitätsprinzip auch die Bundesrepublik (Rest-)Jugoslawien in Betracht, wenn Handlungen wie die Planung oder das Erteilen von Befehlen in Rede stehen, ferner auch jene Staaten, deren Nationalität die Täter und die Opfer besitzen[39]. Anstatt allen diesen möglicherweise betroffenen Ländern jeweils ausschließliche nationalstaatliche Souveränität im Hinblick auf fragliche Genozide einzuräumen und dabei implizit allen nicht durch territoriale oder personale Anknüpfungsprinzipien legitimierten Staaten das Nichteinmischungsprinzip entgegenzuhalten – und damit freilich im Grunde zugleich auch das Weltrechtsprinzip auszuhebeln –, wäre zunächst einmal zu prüfen, inwieweit die durch Genozid betroffenen Rechtsgüter überhaupt einer ausschließlich nationalstaatlichen Souveränität unterstehen, in deren Schutz (bzw. im Falle einer Verletzung in deren Verfolgung) sich einzumischen man Drittstaaten verbieten darf. Zu der damit aufgeworfenen Frage nach den durch Genozid tangierten Rechtsgütern und den zu ihrem strafrechtlichen Schutz legitimierten Trägern ist folgendes festzustellen:

Ungeachtet verschiedenartiger Nuancen in der Fassung von Genozidtatbeständen ist für den Völkermord charakteristisch, daß (a) Verbrechen begangen werden, die, wie Tötung, schwere Körperverletzung oder Verschleppung, in der Regel schon nach nationalem Recht strafbar sind, die aber (b) erst durch eine zusätzliche genozidale Absicht der Zerstörung bestimmter (ethnischer, weltanschaulicher oder sonstwie geprägter) Gruppen ihre besondere Unrechtsqualität erhalten. Durch die mit Genozidabsicht begangenen „Grundverbrechen" (im Sinne von a) werden auf jeden Fall die Rechtsgüter des Staates verletzt, auf dessen Territorium ein solches Verbrechen begangen wird, selbst wenn er davon nur insoweit betroffen ist, als es um sein Rechtsgut des inneren Friedens geht, wobei es jedoch bei einer solchen allgemeinen Beeinträchtigung in der Regel nicht bleibt, sondern auch sonstige Rechtsgüter des Tatortstaates in Mitleidenschaft gezogen werden können. Zu diesen originär staatlichen Interessen kommt aber auch noch die Verletzung der Individualrechtsgüter betroffener Einwohner des Tatortstaates hinzu, und zwar insbesondere jener Bürger, gegen die sich die Pogrome richten und deren Integrität der Staat aufgrund seiner territoria-

---

[39] Wobei im übrigen hinsichtlich Bosnien-Herzegowina als Tatort- und Opferland zu konstatieren wäre, daß dieser Staat, sofern die behaupteten Hoheitsrechte tatsächlich bestehen, de facto die Strafverfolgung in Deutschland begrüßt und in der Regel kein Auslieferungsgesuch stellt und eine Verfolgung im Täterstaat Jugoslawien unter derzeitigen Gegebenheiten kaum gewährleistet sein dürfte, so daß das Auswärtige Amt entsprechende Auslieferungsgesuche ablehnt, so sie denn gestellt werden.

len Souveränität zu schützen hat. Da diese Rechtsgüter typischerweise durch nationale Straftatbestände geschützt werden, bedürfte es insoweit einer gesonderten Konvention und einer supra- bzw. transnationalen Verfolgung nicht. Wenn daher Art. VII Genozid-Konvention neben der internationalen Jurisdiktion auch die des Tatortstaates erwähnt, so ist dies leicht aus dessen vorrangiger Betroffenheit zu erklären und sicherlich auch zu respektieren.

Dies ist jedoch nur die eine Seite der Medaille; denn zu den originären Schutzinteressen des Tatortstaates tritt nicht weniger wesentlich das spezifische Unrecht des Genozids (im Sinne von oben b) hinzu, dessen sich die Genozid-Konvention und ihre nationalstaatlichen Transformationsgesetze annehmen, wobei dessen Schutzgut nicht mit den Rechtsgütern der Einzelakte identisch ist oder sich jedenfalls darin nicht erschöpft. Denn auch wenn die von einem Genozid unmittelbar betroffenen Menschen gleichsam als „Angriffsobjekte" fungieren, sind diese doch nicht in ihrer jeweiligen Individualität geschützt: Eigentliches Rechtsgut des Genozid-Tatbestandes sind vielmehr die betroffenen (nationalen, religiösen und ethnischen) Gruppen[40].

Geschützt wird mithin eine vermittels der Kriterien des Art. II Genozid-Konvention konturierte Gruppe in ihrer Entität, so daß durch einen Genozid „die Menschheit als Träger und Schützer des individuellen Menschenwertes in dem Einzelmenschen angegriffen und von der Tat selbst berührt wird"[41]. Hintergrund für diesen über das einzelne Individuum hinausgreifenden Schutz ist die Erkenntnis, daß gesellschaftliche Gruppen gleich welcher Art Träger von Wissen, Werten und Erfahrungen sind, welche über die Zeit in einer sozialen und kulturellen Evolution akkumuliert wurden und welche es um der Menschheit als Ganzes willen zu erhalten gilt. Eine partielle Zerstörung solcher Gruppen brächte – neben der evident inhumanen Erschütterung der Grundbedingungen der menschlichen Existenz[42] – einen Verlust an den genannten gesellschaftlichen Ressourcen und Erfahrungen mit sich, manipulierte die kulturelle Evolution nach dem Willen und den Vorstellungen der Tätergruppe und unterwürfe die natürliche Entwicklung der Menschheit vollends einem brutalen „survival of the fittest". Aus diesem Grund trifft es im Ergebnis auch zu, den Genozid als „das Paradigma einer Straftat, deren nationale Verfolgung im Interesse aller Staaten – eben ‚erga omnes' – liegt", zu bezeichnen[43].

Aus dem Blickwinkel dieser am Rechtsgut orientierten Auslegung kann es denn auch nicht überraschen, im Schrifttum hervorgehoben zu finden, daß bei völkerstrafrechtlichen Delik-

---

40 Vgl. zu dieser Differenzierung Sch/Sch-*Eser* (Fn. 9), § 220 a Rn. 3, *Jähnke*, LK (Fn. 5), § 220 a Rn. 8; auch *Horn*, SK (Fn. 5), § 220 a Rn. 2, der die Individuen als Angriffsobjekte betrachtet, ohne freilich ein danebentretendes überindividuelles Rechtsgut zu problematisieren. – Ob neben nationalen, religiösen und ethnischen auch politische Gruppen taugliches Schutzobjekt sein können, was aus dem Blickwinkel der Gesetzgebungsgeschichte und dem Wortlaut der Genozid-Konvention eher fern-, vom Schutzzweck der Norm aus gesehen aber durchaus naheliegt, war inzwischen Gegenstand einer Prüfung durch die spanische *Audiencia Nacional* (näher dazu *Ambos*, JZ 1999, 16), ist aber im vorliegenden Zusammenhang nicht von grundsätzlicher Bedeutung.

41 In diesem Sinne bereits OHGSt 1, 15, zur überindividuellen Wirkung aller „Unmenschlichkeitsverbrechen" (hier eines Verbrechens nach KRG Nr. 10 Art. II Zif. 1 c, 2).

42 So zutreffend *Merkel*, in: Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band III – Makrodelinquenz, 1998, S. 237, 249.

43 *Lagodny/Nill-Theobald*, JR 2000, 205, 206; in gleichem Sinne jüngst auch *Werle*, JZ 2000, 755, 758 f. sowie *Kreß*, NStZ 2000, 617, 624 f.

ten[44], welche die Verletzung internationaler Rechtsgüter durch Einzelpersonen sanktionieren, das primäre Strafverfolgungsrecht nicht ein nationales, sondern ein internationales ist[45]. Demzufolge liegt das originäre Eingriffsrecht nicht bei einem Einzelstaat, etwa dem der Opfer oder des Tatorts; vielmehr ist die Weltgemeinschaft in Gestalt eines von ihr geschaffenen Internationalen Strafgerichtshofs mit der Verfolgung und Aburteilung solcher Straftaten zu betrauen. Konsequenterweise sollen dieser Ansicht nach die nationalen Gerichte völkerrechtliche Delikte nur verfolgen, weil und solange es an einer supranationalen Instanz fehlt[46]. Diese Grundposition braucht sich auch dadurch nicht in Frage gestellt zu sehen, daß sich die Unterzeichnerstaaten des Rom-Statuts zur Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofes für einen anderen Weg entschieden haben, nämlich den der Komplementariät der Jurisdiktion. Denn auch dieses im Rom-Statut konkretisierte Prinzip, wonach der Internationale Strafgerichthof nur in den Fällen tätig werden kann, in welchen die nationalen Gerichte zur Verfolgung des Verbrechen nicht willens oder in der Lage sind[47], läßt sich zwangslos mit den Erkenntnissen zu den vom Genozid betroffenen Rechtsgütern vereinbaren. Das Verfolgungsorgan der Staatengemeinschaft sieht von der Verfolgung von Verletzungen des Rechtsguts „Lebensrecht einer konturierbaren Gruppe der menschlichen Spezies" nämlich nur so lange und allein unter der Prämisse ab, daß die dazu befähigten Nationalstaaten eine hinreichende Repression sicherstellen. Indem also die Völkergemeinschaft ihren Mitgliedstaaten lediglich den Vortritt läßt, den gebotenen Rechtsschutz selbst zu gewährleisten, spätestens aber dann komplementär eingreift, wenn die primär zuständigen Nationalstaaten ihrer Aufgabe nicht in zureichendem Maße gerecht werden, behält sie ihre Gesamt- und Letztverantwortung in der Hand.

Zusammenfassend ist somit, soweit es um die Respektierung nationaler Souveränität bei Strafverfolgung durch andere nationale oder internationale Strafgerichtsbarkeiten geht, zwischen dem Rechtsgut des Genozids als solchem, welches primär ein inter- oder supranationales ist, und den Rechtsgütern zu unterscheiden, welche mit Begehung eines Völkermords typischerweise mitverletzt werden und für die dem Tatortstaat das primäre Strafverfolgungsrecht zukommt. Nur soweit letztere in Frage stehen, wäre die Strafverfolgung durch einen Drittstaat – etwa wegen Störung des inneren Friedens oder Verletzung anderer nationaler Rechtsgüter des Tatortstaates – allein mit dem Verweis auf das Weltrechtsprinzip nicht zu legitimieren und demzufolge zu Recht als unzulässige Einmischung in die Souveränität des Tatortstaates zurückzuweisen. Soweit daher die Strafverfolgung der Ver-

---

44 Auch wenn lange umstritten gewesen sein mag, ob ein Völkerstrafrecht im Sinne einer ohne Transformation in das nationale Recht gültigen Sanktionenordnung existiert, dürfte dies spätestens mit der Einsetzung der Strafgerichtshöfe für Ruanda und Jugoslawien bejaht sein. Damit würde sich die Strafbarkeit wegen Völkermordes auch ohne Transformation in das nationale Recht unmittelbar aus dem Völkerrecht ergeben; so auch *Roggemann*, NJW 1994, 1436, 1437; *Werle*, ZStW 109 (1997), 808, 813; im gleichen Sinne auch schon *Kremnitzer*, in: Eser/Lagodny, Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, 1992, S. 337, 343.

45 *Oellers-Frahm*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 1994, 416, 417. Ähnlich *Werle*, ZStW 109 (1997), 808, 810: „Bestimmte schwere Angriffe gegen Individuen treten in eine internationale Dimension, wenn sie systematisch,gegen eine bestimmte Zivilbevölkerung' gerichtet sind. Das wichtigste Beispiel ist der Völkermord"; *ders.* JZ 2000, 755, 758 f.; siehe auch *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774, 796; *Triffterer*, in: Gössel/Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, S. 493, 511, 515 f.

46 Vgl. *Oellers-Frahm*, ZaöRV 1994, 416, 417.

47 Vgl. Preamble para. 10 sowie Art. 1, 17 bis 19 Rome Statute of the International Crirninal Court; dazu *Triffterer* (Fn. 37), Art. 1 Rn. 20; vgl. auch *Stahn*, EuGRZ 1998, 577 ff.

letzung von Individualrechtsgütern durch Drittstaaten nicht auf andere Bezugspunkte – wie etwa die entsprechende Nationalität der Täter oder Opfer – gestützt werden kann, erscheint es durchaus berechtigt, wenn der BGH für die „Annexkompetenz" zu § 6 Nr. 1 StGB, die er ebenfalls in dem hier in Frage stehenden Grundsatzurteil für Tötungsdelikte neu geschaffen hat[48], einen legitimierenden Anknüpfungspunkt zum Inland fordert, ist der Individualschutz der Einwohner doch eine originär nationale Aufgabe derjenigen Staaten, welche über das Territorium und dessen Bewohner Hoheitsrechte geltend machen. Soweit dagegen das Rechtsgut des Existenzrechts ganzer Volksgruppen in Frage steht, wäre die Behauptung, dieses unterliege der alleinigen und zudem exklusiven Souveränität eines einzelnen (wie namentlich des Tatort-)Staates, ihrerseits eine Anmaßung von originär supranationalen Kompetenzen.

Um es in aller Klarheit und vielleicht auch Härte zu sagen: Nicht die Verteidigung eines supranationalen Rechtsguts durch ein verfolgungsbereites nationales Gericht stellt ein unzulässiges Ausgreifen auf fremde Souveränitätsrechte (wie vor allem die des Teilortstaates) dar, vielmehr wäre die Anmaßung exklusiver nationaler Hoheitsgewalt über das Lebensrecht eines Teils der menschlichen Spezies selbst eine unzulässige Vindikation eines grundsätzlich der Menschheit als ganzer zustehenden Schutzgutes. Über das Lebensrecht von Teilen der Menschheit kann es schlechterdings keine exklusiven nationalen Souveränitätsrechte geben, falls man überhaupt die Zuständigkeit über Werte dieser Art in ausschließlich irdische Hände legen kann. Solange daher ein dem Tatortstaat gegenüberstehender Drittstaat die Strafverfolgung der Verletzung von universalen Rechtsgütern übernimmt, deren Schutz nicht der ausschließlichen Souveränität eines Nationalstaates unterliegt, kann diese jedenfalls so lange nicht verletzt sein, als die Übernahme der Strafverfolgung nicht gegen ein übergeordnetes völkerrechtliches Nichteinmischungsprinzip verstößt. Letzteres wird nunmehr zu prüfen sein.

2. Völkerrechtliche Reichweite des Nichteinmischungsprinzips

Ohne hier die Frage klären zu können, ob § 6 StGB in all seinen unterschiedlichen Alternativen ohne das Zusatzerfordernis eines im Einzelfall zu prüfenden Inlandsbezugs zu halten ist oder eine solche Restriktion jedenfalls im Hinblick auf ausländische Drogendelikte nach § 6 Nr. 5 StGB erforderlich erscheint, steht nach wie vor der vom BGH erhobene Einwand im Raum, daß die Strafverfolgung von Völkermord nach § 6 Nr. 1 StGB ohne Nachweis eines legitimierenden Inlandsbezugs wegen möglicher Mißachtung der Souveränität anderer Staaten gegen das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip verstoße[49]. Obgleich diesem Einwand bereits durch die vorangegangene Rechtsgutsdifferenzierung insoweit der Boden entzogen wurde, als über das spezifische Rechtsgut des Genozid-Tatbestandes keinem Nationalstaat – und damit auch nicht dem Tatortstaat – exklusive Souveränität zukommt, bleibt vorsorglich zu prüfen, ob sich aus dem Nichteinmischungsprinzip noch weitere, bisher nicht berücksichtigte Schranken für die Vindikation deutscher Strafgewalt bei Genozid ergeben könnten. Doch auch dies ist letztlich zu verneinen.

Gewiß kommt dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsgebot – wie übrigens auch dem Grundsatz territorialer Integrität – fundamentale Bedeutung zu, was nicht zuletzt in Art. 2 (7) UN-Charta[50] belegt wird, so daß sich grundsätzlich kein Staat die Kompetenz anmaßen

---

48 BGHSt 45, 64, 69 ff.

49 BGHSt 45, 65 f. Vgl. auch *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 6 Rn. 1 a; *Hoyer*, SK (Fn.5), § 6 Rn. 2 a. E.; *Oehler*, NStZ 1994, 485.

50 Charta der Vereinten Nationen v. 26. 6. 1945 (BGBl. 1973 II, 430).

darf, in die inneren Angelegenheiten eines fremden Völkerrechtssubjekts einzugreifen oder gar die territoriale Integrität bei Sezessionsbestrebungen in Frage zu stellen[51]. Wie jeder andere Rechtssatz, so gilt aber auch dieser nur unter dem inneren Vorbehalt, daß er nicht in einem sich selbst widerlegenden Sinne oder zu evident und objektiv mißbräuchlichen Zwecken angewendet wird[52]. Kann somit auch der Nichteinmischungsgrundsatz keine völlig uneingeschränkte Vorrangstellung beanspruchen, so ließe die gegenteilige Auffassung zudem unberücksichtigt, daß das genannte völkerrechtliche Prinzip nur eines unter mehreren ist. So findet sich in Art. 2 (3) UN-Charta die Verpflichtung, internationale Streitigkeiten in einer Weise beizulegen, daß der Weltfrieden und die Gerechtigkeit nicht gefährdet werden. Vor allem aber wird mit Art. 2 (7) UN-Charta das Einmischungsverbot durch den Verweis auf Maßnahmen nach Kapitel VII der UN-Charta eingeschränkt. Betrachtet man im übrigen Frieden nicht bloß als Abwesenheit von Krieg zwischen den Staaten, sondern auch als Gewährleistung elementarster Menschenrechte[53], was sich mit der völkerrechtlichen Auffassung vieler Nationen deckt, in Ausnahmesituationen zur Verhinderung schwerster Menschenrechtsverletzungen auch militärische Maßnahmen ergreifen zu dürfen[54], so ist schon im Rahmen der UN- Charta das Nichteinmischungsprinzip als erheblich relativiert anzusehen. Dahinter dürfte letzthin die Einsicht stehen, daß den Staaten kein – absolutistischen Systemen ähnelndes – Herrschaftsrecht über ihre Bürger eingeräumt ist, demzufolge sie kraft ihrer territorialen Souveränität willkürlich mit den Herrschaftsunterworfenen verfahren und gegebenenfalls das Existenzrecht ganzer Volksgruppen revidieren könnten, sondern lediglich eine auf objektiv-funktionale Erwägungen gestützte Machtposition[55]. Jedenfalls soweit dabei originär supranationale Interessen berührt werden, über die zu verfügen nicht in der exklusiven Macht eines einzelnen Staates stehen kann[56], sind die nationale Souveränität und das Nichteinmischungsgebot immanent restringiert[57].

Dieses Resultat einer am Rechtsgut des Völkermordstatbestandes und der Funktion der Staatensouveränität orientierten immanenten Begrenzung des Nichteinmischungsprinzips deckt sich mit der Erkenntnis, daß ein Einmischungsverbot in innere Angelegenheiten nur dann in Betracht kommt, wenn das zu verfolgende deliktische Handeln zur „domaine réservé" der Nationalstaaten gehört[58], woran es beim Schutz fundamentaler Menschenrechte

---

51 Zum Spannungsfeld von territorialer Integrität und dem Selbstbestimmungsrecht der Völker vgl. *Ipsen* (Fn. 37), S. 367 ff., der bei schwerer Diskriminierung ein „Notwehrrecht" auf Sezession gewähren möchte; ähnlich *Kallis*, Journal of Genocide Research (JGR) 1999, 417, 421.

52 Zur teleologischen Reduktion von Rechtsnormen entsprechend ihrem Sinngehalt vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1995, S. 210 ff. 53

53 Vgl. mit weiteren Nachweisen *Werle*, ZStW 109 (1997), 808, 814 f., der in Art. 39 UN-Charta einen materiellen Friedensbegriff statuiert sieht, so daß auch systematische und schwere Menschenrechtsverletzungen als Weltfriedensstörung zu friedenssichernden Zwangsmaßnahmen der Vereinten Nationen ermächtigen.

54 Zu den Luftschlägen gegen die Bundesrepublik Jugoslawien vgl. *Wilms*, ZRP 1999, 227 ff.

55 Nach *Kallis*, JGR 1999, 417, 422 (mit weiteren Nachweisen), ist in der Deklaration der Prinzipien des Völkerrechts das Prinzip der Reversibilität implementiert, nach welchem einem Staat das Recht auf Selbstbestimmung und territorialer Integrität entzogen werden kann, wenn er fundamentale Menschenrechte mißachtet, wie die Gleichheit und Freiheit zur Selbstbestimmungen. *Kallis* (a.a.O.) muß aber zugestehen, daß die herrschende Völkerrechtspraxis dem Souveränitätsprinzip Priorität einräumt.

56 Siehe oben IV.1.

57 Zu einem anderen Beispiel, in welchem das Nichteinmischungsgebot zurückgedrängt wird, weil „Weltordnungsbelange" betroffen sind, vgl. *Ipsen* (Fn. 37), S. 365.

58 *Ambos*, NStZ 1999, 404, 405.

zumindest insoweit fehlt, als der „Täterstaat" entsprechende Konventionen unterzeichnet und damit seine grundsätzliche Anerkennung der internationalen Dimension zu erkennen gegeben hat[59]. Hat ein Staat auf diese Weise zum Ausdruck gebracht, daß bestimmte Verbrechen vor einem internationalen Gerichtshof verfolgt werden können, und damit implizit den supranationalen Charakter dieses Delikts bestätigt, so kann er sich nicht ex-post darauf berufen, die Strafverfolgung in einem anderen Staat sei nunmehr eine unerwünschte Einmischung in seine Angelegenheiten. Nicht zuletzt erscheint bei der Verletzung von supranationalen Rechtsgütern, wie sie durch internationale Übereinkommen geschützt sind und deren Sanktionsbedürftigkeit inzwischen völkergewohnheitsrechtlich anerkannt ist[60], die befürchtete Mißachtung der Interessen fremder Staaten oder der Andersartigkeit ihrer Rechtsordnungen[61] auch deshalb unbegründet, weil durch das Völkerrecht eine normative Kohärenz der Interessen hergestellt ist, deren Unterschiede sich lediglich in der Sphäre des Faktisch-Politischen bewegen.

3. Völkerrechtliche Pflicht zur Verfolgung von Genozid in aller Welt?

Kann somit nach dem Vorangehenden bei der Verfolgung von Genozid nach dem Weltrechtsprinzip von einer völkerrechtswidrigen Einmischung in fremde Souveränitätsrechte keine Rede sein, so stellt sich umgekehrt sogar die Frage, ob die heute verbindliche Interpretation der Genozid-Konvention eine restriktive Handhabung des § 6 Nr. 1 StGB durch das Erfordernis eines Inlandsbezugs im Einzelfall überhaupt zuließe, ja ob nicht vielmehr umgekehrt die neueren völkerrechtlichen Tendenzen eher eine weltweite Verfolgungspflicht nahelegen. Das ist im Hinblick auf das deutsche Strafrecht nicht zuletzt auch von innerstaatlicher Relevanz, da gemäß Art. 25 GG nationales Recht völkerrechtskonform auszulegen ist[62].

Die gängige Auslegung der Genozid-Konvention durch die Rechtsprechung basiert auf der Grundannahme, daß der historische Wille der Vertragsstaaten gegen die Anwendung des Weltrechtsprinzips gerichtet gewesen sei[63]. Der den Art. 31, 32 WVK[64] zugrundeliegenden

---

59 In zutreffender Deutlichkeit *Lagodny*, JR 1998, 475, 478: „Völkermord ist ein völkerstrafrechtliches Delikt. Von den nationalen Souveränitätsinteressen bleibt deshalb entweder gar nichts übrig oder diese haben verschwindend geringes Gewicht"; s. auch *Ambos*, NStZ 1999, 226, 227; vgl. *Wengler*, JZ 1977, 257. Bezeichnenderweise hat der BGH in seiner grundlegenden Rechtsprechung zur Anwendbarkeit deutscher Verkehrsstraftatbestände auf Taten im ausländischen Straßenverkehr aus dem Bestehen internationaler Übereinkommen geschlossen, die Durchsetzung des Inhalts sei gewissermaßen „common sense" aller zivilisierten Staaten und nicht territorial oder national fixiert (BGHSt 8, 348, 355). Ist schon die Verkehrssicherheit ein solch überstaatlicher Wert, was soll dann erst für das Lebensrecht von Teilen der Menschheit gelten?

60 *Oellers-Frahm*, ZaöRV 1994, 416, 423 sowie Fn. 45.

61 Vgl. *Oehler*, JR 1977, 424.

62 *Maunz*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Band III, 5. Auflage, Stand Februar 1999, Art. 25 Rn. 30. Der Vorrang gem. Art 25 GG gilt freilich nur für die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, nicht jedoch für völkerrechtliche Verträge, solange sich deren Inhalt nicht in allgemein anerkanntes Völkergewohnheitsrecht gewandelt hat (vgl. Sch/Sch-*Eser*, Fn. 9, Vorbem. 22 vor § 1), was aber hinsichtlich des Verbots und der Sanktionierung des Genozids wohl inzwischen zu bejahen ist.

63 *Campbell*, § 220 a StGB – Der richtige Weg?, 1986, S. 92, 140 mit entsprechenden Nachweisen.

objektiven Interpretationstheorie zufolge ist der historische Wille der Schöpfer der Übereinkunft jedoch nur Ausgangspunkt, nicht aber unwandelbarer Endpunkt der Auslegung[65]. Insbesondere könnte eine sogenannte „authentische" Auslegung[66] die Genozid-Konvention über die tradierte Interpretation hinaus zu einem Verständnis geführt haben, welches auch einem Urteil des Internationalen Gerichtshofs aus dem Jahre 1996 zugrunde liegt. Darin hebt der IGH ausdrücklich hervor, daß Verpflichtungen aus der Völkermordkonvention „erga omnes"-Wirkung haben und die Bestrafungsverpflichtung nicht territorial begrenzt sei[67]. Nach Art. 92 der UN-Charta ist der IGH das „Hauptrechtsprechungsorgan der UN", so daß man seine Rechtsansichten als „authentische" und daher bindende Auslegung der Genozid-Konvention ansehen muß – eine Auffassung, der auch die Fakultativklausel des Art. 36 IGH-Statut nicht entgegensteht, weil die Bundesrepublik Deutschland sich verpflichtet hat, Streitigkeiten aus der Genozid-Konvention dem IGH zu unterbreiten, mithin also die Rechtsauffassung des IGH als verbindlich ansieht[68]. Auch eine dem entgegenstehende einheitliche Staatenpraxis, die sich etwa per se gegen das Weltrechtsprinzips wendete oder nur eine restriktive Anwendung zuließe, gibt es nicht, wie sich durch eine rechtsvergleichende Betrachtung der nationalen Jurisdiktionsregeln zeigen ließe[69].

Eine weite Verfolgungsverpflichtung folgt zudem aus der Notwendigkeit einer kohärenten Anwendung der Genozid-Konvention und anderer völkerrechtlicher Verträge, insbesondere der ihnen zu entnehmenden Rechtsfolgen. Im Regelfall wird nämlich zugleich mit der Verletzung der Genozid-Konvention ein Verstoß gegen das IV. Genfer Abkommen[70] vorliegen, welches in Art. 146 (2) eine Bestrafungspflicht nach dem Weltrechtsprinzips vorsieht[71] und somit über die Voraussetzungen des Abkommens hinaus keine zusätzlich erforderlichen „Anknüpfungspunkte" für eine Bestrafungspflicht nach § 6 Nr. 9 StGB duldet. Daraus ist als weiteres für die deutsche Strafgerichtsbarkeit die Notwendigkeit zu folgern, Fälle des Genozids und der „Grave breaches" des Genfer-Abkommens gleich zu behan-

---

64 Wiener Übereinkommen (Konvention) über das Recht der Verträge v. 23. 5. 1969 (BGBl. 1985 II, 926).

65 *Ipsen* (Fn. 37), S. 116 ff.

66 Nach *Ipsen* (Fn. 37), S. 115 f. ist dies eine dem Konsensprinzip folgende Auslegung durch nachfolgende Staatenpraxis oder übereinstimmender Erklärung. Aber auch Entscheidungen internationaler Gerichte sind für die Vertragspartner authentische und damit von den nationalen Gerichten zu beachtende authentische Auslegungen; vgl. *Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht, 8. Auflage 1994, Rn. 362 ff.

67 IGH v. 11. 7. 1996, Bosnia and Herzgovina vs. Yugoslavia, para 31, Case Concerning the Application of the Convention of the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide (www.icj.cij.org): „It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention." In der Begründung klingt die naturrechtliche Verankerung des Völkermordverbots an: „[...] principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation"; Nachweise bei *Ambos*, NStZ 1999, 404, 406; *Lagodny/Nill-Theobald*, JR 2000, 205.

68 Vgl. *Seidl-Hohenveldern* (Fn. 66), Rn. 1741.

69 Näher dazu demnächst *Eser*, in: Vohrah/Bohlander (eds.), Essays in Honour of Antonio Cassese.

70 IV. Genfer Abkommen zum Schutze der Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12. 8. 1949 (BGBl. II 1954, S. 781 ff., 917 ff.) und die am 23. 12. 1977 unterzeichneten Zusatzprotokolle I und II vom 8. 6. 1977 (BGBl. II 1990, 1551ff., 1636 ff.).

71 So ausdrücklich: BT-Drs. V/4095, S. 6; verkannt von BGH StV 1999, 240.

deln, da eine restriktivere Verfolgungsmöglichkeit in den Fällen, in welchen „nur" der Verdacht des Völkermordes besteht, insoweit widersprüchlich erschiene, als der Genozid eine größere Unrechtsdimension aufweist als Verstöße gegen die Genfer Abkommen. Konsequenterweise sollten dann auch beide Delikte mit den gleichen transnationalen Verfolgungsrechten geahndet werden; jedenfalls würde es merkwürdig anmuten, die deutsche Strafgewalt wegen Verstößen gegen die Genfer-Abkommen zu bejahen, um gleichzeitig in Ermittlungen wegen des Verdachts des Genozids eine Einmischung in fremde Souveränitätsrechte zu erblicken[72].

Im übrigen ist die Möglichkeit des Zusammentreffens von Verstößen gegen die Genozid-Konvention mit solchen gegen die Genfer-Abkommen auch dem BGH keineswegs verborgen geblieben. So wurde in einem Beschluß des Ermittlungsrichters der Aufenthalt des Beschuldigten im Inland als ausreichender Inlandsbezug bewertet, da „weitere rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte" gegeben seien, die diesem Anknüpfungspunkt ein so erhebliches Gewicht verliehen, daß die Anwendung deutschen Strafrechts auf die Taten des Beschuldigten nach dem Weltrechtsprinzip nicht nur gerechtfertigt, sondern geradezu geboten erscheine, ferner das Verbrechen der Beihilfe zum Völkermord in Tateinheit mit weiteren schweren Straftaten des Beschuldigten stehe, zu deren Verfolgung die Bundesrepublik aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen verpflichtet sei, und dieser Umstand mittelbare Rechtswirkung auch für den Tatbestand des § 220 a StGB jedenfalls im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Weltrechtsprinzips entfalte[73]. Von da aus fehlte eigentlich nur noch der letzte entscheidende und sich geradezu aufdrängende Schritt, nämlich – anders als bei Betäubungsmitteldelikten nach § 6 Nr. 5 StGB – bei der Verfolgung von Völkermord nach § 6 Nr. 1 StGB keinen zusätzlichen Inlandsbezug zu fordern.

Damit sollte hinlänglich deutlich geworden sein, daß die heute völkerrechtlich bindende Auslegung der Genozid-Konvention eine umfängliche Verpflichtung der nationalen Behörden zur strafrechtlichen Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen sogar nahelegt, keinesfalls aber zu einer einschränkenden Anwendung des Weltrechtsprinzips Anlaß gibt.

V. Berücksichtigung praktischer Bedürfnisse auf prozessualer Ebene

Neben den mehr grundsätzlichen Fundierungsversuchen im Völkerrecht findet sich das Postulat eines Inlandsbezugs neuerdings auch mit dem offenbar gleich gewichtigen praktischen Bedürfnis begründet, daß „die inländische Strafjustiz mit der prinzipiellen, nur durch § 153 c I Nr. 1 StPO eingeschränkten Verpflichtung zu ‚weltweiter' Verfolgung von Straftaten auch überfordert" wäre[74]. Ohne dieses Kapazitätsproblem geringschätzen zu wollen,

---

72 Notwendige Voraussetzung der Anwendbarkeit des IV. Genfer Abkommens ist gem. Art. 2 Abs. 1 des Abkommens zwar das Vorliegen eines internationalen Konflikts. Das aber ist im Falle der Auseinandersetzungen zwischen Rest-Jugoslawien bzw. der serbischen Bevölkerung mit Kroatien und Bosnien-Herzegowina durchaus der Fall, während für die Vorgänge der Jahre 1998 und 1999 im Kosovo von einem nationalen Konflikt auszugehen sein dürfte, da das Kosovo auch von den später intervenierenden alliierten Mächten als Bestandteil der Bundesrepublik Jugoslawien angesehen wurde.

73 BGH NStZ 1994, 232, 233.

74 BGH NStZ 1999, 236 und StV 1999, 240. Bezeichnenderweise sind dies Entscheidungen, in denen ein hinreichender Inlandsbezug verneint wurde, während bei dessen Bejahung, wie in den Fällen BGH NStZ 1994, 232 f., BGHR StGB § 6 Nr. 1 Völkermord 1 sowie BGHSt 45, 64 die

da eine Strafjustiz in der Tat auch durch Überforderung ihre Aufgabe verfehlen kann, bleibt zu fragen, ob dieser Einwand dazu taugt, ausgerechnet gegen die Verfolgung von Völkermord Aspekte wie die der Ressourcenknappheit ins Feld zu führen.

Soweit es um die restriktive Auslegung des § 6 Nr. 1 StGB durch das Postulat eines für jeden Einzelfall zu begründenden Inlandsbezugs geht, erscheint es bereits methodisch höchst zweifelhaft, inwieweit solche Zweckmäßigkeitsüberlegungen in die Auslegung einer Norm Eingang finden dürfen, die dafür keinerlei Anhaltspunkt bietet.

Diesen Mangel dadurch zu überspielen, daß man ein solches Postulat als ein außerhalb der betreffenden Norm liegendes Zusatzerfordernis versteht, wie die Einordnung des Inlandsbezugs im Rahmen der „Verfahrensvoraussetzungen" tatsächlich nahelegen könnte[75], würde, um nicht willkürlich zu erscheinen, voraussetzen, daß eine „Überforderungsprüfung" dieser Art nicht nur bei Völkermord, sondern im Grunde bei jeder Art von Delikten angestellt würde. Dann freilich würde alsbald das Ungleichgewicht zutage treten, mit dem einerseits viel Energie, Zeit und Geld für die Strafverfolgung sogenannter Bagatellkriminalität eingesetzt werden – ganz zu schweigen von dem aussichtslosen Kampf gegen die Drogenkriminalität, bei deren transnationaler Verfolgung die unübersehbaren praktischen Schwierigkeiten einer äußerst weitherzigen Auslegung des Weltrechtprinzips nicht entgegenstanden[76], während man andererseits gegenüber den schlimmsten Verbrechen der Menschheit in Gestalt des Genozids Ressourcenknappheit meint geltend machen zu sollen. Ganz abgesehen von solcher Unausgewogenheit sind die Folgen für das Gesamtsystem der Strafjustiz kaum auszudenken, wenn die materiellen Strafanwendungs- und die prozessualen Zuständigkeitsregeln noch durch eine „Überforderungsprüfung" zu ergänzen wären und damit letztlich entwertet würden.

Wenn man gleichwohl meint, die bei weltweiter Verfolgungspflicht zu befürchtende Verfahrenswelle kanalisieren zu müssen, so scheint sich dafür eine großzügige Anwendung der Verfahrenseinstellung nach § 153 c Abs. 1 Nr. 1 anzubieten[77]. Doch darf man sich davon nicht zuviel an Entlastung versprechen. Denn von dieser Vorschrift zu erwarten, daß sie „immer eine prozessuale Korrektur (ermöglicht), wenn die Gefahr einer Überforderung der deutschen Justiz tatsächlich entsteht"[78], mag auf den ersten Blick plausibel klingen; doch selbst wenn eine solche Verfolgungsbremse bei rein innerdeutschen Verfahren zulässig wäre, was angesichts einer möglichen Aushöhlung des Legalitätsprinzips keineswegs ausgemacht erscheint[79], kann jedenfalls bei Auslandstaten das Verfolgungsermessen durch völkerrechtliche Vorgaben beschränkt sein. Wenn etwa nach Nr. 94 Abs. 2 RiStBV[80] der Staatsanwalt im Einzelfall „prüft, ob völkerrechtliche Vereinbarungen die Verpflichtung

---

Ausräumung dieses praktischen Problems offenar nicht der Erwähnung wert erschien. Vgl. zu diesen Fällen im einzelnen auch oben zu und in Fn. 3 f.

75 Vgl. oben II.1 zu BGHSt 45, 65 f.

76 Zu dem insoweit großzügigen Umgang der Rechtsprechung mit dem von ihr aufgestellten Anknüpfungspostulat vgl. bereits oben III.

77 In diese Richtung *Werle*, JZ 1999, 1181, 1183 und zu § 6 Nr. 5 StGB bereits BGHSt 34, 334, 337, freilich jeweils ohne Berücksichtigung möglicher völkerrechtlicher Ermessensreduktionen.

78 So *Werle*, a.a.O. mit Hinweis auf *Rieß*, in Löwe/Rosenberg, StPO, 24. Auflage, 1989, § 153 c Rn. 2.

79 Vgl. etwa die grundsätzlichen Bedenken von *Schoreit*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO (KK), 4. Auflage 1999, § 152 Rn. 14, im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung auch justizökonomischen Gesichtspunkten Raum zu geben.

80 Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren in der Fassung v. 1. 2. 1997.

begründen, bestimmte außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der Strafprozeßordnung begangene Taten so zu behandeln, als ob sie innerhalb dieses Bereichs begangen worden wären", so würde er bei positiver Feststellung einer solchen Verfolgungspflicht, wie sie gerade auch der Genozid-Konvention entnommen werden kann[81], in seiner Ermessensentscheidung nach § 153 e StPO nicht mehr völlig frei sein[82]. Zudem wird bei einer Nicht-Verfolgungsentscheidung nach § 153 c StPO der Unrechtsgehalt des Tatvorwurfs nicht gänzlich außer acht bleiben dürfen. Selbst wenn es dabei primär um öffentliche bzw. politische Interessen – und dabei insbesondere um die Abwendung von Konflikten mit anderen Staaten – gehen mag, ohne daß es „in erster Linie" auf die Schuld des Täters ankomme[83], und selbst wenn richtig ist, daß die Ermessensentscheidung nach § 153 c Abs. 1 Nr. 1 StPO nicht auf bestimmte Straftatbestände beschränkt[84] und mithin eine entsprechende Einstellung bei jeder denkbaren Straftat möglich ist, so wird doch die Schwere des angelasteten Unrechts innerhalb einer grundsätzlich allumfassenden Würdigung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen; andernfalls würden das Gleichbehandlungsprinzip und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einer Opportunität ausgeliefert, die schwerlich mit der Forderung vereinbar wäre, daß bei § 153 c StPO das Opportunitätsprinzip nur gilt, wenn gegenüber dem von general- und spezialpräventiven Erwägungen sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz bestimmten öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung einem auf Nichtverfolgung ausgerichteten öffentlichen Interesse insgesamt das größere Gewicht zukommt[85]. Demzufolge kann im Falle des Genozidverdachts das Einstellungsermessen durch völkerrechtliche Verfolgungspflichten signifikant reduziert sein.

Wenn man sich somit von „prozessualen Korrekturen" gemäß § 153 c StPO nicht allzuviel versprechen darf, braucht dies dennoch nicht zu bedeuten, daß praktische Schwierigkeiten der Strafverfolgung bei Genozid, wie etwa bei völlig unzureichenden Erkenntnismöglichkeiten über einen im Ausland befindlichen Verdächtigen, völlig außer acht zu bleiben hätten. Ohne dafür durch das Postulat eines Inlandsbezugs die Strafverfolgungskompetenz per se beschränken zu müssen, wäre etwaigen Ermittlungsschwierigkeiten eher im Rahmen des Beurteilungsspielraums nach § 152 StPO Rechnung zu tragen, indem man an zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens entsprechende Anforderungen stellt[86].

Fordert man für einen solchen Tatverdacht freilich nicht mehr, als daß eine Bestrafung oder überhaupt ein Strafverfahren als möglich erscheint, also keine Umstände vorliegen, die eine Bestrafung oder überhaupt ein Strafverfahren als von vornherein sicher ausschließen[87], so wird in der Regel bereits dann eine Verpflichtung zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens bestehen, wenn der Aufklärung des vom Anzeigeerstatter behaupteten Verbrechens

---

81 Vgl. oben IV.3.

82 Vgl. *Schoreit*, KK (Fn. 79), § 153 c Rn. 8

83 Wobei dies von *Grauhan*, Bewältigung von Großverfahren, GA 1976, 225, 235, daraus zu folgern sei, daß der Gesetzgeber die Entscheidung nach § 153 c in die Hand der Staatsanwaltschaft (und nicht in die eines Gerichts) gelegt habe.

84 *Plöd*, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger (KMR), Kommentar zur Strafprozeßordnung, Band 2, 20. Stand Juli 1999, § 153 c Rn.1.

85 So zutreffend *Meyer-Goßner*, in: Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. Auflage 1999, § 153 c Rn. 15.

86 Vgl. dazu *Meyer-Goßner* (Fn. 85), § 152 Rn. 4, wonach bloße Vermutungen nicht ausreichen; vgl. allerdings auch *Schoreit*, KK (Fn. 79), § 152 Rn. 28 ff. zu den Grenzen des dabei bestehenden Spielraums.

87 *Dahs*, NJW 1985, 1113, 1114; *Geerds*, GA 1965, 321, 327.

nicht von vornherein unüberwindbare praktische Erkenntnishindernisse entgegenstehen. Sind die Erkenntnismöglichkeiten der Verfolgungsbehörden hingegen begrenzt und ist auch keine Änderung der (meist politisch bedingten) Lage zu erwarten, so steht es der Staatsanwaltschaft frei, das Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO einzustellen, wenn die bisherigen Ermittlungen den Anfangsverdacht nicht bestätigt haben. Selbst wenn sich jedoch ein Anfangsverdacht ergeben hat, gleichzeitig aber auch die Gewißheit besteht, daß sich der Beschuldigte auf absehbare Zeit nicht aus seinem auswärtigen Refugium hinauswagen wird, so käme eine Verfahrenseinstellung nach § 205 StPO in Betracht[88]: Dies würde immerhin deutlich machen, daß die Bundesrepublik Deutschland weder auf ihre Strafgewalt verzichtet noch voreilig und endgültig die Durchsetzung des Strafanspruchs aufgibt.

Auf diese Weise würde immerhin folgendes erreicht: Es würde „ein Zeichen für das Recht und gegen das Unrecht"[89] gesetzt, es würde die völkerrechtliche Dimension beachtet, und es würde zugleich den komplexen Problemen der Strafverfolgung Rechnung getragen, ohne daß von vornherein die deutsche Strafgewalt restringiert würde oder unbesehen auf den § 153 c Abs. 1 Nr. 1 StPO zu rekurrieren wäre.

VI. Ausblick: Ausgewogene Revision des transnationalen Strafrechts

Die Reaktion der deutschen Strafgewalt auf Völkermord in der Welt wirft Licht und Schatten. In zu großem Kontrast stehen das Versprechen universaler Strafverfolgung nach § 6 Nr. 1 StGB einerseits und die durch nationale Rücksichtnahme reduzierte Einlösung durch die Rechtspraxis andererseits.

Was die hellere Seite betrifft, so war der deutsche Gesetzgeber zunächst gut beraten, für Genozid ausdrücklich das Weltrechtsprinzip vorzusehen, da sich die Rechtspraxis erheblichen Auslegungsschwierigkeiten ausgesetzt sähe, wenn sie – wie dies in anderen Rechtsordnungen zu beobachten ist[90] – anhand der Vorgaben der Genozid-Konvention die jeweiligen Möglichkeiten und Grenzen nationaler Strafgerichtsbarkeit zu ermitteln hätte. Auch die überdurchschnittlich vielen Verfahren, die wegen Genozid-Verbrechen im ehemaligen Jugoslawien von deutschen Strafverfolgungsbehörden eingeleitet worden sind[91] und zu einer – im internationalen Vergleich – überdurchschnittlichen Anzahl von Prozessen geführt haben[92], zeigen ein helles Licht.

---

88 Nach *Paeffgen*, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 15. Lieferung März 1996, § 205 Rn. 9, kann das Verfahren unstreitig vorläufig eingestellt werden, wenn sich der Angeklagte im Ausland aufhält, aber seine Gestellung trotz Erlaß eines Haftbefehls wegen des Verfahrensgegenstands nicht ausführbar ist; dies dürfte auch dann der Fall sein, wenn sich ein Zufluchtsland aus politischen Gründen weigert, einen mit Haftbefehl Gesuchten auszuliefern; vgl. auch BGHSt 37, 145, 146, *Meyer-Goßner* (Fn. 85), § 205 Rn. 1.

89 *Roggemann*, NJW 1994, 1436, 1438.

90 Siehe dazu die in Vorbereitung befindliche Untersuchung für die Cassese-Festschrift (oben Fn. 69).

91 *Roggemann*, Die internationalen Strafgerichtshöfe, 2. Auflage 1998, S. 51, berichtet von 80 Ermittlungsverfahren.

92 Übersicht über 4 Verurteilungen in Deutschland bei *van Heeck*, Humanitäres Völkerrecht, 2000, 27.

Der Schatten wird vor allem von der zögerlichen Rechtsprechung des BGH geworfen. Sieht man von einigen Widersprüchlichkeiten in einem schweizerischen Entwurf ab[93], so erweist sich die richterrechtliche Einschränkung des gesetzlich vorgesehenen Weltrechtsprinzips als eine deutsche Besonderheit, die als humanitätspolitische Halbherzigkeit zu bedauern ist; dies um so mehr, als sie weder durch höchstrichterliche Präjudizien zwingend vorgezeichnet noch völkerrechtlich geboten ist. Im Blick auf die universale Dignität der betroffenen Rechtsgüter würde auf der Linie neuerer völkerrechtlicher Erkenntnisse eher eine extensive Verfolgungspflicht als ein restriktives Verfolgungsermessen naheliegen.

Deshalb sollte sich die deutsche Rechtsprechung aufgefordert sehen, ihre neuerliche Zurückhaltung zu revidieren und nicht zuletzt im Bewußtsein ihrer geschichtlichen Verantwortung weder Mühen noch Kosten zu scheuen, um bei der universalen Bekämpfung derart gravierender Verbrechen gegen die Menschheit und die Menschlichkeit mit gutem Beispiel voranzugehen. Davon darf sie sich auch nicht durch die erhoffte völkerstrafrechtliche Verstärkung durch einen Internationalen Strafgerichtshof, wie er auf der Grundlage des Rom-Statuts im Entstehen ist, abhalten lassen. Denn ganz abgesehen von dessen lediglich komplementärer Zuständigkeit[94], bleibt über die Erstverantwortung der nach Art. 12 des Rom-Statuts primär zuständigen Strafgerichtsbarkeit des Tatortstaates und des Nationalitätstaates des Beschuldigten die Mitverantwortung auch der übrigen Nationalstaaten durch das Universalitätsprinzip aufrechtzuerhalten. Nichts wäre fataler, als wenn durch eine an nationalen Interessen orientierte und von vorauseilender Souveränitätsrücksicht geprägte Rücknahme des Weltrechtprinzips der Eindruck entstünde, daß es auch über das Lebensrecht ganzer Bevölkerungsgruppen so etwas wie eine exklusive Souveränität bestimmter Einzelstaaten gebe, in deren (Mangel an) Fähigkeit oder Bereitschaft zu wirksamer Verbrechensverfolgung sich andere nationale Strafgewalten nicht einzumischen hätten.

Dieses Plädoyer für eine konsequente Durchsetzung des Weltrechtprinzips bei Völkermord ist jedoch keineswegs als Ermunterung zu jedweder Expansion deutscher Strafgewalt zu verstehen. Im Gegenteil bleibt an dem hier im Mittelpunkt stehenden Grundsatzurteil des BGH zu seiner Reduktion des Weltrechtprinzips bei Genozid in umgekehrter Richtung zu monieren, daß er durch Etablierung einer „Annexkompetenz" auf tateinheitlich begangene Tötungsdelikte die deutsche Strafgewalt auch auf sonst nicht nach dem Weltrechtsgrundsatz zu verfolgende Verbrechen ausgeweitet hat[95]. Soweit die derzeitige Verfassung des deutschen transnationalen Strafrechts in den §§ 3 bis 9 StGB nicht ohnehin schon eine zu weite Ausdehnung der deutschen Strafgewalt eröffnet[96] und einer nicht immer geradlinigen Rechtsprechung Vorschub leistet[97], wäre es an der Zeit, diese Geltungsbereichsvorschriften einer grundlegenden Revision zu unterziehen. Dabei wäre mit kritischer Sonde die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf jene Straftaten zu beschränken, welche auch dann von deutschen Gerichten abgeurteilt werden sollten, wenn sie nicht auf deutschem Territorium begangen wurden und auch sonst nicht originär deutsche Interessen berühren[98].

---

93 Siehe Bundesrätliche Botschaft vom 31. 3. 1999, in: Bundesblatt 1999, S. 5327, 5342.

94 Vgl. oben in und zu Fn. 47.

95 BGHSt 45, 64, 69 ff.; vgl. oben zu Fn. 48.

96 Kritisch dazu bereits *Eser*, in: Festschrift für H.-H. Jescheck, 1985, Bd. II S. 1369 ff.; vgl. auch Sch/Sch-*Eser* (Fn. 9), Vorbem. 3, 12 vor § 3 mit weiteren Nachweisen.

97 Vgl. zu derartigen Widersprüchlichkeiten *Eser*, in: Canaris/Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, Bd. 4, S. 1 ff.

98 Auch dazu vgl. bereits *Eser*, in BGH-Festgabe S. 24 ff.; auch von *Lagodny/Nill- Theobald*, JR 2000, 205 ff. wird eine grundlegende Reform gefordert.

Bei einer derartigen Durchforstung, die sich freilich nicht nur auf die einschlägigen Normen selbst beschränken dürfte, sondern auch die dazu ergangene Rechtsprechung erfassen müßte, würde einmal mehr das Mißverhältnis zutage treten, mit dem man einerseits verhältnismäßig leichte Verkehrsstraftaten im Ausland, ähnlich wie bereits an den Betäubungsmitteldelikten gezeigt[99], ohne allzu große Souveränitätsskrupel der deutschen Strafgewalt zu unterwerfen versucht, während andererseits bei der Verfolgung schwerster Menschenrechtsverletzungen wie Genozid letztlich die Bremse gezogen wird[100].

Wenn schon der Einsatz nationaler Strafgerichtsbarkeit sicherlich zu Recht auch in Nutzen-Kosten-Kategorien zu beurteilen ist, so sollte mehr die qualitative Bedeutung der Delikte und der von ihnen betroffenen Rechtsgüter das Leitbild eines „menschheitsgerechten Strafrechts" sein. Dann würde vielleicht auch schneller deutlich, an welchen Stellen die deutsche Strafjustiz Ressourcen einsparen könnte und sollte: vielerorts, aber gewiß nicht bei Genozid.

---

99 Vgl. oben III.

100 Zu den extremen Unterschieden im Unrechtsgehalt der unter § 6 StGB gefaßten Straftaten und zu den grotesken Auswirkungen des § 6 Nr. 5 StGB vgl. auch *Merkel* (Fn. 42), S. 237, 240 ff.

ALBIN ESER

NATIONAL JURISDICTION OVER EXTRATERRITORIAL CRIMES WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL COMPLEMENTARITY

A COMPARATIVE SURVEY ON TRANSNATIONAL PROSECUTION OF GENOCIDE ACCORDING TO THE PRINCIPLE OF UNIVERSALITY*

I. IMPACT ON NATIONAL JURISDICTION OF THE ESTABLISHMENT OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

One of the most exciting issues that arose in the course of the debate surrounding the establishment of an International Criminal Court was the relationship of the Court to national criminal jurisdiction: Should national tribunals withdraw completely in the case of international crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court or should they take action, if at all, under the auspices of or as an agent of the International Criminal Court? Conversely, should national courts maintain primary jurisdiction and thereby leave only a subsidiary role to the International Criminal Court? Or should preference be given to some type of concurrent jurisdiction? The Rome Statute eventually broke new ground with the principle of "complementarity":

(a) in that, to the extent that proceedings before the International Criminal Court are inadmissible if and so long as criminal prosecution is carried out by a competent national tribunal, national criminal prosecution takes temporal precedence;

(b) in that, as the jurisdiction of the International Criminal Court applies if the national tribunal is neither willing nor able genuinely to investigate or prosecute, international criminal jurisdiction is subsidiary;

(c) in that, as it is ultimately up to the International Criminal Court to ascertain the inability or unwillingness on the part of the national criminal tribunal, the International Criminal Court has the last word: to this extent the primacy in the hands of the International Criminal Court is not temporal, but rather final and definitive.[1]

---

* Originalbeitrag erschienen in: Lal Chand Vohrah (Hrsg.): Man's inhumanity to man: essays on international law in honour of Antonio Cassese. The Hague [u.a.]: Kluwer Law International, 2003, S. [279] – 296.

1 For more details on the genesis and the complex regulation of the jurisdiction of the International Criminal Court in the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC Statute) see *J.T. Holmes*, 'The Principle of Complementarity', in: R.S. Lee (ed.), The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute (1999), pp. 41-78; *A. Eser*, 'Towards an International Criminal Court: Genesis and Main Features of the Rome Statute', in: 20 University of Tasmania Law Review (2001), pp. 1-28, and, with a detailed survey on the various proposals submitted during the Rome Conference, *Sh. A. Williams*, in: O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999), Art. 12, nos 5-12.

Although this complementarity between national and international criminal jurisdiction is formulated in general terms and the wording does not restrict it to specific national jurisdictions, the main interest presumably lies with the national jurisdiction of those states on whose affiliation with the Rome Statute the exercise of the International Criminal Court's jurisdiction depends. According to Art. 12(2) of the Rome Statute, these are the state where the offense was committed and the state of which the defendant is a national. These states need not, however, be the only national jurisdictions to which the crime in question is subject. For in addition to the principles of territoriality and active personality (nationality of the offender) there are, as is commonly known, further principles according to which national criminal law applies to an extraterritorial crime: above all the passive personality principle (nationality of the victim), the representational principle by way of vicarious administration of justice (e.g., especially in cases where an originally competent state is unable to prosecute because extradition of the offender is not possible), as well as, with special significance for international crimes, the principle of universality (e.g., especially for offenses that can be prosecuted on the basis of international conventions regardless of the state in which the offense was committed).[2]

It is primarily the above mentioned principle of universality that, with respect to the complementarity regulation of the Rome Statute, may lead in some respects to new conflicts but may also run the risk of being taken less seriously in the future. On the one hand, new conflicts may arise, for example, in cases of genocide under Art. 6 of the Rome Statute: Here the International Criminal Court may invoke jurisdiction under Art. 17 if neither the State where the crime occurred nor the State of the defendant's nationality has initiated prosecution or where unwillingness genuinely to prosecute has been determined. At the same time, another country may maintain that its national criminal law applies according to the principle of universality, and it may institute corresponding prosecutorial action. The principle of ne bis in idem (Art. 20 Rome Statute) cannot prevent such a national tribunal from prosecuting so long as the International Criminal Court has not yet convicted or acquitted.[3] On the other hand, countries whose national criminal law applies to extraterritorial international crimes according to the principle of universality might, assuming complementary jurisdiction of the International Criminal Court, relax their own prosecutorial efforts, a

---

2 For further details on the various principles that can extend punishability in different ways in different countries across national borders, see *A. Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, (26th ed. 2001), preliminary remarks p. 4 ff. to § 3, *H.-H. Jescheck/Th. Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, (5th ed. 1996), p. 171 ff.:, on the origins of these principles, see *D. Oehler*, Internationales Strafrecht, (2nd ed. 1983), p. 47 ff.; on the recent developments in Germany see *A Eser*, 'Die Entwicklung des Internationalen Strafrechts', in: Th. Vogler (ed.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Vol. II, (Berlin 1985), p. 1353, 1362 ff.; in the foreign literature, see, e.g., Halsbury's Laws of England, Vol. 11(1) Criminal Law, (4th ed. 1990), para. 620 ff.; *M. Cobo Del Rosal/T.S. Vives Antòn* Derecho Penal, Parte General, (5th ed., 1999), p. 209 ff.; *F. Mantovani*, Dritto Penale, 3. Edition, (1992), p. 959 ff.; *W. LaFave/A.W. Scott, Jr.*, Substantive Criminal Law, Vol. 1, (1986), p. 179 ff.; *A. Huet/Koering-Joulin*, Droit pénal international, (1993), p. 209 ff.

3 On the not entirely persuasive rule contained in Art. 20 (2) of the ICC Statute, see *I. Tallgren*, in: Triffterer (ed.), supra note 1, Art. 20 no. 15. According to this rule, states that are parties to the treaty are distinguished from those that are not, whereby the latter are not affected by the treaty itself – or, consequently, by a decision of the ICC; any effects would simply be due to a "general respect for the ICC judgments." In the opposite case, i.e., when a judgment of a state not party to the treaty already exists, the ICC may ignore the principle of ne bis in idem only in accordance with the requirements laid out in Art. 20 (3) of the ICC Statute.

development which could eventually result in a weakening of the suppression of international crimes.

Recent tendencies in the German case law show that the reality of this danger cannot be denied. Although genocide (§ 220a German Strafgesetzbuch) belongs to those crimes for which the German criminal law is applicable independent of the law of the state where the crime was committed and which accordingly are subject to prosecution by the German criminal justice system even when the crime was committed abroad (§ 6 No. 1 German Strafgesetzbuch), this clear expression of the principle of universality was recently restricted by the additional requirement of a "legitimate domestic nexus". This means that for genocide committed outside German borders, even though substantive German criminal law is applicable, German jurisdiction can only be justified if "in the individual case, a direct connection between the prosecution and the Inland is established". Up until now, the mere existence of the long term presence of the suspect in the Federal Republic of Germany and the suspect's domestic arrest after voluntarily setting foot on German soil was considered sufficient.[4] Even if this requirement of a domestic connection is primarily due to respect for the international principle of non-intervention, the true reasons for this restriction of the principle of universality may well have to be sought elsewhere; for regardless of the fact that German case law has not exactly been known for paying special consideration to foreign sovereignty interests,[5] an exclusive sovereignty of nation states, including the state where the crime was committed, can hardly take priority over the rights of humankind, as these rights are infringed in the case of genocide.[6] Hence the main reason might be the fear, expressed by the Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court) itself, that domestic criminal justice could be "overburdened" by the responsibility for "world-wide" prosecution of crimes.[7] This judicial retreat from transnational prosecution based on the fear of an unmanageable workload is alarming, not least because until now Germany has been one of the countries that have spared no pains or expense in order to make a substantial contribution to the fight against international crime. Should these forces now slacken, in the hope, for instance, that the International Criminal Court "will take care of every-

---

4 The first signs of this precedent can be found in the rulings of the Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court), in 14 Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) (1994), 232; 19 NStZ (1999), 236; 19 Strafverteidiger (StV) (1999), 240 as well as in the landmark decision at 45 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) (1999), 65 ff.

5 In two early decisions in which a "legitimate domestic nexus" was required for the first time (27 BGHSt [19781, 30, 32; 34 BGHSt [1988], 334, 336), it was less a matter of the restriction of the principle of universality than its additional support in extraterritorial drug crimes in the face of feared objections from neighboring states with more lenient penalization for drug dealing. For more details regarding this countervailing issue, see *A. Eser*, 'Völkermord und deutsche Strafgewalt', in: A. Eser/J. Goydke/K.R. Maatz/D. Meurer (eds.), Strafverfahren in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner, (2001), pp. 1-29 (9ss.).

6 For further details, see *Eser*, ibid., pp. 12 ss.

7 BGH in 19 NStZ (1999), 236; 19 StV (1999), 240. In addition to the case law described and criticized in more details in *Eser*, supra note 5, it should be mentioned, however, that meanwhile there are clear signs of a change: After the Federal Constitutional Court, though not having definitely to decide upon, left open whether the Federal Supreme Court's requirement of a legitimate domestic connection might be a "overstretching of [national] jurisdictional limitations by international law" (BVerfG Juristen Zeitung 56 (2001), pp. 975 (980)), the 3rd Senate of the Federal Supreme Court in a recent decision indicated "not to deem such an additional domestic nexus as necessary" (BGH NJW 54 (2001), pp. 2728, 2732). As to the explicitly contrary position taken by the most recent German legislature see infra p. 295 note 43.

thing", then the demands made on that Court could well become even greater than currently anticipated.

In light of this background, an overview of how other countries handle the prosecution of extraterritorial offenses under the principle of universality would appear to be useful: to what extent this principle exists at all, to what extent its use is subject to various restrictions and to what extent other inconsistencies can be observed. Although it would have been desirable to undertake this kind of overview of all offenses that fall within the jurisdiction of the International Criminal Court, the amount of time available for conducting this research permitted investigation only with respect to genocide; this crime appears especially appropriate, however, since due to the Genocide Convention it has been transformed into the national criminal law of a relatively large number of countries.[8] An additional remark concerning the countries chosen for consideration should be made: their selection was decisively determined by the availability of relevant materials and of the legal experts qualified to evaluate them.[9]

Yet another explanation also appears to be necessary, namely, that the national jurisdictional rules for genocide must always be viewed in the context of the national legal tradition and possibly in light of concrete national interests as well. Last but not least, they may be dependent on the extent to which the countries in question have implemented the Genocide Convention. Although organizational schemes other that the one presented here are conceivable, it seems appropriate to differentiate between three groups of countries: first, those with a legal system that embraces generally restrictive prosecution (II); second, those with a legal system lacking any express jurisdictional rules for genocide (III); and third, those with a legal system with far-reaching prosecutorial potential (IV). In the final section (V), the various methods of transnational prosecution of genocide are evaluated and the question is raised whether and in what form a harmonization of national jurisdictional rules with respect to international crime would be advantageous.

II. Legal Systems With Generally Restrictive Prosecutorial Approaches

It is characteristic for the countries belonging to this group that the transnational expansion of their national criminal law is mainly aligned with the protection of their own interests. Consequently, comparatively little support is given to the assertion of supranational prosecutorial interests; this is the case even when an international crime such as genocide indirectly affects national interests, an effect that may seem, at first glance, to be unimportant.[10]

---

8 On the other hand, transformation has not taken place in Japan, Columbia, Turkey or in many Arab countries.

9 Therefore I wish at this point to thank all the legal experts at the Max Planck Institute whose country reports contributed to this overview: Dr. Kai Ambos (coordination of information gathered from the Institute's Latin American guests), Holger Barth (France), Christoph Grammer (Belgium and Spain), Kai Hamdorf (Scandinavia), Prof. Dr. Peter Hünerfeld (Portugal), Constanze Jarvers (Italy), Dr. Siegfried Lammich (Russian Federation), Christiane Rabenstein, LL.M. (UK), Dr. Thomas Richter (People's Republic of China), Bas van Riel (Netherlands), Emily Silverman, J.D., LL.M. (USA), Dr. Silvia Tellenbach (Turkey and Arab states), Jonas Peter Weber (Switzerland), and Dr. Ingeborg Zerbes (Austria).

10 On this phenomenon, see the decision of the ICJ of 11 July 1996, Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia, par. 31, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (<www.icj-cij.org>): "It follows that the rights and obli-

Hence, the legal systems that belong to this group subject genocide to domestic prosecution only in cases in which there is a direct connection to the country itself, be it that the offense was committed within its own territory or be it that its own citizens were directly involved.

(a) The United States. American jurisdictional rules are typical for this type of restrictive prosecutorial approach. True to its legal tradition rooted in the principle of territoriality and the protection of its national interests, the United States of America, in its transformation of the Genocide Convention into domestic law in 1988, expressly restricted its national jurisdiction to crimes that are either committed in the United States of America or are committed by American citizens.[11] This method of transformation fits into the traditional American system and, moreover, gives expression to a cautious or even critical approach to the recognition of international criminal tribunals, in any case to the extent that they could possibly be used against American citizens. Nevertheless, in the case of genocide a more expansive prosecutorial approach would not have been beyond the realm of possibility. For in the legal literature, the universality principle is recognized not only in traditional legal areas such as piracy and slavery but also for new categories of crimes – like genocide. This is clearly expressed in the frequently cited, but not binding, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States as compiled by the American Law Institute:

> A state has jurisdiction to define and prescribe punishment for certain offenses recognized by the community of nations as of universal concern, such as piracy, slave trade, attacks on or hijacking of aircraft, genocide, war crimes, and perhaps certain acts of terrorism ...[12]

In the case law as well, formulations that suggest the recognition of the universality principle for genocide and crimes against humanity appear even before 1988. A spectacular example is the extradition of Ivan Demjanjuk by a United States federal court to Israel, whereby the prosecution for egregious violations of human rights was based upon the principle of universality.[13]

More importantly, however, the principle of universality is nothing new to United States-American tort law, where it has been legally anchored since 1789, the year the United States Constitution was written, in the so-called "Alien Tort Claims Act".[14] This law, which

---

gations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention" The following argument reflects the natural law roots of the prohibition against genocide: "[...] principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation?" References at Ambos, 19 NStZ 1999, 404, 406; *Lagodny/Nill-Theobald*, Juristische Rundschau (JR) 2000, 205.

11 See 18 U.S.C. §§ 1091 ff.

12 Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute (ed.) 1987, § 404. See also § 404 reporter's note 1: "Universal jurisdiction to punish genocide is widely accepted as a principle of customary law."

13 Demjanjuk v. Petrovsky, 776 F. 2d 571, 582 (6th Cir. 1985): "[S]ome crimes are so universally condemned that perpetrators are enemies of all people. Therefore, any nation which has custody of the perpetrators may punish them according to its law..."; similarly U.S. v. Layton, 509 F.Supp. 212, 223 (N.D.Cal), appeal dismissed, 645 F.2d 681 (9th Cir. 1981): "[N]ations have begun to extend [universal] jurisdiction to ... crimes considered in the modern era to be as great a threat to the well-being of the international community as piracy"; see also Filartiga v. Peña-Irala, 630 F. 2d 876, 890 (1980), according to which governmentally induced torture violates universal basic norms of human rights and therefore justifies American jurisdiction.

14 28 U.S.C. § 1350 with historical and statutory notes.

allows foreign citizens to file civil claims in American courts for an offense against "the law of nations", regardless of the country where the crime occurred and the citizenship of the parties involved, has experienced renewed interest in the last two decades.[15] The occurrences in the former Yugoslavia led via the civil law – some might call this a "detour" – to a reaction of American justice. In this way, Radovan Karadžić was ordered by an American court on 10 August 2000 to pay $745 million damages to 15 women and two groups of victims; this judgment can, of course, have only a symbolic character due to the difficulties in actually executing it.[16]

(b) Switzerland is also one of the countries that have been rather restrictive until recently. Noteworthy were the Swiss maneuvers – undertaken for reasons of practicality – that can be seen in the transformation of the Genocide Convention into domestic Swiss law: while genocide is to be prosecuted according to the principle of universality,[17] this tenet is qualified in Art. 264 par. 2 Swiss Strafgesetzbuch insofar as the suspect must be present in Switzerland and extradition must be impossible for legal or practical reasons. The universality principle is thus qualified through feasibility considerations and – in this respect going against the system – takes on characteristics of the representational principle of extraterritorial jurisdiction.

(c) A similar rule is also found in Art. 5 No. 1 b) Portuguese Código Penal. In Portugal, genocide is one of the expressly named crimes for which the application of Portuguese law to the extraterritorial offense requires that the perpetrator be apprehended in Portugal and that extradition be impossible.

(d) Although in a form both more apparent and more consistent than that of the Swiss draft, Austrian law employs the representational principle for extraterritorial genocide – as it does for all other crimes committed on foreign soil. Prosecution for genocide committed abroad is only possible if it is also punishable under the law of the state where the crime was committed and the perpetrator was Austrian (§ 65 par. 1 No. 1 Austrian Strafgesetzbuch) or the perpetrator as a foreigner cannot be extradited for reasons other than the type or nature of the offense (§ 65 par. 1 No. 2 Austrian Strafgesetzbuch). In this context, the Austrian Supreme Court affirmed Austrian jurisdiction for genocide committed in Bosnia on account of the absence of a functioning criminal justice system in the state where the genocide was committed.[18] As far as the principle of universality is concerned, however, it does not come into consideration for genocide according to Austrian law because although § 64 par. 1 No. 6 Austrian Strafgesetzbuch establishes domestic jurisdiction where an international obligation exists, it only includes those international agreements that came about after the effective date of the Austrian penal code, a requirement that excludes the Genocide Convention.[19]

---

15 See *S. Walther*, „Private" Ahndung schwerer Menschenrechtsverletzungen: Grenzüberschreitende Ansatze zum internationalen Strafrecht', in: J. Arnold et al. (eds.), Grenzüberschreitungen, 1995, p. 229, 233 ff.

16 U.S. Jury Orders Serb to Pay, International Herald Tribune, 11 Aug. 2000, p. 1.

17 According to a new Bundesgesetz über die Änderung des StGB (Federal Law on Alterations of the Penal Code etc.) of 24 March 2000 (AS 2000, 2725); cf. Bundesrätliche Botschaft (News of the Senate of the Federal Parliament) of 31 March 1999, in: [Schweizerisches] Bundesblatt 1999, p. 5327, 5342.

18 OGH Os 99/94 (partially published in: Neue Rechtsprechung des OGH 1994, 268).

19 *Chr. Mayerhofer*, Strafgesetzbuch (5th ed., 2000), § 321, comment 8.

III. Legal Systems Without Express Jurisdictional Rules For Genocide

Several legal systems have attempted to avoid the conflict of interest between the implementation of the Genocide Convention on the one hand and a limited adoption into national law reflecting the state's own interests and legal system on the other hand, either by declaring the Genocide Convention directly applicable, without further implementing legislation, or at least by foregoing any express jurisdictional rule. Of course, these states cannot escape the basic issue: in which cases may or must they assert criminal jurisdiction over genocide? Rather, the problem is merely shifted from national law to a supranational level, a not undisputed sphere, where the outcome depends on the possible interpretations, based on international law, of the Genocide Convention. As has been shown elsewhere,[20] the Convention is indeed open to a broader interpretation, despite its unambiguous wording. The problems of statutory interpretation are not only shifted to the sphere of international law by means of the actions undertaken in the following countries, but responsibility for them is transferred from the legislature to the judiciary.

(a) The implementation of the Genocide Convention in England, Wales and Northern Ireland through the Genocide Act 1969 presents a good example of the difficulties resulting from the interpretation of the Convention with respect to the exercise of criminal jurisdiction.[21] The Genocide Act – in contrast to the treatment of the principle of universality in the Taking of Hostage Act 1982 – does not refer explicitly to crimes committed on foreign soil. A maxim of the English legal system does indeed hold that national courts, as a general rule, have no jurisdiction over extraterritorial offenses unless the law expressly provides for English jurisdiction.[22] But whether one can conclude from this that English law renounces prosecution of genocide committed outside of England is a subject of controversy in the legal literature[23] as well as in the case law.[24] The need for a clear resolution in actual legal practice has not yet arisen.

The Crimes Against Humanity and War Crimes Bill, submitted to the House of Commons on 24 July 2000, serves, as stated in its preamble, to implement the Rome Statute; in contrast to the Genocide Act, however, it states in Section 3(1) that "a person who, either before or after the coming into force of this section, commits outside the United Kingdom (a)

---

20 See *Eser*, supra note 6, pp. 22 ss.

21 Text in Halsbury's Statutes, Vol. 12, Criminal Law, (4th edition, 1997).

22 Treacy v. DPP, [1971] AC 537.

23 Halsbury's Laws of England, Vol. 11(1), Criminal Law, Evidence and Procedure, para. 634, names, in connection with The Taking of Hostages Act, Genocide Act. However, Archbold, Criminal Pleadings, Evidence and Practice, 2000, § 19-352, doubts whether genocide committed by a British citizen abroad is a crime under English law.

24 In the "Pinochet 3" decision, Lord Millett claims that every state has the right, by virtue of its national right to apply penal sanction, to extend its jurisdiction to crimes committed extraterritorially, R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3) [1999] 2 WLR 827. The dissenting opinion by Lord Slynn in the first, reversed Pinochet decision, R. v. Bow Street Metropolitan Stipendary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte [1998] 3 WLR 1456, however rejects the conclusion that the existence of an international crime creates international jurisdiction and demands an express empowerment through the corresponding Convention, which was lacking in the case of the Genocide Convention. See *N. Boister/R. Burchill*, 'The Pinochet Precedent', in: 10 Criminal Law Forum 1999, p. 405.

genocide, (b) a crime against humanity, or (c) a war crime, is guilty of an offense and may be prosecuted for that offense in accordance with section 5". Section 5, in turn, legislates a mixture of the personality and protective principles, according to which charges can be pressed before a British court if (a) the perpetrator was a British citizen or was employed by the United Kingdom, or (b) the perpetrator was a citizen of a state that was engaged in an armed conflict against the United Kingdom, or (c) the victim was a British citizen or a citizen of a state that was allied with the United Kingdom. In spite of their comprehensive wording, these regulations will most likely have only a minimal effect in practice as they do not reflect the typical circumstances of genocide – the British do not in all probability belong to the circles of possible victims or perpetrators of genocide – and they extend their protection essentially only to Britain and her allies. The clause on "the place of arrest" in section 5, on the other hand, goes a decisive step further. Under this clause, prosecution is permitted independent of the place where the crime was committed, the nationality of the perpetrator or the victim if the perpetrator is present in the United Kingdom after the crime. The bill thereby follows the "ICC-friendly" endeavors of the so-called "like-minded group" of nations that in Rome wanted at very least to affirm the jurisdiction of the ICC if the victim's country or the country where the arrest took place were signatories to the Rome Statute, even though no consensus was reached on the principle of universality.[25]

Should the Crimes Against Humanity and War Crimes Bill actually be enacted, it would mean a considerable advancement for a country whose legal system is essentially shaped by territorial thinking. At the same time it would also mean a standstill at the half-way point, coming close to the approach of the Bundesgerichtshof (German Federal Supreme Court) described above: the suspect's presence in the United Kingdom would become – comparable to the German domestic "jurisdictional nexus" – a requirement for jurisdiction. The principle of universality would therefore be recognized, as a general rule, but prosecution would depend, in practice, on the presence of the suspect. This might well reduce the caseload of law enforcement authorities; however, it would create a domestic nexus requirement, a condition that the gravity of the offense should render unnecessary.[26]

(b) Italy is another country in this category. In Italy, the Genocide Convention was simply brought into force by a law enacted on 10 October 1967 (No. 962), so that Italy, too, has no express transnational rules. Thus, whereas Art. 7 Codice Penale does not mention genocide, it nonetheless provides for exceptions from the principle of territoriality (Art. 3, 6 Codice Penale) – the general rule in Italy – for all criminal acts for which specific statutory provisions or international accords require the application of Italian criminal law (Art. 7 No. 5 Codice Penale). Following a modern interpretation of the Genocide Convention and in line with a legislative decision in Finland (discussed below at IV.a), the view that genocide is one of the crimes to which the universality principle rather than the territoriality principle applies is advocated in the Italian literature.[27] Should this view prevail, the Italian legal position could become a model for those states whose transformation laws simply refer to the validity of the Genocide Convention or whose transnational criminal law contain provisions concerning the international responsibility to prosecute.

---

25 For details see *Williams*, in Triffterer (ed.) supra note 1, Art. 12 margin no. 12; in particular to the "Korean Proposal" see Ambos, 'Der neue Internationale Strafgerichtshof. Funktion and vorläufige Bewertung', in: Jahrbuch Menschenrechte 2000, 122, 126 f.

26 See *Eser*, supra note 6, pp. 14 ss.

27 *A. Crespi/F. Stella/G. Zuccalà*, Commentario breve al codice penale, (3a edizione 1999), Art. 7 1.2.; *G. Fiandaca/E. Musco*, Diritto penale, parte general, (3rd ed. 1995), p. 116.

(c) The People's Republic of China has also done without an explicit transformation. A resolution of the Standing Committee of the People's Congress on 23 June 1984, simply declares applicable all crimes that are binding upon the People's Republic of China. This expansion of jurisdiction was reaffirmed in 1997 by § 9 Chinese Penal Code. As China does not recognize the universality principle for historical reasons,[28] it is of course unlikely that the Genocide Convention will be construed in a universal sense or that China will assert jurisdiction beyond that accorded by the principles of territoriality and personality.

(d) Similarly, it is unlikely for political reasons that the courts in the Russian Federation will interpret the principle of universality as contained in Art. 12(3) Ugolovnyi Kodeks in such a manner as to make extraterritorial genocide (Art. 357 Ugolovnyi Kodeks) a crime in violation of the interests of the Russian Federation or one for which a Russian obligation to prosecute derives from an international agreement. Nonetheless, in light of its erga omnes effect, the Genocide Convention[29] fulfils the requirements of the aforementioned Art. 12(3).

(e) The shifting of the problem to the level of international law, as mentioned above, is also responsible for the unspecified legal position in Denmark, a position that, on account of similar norms, can also be found in Guatemala and Peru. The Danish legal system does not have its own jurisdictional rule for genocide, but rather only the general rule of the universality principle for cases in which international agreements obligate Denmark to undertake criminal prosecution (§ 8 No. 5 Straffelov). Positions taken in the literature, in which an "intermediate position" for the Genocide Convention is spoken of,[30] substantiate the uncertainties in the interpretation, but still allow latitude for a broad interpretation of the agreement with respect to the obligation to prosecute under international law.[31]

(f) In France, genocide is not included in Art. 689 Code de Procédure Pénal (CPP), in which the crimes to which the principle of universality applies are listed. French case law has nevertheless recognized the necessity of national prosecution and, in the absence of jurisdiction over genocide, has attempted to justify the competence of the French courts by means of the Convention against Torture of 10 December 1984 and the related Art. 689-2 CPP.[32] As far as Yugoslavia and Rwanda are concerned, special rules have been enacted in the meantime that limit French jurisdiction expressly to cases where perpetrator and participants were apprehended in France.[33] In light of this unambiguous wording, if only the victim of a relevant crime is present in France, the courts have no choice but to dismiss the case.[34]

(g) In the Latin American countries of Argentina and Venezuela, too, there is no explicit implementing legislation for the Genocide Convention. Instead, the Convention has simply been declared applicable, so that here, as well, transnational prosecution depends upon how the Convention is interpreted. While in Argentina, according to some scholars, the absence

---

28 *W. Auer v. Herrenkirchen*, Das Strafrecht der Volksrepublik China unter besonderer Berücksichtigung des sowjetischen Strafrechts, (1993), p. 24 f.

29 See the evidence in note 10 supra.

30 *F. Harhoff*, 'Jurisdiktion ved resforfølgning of internationale forbrydelser', in: Juristen 2000, p. 18 (23).

31 See *Eser*, supra note 6, pp. 22 ss.

32 See Cass. crim., 6 Jan. 1998, JCP G 1998, II 10158 (p. 1758 ff.).

33 Law No. 95-1 of 2 January 1995 (J.O., 3 Jan. 1995, p. 71) and Law No. 96-432 of 22 May 1996 (J.O., 13 May 1996, p. 7695).

34 Cass. crim., 26 Mar. 1996, Bull. No. 132; RSC 1996, p. 684.

of the principle of universality in the penal code should be made up for by a constitutional norm,[35] in Venezuela, § 4 No. 9 Código Penal permits prosecution at least in cases of crimes against humanity committed on foreign soil.

IV. Legal Systems With Far-Reaching Jurisdictional Rules

In contrast to the restrictive or ambiguous transformations in the countries discussed up to this point, a tendency towards far-reaching national jurisdiction over genocide can be found elsewhere – particularly in recent legislative decisions. The following countries profess, in their jurisdictional rules or in their legal practice, the intention of pursuing universal prosecution of genocide, a crime against humanity, and refute the view that the prosecution of genocide by means of the universality principle represents, from the perspective of international criminal law, a problematic interference into foreign sovereignty.[36]

(a) The approach taken by Finland could serve as a model for many more cautious states with comparable regulations. Chapter 1 § 7 Strafflag states that, in accordance with the principle of universality, Finnish law is applicable to extraterritorial offenses if the universal punishability is based upon a convention that is binding on Finland. Although this kind of general incorporation of international treaties into transnational criminal law can be found in many legal systems (see the examples discussed in sections II and III above), the bold straightforwardness with which the Finnish regulation No. 627 (of 16 August 1996) clarifies the application of the aforementioned Chapter 1 § 7 inspires nothing but admiration. The regulation expressly identifies the Genocide Convention as an international accord that obligates punishment for acts committed abroad. Consequently, Finnish courts are empowered without any explicit regulations to prosecute genocide worldwide without restriction.

(b) In the Netherlands, a 1997 decision of the Hoge Raad der Nederlanden concerning the Wet Oorlogsstrafrecht (war crimes code), which contains the jurisdictional rule for genocide, suggests that Dutch military judges always have universal authority to prosecute genocide.[37] To be sure, the restrictive wording of Art. 3 of this code makes the criminal prosecution dependent on the offense having been committed in Europe and its being directed against a citizen of the Netherlands or against the country's interests. However, in a judgment concerning breaches of the laws and customs of war, this norm was broadly interpreted with reference to the legislative intent that war crimes without any connection to the Netherlands be prosecuted.[38] In this Supreme Court decision, the judges supported the

---

35 Art. 118 of the constitution grants the congress the power to select by law a location for the prosecution of international crimes. This has at times been seen as a sufficient legal basis for the principle of universality; see *G Bidart Campos*, 'El principio de la competencia territorial no rige pars juzgar delitos contra el derecho de gentes: el Art. 102 constitucional', in: 140 El Derecho (E.D.) 140, p. 244M; *E. Colautti*, 'El articulo 118 de la Constitucion y la jurisdiccion extraterritorial' in: 1998-F La Ley (L.L), p. 1100.

36 On the tentativeness of the German case law in this respect, see the references in notes 4, 5 and 7, supra.

37 HR 11.11.1997, Nederlandse Jurisprudentie 1998, 463 (Darko Knežević).

38 See the unambiguous interpretation in the printed papers of the Parliament in 1950/1951, 2258, No. 5, p. 27: "The determination, incorporated in Art. 3, par. 1, gives Dutch judges jurisdiction over the trying and sentencing of war crimes, regardless of the identity of the perpetrator or the

legislative guidelines to the extent that judges have always been entrusted with universal jurisdiction over all violations of the laws and customs of war, and that the jurisdiction also explicitly extends to non-international conflicts. Although no legal precedent regarding genocide yet exists, it may be assumed that it too will be encompassed by this broad interpretation of the jurisdictional rule because of the similarities between it and the offenses at issue in the decision.

(c) In the neighboring state of Belgium, the Genocide Convention was only recently transformed into national law.[39] With this law, Belgium adheres to the tendency apparent in the more recent transformation laws to confer broad prosecutorial jurisdiction. Art. 7 expressly legislates the principle of universality and in this respect corresponds to the German legal position discussed in section I above. Additionally, the restriction found in Art. 12 Code d'Instruction Criminelle, according to which the perpetrator must be apprehended in Belgian territory, does not apply to the prosecution of genocide.[40] The Belgian legislation thereby expressly relinquishes what German case law has sought to establish, despite the nonrestrictive wording of its penal code.

(d) In Spain, Art. 23 par. 4 Ley Orgànica del Poder Judicial (Judicature Act) has, since its amendment in 1985, expressly recognized the applicability of the universality principle in the case of genocide.

(e) Genocide is one of the offenses that carry a minimum sentence of four years in Sweden and for which § 3 No. 7 Brottsbalk expressly recognizes the applicability of the universality principle.

In both Spain and Sweden, the principle of universality applies without restriction. The sentence borrowed from the Swedish literature, according to which the aim of the legislature was to formulate jurisdiction too broadly rather than too narrowly for crimes of this sort in order to prevent any loopholes from sneaking into the prosecutorial system, can be seen as the leitmotif of this approach.[41] This rationale, equally impressive in its simplicity and persuasiveness, is worthy of consideration by the more cautious states and by their courts.

V. Summary And Outlook

The comparative legal overview of the implementation of the Genocide Convention in the surveyed legal systems reveals some inconsistencies: While the substantive core of the Convention was adopted with great uniformity and the elements of the crime in most countries correspond word for word to the text of the Convention, there are considerable differences in the norms regulating national jurisdiction. The causes of this phenomenon can easily be traced back to the ambiguities of Art. VI of the Genocide Convention[42] as well as

---

location of the offence, and even in those cases where the crime was committed by a non-Dutchman in a war, outside of the Netherlands, in which our country is not participating."

39 Art. 7 Loi relative à la repression des violations graves du droit international humanitaire, of 16 June 16, 1993; for details see *L. Reydams*, 'Universal Criminal Jurisdiction: The Belgian State of Affairs', 11 Criminal Law Forum (2000), 183-216.

40 Trauvaux preparatoires, Pasinomie (1993), pp. 1836, 1842.

41 *Asp/Samuelsson*, 'De svenska jurisdiktionsreglerna', in: Jareborg/Asp (eds.), Svensk internationell straffprocessrätt, (1995), p. 61 f.

42 On the genesis and historical interpretation, see *P. Carroll Campbell*, § 220 a StGB, Frankfurt a.M. 1986, p. 69 ff.; for a modern interpretation, see *Eser*, supra note 6, sub. IV.

to the differing legal traditions and the different ways in which these traditions prioritize their interests. Furthermore, it appears for reasons of public relations simpler and more appealing to create a crime of genocide, then, however, to make jurisdiction so restrictive that the scarce resources of the national prosecuting authority are not burdened and one's own national interests continue to be served.

But one should remain aware of the consequences of this tactic, namely, that such catchy norms not only turn the criminal law into a dull weapon but also undermine both the acceptance of the law as well as the formation of shared convictions based on legal ethics. In light of this, the approach of the German judiciary described above – substantive pronouncement of the principle of universality accompanied by its simultaneous practical restriction by the case law – appears especially disastrous; thus, it cannot be recommended to foreign legal systems as an approach to emulate.[43]

Nevertheless, the legal comparison engaged in here has revealed, despite all the differences, a tendency that can, in any event, take on an exemplary role for law-makers, researchers and practitioners throughout the world. Perhaps as a result of the events in Yugoslavia and Rwanda, and perhaps also on account of the rapprochement of (international) criminal law as expressed in the Rome Statute, a trend towards broader jurisdictional regulations, especially in more recent legislative and judicial decisions, can be discerned.[44] The ongoing ratification of the Rome Statute might lend new impetus, at least to those states that agree with the goals expressed in the Statute's preamble. The first effects are already making themselves apparent in the bill introduced to amend the law in the United Kingdom. The Finnish regulation discussed above also reflects recent trends in international criminal law; namely, not only does the prosecution of genocide leave the sovereignty of foreign nations intact but – even more significantly – a world-wide duty on the part of signatory states to prosecute is implied.

As a result, the legal policy question concerning the advisability of a harmonization of jurisdictional rules for international crimes remains open.[45] Impulses in support of harmonization of the law might well emanate from the complementary interaction between supranational and decentralized-national prosecution. Indeed, the two elements of legal enforcement inherently exclude, but are at the same time dependent on, each other. This dependence applies in special measure to supranational levels of authority, which, without help from national courts, would soon be overwhelmed by the demands of coming to terms

---

43 Most fortunately, however, in implementing the Rome Statute into national law, the German Legislature explicitly regulated in § 1 of its new "Code of International Crimes" ("Völkerstrafgesetzbuch" of June 26, 2002) that this code applies to the crimes concerned "even if the crime has been committed abroad and has no nexus to the 'Inland'" (in terms of Germany). On the other hand, however, this unrestricted applicability of substantive law is softened by conceding the prosecutor a certain discretion in refraining from prosecution if the defendant is neither staying in Germany nor expected to do so (§ 153 f German Criminal Procedure Code as amended by the Act of June 26th, 2002). For more details see G. Werle, 'Das Völkerstrafgesetzbuch', 57 Juristenzeitung (2002), pp. 725-734.

44 Cf. also *M. Ch. Bassiouni*, 'Universal Jurisdiction for International Crimes. Historical Perspectives and Contemporary Practice', in: 42 Virginia Journal of International Law (2001), pp. 82-162.

45 As to particular needs and possible solutions, see *A. Eser*, Harmonisierte Universialität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplimentarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen', in: A. Donatsch/M. Forster/Ch. Schwarzenegger (eds.), Strafrecht, Strafprozeßrecht and Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel, 2001, pp. 219-236, esp. at 235 ss.

with major humanitarian catastrophes by means of criminal law. A rapprochement must not, however, become a "race to the bottom". It should not seek the lowest common denominator but rather should take as its goal the unrestricted and universal authority to prosecute. Such a harmonization would signal clearly that there are no "safe havens" for the worst crimes against humanity and that the community of nations is unified in its legal disapproval of the kinds of injustice that arise due to the way in which the law is currently enforced.

ALBIN ESER

INTERNET UND INTERNATIONALES STRAFRECHT*

I. PROBLEMFELDER

„Unbegrenzte Freiheit oder grenzenlose Strafbarkeit im Internet" – sind diese Extreme, wie jüngst von Thomas Weigend kontrastiert[1], die einzige Alternative im Umgang mit grenzüberschreitendem Mißbrauch des Internet? Auch wenn weder einerseits für das Internet die Freiheit grenzenlos noch andererseits seine mißbräuchliche Verwendung unbegrenzt strafbar sein kann, wird mit dieser provokanten Gegenüberstellung doch das Dilemma deutlich, vor das sich das Strafrecht durch die moderne Telekommunikation und Informationsvernetzung mitsamt dem damit gleichzeitig ermöglichten Einsatz für kriminelle Zwecke gestellt sieht. Zwar bedurfte es nicht erst des Internet, wie Eric Hilgendorf auf der Strafrechtslehrertagung von 2001 in Passau meinte[2], um das internationale Strafrecht aus seinem Dornröschenschlaf zu wecken, hat sich dieses doch schon seit geraumer Zeit – nicht zuletzt auf der Ebene des Völkerstrafrechts – als höchst lebendig zu präsentieren verstanden[3]. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß das traditionelle internationale Strafrecht auf die Herausforderungen des Internet mit dessen Leichtigkeit der Grenzüberschreitung und der Universalität seiner Reichweite nicht vorbereitet war.

Ohne hier bereits auf Einzelheiten eingehen zu brauchen, seien zur Beleuchtung des Problemhintergrundes doch wenigstens einige Phänomene aufgezeigt, die für das, was man in einem weiteren Sinne als „Internetkriminalität" bezeichnen könnte, in grenzüberschreitender Hinsicht als charakteristisch erscheinen, wobei im wesentlichen drei Fallgruppen zu unterscheiden sind:

- zum einen der Fall, daß durch das Medium des Internet bereits der Raum für die Begehung „klassischer" Verbrechen in praktisch grenzenloser Weise erweitert wird, indem beispielsweise von Freiburg aus ein Flugzeug durch Einwirkung auf sein Computersystem über Osaka zum Absturz gebracht[4] oder von einem Compu-

---

* Originalbeitrag erschienen in: Dieter Leipold (Hrsg.): Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft: Symposium der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka. Heidelberg: Müller, 2002, S. 303 – 326.

1 *Th. Weigend*, Unbegrenzte Freiheit oder grenzenlose Strafbarkeit im Internet?, in: G. Hohloch (Hrsg.), Recht und Internet, Baden-Baden 2001, S. 85-92. Allgemein zur Diskussion über Regulierungsstrategien im Internet vgl. einerseits *D. R. Johnson/D. Post*, A Rise of Law in Cyberspace, in Stanford Law Review 48 (199511996), S. 1367-1402, andererseits *L. Goldsmith*, Against Cyberanarchy, in: The University of Chicago Law Review 65 (1998), S. 1199-1250.

2 *E. Hilgendorf*, Die neuen Medien und das Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 113 (2001) S. 650-680 (659).

3 Überblick über die Bedeutung des internationalen Strafrechts in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von *A. Eser*, Das ‚internationale' Strafrecht in der Rechtsprechung des BGH, in: C.W. Canaris/C. Roxin/G. Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, München 2000, S.1-26.

4 Vgl. zu diesem und anderen Beispielen *C. Wong*, Criminal Jurisdiction over Internet Crimes, in: Hohloch (Fn. 1), S. 93-107.

ter in Tokio ein Unternehmer in Berlin mit falschen Daten versorgt und dadurch zum Opfer eines Betrugs werden kann,

- zum anderen der Fall, daß das Internet als Träger krimineller Äußerungen dient, indem beispielsweise pornographische Darstellungen und volksverhetzende Aufrufe von einem Iglu in Alaska sowohl gleichzeitig wie auch beliebig wiederholt abrufbar in die Wohnstuben der ganzen Welt übermittelt werden können, wobei dies im einen Land als höchst strafwürdig sanktioniert und im anderen als Ausdruck von Meinungsfreiheit toleriert sein kann,
- sowie zum dritten der Fall, daß die zum Internetsystem verbundenen Computer selbst zum Opfer von kriminellen Eingriffen werden, indem etwa unerlaubt in fremde Datenbanken eingedrungen wird, diese ausspioniert oder Dateien verändert oder sogar zerstört werden.

Werden bei solchen Straftaten in irgendeiner Weise nationale Grenzen überschritten, so stellen sich im Hinblick auf die Anwendbarkeit des deutschen – oder gleichermaßen eines anderen nationalen – Strafrechts in der ersten Fallgruppe der Begehung von „klassischen" Straftaten unter Einsatz des Internet kaum wesentlich neue Fragen; denn selbst wenn dabei die Grenzüberschreitung schneller vonstatten gehen und weitreichender ausfallen mag, fungiert das Internet im Vergleich zu einer postalischen Sendung oder einem sonstwie technisch verlängerten Arm lediglich als ein raffinierteres Hilfsmittel der Tatbegehung, ohne daß mit der technologischen Neuartigkeit auch rechtlich neue Dimensionen eröffnet würden. Deshalb bedarf diese Fallgruppe solcher schon bisher bekannter „Distanzdelikte"[5] nachfolgend keiner näheren Betrachtung. Hingegen können sich in der dritten Fallgruppe, wo das Internetsystem selbst zum Tatobjekt wird, im Falle von Grenzüberschreitungen computerspezifische internationalstrafrechtliche Probleme stellen, wobei freilich auch diese noch vergleichsweise leicht zu bewältigen sind. Am schwersten ist vielmehr die zweite Fallgruppe in den Griff zu bekommen, wo es um die Vermittlung krimineller Inhalte mittels Internet mit möglicherweise weltweiter Verbreitung und Abrufbarkeit geht. Deshalb wird diese Fallgruppe besondere Aufmerksamkeit erfordern.

Bevor man sich dabei in Einzelheiten verliert, erscheint es des Überlegens wert, warum das internationale Strafrecht gerade durch das Internet vor Probleme gestellt wird, wie sie mit anderen technischen Neuentwicklungen nicht ohne weiteres verbunden sind. Offenbar stoßen dabei zwei unterschiedliche Welten aufeinander, die vorweg kurz zu beleuchten sind: die Vorstellungswelt des traditionellen (inter)nationalen Strafrechts (II.) und die praktische Universalität des Internet (III.). Angesichts der expansiven Konsequenzen, die sich daraus für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Internetaktivitäten im Ausland ergeben (IV.), wird nach alternativen Anwendungsstrategien zu suchen sein (V.). Dabei für nationale und transnationale Schutzbedürfnisse einen gangbaren Weg zu finden, ohne damit das nationale Strafrecht sich unbegrenzt transnational expandieren zu lassen, ist eine noch zu bewältigende Aufgabe, die in diesem Rahmen allenfalls angedeutet, aber keinesfalls abschließend gelöst werden kann (VI.).

---

5 Allgemein dazu *A. Eser*, in: A. Schönke/H. Schröder, StGB, 26. Auflage, München 2001, § 9 Rn. 3, 12 ff.

II. Die Vorstellungswelt des traditionellen „internationalen Strafrechts"

1. Terminologische Vorklärung

Wenn hier „international" in Anführungszeichen gesetzt ist, so geschieht dies nicht zum Zweck der Hervorhebung, sondern als Warnsignal gegen sein mögliches Mißverstehen. Denn wenn die Regeln der §§ 3 bis 7, 9 StGB für den räumlichen Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts traditionellerweise als „internationales Strafrecht" bezeichnet werden, so ist das in dreifacher Hinsicht nicht korrekt: Zum einen handelt es sich bei diesen Strafanwendungsregeln nicht etwa um Völkerrecht, wie ihre übliche Kennzeichnung als „international" nahelegen könnte, sondern um internes nationales Recht, das Berührungspunkte mit dem Völkerrecht allenfalls insofern hat, als das nationale Strafrecht seinen Anwendungsbereich nicht beliebig über die eigenen Grenzen hinaus erstrecken darf, sondern in der Souveränität anderer Staaten, die durch ein Verbrechen mitbetroffen sein können, eine Grenze finden kann. Zum anderen sind diese Strafanwendungsregeln selbst insoweit nicht „international", als sie die Erstreckung des deutschen Strafrechts auf Auslandstaten erlauben; denn soweit das deutsche Strafrecht damit nicht gegen ein völkerrechtliches Verbot verstößt, handelt es sich zwar um eine Überschreitung nationaler Grenzen, die aber durchaus einseitig erfolgen kann und nicht unbedingt einen internationalen Vertrag mit davon betroffenen Staaten voraussetzt: Insofern ist die grenzüberschreitende Straferstreckung nationalen Rechts besser als „transnationales" Strafrecht zu bezeichnen[6]. Allenfalls dort, wo sich ein Land durch ein zwischenstaatliches Abkommen zur Verfolgung und Bestrafung von bestimmten Straftaten verpflichtet hat, wie dies in dem hier interessierenden Internet-Bereich hinsichtlich harter Pornographie denkbar ist, könnte man von „internationalem", wenn nicht sogar von „supranationalem" Strafrecht sprechen[7]. Selbst soweit jedoch – und somit zum dritten – die deutsche Strafgewalt auf Auslandstaten erstreckbar ist, kommt nationales (deutsches) Strafrecht – und nicht etwa das fremde Recht des Tatortstaates – zur Anwendung.

Mit diesen terminologischen Vorbemerkungen sind bereits einige Grundsätze und Begriffe angesprochen, die noch einer näheren Betrachtung bedürfen.

2. Die Territorialität als Ausgangsprinzip

Nach § 3 StGB gilt das deutsche Strafrecht für Taten, „die im Inland begangen werden". Dieses Territorialprinzip, das in entsprechender Weise wohl in allen Rechtsordnungen – einschließlich der japanischen – zu finden sein dürfte, erscheint als so selbstverständlich, daß es keiner weiteren Betrachtung zu bedürfen scheint[8]. Dies ist jedoch nur insoweit

---

6 So schon *A. Eser*, Grundsatzfragen transnationaler Kooperation in Strafsachen, in: Bundesministerium der Justiz, Verbrechensverhütung und Behandlung Straffälliger, 8. Kongreß der Vereinten Nationen, 1990, S.15 ff. sowie in: Schönke/Schröder (Fn. 5), Vorbem. 1 f zu §§ 3-7.

7 Siehe zu den Begrifflichkeiten auch *D. Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Auflage, Köln 1982, S. 1 ff.

8 Zu den grundlegenden Prinzipien des „internationalen Strafrechts", die in variierender Weise die Strafbarkeit über die nationalen Grenzen hinaus erstrecken können, vgl. u.a. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), Vorbem. 4 ff zu §§ 3-7, *H.-H. Jescheck/Th. Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, S. 171 ff., zu den Ursprüngen dieser Prinzipien vgl. *Oehler* (Fn. 7), S. 47 ff.; zur jüngeren Entwicklung in Deutschland vgl. *A. Eser*, Die Entwicklung des Internationalen Strafrechts im Lichte des Werks von Hans-Heinrich Jescheck, in: Th.

selbstverständlich – weil dem Wesen eines Staates immanent –, als sich seine Strafgewalt jedenfalls auf das eigene Territorium erstrecken darf, wenn nicht sogar muß. Geht die Frage jedoch dahin, ob die Strafgewalt auf das eigene Territorium zu beschränken ist und sich demzufolge nicht auf exterritoriale Straftaten erstrecken darf (bzw. im Falle möglicher Auslandserstreckung das Territorialprinzip jedenfalls das Ausgangsprinzip sein muß), so kann von Selbstverständlichkeiten kaum noch die Rede sein. So ist es einerseits nicht viel mehr als hundert Jahre her, daß ein so einflußreicher Strafrechtler wie Karl Binding die Strafgesetze „jeder territorialen Begrenzung spotten" sah[9], und so war andererseits aufgrund einer Verordnung von 1940 nicht das Territorial-, sondern das aktive Personalprinzip mit seiner Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf deutsche Staatsangehörige, wo immer sie im In- oder Ausland straffällig wurden, bis zum Inkrafttreten des reformierten StGB im Jahr 1975 das maßgebliche Ausgangsprinzip[10]. Daran zu erinnern, geschieht nicht aus einem – hier möglicherweise verfehlt erscheinenden – rechtshistorischen Interesse als vielmehr im Sinne eines rechtspolitischen Fingerzeigs auf die Wandelbarkeit des Strafanwendungsrechts – und warum dann nicht auch als Empfehlung für die Lösung moderner Internet-Probleme?

Gleichwohl bleibt jedenfalls de lege lata festzuhalten, daß die Anwendbarkeit des derzeitigen deutschen Strafrechts auf dem Territorialprinzip aufbaut und man sich damit insbesondere auch mit der langen Tradition des common law in Einklang finden darf.

3. Erstreckung auf Auslandstaten – Anknüpfungspunkte

So elementar die staatliche Strafgewalt mit dem Staatsgebiet verbunden ist, hat sich eine strikte Beschränkung darauf doch längst als zu eng erwiesen. Deshalb hat es schon seit langem unterschiedlich weitgehende Versuche gegeben, das eigene nationale Strafrecht auch auf Auslandstaten zu erstrecken. Dies kann jedoch, weil damit die Grenzen souveräner Staaten überschritten werden oder deren Staatsbürger betroffen sein können, nach heutigen völkerrechtlichen Grundsätzen nicht beliebig geschehen, sondern nur insoweit, als es durch einen tragfähigen Anknüpfungspunkt legitimiert ist[11]. Dafür kommen im wesentlichen drei Legitimationsgründe in Betracht:

Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Band II, Berlin 1985, S. 1353-1377 (1362 ff.); aus der Literatur anderer Länder vgl. etwa *Halsburys Law of England*, 4. Auflage, London 1990, S. 462 ff.; *M. Cobo Del Rosal/T.S.Vives Antòn*, Derecho Penal, Parte General, 5. Auflage, Valencia 1999, S. 209 ff.; *F. Mantovani*, Diritto Penale, 3. Auflage, Padua 1992, S. 959 ff.; *W. LaFave/A. W. Scott, J.R.*, Substantive Criminal Law, 1, St. Paul 1986, S. 179 ff.; *A Huet/R. Koering-Joulin*, Droit pénal international, Paris 1993, S. 209 ff.; *St. Trechsel*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1998, S. 58 ff.

9 *K. Binding*, Handbuch des Strafrechts, Band 1, Leipzig 1885, S. 370 ff., wonach man „nicht fälschlich die territoriale Grenze der inländischen Strafgerichte auf die jeder territorialen Begrenzung spottenden Strafgesetze" übertragen könne (S. 371).

10 Näher zu dieser Entwicklung vgl. *Eser*, in: Jescheck-FS (Fn. 8), S.1362 ff.

11 Daß aber ein Staat die Strafgewalt über die Grenzen des eigenen Territoriums jedenfalls dann ausdehnen kann, wenn insofern ein „sinnvoller Anknüpfungspunkt" zum eigenen Staat besteht, ist seit der vielzitierten „Lotus"-Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofes vom 7.9.1927 gerichtlich festgestellt; darin ging es um ein Strafverfahren in der Türkei gegen einen französischen Offizier, der durch ein von ihm verschuldetes Seemanöver den Tod eines türkischen Seemannes verursacht hatte: Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), Recueil des Arrêts, Sér.A, No. 10 (1927), vgl. *Weigend* (Fn 1), S. 87. Eine Bestätigung dessen findet sich in der „UN Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations

- Zum einen die Verantwortlichkeit eines Staates für sein Staatsvolk, indem eigene Staatsangehörige, wo auch immer sie eine Straftat begehen, dem nationalen Strafrecht unterworfen werden. Dieses „aktive Personalprinzip" hat insbesondere in § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB seinen Niederschlag gefunden. Danach kann sich jeder deutsche Internetdelinquent, wo auch immer er in der Welt tätig wird, nach deutschem Strafrecht zu verantworten haben, allerdings vorbehaltlich der noch zu beachtenden Strafbarkeit am Tatort.
- Zum zweiten kann ein Staat sowohl zum eigenen Schutz wie auch aus Schutzpflicht gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen zur Erstreckung seines nationalen Strafrechts auf Auslandstaten legitimiert sein. Nach diesem einerseits dem Schutz staatlicher Interessen dienenden „Realprinzip", wie es verschiedenen Fallgruppen des § 5 StGB zugrunde liegt, bzw. des „passiven Personalprinzips", wie es in § 7 Abs. 1 StGB verkörpert ist, kann sowohl ein ausschließlich im Ausland per Internet vermittelter Landesverrat gegen die Bundesrepublik Deutschland als auch ein exterritorialer Betrug gegen einen Deutschen durch Verfälschen von Daten nach deutschem Strafrecht verfolgt werden.
- Zum dritten kann ein Staat zum Schutze von universell anerkannten Rechtsgütern oder aufgrund von internationalen Verpflichtungen berechtigt sein, bestimmte Straftaten unabhängig vom Tatort – und damit auch bei ihrer Begehung außerhalb des eigenen Staatsgebiets – nach seinem eigenen nationalen Strafrecht zu verfolgen. Nach diesem vor allem in § 6 StGB verkörperten „Universal"- oder Weltrechtsprinzip" können beispielsweise mittels Internet bewirkte Angriffe auf den Luftverkehr, von wo auch immer bewerkstelligt oder worin immer sich auswirkend, dem deutschen Strafrecht unterworfen werden. Entsprechendes könnte man auch für den Fall der sogenannten „stellvertretenden Strafrechtspflege" erwarten, wie sie in § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB zum Ausdruck kommt und beispielsweise praktisch werden kann, wenn durch „Hacking" in das Bankleitsystem eines Landes eingedrungen wird, von wo der dort agierende Hacker inzwischen in die Bundesrepublik Deutschland übergewechselt ist. Auf der Basis dieses Prinzips ist jedoch der Einsatz der deutschen Strafgewalt im Sinne von „internationaler Solidarität" nur dann möglich, wenn das Hacking auch nach dem Tatortrecht strafbar ist. Dieses Erfordernis einer mit dem deutschen Strafrecht „identischen Tatortnorm", was praktisch auf eine „doppelte Strafbarkeit" hinausläuft, gilt in gleicher Weise für die vorgenannten Fälle des aktiven und passiven Personalprinzips in § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB, nicht jedoch für die Fälle des Real- und Universalprinzips der §§ 5 und 6 StGB. Das ist auch für Internetdelikte von Bedeutung. Denn nur insoweit, als mit Hilfe des Internet eine der in den §§ 5 und 6 StGB genannten Straftaten begangen wird – und dazu zählen im wesentlichen nur innerstaatliche Interessen oder universal geschützte Rechtsgüter –, ist der Tatort wie auch das dort geltende Recht unerheblich, um das deutsche Strafrecht zur Anwendung zu bringen. In allen anderen Fällen von kriminellem Einsatz des Internet hingegen kommt es darauf an, ob die Tat im Inland oder im Ausland begangen wurde; denn letzterenfalls ist sie nur dann strafbar, wenn entweder nach dem aktiven Personalprinzip der Täter (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) oder nach dem passiven Personalprinzip

---

and Cooperation among States in accordance with the Charter of the UN" vom 24.10.1970; vgl *Oehler* (Fn. 7), S. 124. Zu den verschiedenen nachfolgend genannten Anknüpfungsprinzipien vgl. im einzelnen die Nachweise in Fn. 8.

das Opfer (§ 7 Abs. 1 StGB) Deutscher ist bzw. wenn ein ausländischer Täter, weil im Inland betroffen und nicht auslieferbar, aufgrund „stellvertretender Strafrechtspflege" (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) dem deutschen Strafrecht unterliegen soll, wobei jedoch bei jedem dieser drei Anknüpfungsprinzipien die Tat auch am ausländischen Tatort strafbar sein muß. Inwieweit dies in vergleichbarer Weise wie nach deutschem Strafrecht der Fall ist, wird allerdings nicht immer leicht festzustellen sein[12].

4. Grenzziehung zwischen Inland und Ausland – Relativierung durch das Ubiquitätsprinzip

Angesichts der damit gebotenen Unterscheidung zwischen Inlandstaten und Auslandstaten, wobei letztere dem deutschen Strafrecht nur beschränkt zugänglich sind, könnten sich ausländische Internetdelinquenten vor dem Zugriff des deutschen Strafrechts scheinbar sicher fühlen, solange sie mit volksverhetzenden Meinungsbekundungen oder Computereingriffen vom Ausland aus agieren, um potentielle deutsche Opfer einen großen Bogen machen oder – scheinbar noch besser – für ihre Aggressivitäten ein Land auswählen, in dem die Strafbarkeit von Internetdelikten noch unterentwickelt ist. Dieser Schein trügt jedoch. Denn nach § 9 StGB ist „eine Tat an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte". Demzufolge gelten als Begehungsort nicht nur der „Handlungsort" und der „Unterlassungsort", sondern auch der (tatsächliche oder erwartete) „Erfolgsort". Durch diesen sogenannten „Ubiquitätsgrundsatz"[13] wird die Grenze zwischen Inlandstaten und Auslandstaten auf Kosten letzterer nicht unerheblich verschoben, mit der Folge, daß der Täter noch soweit entfernt von Deutschland das Hacking betreiben mag und gleichwohl dem deutschen Strafrecht unterworfen sein kann, wenn die Wirkung auf deutschem Boden eintritt; denn da es sich dann um eine Inlandstat handelt, ist der Täter aufgrund des Territorialprinzips nach § 3 StGB strafbar, ohne daß es auf die Strafbarkeit am Handlungsort in irgendeiner Weise ankäme. Auch ohne die sich daraus für grenzüberschreitende Telekommunikation ergebenden Konsequenzen im einzelnen ausmalen zu müssen, läßt sich bereits erahnen, daß der Ubiquitätsgrundsatz für die Internetkriminalität von weitreichender Bedeutung ist, wobei deren Folgen auf der Basis des „klassischen" Strafrechts schwerlich vorauszusehen waren.

Obwohl der Inlandsbereich durch weite Fassung des Teilnahmeorts (§ 9 Abs. 2 StGB) noch eine zusätzliche Expansion erfährt, wurde die damit eröffnete grenzüberschreitende Erstreckung des deutschen Strafrechts zunachst nicht als besonders problematisch empfunden; denn solange es nur um „klassische" Verletzungsdelikte wie Betrug oder Totschlag ging, waren die Beispielfälle, in denen eine im Ausland begangene Tat wegen des Erfolgseintritts in Deutschland als inländisches „Distanzdelikt" zu behandeln ist, fast an den Fingern abzuzählen. Spätestens aber seit auch schon bloße Gefährdungen, die von einem ausländischen Handlungsort bis ins Inland ausstrahlen können, einen inländischen Erfolgsort sollen be-

---

12 Näher dazu *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 7 Rn. 7 ff., *J. Scholten*, Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit nach § 7 StGB, Freiburg 1995.

13 Zu diesem bereits auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. insbes. RGSt 74, 56, 58) zurückgehenden Grundsatz vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 9 Rn. 3; *Oehler* (Fn. 7), S 246 ff.; *Jescheck/Weigend* (Fn. 8), S. 178.

gründen können[14] und die Kategorie der Gefährdungsdelikte immer größeren Zuwachs gefunden hat[15], ist die inlandsausweitende Konsequenz des Ubiquitätsgrundsatzes nicht mehr zu verkennen. Keine Frage, daß mit den modernen Internetdelikten diese Ausweitungstendenz zweifellos eine neue Dimension erreicht hat.

III. Die grenzenlose Universalität des Internet

1. Der Bedeutungsverlust von räumlichen und zeitlichen Grenzen

Ohne Rücksicht auf die zwischen Inland und Ausland differenzierende Vorstellungswelt des traditionellen internationalen Strafrechts ist die Realitat des Internet grenzenlos und universal. Im virtuellen Raum des Internet ist die Welt zu einem „globalen Dorf" geworden, in dem, wie es kürzlich ein indischer Gastwissenschaftler am Max-Planck-Institut ausgedrückt hat, „geography has become history"[16]. Da es sich um eine potentiell weltweite Vernetzung dezentral verteilter, autonom agierender Einheiten handelt, wird die Überschreitung, ja Ignorierung von Grenzen zur Regel, wenn nicht gar zur Existenzgrundlage dieser Form der Kommunikation und des Informationsaustausches. Auch zeitliche Dimensionen werden durch die Gleichzeitigkeit von Handlung und Wirkung aufgehoben. Während eine von Berlin nach New York postalisch versandte Briefbombe Grenzkontrollen zu überstehen hätte und Zeit bräuchte, um im UN-Building ein Blutbad anzurichten und selbst dieses schreckliche Verbrechen in seiner Wirkung auf die gerade anwesenden Diplomaten und Besucher beschränkt bliebe, läßt sich durch einen einzigen Computervirus, von welchem realen Ort auch immer in das universale Netzwerk des Internet eingeschleust, mit einem Schlag die ganze virtuelle Welt verseuchen. Kurzum: Für das Internet bilden Staatsgrenzen keine Barriere, räumliche und zeitliche Distanzen werden mit Leichtigkeit und Schnelligkeit überwunden, potentiell gleichzeitige universale Omnipräsenz wird zum Markenzeichen.

2. Kriminelle Eingriffe in und durch das Internet

Um einen ungefähren Eindruck davon zu vermitteln, auf welche Weise das Internet als Medium für kriminelle Zwecke eingesetzt und dabei unter Umständen selbst zum Opfer werden kann, seien nachfolgend – ohne Anspruch auf vollständige Auflistung denkbarer Internetkriminalität[17] – die wichtigsten Typen von Internetstraftaten aufgeführt, die vom

---

14 So die herrschende Meinung jedenfalls hinsichtlich konkreter Gefährdungsdelikte, vgl. im einzelnen *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 9 Rn. 6, *H. Tröndle/Th. Fischer*, StGB, 50 Auflage, München 2001, § 9 Rn. 4, *G. Gribbohm*, in: Leipziger Kommentar (LK), StGB, 11 Auflage, Berlin/New York 1997, § 9 Rn. 20 jeweils mit weiteren Nachweisen Zum Streitstand hinsichtlich abstrakter Gefährdungsdelikte vgl. *K. Cornils*, Die territorialen Grenzen der Strafgerichtsbarkeit und Internet, in Hohloch (Fn. 1), S. 71-86 (74 ff.); *Tröndle/Fischer* (aaO), § 9 Rn. 5 ff.

15 Kritisch zu dieser Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes u.a. *W. Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz, NStZ 1989, S. 553-559 (557), ohne daß aber dieser Deliktstypus verfassungsrechtlich zu beanstanden wäre: vgl *O. Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996, S. 185 ff., 437 ff.

16 Vortrag von *S.V. Joga Rao* am 29.6.2001 über „Internet Crimes and Legal Response: An Overview of Indian Initiative".

17 Vgl. dazu neuestens *W. Heinz*, Computerkriminalität und Computerstrafrecht, in: Hanyang Law Review (Korea) 17 (2000), S 287-329 (289 ff.).

deutschen Recht für strafbar erklärt wurden. Da es dabei nur um die Strafbarkeit als solche geht, mag zunächst offen bleiben, inwieweit für die Verfolgbarkeit nach deutschem Strafrecht der in- oder ausländische Tatort eine Rolle spielt. Auch soll es sich hier weniger um den mittelbaren Einsatz des Internet zur Verwirklichung „klassischer" Straftaten im Sinne der eingangs genannten Gruppe 1 drehen, wie beispielsweise den mittels Internetsabotage bewirkten Flugzeugabsturz oder, wie neuerdings durch eine vielleicht exotisch erscheinende Entscheidung des OLG Hamburg demonstriert, die virtuelle Einflußnahme auf ein verbotenes Glückspiel[18]; vielmehr soll es hier vornehmlich um internetspezifische Straftaten der beiden anderen Fallgruppen gehen.

a) Dazu ist als erstes – gleichsam als Urform der Computerkriminalität – das sogenannte „Hacking" zu nennen, indem zur unbefugten Kenntnisnahme, Veränderung, Löschung und Kopierung von Daten in fremde Rechner bzw. Computernetze eingedrungen wird. Auch wenn es dabei – im Unterschied zu den immateriellen Wertverlusten moralischer Verseuchung durch Internet – lediglich um materielle Werte gehen mag, sind die jüngst vom Bundeswirtschaftsministerium auf etwa 30 Milliarden DM pro Jahr geschätzten Vermögensschäden durch Betrug und Spionage auch volkswirtschaftlich keine „quantité négligeable"[19].

   Zu dieser Deliktsgruppe gehören

   - der sogenannte „ elektronische Hausfriedensbruch" (§ 202a StGB),
   - das Löschen, Unterdrücken, Unbrauchbarmachen oder Verändern von Daten (§ 303a StGB), wie etwa durch Einschleusung eines Computervirus, wobei sogenannte Computersabotage zu Lasten von Unternehmen und Behörden strafverschärft sind (§ 303b StGB),
   - die Fälschung beweiserheblicher Daten (§ 269 StGB), indem sich beispielsweise der Täter des Signaturschlüssels eines Dritten bedient, um unter falscher Identität Waren- oder Bankgeschäfte vorzunehmen,
   - das Ausspähen fremder Geschäftsgeheimnisse mittels der modernen Datenübertragung (§§ 17 Abs. 2, 18 UWG), wie es insbesondere durch den Einsatz bestimmter Spähprogramme erleichtert wird,
   - ebenso wie schließlich zum Schutz persönlicher Daten auch Strafbarkeit wegen Unterlassens nicht auszuschließen ist, so wenn beispielsweise berufliche Geheimnisträger wie Ärzte oder Rechtsanwälte durch Versäumung von möglichen Verschlüsselungen das Abfangen von E-Mails durch Unbefugte nicht unterbinden (§§ 203, 13 StGB, § 43 Bundesdatenschutzgesetz)[20].

b) Das schon im „Hacking" mitspielende Ausnutzen fremder Daten kann sogar zum Hauptzweck werden, wie dies mit dem unter dem Namen „Napster" bekannt gewordenen Phänomen des Anbietens und Tauschens urheberrechtlich geschützter Werke bekannt geworden ist und sich offenbar grassierender Nachahmung er-

---

18 OLG Hamburg, MMR 2000, 92; vgl. zum ganzen auch *A. Leupold/P. Bachmann/Ch. Pelz*, Russisches Roulette im Internet, MMR 2000, S. 648-655 (652 ff.); *M. Laukemann/M. Junker*, Neues Spiel, neues Glück – Zur strafrechtlichen Zulässigkeit von Lotterien und Ausspielungen im Internet, AfP 2000, S. 254-257.

19 „Betrug im Internet", in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 13.6.2001, S. 17.

20 Vgl. dazu *N. Harting*, Unverschlüsselte E-Mails im anwaltschaftlichen Geschäftsverkehr, MDR 2001, S. 61-63 (61 f.).

freut[21]. Hier sind zwei Formen möglicherweise krimineller Aktivitäten zu beobachten:

- zum einen das sogenannte „Downloading", indem Werke durch Herunterladen von Musik-, Film- oder Videofiles „vervielfältigt" werden (§§ 106, 2 UrhG)[22], und
- zum anderen das sogenannte „Uploading", indem Werke über das Internet durch Privatpersonen, kommerzielle Unternehmen oder nicht-kommerziell virtuelle Tauschbörsen „verbreitet" werden (§ 106 UrhG). Auch wenn die strafrechtliche Erfassung solcher Internetmißbräuche zum Teil noch sehr umstritten ist, wird man deren Strafwürdigkeit schwerlich bezweifeln können.

3. Das Internet als Medium krimineller Meinungsäußerung und Kommunikation

Während für die vorangehenden Tattypen die mißbräuchliche Verwendungsart charakteristisch ist, indem manipulierend in die Technik des Internet eingegriffen, seine Technologie zweckentfremdend ausgenutzt oder trotz zweckentsprechenden Einsatzes die massenhafte Verletzung fremder Urheberrechte erleichtert wird, kann das Internet auch dadurch zum kriminellen Medium werden, daß es seinem originären Zweck als Informations- und Kommunikationsmittel entsprechend eingesetzt wird, die dadurch vermittelten Inhalte aber ihrerseits kriminellen Charakter haben. Dabei lassen sich – wenngleich mit fließenden Grenzen – vor allem zwei Arten von Inhaltsdelikten unterscheiden:

a) Zum einen solche, in denen durch Internet eine Meinung vermittelt werden soll, deren Äußerung und Verbreitung strafbar sein kann: Das gilt neben der Verbreitung verfassungswidriger Propagandamittel und Kennzeichen (§§ 86, 86a StGB) vor allem für volksverhetzende Aufrufe und Verleumdungen, wie namentlich in Form der sogenannten „Auschwitz-Lüge" (§ 130 StGB)[23], aber auch durch beleidigende Behauptungen und üble Nachrede (§§ 185 bis 187 StGB).

b) Dazu gehört zum anderen die Verbreitung von pornographischen Schriften (§ 184 StGB) einschließlich Ton- und Bildträgern, Datenspeichern, Abbildungen und anderen Darstellungen (§ 11 Abs. 3 StGB), deren Gefährlichkeit sich keineswegs in möglicherweise sittenverderbender privater Lustbefriedigung erschöpft; vielmehr müssen solchen virtuellen Darbietungen und Vermittlungen vor allem im Falle

---

21 Eingehend zu den technischen Details und daraus resultierenden urheberrechtlichen Fragen jüngst etwa *T. Kreutzer*, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda, GRUR 2001, S. 193-204, 307-312.

22 Dazu *G. Haß*, in: G. Schricker (Hrsg), Urheberrecht, 2. Auflage, München 1999, § 106 Rn. 3, hinsichtlich der automatischen Speicherung von Daten im RAM-Arbeitsspeicher eine strafbare Vervielfaltigung bejahend *C. Hoebbel*, in: M. Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, Köln 1993, Kapitel XXII Rn. 37; *U. Sieber*, in: T. Hoeren/U. Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 2000, Teil 19 Rn. 454, jüngst auch *J.M. Bosak*, Urheberrechtliche Zulässigkeit privaten Downloadings von Musikdateien, CR 2001, S. 176-181 (176 f.); AG Freising CR 1990, S. 55; anderer Ansicht *T. Hoeren/ D. Schumacher*, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, S. 137-146 (142); ebenfalls verneinend LG Mannheim CR 1999, S. 360; offengelassen von BGHZ 112, S. 264, 278.

23 Vgl. dazu unten bei Fn. 35.

von Kinder- und Gewaltpornographie in der realen Welt entsprechende sexuelle Entwürdigungen bis hin zu sado-masochistischen Handlungen und Folterungen zwecks bildhafter Dokumentation vorausgegangen sein. Auch wenn die tatbestandliche Erfassung der Verbreitung derartiger Darstellungen per Internet in Einzelheiten umstritten sein mag, ist der grundsätzliche Bekämpfungswille des deutschen Gesetzgebers in diesem Bereich unverkennbar und wohl auch nicht dadurch zu desavouieren, daß man darin im Ausland Auswüchse gegenwärtiger deutscher „control madness" oder „Internetangst" erblickt[24], wobei in dieser Hinsicht – ähnlich wie in den Niederlanden – wohl auch in Japan das Problembewußtsein erst vergleichsweise schwach entwickelt ist[25].

4. Mögliche Tatbeteiligte: User und Provider

Die strafrechtliche Erfassung von Internetmißbrauch wird weiter dadurch verkompliziert, daß an einem Kommunikationsvorgang verschiedene User und Provider beteiligt sein können und diese zudem möglicherweise in verschiedenen Ländern sitzen: wie beispielsweise in dem Fall, daß ein Japaner in Tokio eine pornographische Gewaltdarstellung ins Internet eingibt, diese durch einen Service-Provider in Kalifornien aufgenommen und des weiteren durch den Geschäftsführer einer deutschen Tochtergesellschaft europaweit zugänglich gemacht wird und schließlich von einer unbegrenzten Zahl von Usern abgerufen werden kann und dies tatsächlich auch geschieht. Bei transnationaler Verbreitung strafbarer Darstellungen dieser Art ist immer wieder eine lösungserschwerende Vermischung von Beteiligungsfragen und internationalen Strafanwendungsproblemen zu beobachten:

- Soweit beispielsweise das Verbreiten oder Abrufen solcher Gewaltdarstellungen nach deutschem Recht strafbar ist, begehen die betreffenden Provider oder User aufgrund von Handeln oder pflichtwidrigem Unterlassen in Deutschland eine Inlandstat, auf die nach § 3 in Verbindung mit § 9 StGB das deutsche Strafrecht anwendbar ist, ohne daß die Strafbarkeit im Ausland in irgendeiner Weise eine Rolle spielen würde. Das gilt insbesondere auch für den Geschäftsführer der in Deutschland ansässigen Tochterfirma eines amerikanischen Service-Providers, falls ihm wegen Nichtunterbindung der infragestehenden Gewaltdarstellungen in Deutschland nach allgemeinen Täterschafts- und Teilnahmeregeln Mittäterschaft oder Teilnahme durch Unterlassen vorgeworfen werden kann; denn insoweit handelt es sich für den deutschen Geschäftsführer um eine Inlandstat nach §§ 9 Abs. 1 bzw. Abs. 2 in Verbindung mit § 3 StGB. Insoweit ist die bekannte CompuServe-Entscheidung, wenn auch im Ergebnis einerseits Mittäterschaft bejahend[26] bzw. eine solche verneinend[27], in beiden Instanzen methodisch zutreffend allein nach deutschem Strafrecht beurteilt worden.
- Daher kann sich die Frage einer transnationalen Auslandserstreckung des deutschen Strafrechts überhaupt erst dann – zudem allerdings auch insofern – stellen, wenn und soweit das Nichtunterbinden des Zugangs nach Deutschland und/oder das bloße Abrufen im Inland (und die Teilnahme im Ausland daran) nicht nach

---

24 Vgl. zu diesen Zitaten *T. Park*, Die Strafbarkeit von Internet-Providern wegen rechtswidriger Internet-Inhalte, GA 2001, S. 27-36 (24).

25 Vgl. *M. Paulus*, Pädo-Kriminelle im Internet, Kriminalistik 2000, S 390-394 (391 f.).

26 *AG München* NJW 1998, S. 2836; siehe dazu *Ch. Pelz*, Die Strafbarkeit von Online-Anbietern, wistra 1999, S. 53-59.

27 *LG München* CR 2000, S. 117.

deutschem Recht strafbar ist und daher an das Eingeben der Gewaltdarstellung in Japan und an das internationale Zugänglichmachen des Providers in Kalifornien anzuknüpfen wäre, wobei die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf zwei Wegen begründet sein könnte: zum einen darauf, daß sich das Eingeben und Zugänglichmachen im Ausland zugleich im Sinne eines „Erfolgsortes" im Inland auswirkt (§ 9 StGB) und demzufolge als Inlandstat (§ 3 StGB) zu behandeln ist, oder zum anderen darauf, daß es sich zwar mangels eines Handlungs- oder Begehungsortes im Inland um eine „Auslandstat" handelt, auf die jedoch unter Umständen nach den §§ 5-7 StGB das deutsche Strafrecht anwendbar sein könnte, und zwar nicht nur auf die in Deutschland agierenden User, sondern auch auf die im Ausland tätig werdenden User und Provider.

Mit diesen Fragen sind wir aber bereits mitten in dem Problemfeld, das nunmehr näher zu beleuchten ist.

IV. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Internetaktivitäten im Ausland

Auch wenn Daten im Ausland ins Internet eingegeben oder ausschließlich von dort aus zugänglich gemacht werden, kann das deutsche Strafrecht unter Umständen auf dreierlei Wegen zur Anwendung kommen (wobei im Falle entsprechender Anwendungsregeln gleiches natürlich auch für andere nationale Strafrechte gelten kann).

1. Strafbarkeit (nur) wenn zugleich Inlandstat

Hier sind die Fälle gemeint, in denen über die Internetaktivität im Ausland hinaus normativ auch noch ein inländischer Handlungs- oder Erfolgsort angenommen werden kann.

- Dies kann sich einerseits aus tatbestandsspezifischen Beschreibungen der Tathandlung ergeben, indem beispielsweise als „Zugänglichmachen" nicht nur das Einstellen einer Information ins Internet am ersten ausländischen Eingabe- oder Providerort gilt, sondern jede weitere Provider-Aktivität bis letztlich hin zu einer im Inland erfolgenden – mit entsprechender Begründung eines inländischen Handlungsortes (Alt. 1 von § 9 Abs. 1 StGB) oder Unterlassungsortes (Alt. 2 von § 9 Abs. 1 StGB)[28]. Auf diesem Wege kann beispielsweise die Bereitstellung von sog. Einwahlknoten durch einen Zugangsprovider im Inland, wodurch einem ausländischen Server der Zugang zu Inlandskunden eröffnet wird, zur Inlandstat werden. Ist dies der Fall, so sind nicht nur die im Inland tätigen Vermittler nach deutschem Recht strafbar, sondern möglicherweise auch ausländische User und Provider, weil im Falle der Tatbeteiligung an einer Inlandstat das deutsche Strafrecht auch auf den ausländischen Beteiligten anwendbar wird, und zwar ohne Rücksicht auf eine etwaige Nichtstrafbarkeit am ausländischen Tätigkeitsort (§ 9 Abs. 2 StGB).
- Das gleiche Ergebnis ist allgemein – und zudem unabhängig von mehr oder weniger zufälligen Tatbestandsfassungen – dadurch zu erreichen, daß neben dem körperlichen Handlungsort auch der Standort des Servers, auf dem der Täter eine Datei gezielt und kontrolliert speichert und/oder zum Abruf bereitstellt, zum Tatort

---

28 So namentlich das *AG München* NJW 1998, S. 2836 im bereits (oben bei Fn. 26) angeführten CompuServe-Fall.

gerechnet wird und gegebenenfalls einen inländischen Handlungsort begründen kann[29].

- Andererseits wird selbst bei rein ausländischer Internetaktivität ein inländischer „Erfolgsort" überall dort für möglich gehalten, wo im Falle eines Gefährdungsdelikts auch im Inland eine Gefährdung eintreten kann[30]. Wird dies bereits in jedem Falle einer „Abrufbarkeit" im Inland angenommen, wie von einer derzeit wohl vordringenden Meinung[31], so wird das deutsche Strafrecht über Meinungsbekundungsdelikte hinaus auch bei manchen vermögensrechtlichen Gefährdungsdelikten, wie etwa beim Kapitalanlagebetrug (§ 264a StGB), anwendbar, wenn falsche Prospekte oder Vermögensübersichten so ins Internet gestellt werden, daß sie auch in Deutschland abrufbar sind.

Ob und inwieweit solche Expansionsmöglichkeiten des deutschen Strafrechts Unterstützung verdienen oder eher des Widerstands bedürfen, hängt maßgeblich von der entsprechenden Interpretation des Handlungs- und Erfolgsorts im Internet ab. Da diese Entscheidung nicht zuletzt von grundsätzlichen Anwendungsstrategien abhängt, ist darauf anschließend noch aus rechtspolitischem Blickwinkel zurückzukommen.

2. Strafbarkeit unabhängig vom Tatort

Hier geht es vor allem um die in den §§ 5 und 6 StGB aufgeführten Tatbestände, auf die unabhängig vom Recht des Tatorts das deutsche Strafrecht anwendbar ist. Auch wenn der Wortlaut dieser Bestimmungen von der „Begehung im Ausland" ausgeht, kann man bei den in den §§ 5 und 6 StGB aufgelisteten Tatbeständen gleichwohl von der Strafbarkeit nach deutschem Recht unabhängig vom Tatort sprechen, da diese Taten, falls sogar im Inland verwirklicht, bereits nach § 3 StGB dem deutschen Strafrecht unterfallen. Also gleich, ob nach § 3 StGB im Inland oder nach den §§ 5, 6 StGB im Ausland begangen, ist auf die darin genannten Taten das deutsche Strafrecht anwendbar.

Mit Blick auf das Internet als möglichem Medium der Tatbegehung gilt dies insbesondere aufgrund von § 6 Nr. 4 bis 6 StGB für die Verbreitung „harter Pornographie" (§ 184 Abs. 3 und 4), für den per Internet vermittelten Menschenhandel (§§ 180b, 181 StGB) und den Vertrieb von Drogen (nach dem Betäubungsmittelgesetz) sowie aufgrund von § 5 Nrn. 2, 4 und 7 StGB für hochverräterische Aufrufe oder landesverräterische Offenbarungen (§§ 81 bis 83 bzw. 94 bis 100a) wie auch für die Ausspähung von Betriebsgeheimnissen deutscher Unternehmen (§ 202a StGB, §§ 17 Abs. 2, 201 UWG). Aber auch die Vermittlung von Organhandel, wenngleich insoweit beschränkt auf deutsche Internetbenutzer, kann nach § 18 Transplantationsgesetz in Verbindung mit § 5 Nr. 15 StGB unabhängig vom Tatort nach deutschem Recht strafbar sein.

---

29 So namentlich *K. Cornils*, Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet, JZ 1999, S 394-398 (396), sowie in: Hohloch (Fn. 14), S. 79 ff., deren Auffassung auch mir akzeptabel erschien: vgl. *Eser*, in: BGH-Festgabe (Fn. 3), S. 24 sowie in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 9 Rn. 4, aber auch unten zu 40.

30 Vgl. oben zu Fn. 14 f.

31 Vgl. *M. Collardin*, Straftaten im Internet, CR 1995, S. 618-622 (620); *C. Kuner*, Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet, CR 1996, S 453-458 (455 f.); *U. Conrad/U. Schlomer*, Die Strafbarkeit der Internet-Provider, NStZ 1996, S. 366-369 (368 f.); im Ergebnis auch *Sieber*, Internationales Strafrecht im Internet, NJW 1999, S 2065-2073 sowie *T. Hörnle* NStZ 2001, S. 309, 311 in Anm. zu BGH NJW 2001, S. 624.

3. Strafbarkeit als (reine) Auslandstat

Im übrigen können kriminelle Internetaktivitäten selbst bei ausschließlicher Begehung und Auswirkung im Ausland dem deutschen Strafrecht unterfallen, wenn – erstens – gemäß dem aktiven Personalprinzip der Täter Deutscher ist (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) oder – zweitens – gemäß dem passiven Personalprinzip das Internetopfer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt (§ 7 Abs. 1 StGB), wie beispielsweise bei einem von New York aus gegen einen in Japan lebenden Deutschen gerichteten Hacking, oder wenn – drittens – ein im Ausland tätiger Ausländer, wie beispielsweise ein von Singapur aus agierender indischer Hacker, nach seiner Festnahme beim Umsteigen am Frankfurter Flughafen wegen Nichtauslieferbarkeit gemäß „stellvertretender Strafrechtspflege" der deutschen Strafgewalt unterworfen werden darf (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB).

In allen diesen drei Fällen des § 7 StGB ist jedoch ein wichtiger Vorbehalt zu beachten: Die Internettat muß auch am Tatort mit Strafe bedroht sein. Durch dieses Erfordernis einer „identischen Tatortnorm" soll verhindert werden, daß sich das deutsche Strafrecht auch für solche Gebiete Geltung anmaßt, in denen der territorial primär zuständige Auslandsstaat strafrechtlichen Schutz für nicht geboten hält. Für eine „identische" Tatortnorm genügt zwar einerseits nicht schon die Existenz von Internettatbeständen überhaupt; doch braucht sich andererseits der ausländische Tatbestand weder notwendig mit dem deutschen zu decken noch denselben Rechtsgedanken zu verfolgen; erforderlich, aber auch genügend ist nach herrschender Meinung vielmehr, daß die konkrete Tat sowohl unter die deutschen wie auch unter die Deliktsvoraussetzungen der ausländischen Strafnorm gebracht werden kann[32].

4. Zusätzliches Erfordernis eines „legitimierenden Inlandsbezugs"?

Dieser Überblick über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Internetaktivitäten im Ausland könnte unvollständig erscheinen, wenn nicht noch eine ungeschriebene Voraussetzung genannt würde, die der Bundesgerichtshof neuerdings für den Einsatz der deutschen Strafgewalt für erforderlich hält, nämlich das Vorliegen eines sogenannten „legitimierenden Inlandsbezugs". Nachdem dieses Erfordernis zunächst in eher anwendungsfreundlichem Sinne im Zusammenhang mit Drogendelikten entwickelt worden war[33], um es dann allerdings gegenüber einer möglichen Überforderung durch Genozidverfahren in umgekehrter Richtung als Bremsfaktor einzusetzen[34], wurde es im Australien-Fall auch als Anwendungsfilter in Internetverfahren eingebracht, wobei jedoch der Bundesgerichtshof bei der infragestehenden „Auschwitz-Lüge" keine Mühe hatte, einen die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts begründenden Bezug zur Bundesrepublik Deutschland herzustellen[35]. Eine solche Strafanwendungshürde führt jedoch, wie von mir bereits an anderer Stel-

---

32 Zu Einzelheiten vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 7 Rn. 7 ff.; *Gribbohm* LK (Fn. 14), § 7 Rn. 16 ff.

33 BGHSt 27, S. 30; 34, S. 334, BGHR StGB § 6 Nr. 5 Vertrieb 2.

34 So nach ersten Ansätzen in BGH NStZ 1994, S. 232 f., BGHR StGB § 6 Nr. 1 Völkermord und BGH NStZ 1999, S. 236 dann insbes. in BGHSt 45, S. 64 m. Anm. *K. Ambos* NStZ 1999, S 396, m. Anm. *G. Werle*, JZ 1999, 5.1176 und m. Anm. *O. Lagodny/C. Nill-Theobald* JR 2000, S. 202.

35 BGH NJW 2001, S. 624, 628.

le dargetan[36], nicht bei allen betroffenen Rechtsgütern zu einer völkerrechtlich gebotenen Einschränkung, sondern kann im Gegenteil, namentlich bei „Menschenrechtsgütern", sogar zu einer universalen Strafverfolgung anhalten. Aber auch hinsichtlich der Anknüpfungsgründe des Real- und Universalprinzips der §§ 5, 6 StGB erscheint der vom Bundesgerichtshof eingeschlagene Weg nicht als adäquat[37], um das von ihm angestrebte Ziel einer Einschränkung des deutschen Strafrechts zu erreichen, selbst wenn dieses Anliegen durchaus berechtigt sein mag.

Deshalb bleibt die Frage, wie der vorangegangene Befund, der für die Internetkriminalität einen nicht gerade engen Anwendungsbereich für das deutsche Strafrecht ergeben hat, zu bewerten ist. Dies hängt nicht zuletzt von der Grundeinstellung ab, mit der man in der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts einerseits eine willkommene Chance zu bestmöglicher Internetkontrolle oder andererseits eine mögliche Quelle transnationaler Strafrechtskonkurrenzen sieht und dementsprechend bei offenen Fragen zu eher ausweitender oder eher einschränkender Auslegung neigt.

V. Expansive versus restriktive Anwendungsstrategien

1. Transnationale Ausweitungstendenzen

Schon im Bereich der „klassischen" Kriminalität ist das deutsche Strafrecht nicht gerade für nationale Zurückhaltung bekannt. Obgleich die grundsätzliche Rückkehr zum Territorialprinzip durch die Reform von 1975 den Rückzug der deutschen Strafgewalt auf Inlandstaten hätte signalisieren können, vermochte sich das deutsche Strafrecht bereits durch die zusätzlichen Anknüpfungspunkte des aktiven und passiven Personalprinzips, des Real- und Universalitätsprinzips einschließlich der stellvertretenden Strafrechtspflege einen nicht gerade bescheidenen Geltungsbereich zu bewahren, zumal durch den Ubiquitätsgrundsatz die Grenze zwischen Inlands- und Auslandstaten nicht unbeträchtlich zugunsten eines weitgespannten Inlandsbereichs verschoben ist[38]. Dieser ohnehin schon starke – und daher zu Recht nicht ohne Kritik gebliebene – Expansionsdrang des deutschen Strafrechts[39] scheint mit der potentiellen Grenzenlosigkeit des Internet völlig außer Kontrolle zu geraten,

---

36 *A. Eser*, Völkermord und deutsche Strafgewalt – Zum Spannungsverhältnis von Weltrechtsprinzip und legitimierender Inlandsbezug, in: A. Eser/J. Goydke/K.R. Maatz/D. Meurer (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Goßner, München 2001, S. 1-29 m. weiteren Nachweisen zum Streitstand.

37 Was offenbar auch seitens des BGH inzwischen so gesehen wird; denn nachdem bereits das BVerfG im Hinblick auf den in BGHSt 45, 64 (Fn. 34) geforderten „legitimierenden Inlandsbezug" von einer möglichen „Überdehnung der völkerrechtlichen Kompetenzschranken durch den BGH" gesprochen hatte (BVerfG NJW 2001, S. 975, 980), zeigte sich auch der 3. Strafsenat des BGH geneigt, „solche zusätzlichen legitimierenden Anknüpfungsstrafsachen" für nicht erforderlich zu halten (BGH NJW 2001, S. 2728, 2732).

38 Näher dazu *Eser*, in: Jescheck-FS (Fn 8), S.1369 ff. sowie in: Schönke/Schräder (Fn. 5), Vorbem. 12 zu §§ 3-7 mit weiteren Nachweisen.

39 Der von seiten der Rechtsprechung noch zusätzlichen Schub verliehen bekam, nicht zuletzt durch die extensive Rechtsprechung zur Internationalitat von Rechtsgütern der Straßenverkehrs- und Aussagedelikte (dazu *Eser*, in: BGH-Festgabe[Fn. 3], S. 6 ff.) bzw. der starken Ausweitung des Universalprinzips in Bezug auf den Rauschgifthandel (dazu *Eser*, in: Meyer-Goßner-FS [Fn. 36], S. 9 ff.); kritisch zum Zustand des deutschen internationalen Strafrechts auch *O. Lagodny/Ch. Nill-Theobald*, JR 2000, S. 205-207 (206 f.) in: Anm. zu BGHSt 45,64.

mit der Folge, daß ebenso wie das Internet auch die Strafbarkeit der Internetkriminalität nach deutschem Recht keine Grenzen zu kennen scheint.

In diese Richtung dürfte die Entwicklung jedenfalls dann hintreiben, wenn man das Potential des Ubiquitätsgrundsatzes in einer Art und Weise ausschöpft, wie dies derzeit zu beobachten ist.

a) Eine solche Ausweitungsgefahr kann bereits darin liegen, daß man, wie wohl erstmals von Karin Cornils vorgeschlagen[40] und auch von mir im Schönke/Schröder[41] – wenngleich zur Abwehr noch weitergehender Ausweitungstendenzen – favorisiert, neben dem körperlichen Handlungsort auch den virtuellen Standort weiterer Server bis hin zu einem etwaigen inländischen Zugangsprovider zum Tätigkeitsort im Sinne von § 9 Abs. 1 Alt. 1 StGB rechnet; dies jedenfalls insoweit, als von dem im Inland ansässigen Dienstanbieter in Gestalt einer „Push-Technologie" eine Datei gezielt und kontrolliert zwecks weiterer Verbreitung gespeichert und/oder zum Abruf bereitgestellt wird[42].

b) Wesentlich expansionsträchtiger als diese „Virtualisierung" des Handlungsorts ist jedoch die „Entmaterialisierung" des Erfolgsortes, indem der dafür nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 StGB erforderliche (tatsächliche oder erwartete) Eintritt des „zum Tatbestand gehörenden Erfolgs" immer mehr von einem – physisch, wirtschaftlich oder sonstwie manifestierten – „greifbaren" Schaden zu irgendwelchen potentiellen Auswirkungen verflüchtigt wird.

   Ohne dazu alle Nuancen dieser schon zuvor angedeuteten Tendenzen (oben IV.1.) entfalten zu müssen, ist gleich auf den entscheidenden Angelpunkt bei den abstrakten Gefährdungsdelikten zuzusteuern. Während bei den Erfolgsdelikten der „zum Tatbestand gehörende Erfolg", der im Falle seines Eintritts im Inland einen inländischen Tatort begründen kann, in der Regel in Gestalt einer konkreten Verletzung des betroffenen Rechtsguts leicht auszumachen ist, war es schon nicht mehr völlig selbstverständlich, im Falle eines konkreten Gefährdungsdelikts eine nur konkrete Gefährdung des betroffenen Rechtsguts im Inland als einen tatortbegründenden „Erfolg" anzuerkennen. Immerhin ist aber eine solche Ausweitung damit zu rechtfertigen, daß § 9 Abs. 1 Alt. 4 StGB, wenngleich gemünzt auf den Fall des Versuchs, bereits einen nur vorgestellten Erfolg genügen läßt und im Vergleich dazu eine konkrete Gefährdung sogar ein Mehr an Rechtsgutsbeeinträchtigung darstellt, da es sich bei den konkreten Gefährdungsdelikten um gleichsam kupierte Erfolgsdelikte handelt, bei denen man mit dem Eingreifen des Strafrechts lediglich nicht abwarten will, bis es zu der – tatsächlich sogar häufig eintretenden – Verletzung kommt. Daher steht der konkrete Gefährdungsort als mögli-

---

40 *Cornils* (Fn. 29), JZ 1999, S. 394-398.

41 *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 9 Rn. 4. Auf der gleichen Linie weitgehend auch *Fischer*, in: Tröndle/Fischer (Fn. 14), § 9 Rn. 8.

42 Ähnlich wie bei mehraktigen Delikten auch das Speichern von Daten auf einem Server zusammen mit dem Eingabevorgang auf dem „Heimat"-PC als Einheit betrachtet wird (*Cornils*, in: Hohloch [Fn. 14], S. 79), läßt sich für die Einbeziehung des Servers in den Raum der Handlungsentfaltung auch die Überlegung ins Feld führen, daß die Daten an diesem Ort zum unkontrollierten Abbruch durch Dritte zur Verfügung gehalten werden und somit die Einspeisehandlung am Computer des Taten erst ab der Speicherung auf dem Server ihre Sozialschädlichkeit und tatbestandliche Gefährlichkeit erlangt, da nunmehr erst der Täter das Geschehen aus der Hand gegeben hat (vgl. *Eser*, in: BGH-FS [Fn. 3], S. 24).

cher Erfolgsort heute zu Recht weitgehend außer Streit. Darüber hinausgehend wollen nun aber manche auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten schon eine nur eine abstrakte Gefährdung des Rechtsguts, um dessentwillen das abstrakte Gefährdungsdelikt geschaffen wurde, als Erfolgsort genügen lassen, wie namentlich Bernd Heinrich[43]. Demzufolge muß im Falle von Internetdelikten schon die bloße „Abrufbarkeit" von Informationen im Inland einen Erfolgsort begründen können[44].

Auch wenn der Bundesgerichtshof noch nicht ganz soweit gegangen ist, befindet er sich mit seinem Rückgriff auf „abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte", die übrigens vor einem anderen Hintergrund bereits in den 70er Jahren von Horst Schröder entwickelt worden waren[45], auf dem Weg dahin, indem er im Zugänglichmachen der „Auschwitz-Lüge" auf einem australischen Server, der Internetnutzern in Deutschland zugänglich war, einen inländischen Erfolgsort darin gesehen hat, daß die volksverhetzenden Äußerungen (§ 130 StGB) konkret zur Friedensstörung im Inland geeignet waren[46]. Auch wenn es im übrigen der Bundesgerichtshof offen gelassen hat, ob bereits ein inländischer Handlungs- (und nicht nur Erfolgs-)ort des ausländischen Service-Providers anzunehmen sei, wenn ein inländischer Internet-Benutzer die Seiten auf dem ausländischen Server aufrufen und damit die Dateien nach Deutschland „herunterladen" würde, braucht man kein Prophet zu sein, um in einem um den abstrakten Gefährdungsort erweiterten Erfolgsort ein zukunftsträchtiges Expansionsfeld fur das deutsche Strafrecht zu erblicken.

c) Die damit eröffnete Schleuse wird sich auch schwerlich damit schließen lassen, daß man ohne Rücksicht auf den Charakter eines Delikts als Verletzungs- oder (konkretes bzw. abstraktes) Gefährdungsdelikt maßgeblich auf die realisierten Wirkungen im Inland abhebt. Diesen Weg versucht namentlich Ulrich Sieber zu gehen, indem er in eigenständiger Auslegung des Erfolgsbegriffs von § 9 StGB dafür auch jeden „Tathandlungserfolg" genügen lassen will[47]: Danach soll jede inländische Wirkung der vom Tatbestand beschriebenen (ausländischen) Handlung einen inländischen Tatort begründen können, wie etwa durch das „Zugänglichmachen" pornographischer Schriften vom Ausland her in der Weise, daß im Inland die Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Inhalt der Schriften eröffnet wird[48]. Doch ganz abgesehen davon, ob es sich damit nicht eher um eine Erweiterung des Handlungsortes (nämlich durch Einbeziehung seiner Entfaltung) und nicht erst des Erfolgsortes handelt[49], wird durch die Erweiterung des Wirkungsbegriffs der Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts ebenfalls eher ausgeweitet denn eingeschränkt. Auch wenn andererseits in betontem Abheben auf die Handlungsbeschreibung ein Vorteil gegenüber der manchmal ohnehin zweifelhaften Einord-

43 *B. Heinrich*, Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikt, GA 1999, S 73-84 (78 ff.).

44 Worauf letztlich auch der Ansatz von *Sieber* (vgl. zu Fn. 47) hinausläuft. Vgl. auch die Nachweise zu und in Fn. 31.

45 *H. Schröder*, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte, JZ 1967, S. 522-525.

46 BGH NJW 2001, S. 624.

47 *Sieber* (Fn. 31), NJW 1999, S. 2068 ff.; krit. dazu Cornils (Fn. 14), S 78.

48 *Sieber* (Fn. 31), NJW 1999, S. 2068 f., 2071.

49 Diese Parallele bemerkt auch *Sieber* (Fn. 31), NJW 1999, S 2070, der sich aber aus „historischen und systematischen" Erwägungen gehindert sieht, diese Extension bei der Definition des Handlungsortes vorzunehmen.

nung als Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt liegen mag, wird dieser doch seinerseits damit erkauft, daß die Inlandsbegründung noch mehr von – anwendungsmäßig möglicherweise nicht bedachten – Zufälligkeiten der Handlungsbeschreibung abhängt[50], wobei hier lediglich erinnert sei an das unterschiedliche Verständnis des „Verbreitens" pornographischer Schriften, was eine körperliche Weitergabe der Schrift erfordern soll[51], und deren „Zugänglichmachung", wofür schon jede andere Art möglicher Kenntnisnahme vom Inhalt genüge[52].

2. Konflikte durch nationale Strafrechtskonkurrenz

Ohne die ohnehin schon zahlreichen Anwendungsmöglichkeiten des deutschen Strafrechts auf ausländische Internetaktivitäten noch einmal vor Augen führen zu müssen, ist nicht zu übersehen, daß die vorangehend beschriebenen Ausweitungen der inländischen Handlungs- und Erfolgsorte der deutschen Strafgewalt ein nahezu grenzenloses Zugriffsfeld eröffnen.

Dies kann einerseits positiv als Chance für das deutsche Recht verstanden werden, seine Vorstellungen über einen richtigen Gebrauch des Internet weltweit respektieren zu lassen und etwaigen Mißbrauch bis in ausländische Wirkungsstätten hinein zu verfolgen, und zwar großenteils sogar ohne Rücksicht auf das Recht des Tatortstaates und dessen möglicherweise abweichende Kommunikations- und Kriminalpolitik.

Damit sind aber andererseits internationale Konflikte geradezu vorprogrammiert[53]. Denn im Unterschied zu den Kollisionsnormen des „internationalen Privatrechts", die bei konkurrierenden Rechtsordnungen der einen oder der anderen Vorrang einräumen und damit möglichen Konflikten vorbeugen wollen[54], handelt es sich beim sog. „internationalen Strafrecht" um Strafanwendungsregeln, die einseitig den Geltungsbereich der nationalen Strafgewalt bestimmen und dabei auch deren Erstreckung auf extraterritoriale Taten erlauben, so daß es zur Konkurrenz mit dem gleichermaßen anwendbaren Strafrecht des Tatortstaates kommen kann[55]. Doch damit nicht genug, können sogar noch weitere Strafrechte in Konkurrenz treten, so wenn der Tatortstaat sein Strafrecht aufgrund des Territorialprinzips zur Anwendung bringt, ein zweiter Staat seine Staatsangehörigen als Täter nach dem eigenen

---

50 Vgl. dazu auch die Beispiele von *Weigend* (Fn. 1), S. 90 sowie die Anm. von *H. Kudlich*, Strafverteidiger 2001, S. 397-399 zu BGH NJW 2001, S. 624.

51 *Th. Lenckner/W. Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 184 Rn. 57; zuletzt auch BayObLG NJW 2000, S. 2911; offenbar weiter nunmehr BGHSt 47, S. 55.

52 *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 184 Rn. 9.

53 Es gilt insoweit zu bedenken, daß die schrankenlose Ausbreitung der nationalen Strafgewalt über die eigenen Grenzen hinaus einer völkerrechtlichen Rechtfertigung bedarf, die gerade in solchen Fällen schwerer zu finden sein wird, in welchen sich in den Ländern und Kulturen dieser Erde nicht die gleichen sozial- und rechtsethischen Überzeugungen finden, vgl. *Weigend* (Fn. 1), S. 85 ff. sowie zu den durch das Internet verstärkten transnationalen Friktionen im Bereich des Ehrschutzes und Sonderehrschutzes („Auschwitz-Lüge") *M. Kubiciel/Th. Winter*, Strafbarkeitsinseln und Globalisierungsfluten – Ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschutzes, ZStW 113 (2001), S. 305-333 (325 ff.), vgl. auch zum weiten Verständnis von Meinungsfreiheit in den USA *E. Kübler*, Rassenhetze und Meinungsfreiheit, AoR 2000, S. 109-130.

54 Vgl. *F. Sturm/G. Sturm*, in: J. Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Bearbeitung, Berlin 1996, Einleitung zum IPR Rn. 9 ff.

55 Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn. 14), Vorbem. 1 zu § 3, ferner *K. Lackner/K. Kuhl*, StGB, 24. Auflage, Müchen 1999, Vorbem. 1 vor §§ 3-7 („einseitige Kollisionsnormen"), siehe auch BGHSt. 6, S. 176 ff.

Strafrecht meint verfolgen zu sollen und ein dritter Staat sein nationales Strafrecht zum Schutz seines verletzten Staatsangehörigen einsetzen will. Bedenkt man im Hinblick auf die Internetkriminalität den Fall, daß eine Vielzahl von Ländern eine Inlandstat schon bei jeder abstrakten Gefahr annähme und dafür die bloße Abrufbarkeit vom eigenen Territorium aus genügen ließe, so wäre eine globale Strafrechtskonkurrenz die unweigerliche Konsequenz. Dabei mag zwar in der Regel jener Staat den Vortritt haben, der als erster des Täters habhaft wird. Selbst dann könnte jedoch der Ergreifungsstaat seiner faktischen Priorität nicht sicher sein, wenn der Staat des Täters seinen Staatsangehörigen selbst vor Gericht stellen möchte, etwa um ihn schärfer oder vielleicht auch milder zu bestrafen. Selbst wenn man bei diesem Szenario davon ausgeht, daß die mit ihrem nationalen Strafrecht konkurrierenden Staaten jeweils einen völkerrechtlich legitimierenden Anknüpfungspunkt für sich geltend machen können, wird der internationale Konfliktstoff um so größer, je mehr ein Land sein nationales Strafrecht über das eigene Territorium hinaus erstreckt[56].

Diese Konkurrenz nationaler Strafhoheiten hat jedoch nicht nur eine zwischenstaatliche Seite, sondern ist auch in individueller Hinsicht von Belang. Denn wenn Internetnutzer damit rechnen müssen, von verschiedenen Strafrechtsordnungen belangt werden zu können, ja sich möglicherweise schon durch die bloße Abrufbarkeit von Daten und Informationen im Ausland strafbar zu machen, müssen sie sich unter Umständen an den Strafvorschriften aller internetmäßig erschlossenen Länder ausrichten – und diese Zahl kann leicht die Hundert überschreiten. Das mag harmlos erscheinen, so lange es um eindeutig und universal strafbare Inhalte geht – würde doch dem Internetkriminellen sogar Recht geschehen, wenn er sich bei Aufrufen zum Völkermord oder vergleichbarer extremistischer Propaganda in keinem Land der Welt mehr vor Strafverfolgung sicher fühlen könnte. Doch ist auch an ausländisches Pönalisieren von Verhalten zu denken, das hierzulande zum Alltag gehört (wie etwa die Werbung für Alkohol oder Damenunterwäsche), in anderen Ländern hingegen verpönt sein kann, bis hin zu Verboten, welche den hiesigen Vorstellungen von Menschenrechten fundamental zuwiderlaufen können[57]. Dazu braucht man sich lediglich den keineswegs aus der Luft gegriffenen Fall vorzustellen, daß ein deutscher Student im Rahmen seiner Aktivitäten für amnesty international eine Liste von Menschenrechtsverletzungen ins Internet stellt, ohne daran zu denken, daß er bei einer späteren Einreise in das betroffene Land als junger Wissenschaftler verhaftet werden könnte, und zwar wegen der dortigen Abrufbarkeit seiner amnesty-Page als Inlandstat. Umgekehrt braucht sich auch die deutsche Strafjustiz nicht darüber zu wundern, wenn die stattgehabte Verfolgung eines Australiers wegen volksverhetzenden Äußerungen im Internet nach deutschem Strafrecht wegen eines anderen Verständnisses von Meinungsfreiheit in seinem Heimatland Irritationen auslöst. Somit hat die Konkurrenz möglicherweise abweichender nationaler Strafrechte auch ihren individuellen Preis.

Deshalb kann es nicht verwundern, daß der Expansionsdrang des deutschen Strafrechts nicht zuletzt im Hinblick auf die Internetkriminalität steigender Kritik ausgesetzt ist.[58]

---

56 Zu den Lösungsmöglichkeiten von Kollisionsfallen vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn 5), Vorbem. 60 zu §§ 3-7.

57 Vgl. *Weigend* (Fn. 1), S. 85,92 wie auch *U. Sieber*, Die Bekämpfung von Haß im Internet, ZRP 2001, S. 97-103 (100 f.).

58 Vgl. u.a. *Sieber* (Fn. 57), ZRP 2001, S. 97 ff., *O Lagodny*, JZ 2001, S. 1198 ff. in: Anm. zu BGH NJW 2001, S. 624.

3. Restriktive Ansätze

Sei es aus dem pragmatischen Bemühen, Konflikte aufgrund nationaler Strafrechtskonkurrenz zu minimieren, sei es aufgrund selbstkritischer Einsicht, den Geltungsbereich des eigenen Strafrechts nicht ungebührlich auszudehnen, sind jedenfalls verschiedenartige Bemühungen zu registrieren, den Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts nicht zu weit ausufern zu lassen, wenn nicht gar zu reduzieren. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit könnten folgende Restriktionsbemühungen hierher gerechnet werden:

- So zunächst solche, die am Ubiquitätsgrundsatz ansetzen und für den Erfolgsort nicht schon eine nur abstrakte Gefährdung im Inland genügen lassen wollen, wobei insbesondere die bloße Abrufbarkeit einer im Ausland ins Internet gestellten Information für die Inlandsbegründung nicht ausreichen soll. Auf dieser Linie liegt auch die mir bereits zugeschriebene Auffassung; denn selbst wenn diese den Handlungsort über den Aufenthaltsort des als Person tätigen Providers hinaus auch auf den virtuellen Standort des Servers erstrecken würde[59], soll damit doch keinesfalls der Erfolgsort erweitert, sondern eher umgekehrt ein solcher Schritt erübrigt werden. Auch die von manchen angestellte Parallele zu „Risikozonen", wie sie von Jörg Martin für grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen zur Einbeziehung von Inlandsbereichen, die an den ausländischen Gefahrenherd angrenzen, entwickelt wurden[60], spricht eher gegen als für die Erweiterung des Interneterfolgsorts auf benachbarte Gefahrenbereiche; denn während sich grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen auch räumlich auf eine benachbarte Risikozone einschränken lassen, ist für Internetdelikte gerade ihre Grenzenlosigkeit charakteristisch.
- Waren die vorangehenden Einschränkungsversuche objektiv orientiert, so gibt es doch auch subjektive Ansätze, nach denen die deutsche Strafgewalt nur dann gegeben sein soll, wenn der Täter zielgerichtet gerade in Deutschland den Erfolg seiner Handlung eintreten lassen will[61] – ein freilich schon praktisch nur schwer beweisbares Kriterium, das man zudem schwerlich aus dem jetzigen § 9 StGB wird herauslesen können.
- Wiederum anders versucht man mit tatbestandsspezifischen Anforderungen einer Inlandserfassung ausländischer Internet-Aktvitäten entgegenzuwirken, indem man beispielsweise – wie bereits zuvor erwähnt – für das „Verbreiten" harter Pornographie nicht schon die virtuelle Inhaltsvermittlung genügen läßt, sondern die Schrift körperlich einem größeren Personenkreis zugänglich gemacht werden muß[62]. So löblich solche räumlichen Verschärfungen sein mögen, liefern sie doch nur punktuelle Zufallslösungen.

---

59 Vgl. oben zu Fn. 40 f.

60 *J. Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, Freiburg, 1989, passim; ders., Grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen im deutschen Strafrecht, ZRP 1992, S. 19-27.

61 So *Collardin* (Fn. 31), CR 1995, S. 618-622 (621); in diese Richtung ließe sich auch die Auffassung von *Oehler* (Fn. 7), S. 213, verstehen, wonach „jedenfalls für Distanztaten" zu fordern sei, daß der im Ausland handelnde Täter den Eintritt des Erfolges gerade im Inland erkennen konnte bzw. erkennen mußte, wodurch die Anknüpfung an eine zufälligen Erfolgsort ausscheide.

62 Siehe zu § 184 Abs. 3, 4 *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 185 Rn. 57, BayObLG NJW 2000, S. 2911 mit weiteren Nachweisen. Eine Gegenmeinung läßt hingegen

Schon eher grundsätzlicher setzen jene Restriktionsbemühungen ein, die – wie jüngst Eric Hilgendorf[63] – eine „territoriale Spezifizierung" fordern oder – wie Michael Kienle[64] – auch für das Ubiquitätsprinzip doppelte Strafbarkeit voraussetzen wollen. Ähnliche Anleihen bei § 7 StGB macht auch Barbara Breuer, indem eine Internet-Straftat selbst bei einem inländischen Erfolgseintritt nur verfolgbar sein soll, wenn sie von einem Deutschen begangen wird oder gegen einen Deutschen gerichtet ist oder wenn ein ausländischer Internet-Täter in Deutschland aufgegriffen wird und nicht ausgeliefert werden kann[65]. Doch selbst wenn solche Vorschläge überlegenswert sein mögen, werden sie ohne entsprechende gesetzliche Korrekturen nicht zu realisieren sein. Deshalb ist – zuguterletzt – der Gesetzgeber auf den Plan gerufen.

VI. Ausblick: Legislative Remedur

In der Tat, wenn man einerseits im Kampf gegen grenzüberschreitende Internetkriminalität nicht einfach das Handtuch werfen will[66] und andererseits der deutschen Strafgewalt die Rolle eines universalen Internetwächters ersparen möchte, wird es mit rein interpretativem Kurieren an Symptomen nicht genügen: Dann bedarf es auch legislativer Remeduren, deren wesentliches Ziel es sein muß, ein gleichermaßen effizientes wie international verträgliches Regelungssystem für die Anwendbarkeit nationalen Strafrechts auf transnationale Internetkriminalität zu schaffen.

Dabei wird in erster Linie – und zwar nicht nur im Hinblick auf das deutsche Strafrecht – der Territorialgrundsatz auf den Prüfstand zu stellen[67] und möglicherweise durch andere Anknüpfungsprinzipien zu ersetzen sein. Das mag auf den ersten Blick überraschen, nachdem vorangehend die Kritik doch immer wieder gegen die zu weite Ausdehnung des Inlandsbereichs zu richten war und dies als Appell zum Rückzug des Strafrechts auf das eigene geographische Territorium hätte verstanden werden können. Mit einem solchen Schritt würde aber nicht mehr erreicht als eine Wiederherstellung traditioneller Abgrenzungen, die in Territorien denken und damit genau das verfehlen, was Kennzeichen der modernen Internetkriminalität ist: nämlich ihre potentiell universale Grenzenlosigkeit, bei der abgrenzbare Territorien keine Rolle spielen. Wollte man trotzdem daran festhalten, so wäre das allenfalls unter Aufgabe des Ubiquitätsgrundsatzes erträglich, indem nur noch an den Handlungsort angeknüpft wird; denn solange auch der Erfolgsort die inländische Strafgewalt zu begründen vermag und dafür schon jede abstrakte Gefährdung ausreichen soll, kommt es – falls man legitimerweise dann auch allen anderen Staaten das gleiche Recht einräumen müßte – unvermeidlich zu territorialen Strafrechtskonkurrenzen. Damit

---

genügen, daß die elektronische Weitergabe jedenfalls dann ausreicht, wenn die entsprechenden Daten auf einem neuen Datenträger gespeichert worden sind (so *Pelz* [Fn. 26], wistra 1999, S 54).

63 Auf der eingangs erwähnten Strafrechtslehrertagung (Fn. 2); vgl. dazu bereits *E. Hilgendorf*, Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet, NJW 1997, S. 1873-1878 (1876 f.).

64 *M. Kienle*, Internationales Strafrecht und Straftaten im Internet, Konstanz 1998, S. 173 ff.

65 *B. Breuer*, Anwendung des deutschen Strafrechts auf exterritorial handelnde Internet-Benutzer, MMR 1998, S. 141-145 (144 f.).

66 Was angesichts der von *Lagodny* (Fn. 58) beschriebenen Verfolgbarkeitsprobleme bei Internetkrimmalitat immer näher liegen könnte.

67 In gleichem Sinne wohl auch *Lagodny* (Fn. 58), S 1200.

müßte die dem Territorialprinzip eigentlich zugedachte limitierende Funktion in ihr Gegenteil umschlagen: Statt Strafgewalten voneinander abzugrenzen, würden sie durch die Ubiquität des Erfolgs in eine unheilvolle globale Konkurrenz gebracht. Das kann keine sinnvolle Zukunft für ein international verträgliches Internet-Strafrecht sein.

Ähnlich wie das Internet das strafhoheitliche Territorialprinzip entwertet hat, haben auch für den Internetnutzer – einschließlich des kriminellen – nationale Grenzen die ansonsten mit einem Grenzübertritt verbundene „Signalwirkung" verloren. Ebenso wie ein Elsässer, der in Freiburg arbeitet und alltäglich unkontrolliert die französisch-deutsche Grenze überschreitet, bald kaum noch darüber reflektieren wird, wo er sich gerade befindet und wessen Landes Recht er zu beachten hat, schwindet auch für den Internetbenutzer das Bewußtsein von Grenzen, die ihn darauf hinweisen könnten, daß er sich auf ein fremdes Hoheitsgebiet begibt, auf welchem nicht nur Sprache und Kultur eine andere sind, sondern möglicherweise auch ein andersartiges Rechtsverständnis vorherrscht[68]. Auch wenn man es bedauern mag, so lebt der Internetverkehr gerade von einer solchen faktischen Ignorierung möglicher Grenzuberschreitungen, weswegen davon auch kaum ein rechtlicher Normappell ausgehen kann.

Selbst wenn es kein Normalfall wäre, für eine bestimmte Art von Straftaten besondere Geltungsbereichsregeln vorzusehen, erscheinen mir die Eigenheiten dieses Kriminalitätsbereichs doch groß genug, um eine Sonderregelung zu rechtfertigen[69]. Dazu wird man sich auch durch den Entwurf einer „Cyber-Crime-Convention" des Europarats ermuntert sehen dürfen, der für die Strafverfolgung von Cyber-Crime Jurisdiktionsregeln empfiehlt, die nicht ohne weiteres mit den fur die allgemeine Kriminalität übereinzustimmen brauchen (Art. 22)[70].

Wie solche besonderen Anwendungsregeln für Internetkriminalitat aussehen könnten, bedürfte natürlich einer eingehenderen Prüfung, als sie hier angestellt werden kann. Gleichwohl mag es erlaubt sein, einige Vorüberlegungen dazu anzustellen:

- Anstelle des Territorialprinzips sollte das Universalprinzip der Ausgangsgrundsatz für solche Internetdelikte sein, die in der Einschätzung aller zivilisierten Völker schwerwiegend genug erscheinen, um universal und daher auch unabhängig vom Tatort verfolgt zu werden.
- Insoweit als Internetdelikte unterhalb des durch das Universalprinzip markierten Schweregrades liegen, konnten sie nach dem Territorialprinzip verfolgt werden, sofern der Täter – gleich ob Inländer oder Ausländer – auf dem betreffenden Territorium gehandelt hat (und nicht bloß von einer im Ausland begangenen Tat her irgendein Effekt im Inland eingetreten ist).
- Der Verzicht auf den „Erfolgsort" als inlandsbegründendem Tatort wäre, soweit eine sanktionsbedürftige Rechtsgutsverletzung eingetreten ist, durch das dem Staatsschutz dienende Realprinzip[71] beziehungsweise, soweit eigene Staatsbürger

---

68 Vgl. *Johnston/Post* (Fn 1), S 1370.

69 In diesem Sinne auch *Weigend* (Fn. 1), S. 90.

70 Siehe den Text unter http.//conventions coe.int/Treaty/EN/projects/finalcybercrime html.

71 Wobei jedoch der Katalog der durch das Realprinzip geschützten Rechtsgüter des Staates eng gefaßt und namentlich „transzendente Rechtsgüter", wie die „öffentliche Ordnung" (s. *Gribbohm* LK [Fn. 14], Vorbem. 129 vor § 3), ausgeklammert werden sollten, um nicht auf diesem Wege Konflikte zwischen den rechts- und sozialethischen Anschauungen anderer Länder – etwa hinsichtlich der Meinungsfreiheit – in das transnationale Strafrecht zu tragen.

betroffen sind, durch das passive Personalprinzip aufzufangen, wobei letzterenfalls das Erfordernis gleicher Strafbarkeit am Tatort zu bedenken wäre.

- Für „stellvertretende Strafrechtspflege" bestünde kein Bedürfnis, wenn solidarisches Handeln der Völkergemeinschaft bereits durch ein entsprechend ausgebautes Universalprinzip gewährleistet wäre.
- Hinsichtlich des aktiven Personalprinzips wäre die Frage zu stellen, ob in einer Zeit, in der durch Relativierung der Grenzen und durch Heimischwerden vieler Menschen in einstmals fremden Regionen auch nationale Bindungen an Verpflichtungskraft verloren haben, ob also unter solchen „entnationalisierenden" Lebensverhältnissen ein Land seine internetaktiven Staatsangehörigen bis in den letzten Winkel des Globus kontrollierend soll verfolgen müssen.

Natürlich werden auch bei einem nach den vorangehenden Regeln gestalteten Strafanwendungsrecht Konkurrenzen nationaler Strafgewalten nicht auszuschließen sein. Für diesen Fall wird vom Entwurf der Cyber-Crime-Convention vorgesehen, daß die betroffenen Parteien im Wege von Konsultationen die am geeignetsten erscheinende Gerichtsbarkeit mit der Verfolgung beauftragen sollen (Art. 22 Abs. 5). Damit könnte in der Tat ein Forum eröffnet werden, um dem „monopolistischen Wettbewerb"[72] der Staaten um die Regulierung des Internets, wie er zur Zeit zu beobachten ist, einen Ausweg zu eröffnen. Vielleicht könnte dann letztlich auch ein weltweiter Internetkodex entstehen, für den ich von meinem Mitarbeiter Michael Kubiciel bereits auf die pfiffige Bezeichnung als „Netiquette" aufmerksam gemacht wurde.

[72] So aufgrund seiner Befassung mit der Regulierung von Gemeinschaftsgütern die Einschätzung von *Ch. Engel*, in: Auch Datenschutz ist ein Gemeinschaftsgut, MaxPlanckForschung Heft 2/ 2001, S. 34 f.

INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT

IN STRAFSACHEN

/

INTERNATIONAL COOPERATION

IN CRIMINAL MATTERS

Albin Eser

BASIC ISSUES OF TRANSNATIONAL COOPERATION IN CRIMINAL CASES

A PROBLEM IN OUTLINE*

Gerhard O. W. Mueller, to whom this contribution is dedicated, has dealt with transnational crime and law not only as a scholar,[1] but also as a practitioner – the latter in the position in which he is well remembered as chief of the United Nations Crime Prevention Branch in New York and Vienna from 1974 to 1982. I therefore thought it appropriate to present to him an enlarged and updated version of a contribution prepared for the Eighth U.N. Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders in Havana in 1990. In doing so, I would like to express my gratitude to a revered master and old friend – a friendship that started with his guidance of my work on a master's at New York University (1960-1961) and has continued since then.

AWARENESS OF DIFFERENCES IN APPROACH AS A FIRST STEP TOWARD HARMONIZATION

No reader of the extensive material submitted for the Eighth U.N. Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders can fail to be impressed by the number and range of the demands and draft documents dealing with our attempts to fight both national and transnational crime.[2] Still, any euphoria we may feel can easily turn sour when we compare many of these ambitious plans with the cold facts of the real world. Not only are existing international agreements on cooperation in criminal cases regularly ignored or, at any rate, only sluggishly implemented in particular cases; it appears to be even more difficult to close the numerous gaps or even repair the obvious defects in this international cooperation by concluding new agreements.[3] If we look for reasons, we certainly find not

---

* Originalbeitrag erschienen in: Edward M. Wise (Hrsg.): Criminal science in a global society: essays in honor of Gerhard O. W. Mueller. Littleton, Colo.: Rothman, 1994, S. 3-20

1 See, in particular, *G. O. W. Mueller*, „Le project des Nations Unies pour un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité au point de vue américain," 35 Revue Internationale de Droit Penal 121-61 (1964); „Réponse au projet de convention sur les crimes de guerre, les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité," 37 Revue Internationale de Droit Pénal 533-35 (1966); G. O. W. Mueller & E. M. Wise eds., International Criminal Law (South Hackensack, N.J. & London 1965).

2 Published in U.N. Committee on Crime Prevention and Control, Report on the 11th Session, Economic and Social Council Official Records, 1990, Supplement No. 10 (E/1990/31-E/AC.57/1990/8). A list of documents prepared for and submitted to the 8th U.N. Congress also can be found in Crime Prevention and Criminal Justice Newsletter, Nos. 16-17, May 1990 (U.N. Vienna).

3 This rather sobering experience was again confirmed at the U.N. Conference in Havana. Although quite a few resolutions were finally approved, it cannot be ignored that most of these promulgations need further implementation by certain U.N. organs to become effective. And, worse yet, such difficulties are by no means limited to „hostile" circumstances, but also occur between countries that normally are on good terms. Thus it is, for example, very regrettable that the bilateral negotiations between the U.S. and the Federal Republic of Germany on a treaty concerning mutual assistance in criminal matters still have not progressed very far. See *A. Eser*,

only force of habit and strength of red tape, but also evidence of national egoism. All the same, it would be too simple to seek an explanation in terms of human weaknesses alone – although these are certainly not unknown to states, either. Of more fundamental importance are the different structural approaches and principles that we encounter. These are obstacles to the development of joint solutions and may even frustrate dialogue. This is all the more serious where negotiating partners are not even aware that they are arguing from different principles, or where they are conscious of a collision between different principles but do not appreciate the rationale behind them and then fail to recognize a possibility of harmonization on another level.

The fact that mutual misunderstandings, leading to diplomatic irritation, can occur even between countries that are otherwise accustomed to joining forces was shown not so long ago by the Hamadi trial.[4] In that case, the Federal Republic of Germany rejected an application from the United States for the extradition of the accused, who was suspected of hijacking a TWA aircraft and of killing a U.S. citizen; instead, Germany itself tried the accused and convicted him before a court in Frankfurt.[5] This caused some shaking of heads and even serious annoyance on the part of otherwise well-meaning Americans. Although no agreement on whether this case had been properly handled was reached when it was discussed at an American-German conference at Harvard in 1988,[6] each side did at least agree to try to appreciate the other's standpoint. This was only possible, however, after the parties became clear about the different principles that underlie international criminal law in the common law tradition, on the one hand, and the Continental European approach, on the other.[7]

It is cases like this that make it necessary, particularly at meetings attended by lawyers from different cultural traditions and ethnic-national legal backgrounds, to recognize possible differences in viewpoint, approach, and principle when it comes to assessing proposals and developing agreements, not to harden such divergences, but to obtain harmony whenever possible.[8]

But before we look at different approaches and principles, we have to consider the three different levels on which crime-combatting state practice can be implemented with respect to transboundary crime. These considerations may provide a basis for recognition of a common goal that is both a barrier and an opportunity: the role of human rights in this field and, in particular, of the legal position of the accused, who has shifted from being a procedural object to being a legal subject, in matters of international legal assistance.

„Common Goals and Different Ways in International Criminal Law: Reflections from a European Perspective," 31 Harv. Int'l L.J. 117,126-27 (1990).

4 See *D. M. Kennedy, T. Stein & A. P. Rubin*, „The Extradition of Mohammed Hamadi," 31 Harv. Int'l L.J. 5-35 (1990).

5 An appeal is still pending.

6 This conference on „International Cooperation in Criminal Matters," organized by the Harvard Law School and the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg, in cooperation with the Goethe Institute, Boston, took place in June 1988 at Cambridge, Mass. Some (but, regrettably, not all) of the conference papers are published in 31 Harv. Int'l L.J. 1-127 (1990).

7 Cf. also the views subsequently expressed in *O. Lagodny*, „Grundkonstellationen des internationalen Strafrechts," 101 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 987-1011 (1989).

8 See *Eser*, supra note 3.

THREE LEVELS OF TRANSBOUNDARY LAW ENFORCEMENT

Without pretending to have unearthed anything new in substance, we should note that a perusal of the drafts presented at the last U.N. Congress suggests three different levels on which the fight against transborder crime may be made easier or more difficult.[9]

Concurrent National Criminal Laws

The first level – and historically perhaps the first, as well – has to do with the parallel existence of different (municipal) criminal laws in different countries. This is not problematic and might even be useful for criminal prosecution if these national criminal laws were unitary in substance, if each were confined to its own territory, and if suspects were extradited to the authorities of the state where the crime was committed. Since such total harmony is unrealistic even between like-minded countries, let alone on a worldwide basis, and since we can hardly hope ever to achieve it, both negative and positive[10] conflicts of jurisdiction are inevitable. It may be that neither state is willing to prosecute – with the result that the criminal triumphs, or that the state in which the crime was committed and the state in which the suspect resides both claim jurisdiction when the offender crosses a border with the result that an individual crime may escalate into an international conflict.

International Cooperation

There is the danger that competing national criminal laws will involve positive or negative conflicts of jurisdiction and that, as a result, the violation of national criminal law by an individual offender may ultimately provoke a violation of international law by the country concerned. Therefore, to avoid conflicts and to effectively combat transboundary crime and criminals, it clearly is necessary to move from the national to the international level. This can be done in two ways – through procedural cooperation or through international obligations to proscribe certain offenses.

International Legal Assistance

Procedural cooperation involves one state's assisting another to carry out a criminal investigation, trial, or the enforcement of judgments. Whenever and wherever agreements to this end have been reached between different countries, they have marked the birth of "international criminal law" in the form of mutual legal assistance in criminal cases. This truly international cooperation, because it is neither more than nor less than inter-national – between different states on the same level – has found its most far-reaching form in extradition and its proverbial formulation in the maxim dedere aut punire of Hugo Grotius. In the meantime, however, this "classical" type of legal assistance has assumed other shapes and guises, such as support in collecting evidence abroad, the transfer of proceedings, or the enforcement of judgments.

---

9 Although there are certain intersections with *G. Schwarzenberger's* „six meanings of international criminal law" (in Mueller & Wise, supra note 1, at 4), these approaches pursue different ends and take different lines.

10 See, e.g., *Feller*, „Concurrent Criminal Jurisdiction in the International Sphere," 16 Israel Law Review 40 (1981).

But apart from the fact that even with bilateral agreements it is difficult to guarantee legal assistance completely free of conflict, multilateral agreements presently are far from completely covering the ground.[11]

International Obligations to Prescribe and Punish

Since procedural cooperation, as described above, would leave the domestic substantive criminal law of the cooperating jurisdictions unchanged and thus susceptible to gaps or overlap, it always has been considered detrimental that acts causing serious harm to individual or public interests are not prescribed in every jurisdiction or, if they are, are not treated in a congruous way. Therefore, for a long time and increasingly, through bilateral or multilateral treaties, states have agreed to prescribe and punish certain acts as criminal, such as slavery,[12] and piracy as one of the great menaces in the last century, or terrorism (ranging from genocide to hijacking) in our own century.[13] In carrying out these obligations, however, we are still on the inter-national level, because the prescriptions agreed on have to be implemented in national criminal law based on national "powers to punish," although they involve enforcing an international obligation. This method of creating concurring rather than competing national criminal prescriptions in the performance of an international obligation could therefore be called, as suggested by the fourteenth International Congress of Penal Law in Vienna in October 1989, the "indirect enforcement model."[14]

Supranational Criminal Justice

To close the aforementioned gaps in the "indirect enforcement model," we must move to the third level – where it is no longer a question of agreement between states but of a shift in criminal law jurisdiction to institutions superior to individual states. At that level, it is

---

11 This, as I think we realistically have to concede, remains true even if we take into account the recent efforts of the 8th U.N. Congress on the Prevention of Crime, in particular the model treaties on extradition and mutual assistance which are designed to create uniform conditions in this area. Cf. also the efforts of the Council of Europe to prepare a „Comprehensive Convention on Inter-State Cooperation in the Penal Field" amending and combining into one single convention the existing treaties between Council of Europe Member States. As to *G. O. W. Mueller*'s efforts in this area, in particular, see his article on „International Judicial Assistance in Criminal Matters," in Mueller & Wise, supra note 1, at 410-41.

12 As the notion of „jurisdiction to prescribe" or „to punish" has different meanings (see *C. L. Blakesley*, „Extraterritorial jurisdiction," in 2 M. C. Bassiouni ed., International Criminal Law: Procedure 3-53 (1986); *B. Zagaris & J. Rosenthal*, „United States Jurisdictional Considerations in International Criminal Law," 15 Cal. W. Intl L.J. 303, 305 n.3 (1985)), it should be pointed out that the notion of „jurisdiction to prescribe" is here used only in the sense of the power to define a given act by means of criminal legislation by a national parliament (see *Blakesley*, at 3). In the view of *Zagaris & Rosenthal*, it means (in a broader sense) „the authority of a state to make and apply its law to things, or to the conduct, relations, status, or interests of persons via legislation, executive act or order, administrative rule or even court action." At least from the point of view of continental legal notions, this is a question of „power to punish" (Strafgewalt, roughly translated). See *H.-H.. Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil 145 ff. (Berlin, 4th ed. 1988).

13 For more examples and sources, compare the long list of treaties collected in *M. C. Bassiouni*, International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815-1985 (2 vols. 1986).

14 See the resolutions of Section 4 of the 14th Congress of the International Association of Penal Law (AIDP), in 61 Revue Internationale de Droit Pénal 107, 131 (1990).

less correct to speak of international law and more correct to speak of supranational law. This can be accomplished in two main ways: first, by creating an international criminal code through institution of a supranational jurisdiction to prescribe; second, by setting up an international criminal court with jurisdiction to adjudicate[15] violations of the international criminal code.

This is the direction aimed at by M. C. Bassiouni[16] and the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC) that he heads in Siracusa (Italy).[17]

Since in this manner the international community would try to combat transnational crime directly through its own instruments and institutions, rather than to rely on steps to be taken by individual states, this method can be called the "direct enforcement model."

Rules for Conflicts in Multi-Stage Cooperation

Such a supranational criminal law would surely be advantageous from both a substantive and a procedural point of view. But if it ever is implemented – either alongside or superior to individual national criminal laws and international legal assistance – conflicts would still appear to be preprogrammed into such law enforcement on three levels, unless rules are provided at the same time to cover cases where different legal rules are applicable or there are conflicts between procedural jurisdictions. Such frictions are particularly likely when there is crossover between the "indirect" and "direct" enforcement models. When "indirect model crimes" are converted into "direct model crimes," this can cause conflicts of national and supranational jurisdiction to prescribe as well as to adjudicate. Therefore, rules have to be developed to determine in which cases the indirect and in which cases the direct enforcement model should be applicable.

For that very reason, a truly comprehensive international criminal code cannot be confined to creating international or supranational criminal offenses.[18] If it is to function completely free of conflict, it also would have to clarify the status of conflicting laws, internationalize legal assistance as far as possible, and set up a court of justice to act both as a collecting authority for international crimes not prosecuted elsewhere and as a mediating authority in the case of competing jurisdictions.

If we were to demand all this, we might as well give up now. For how – and by whom – could such a comprehensive code and such a superior court be created if it is not even possible for federal states such as the United States of America to set up a uniform national criminal law and procedure? It is especially evident in looking at the history of the development of crimes through the indirect enforcement model that it has sometimes taken a long time to arrive at a consensus among different national states. And it may be supposed

---

15 Namely, „the authority of a State to subject persons to the process of its courts, and particularly to enforce the state's laws and regulations." See *Zagaris Rosenthal*, supra note 12, at 320. The differentiation between jurisdiction to prescribe and to adjudicate is also paralleled by the well-known distinction between „substantive" and „procedural" law.

16 See *M. C. Bassiouni*, A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal (rev. ed. 1987).

17 In this connection it may be mentioned that the ISISC is affiliated with the Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) to which Mueller, too, has devoted quite a bit of work. See *G. O. W. Mueller & Hélène Gr. Romniciano*, „L'Association Internationale de Droit Pénal et l'activité des Nations Unies," 35 Revue Internationale de Droit Pénal 395-406 (1964).

18 Or to shifting crimes from the indirect enforcement model to the level of direct enforcement.

that a consensus became possible only because the treaties defining transnational crimes did not infringe on the parties' sovereignty. The creation of a system of supranational criminal justice, on the other hand, would necessarily reduce national sovereignty. Given the important role that national sovereignty still plays, even nowadays, it is not too pessimistic to see only a small chance for the feasibility of a supranational organ. Rather, in a world such as ours, where even some governments are suspected of engaging in terrorism, it would require a degree of hope that only a utopian could muster. Of course, this should not be taken to mean that efforts to create a supranational criminal justice do not deserve our full support. But while aiming at such long-term objectives, we also should remember that short- and medium-term improvements at the national and international levels are possible.

From Conflict to Coexistence between National Criminal Laws

Problems Arising from Different Approaches

As was shown at the previously mentioned Harvard conference,[19] many of the difficulties encountered in transnational criminal law enforcement are due, not least of all, to clashes between criminal law systems that are based on completely different approaches and principles. A few examples follow:

Different range of jurisdiction to prescribe. The common law countries take the territoriality principle very seriously,[20] so that their substantive criminal law extends to extraterritorial offenses only in exceptional cases, whereas most Continental European countries take the territoriality principle merely as an initial starting point. Consequently, by using supplementary principles such as the active and passive personality principle, the protective and universality principle, and reliance on the "vicarious administration of criminal justice," they are able to extend their national criminal law almost worldwide – if they do not actually claim worldwide application of their national criminal law from the outset and then merely view the above principles at most as reasons for making certain restrictions.

Different range of jurisdiction to adjudicate. The United States of America, in particular, has no procedural misgivings about obtaining evidence via state officers in a foreign country whenever necessary – even for purely internal offenses, whereas Continental European countries may regard such activities by foreign authorities as a violation of their national sovereignty.

Different range of the possibility of international cooperation, especially nonextradition of nationals. In some Continental European countries, the extradition of a country's own nationals is prohibited by the constitution – although any prosecution gaps may be closed by the far-reaching applicability of national law to cover offenses committed abroad. In contrast, North American countries see nothing unusual in extraditing their own nationals and even regard this practice as necessary, when their criminal law cannot be extended to extraterritorial offenses, in order to allow conviction by the authorities of the place where an offense was committed.

---

19 See supra note 6.

20 But see the examples given in *C. L. Blakesley*, supra note 12, at 11, of how far the U.S. actually has expanded jurisdiction over extraterritorial crime, and in *C. L. Blakesley & O. Lagodny*, Chimera: Disagreements over International Criminal Law, Jurisdiction over Extraterritorial Crime, Extradition, and Human Rights (forthcoming).

The Dedere and the Punire Approaches as Possible Keys to a Solution

It is obvious that such basic divergences may lead, on the one hand, to deficiencies in the prosecution of crime and, on the other, to conflicts between different criminal law systems. If we are to avoid such gaps or frictions, we are left, in principle, with only two general approaches:[21]

1. Either countries confine the applicability of their own substantive criminal law, as a matter of principle, to their own territory, so that they must be prepared to support the prosecuting authorities of the country where the crime was committed by giving as much legal assistance as possible at a procedural level – including the extradition of their own nationals.[22] This could be called the dedere approach because it is based mainly on international cooperation in all its various forms.

2. Or the community of states must tolerate an extension of substantive criminal law beyond a country's own territory, so that restrictive arrangements will be necessary at a procedural level to avert invasions of sovereignty, as well as multiple prosecution before the domestic courts of different states for the same offense.[23] This could be called the punire approach because it relies primarily on the creation of a network of penal jurisdictions for certain grave offenses to make sure the offender will, at any rate, be punished.

Even if it is starry-eyed to believe that either of these models could be employed worldwide in an unadulterated form, national parliaments at least should be aware of which model they are choosing or rejecting if they want to obtain or avoid a certain consequence. And it would certainly promote the conflict-free coexistence of different national legal systems if we could obtain an international consensus on the (non)admissibility and (non)-applicability in international law of certain nonterritorial principles and "reasonable points of contact," such as the protective principle, which tends to infinity, or an active or passive personality principle – applied without regard to the criminal law of the country where the offense was committed.

A general way of restricting these principles might be to apply them merely in a "representative" way,[24] i.e., on condition that the state where the crime has occurred either has an

---

21 See also *O. Lagodny*, supra note 7, at 988, pointing out the interrelation between the range of substantive criminal law (jurisdiction to prescribe) and international cooperation in criminal matters.

22 As the examples of Switzerland and the Netherlands show, this is not a „sacrosanct" obstacle. Cf. Art. 7, para. 1, of the (Swiss) Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (20 Mar. 1981), Sammlung der Eidgenössischen Gesetze, Nr. 20, June 1, 1982-AS 1982, p. 846), No. 351.1 (extradition of nationals with their written consent). As to the Netherlands, compare Uiteveringswet (9 Mar. 1967), Staatsblad No. S 139, amended as of 29 Sept. 1988, (Staatsblad No. S 478) (extradition of nationals on condition that the sanction imposed by the requesting state will be executed in the Netherlands).

23 See part 2, no. 5, of the resolution International Crimes and Domestic Criminal Law of the 14th Congress of the International Association of Penal Law, supra note 14: „States should avoid jurisdictional gaps with regard to international crimes. However, multiple prosecution before domestic courts of different states for the same offense should be avoided by the international recognition of ne bis in idem."

24 See also the proposal by *H. Schultz*, „Internationalstrafrechtliche Spiele," in H.-H. Jescheck & Th. Vogler eds., Festschrift für Herbert Troendle zum 70. Geburtstag 895, 901 (Berlin 1989), to

express or presumed will to punish the offender or is lacking such will, contrary to its international obligations.[25] This would go far beyond the simple applicability of the lex loci. And it would differ basically from what is known in Continental Europe as the "principle of vicarious administration of justice,"[26] which is used as a basis for jurisdiction to prescribe completely independent of other principles.

The Person Concerned: From Procedural Object to Legal Subject

Whatever the form given to future transnational criminal law enforcement at the level of substantive law – whether by means of conflicting or coexisting national criminal laws or by a supranational codex of defined international offenses – there will continue to be a need for mutual legal assistance between countries, as long as criminal justice is subjected even partly to the sovereignty of individual states. We need only think of the extradition of a suspect from the state where he was caught or is resident to the state where the offense was committed, or of the problem of procuring evidence outside the state where the offense was committed or the offender is resident.

Of course, the agreements between states and the measures required to provide legal assistance also involve the suspect. Traditionally, the suspect was ignored or, at most, regarded as merely an object of bilateral proceedings between states. Recently, however, the question has been raised, especially with regard to extradition, as to whether the suspect to be extradited should not be given the status of a subject possessing rights of his own, with the consequence that the extradition relationship may be viewed as a three-way relationship – viz., between the two states involved and the person to be extradited.[27] This approach would make two things possible: On the one hand, more account would be taken of the basic rights of the person concerned in extradition proceedings; on the other, it might be possible to remove many traditional obstacles to efficient legal assistance[28] – above all, the principle of "double criminality."

---

subsume all extraterritorial jurisdiction under the principle of „vicarious administration of justice," with priority given to extradition.

25 See also *Lagodny*, supra note 7, at 992-94.

26 See *J. Meyer*, „The Vicarious Administration of Justice: An Overlooked Basis of Jurisdiction," 31 Harv. Int'l L.J. 108-16 (1990).

27 On the fundamental issues, see *O. Lagodny*, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland (Freiburg 1987) and, most recently, the Soering judgment of the European Court of Human Rights (1/89/161/217, 7 July 1989), together with the excellent analysis by *S. Breitenmoser & G. E. Wilms*, „Human Rights v. Extradition: The Soering Case," 11 Mich. J. Int'l L. 845-86 (1990). See also *B. Zagaris*, „The European Court Rules Extradition of German National Facing Death Penalty to the U.S. Would Violate Human Rights Convention," 5 Int'l L. Enforcement Rep. 271-73 (July 1989).

28 On further obstacles and requirements to be met on the road to better transnational law enforcement, especially in the realm of practice, see *A. Eser*, supra note 3.

Basic Rights as Obstacles to International Cooperation?

The European Convention on Human Rights

In the Soering case,[29] the European Court of Human Rights has shown that basic rights, as guaranteed by the European Convention on Human Rights, may result in bars to extradition. This is surprising if we remember that most existing extradition treaties were negotiated with the idea that they were only for the use and benefit of the states concerned,[30] and that most extradition laws[31] have been enacted by legislatures that felt bound only by "obvious" constitutional provisions such as the non-extradition of nationals, but not by other national basic rights.[32]

The main argument of the Court was that Soering would have to face the so-called "death row phenomenon,"[33] e.g., waiting for execution for many years.[34] This would establish ill-treatment in the sense of article 3 of the European Convention:[35]

> [T]he decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country. The establishment of such responsibility inevitably involves an assessment of conditions

---

29 See supra note 27. U.K. authorities had decided to extradite a German national named Soering to the U.S. where he had to face trial in the state courts of Virginia on charges of murder punishable by the death penalty. The Court held that extradition to the U.S. would violate Art. 3 of the European Convention on Human Rights („No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment"). The Court did not decide on other rights guaranteed by the Convention, but rather left it open whether Art. 6 of the Convention (fair trial guarantees) might be applicable in extradition cases. Strong arguments can be found to apply all rights guaranteed in arts. 2-14 of the Convention. See *S. Breitenmoser & G. E. Wilms*, supra note 27, at 876; see also *O. Lagodny*, supra note 27, at 93 ff.

30 See United States v. Cordero, 668 F.2d 32 (1st Cir. 1981); Federal Court of Justice of the Federal Republic of Germany [Bundesgerichtshof], in 4 Neue Zeitschrift für Strafrecht 563 (1984).

31 Allowing extradition in the absence of a treaty is possible in the Continental system. See *I. A. Shearer*, Extradition in International Law 27-34 (Dobbs Ferry, N.Y. 1971).

32 See the „reasons" for the Draft of the „Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen," (German) Bundestagdrucksachen 9. Wahlperiode, no. 1338, at 40 (stating that the persecution clause in para. 6, lit. 2, is only „closely connected" with the right to asylum under Art. 16) and at 42 (stating that the prohibition of extradition in the case of the death penalty had (only) been incorporated into the law after careful consideration, thereby indicating that the legislator must have felt free not to stipulate the prohibition).

33 However, the Court did not contend that the death penalty as such is prohibited by the European Convention, since abolition of the death penalty as a whole in time of peace was only agreed upon in the 6th Protocol. This was opened for signature in April 1983, came into force in March 1985, and – at the time of the judgment – had been ratified by thirteen contracting states, but not by all Member States of the European Convention and not by the U.K. See para. 101 of the judgment.

34 The Court held that it is „part of human nature that the person will cling to life by exploiting those safeguards [e.g., the avenues of appeal offered by Virginia law] to the full" (para. 106 of the judgment). Therefore, the Court did not argue that the length of detention is „of the prisoner's own making," as the U.K. government had claimed.

35 Art. 3, European Convention of Human Rights; see supra note 29.

> in the requesting country against the standards of Article 3 of the Convention. Nonetheless there is no question of adjudicating on or establishing the responsibility of the receiving country, whether under general international law, under the Convention, or otherwise. In so far as any liability under the Convention is or may be incurred, it is the liability incurred by the extraditing Contracting State by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment.[36]

The basis for this argument was that the provisions of the Convention have to be interpreted and applied "so as to make its safeguards practical and effective" and that the interpretation has to be consistent with "the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society."[37] Furthermore, it should be noted that the argument of the U.K. government, according to which interpreting article 3 of the Convention in such a broad sense "involves adjudication on the internal affairs of foreign States not Parties to the Convention" and "entails grave difficulties of evaluation and requiring the examination of alien systems of law and of conditions in foreign states," was rejected by the European Court.[38]

National Constitutional Human Rights

Not only (regional) international human rights may impede international cooperation, but also national basic rights. This is true not only of states where the guarantees of the European Convention rank above a parliamentary law, as in Switzerland or Austria,[39] but also of those where human rights cannot claim some sort of supranational recognition but are of national range only. Such "original" national human rights are playing an increasingly important role. There is, for instance, a decision of the Italian Constitutional Court,[40] stating that the extradition of a juvenile offender to the United States was contrary to the Italian Constitution because New York law did not provide special rules for proceedings against juvenile offenders, as was required by the Italian Constitution. In the Federal Republic of Germany, the role of basic rights in international legal assistance is still controversial. Whereas the Federal Constitutional Court eventually shifted slightly toward the prohibition of extradition in the case of the death penalty,[41] it argued in another case[42] that only a nucleus of Basic Rights and the related principle of "proportionality" may furnish standards for the legality of extradition and mutual assistance. Among legal scholars, there

---

36 Para. 91 of the judgment.

37 Para. 87 of the judgment.

38 Cf. para. 83 of the judgment.

39 See *B. Schmid*, „Rang und Geltung der Europaeischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 3. November 1950 in den Vertragsstaaten," in 34 Schriftenreihe des Instituts fur Internationales Recht und Internationale Beziehungen 102-03, 117-18 Juristische Fakultät der Universität Basel 1984).

40 Decision No. 128 of 15 Apr. 1987, in 92 La Giustizia Penale (1987), part 1, at 271.

41 In a decision of 1964 (18 BVerfGE [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts] 112), the Court completely denied that the Basic Law contained such a prohibition, whereas in a decision of 1982 (60 BVerfGE 348, 354) the Court stated that it was an open question whether or not it would confirm the judgment of 1964.

42 Concerning the question of whether a person who has been convicted in a third state of the offense for which extradition is requested may be extradited. 75 BVerfGE 1 (1987).

is a lively discussion of whether the Basic Rights[43] guaranteed by the Basic Law (the German Constitution) may function as bars to extradition over a very wide range – at least on a larger scale than so far conceded by the Federal Constitutional Court.[44] This view, however, is still opposed by a "traditional" line[45] that is not ready to extend the reach of basic rights in international legal assistance beyond the nonextradition clause and the asylum clause (Art. 16, Basic Law). Whether this position has much of a future in light of the Soering case is doubtful, however, since the Federal Constitutional Court recently stated that the decisions of organs of the European Convention on Human Rights must have a direct impact on the interpretation of the Basic Law.[46]

Greater Respect for Basic Rights as Facilitating International Cooperation?

The foregoing considerations might create the impression that human rights can impede international cooperation to a large extent. But as far as states governed by the rule of law are concerned, the consequences will be limited to only a few interferences. In any event, the great majority of cases between these states do not involve human rights issues since, in practice, only cases concerning fundamental differences between legal systems, such as the question of the death penalty, will be affected. But even in such cases, existing international treaties[47] ensure that the offender can be punished.

The heart of the issue of human rights within the context of extradition and other forms of mutual assistance is overlooked, however, if it is only considered from a "defensive" side. On the contrary, if taken seriously, national human rights actually may have a profoundly innovative effect on international relations. The question is one of the extent to which tradi-

---

43 In particular, the right to life, right of privacy, the constitutional protection of the family. See arts. 1-19, Basic Law of the Federal Republic of Germany. As to the Basic Law itself, see U. Karpen ed., The Constitution of the Federal Republic of Germany (1984) (with a translation of the Basic Law).

44 See, in particular, *O. Lagodny*, supra note 27, at 129-257; and *O. Lagodny*, „Grundrechte als Auslieferungs-Gegenrechte," 41 Neue Juristische Wochenschrift 2146-50 (1988), with further references.

45 Represented, in particular, by *Th. Vogler, in Th. Vogler, W. Walter & P. Wilkıtzki*, „Kommentar zum Gesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen," in H. Grazner & P.-G. Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen I A 1, § 8 nn.7-8 (2d ed. looseleaf 1980).

46 See 74 BVerfGE 358, 370 (1987). Since the ne bis in idem case (supra note 42) was decided before the Soering judgment, it will be interesting to see how the Federal Constitutional Court will deal with the traditional argument of „non- exportation" of Basic Rights (see Vogler, supra note 45), which comes close to the rejected argument of non-adjudication made by the U.K. government (see supra note 38).

47 See, e.g., Art. 12 of the treaty between the Federal Republic of Germany and the U.S. concerning extradition, 20 June 1978 (Bundesgesetzblatt 1980, vol. II, at 646, 1300): „When the offense for which extradition is requested is punishable by death under the laws of the Requesting State and the laws of the Requested States do not permit such punishment for that offense, extradition may be refused unless the Requesting State furnishes such assurances as the Requested State considers sufficient that the death penalty will not be imposed, or, if imposed, shall not be executed."

tional bars such as the principle of double criminality, the rule of specialty, or the political offense exception[48] are required by international human rights.[49]

To the extent that these principles are not founded on human rights, the decision of states to rely on them or to abandon them in favor of nearly "free" relations in international cooperation is merely one of political will and not one of constitutional need. Since even nowadays states are still only willing to give up parts of their sovereignty on a strict do ut des basis, changes are only possible if analyses of the (perhaps falsely assumed) importance of those principles for the preservation of basic rights are undertaken in every state. At least for Germany, one can conclude that the principle of double criminality and the political offense exception are not truly required by basic rights.[50]

Developments within the European Community and the European Free Market indicate that these considerations do not lack relevance for political developments. Since the Free Market will lead to "open frontiers" without controls at borders between the Member States, initiatives already are underway to reduce traditional bars to international cooperation, such as the principle of double criminality, and to counterbalance the lack of other controls.[51]

---

48 As to the various problems connected with this notion, see the contributions of various authors in F. Adler & G. O. W. Mueller eds., Politics, Crime, and the International Scene: An Inter-American Focus (South Hackensack, N.J. 1972).

49 See also *S. Breitenmoser & G. E. Wilms*, supra note 27, at 879.

50 See *O. Lagodny*, „The European Convention on the Suppression of Terrorism: A Substantial Step to Combat Terrorism?" 60 Colo. L. Rev. 583-600 (1989) and Lagodny, „The Abolition and Replacement of the Political Offense Exception: Prohibited by International or Domestic Law," 19 Israel Yearbook on Human Rights 317-29 (1989), with further references.

51 See resolution of the 61st Conference of the Ministers of Justice of the „Länder" of the Federal Republic of Germany (28-31 May 1990), requesting the federal government, inter alia, to negotiate with other States of the European Community with a view to reducing traditional obstacles to extradition (not published).

ALBIN ESER

COMMON GOALS AND DIFFERENT WAYS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*

REFLECTIONS FROM A EUROPEAN PERSPECTIVE

A. IMPEDIMENTS TO INTERNATIONAL COOPERATION

As one of the West German co-organizers of the Harvard Conference on International Cooperation in Criminal Matters, I looked forward to our comparison of the treatment of transnational crime on the two sides of the Atlantic. My interest was both theoretical and practical. Although our discussion focused on the Hamadei case, the most spectacular incident of recent years, it was neither the first nor will it be the last case to highlight the differences between common and civil law countries with respect to criminal jurisdiction. And the conflict between the two systems results not only in instances of competing jurisdiction, but also in instances where both sides decline jurisdiction over a transnational crime, potentially a more troubling problem.

These impediments to criminal justice, with their concomitant irritations, cannot be overcome without a comprehensive network of mutual legal assistance based on bilateral and multilateral agreements. To date, efforts to establish an effective system of international legal assistance have proved frustrating. But we should remember that any progress toward drafting treaties on legal assistance can result only from a common understanding of the subject of agreement. Our initial step, then, should be to find a common language. This requires clarification of the divergent preconceptions and prejudices of the states which hope to promote international cooperation. Even states with similar political outlooks and legal structures may find this first step difficult. In the West German attempt to create a Mutual Legal Assistance Treaty with the United States, the frustrating-stop-and-go progress of negotiations has resulted not so much from superficial practical differences as from fundamental disagreements over the basic approach to international criminal law and cooperation.

As specific cases were discussed during the conference, I was less interested in the accidental peculiarities of the cases than in the more general structures behind them. Structural differences reminded me that useful agreements and effective cooperation in international criminal law enforcement can be achieved only if we recognize the basic differences of our approaches. Rather than being bogged down in unnecessary conflict, we must respect differing viewpoints and find ways to overcome the gaps and collisions that these differences spawn[1].

---

* Originalbeitrag erschienen in: Harvard International Law Journal 31 (1990), S. 117-127

1 I do not, of course, pretend to give a full account of all the important statements made during the conference. And I am bound as well by a mutual understanding that no one be quoted by name in order to ensure free discussion. It should go without saying that in identifying disagreements and stressing certain problems, my purpose is not to inflate them, but to prevent them from growing.

B. Agreements and Disagreements in Conception and Approach

Let there be no doubt: the final goal of criminal justice is to combat crime. And everyone agrees that our effort must proceed both on the national and the international levels. This recognition is the only answer to the series of new crimes that ignore frontiers. But even with this clear and common goal in mind, states take different paths to reach it.

Throughout our discussions and even in the planning stages of the conference, it was clear that the organizers and participants from the two sides of the Atlantic were habituated to quite different ways of thinking. The West German co-organizers wanted the conference to begin with a theoretical restatement of „agreements and disagreements about international law.„ By contrast, the participants from the United States urged us to begin with „case studies of legal assistance procedures and problems." And for the most part, the United States participants were interested in the final resolution of each case and whether it corresponded to common sense; they were less interested in the reasoning by which it was reached. The Europeans, on the other hand, were more concerned with the reasoning underlying the cases. Whether the European approach should be characterized as „principled„ or „structured," while the American should be described as „flat„[2] or – as I would rather prefer „holistic„ in focusing on final results[3], seems a question for legal theorists. But these differences had an important impact on our discussion. Some American participants were skeptical about the continental concern with the principles behind a given result. They questioned the utility of the endeavor. But from the continental viewpoint, those principles provided the key to understanding the conflict between the two sides. Resolving the problems of international cooperation requires knowledge of whether and where difficulties in international cooperation are merely accidental and where they are conditioned by more essential differences[4].

Beyond these rather ethereal impressions, the first decisive disagreement concerned the scope of domestic criminal law. Should it follow the longstanding common law tradition and restrict itself to crimes committed within the state's boundaries? Or should domestic criminal law follow the continental tradition and expand to cover crimes committed outside the state's territory so long as there is some meaningful connection (sinnvoller Anknüpfungspunkt)?[5]

---

2 See *Fletcher*, The Right and the Reasonable, 98 HARV. L. REV. 949, 951 (1985), reprinted in I Rechtfertigung und Entschuldigung 67, 72 (A. Eser & G. Fletcher eds. 1987).

3 *Eser*, Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime, in I Rechtfertigung und Entschuldigung, supra note 2, at 17, 22.

4 See generally *Blakesley,* Chimera: Agreements and Disagreements over International Criminal Law, Jurisdiction, and Extradition (1989) (unpublished manuscript on file with the Center for Criminal Justice, Harvard Law School).

5 This may include the nationality of the offender or the victim in the principles of „active" and „passive" personality or the world-wide desire of criminalization in the „universality" principle. See generally *Meyer*, Agreements and Disagreements over International Criminal Law in this volume; *Oehler*, Agreements and Disagreements over International Criminal Law (1989) (unpublished manuscript on file with the Center for Criminal Justice, Harvard Law School). Where reference is made to „jurisdiction," one should be aware of its different meanings: as indicating the reach and applicability of substantive criminal law (in the sense of materielles Strafanwendungsrecht) and as describing the procedural jurisdiction of the court (prozessuale Zustän-

The discussion of the Hamadei case demonstrated that neither side could maintain its position in its pure form[6]. Since Robert Stetham, a United States citizen, was killed on Lebanese soil while on a plane that flew under the United States flag, American participants questioned how a West German court could justify subjecting Hamadei to its own domestic criminal law. Although the West Germans invoked their principle of universality, they could not quiet doubts about the range of that principle. Similarly, the United States side was not entirely persuasive in its use of the territoriality principle to justify Hamadei's extradition to the United States. To maintain their position, the American participants had to resort to extensions of United States jurisdiction, turning, for example, to the "protective" principle. One American participant suggested that the principles should be replaced by a "rule of reason," but this only provoked a European response that any notion of "reasonableness" must be based on a set of principles.

Another principle of extraterritorial jurisdiction, the "vicarious administration of justice," engendered lengthy discussion[7]. Although this concept is quite common in continental law, it seemed strange to the American ear. Despite its appearance in the texts of several international treaties, the Americans were uncomfortable with basing jurisdiction over an extraterritorial crime solely on the fact that the perpetrator was not extradited. If extradition were denied, how could the trial state call its assertion of justice "representative" when the "represented" state would prefer to conduct its own trial? If the state where the crime was committed did not wish to prosecute, what interest could the state of residence have in punishment? To the Americans, the principle of "assistance" to or "substitution" of another state's criminal jurisdiction could not justify assertion of jurisdiction.

Someone suggested as well that this principle was predicated on unstated notions of natural law. All these questions remain even if the lex loci requires double criminality, thereby limiting overexpansive jurisdiction on extraterritorial crimes. The double criminality requirement acts as a corrective influence, but it gives rise to other difficult questions, such as identification and interpretation of a foreign state's law.

Beside these substantive problems, the Europeans came to realize that their notion of "vicarious administration of justice" would cause special evidentiary problems within the United States; rules of evidence in the United States are based almost exclusively on the territorial concept of jurisdiction. Even the Hamadei case, despite its extraterritorial implications, was not seen as a true exception to the general rule because most of the witnesses were United States residents.

Not persuaded of the virtues of "vicarious criminal justice," the Americans preferred to reduce the need for substitutionary justice by removing obstacles to extradition, primarily the nonextradition of nationals. This principle is still a holy cow for the civil law tradition, but the Europeans nevertheless conceded that "vicarious criminal justice" should be limited to cases in which the state where the crime was committed intends to prosecute but is prevented from doing so only by a denial of extradition.

---

digkeit). Unless expressly stated otherwise, these Remarks deal with jurisdiction in the first, substantive sense.

6 For a closer analysis of the Hamadei case, see *Kennedy, Stein & Rubin*, The Extradition of Mohammed Hamadei, in this volume.

7 This concept may also be translated as the „representation principle" or „substitutionary principle." *Jescheck*, Development and Future Prospects, in I International criminal Law 83, 96 (M. Bassiouni ed. 1987).

C. Procedural Divergences: Inquiries and Subpoenas Abroad

Beyond differences in the substantive principles of international criminal law, there were also significant differences in criminal procedure. Following the common law tradition, United States criminal procedure – both state and federal – assumes the adversary system and is governed by certain rules of evidence. To Europeans, an American judge is not an investigator but an arbitrator between the prosecutor and the defendant. The search for "material justice" and "material truth" yields to compliance with procedural rules meant to ensure an area of freedom from state power. In addition, the Europeans were uncomfortable with the discretion of the prosecutor in the United States system of justice.

To the American observer, by comparison, continental criminal procedure retains the look of an inquisition: the judge takes charge in the finding of facts and in the evaluation of evidence. Restraint on the search for material truth is virtually unknown. And prosecution is mandatory lest the aim of material justice be frustrated from the outset.

Although these sketches may not precisely reflect practice due to the convergence of the two traditions, they still govern the perceptions which the two traditions have of each other. They influence procedural attitudes and reactions. Divergent perceptions of this sort arise particularly with respect to the characterization of inquiries by officials in a foreign state[8]. Here our discussion turned to a hypothetical case in which an official from the United States knocks at the door of a Swiss resident to ask questions. So long as the investigator revealed his identity and the answers were voluntary, the American participants saw no reason to consider it "law enforcement." Only when the official asserted his authority did the inquiry become an act of state. To the Europeans, this conceptualization was far too narrow. They felt that it was not only the mode of acting which counted, but the purpose of the questioning: in this case the inquiry is aimed at prosecution and prosecution is monopolized by the state. Accordingly, in asking questions officials do not act as private persons but exercise state power. When an official asks questions with regard to a specific prosecution, it is an act of law enforcement. Consequently, if a foreign official wishes to make inquiries abroad, the continental tradition demands that the rules of international cooperation be observed. This seemed difficult for Americans to follow, for they would not object to such extraterritorial measures within the United States so long as the inquiry were based on voluntary response.

This line of discussion led to the question of subpoenas. Participants from the United States maintained that no question of extraterritorial enforcement arises when measures are taken against a corporation or another legal entity which operates at least in part within the realm of United States sovereignty. Since such an entity is subject to United States law, a subpoena is merely an exercise of existing sovereignty– even where the branches of the corporation elsewhere are affected.

The Europeans rejected this formulation, not least because it would eliminate conflicts of sovereignty through a definitional sleight of hand. Even where a subpoena upon a foreign branch of a United States corporation originates from United States sovereignty, it may nonetheless collide with the sovereignty of the state where the branch is domiciled. Furthermore, the Europeans pointed to an inconsistency between American concepts of sub-

---

8 See generally *Nagel*, Collection of Evidence in a Foreign Country (1989) (unpublished manuscript on file with the Center for Criminal Justice, Harvard Law School).

stantive law, which for the most part are confined to territoriality, and procedure, which allows a subpoena practice that frequently crosses national frontiers. For the Americans, however, this is policy, not contradiction.

D. Extradition and Mutual Assistance

In our wide-ranging discussion on the law of extradition, differences emerged over the European refusal to extradite nationals. American participants feared that such states would become havens for criminals, resulting in experiences not unlike those the United States has had with certain Latin American states. The Americans urged the deterrent effect of extradition; they felt that nationals of other states should have to consider the possibility of extradition to the United States. The nonextradition of nationals reflected their deeper frustration with the criminal justice system of deferring states. Once this bar to extradition were abolished, they argued that there would be no need for "vicarious administrations of justice."

Although comprehending the American viewpoint, the European participants pointed out that the nonextradition of nationals is deeply ingrained in their legal traditions[9]. For Europeans, it is closely tied to the very definition of citizenship. Unlike the American practice of linking citizenship to place of birth, citizenship in European states derives principally from the child's parents. Although the European definition of citizenship hampers extradition, a solution could be found in permitting the extradition of nationals on the strict condition that they be returned immediately for enforcement of the sentence at home. But even this moderate model could not be easily introduced in states like West Germany, where a constitutional amendment would be required.

American participants similarly rejected other constitutional bars to extradition, such as that protecting an individual from exposure to torture and other dangers to health in the requesting state. United States citizens have no such constitutional protection. Indeed, there is no American discussion of such protection as a right. From the United States viewpoint, the requested state should trust the other state's system of criminal justice. The United States participants also found it remarkable that a single judge could investigate the internal practices of another state. In West Germany, however, such judgments of another state's system of justice are a recognized means of protecting an individual from inhumane or unfair treatment[10].

Despite such fundamental differences, there remained a broad range of agreement, most notably on the proposition that the political offense exception should be reduced to a minimum, especially in cases of terrorism. Nevertheless, there remains some skepticism as to how to accomplish this end. It would be difficult to find a definition of "political offense" that would fit every situation. At any rate, it should be recognized that this exception itself, as one American participant suggested, is a form of "politics pure and simple."

Another topic which did not split the participants along purely national lines was the proposal to abandon the traditional requirement of "double criminality," which provides for extradition only when the activity is a criminal offense in both states. The supporters of the principle argued its importance for cooperative measures involving compulsion, such as search and seizure, and stressed its value as a clear standard. It was noted, on the other

---

9 See generally *Kennedy, Stein & Rubin*, supra note 6.

10 This, for example, may be found in the West German practice in asylum cases.

hand, that double criminality is not a constitutional requirement; there may be better grounds for refusing extradition when it is contrary to public policy.

An additional question arose with respect to the United States practice of examining "probable cause" in extradition cases. Essentially, this practice made extradition more easily obtainable by the United States from European states than vice versa.

Finally, the Hamadei case provoked a discussion whether there is a principle of choice between extradition and instituting criminal prosecution in the requested state. Some argued that it was inappropriate for treaty arrangements to leave such discretionary power in the hands of either state: it would be better to explore all avenues of extradition, leaving proceedings in the requested state as a last resort (primo dedere secundo prosequi). But other participants felt that the two states should consult to determine which is better situated to prosecute any given case.

After the lengthy discussion of extradition, other forms of mutual assistance received less attention than they deserved[11]. It was generally accepted that means of international cooperation other than extradition should not automatically be subject to the same restrictions as extradition since different interests come into play. In this context, there was some criticism of the United States' refusal to make provisional arrests in preparation for extradition. Similar criticism was directed at the uncooperative posture of the United States when asked to freeze assets or the return property to the victims. In response, the American participants complained about Swiss banking secrecy although, as the Swiss participants pointed out, that secrecy is hardly impenetrable.

E. Political Impediments and Bureaucratic Obstacles

Above all, the conference participants agreed that extradition and other forms of legal assistance – even where regulated by treaty or otherwise governed by international law – are not purely legal matters but are complicated by a host of political considerations. This is especially true for high-visibility cases such as Hamadei. In the end, there was at least some understanding on the United States side for the West German situation in the case. More generally, the conference participants acknowledged that state policy in general and criminal policy in particular do not always run parallel. Thus, transnational prosecution may be influenced by a range of noncriminal policy interests.

These were not the only problems addressed. Conflicts of jurisdiction and competition between different branches of government – between police and prosecutors or between ministries for justice and external affairs – also cause problems for all states concerned. These problems make for bureaucratic procedures that are time-consuming and unpredictable. They do not foster effective international legal assistance. But beyond these structural impediments, there are more individual deficiencies which should be recognized, such as inexperience in handling international requests and a lack of information about international relations, both of which simply encourage officials to give priority to domestic cases. Since, in addition, there may be various actors engaged to work on the same case, each

[11] See generally *Frei & Trechsel*, Mutual Legal Assistance between the United States and Switzerland in this volume; Wilkitzki, Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT) Negotiation between the United States of America and the Federal Republic of Germany (1989) (unpublished manuscript on file with the Center for Criminal Justice, Harvard Law School).

with different procedural requirements and information, the same request may receive inconsistent answers.

One proposed solution to these problems was the institution of overseas police bureaus, but that suggestion did not win much enthusiasm among the Europeans, who believed that such a bureau should not become a measure of first resort. It was noted that, in any event, the bureaus would have to operate in accordance with the national law of the host-state[12]. Another proposal was for the creation of a central clearing house[13] to facilitate communication and handle requests for international cooperation.

F. General Approach to Solutions

Still, the overriding concern was that "criminals should not go free." This is the central challenge. It can be answered only if there is a common awareness of where improvements in the relations between the United States, West Germany, and Switzerland need to be made. Is it more useful to eliminate disagreements on the level of substantive or procedural law? Or should we instead promote the development of mutual assistance in all its forms?

As demonstrated by the papers and discussions at this conference, there are indeed many deep-seated disagreements with regard to both the theoretical conceptualization of international criminal law and its practical implementation. The American territoriality principle and European extraterritorialism at once create gaps and overlaps in criminal prosecution, only the latter of which emerged in the Hamadei case. Such gaps and overlaps can be avoided by applying the principle of vicarious administration of justice, provided it is used only as a substitute for extradition. This, however, implies that the "represented" state really wishes to have the defendant punished and, consequently, that the lex loci be observed. Other principles produce their own problems, particularly international double jeopardy. To the same extent that certain acts are covered by the criminal law of more than one state, the question arises of how to treat a defendant who has been convicted or acquitted in more than one state.

A convergence of the two positions would be desirable. But given that domestic cases will continue to receive preference in the daily work of practitioners, one may doubt if the extension of substantive law will really eliminate gaps in criminal prosecution. If not, the remaining function of extraterritorial substantive law would do no more than symbolize state authority and allow itself to be misused for purely political purposes.

Given these problems of substantive law, and the likelihood that they are matched on the procedural side, hopes for solutions are rather limited. These disagreements seem historically, even constitutionally, so deeply entrenched that it may be difficult, if not futile, to seek remedies through the reform of substantive and procedural law.

Since there is little hope for change on that level, it might be more fruitful to focus on mutual assistance and emphasize the creation of truly effective cooperative relations. With regard to extradition, our discussion suggested a broad range of possibilities for ameliorating the problems we face. Although there is little question that the most effective criminal justice assistance would provide for extradition upon request, this is really nothing more

---

12 See generally *Boge*, Case Studies of Legal Assistance Procedures an Problems (1989) (unpublished manuscript on file with the Center for Criminal Justice, Harvard Law School).

13 See *Schomburg*. Case Studies of Legal Assistance Procedure and Problems (1989) (unpublished manuscript on file with the Center for Criminal Justice, Harvard Law School).

than an aspiration. At any rate, traditional relations and practice require fundamental rethinking. This is particularly true with regard to the role of the individual for whom extradition is sought. He can no longer be considered an object of negotiation between two states with no rights of his own; he has his own standing in relation to both the requesting and requested states[14]. If these ideas were taken seriously, most traditional prohibitions on extradition could be abolished, especially the principle of double-criminality and the political offense exception. But some stipulations, like a basic rights clause, would eventually have to be incorporated into extradition treaties.

Another problem to be reconsidered is the principle of reciprocity. Is it necessary that every obligation owed by one state to another have its counterpart? Should it not be possible to negotiate treaties with obligations that do not precisely mirror each other? Progress on this front requires that reciprocity be understood in a more general sense, nor as an item-for-item barter. In this way, states would gain the flexibility needed to conclude extradition treaties in spite of their attitudinal disagreements on procedure and principle.

In addition to the extradition channel, it would be useful to promote other new methods of cooperation, such as the recognition of foreign judgments, the possibility of transferring proceedings, the transfer of prisoners, and the supervision of conditionally released persons[15]. All of these may help the rehabilitation of the criminal since the judgment would be executed in his home state. It could accomplish this while deterring individuals from future criminal acts.

The Mutual Legal Assistance Treaty of 1978 (MLAT) between the United States and Switzerland has demonstrated that such a treaty is possible between common law and civil law countries. Of course, there are a number of new problems[16] which states from different traditions must confront in their efforts to establish a legal assistance arrangement, but such problems are only to be expected. An MLAT is not only possible, it is necessary. It could certainly serve, as suggested by one participant, as a bona fides test for the relations between two states. Beyond that, it is important to defendants, who have an interest in clear and reliable relations between requesting and requested states. Some American participants rejected this structure, suggesting that within the adversarial context the time-consuming nature of international co-operation would simply turn it into a delaying tactic. In addition to the fact that such maneuvering may be unavoidable, others asked whether it could really achieve the aims of criminal justice. These questions aside, there was a feeling of regret that the MLAT negotiations between the United States and West Germany have not progressed. Hopes were expressed that differences, principally over the use of subpoenas, could soon be resolved. In this context, the Swiss experience – specifically the "Memorandum of Understanding" concluded in 1987 at Washington, D.C.[17] – provides a useful example. The Memorandum states that treaty mechanisms should be the "first resort." Unilateral compulsory measures should serve only as secondary means. As paraphrased by an American participant, the minimum of consent should therefore be "to agree to disagree."

---

14 See generally *Lagodny*, Constitutional Constraints on and Possibilities for Future Extradition Treaties with the Federal Republic of Germany (1989) (unpublished manuscript on file with the Center for Criminal Justice, Harvard Law School).

15 See generally *Mueller-Rappard*, The European Response to international Terrorism, in Legal Responses to International Terrorism – United States Procedural Aspects (M. Bassiouni ed. 1988).

16 See *Frei & Trechsel*, supra note 11.

17 27 I.L.M. 480-86 (1988).

Finally, there are some purely human communicative problems to be considered. As the conference demonstrated, it is essential that we understand the internal historical and social problems of the other side, to know their arguments and their thoughts. This is the only way to avoid unnecessary misunderstanding of the other side's fears and intentions. It alone will promote better understanding of their hopes and aspirations. For that reason, mutual contacts must be improved and communication facilitated. Although the discussion revealed that there are some fundamental disagreements which may never be completely resolved, those points of disagreement ought not lead to an air of resignation. Rather, they should offer a challenge to bridge the gaps through international cooperation among our states. Each chance of cooperation missed is only to the benefit of the criminal and to the detriment of criminal justice.

ALBIN ESER

WEGE UND HÜRDEN TRANSNATIONALER STRAFRECHTSPFLEGE IN EUROPA*

Würde man die Menschheitsgeschichte einmal auf die Rolle von Grenzen und Grenzüberschreitungen hin untersuchen, so ergäbe sich wahrscheinlich ein sehr zwiespältiges Bild: Grenzen können Schutz, aber auch Abkapselung bedeuten; sie können bei freundlichem Verkehr mit dem Nachbarn Bereicherung bringen, bei feindlicher Überschreitung aber auch Streit und Leid überzeugen; sie können zu Kriegen zwischen Staaten führen, sie können zu Schutzwällen gegen Eindringlinge werden, aber auch als Schlupflöcher für flüchtige Verbrecher dienen und nacheilender Gerechtigkeit einen Riegel vorschieben. Alles das ist nicht neu. Aber selbst wenn sich bestimmte Formen der Kriminalität noch nie durch nationale Grenzen haben aufhalten lassen, wirft doch die moderne grenzüber-schreitende Kriminalität neuartige Probleme auf. Denn nicht nur, daß sich diese Kriminalität in ihrem Charakter verändert sowie an Umfang und Bedrohlichkeit beträchtlich zugenommen hat, wobei hier nur stichworthaft an Umwelt- und Drogendelikte, aber nicht zuletzt auch an terroristische Aktivitäten erinnert sei. Vielmehr haben sich auch die politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen gewandelt, wobei sich nicht nur Beweismittel häufiger im Ausland befinden können, sondern durch den fortschreitenden Abbau von Grenzkontrollen auch die Flucht vom einen ins andere Land wesentlich erleichtert ist. Dadurch ist die Zahl von Fällen, in denen sowohl durch Kriminalität als auch durch ihre Verfolgung mehr als nur ein Staat berührt ist, immer mehr gewachsen. In diesen Fällen, die eine materiell-rechtliche und/oder prozessuale Auslandsberührung aufweisen, geht es um Fragen, die sich unter dem Oberbegriff der „transnationalen Strafrechtspflege" zusammenfassen lassen.

I. DIE DREI EBENEN TRANSNATIONALER STRAFRECHTSPFLEGE

Um sich in diesem Rahmen Standort und Bedeutung des Bundeskriminalamtes zu verdeutlichen – nämlich „die Bekämpfung des Straftäters, soweit er sich international oder über das Gebiet eines [Bundes-]Landes hinaus betätigt oder voraussichtlich betätigen wird"[1] –, erscheint es hilfreich, drei Ebenen zu unterscheiden, auf denen die grenzüberschreitende Strafverfolgung organisiert werden kann[2].

---

* Originalbeitrag erschienen in: Bundeskriminalamt Wiesbaden (Hrsg.): Verbrechensbekämpfung in europäischer Dimension: Arbeitstagung des Bundeskriminalamtes Wiesbaden vom 26.-28. November 1991 Wiesbaden, 1992, (BKA-Vortragsreihe; 37), S. 21-53.

1 § 1 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes über die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes (BKA-G) vom 8. März 1951 (BGBl. I, S. 165), i.d.F. d. Bekanntmachung v. 29.6.1973 (BGBl. 1, S 704), letzte Änderung durch Art. 8 Nr. 3 des Gesetzes vom 9.12.1974 (BGBl. I, S. 3393); vgl. auch § 1 Abs. 2 BKA-G, wonach das BKA „zugleich Nationales Zentralbüro der Internationalen Kriminalpolizeilichen Organisation (Interpol) für die Bundesrepublik Deutschland" ist.

2 Vgl. dazu bereits *A. Eser*, Grundsatzfragen transnationaler Kooperation in Strafsachen: eine Problemskizze, in: Verbrechensverhütung und Behandlung Straffälliger, 8. Kongreß der Vereinten Nationen vom 27. August bis 7. September 1990 in Havanna/Kuba, UN-Dokument: A/CONF. 144/G/Bundesrepublik Deutschland, Juli 1990 (hrsg. vom Bundesminister der Justiz),

Sie kann – zum einen – auf nationaler Ebene stattfinden, und zwar sowohl auf der des materiellen wie auch des prozessualen Rechts. So können über die Beschränkung auf Inlandstaten nach dem Territorialprinzip hinaus auch Auslandstaten unter Strafe gestellt werden, wie dies die Bundesrepublik Deutschland nach den Regeln des sogenannten „Internationalen Strafrechts" in den § 5 ff. StGB getan hat[3]. Gehen auch andere Länder in gleicher Weise durch Erstreckung ihres Strafrechts auf Auslandstaten vor, so kann sich daraus in einer Gesamtschau jedenfalls theoretisch durchaus der Gedanke eines ganzen Netzes nationaler Strafgewalten ergeben, in dem sich ein grenzüberschreitender Täter verfangen kann.

Aber selbst eine solches „länderüberlappendes Strafrechtsnetz" wird – ganz ungeachtet des damit verbundenen zwischenstaatlichen Konfliktpotentials, auf das noch zurückzukommen sein wird – nicht ohne eine zweite internationale Ebene, nämlich die der zwischennationalen Zusammenarbeit auskommen können, wie sie sich vor allem in den bekannten und in den neuen Formen der Rechtshilfe widerspiegelt. Eine solche ist schon wegen der auf das eigene Territorium beschränkten Hoheitsgewalt erforderlich. Was das Bundeskriminalamt betrifft, so ist es vor allem diese mittlere Ebene, auf der es bei transnationaler Verbrechensbekämpfung tätig wird.

Darüber gibt es freilich noch eine dritte, nämlich supranationale Ebene, auf der sich – und sei es auch nur für bestimmte Fälle – sowohl ein einheitliches und umfassendes Straf- und Sanktionsrecht denken läßt wie auch den einzelnen Staaten übergeordnete Verfolgungs- und Entscheidungsinstanzen installieren ließen. Falls ein solches völkerrechtliches Organ, wie es beispielsweise in letzter Zeit wiederholt in Form eines „Strafgerichtshofs der Vereinten Nationen" befürwortet wurde[4] oder für gewisse Fälle ja bereits beim Europäischen Gerichtshof gibt[5], effizient sein soll, müßte es natürlich materielle Strafgewalt besitzen und mit ausreichenden Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsbefugnissen ausgestattet sein. Obgleich man auch bei dem zuvor vom BKA-Präsidenten Zachert vorgestellten „Europäischen Kriminalamt"[6], wie es ja auch schon von Bundeskanzler Kohl in die Debatte gebracht worden war[7], den Eindruck haben könnte, daß es auf diese supranationale Ebene gehörte, so wird dies wohl nur für seine Errichtung und Verfassung zutreffen. Denn solange ihm eigene, erforderlichenfalls auch den nationalen Instanzen vorgehende strafprozessuale Verfolgungsbefugnisse fehlen und es somit lediglich als Koordinationsstelle zwischen jeweils nationalen Verfolgungsinstanzen fungieren würde, hätten wir es lediglich mit einer

---

S. 15-19. Vgl. auch: *O. Lagodny*, Grundkonstellationen des internationalen Strafrechts, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 101 (1989), 987-1011.

3 Näher zu den Funktionen, Prinzipien und Eigenarten dieses räumlichen Strafanwendungsrechts *A. Eser*, in: A. Schönke / H. Schröder, Kommentar zum StGB, 24. Aufl 1991, insbes. Vorbem. 1-12 vor §§ 3-7.

4 Vgl. z.B. die Entschließung des XIV. Internationalen Strafrechtskongresses 1989 in Wien zu Thema IV, Teil I 1, Ziffer 1, ZStW 102 (1990), 683-705, 703, oder *M. C. Bassiouni*, A Draft International Criminal Code and a Draft Statute for an International Criminal Tribunal, 1987. Vgl. aber die nunmehr skeptische Haltung der amerikanischen Bush-Administration gegenüber der Realisierbarkeit eines solchen Gerichtshofs im Hinblick auf die weltweit erheblich differierenden Meinungen über das internationale Strafrecht, berichtet in: International Enforcement Law Reporter 1991, 400.

5 Vgl dazu näher *U. Sieber*, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991), Heft 4.

6 *H.-L. Zachert*, Mehr Schlagkraft gegen das Verbrechen in Europa: Europäisches Kriminalamt (in diesem Band).

7 Vgl. Frankfurter Allgemeine vom 1.7.1991, S. 7.

Sonderform von zwischenstaatlicher Zusammenarbeit auf der zweiten internationalen Ebene zu tun.

Nicht zuletzt deshalb sei auf diese Ebene nachfolgend unser Hauptaugenmerk gerichtet (IV). Zuvor jedoch seien wenigstens kurz auch die nationale (II) und die supranationale (III) Ebene daraufhin untersucht, inwieweit dort mit Wegen oder auch Hürden transnationaler Strafrechtspflege zu rechnen ist.

II. Angleichung konkurrierender nationaler Strafrechte?

Wie schon bei unserem ersten Blick auf das Nebeneinander der jeweiligen nationalen Strafrechtsordnungen angedeutet, könnte man sich durch Auslandserstreckung des jeweils eigenen Rechts durchaus ein länderübergreifendes Strafrechtsnetz vorstellen, in dem sich ein Straftäter selbst im Falle einer Grenzüberschreitung letztlich dann doch irgendwo verfängt. Die mit derartigen Auslandserstreckungen nationaler Rechte verbundenen Überlappungen tragen jedoch andererseits auch den Keim zwischenstaatlicher Konflikte in sich, wie vor allem dann, wenn sich sowohl der Tatortstaat als auch der Aufenthaltsstaat zur Verfolgung und Aburteilung für zuständig hält. Selbst wenn sich solche Kompetenzkonflikte durch Kollisionsregeln, wie sie für zivilrechtliche Streitigkeiten im „internationalen Privatrecht" vorgesehen sind[8], weitgehend ausräumen ließen, bleibt das Problem der unterschiedlichen Ausgestaltung der einzelnen nationalen Strafrechtsordnungen. Denn mit der Auslandserstreckung eines Straftatbestandes hat man zwar immerhin, aber auch nicht mehr als eine Art Angelhaken zur Hand, um den Auslandstäter dem Geltungsbereich des eigenen Strafrechts zu unterziehen. Damit ist jedoch weder dem betroffenen Täter die gleiche Behandlung garantiert, wie er sie auch unter einer anderen anwendbaren Strafgewalt erwarten könnte, noch wird der beim Zugriff zuspätgekommene Staat ohne weiteres darauf vertrauen dürfen, daß der ihm zuvorgekommene Konkurrent seine Strafjustiz mit gleicher Strenge oder auch Milde zum Einsatz bringen wird. Denn solange die nationalen Strafgewalten einfach unbesehen ihr Tatbestandsnetz auswerfen, ohne sich zugleich auch im Hinblick auf mögliche Straffreistellungsgründe einerseits oder prozessuale Garantien andererseits abzustimmen, bleibt die Auslandserstreckung nationaler Rechte ein Fangnetz mit teils zweifelhaften Löchern, aber teils auch mit rechtsstaatlich zwiespältigen Fallstricken.

Vor diesem Hintergrund kann es nicht verwundern, daß der Ruf nach einer Angleichung nationaler Strafrechte oder gar einer internationalen Vereinheitlichung des Strafrechts als eine verlockende Idee erscheint. Deshalb verdienen Vereinheitlichungsvorschläge, wie sie Ulrich Sieber auf der Strafrechtslehrertagung im Mai 1991 jedenfalls für den europäischen Bereich modellhaft vorgestellt hat[9], sicherlich nachhaltige Unterstützung. Dennoch fürchte ich, vor allzu großem Optimismus warnen zu müssen. Denn selbst für den europäischen Bereich unterscheiden sich die einzelnen Rechtsordnungen nach wie vor ganz erheblich, und viele Differenzen erschließen sich dem Betrachter erst bei näherem Hinsehen oder gar erst nach eingehenden Untersuchungen. Der Regelungsgehalt und die Wirkungsweise strafrechtlicher Normen werden nämlich nicht nur von den zuerst ins Auge springenden Straftatbeständen, welche die jeweils charakteristischen Deliktsmerkmale umschreiben, be-

---

8 Vgl. dazu näher *A. Heidrich*, in: O. Palandt, BGB, 50. Aufl. 1991, Vorhem. 1 vor Art. 3 EGBGB.

9 *U. Sieber*, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991), Heft 4.

stimmt, sondern auch von den allgemeinen Zurechnungsregeln sowie der Art der Umsetzung des materiellen Rechts im Strafprozeß.

Immerhin erscheint aber auf der Ebene der Straftatbestände eine Rechtsvereinheitlichung noch am ehesten realisierbar. Ein einigermaßen gelungenes Beispiel bildet insoweit das Betäubungsmittelstrafrecht, wo sich die meisten Staaten durch internationale Verträge verpflichtet haben, bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, und bereits dementsprechende nationale Gesetze erlassen haben[10]. Allerdings wurde diese Einheitlichkeit in erster Linie durch eine „Breitbandkriminalisierung" erreicht, die mittels zahlreicher abstrakter Gefährdungsdelikte und einer großflächigen selbständigen Erfassung von bloßen Vorbereitungs-, Versuchs und Unterstützungshandlungen jede nur denkbare Form des unerwünschten Umgangs mit illegalen Drogen oder Drogenhändlern unter Strafe stellt[11]. Ganz anders sieht dagegen die Lage auf einem anderen Feld international bedeutsamer moderner Strafgesetzgebung aus, dem Umweltstrafrecht. Hier hat ein umfassendes Forschungsprojekt des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht gezeigt, daß wir vor einer kaum noch übersehbaren Vielfalt unterschiedlicher Unrechtstypisierungen mit unterschiedlichen Formen der Anknüpfung an das Umweltverwaltungsrecht stehen[12]. Diesen nationalen Wildwuchs in absehbarer Zeit in ein auch nur einigermaßen überschaubares einheitliches Schutzsystem einbinden zu können, erscheint mir völlig illusorisch.

Noch weitaus schwieriger dürfte sich der Versuch einer Angleichung der allgemeinen Zurechnungsregeln erweisen. Schon ein Blick in die Standardlehrbücher der Länder Deutschland, England und Frankreich, die alle auf weit zurückreichenden, eigenständigen Rechtstraditionen aufbauen, zeigt die Vielfalt in der Systematisierung der Strafbarkeitsvoraussetzungen. Während dem deutschen Strafjuristen der Verbrechensaufbau nach Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld[13] schon quasi „naturgesetzlich" erscheinen mag, wird sein englischer Kollege ähnliches von der Unterscheidung zwischen Actus reus und Mens rea[14] und sein französischer Kollege von der Unterscheidung zwischen den Elements légal, matériel und moral[15] behaupten. Man mag sich allerdings fragen, ob solche dogmatischen Systeme nicht lediglich etwas für die Wissenschaft sind und die praktischen Ergebnisse weitgehend unberührt lassen. Unsere bisherige rechtsvergleichende Forschung am Max-Planck-Institut spricht jedoch eindeutig dafür, daß zumindest gewisse praktische Konsequenzen der wissenschaftlichen Systematik gar nicht vermieden werden können[16].

---

10 Eine ausführliche Darstellung des Betäubungsmittelstrafrechts in 10 westeuropäischen Staaten findet sich bei J. Meyer (Hrsg.), Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für auländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Band S 5, 1987.

11 Vgl. *H. J. Albrecht*, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: J. Meyer/A. Dessecker/J.R. Smettan (Hrsg.), Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. BKA-Forschungsreihe 1989, S. 25-84, insbes. S. 28.

12 Eingehend dazu *G. Heine*, Zur Rolle des strafrechtlichen Umweltschutzes, ZStW 101 (1989), 722-755.

13 Vgl. nur *H.-H. Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1988, S. 178; *Th. Lenckner*, in: Schönke/Schröder (Anm. 4), Vorbem. 12 vor § 13.

14 Vgl. *J.C. Smith /B. Hogan*, Criminal Law, 6th ed. London 1988, S. 31; *G. Williams*, Textbook of Criminal Law, 2nd ed. London 1983, S. 70.

15 Vgl *G. Stefani/G. Levasseur/B. Bouloc*, Droit Pénal Général, 13me ed. Pans 1987, S. 157.

16 Zu den Konsequenzen der aus der deutschen Straftatsystematik folgenden Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung vgl. *A. Eser*, in: A. Eser/G. P. Fletscher (Hrsg.),

Aber auch bei wichtigen Einzelregeln des Allgemeinen Teils des Strafrechts gibt es handfeste Differenzen. So wird die Reichweite eines Tatbestands nicht unerheblich von der Strafbarkeit des Versuchs, den verschiedenen Formen der Tatbeteiligung und der Strafbarkeit der Begehung durch Unterlassen bestimmt. Um die tatsächliche Vielfalt dieser Regelungen zu ermessen, braucht man nur einen kurzen Blick in die entsprechenden Übersichten zum ausländischen Recht im Lehrbuch von Jescheck zu werfen[17]. Oder um als ein fundamentales Strafbarkeitserfordernis nur das Schuldprinzip zu nennen, dem im deutschen Strafrecht sogar Verfassungsrang eingeräumt[18] und aus dem unter anderem gefolgert wird, daß der Täter nur für solche Handlungen und Tatfolgen haftbar gemacht werden darf, für die ihn ein Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsvorwurf trifft[19]: Demgegenüber werden selbst auf europäischem Boden, wie namentlich im englischen und französischen Recht, „strict liability offences" bzw. sogenannte „infractions purement matérielles" anerkannt, welche keinerlei subjektive Tatverantwortlichkeit voraussetzen[20].

Vielleicht etwas subtiler, aber für den Praktiker vollkommen verständlich, ist schließlich der Einfluß des Strafverfahrensrechts und seiner Beweisproblematik auf die materiellrechtlichen Strafbarkeitsmerkmale. Auch hier sind die Unterschiede beträchtlich, selbst wenn man einmal von der besonderen Problematik der polizeilichen Ermittlungsbefugnisse und der Beweisverbote absieht und nur die gerichtliche Beweisaufnahme für sich betrachtet. In Deutschland haben wir ein Amtsermittlungsverfahren mit einer umfassenden, stark formalisierten Hauptverhandlung von Berufs- und Laienrichtern, in welcher der Unmittelbarkeitsgrundsatz gilt und die Verteidigung durch Ausübung von Frage-, Erklärungs und insbesondere Beweisantragsrechten einen sehr starken Einfluß gewinnen kann. Der Prozeßstoff wird dabei von gut vorbereiteten professionellen Akteuren so gründlich aufgearbeitet, daß in komplizierten Materien, wie vor allem im Bereich der Wirtschaftskriminalität, ohne Kooperation der Verteidigung eine auch nur einigermaßen schnelle Verfahrensbeendigung nicht mehr möglich ist[21]. Entsprechend aufwendig müssen daher schon im Vorverfahren die polizeilichen und staatsanwaltlichen Ermittlungen geführt werden, und entsprechend schwer aufklärbar können sich einzelne materiellrechtliche Tatbestandsmerkmale erweisen.

In England hingegen findet die Beweisaufnahme in einem adversatorischen Verfahren vor Laienrichtern statt, die von dem Verfahrensgegenstand bis zum Beginn der Hauptverhandlung keine Kenntnis haben und in der Hauptverhandlung zwar von einem verfahrensleitenden Berufsrichter instruiert werden, bei der eigentlichen Urteilsberatung aber (auf sich) allein (gestellt) sind[22]. Die Beweise werden von Anklage und Verteidigung kontradiktorisch und aus der Sicht eines einseitig festgelegten Interesses präsentiert, und zwar in einer

---

Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven I. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Band S 7.1, 1987, S. 26 ff.; *W. Perron*, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht, Baden-Baden 1988, S. 123 ff.

17 Vgl. *Jescheck* (Anm. 14), S. 475 f., 553 f., 598 ff.

18 So in ständiger Rechtssprechung z. B. BVerfGE 9,169; 28,391.

19 Vgl. *Jescheck* (Anm. 14), S. 18 f.; *Lenckner* in Schönke/Schröder, Vorbem. § 103 f. vor § 13.

20 Vgl. *Jescheck* (Anm. 14), S. 20 Fn. 9 mit weiteren Nachweisen.

21 Vgl. *A. Eser*, Funktionswandel strafrechtlicher Prozwßmaximen. Auf dem Weg zur „Reprivatisierung" des Strafverfahrens? Beitrag zu einem deutsch japanischen Symposium der Universität Freiburg und der Osaka City University 1991.

22 Eingehend zur Beweisaufnahme in der englischen Hauptverhandlung *J. Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971.

Weise, die von den Laienrichtern hic et nunc verstanden und verarbeitet werden muß. Komplexe und komplizierte Materien müssen daher drastisch vereinfacht werden, wobei die Verteidigung bemüht sein muß, nicht den Eindruck zu erwecken, sie würde durch Obstruktions- und Verzögerungstaktik eine gerechte Verurteilung des Angeklagten verhindern wollen. Auch umfangreichere Sachverhalte können auf diese Weise einfacher bewältigt werden, da beide Seiten kein Interesse an einer zu großen Ausdehnung haben. Insbesondere fällt die Aufklärung von Zweifeln über subjektive Tatbestandsmerkmale weitgehend in die Verantwortung des Angeklagten. Auf der anderen Seite bekommen widersprüchliche Zeugenaussagen und atmosphärische Faktoren ein sehr viel stärkeres Gewicht, zumal die Jury aufgrund des sehr fragmentarischen Eindrucks, den die Hauptverhandlung oft bietet, häufig eher intuitiv entscheidet.

Auch in Frankreich gibt es ein Geschworenenverfahren[23]. Allerdings wird die Hauptverhandlung von einem Berufsrichter geleitet, der nicht als neutraler Schiedsrichter auftritt, sondern zur eigenständigen Aufklärung der Wahrheit verpflichtet ist und dadurch die Jury sehr viel stärker als sein englischer Kollege beeinflußt. Außerdem gilt nicht der Unmittelbarkeitsgrundsatz, sondern die Beweisaufnahme wird im wesentlichen durch Bezugnahme auf die Akten des Untersuchungsrichters durchgeführt. Die eigentliche Beweisaufnahme findet im einem weniger formalisierten Verfahren vor dem Untersuchungsrichter statt, wo der Sachverhalt zwar gründlich, aber bei weitem nicht so aufwendig wie in Deutschland aufgearbeitet wird. Auch kompliziertere Materien lassen sich dadurch zügig bewältigen.

Ohne die angesprochenen Unterschiede rechtspolitisch werten zu wollen, erscheint doch unverkennbar, daß man in England, Frankreich und Deutschland – um unter Vernachlässigung kaum weniger divergierender Strafrechtsordnungen anderer Länder bei diesen Beispielen zu bleiben – zum Ausgleich von Unterschieden jeweils andere materiellrechtliche Vorschriften einführen müßte, wenn man in der täglichen Strafverfolgungspraxis gleiche Resultate erzielen will. Insgesamt dürfte aber schon mit diesen wenigen Beispielen deutlich geworden sein, daß für eine wirkliche Angleichung des Strafrechts auf europäischer Ebene sehr umfassende Veränderungen notwendig wären, deren tatsächliches Ausmaß auch von den Fachleuten kaum realitätsgerecht abzuschätzen ist. Das soll nicht heißen, daß solche Angleichungen völlig unmöglich wären. Auch sei keineswegs verkannt, daß sich – nicht zuletzt wegen der bisherigen Lückenhaftigkeit der europäischen Gesetzgebung – zumindest durch die Spruchpraxis europäischer Gerichtsinstanzen eine Art „gemeines europäisches Recht" jedenfalls für bestimmte grundlegende Rechtsprinzipien und -institutionen herausbilden können[24]. Solange jedoch beispielsweise Großbritannien nicht einmal für seinen eigenen nationalen Bereich ein sowohl einheitliches wie auch geschriebenes Strafgesetzbuch zuwegegebracht hat[25], erscheint kaum vorstellbar, daß es sich einem umfassenden europäischen Strafkodex, und sei es auch nur durch Übernahme eines derartigen Modells, bereit fände.

---

23 Zum französischen Strafverfahren vgl. etwa *G. Stefani/G. Levasseur/B. Bouloc*, Procédure Pénale, 13ième ed. Paris 1987.

24 Vgl. dazu etwa *K. Tiedemann*, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, in: Th. Vogler U. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, 2. Halbbd. S. 1411-1440.

25 Zu dahingehenden, aber bislang noch wenig erfolgreich erscheinenden Bemühungen vgl. *B. Huber*, Landesbericht Großbritannien, in: A. Eser/B. Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Band S 20/1, 1990, S. 479-594, 510 ff.

III. Ausweitung supranationalen Strafrechts?

Angesichts der bei einer Rechtsangleichung nationaler Strafrechte zu erwartenden Schwierigkeiten könnte es naheliegen, gleichsam in einer Flucht nach vorne einen noch radikaleren Schritt zu tun, um die Verfolgung grenzüberschreitender Kriminalität auf einer höheren, nämlich supranationalen Ebene zu suchen, indem strafrechtliche Kompetenzen auf Institutionen verlagert werden, die über den Einzelstaaten stehen. Dies könnte vor allem in zwei Formen geschehen: zum einen durch die Schaffung eines Strafgesetzbuchs für internationale Verbrechen, zum anderen durch Einrichtung eines supranationalen Strafgerichtshofs und/oder supranationaler Verfolgungsinstanzen. Solche Forderungen erhalten umso größeres Gewicht, wenn es nicht nur um Verfolgung von Individualtätern, sondern um „Staatsverbrechen" im wahrsten Sinne dieses Wortes, nämlich um kriminelle Akte von Staatsorganen oder jedenfalls unter deren Duldung geht. Dazu mögen schon die Stichworte Lockerbie und Golfkrieg genügen; doch sollten darüber auch staatliche Verbrechen, wie sie beim Zusammenbruch von Diktaturen – sei es in Südamerika oder in Osteuropa – bekannt geworden sind, nicht in Vergessenheit geraten.

In diesen wie auch in anderen leicht vermehrbaren Beispielsfällen ist evident, daß ein einzelner Staat überfordert wäre, wenn er die Rolle eines „Weltrichters" – und sei es auch nur stellvertretend für viele andere Staaten – übernehmen wollte. Und wie sich nicht zuletzt an der strafrechtlichen Bewältigung von „Alttaten" in der ehemaligen DDR zeigen ließe, ist es extrem schwierig, wenn ein nationales Strafrecht – wie in diesem Fall das der Bundesrepublik Deutschland – auf Handlungen der früheren Staatsorgane der DDR angewendet werden soll[26], selbst wenn man darin einig sein mag, daß das in der ehemaligen DDR begangene Unrecht nicht einfach ungeahndet bleiben darf.

Doch so verständlich nach alledem der Ruf nach einem supranationalen Strafrecht wie auch nach entsprechenden Vollzugsorganen sein mag, und selbst wenn vor dem Hintergrund der Golfkrise das weltpolitische Realisierungsklima günstiger als vielleicht je zuvor erscheint, ist doch auch in dieser Hinsicht vor übereilter Euphorie zu warnen. Denn nicht nur, daß die Übertragung von Strafgewalt auf eine höhere supranationale Ebene zwangsläufig mit Souveränitätseinbußen verbunden ist; und wie schwer sich selbst befreundete Nachbarstaaten innerhalb derselben Weltregion damit tun, ließe sich etwa schon am Recht zur Nacheile im Schengener Durchführungsübereinkommen demonstrieren, wo selbst die engen Voraussetzungen, unter denen schließlich gewisse exterritoriale Ermittlungsbefugnisse eingeräumt wurden, hart umkämpft waren[27]. Vielmehr wird sich auch nicht jede Art von Kriminalität, selbst wenn sie gravierend und grenzüberschreitend sein mag, wie beispielsweise international organisierter Diebstahl oder Betrug, für eine supranationale Strafjustiz eignen. Deshalb mußte Sieber bei all seinem Optimismus selbst für unsere Region einräumen, daß mit

---

26 Vgl. dazu auch *A. Eser*, Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1991, 241-268; *G. Grünwald*, Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, in: Strafverteidiger (StV) 1991, 31-37; *E. Samson*, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten nach der Einigung Deutschlands, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1991, 335-340; *K. Lüderssen*, Zu den Folgen des „Beitritts" für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, StV 1991, 482-487.

27 Vgl. Art. 40 des Schengener Durchführungsübereinkommens, abgedruckt bei: *S. Uhlig/W. Schomburg/O. Lagodny*, IRG-Kommentar, 2. Aufl. 1992, Anhang 0. Zu den Schengener Abkommen vgl. jetzt auch: *H.-H. Kühne*, Kriminalitätsbekämpfung durch immereuropäische Grenzkontrollen. Auswirkungen der Schengener Abkommen auf die innere Sicherheit. Schriften zum europäischen Recht, Band 8, 1991.

einem „Europäischen Strafrecht" nur Teilbereiche der Kriminalität erfaßt werden könnten[28]. Deshalb kann es auch nicht verwundern, daß sich selbst engagierte Plädoyers für eine supranationale Strafverfolgung – wenn auch insoweit durchaus berechtigt – auf einen relativ eng umgrenzten Bereich beschränken[29].

IV. Ausbau der Zusammenarbeit auf internationaler Ebene

Für die Großzahl der Fälle mit materiellrechtlicher oder prozessualer Auslandsberührung bleibt somit festzuhalten, daß die nationalen Straf- und Strafverfolgungsgewalten nach wie vor auf die internationale Ebene im Sinne zwischenstaatlicher Zusammenarbeit angewiesen bleiben. Wenn dem Bundeskriminalamt, dessen 40jähriges Bestehen in diesen Tagen gefeiert wird, dabei eine ganz zentrale Aufgabe zukommt, so unterstreichen die vorausgegangenen Überlegungen zusätzlich, wie wichtig die Arbeit dieser Institution ist.

Damit stellt sich freilich auch die Frage, unter welchen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen diese zwischen staatliche Rechtshilfe – und damit auch die Arbeit des Bundeskriminalamts[30] – erfolgen kann. Dabei soll es hier weniger um die verschiedenen Konventionen des Europarats gehen[31], so maßgeblich diese für die tägliche Arbeit des Bundeskriminalamts auch sein mögen. Vielmehr sei hier das Augenmerk auf ein Problem gerichtet, das sowohl für die Grundstruktur der Rechtsbeziehungen im Rechtshilferecht wie auch für das Problem des „Gesetzesvorbehalts" auch für den Bereich der „sonstigen Rechtshilfe" (§§ 59-67 IRG) von Bedeutung ist. Diese Frage sei – in der hier gebotenen Kürze – in dreifacher Hinsicht beleuchtet: zunächst durch eine kurze Begründung der „dreidimensionalen" Struktur von Rechtshilfeakten (1) mit daraus zu ziehenden Konsequenzen für die Geltung des Gesetzesvorbehalts auch im Bereich der „kleinen" Rechtshilfe (2), um sodann

---

28 *Sieber* (oben Anm. 6).

29 Vgl. die Entschließung des XIV. Internationalen Strafrechtskongresses der AIDP (o. Anm. 5). Auf der gleichen Linie liegt der Beschluß dieser Association, auf Ihrer nächsten Konferenz 1994 in Rio de Janeiro über die Möglichkeit von Regional (anstelle von Universal) Courts of Criminal Justice zu diskutieren. Auch der BKA-Präsident hatte ja bei dem von ihm geforderten EUROPOL keineswegs für eine Allzuständigkeit plädiert (vgl. seinen Beitrag oben Anm. 7 in diesem Band).

30 Denn auch wenn diese Einordnung der diesbezüglichen BKA-Tätigkeit unter die Normen der „Rechtshilfe in Strafsachen" von manchen ungern gehört, weil möglicherweise als zu starke rechtliche Behinderung seiner Ermittlungstätigkeit empfunden wird, dürfte diese Rechtsmeinung jedenfalls im Prinzip unbestritten sein, heißt es doch sogar aus traditioneller Sicht in der Kommentierung von *W. Walter* (in: Th.Vogler/W. Walter /P. Wilkitzki, IRG-Kommentar, in H. Grützner/P.-G. Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Loseblattsammlung 2. Aufl., I A 2, § 59 RdNr. 16: Die Vorschrift des § 59 „gilt damit auch für die polizeiliche Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Strafrechts, soweit sie nicht rein präventive Maßnahmen betrifft...".

31 Vgl. jüngstens das 2. Zusatzprotokoll zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen sowie das Zusatzprotokoll zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, die nunmehr beide für die Bundesrepublik in Kraft sind (BGBl. 1990 11, 118 ff.; 1991 II, 874 f.), ferner das Überstellungsübereinkommen, das zum 1.1.1992 für die Bundesrepublik in Kraft treten soll. Vgl. zum Ganzen auch *O. Lagodny*, Die Aktivitäten des Europarats auf strafrechtlichem Gebiet unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention; in: A. Eser/B. Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa 3/2 Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Band S 20/2, 1991, S. 1318-1397.

gewisse Hürden (3 und 4) einerseits, aber auch gewisse Erleichterungen (5) für die internationale Rechtshilfe andererseits zu betrachten.

1. Zur „dreidimensionalen" Struktur von Rechtshilfeakten

Deren Bedeutung wird vielleicht am leichtesten verständlich, wenn man sich den traditionellen Standpunkt vergegenwärtigt: Zu Beginn des 19. Jahrhunderts hat sich eine „zweidimensionale" Sichtweise verfestigt, die alle Formen der Rechtshilfe, insbesondere aber auch die Auslieferung, ausschließlich als Angelegenheit oder (Rechts-)Geschäft zwischen den beiden beteiligten Staaten ansah. Maßgeblich war im wesentlichen ausschließlich das Völkerrecht. Das hatte zur Folge, daß man in den jeweils zugleich mitbetroffenen Personen bloße „Objekte" dieser zwischenstaatlichen Angelegenheit erblickte.

Diese „zweidimensionale" Sichtweise hat sich jedoch inzwischen als unzulänglich erwiesen. Denn ganz abgesehen davon, daß man schon vor dem Hintergrund völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes selbst auf der zwischenstaatlichen Ebene nicht mehr von Menschen als bloßen Objekten sprechen kann, ist auch sonst nicht mehr daran vorbeizukommen, neben der zweiseitigen Beziehung zwischen ersuchendem (empfangendem) und ersuchtem (leistendem) Staat auch die Beziehung zu dem betroffenen Individuum als eine weitere (und damit „dritte") Dimension mitzuberücksichtigen – wobei wegen der Versäumnisse in der Vergangenheit diese „dritte Dimension"[32] sogar in den Vordergrund[33] zu stellen ist. Zu unterscheiden sind danach insbesondere die völkerrechtlichen und die innerstaatlichen Rechtsbeziehungen. Während in völkerrechtlichen Verträgen wie z.B. dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen ein Mitgliedsstaat gegenüber dem anderen verpflichtet ist, eine bestimmte Rechtshilfe zu leisten, wird vom jeweiligen nationalen Recht geregelt, ob und unter welchen Voraussetzungen der ersuchte Staat gegenüber einem Individuum innerstaatlich ermächtigt ist, die erbetene Rechtshilfehandlung vorzunehmen und dann an den ausländischen Staat zu leisten[34]. Freilich sind die innerstaatlichen und völkerrechtlichen Rechtshilferegelungen vielfach miteinander verknüpft. So stellen nach dem Recht der Bundesrepublik die Vertragsnormen – kraft Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG – zugleich[35] auch die innerstaatliche Ermächtigungsgrundlage für Individualrechtseingriffe dar, aber nur, soweit sie nicht den Grundrechten widersprechen[36].

---

32 Vgl. zum Begriff: *A. Eser*, in: Th. Weilend, Diskussionsbericht von der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung bei der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 23.9.83 in Bonn, ZStW 96 (1984), 624-638, 626.

33 Vgl. *O. Lagodny* Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Band S 9, 1987, sowie demnächst: *Uhlig/Schomburg/Lagodny* (Anm. 26), Vorwort und Einl. RdNr. 15 ff., 29 ff.

34 Vgl. zur Differenzierung von innerstaatlicher Leistungs- bzw. Vornahmeermächtigung *Uhlig/Schomburg/Lagodny* (Anm. 26), Einl. RdNr. 36 ff. sowie RdNr. 16 ff. vor § 59.

35 Freilich nicht immer ausreichend: vgl. jetzt für das Überstellungsübereinkommen das zusätzliche Gesetz zur Ausführung des Übereinkommens (Überstellungsausführungsgesetz, BGBl. 1991 I, 1954), mit dem die Rechtsgrundlage für eine „Festhalteanordnung" ihre prozedurale innerstaatliche Rechtsgrundlage erhält. Das Überstellungsausführungsgesetz wird gleichzeitig mit dem Überstellungübereinkommen zum 1.2.1992 in Kraft treten.

36 Beispiel: Innerstaatliche Ermächtigung zur Auslieferung in Fällen drohenden grundrechtswidrigen Strafvollzugs. Die deutschen Auslieferungsverträge kennen keine Klauseln, die eine Auslieferungspflicht in solchen Fällen ausschließen würden. Zugleich kann aber der Vetragstext nicht

Die Bedeutung gerade der innerstaatlichen Grundrechte ist jedoch im Auslieferungs- und Rechtshilferecht bislang grob vernachlässigt worden. Dies wird auch nicht dadurch ausgeglichen, daß man – der bisherigen „Zweidimensionalität" folgend – Rechte des Individuums nur aus dem Völker(vertrags)recht ableiten will. Erwähnt sei hier nur das Stichwort des – in seinem Inhalt äußerst schillernden, wenn nicht gar dubiosen – „völkerrechtlichen Mindeststandards". Ja, es stellt sich sogar die Frage, ob die rechtshilferechtliche Diskussion in der Bundesrepublik derjenigen in anderen europäischen Staaten heute nicht schon weit hinterdreinhinkt, dürften doch Fragen, die bei uns noch heftigst diskutiert werden, in anderen europäischen Staaten bereits unter der Rubrik des „Selbstverständlichen" abgeheftet sein[37].

Bei Lichte betrachtet, liefert eine dreidimensionale Betrachtungsweise aber keineswegs – wie man vermuten könnte – nur Steine, die einer gedeihlichen transnationalen Strafrechtspflege in den Weg gelegt werden müssen, weil sie selbst de lege ferenda nicht beseitigt werden können. Solche werden zwar nachfolgend benannt. Auf der anderen Seite aber liefert vielmehr gerade ein innerstaatlicher verfassungsrechtlicher Ansatz auch den Hebel dazu, um Steine aus dem Weg räumen zu können, die aus traditionell-zweidimensionaler Sichtweise heraus bisher als unbeweglich betrachtet wurden.

2. Geltung des Gesetzesvorbehalts auch im Bereich der sonstigen Rechtshilfe

Eine der Konsequenzen aus einer dreidimensionalen Betrachtungsweise ist die prinzipielle Geltung des Gesetzesvorbehalts im gesamten Recht der Rechtshilfe, soweit es um die Beteiligung der Bundesrepublik geht[38].

Verwaltungsrechtler, für die der Umgang mit dem Gesetzesvorbehalt zum täglichen Brot gehört, mag diese Feststellung vielleicht als nicht sonderlich neu verwundern. Seine Bedeutung wurde aber bislang – worauf Schomburg und Lagodny in der für Anfang 1992 zu erwartenden zweiten Auflage des IRG-Kommentars zu Recht hinweisen[39] – gerade im Rechtshilferecht unterschätzt.

Eine Ermächtigungsgrundlage kann sich entweder aus dem Gesetz über Internationale Rechtshilfe (IRG) oder aus völkerrechtlichen Verträgen, wie z.B. dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen (EuRhÜbk), ergeben. Zu beachten ist freilich, daß in diesen Rechtsquellen nur die sogenannte „innerstaatliche Leistungsermächtigung"[40] geregelt ist. Damit ist gemeint, unter welchen Voraussetzungen die sog. Erledigungsstücke (oder all-

---

als ausreichende Ermächtigungsgrundlage angesehen werden, da eine Auslieferung in solchen Fällen gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verstoßen würde, vgl näher *O. Lagodny*, Rechtsstellung, (o. Anm. 34), S. 161 ff.

37 Dazu wären aufgrund eines Vortests im Rahmen eines vom Freiburger Max-Planck-Instituts verfolgten Forschungsprojekts jedenfalls u.a. zu nennen: die Niederlande, die Schweiz, Österreich, aber auch Irland, Portugal, und wohl auch Frankreich.

38 Die Bedeutung des „Gesetzesvorbehalts" gerade auch für die internationale Rechtshilfe ist mir dankenswerterweise vor allem aus Gesprächen mit *Susanne Scheller* über das von ihr verfolgte Promotionsvorhaben „Rechtsfragen zur Zusammenarbeit der Polizei in Europa bei der Verbrechensbekämpfung" klar geworden.

39 *Uhlig/Schomburg/Lagodny* (Anm. 26), Einl. RdNr. 44 ff. sowie RdNr. 6 ff. vor § 59.

40 Begriff von *Uhlig/Schomburg/Lagodny* (Anm. 26), Einl. RdNr. 36 ff., RdNr. 16 ff vor § 59; dort jeweils auch näher zur Differenzierung zwischen innerstaatlicher Leistungs- und innerstaatlicher Vornahmeermächtigung.

gemeiner: das Ergebnis einer innerstaatlich vorzunehmenden Rechtshilfehandlung) nach außen an den ersuchenden Staat geleistet werden dürfen, also die eigentliche Übermittlung stattfinden darf. Nicht geregelt hingegen sind dort Fragen der innerstaatlichen Vornahmeermächtigung. Das sind die Voraussetzungen, unter denen die gewünschte Rechtshilfehandlung innerstaatlich überhaupt vorgenommen werden darf, also beispielsweise: ob und unter welchen Voraussetzungen ein Gegenstand beschlagnahmt werden oder ob und unter welchen Voraussetzungen zur Zeugenaussage per Ordnungsmittel angehalten werden darf. Für diese Fragen verweist z.B. das IRG[41] auf die Strafprozeßordnung oder andere einschlägige Gesetze.

Schon hier sei jedoch betont, daß zumindest de lege ferenda durch den Gesetzesvorbehalt ein eigentliches Hindernis für den Rechtshilfeverkehr nicht begründet wird, weil er ja geradezu ein Tätigwerden des Gesetzgebers fordert.

Wie wenig freilich sich die Tatsache, daß der Gesetzesvorbehalt auch im Rechtshilferecht gilt, bislang durchgesetzt hat, sieht man daran, daß man auch heute noch eine Frage betont, die schon früher viel diskutiert worden ist[42]: Kann sich der Verfolgte oder der Betroffene auf Bestimmungen eines völkerrechtlichen Auslieferungs- oder Rechtshilfevertrages berufen? Dafür soll maßgeblich sein, ob die in Frage stehende Bestimmung seinem Schutz diene[43]. Besinnt man sich hingegen auf die innerstaatliche Normqualität von solchen Verträgen, so wird deutlich, daß diese Fragestellung jedenfalls dann nicht maßgeblich ist, wenn es um Maßnahmen geht, die den Schutzbereich eines Grundrechtes berühren. Da ein Eingriff in dessen Schutzbereich nur auf gesetzlicher Basis zulässig ist, stellt der nach Art. 59 Abs. 2 GG ins innerstaatliche Recht transformierte Vertrag die Ermächtigungsgrundlage dar. Insoweit ist es selbstverständlich, daß sich auch der von Rechtshilfe Betroffene darauf berufen kann, die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen lägen nicht vor[44].

Welche Bedeutung der Frage des Gesetzesvorbehalts im Rechtshilferecht zukommt und welche Mängel die bisherige Diskussion wegen der fehlenden Beachtung der innerstaatlichen Seite der Rechtsbeziehungen aufweist, sei exemplarisch anhand der Erteilung von Auskünften an das Ausland erläutert. So bestehen z.B. schon für den innerstaatlichen Bereich Mitteilungsverbote nach dem Bundeszentralregistergesetz (BZRG) im innerstaatli-

---

41 Vgl. § 59 Abs. 3 IRG. Das EuRhÜbk verweist in Art. 13 Abs. 1 hinsichtlich Auskünften aus dem Strafregister auf das nationale Recht („...in dem Umfang, in dem seine Justizbehörden sie in ähnlichen Fällen selbst erhalten können").

42 Es geht dabei um Fälle, in denen eine Person eingeliefert worden ist. Dort stellte sich früher die Frage, ob der Eingelieferte sich darauf berufen kann, daß die gegen ihn ergangene Verurteilung dem Grundsatz der Spezialität widerspricht, weil die Verurteilung im ersuchenden Staat über den Rahmen der Bewilligung hinausgeht (oder – Parallelfrage – ob er im ersuchenden Staat nach erfolgter Einlieferung auf den Schutz durch die Spezialitätsbeschränkung verzichten kann). Heute kann die Frage als geklärt gelten. Der BGH nimmt in ständiger Rechtsprechung ein Verfahrenhindernis wegen der Spezialitätsbindung an. Gesetzlich verankert ist dies in § 72 IRG („Bedingungen, die der ersuchte Staat an die Rechtshilfe geknüpft hat, sind zu beachten"); ähnlich schon § 54 DAG.

43 Vgl. z.B. *Vogler* (Anm. 29), § 11 RdNr. 3 m.w.N.

44 Daß diese rechtsstaatlich eigentlich selbstverständliche Feststellung nicht schon längst das Rechtshilferecht bestimmt, wurde aus dem Kreise von Völker- und Verfassungsrechtlern, namentlich von *J.A. Frowein*, in einer Diskussion im Rahmen des International Workshop on „New Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law" (Mai 1991 am Max-Planck-Institut in Freiburg) mit Verwunderung konstatiert.

chen Bereich[45]. Deshalb dürfen auch dem Ausland nach § 57 BZRG solche Auskünfte nur „nach den hierfür geltenden Gesetzen und Vereinbarungen" erteilt werden. Im praktisch wichtigsten Fall verweist auch Art. 13 des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens auf das innerstaatliche Recht des Mitgliedsstaates und damit auf innerstaatliche Mitteilungs- und Auskunftsverbote. Es wäre auch kaum nachvollziehbar, dürften Auskünfte aus dem Bundeszentralregister an ausländische Stellen in größerem Umfange erteilt werden als an innerstaatliche Stellen.

Für die Bundesrepublik ist beispielsweise an die Auskunftsverbote nach § 41 Abs. 2 und 3 oder nach § 45 Abs. 2 S. 1 BZRG zu denken. Danach dürfen Auskünfte bestimmten Inhalts nur an Gerichte oder Staatsanwaltschaften bzw. diesen vergleichbare ausländische Stellen erteilt werden, nicht jedoch an Polizeidienststellen. Das gilt z.B. nach § 41 Abs. 2 BZRG für Entmündigungen, die wiederaufgehoben worden sind, oder nach Abs. 3 für Verurteilungen zu Jugendstrafe, bei denen der Strafmakel als beseitigt erklärt ist. Für zu tilgende Eintragungen gilt nach § 45 Abs. 2 S. 2 BZRG ein Auskunftsverbot schon während der sog. „Überliegefrist" (Zeit zwischen Tilgungsreife und tatsächlicher körperlicher Löschung aus dem Register) als Vorwirkung der körperlichen Löschung der zu tilgenden Daten[46].

---

45 Parallel zu entscheiden wäre etwa beim Steuer- oder beim Sozialgeheimnis. – Ein schwieriges Problem ist die Frage, ob z.B. auch „tagebuchartige Aufzeichnungen" im Wege der Rechtshilfe übermittelt werden dürften. Für ein bundesdeutsches Strafverfahren hat das BVerfG jüngst entschieden, daß die Beschlagnahme und Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen nicht in jedem Fall verboten ist, da sie – im konkreten Fall – von den die Entscheidung tragenden vier Richtern als „nicht zum absolut geschützten Bereich persönlicher Lebensgestaltung" gehörend eingestuft wurden. Die strafrechtliche Ermittlung und Verwertung privater Aufzeichnungen müsse jedoch folgenden Grundsätzen entsprechen: Sie muß durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt sein, und es muß im Wege der Einzelfallabwägung ein gerechter Ausgleich gefunden werden zwischen dem Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung, dem öffentlichen Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren und der wirksamen Aufklärung gerade schwerer Straftaten einerseits und dem Persönlichkeitsrecht – hier gestützt auf Art. 2 Abs. 1 (allgemeines Persönlichkeitsrecht) GG und Art. 1 Abs. 1 (Menschenwürde) GG, dem keine geringere Bedeutung zukomme – andererseits (BVerfGE 80, 367, 375 f., 379). Bei genereller Betrachtung sei es in Fällen schwerer Kriminalität zur Feststellung der Täterschaft, zur Entlastung zu Unrecht Beschuldigter, zur Klärung der Schuld und der Frage der Gefährlichkeit des Betroffenen zulässig, auf private Aufzeichnungen zurückzugreifen. Bei der Einzelfallabwägung stellten die vier Richter auch maßgeblich darauf ab (S. 380), ob der BGH als letztes Instanzgericht bei der Prüfung der Verwertbarkeit den Eingriff in den Persönlichkeitsbereich des Betroffenen in genügendem Maße gewürdigt und abgewogen habe. Offen und an dieser Stelle auch nicht zu beantworten ist jedoch die Frage, inwieweit die Kautelen des BVerfG auch dann gelten, wenn es um die „Leistung" eines beschlagnahmten Tagebuchs nach außen an den ersuchenden Staat geht. Die Antwort ist schon deshalb schwierig, weil das BVerfG einen Fall zu entscheiden hatte, in dem ein revisionsrechtlich bereits überprüftes Strafurteil vorlag. Die Situation der „Leistung" eines Tagebuchs im Wege der Rechtshilfe wird regelmäßig ein Stadium des ausländischen Verfahrens betreffen, in dem überhaupt noch kein Urteil vorliegt. Folgt aus der 4:4-Entscheidung etwa, daß ein Tagebuch nur unter der Voraussetzung an das Ausland geleistet werden darf, daß das erkennende Strafgericht bei der Verwertung eine Abwägung anhand deutscher Grundrechte vornimmt, Muß es verneinendenfalls immerhin eine matenell vergleichbare Bewertung vornehmen? Sicher dürfte nur sein, daß ein solches Tagebuch „nicht ohne weiteres" für ausländische Behörden oder Genchte beschlagnahmt und dann überlassen werden kann.

46 Vgl. näher *K. Rebmann/S. Uhlig*, Bundeszentralregistergesetz, 1985, 45 BZRG RdNr. 3 ff.

In all diesen Fällen darf natürlich erst recht dem Ausland gegenüber keine Auskunft erteilt werden. Ob daran gerüttelt werden kann, erscheint äußerst zweifelhaft; denn eine Erleichterung für den Rechtshilfeverkehr wäre nur möglich, wenn man die innerstaatlich verfestigten und berechtigten Schranken der Auskunftserteilung aus dem Bundeszentralregister senken würde. Dazu dürfte jedoch kaum begründeter Anlaß bestehen.

3. Behebbare Hürden

a) Spontanauskunft als umstrittener Fall

Näher beleuchtet sei die Frage, ob das IRG oder das Europäische Rechtshilfeübereinkommen auch für sogenannte „Spontanauskünfte" gilt. Das sind Auskünfte an ausländische Stellen, denen kein (ausdrückliches oder konkludentes) Ersuchen zugrundeliegt. Vielmehr geben inländische Strafverfolgungsbehörden ihre Kenntnis gewissermaßen „von sich aus" an das Ausland weiter.

Es kommt darauf an, ob die Erteilung einer Spontanauskunft den Schutzbereich von Grundrechten, insbesondere des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, berührt. Es kann nicht Aufgabe dieser Ausführungen sein, die noch völlig ungeklärte Frage zu erörtern, welche Art von Auskunftserteilung in diesen Schutzbereich fällt[47]. Angesprochen werden kann vielmehr nur die Frage, ob Spontanauskünfte nur deshalb, weil sie spontan erfolgen, nicht dem Gesetzesvorbehalt unterliegen. Zu unterstellen wäre dabei eine wohl unstreitig grundrechtsrelevante Auskunft, z.B. über (der auskunftserteilenden Stelle vorliegenden) Informationen zu Vorstrafen eines Beschuldigten. Dies gilt unabhängig davon, ob die Stelle über einen ihr vorliegenden Auszug aus dem Bundeszentralregister Auskunft erteilt oder ob die Stelle die Informationen anderweitig erlangt hat[48].

Nach Walter[49] sollen Spontanauskünfte mangels Ersuchens generell nicht unter den strafrechtlichen Rechtshilfebegriff fallen; das IRG stehe aber nicht entgegen, einem anderen Staat Informationen zu übermitteln, die für diesen von Bedeutung sein und ihn veranlassen können, ein Rechtshilfeersuchen zu stellen. Für diese Betrachtungsweise ist charakteristisch, daß von einer nur völkerrechtlichen Begriffswarte aus argumentiert wird. Ob aber ein ausdrückliches oder wenigstens konkludentes Ersuchen Voraussetzung für den Rechtshilfebegriff – sei es des IRG oder des EuRhÜbk – konstitutiv ist, dies trifft gerade nicht den entscheidenden Kern. Vielmehr muß die Frage von ihren innerstaatlichen Voraussetzungen her angegangen werden. Soweit Informationen/Daten betroffen sind, deren Weitergabe z.B. das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung tangiert, bedarf es nach Art. 2

---

47 Vgl. für die Diskussion hinsichtlich eines rein innerstaatlichen Strafverfahrens z.B *R. Krüger*, Informationelle Selbstbestimmung und Kriminalaktenführung, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1990, 641-646 (eher restriktiv), oder *H. Bäumler*, Normenklarheit als Instrument der Transparenz, in: Juristische Rundschau (JR) 1984, 361-366 (eher weitgehend).

48 Da es hier schon um das „ob" einer Spontanauskunft geht, kommt es an dieser Stelle nicht auf die umstrittene Frage an, ob das BKA oder eine (sonstige) Polizeidienststelle aus eigenen Unterlagen Auskünfte über Erkenntnisse erteilen darf, die eintragungspflichtig im Erziehungsregister sind, oder ob dies wegen einer Umgehung des Auskunftsverbotes nach § 61 Abs. 1 und 3 BZRG unzulässig ist (so: *R. Riegel*, Probleme des Datenschutzes bei internationaler Rechtshilfe und informationeller Zusammenarbeit der Polizeibehören, in: Bayerische Verwaltungsblätter, (BayVBl.) 1985, 135-141, 137; anders die dort referierte Ansicht des Bundesminister der Justiz und des Inneren: zulässig, weil Information nicht aus dem Bundeszentralregister erlangt).

49 In: Th. Vogler/W. Walter/P. Wilkitzki (oben Anm. 29), § 59 RN 2; ebenso: *W. Singer*, Der polizeiliche Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland, 1983, S. 79.

Abs. 1 GG einer Ermächtigungsgrundlage, um dem Gesetzesvorbehalt zu genügen. Es genügt also nicht – wie unter der Geltung des bloßen Gesetzesvorrangs, auf den Walter implizit abzuzielen scheint –, daß das Gesetz (IRG oder EuRhÜbk) nicht entgegensteht; es muß die spontane Auskunftserteilung auch (ausdrücklich) erlauben.

Nun wird aber nach der geltenden Fassung von § 59 IRG gerade ein Ersuchen ausdrücklich vorausgesetzt[50], mit der Folge, daß eine Spontanauskunft unzulässig wäre[51]. Dies mag zwar unter Effektivitätsgesichtspunkten mißlich sein. Doch verbirgt sich hinter dem Erfordernis eines Ersuchens auch der Gesichtspunkt, daß nachvollziehbar und kontrollierbar bleibt, gegenüber welcher ausländischen Stelle die Auskunft erteilt wird. Unter Wahrung dieser Aspekte aber wäre es de lege ferenda durchaus wünschenswert und wohl auch kein Problem, künftig auch Spontanauskünfte zuzulassen.

Anders kann es freilich nach dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen aussehen. Zwar wird auch nach dessen Art. 1 Abs. 1 Halbs. 2 ein Ersuchen vorausgesetzt. Im 1. Halbsatz dieser Norm heißt es jedoch, daß sich die Vertragsparteien verpflichten, einander „soweit wie möglich" Rechtshilfe zu leisten. Hieraus wird man wohl ableiten können, daß gegenüber Vertragspartnern des EuRhÜbk Spontanauskünfte zulässig sind, da das EuRhÜbk insoweit zugleich die innerstaatliche Ermächtigungsgrundlage darstellt. Freilich sind aber auch bei Spontanauskünften die oben schon angesprochenen inhaltlichen Auskunftsverbote zu beachten.

b) Strafrechtliche Zweckbindung geleisteter Rechtshilfe

Als ein zweites Beispiel für Folgerungen aus dem Gesetzesvorbehalt sei die Frage angesprochen, zu welchen Zwecken der ersuchende Staat die erhaltenen Informationen verwenden darf: Nur für das konkrete Strafverfahren wegen der dem Ersuchen zugrundeliegenden Tat? Oder auch in einem Strafverfahren, dem eine andere Tat zugrundeliegt? Oder gar zu außerstrafrechtlichen Zwecken, etwa im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens, in dem es beispielsweise um den Entzug einer Gaststättenkonzession geht und bei dem Tatsachen verwertet werden sollen, die der ersuchende Staat nur durch die geleistete Rechtshilfe erfährt bzw. belegen kann?

Die letzte Frage[52] erlangt vor dem Hintergrund immer dichter werdender Datenvernetzung große Bedeutung. Sie läßt sich schon mit dem Gesetzeswortlaut beantworten: Das IRG – und entsprechendes gilt für das EuRhÜbk[53] – beschränkt seinen Anwendungsbereich auf die Rechtshilfe „in strafrechtlichen Angelegenheiten" (§§ 1 Abs. 1, § 59 Abs. 1 IRG). Der Gesetzgeber hat damit die Ermächtigung zur Leistung von Rechtshilfe expressis verbis auf den Zweck der Unterstützung eines strafrechtlichen Verfahrens beschränkt. Zur Rechtshilfe in Verwaltungssachen ermächtigt jedenfalls das IRG nicht[54]. Deshalb darf der ersuchende

---

50 § 59: (Abs. 1) „Auf Ersuchen einer zuständigen Stelle eines ausländischen Staates kann sonstige Rechthilfe geleistet werden."

51 Ebenso *Lagodny*, in: Uhlig/Schomburg/Lagodny (oben Anm. 26), 1992, § 59 RdNr. 4.

52 Nachweise zur Diskussion und insbesondere zu der deutlichen Haltung der Schweiz bei *K.-F. Nagel*, Beweisaufnahme im Ausland. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Band S 10, 1988, S. 128-132.

53 Vgl. dessen Art. 1: (Die Staaten verpflichten sich, ...) „Rechtshilfe zu leisten in allen Verfahren hinsichtlich strafbarer Handlungen, zu deren Verfolgung in dem Zeitpunkt, in dem um Rechtshilfe ersucht wird, die Justizbehörden des ersuchenden Staates zuständig sind".

54 Vgl. *Lagodny* (oben Anm. 26), § 59 RdNr. 10; anderer Ansicht *Nagel* (oben Anm. 53), S. 129/10.

Staat die Informationen nicht zu außerstrafrechtlichen Zwecken verwenden. Gegebenenfalls muß die Bewilligungsbehörde diese innerstaatliche Bindung in Form einer Bedingung gegenüber dem ersuchenden Staat dokumentieren, um sicherzustellen, daß die Übermittlungsstücke nur in Strafverfahren verwendet werden. De lege ferenda wäre es allerdings wiederum durchaus denkbar, daß der Gesetzgeber ein „Allgemeines Gesetz der Rechtshilfe" schafft, ohne dies auf den Rechtsbereich der „Strafrechtspflege" zu beschränken, zumal gerade dessen Abgrenzung schon innerhalb Europas nicht einheitlich erfolgt.

Auch die andere Frage – Strafverfolgung nur wegen der dem Ersuchen zugrundeliegenden Tat – wurde vom Gesetzgeber des IRG eindeutig beantwortet, indem er bei der sonstigen Rechtshilfe auf das Erfordernis einer „tatscharfen" Spezialität verzichtet hat. Freilich kann die Bewilligungsbehörde gleichwohl die Einhaltung der Spezialität vom ersuchenden Staat fordern[55], weil das IRG nicht zur Leistung von Rechtshilfe gegenüber dem ersuchenden Staat verpflichtet, sondern lediglich dazu ermächtigt.

Anders sieht es aus beim praktisch viel wichtigeren Europäischen Rechtshilfeübereinkommen, das keine Spezialitätsbindung vorsieht[56]. Wegen der Ermächtigungsfunktion des Übereinkommens in Verbindung mit dem Vertragsgesetz ist es deshalb innerstaatlich zulässig und zugleich vertragsrechtlich geboten, daß der ersuchte Staat insoweit keine Spezialitätsbedingungen stellt.

Demgegenüber vertritt freilich Vogler[57] die Meinung, der Spezialitätsgrundsatz gelte auch ohne ausdrückliche Vereinbarung, soweit bei der sonstigen Rechthilfe etwa die beiderseitige Strafbarkeit vorausgesetzt werde oder ein Rechtshilfe- (und nicht nur ein Auslieferungs-)hindernis bei politischen Straftaten besteht. Der Spezialitätsgrundsatz diene der Sicherung, daß diese Voraussetzungen bzw. Hindernisse nicht umgangen würden.

Dem kann nach dem zuvor Ausgeführten nicht gefolgt werden. Soweit sich etwa z.B. die Bundesrepublik bei ihrem Beitritt zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen vorbehalten hat, daß die Beschlagnahme und Herausgabe von Gegenständen nur bei Bestehen beiderseitiger Strafbarkeit erfolgen darf, liegt dem zugrunde, daß die innerstaatliche Vornahme dieser Zwangsmaßnahmen „stärker als andere Rechtshilfehandlungen in die Rechtssphäre des Betroffenen ein(greifen)"[58]. Soweit dadurch auf die Verhältnismäßigkeit der Vornahmehandlung[59] (nicht der Leistung der Rechtshilfe) Bezug genommen wird, ist ausreichend, wenn die dem Ersuchen zugrundeliegende Tat diese Voraussetzungen erfüllt. Will der ersuchende Staat die Erledigungsstücke nach bereits erfolgter Übersendung auch[60]

---

55 Vgl. ebenso *Nagel* (oben Anm. 53), S. 131 m.w.N.

56 Vgl. aber den Vorbehalt der Schweiz zu Art. 2 des Übereinkommens und dazu *Nagel* (oben Anm. 52), S. 130 ff.

57 *Th. Vogler*, Spezialitätsbindung bei der sog. „kleinen Rechtshilfe"?, GA 1986, 195- 202, 201; vgl. demgegenüber aber *R. Linke*, Aktuelle Fragen der Rechtshilfe in Strafsachen, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1982, 416-419, der auch davon auszugehen scheint, daß die Spezialitätsbeachtung ausbedungen werden müsse, ferner die Nachweise bei *Nagel* (oben Anm. 53), S. 129 ff.

58 So *H. Grützner/P.-G. Pötz*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2. Aufl. (Loseblatt), III 2, Vorbemerkungen zum EuRhÜbk, RdNr. 9.

59 Zur Differenzierung der innerstaatlichen Ermächtigung zur *Vornahme* der Rechtshilfehandlung und der Ermächtigung zur *Leistung* der erlangten Erledigungstücke nach außen vgl. oben in und zu Anm. 41.

60 Die Ansicht von *Vogler* mag zutreffen, soweit es um den Fall geht, daß der ersuchende Staat nicht eine zu verfolgende Straftat „vortäuscht", um an Informationen für ein Verwaltungsver-

für ein Strafverfahren wegen einer anderen Tat verwenden, greift dieser Gedanke nicht mehr, da Beschlagnahme und Herausgabe schon erfolgt sind[61].

Im übrigen muß man sowohl bezüglich des IRG als auch des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens von einer bewußten Lücke sprechen, die von den Vertragspartnern mithin gewollt ist. Da das Spezialitätsprinzip zwar zum Völkergewohnheitsrecht gehören mag[62], keinesfalls jedoch zum zwingenden Völkerrecht, von dem die Staaten nicht durch Vertrag abweichen könnten, bleibt es bei dem erwähnten Ergebnis.

Hier wurde mithin deutlich, wo man aufgrund der dreidimensionalen Betrachtungsweise schon jetzt Steine aus dem Weg räumen kann, die man bislang jedenfalls hier in der Bundesrepublik als unbeweglich zu betrachten scheint.

4. Nicht behebbare Hürden

Haben die bisherigen Ausführungen gezeigt, daß zwar bisher nicht in hinreichendem Maße wahrgenommene Hürden für eine transnationale Strafrechtspflege bestehen, die aber andererseits de lege ferenda weitgehend beseitigt werden könnten, so sollen nunmehr Probleme angesprochen werden, die selbst vom Gesetzgeber nicht behoben werden können. Zu nennen sind namentlich bestimmte Fälle der Rechtshilfe bei drohender Todestrafe (a) bzw. sonstiger grundrechtswidriger Behandlung sowie die Geltung der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auch im Bereich des Rechts der sonstigen Rechtshilfe (b).

(a) Sonstige Rechtshilfe bei drohender Todesstrafe?

In einem jüngst vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall[63] ging es um die Überlassung von deutschen Originalakten und Beweismittel an die Staatsanwaltschaft Dade County/Florida (USA) im Rahmen eines Strafverfahrens, in dem die Todesstrafe verhängt werden konnte[64].

---

fahren zu gelangen, an die er sonst nicht kommen würde. Davon zu unterscheiden ist aber die hier behandelte Frage, ob die Information „auch" für andere Verfahren verwendet werden darf. Zwar gibt es hierzu im Auslieferungsrecht eine Parallele (§ 4 IRG: akzessorische Auslieferung), und es wird auch im Fall der akzessorischen Auslieferung vorausgesetzt, daß beiderseitige Strafbarkeit besteht. Der innere Grund, warum der Gesetzgeber des IRG bei der akzessonschen Auslieferung auch auf der beiderseitigen Strafbarkeit bestanden hat, dürfte aber darin liegen, daß er dann schon die „Leistung" der Auslieferung für unzulässig hielt. Hinter dem Vorbehalt zum EuRhÜbk steckt aber der Gedanke, daß mit der Beschlagnahme von Gegenständen zum Zwecke der Herausgabe eine Vornahmehandlung erforderlich wird, die intensiv in Individualrechte eingreift. Ist ein Gegenstand aber einmal beschlagnahmt und an den ausländischen Staat herausgegeben, so spielt dieser Gesichtspunkt als solcher keine Rolle mehr (allenfalls die Dauer; dazu die nachfolgende Fußnote).

61 Probleme können sich allenfalls dadurch ergeben, daß der ersuchende Staat die Gegenstände ausbedungenermaßen zurückgeben muß und sich die Rückgabe verzögert, weil eben noch die andere Tat verfolgt werden soll. Dann kann es u.U. zu Kollisionen mit Eigentums- oder Besitzrechten kommen, wenn die Gegenstände z.B. unbeteiligten Dritten gehören. Das hat aber wiederum nichts mit der Spezialität zu tun.

62 Vgl. *Vogler* (oben Anm. 29), § 11 RdNr. 2: „allgemeine Regel des Völkerrechts".

63 OLG Karlsruhe, NStZ 1991, 138 m. Anm. *Lagodny* NJW 1990, 2189; im Ergebnis ebenso zur Rechtshilfe durch Vernehmungen, bei der die Frage der „Entlastungsrechtshilfe" freilich im konkreten Fall nicht so eindeutig zu verneinen waren: OLG Köln NJW 1985, 572; OLG Stuttgart, Justiz 1985, 324.

64 Die Entscheidung des OLG Karlsruhe erging allerdings in einem Stadium, in dem das amerikanische Strafverfahren bereits durch Verhängung der Todesstrafe abgeschlossen war. Der Verur-

Die entscheidende – vom OLG jedoch unzureichend behandelte – Frage in diesem Fall war, inwieweit der Schutzbereich des Grundrechts nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 (Grundrecht auf Leben) GG berührt war. Insoweit stellt sich bei den meisten Fällen der sonstigen Rechtshilfe durch Überlassung von Beweismitteln die Frage, ob sich diese nur belastend für den im Ausland Angeklagten auswirken oder ob sie nicht auch entlastend sein können. Von der Warte des ersuchten Staates aus ist dies oft schwierig zu beantworten. Erforderlich wäre ein Überblick über die aktuelle prozessuale Beweissituation. Diesen haben aber nur die Strafverfolgungsorgane des ersuchenden Staates. Deshalb ist es schwierig, den be- oder entlastenden Charakter von Beweismitteln im ersuchenden Staat zu bestimmen[65]. Soweit jedoch – wie im Fall des OLG Karlsruhe – das Ersuchen von einem Strafverfolgungsorgan des ersuchenden Staates angeregt worden ist, das sich seiner dortigen Funktion nach auf die Sammlung belastenden Materials zu konzentrieren hat, kann eine Tangierung des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht mit Hinweis auf eine „auch" entlastende Wirkung verneint werden. Auch wenn das IRG als in diesem Fall einschlägige Ermächtigungsgrundlage[66] kein Rechtshilfehindernis bei drohender Todesstrafe vorsieht, muß jedenfalls in diesem speziellen Fall spätestens eine Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben, daß die Rechtshilfe bei drohender Lebensvernichtung nach Art. 2 Abs. 1 GG unzulässig ist.

Das OLG Karlsruhe hält dem jedoch in Übereinstimmung mit der jedenfalls noch bestehenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[67] entgegen, aus dem Grundgesetz lasse sich kein Rechtshilfehindernis ableiten, weil sonst dem Achtungsanspruch ausländischer Rechtsordnungen der „Anschein einer Diskriminierung" entgegengesetzt werde.

Ein solchermaßen begründetes „Exportverbot" für deutsche Grundrechte kann aber nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Soering[68] nicht mehr aufrechterhalten werden. Dort ging es bekanntlich um die Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen von Großbritannien an die Vereinigten Staaten, wo dem Verfolgten die Todesstrafe drohte. Der Gerichtshof bejahte, daß die Auslieferung in die USA gegen Art. 3 EuMRK (unmenschliche Behandlung) verstoßen würde. Als nicht entscheidend hat der Gerichtshof dabei das von Großbritannien vorgetragene Argument behandelt, die

---

teilte wollte jedoch in der Bundesrepublik klären lassen, ob die – seinerzeit ohne weiters geleistete – Rechtshilfe zulässig war. Hätte das OLG die Zulässgkeit verneint, hätte dies in den USA Konsequenzen für die Verwertbarkeit der von der Bundesrepublik geleisteten Rechthilfe und damit für den Schuldspruch in den USA gehabt, der dann u.U. im Rechtsmittelverfahren aufgehoben worden wäre.

65 Vgl. *K.-F. Nagel* (oben Anm. 53), S. 125 ff, insbes. 127 f.

66 Mit den Vereinigten Staaten von Amerika hat die Bundesrepublik bedauerlicherweise immer noch keinen Rechtshilfevertrag schließen können. Vgl. demgegenüber die Erfahrungen der Schweiz, die schon seit 1977 vertragliche Rechtshilfebeziehungen mit den Vereinigten Staaten hat; dazu: *L. Frei/St. Trechsel*, Origins and Applications of the United States-Switzerland Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, in: Harvard International Law Journal 31 (1990), 77-97, sowie *H. Schultz*, Practical Problems Arising from Treaties on Mutual Legal Assistance between Continental and Common Law States: The Example of Switzerland and the United States (ein zur Veröffentlichung in der Reihe „Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br." vorgesehener Beitrag zu dem oben in Anm. 45 erwähnten Internationalen Wokshop).

67 Vgl. BVerfGE 75, 1, 16 ff. sowie nach dem Soering-Urteil (nachfolgend Anm. 69) – allerdings in einer Kammerentscheidung – in: Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1991, 404.

68 Urteil vom 7. 7. 1989, 1/1989/161/217 in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1989, 314 ff = NJW 1990, 2183 m. Anm. *O. Lagodny*.

Konvention dürfe nicht in einen Staat wie die USA exportiert werden, der nicht Mitglied der Europäischen Menschenrechtskonvention sei. Weil bei der Auslegung des Grundgesetzes auch Inhalt und Entwicklungsstand der EuMRK in Betracht zu ziehen und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshife für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten heranzuziehen sind[69], kann für die Auslegung des Grundgesetzes nur die eine Konsequenz gezogen werden, nämlich daß es ein solches Exportverbot nicht gibt.

Ohne darauf noch näher[70] eingehen zu wollen, sei hier nur vermerkt, daß die Kehrseite des Exportverbot-Arguments darin besteht, daß sich die Bundesrepublik die Unterstützung eines Verfahrens „aufdrängen" läßt, es gewissermaßen „importiert", obwohl es deutschen Grundrechten diametral entgegensteht. Erstaunlicherweise wird die einfach(!)rechtliche Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit heute[71] nicht mehr mit dem Verdikt eines Exportverbots für deutsches Strafrecht bedacht.

Für diesen speziellen Fall besteht mithin zunächst ein Rechtshilfehindernis. Auch de lege ferenda kann es nicht ausgeräumt werden. Gleichwohl wird damit den Rechtshilfebeziehungen nicht gleichsam der Todesstoß versetzt. Denn in dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall[72] wäre ohne weiteres denkbar und angezeigt gewesen, daß die Vereinigten Staaten zusichern, die bereits verhängte Todesstrafe nicht zu vollstrecken. Im Bereich des Auslieferungsrechts sind solche Zusicherungen gerade im Verhältnis zu den USA[73] vorgesehen, um ein sonst bestehendes Auslieferungshindernis aus dem Weg zu räumen.

(b) Rechtsschutzgarantie

Schließlich möge als letzte mögliche Hürde für den zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehr der Blick noch auf eine prozessuale Frage gelenkt sein: die Rechtsweggarantie. Diese greift nach Art. 19 Abs. 4 GG ein, sobald die Verletzung subjektiver Rechte durch die öffentliche Gewalt der Bundesrepublik möglich erscheint. Daraus folgt, daß überall dort, wo für (eingreifende) staatliche Tätigkeit der Gesetzesvorbehalt gilt, zugleich auch gerichtlicher Rechtsschutz garantiert sein muß.

Der Normtext des IRG scheint jedoch in seinem § 61 davon auszugehen, daß gerichtlicher Rechtsschutz nur dann erforderlich sei, wenn es um die Herausgabe von Gegenständen geht, nicht aber bei allen anderen Formen sonstiger Rechtshilfe, wie gerade bei der Auskunfterteilung. Daß dem nicht so ist, sondern Art. 19 Abs. 4 GG auch bei anderen Formen sonstiger Rechtshilfe eingreift, hat jüngst erfreulicherweise das Bundesverfassungsgericht klargestellt[74]: Auch wenn im IRG für solche Fälle nicht ausdrücklich eine Gerichtsent-

---

69 So BVerfGE 74, 358, 370.

70 Zu weiteren Argumenten gegen ein „Exportverbot" vgl. *Lagodny* (oben Anm. 26), § 73 RdNr. 14 ff.

71 Vgl. aber zur Heranziehung des Exportverbots als Argument gegen die beiderseitige Strafbarkeit früher die Nachweise bei *Lagodny* (oben Anm. 32), S. 212.

72 OLG Stuttgart Justiz 1985, 324.

73 Vgl. Art. 12 des Auslieferungsvertrages mit den USA (BGBl. 1980 II, 646, 1300).

74 Vgl. die „Integrationslösung" des BVerfG, in: Entscheidungssammlung zum Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht (EZSt), IRG § 61 Nr. 2 m.w.N.; vgl. ebenso und verdeutlichend: *Lagodny* (oben Anm. 26), Vorbem. 16 ff. vor § 59; anders: *Th. Vogler*, Das Rechtsschutzsystem des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: G. Köhler u.a. (Hrsg.), Geschichtliche Rechtswissenschaft. Festgabe für A. Söllner, 1990, S. 595-606 (insoweit sei generell der Verwaltungsrechtsweg eröffnet).

scheidung vorgesehen ist, bestehe für die angesprochenen Fälle jenseits der Herausgaberechtshilfe ausreichender Rechtsschutz. Wenn und soweit nämlich ein bundesdeutsches Gericht über die der Leistung von Rechtshilfe vorgelagerte Frage zu befinden habe, ob die in der Bundesrepublik erfolgende Vornahme der Rechtshilfehandlung zulässig ist, so habe dieses Gericht auch zu prüfen, ob die Leistung der Rechtshilfe gegenüber dem ersuchenden Staat zulässig sei. Das bedeutet beispielsweise, daß der für eine kommissarische Zeugenvernehmung nach § 162 StPO zuständige Ermittlungsrichter nicht nur zu prüfen hat, ob er die Vernehmung durchführen kann, sondern auch, ob die Übermittlung des Vernehmungsprotokolls an den ersuchenden Staat zulässig ist.

Nicht zu beantworten hatte das Bundesverfassungsgericht allerdings die Frage, wie es um den Rechtsschutz bestellt ist, wenn bei der innerstaatlichen Vornahme kein Gericht einzuschalten ist. Hier bleibt wohl im Ergebnis nur der Verwaltungsrechtsweg, soweit etwa in der StPO keine Rechtsmittel vorgesehen sind.

Immerhin sollten aber solche Unklarheiten bei einer – trotz der erst im Jahre 1982 abgeschlossenen, inzwischen aber überfälligen – Novellierung des IRG klarstellend berücksichtigt werden. Festzuhalten bleibt somit in jedem Fall, daß an der Rechtsweggarantie des Grundgesetzes kein Weg vorbeiführt, auch wenn bisweilen ein „zuviel" an Rechtsschutz moniert wird. Einschränkungen der Rechtsweggarantie – gleich, an welcher Stelle sie vorgenommen werden – könnten jedoch eine dammbruchartige Wirkung haben, die an die Grundfesten unseres Rechtsstaates heranreicht.

5. Neue (verfassungs-)rechtliche Wege zu einem Mehr an Rechtshilfe

Nachdem vorangehend einiges ausgeführt wurde, das manchen vielleicht als zu „rechtshilfehinderlich" erscheinen könnte, das aber bei Lichte betrachtet nur die Aufarbeitung von Versäumnissen der Vergangenheit bedeutet, soll abschließend wenigstens noch kurz darauf hingewiesen werden, daß sich hinter dem Gedanken der Dreidimensionalität durchaus auch Potential verbirgt, das zur Erleichterung von Rechtshilfe nutzbar gemacht werden könnte.

Um sich klarzumachen, welcher Normbestand einer Reduktion zugänglich ist, um Rechtshilfehindernisse und -probleme zu beseitigen, muß die Fragestellung umgedreht werden. Anders als in den bisherigen Ausführungen, wo die Frage verfassungsrechtlicher Grenzen und Voraussetzungen im Vordergrund stand, wäre nämlich auch zu fragen: Welche der bestehenden materiellen und formellen Voraussetzungen der sonstigen Rechtshilfe sind verfassungsrechtlich, insbesondere grundrechtlich überhaupt gefordert oder zumindest entbehrlich?

Dazu muß hier die knappe Andeutung genügen, daß eine erhebliche Vereinfachung erreicht werden kann, wenn traditionelle Rechtshilfevoraussetzungen noch mehr reduziert werden als bislang[75] geschehen.

Dies gilt insbesondere für die beiderseitige Strafbarkeit. Sie stellt für Fälle der Praxis ein oft nur schwierig zu prüfendes Hindernis dar. Es wäre verfassungsrechtlich unbedenklich, diesen Grundsatz weitgehend zurückzuschrauben und Auslieferungshindernisse nur für solche Fälle vorzusehen, in denen der ersuchende Staat ein Verhalten kriminalisiert hat, das

---

[75] Vgl. jüngstens das Inkrafttreten des Zusatzprotokolls zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen in der Bundesrepublik (BGBl. 1990 II, 124; 1991 II, 909), durch das Rechtshilfehindernisse bei fiskalischen Straftaten erheblich zurückgenommen werden.

in der Bundesrepublik aus verfassungsrechtlichen Gründen entweder schon gar nicht pönalisiert (wie etwa entgegen Art. 5 Abs. 1 und 2 GG – schlichte Meinungsäußerung) oder jedenfalls nicht mit dieser Sanktion (wie lebenslange Freiheitsstrafe für Ladendiebstahl, Körperstrafen) bedacht werden dürfte. Ein Verzicht auf das Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit oder dergleichen hätte den zusätzlichen Vorteil, daß im selben Maße ein Bedürfnis nach Angleichung unterschiedlich konzipierter Tatbestände des Besonderen Teils schwinden würde, weil es jenseits der erwähnten zwingenden verfassungsrechtlichen Grenzen gleichgültig wäre, ob die Tatbestände im Ergebnis deckungsgleich sind. Rechtshilfe wäre auch möglich, wenn die jeweils nationalen Strafrechte eine unterschiedliche Reichweite hätten[76]. Ein solcher Schritt könnte deshalb bedeutender sein als die oben (unter II.) erörterte Angleichung der nationalen Strafrechte. Es bedarf keiner Vertiefung, daß deshalb die Abschaffung der beiderseitigen Strafbarkeit den Weg bereiten würde, um die Option einer internationalen Strafrechtsvielfalt zumindest offenzuhalten, auch wenn eine Tendenz zur Einheit und zur Vereinheitlichung besteht.

Auch das Rechtshilfeverbot bei politischen Delikten sollte gerade in einem politisch zusammenwachsenden Europa noch mehr überdacht werden als bislang geschehen; denn auch dieses traditionelle Hindernis ist keinesfalls – auch und gerade nicht wegen des Asylrechts nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG – verfassungsrechtlich zwingend[77]. Das bedeutet unter Umständen auch die Rücknahme von entsprechenden Vorbehalten.

Nur am Rande sei vermerkt, daß für den hier nicht weiter vertieften Bereich der Auslieferung auch das Verbot der Auslieferung eigener Staatsangehöriger überdacht werden sollte. Andere europäische Staaten, wie namentlich die Niederlande[78] oder die Schweiz[79], haben insoweit bereits neue Wege beschritten. So ist in den Niederlanden die Verfassung wie auch das einfache Recht dahingehend geändert worden, daß die Auslieferung eines Niederländers dann zulässig ist, wenn er zur Vollstreckung einer im ersuchenden Staat verhängten Strafe wieder in die Niederlande zurücküberstellt wird.

Auch in formeller Hinsicht könnten manche Probleme des Zeitverlusts dadurch gelöst werden, daß z.B. Geschäftswege noch mehr als bislang (z.B. im 2. Zusatzprotokoll zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen[80]) geschehen vereinfacht werden. Das gilt auch für andere formelle Voraussetzungen, solange sie keine individualschützende Funktion haben, wie etwa das Erfordernis eines Haftbefehls im Falle einer Auslieferung.

V. AUSBLICK

Ich möchte nicht schließen, ohne einem möglichen Mißverständnis vorgebeugt zu haben: Wenn in diesem Beitrag immer wieder – und zwar insbesondere im Hinblick auf eine Ver-

---

76 Vgl. näher *Lagodny* (oben Anm. 3), S. 996 ff.

77 Vgl. im Hinblick auf die Auslieferung und insoweit auch auf die sonstige Rechtshilfe übertragbar: *O. Lagodny* The Abolition and Replacement of the Political Offence Exception: Prohibited by International or Domestic Law, in: Israel Yearbook of Human Rights 19 (1989), 317-329.

78 Vgl. Art. 1 und 4 Uitleveringswet vom 29.9.1988, Statsblad 478.

79 Nach Art. 7 IRSG (enstpricht von der Funktion her dem IRG) ist die Auslieferung eines Schweizers zulässig, wenn er seine schriftliche Zustimmung gegeben hat.

80 Vgl. z.B.: Art. 5 des 2. Zusatzprotokolls zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen, für die Bundesrepublik in Kraft seit 1990 (BGBl. II, 118 ff; 1991 II, 874 f.), wo für die Mitgliedsstaaten generell der justizministerielle Geschäftsweg anstelle des diplomatischen vorgeschrieben wird.

einheitlichung der nationalen Strafrechtsordnungen wie auch gegenüber einer supranationalen Strafrechtspflege – vor allzu großer Euphorie zu warnen war, so geschah dies keinesfalls im Sinne resignierenden Verzichts, geschweige in Widerstand zu derartigen Bemühungen. Vielmehr ging es mir allein darum, das Ringen um eine Verbesserung transnationaler Strafrechtspflege, statt sich auf wenig aussichtsreich erscheinenden Schlachtfeldern zu „verkämpfen", zunächst einmal auf jene Ebene zu konzentrieren, auf der am ehesten greifbare Erfolge zu erwarten sind.

Wenn man aus diesem Blickwinkel die Frage stellt, wie die künftige Entwicklung weitergehen sollte, so wäre schlagwortartig vielleicht folgendes zu sagen: Transnationale Strafrechtspflege findet heute vorrangig auf der Ebene zwischenstaatlicher Zusammenarbeit statt, sind doch die Hindernisse und Friktionen auf nationaler wie auch auf supranationaler Ebene so groß, daß in absehbarer Zeit nicht mit durchgreifender Abhilfe zu rechnen ist.

Freilich ist auch die zwischenstaatliche Zusammenarbeit von vielen Verkrustungen und Ungereimtheiten zu entschlacken, die durch eine fast ausschließlich „zweidimensionale", auf die beteiligten Staaten beschränkten Sichtweise geprägt sind. Wenn demgegenüber hier eine „dreidimensionale" Sichtweise gegenüberübergestellt und dabei gerade innerstaatliche Individualgrundrechte betont wurden, so sollte dabei doch ganz besonders hervorgehoben werden, daß dies keineswegs einseitig zu Lasten einer effektiven transnationalen Strafrechtspflege zu geschehen braucht. Ermöglicht wird vielmehr beides: eine wirkliche Berücksichtigung von berechtigten Individualrechtspositionen und zugleich eine – über bisherige Strukturen hinausgehende – Förderung effektiver transnationaler Strafrechtspflege.

ALBIN ESER
CHRISTOPH BURCHARD

INTERLOKALES „NE BIS IN IDEM" IN EUROPA?

VON „WESTFÄLISCHEM" SOUVERÄNITÄTSPATHOS ZU EUROPÄISCHEM GEMEINSCHAFTSDENKEN*

Noch vor wenigen Monaten konnte der verehrte Jubilar euphorisch über „Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht"[1] berichten; noch vor wenigen Monaten war eine Europäisierung des Strafrechts „das" Thema, welches teils leidenschaftlich bekämpft, nämlich als „Bemäntelung polizeistaatlicher Gelüste"[2] verunglimpft, und teils emphatisch als Verwirklichung eines einheitlichen „Raum[s] der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts"[3] willkommen geheißen wurde. Gerade weil das Strafrecht traditionell zum Kernbereich staatlicher Hoheitsgewalt zählt,[4] konnte durch die zunehmende strafrechtliche Integration der europäischen Völker der Eindruck entstehen, als ob sich ein echtes europäisches Gemeinschaftsdenken anschickt, jenes Souveränitätspathos zu überwinden, welches seit dem Westfälischen Frieden von 1648 die völkerrechtlichen Beziehungen zwischen den Staaten Europas prägt. Aufgrund der jüngsten Entwicklungen hat sich dieser tendenzielle Eindruck wieder abgeschwächt: Der europäische Verfassungs- und auch Integrationsprozess ist durch die ablehnenden Referenden in Frankreich und den Niederlanden ins Stocken geraten; die Schaffung eines harmonisierten europäischen Strafrechtsraums hat durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Haftbefehl einen deutlichen Dämpfer erfahren.[5]

Diese Entwicklungen dürfen jedoch nicht entmutigen, weiterhin couragiert für eine gemeinsame europäische Strafrechtsrechtspflege einzutreten. Dabei ist das derzeit zu notie-

---

* Originalbeitrag erschienen in: Hans-Jörg Derra (Hrsg.): Freiheit, Sicherheit und Recht: Festschrift für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag. Baden-Baden: Nomos, 2006, S. 499-524.
Persönliche Vorbemerkung: Soll der Beitrag zur Festschrift eines Jubilars, dem man sich durch eine langjährige, bis auf eine gemeinsame Studienzeit im Wintersemester 1956/57 an der Freien Universität Berlin zurückreichende Freundschaft verbunden fühlt, nicht völlig beliebig sein, so ist bei der Themenwahl ein gewisser Bezug zur Person des zu Ehrenden wünschenswert. Was läge da im Falle von *Jürgen Meyer* näher, als an seinen akademischen Ursprung im westfälischen Münster anzuknüpfen und seinem gegenwärtigen politischen Engagement für Europa Tribut zu zollen? Dieses Vorhaben hätte sich freilich angesichts meiner derzeitigen Verpflichtungen als Richter am Internationalen Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien in den Den Haag schwerlich verwirklichen lassen, wenn ich dabei nicht die Miturheberschaft von *Christoph Burchard*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., gefunden hätte. Dafür bin ich ihm zu besonderem Dank verpflichtet. Albin Eser.

1 *Meyer*, Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht, in: Arnold/Burkhardt u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 797-806.

2 *Schünemann*, Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene – Die Schranken des Grundgesetzes, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2003, S. 14-189 (188).

3 Vgl. Art. III- 257 des Entwurfs für eine europäische Verfassung, BT-Drucksache 15/4900.

4 Vgl. *Jung*, Zur „Internationalisierung" des Grundsatzes „ne bis in idem", in: Albrecht/Ehlers u.a. (Hrsg.), Festschrift für Horst Schüler-Springorum, Köln 1993, S. 493-502 (493).

5 BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2005, 2289.

rende Stillstehen der Strafrechtsharmonisierung auch nicht so sehr als Rückschritt oder gar als Niedergang einer pan-europäischen Strafrechtsidee aufzufassen, sondern vielmehr als Chance – als eine Chance dafür, kühlen Kopfes die hitzige Dynamik der Europäisierung des Strafrechts zu transzendieren und die Weichenstellungen für einen einheitlichen Strafrechtsraum kritisch zu reflektieren. Die beiden Lehren, die es insofern zu berücksichtigen gilt, lauten: Zum einen müssen, um die demokratischen Defizite eines zusammenwachsenden Europas zu überwinden, die europäischen Bürger endlich ernst genommen werden. Für die Strafrechtswissenschaft bedeutet das: die europäische Kriminalpolitik hat sich (wieder) um die Menschen zu kümmern, darf sich also nicht auf die (möglichst effektive) Koordination staatlicher Strafinteressen beschränken. Zum anderen gilt es, das „Gespenst" eines molochartigen Brüsseler Strafrechtsdiktats zu vertreiben – insbesondere aus den Köpfen jener, die, gleich ob sie dies zu erreichen oder zu verhindern suchen, mit der Europäisierung des Strafrechts einzig und allein die gleichmacherische Überwindung länderspezifischer Sonderwege verbinden. Als Vision, die sich gegenüber allen Pragmatikern erhaben zeigt, darf deshalb ein bürgerfreundliches europäisches Strafrecht projiziert werden, das die berühmte „Einheit in der Vielfalt" garantiert.

Diese Vision sei im Folgenden an einem Exempel demonstriert, und zwar durch eine Analyse der Europäisierung des Grundsatzes „ne bis in idem", der auf zwischenstaatlicher Ebene ein Verbot der Doppel-Verfolgung postuliert. Wie sich zeigen wird, beruht diese Transnationalisierung weiterhin auf hier so bezeichneten „westfälischen" Grundlagen, nämlich auf dem „zwei-dimensionalen" Verhältnis zweier souveräner und autonomer Einzelstaaten; diese westfälischen Grundlagen werden lediglich durch mancherlei neue Begriffe ergänzt und dadurch konfundiert, bringen aber im Kern weiterhin die (eifersüchtige) Konkurrenz zweier Souveräne zum Ausdruck. Würde es gelingen, diese auf die jeweiligen nationalen Eigeninteressen gerichtete Engführung durch ein transnationales Gemeinschaftsdenken zu überwinden, könnte für den europäischen Rechtsraum vielleicht sogar der Weg zu einem von „interlokalen" Strafanwendungsregeln geleiteten „ne bis in idem" eröffnet sein.

1. Der Ausgangspunkt im Souveränitätspathos des Westfälischen Friedens

Bevor auf die eigentliche Europäisierung des Grundsatzes ne bis in idem durch Art. 54 SDÜ eingegangen werden kann (dazu 2.), wollen zuerst die allgemeinen Grundlagen eines transnationalen Verbots der Doppel-Verfolgung kurz dargestellt werden. Insofern liegt es beim nationalen Souverän, ob und gegebenenfalls wie er auf eine vorhergehende fremde Strafverfolgung reagiert. In der internationalen Rechtspraxis der Staaten finden sich hierzu drei Reaktionen: Einerseits erkennen bislang nur sehr wenige Länder, beispielhaft die Niederlande,[6] ausländische Urteile an und verzichten demzufolge auf die eigene Strafverfolgung (so genanntes Erledigungsprinzip). Andererseits neigt das entgegengesetzte Extrem, wie es von den USA im Rahmen ihrer „dual-sovereignty"-Doktrin praktiziert wird, dazu, die ausländische Strafverfolgung zu ignorieren und so Raum für ein neues eigenes Verfahren zu schaffen. Dazwischen liegend ist als drittes der beispielsweise in Deutschland verfolgte Mittelweg des Anrechnungsprinzips zu nennen, wonach die im Ausland erfolgte Aburteilung die inländische Strafverfolgung nicht ausschließen soll, immerhin aber zur

---

6 Vgl. *Bacigalupo*, Bemerkungen zu strafrechtlichen Fragen des Verfassungsentwurfs, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 116 (2004), S. 326-330 (330).

Vermeidung von Härten die im Ausland vollstreckte Strafe auf die inländische Strafe anzurechnen ist.[7]

a) Die U.S.-amerikanische „dual-sovereignty“-Doktrin

Die als zweite genannte Reaktion, die fremde Erstverfolgung zu ignorieren und eine eigene Zweitverfolgung zuzulassen, verkörpert westfälisches Denken reinsten Geistes. Obgleich es nahe liegen könnte, dieses Denken kurzerhand mit dem Argument zurückzuweisen, dass es für einen einheitlichen europäischen Strafrechtsraums per se ungeeignet sei, wäre dies doch übereilt; denn die „dual-sovereignty"-Doktrin, wie sie die USA nach außen im Verkehr mit Drittstaaten anwenden, gilt ganz entsprechend auch innerhalb des U.S.-amerikanischen Strafrechtsraum als Kooperationsmodell zwischen Bund und Bundesstaaten – immerhin ein Kooperationsmodell, das nach Eicker[8] der vermeintlich noch weniger engen Kooperation der europäischen Staaten am nächsten kommen soll. Deshalb muss die Frage erlaubt sein, ob das U.S.-amerikanische Modell nicht durchaus Vorbild für einen zusammenwachsenden europäischen Strafrechtsraum oder, um an eine gerne verwandte Wendung zu erinnern, für die „Vereinigten Staaten von Europa“ sein könnte. Demgegenüber ist jedoch Folgendes bewusst zu machen:

Wie aus kontinentaler Sicht im Hinblick auf die „dual-sovereignty“-Doktrin häufig verkannt, erstreckt sich das im Fünften Zusatz zur U.S.-Verfassung enthaltene Verbot von „double jeopardy“[9] gerade nicht auf „die nacheinander abfolgende Strafverfolgung derselben Tat durch unterschiedliche Souveräne,“[10] wobei als unterschiedliche Souveräne nicht nur die ausländischen Staaten, sondern auch der Bund, die Bundesstaaten und die indianischen Stämme gelten;[11] vielmehr bezieht sich das Verbot von „double jeopardy“ nur auf den Schutz vor ein und demselben Souverän.

Die „dual-sovereignty“-Doktrin beruht auf der vom U.S. Supreme Court blumig beschriebenen Haltung, „dass jede Regierung ihre originäre hoheitliche Gewalt ausübt, wenn sie darüber entscheidet, was ein Verbrechen gegen ihren Frieden und gegen ihre Würde sein soll.“[12] Weil jede Strafgewalt aus eigenständigen und unabhängigen Quellen fließe, müsse jeder Souverän auch seine eigenen Interessen und Gesetze durchsetzen können, ohne dabei mit einem anderen Souverän in Konflikt zu treten. Insbesondere dürfe sich nicht die eine Strafkompetenz über die andere erheben und so auf Kosten der anderen ihre je eigene Zuständigkeit vindizieren. In diesem (nicht Mitsondern) Nebeneinander unterschiedlicher Souveräne kann kein wechselseitiges Misstrauen entstehen: Die Strafgewalten aller Souveräne sind klar voneinander geschieden, man respektiert sich, schenkt anderen Strafkompe-

---

7 Vgl. *Stree*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26.Aufl.,München 2001, §51 Rn. 28 ff.

8 *Eicker*, Transstaatliche Strafverfolgung, Herbolzheim 2004, S. 137.

9 Für eine eingehende und kritische Analyse des Verbots der Doppelverfolgung in den USA vgl. *Eser*, For Universal Jurisdiction: Against Fletcher's Antagonism, in: Tulsa Law Review 39 (2004), S. 955-978 (963 ff.).

10 U.S. v. Rashed, 83 F. Supp. 2d 96, 100 (D.C. 1999) („does not extend to sequential prosecutions by separate sovereigns for the same offense“).

11 Vgl. *Stuckenberg*, Double Jeopardy. Das Verbot doppelter Bestrafung und Strafverfolgung im US-amerikanischen Recht, Heidelberg 2001, S. 37 ff. m.w.N.

12 U.S. v. Lanza, 260 U.S. 377, 382 (1922): „Each government in determining what shall be an offense against its peace and dignity is exercising its own sovereignty, not that of the other. It follows that an act denounced os a crime by both national and state sovereignties is an offense against the peace and dignity of both and may be punished by each.“

tenzen aber nach innen – bei der eigenen Strafverfolgung – keine Beachtung. Aufgrund ihrer Isolation und Undurchdringlichkeit, können – und das ist zweifellos ein westfälisches Verdienst – die Souveräne nicht miteinander kollidieren weil sie (nicht pro-, sondern) koexistieren.[13]

Diese zweidimensionale Struktur Souverän-Souverän darf nach dem U.S. Supreme Court nicht durch den Einfluss des mehrfach verfolgbaren Täters und der kooperierenden Souveräne gestört werden. Ersterem sei es zu verwehren, die eine gegen die andere Jurisdiktion auszuspielen, indem er sich z.B. mit Hilfe einer nur nominellen Verurteilung in einem Bundesstaat der nachfolgenden Strafverfolgung durch den Bund entziehe; die „dual-sovereignty"-Doktrin verhindert mit anderen Worten die Möglichkeit des „forum shopping", könnte der Einzelne doch andernfalls – unter anderem – Konflikte zwischen den Souveränen provozieren. Eine Ausnahme von der „dual-sovereignty"-Doktrin und damit ein trans-souveränes Verbot von „double jeopardy" soll jedoch dann Platz greifen, wenn die theoretisch getrennten Souveräne praktisch als einer handeln – so wenn die Zweitverfolgung auf der Ermutigung und der Unterstützung durch einen Erstverfolger beruhe, der mit seiner Anklage gegen den gleichen Beschuldigten bereits gescheitert sei.

Ohne dies weiter entfalten zu brauchen, zeichnen sich bereits zwei Phänomene der U.S.-amerikanischen „dual-sovereignty"-Doktrin ab, die sie schwerlich als ein Vorbild für einen zusammenfassenden europäischen Strafrechtsraum geeignet erscheinen lassen. Das ist zum einen die aus ungebremsten Souveränitätsrücksichten notwendig resultierende Rechts- und Jurisdiktionszersplitterung eines auf den ersten Blick vereinheitlichten Strafrechtsraums. Und das ist zum anderen – und bei weniger souveränitätspathetischer Sicht noch schwerwiegender – die Erkenntnis, dass in den USA das Recht des Einzelnen auf die Einmaligkeit seiner Strafverfolgung marginalisiert ist und hinter dem Schutz der souveränen Strafgewalten zurücktritt. Der Einzelne ist, wenn man so will, nicht mit seinen eigenen Schutzrechten „emanzipiert", das Verbot von „double jeopardy" ist „zwei-dimensional" strukturiert, weil einzig der erst- und der zweitverfolgende Souverän in Erscheinung treten. Demzufolge ist der Individualschutz der U.S.-Verfassung gegen ein „double jeopardy" bei weitem nicht so umfassend ausgeprägt, wie man das unbefangen vermuten möchte. Die Kooperation des Bundes und der Bundesstaaten beruht auf dem westfälischen Paradigma, eine Kollision verschiedener Souveräne um allen Preis verhindern zu wollen. Das aber geht auf Kosten des Individualschutzes des Einzelnen, der sich einer Zersplitterung weitgehend völlig unabhängiger Strafgewalten gegenüber sieht.

b) Das deutsche Anrechungsprinzip

Was für den U.S. Amerikaner das verfassungsrechtliche Verbot des „double jeopardy", ist für den Deutschen der in Art. 103 Abs. 3 GG geregelte Grundsatz „ne bis in idem". Dessen Schutzfunktion[14] ist freilich auf die deutsche Gerichtsbarkeit beschränkt. Zwar wird mitunter eine Erstreckung des Anwendungsbereichs auf rechtsstaatlich zustande gekommene Entscheidungen von Gerichten der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union befürwortet;[15]

---

13 Mit diesem Aufbau wird den Befindlichkeiten der U.S.-amerikanischen Staatsorganisation Rechnung getragen, in der die Bundesstaaten peinlich darauf bedacht sind, keine Machtfülle beim Bund sich konzentrieren zu lassen, so dass Bund und Bundesstaaten mit originären Strafkompetenzen nebeneinander konkurrieren.

14 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd. III, Tübingen 2000, Art. 103 Rn. 12.

15 *Schulze-Fielitz* (Fn. 14), Art. 103 Rn. 28 m.w.N.

bislang unrevidiert steht aber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Satz, dass die Geltung des Grundsatzes ne bis in idem sich nicht auf „vorangegangene Strafverfahren in einem anderen Staat“[16] erstreckt. Art. 103 Abs. 3 GG wird so in die nationalstaatlichen Grenzen verwiesen, was abermals mit der Souveränität des nationalen Rechts gerechtfertigt wird.[17] Insbesondere übernimmt die deutsche Strafjustiz keine Garantie für die Endgültigkeit der Entscheidung eines anderen souveränen Staates, behält sich also einen „Nachschlag“ vor.[18]

Der Unterschied zur U.S. amerikanischen „dual-sovereignty“-Doktrin liegt in einer feinen, aber wesentlichen Ergänzung: Nach § 51 Abs. 3 StPO sind in der inländischen Strafzumessung die Härten anzurechnen, welche durch die ausländische Vollstreckung einer Strafe für dieselbe Tat angefallen sind. Der Anrechnungs-Maßstab ist dem richterlichen Ermessen überlassen, wonach das im Ausland erlittene Übel in das inländische Strafensystem „umgerechnet“, nämlich in ein entsprechendes Äquivalent übersetzt werden muss, wobei es beispielsweise besonders belastende Haftumstände und dergleichen zu berücksichtigen gilt.[19]

In dieser Anrechnungslösung sieht Jung, ganz apodiktisch, „den Gedanken ne bis in idem in abgeschwächter Form zum Ausdruck“ gebracht.[20] Das ist richtig, wenn man durch diesen Gedanken nicht (allein) die pragmatische Effizienz der Strafverfolgung gesteigert sieht, nämlich durch die Verhinderung ineffizienter multipler Strafverfolgungsmaßnahmen, sondern mit ihm auch eine menschenrechtliche Schutzfunktion verbindet – getreu dem Motto nemo debet bis vexari pro eadem causa.[21] Das Anrechnungsprinzip kann diesbezüglich als menschenrechtlicher Einschlag bezeichnet werden, welches der im Grunde westfälischen Struktur des Art. 103 Abs. 3 GG angehängt ist. Allerdings kommt dieser menschenrechtliche Einschlag nur in sehr abgeschwächter Form zur Geltung, weil der zweitverfolgende Souverän das betroffene Individuum ein weiteres Mal den Stigmatisierungseffekten und der existentiellen Unsicherheit eines Strafverfahrens aussetzen darf. Die Zweitverfolgung dient gleichsam der Bestärkung der eigenen Souveränität, sie dient der Hypostasierung der eigenen Strafgewalt und der Manifestation des eigenen „demos“ im Urteilsspruch: „im Namen des Volkes“ – die Anerkennung vom Verurteilten erlittener Härten ist demgegenüber nur von zweitrangiger Bedeutung, wird sie doch erst in der Strafzumessung „nachgeschoben“.

c) Der westfälische Ausgangspunkt: ein erstes Fazit

Ein transnational gültiges ne bis in idem muss demnach, so kann zusammengefasst werden, seinen westfälischen Ausgangspunkt überwinden, so namentlich das Nebeneinander souveräner Strafgewalten, die miteinander um die Strafverfolgung des mehrfach verfolgbaren Täters konkurrieren, d. h. im ursprünglichen lateinischen Wortsinne lediglich „zusammenlaufen“, dabei aber nicht kollidieren, d. h. nicht „gegeneinander laufen“. Eine solche Kon-

16 BVerfGE 75, S. 1, 24 (Herv. im Org.).

17 Vgl. *Jung* (Fn. 4), S. 495 m.w.N.

18 Vgl. *Dannecker*, Community Fines and non-Member State Sanctions, in: Eser/Rabenstein (Hrsg.), Neighbours in Law. Are Common Law and Civil Law Moving Closer Together., Freiburg i. Br. 2001, S. 153-183 (162).

19 Vgl., *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 51 Rn. 32 m.w.N.

20 *Jung* (Fn. 4), S. 495. 2

21 Zu den unterschiedlichen Zielsetzungen des Grundsatzes ne bis in idem im nationalen Kontext vgl. *Eser*, Justizielle Rechte, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2003, Art 50 Rn. 7 m.w.N.

kurrenz kann jedoch zu Kollisionen führen, wenn der zweitverfolgende Staat – ganz „unwestfälisch" – auf die Entscheidungen des Erstverfolgenden Rücksicht nehmen muss und somit seine eigene Strafgewalt nicht ungehindert in seiner Strafverfolgung zum Ausdruck bringen darf; Kollisionen drohen mit anderen Worten erst, wenn zwischen den Souveränen Vorrangregeln herrschen, wenn also der Wettbewerb in Gegnerschaft und das Neben- in ein Gegeneinander umschlägt.[22]

2. Art. 54 SDÜ und die Europäisierung des Grundsatzes ne bis in idem

a) Zur Einführung: Die Rechtssache Miraglia

Das Urteil des EuGH[23] vom 10.03.2005 in der Rechtssache Miraglia deckt in aller Deutlichkeit die Irrungen und Wirrungen auf, welche die Europäisierung des Grundsatzes ne bis in idem durch Art. 54 SDÜ mit sich bringt. Dieser als Teil des Schengen-Acquis in den Vertrag von Amsterdam integrierte Artikel sieht im Prinzip vor, dass derjenige, der „durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist", nicht „durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat" nochmals verfolgt werden darf. Im Fall Miraglia hatte der EuGH über die Auslegung dieser Regelung zu befinden und war dabei mit einer Konstellation konfrontiert, welche paradigmatisch für die schwierige Koordination, Kooperation und Kollision weiterhin westfälisch denkender Mitgliedsstaaten der Europäischen Union steht.

Begonnen hatte alles mit einem von italienischen und niederländischen Behörden gemeinsam geführten Ermittlungsverfahren gegen einen gewissen Miraglia wegen des Transports von ca. 20 kg Heroin aus den Niederlanden nach Bologna.[24] Der Beschuldigte wurde zuerst von niederländischen Behörden verhaftet, dann aber wieder auf freien Fuß gesetzt. Der von der Staatsanwaltschaft gestellte Antrag auf Fortdauer der Haft wurde sodann endgültig im gerichtlichen Berufungsverfahren verworfen: Aus den Akten ergibt sich, dass diese Entscheidung deshalb getroffen wurde, weil in Italien Anklage wegen der identischen Tat erhoben worden war. Das aus eben dieser Anklage resultierende Gesuch der italienischen Behörden auf Rechtshilfe wurde von den niederländischen Behörden alsdann mit der Begründung zurückgewiesen, dem stehe Art. 54 SDÜ entgegen. Es liege eine abschließende Entscheidung eines Richters vor, so dass in vorbeugender Anwendung des Verbotes der Doppelbestrafung einem Rechtshilfeersuchen nicht nachzukommen sei.

Der EuGH hat dieser Begründung in aller gebotenen Entschiedenheit entgegengesetzt, dass kein Fall einer der in Art. 54 SDÜ genannten Art von „rechtskräftiger Aburteilung" vorliege, wenn die gerichtliche Entscheidung, die Strafverfolgung einzustellen, nur deshalb ergeht, weil in einem anderen Mitgliedsstaat Strafverfolgungsmaßnahmen gegen denselben Beschuldigten wegen derselben Tat eingeleitet worden sind.

Dieses Ergebnis erscheint und die apodiktische Kürze sei verziehen – materiell als das einzig „richtige". Gleichwohl war die niederländische Position formal betrachtet nicht „falsch"; vielmehr wirft sie ein bezeichnendes Licht auf ein europäisiertes und transstaatliches „ne bis in idem", das zwischen zwei souveränen Strafbefugnissen zweier souveräner

---

22 Vgl. *Eser*, Aktuelle Perspektiven transnationalen Strafrecht, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Rechtsraum Europa, Konferenz aus Anlass der Einweihung des Bundesministeriums der Justiz, Berlin 2002, S. 53-94 (61).

23 EuGH, RS C-469/03, EuZW 2005, S. 252 ff. (Filomeno Mario Miraglia).

24 Vgl. die Beschreibung zu den Hintergründen des Falles in EuZW 2005, S. 253.

Einzelstaaten zu vermitteln versucht. Ausgangspunkt ist und bleibt nämlich, dass sowohl Italien als auch die Niederlande dem Beschuldigten den Prozess kraft ihrer originären Strafgewalt hätten machen können. Erst vor dem Hintergrund dieser miteinander konkurrierenden Strafbefugnisse wird verständlich, dass Art. 54 SDÜ bei erfolgter Anwendung der Strafgewalt des – ganz temporal formuliert – erstverfolgenden Staates einem möglichen zweitverfolgenden Staat die Anwendung seiner Strafgewalt verbietet. Das ist gemeint, wenn hier von einem Verbot der faktischen Doppel-Verfolgung einer mehrfach verfolgbaren Tat gesprochen wird. Diesem Verbot kann jedoch, wie der Fall Miraglia vor Augen führt, eine Koordination der beiden konkurrierenden Strafgewalten vorausgehen: Wissen die beiden Souveräne Italien und Niederlande, dass sie beide zusammen „nur einen Versuch“ haben, werden sie sich abstimmen und entscheiden, welche Strafgewalt im konkreten Einzelfall zum Einsatz kommen soll. Dazu werden sie, wie es das italienische Rechtshilfegesuchen auch illustriert, kooperieren und die Strafverfolgungserkenntnisse kumulieren. Doch dieses theoretisch skizzierte Bild von kooperierenden, durch Art. 54 SDÜ koordinierten Souveränen bekommt durch das Verhalten der niederländischen Behörden im Fall Miraglia einen Schönheitsfehler: Die innerstaatliche Entscheidung, das Verfahren endgültig einzustellen, konfligiert mit der zwischenstaatlichen Entscheidung, das Verfahren den italienischen Behörden zu überlassen. Es ist insofern bezeichnend, dass die niederländische Strafverfolgung dem innerstaatlichen Akt der Verfahrenseinstellung den Vorrang einräumte und sogar den Gang zum EuGH riskierte. Dabei ist zu beachten, dass die niederländischen Behörden das Rechtshilfegesuchen aus italienischer Warte prüften und rügten, die Italiener würden gegen Art. 54 SDÜ verstoßen, falls sie ihre Strafgewalt ausübten. Die niederländische Verfahrenseinstellung wirkte also – in der niederländischen Interpretation – absolut und durfte von italienischer Seite nicht, insbesondere nicht mit Blick auf die Gründe der Einstellung, hinterfragt werden. Die Verfahrenseinstellung war formal gültig und verhinderte in den Niederlanden eine nochmalige Strafverfolgung – es sei denn, es gäbe neue Beweise. Eine von den niederländischen Behörden eingeforderte Transformation dieser innerstaatlichen Abschlusswirkung in die zwischenstaatliche Beziehung zu Italien kann leicht als westfälisches Denken interpretiert werden: In der innerstaatlichen Sicht des Erstverfolgers tritt die Koordination der beiden Strafgewalten zurück; die richterliche Verfahrenseinstellung will transnational beachtet werden, auch wenn sie material der Koordination dient.

Das Urteil des EuGH, die niederländische Entscheidung habe keine transnationale Sperrwirkung, spricht eine andere Sprache: Aus der Sicht Italiens, d.h. aus der innerstaatlichen Sicht des Zweitverfolgers, tritt die Filterfunktion[25] des Art. 54 SDÜ in den Vordergrund, weil nicht jeder innerstaatlichen, insbesondere nicht der infrage stehenden Verfahrenseinstellung ein transnationaler Effekt zuwachse. Dadurch lebt das Nebeneinander der konkurrierenden Strafgewalten Italiens und der Niederlande fort, ohne dass dieses Nebeneinander durch ein transnationales ne bis in idem beeinträchtigt würde. Zu diesem Ergebnis gelangt der EuGH mit eigenen, nämlich zwischenstaatlichen oder europäischen Integrations-Überlegungen:[26] Art. 54 SDÜ diene der „Weiterentwicklung der Union als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“. Dieses Ziel dürfe nicht dadurch unterlaufen werden, dass die Entscheidung des einen Mitgliedsstaates, auf die eigene Strafverfolgung zugunsten der Einleitung von Verfolgungsmaßnahmen in einem anderen Mitgliedsstaat zu verzichten,

---

25 Zur Unterscheidung zwischen der Transformations- und Filterfunktion des Art. 54 SDÜ vgl. *Stein*, Zum europäischen ne bis in idem, Frankfurt a.M. 2004, S. 51 ff.

26 EuGH (Fn. 23), para. 34.

einen transnationalen Sperreffekt auslöse und dadurch eben diese Verfolgungsmaßnahmen des anderen Mitgliedsstaates beinträchtige. Das europäische ne bis in idem soll also die Kooperation der Souveräne fördern, nicht die transnationale Strafverfolgung unnötig behindern. Dadurch gesellt sich zur westfälischen Konkurrenz zweier Souveräne – zwischen denen Art. 54 SDÜ mit seinem Gebot der einmaligen Strafverfolgung der mehrfach verfolgbaren Tat vermittelt – ein artfremder, pan-europäischer Integrationsansatz. Damit nicht genug, betont der EuGH ferner, dass Art. 54 SDÜ „verhindern soll, dass eine Person, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, wegen derselben Tat in mehreren Mitgliedsstaaten verfolgt" wird.[27] Die westfälische Beziehung zwischen zwei isolierten Souveränen wird mithin um ein ius commune ebenso ergänzt wie um den Freizügigkeit genießenden Bürger.

Der Fall Miraglia offenbart die verschiedenen Dimensionen eines europäischen ne bis in idem und die Schwierigkeiten, diese miteinander in Einklang zu bringen. Dabei basiert Art. 54 SDÜ auf der Konkurrenz zweier oder mehrerer souveräner Strafgewalten. Mögen sich dazu auch andere Erwägungen hinzugesellen,[28] namentlich ein einheitlicher Strafrechtsrechtsraum oder der Freizügigkeit genießende Bürger, so bleibt das europäische ne bis in idem im Kern weiterhin westfälisch, was – wie es im Folgenden nachzuweisen gilt – zu Zielkonflikten mit der europäischen Integration einerseits und der Bürgerfreundlichkeit andererseits führt.

b) Die Rechtsprobleme des Art. 54 SDÜ im Überblick

Um diese Zielkonflikte aufzudecken, muss man sich den umfangreichen Fragenkatalog vergegenwärtigen, der zu Art. 54 SDÜ in der Diskussion steht. Im harmlos klingenden Verbot: „Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden," verbergen sich drei rechtliche Hauptprobleme:

> Erstens: Was ist dieselbe Tat? Zur Wahl steht der Grundsatz ne bis in idem factum, wie er in den meisten kontinental europäischen Staaten gilt, und der Grundsatz ne bis in idem crimen, wie er insbesondere in den anglo-amerikanischen Jurisdiktionen zur Anwendung kommt. Einmal ist es also der im wesentlichen gleiche Lebenssachverhalt, der freilich mit mannigfaltigen normativen Ausnahmen – nicht zweimal zum Gegenstand der Strafverfolgung gemacht werden darf; und ein anderes mal sind es nur die tatsächlich verfolgten Straftatbestände, derentwegen nicht ein zweites Mal verfolgt werden darf Während das erste – idem factum – einen relativ breiten Schutz vor Doppel-Verfolgung bietet, kann das zweite – idem crimen – so eng konstruiert werden, dass sich einer Zweit-Verfolgung wenig Hürden in den Weg stellen.
>
> Zweitens: Wann ist eine Tat rechtskräftig abgeurteilt? Hier stellt sich das Problem, dass sich Rechtskraft in unterschiedlichen Intensitätsgraden einstellen kann. Nach unten ist beispielsweise an das deutsche Institut der Teilsrechtskraft zu denken, wie sie in § 153a Abs. 2 S. 5 StPO vorzufinden ist. Und nach oben hin ist zu konstatieren, dass in vielen europäischen Staaten eine Durchbrechung der Rechtskraft

---

27 EuGH (Fn. 23), para. 32.

28 Vgl. näher zur Österreichischen Rechtslage *Bohnert/Lagodny*, Art. 54 SDÜ im Lichte der nationalen Wiederaufnahmegründe, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2000, S. 636- 640 (639 f.).

auch zuungunsten des Beschuldigten in Form der Wiederaufnahme des Verfahrens erlaubt ist – wobei freilich diesbezüglich verschieden hohe Anforderungen gestellt werden: Während in Deutschland § 362 StPO die Wiederaufnahme nur unter sehr engen Voraussetzungen gestattet, genügt in Österreich nach § 355 Nr. 2 öStPO das bloße Vorliegen neuer Tatsachen er eine erneute Strafverfolgung.[29]

Drittens: Was bedeutet abgeurteilt? Obwohl der deutsche Wortlaut eindeutig das Vorliegen eines richterlichen Urteils einzufordern scheint, schwindet diese Eindeutigkeit mit Blick auf die anderssprachigen Fassungen von Art. 54 SDÜ, die auch andere Entscheidungsformen als das richterliche Urteil umfassen (z.B. niederländisch „vonnis“ oder französisch „jugée“). Ob Art. 54 SDÜ einen transnationalen Strafklageverbrauch auch bei außergerichtlichen Entscheidungsformen auslöst, ist offensichtlich von großem Einfluss auf die Attraktivität solcher verfahrensbeendender Maßnahmen für den Täter; dieser wird sich z.B. kaum auf einen außergerichtlichen „deal“ einlassen, wenn ihm die nochmalige Verfolgung in einem anderen Staat droht. Obwohl für die nichtrichterliche Abwicklung des Strafverfahrens ihre Zügigkeit vorteilhaft zu Buche schlägt, ist auf der anderen Seite auch der Nachteil zu bedenken, dass eine summarische Prüfung nie die eingehende Prüfungsdichte wird erreichen können, die bei einem richterlichen Urteil zu erwarten ist. Darum sinkt im transnationalen Verkehr die Akzeptanz außergerichtlicher Entscheidungen, weil dem zweitverfolgenden Staat nur eine summarische Richtigkeitsgewähr gegeben werden kann.

Diese drei Fragen zum Inhalt der „rechtskräftig abgeurteilten Tat“ bilden nur eine erste Stufe, die es zur Bewältigung der Rechtsprobleme des Art. 54 SDÜ zu nehmen gilt. Auf einer zweiten Stufe ist die Methodik zu problematisieren, wie jeder dieser Einzelfragen zu antworten ist. Insofern findet sich eine nächste Trias, nämlich ob die Erstentscheidung nach Maßgabe der Standards des Zweitverfolgers, nach denen des Erstverfolgers oder nach einem autonomen Gemeinschaftsansatz, der einheitliche Richtwerte vorgibt, auf ihren transnationalen Effekt hin zu untersuchen ist. Ersteres wird weithin mit Blick auf die rechtsvergleichenden Schwierigkeiten abgelehnt, weil eine Transponierung der Erstentscheidung in das Recht des Zweitverfolgenden an den unüberbrückbaren Unterschieden zwischen den nationalen Strafrechtsordnungen scheitern könnte. Ob hingegen allein das Recht des Erstverfolgerstaates entscheiden soll oder doch eine autonome europäische Begrifflichkeit zu bilden ist, wird lebhaft diskutiert. So soll es beispielsweise nach der einen Auffassung[30] nicht erforderlich sein, die Rechtsordnungen sämtlicher Vertragsparteien des Amsterdamer Vertrages zu harmonisieren; vielmehr obliege die Definitionsmacht über den Verfahrensgegenstand und die Rechtskraftwirkung allein dem Erstverfolgerstaat. Dem setzen andere[31] die eklatanten Wertungswidersprüche entgegen, die entstünden, wenn Entscheidungen, die aus rechtsvergleichender Perspektive materiell vergleichbar seien, einmal ein transnationales ne bis in idem auslösten, ein anderes Mal hingegen nicht – abhängig davon, welcher Souverän zufällig diese Entscheidung getroffen habe bzw. welches Recht

---

29 Näher zur Wortlautinterpretation von Art. 54 SDÜ *Plöckinger/Leidenmühler*, Zum Verbot doppelter Strafverfolgung nach Art. 54 SDÜ 1990, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) 22 (2003), S. 81-88 (84).

30 Wie die von *Hecker*, Das Prinzip „ne bis in idem“ im Schengener Rechtsraum, in: Strafverteidiger (StV) 2001, S. 306-311 (309).

31 So namentlich *Bohnert/Lagodny*(Fn. 28), S. 640.

zufällig zur Anwendung gekommen sei: Nicht der Zufall dürfe aber in „Schengenland" regieren; vielmehr müssten dies einheitliche europäische Normen sein.[32]

Dass sich in Schrifttum und Rechtsprechung zu dem im Vorstehenden aufgeführten stattlichen Fragenkatalog die unterschiedlichsten Antworten finden, bedarf keiner Worte. Einige instruktive Antworten seien nunmehr analysiert, um den westfälischen Kern des Art. 54 SDÜ und seiner Rechtsprobleme freizulegen.

c) Die Wiederherstellung des westfälischen Nebeneinanders konkurrierender Souveräne

Äußerst instruktiv ist der von Böse[33] vertretene enge Tatbegriff des Art. 54 SDÜ, der europaeinheitlich (zweite, methodische Stufe) als idem crimen (erste, inhaltliche Stufe des Fragenkatalogs zu Art. 54 SDÜ) zu verstehen sei. Böse rückt insofern die Ahndung der Rechtsgutsverletzung in den Mittelpunkt: Ein transnationales ne bis in idem sei nur dann angezeigt, wenn das erste Strafverfahren der Verletzung jener Rechtsgüter gegolten habe, die bei einer nochmaligen Verfolgung desselben Lebenssachverhaltes in einem anderen Staat in Frage stünden. Soweit die Verletzung eines bestimmten Rechtguts nicht bereits Gegenstand eines ersten Strafverfahrens gewesen sei, müsse das Interesse des Beschuldigten am Schutz vor einer erneuten, wegen der Verletzung des besagten Rechtsgutes durchgeführten Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedsstaat des Schengener Übereinkommens „hinter dem öffentlichen Interesse an einer effektiven transnationalen Strafrechtspflege zurücktreten."[34] Deutlicher kann ein Vorrang der souveränen Strafgewalt vor dem Individualschutz des Einzelnen nicht formuliert werden.

Zu dieser Schlussfolgerung gelangt Böse, indem die Effektivität der transnationalen Strafrechtspflege in den Mittelpunkt gestellt wird. Diese Effektivität wäre gemindert, wenn die nochmalige Verfolgung eines Tatgeschehens unter einem neuen strafrechtlichen Aspekt durch einen Erstentscheider ausgeschlossen werden könne, der natürlich nicht alle möglichen Rechtsgutsverletzungen aller Einzelstaaten zu würdigen vermöge.[35] Als problematisch empfindet er, „dass die rechtliche Würdigung durch das Gericht des Erstverfolgerstaats von vorneherein lückenhaft ist, da dieses die Tat nur nach den inländischen Strafbestimmungen und nicht auch nach dem Strafrecht der anderen Mitgliedsstaaten bewerten kann."[36] Würde sich Art. 54 SDÜ auf einen weiten Tatbegriff im Sinne von idem factum beziehen, so regierte im europäischen Strafrechtsraum der Zufall, weil Strafbarkeit und Strafmaß ganz

---

32 Spitzfindig könnte man der zweiten methodologischen Stufe im Fragenkatalog zu Art. 54 SDÜ noch eine dritte, eine dezisionistische Stufe hinzufügen. Denn wenn das Recht des Erstverfolgers oder ein autonomes ius commune gilt, dürfen dann die Behörden oder Gerichte des Zweitverfolgers souverän dieses fremde Recht anwenden oder müssen sie die Rechtsfragen vorlegen? Insofern ist zweierlei zu notieren: Der BGH hat in der Vergangenheit des Öfteren Art. 54 SDÜ betreffende Verfahren ausgesetzt und um Rechtsauskunft bei den Behörden des erstverfolgenden Staates nachgesucht, um sich auf dieselbe Weise Klarheit über die Rechtskraftwirkungen ausländischer Entscheidungen zu verschaffen (vgl. z.B. BGH NStZ 1998, 149). Des Weiteren fordert beispielsweise *Schomburg* einen auf Strafrecht spezialisierten Spruchkörper des EuGH (vgl. *Schomburg*, Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung, NJW 2000, S. 1833-1840 [1839]), wozu nunmehr Art. 225a EGV eine vertragliche Grundlage bietet.

33 *Böse*, Der Grundsatz „ne bis in idem" in der Europäischen Union, in: Goltdammer's Archiv (GA) 2003, S. 744-763 (760 ff.).

34 *Böse* (Fn. 33), S. 762.

35 *Böse* (Fn. 33), S. 760.

36 *Böse* (Fn. 33), S. 760.

erheblich davon abhingen, in welchem Land „zufällig das erste Strafverfahren abgeschlossen wird."[37] Und weiter:

> *„Mit der Anerkennung verfahrensabschließender Entscheidungen nach Art. 54 SDÜ wird der strafrechtliche Schutz von Rechtsgütern durch den anderen Mitgliedsstaat als dem eigenen Schutz prinzipiell gleichwertig anerkannt, ungeachtet des Umstands, dass das Ausmaß des strafrechtlichen Schutzes im Einzelfall erhebliche Unterschiede aufweisen kann (z.B. im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität). [...] Dieses Vertrauen ist jedoch nicht angezeigt, soweit in dem vom Erstverfolgerstaat durchgeführten Strafverfahren die Verletzung von Rechtsgütern nicht gewürdigt worden ist, um deretwillen nunmehr der Zweitverfolgerstaat ein Strafverfahren einzuleiten beabsichtigt. In einem solchen Fall besteht grundsätzlich ein berechtigtes Interesse des letztgenannten Staates an der erneuten Strafverfolgung. Auch diese Erwägung spricht dafür, den Begriff der Tat in Art. 54 SDÜ nicht allein nach tatsächlichen Umständen, sondern nach der Art des strafrechtlichen Vorwurfs zu bestimmen."*[38]

Welche Stoßrichtung hat dieser enge Tatbegriff? Zur Antwort darf einmal mehr das westfälische Paradigma bemüht werden: Ko-existieren souveräne Strafgewalten nebeneinander, so kann weder Vertrauen noch Misstrauen ein Thema sein, weil aus der Konkurrenz keine Kollision der unterschiedlichen strafrechtlichen Zuständigkeiten folgt; das konnte anhand der U.S.-amerikanischen „dual-sovereignty"-Doktrin illustriert werden.[39] Art. 54 SDÜ führt nunmehr, wie die Rechtssache Miraglia erkennen lässt, die vormals unabhängigen Mitgliedsstaaten des Schengener Abkommens unter dem Dach eines einheitlichen Strafrechtsraums zusammen. Dadurch entsteht ein (nicht Neben-, sondern) Miteinander der entsprechenden Souveräne, die fortan Rücksicht auf fremde innerstaatliche Entscheidungen nehmen müssen. Erst dadurch aber wird das Misstrauen gesät, dass diese fremden Entscheidungen hinter den eigenen Erwartungen zurückbleiben oder sie nicht die Qualität der eigenen Strafrechtspraxis erfüllen.

In dieser Gegenüberstellung von westfälischem Neben- und pan-europäischem Miteinander gelingt Böse die weitgehende (Wieder-)Herstellung des Nebeneinanders der konkurrierenden, nicht aber kollidierenden Souveräne. Aufgrund des engen Tatbegriffs findet sich die Strafverfolgung des Zweitverfolgers durch die ausgeübte Strafgewalt des Erstverfolgers häufig nicht gehindert, so dass der Zweitverfolger die Erstentscheidung nicht zu berücksichtigen hat. Dass sich durch das Kriterium der (teil-)identischen Rechtsgutsverletzung ein transnationales ne bis in idem, wie es Art. 54 SDÜ vorsieht, ad absurdum führen lässt, muss nicht weiter ausgeführt werden: Denn es müsste lediglich das jeweils verfolgte Rechtsgut als originäres Produkt souveräner Rechtssetzungshoheit bezeichnet werden, um Art. 54 SDÜ leer laufen zu lassen und zum westfälischen „Naturzustand" zurückzukehren. Keinen anderen Weg beschreitet Böse, wenn das Recht des Einzelnen auf die Einmaligkeit seiner transnationalen Strafverfolgung ausgeblendet wird – bzw. es hinter den öffentlichen Strafverfolgungsinteressen bzw. hinter einer effektiven transnationalen Strafrechtspflege zurücktritt.

---

37 *Böse* (Fn. 33), S. 760.

38 *Böse* (Fn. 33), S. 760 (Herv. der Verf.).

39 Vgl. oben I. 1.a.

d) Das Misstrauen kollidierender Souveräne

Die deutsche Rechtsprechung ist dem von Böse vorgeschlagenen (Aus-)Weg nicht gefolgt: Da in den zu Art. 54 SDÜ ergangenen Entscheidungen der Tatbegriff nicht (übermäßig) eng auf die gewürdigte Rechtsgutsverletzung bezogen wurde, stellten sich unvermeidlich Kollisionen zwischen dem deutschen Strafverfolgungsinteresse und ausländischen Strafverfolgungsentscheidungen ein. Durch diese Kollisionen wurde Misstrauen gesät – Misstrauen des Zweitverfolgers gegenüber dem Erstverfolger, welcher aufgrund von Art. 54 SDÜ mit seinen Entscheidungen einen transnational gültigen Strafklageverbrauch für ein Tatgeschehen zu erreichen und somit die Durchsetzung der originären Strafgewalt des zweitverfolgenden Staates endgültig zu verhindern vermag. Kollisionen und Misstrauen überschatteten denn auch die deutsche Rechtsprechungspraxis und ihre restriktive Auslegung der Begriffe „rechtskräftig" und „abgeurteilt".

In der brisanten Entscheidung Lacour urteilte der BGH[40], dass eine fremde Gerichtsentscheidung eine nachfolgende deutsche Strafverfolgung nach Art. 54 SDÜ nicht hindere, wenn nach dem Recht des Erstverfolgers (zweite, methodische Stufe) diese Erstentscheidung nur in vorläufige und begrenzte Rechtskraft erwachse (erste, inhaltliche Stufe). Was war passiert? Der französische Staatsbürger Lacour sollte sich wegen der Tötung eines Deutschen in Alsting (Frankreich) vor deutschen Gerichten verantworten. Da dem Angeklagten nach Eröffnung des Hauptverfahrens die Flucht aus der Untersuchungshaft gelang, er sich aber wenig später wegen anderer Delikte in Frankreich in Strafhaft befand, wurde die französische Republik um Übernahme der Strafverfolgung ersucht. Die „cour d'appel" in Metz stellte daraufhin das Mordverfahren mangels Tatverdachts ein (so genannte „ordonnance de non-lieu"); in einem späteren Verfahren vor dem Saarbrücker Landgericht wurde Lacour dagegen wegen Mordes zu lebenslanger Haft verurteilt. Der BGH hatte darüber zu befinden, ob die französische Gerichtsentscheidung ein Verfahrenshindernis darstellte und deshalb der Angeklagte aus der Haft zu entlassen war. Aus deutscher Sicht war dies ein ebenso unerträglich erscheinendes Ergebnis, wie die Verurteilung die französischer Seite irritierten konnte, die dem eigenen Staatsbürger ja gerade keine Tatbeteiligung hatte nachweisen können.[41] Der BGH löste dieses Dilemma, indem er die nur vorläufig und begrenzt rechtskräftige „ordonnance de non-lieu" – mit dem Plazet der französischen Seite[42] – nicht dem Art. 54 SDÜ subsumierte.

Während der BGH im Fall Lacour eine äußerst konservative Lösung für die „Rechtskraftfrage" des Art. 54 SDÜ fand, zeugen andere Beispiele aus der Rechtsprechung vom tiefen Misstrauen gegenüber der Richtigkeitsgewähr fremder nichtrichtlicher Verfahrenseinstellungen: Ein transnationaler Strafklageverbrauch wurde nur fremden Verfahrensentscheidungen, die unter Beteiligung eines Richters erfolgten, zugesprochen; entsprechenden außergerichtlichen Entscheidungen, z.B. denen einer Verwaltungsbehörde, wurden demgegenüber von der deutschen Judikatur kein Verbrauch der eigenen Strafgewalt vergönnt. So führte das OLG Hamburg aus, ein Verfahrenshindernis könne „lediglich dann angenommen werden, wenn die ausländische Entscheidung unter Beachtung von verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen zustande gekommen ist. Dies ist in einem ausreichenden Maße

---

40 BGH NStZ 1999, 579.

41 *Bohnert/Lagodny* (FN 28), S. 640.

42 Vgl. *Harms*, Von Transactien, ordonannces de non-lieu und anderen europäischen Besonderheiten, in: Hanack/Hilger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Riess, Berlin 2002, S. 725-737 (732).

nur bei Gerichtsentscheidungen gewährleistet."[43] Dem Art. 54 SDÜ könne nicht entnommen werden,

> *„dass nationalrechtliche Besonderheiten wie zum Beispiel die belgische ‚Transactie' in anderen Mitgliedsstaaten dergestalt Wirkung entfalten, dass sie die dortige Strafverfolgung verhindern und damit dem anderen Staat die nach seinem Rechtsverständnis notwendige Möglichkeit nehmen, auch in seinem Hoheitsgebiet begangene Rechtsverstöße zu ahnden."*[44]

Pointiert zusammengefasst: zu „willkürliche[n] Ergebnisse[n] wie dem Freikauf von Strafe für sich und andere" darf es nicht kommen. Diese Konservierung der eigenen Strafkompetenzen, die sich nicht durch fremde außergerichtliche Verfahrensabschlüsse verbrauchen sollen, führt Stein[45] vollkommen zurecht auf das „Misstrauen" zurück, „das von einigen Schengenstaaten noch immer gegenüber fremden Rechtsordnungen gehegt wird." Nur Gerichtsentscheidungen verbürgen, so muss das OLG Hamburg verstanden werden, dass der fremde Entscheidungsträger seiner Kognitionspflicht ausreichend nachgekommen ist, zuverlässige Methoden zur Aufklärung des Sachverhaltes herangezogen und eine ausreichende (schriftliche) Begründung seiner Entscheidung abgegeben hat – mit anderen Worten: nur Gerichtsentscheidungen erbringen die Richtigkeitsgewähr, die aus deutscher Sicht einen Verbrauch der Strafklage rechtfertigt.

Für die bisher analysierten Auslegungen von Art. 54 SDÜ – Böses engem Tatbegriff, der restriktiven Haltung des BGH zur Rechtskraftfrage und der konservativen Unverbindlicherklärung fremder außergerichtlicher Verfahrensabschlüsse durch das OLG Hamburg – kann folgendes Zwischenfazit gezogen werden: Dem in Art. 54 SDÜ angelegten Miteinander in einem einheitlichen europäischen Strafrechtsraum, dem Schengenland, wird misstrauisch begegnet. Dem europäischen Verbot der faktischen Doppelverfolgung mehrfach verfolgbarer Taten wird keine koordinative oder sogar Kooperation fördernde Funktion zuteil; im Gegenteil: durch eine möglichst enge Auslegung des transnationalen ne bis in idem sollen Kollisionen zwischen den Strafgewalten der betroffenen Souveräne verhindert werden; angestrebt wird eine Rückkehr zum westfälischen Nebeneinander konkurrierender, nicht aber kollidierender Strafzuständigkeiten – die je eigenständigen europäischen Strafgewalten wollen ihre Unabhängigkeit bewahren und ihren europäischen Partnern und Freunden keinen Vorrang gewähren.

e) Die faktische Koordination der verschiedenen Strafgewalten: Die Rechtssache Gözütok/Brügge

Am 11.02.2003 hat der EuGH in seiner bahnbrechenden Leitentscheidung Gözütok/Brügge dem westfälischen Impetus des europäischen ne bis in idem scheinbar die Schwungkraft genommen: Der EuGH kommt nämlich zum Schluss,

> *"dass das in Art. 54 SDÜ aufgestellte Verbot der Doppelbestrafung auch für zum Strafklageverbrauch führende Verfahren der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art gilt, in denen die Staatsanwaltschaft eines Mitgliedstaats ohne Mitwirkung eines Gerichts ein in diesem Mitgliedstaat eingeleitetes Strafverfahren einstellt, nachdem der Beschuldigte bestimmte Auflagen*

---

43 OLG Hamburg, wistra 15 (1996), 193, 195.

44 A.a.O.

45 *Stein*, Ein Meilenstein für das europäische „ne bis in idem", NJW 2003, S. 1162, 1163.

erfüllt und insbesondere einen bestimmten, von der Staatsanwaltschaft festgesetzten Geldbetrag entrichtet hat."[46]

Die Entscheidung, die unter anderem konkret den transnationalen Strafklageverbrauch durch eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO zum Gegenstand hatte, klärt inhaltlich die Rechtskraftfrage und lässt erkennen, dass kein Richter an der transnational gültigen Verfahrenseinstellung beteiligt sein muss.

Mit Blick auf letzteres soll sich Art. 54 SDÜ fortan auch auf die einfache außergerichtliche Verfahrenserledigung beziehen, so dass ein transnationaler Strafklageverbrauch nicht allein bei Gerichtsentscheidungen eintritt. Daran ist zweierlei zu begrüßen: Zum einen wird die Attraktivität nichtgerichtlicher – und für eine effektive inländische Strafrechtspflege notwendiger – Verfahrensmaßnahmen gestärkt, weil der Beschuldigte das Damoklesschwert einer nochmaligen Verfolgung in einem Drittstaat abwenden kann. Zum anderen wird der Zufall aus dem Schengenland verbannt, weil nicht mehr die zufällige mitgliedsstaatliche Verfahrensmodalität – nämlich die zufällige Beteiligung eines Richters an der Verfahrensentscheidung – darüber entscheidet, ob ein transnationales Verbot erneuter Strafverfolgung ausgesprochen wird.

Wesentlich heikler und auch instruktiver ist hingegen das Votum des EuGH zur Rechtskraftfrage. Hierzu darf man sich nicht, wie bereits Kühne[47] herausgehoben hat, durch die „sorglose, ja fehlerhafte Terminologie" täuschen lassen: Wenn der EuGH nämlich den § 153a StPO dem Art, 54 SDÜ mit den Worten subsumiert, die Strafklage sei „endgültig verbraucht"[48], die Strafverfolgung „endgültig beendet"[49] und „Strafklageverbrauch"[50] im Inland eingetreten, so übersieht der EuGH § 153a Abs. 1 S. 5 StPO; der EuGH vernachlässigt mit anderen Worten, dass die deutsche Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO in nur höchst eingeschränkte Rechtskraft erwächst. Deswegen muss man die Entscheidung in Wahrheit so verstehen dürfen, dass bereits diese Teilrechtskraft – zwar kein innerstaatliches, wohl aber ein transnationales ne bis in idem konstituiert.[51]

Der EuGH begründet diese seine Antwort auf die Rechtskraftfrage mit zwei ineinander übergehenden Erwägungen: Zum einen wird das gegenseitige „Vertrauen der Mitgliedsstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsystem" betont, also „dass jeder Mitgliedsstaat die Anwendung des in den anderen Mitgliedsstaaten geltenden Strafrechts akzeptiert, auch wenn die Anwendung seines eigenen nationale[n] Rechts zu einem anderen Ergebnis führen würde."[52] Zum anderen soll, so der EuGH, Art. 54 SDÜ verhindern, „dass eine Person, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, wegen derselben Tat in mehreren Mitgliedsstaaten verfolgt wird"; zur Verwirklichung dieses Ziels könne nur dann wirksam beigetragen werden, wenn der Grundsatz ne bis in idem „auch auf Entscheidungen an-

---

46 EuGH, verb. Rs. C-187/01 u. C-385/01, NJW 2003, S. 1173, 1175 (Hüseyin Gözütok u. Klaus Brügge).

47 *Kühne*, Urteilsanmerkung, in: Juristen Zeitung (JZ) 2003, S. 305-307 (307).

48 EuGH (Fn. 46), para. 30,

49 EuGH (Fn. 46), para. 38.

50 EuGH (Fn. 46), para. 39.

51 Wie hier die Interpretation von *Böse* (Fn. 33), S. 755; *Kühne* (Fn. 47), S. 307; *Rüben-Stahl/Krämer*, Die Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft und das Verbot der Doppelbestrafung gemäß Art. 54 SDÜ in der Rechtsprechung des EuGH, HRR-Strafrecht 2003, S. 65-71 (69).

52 EuGH (Fn. 46), para. 33.

wendbar ist, mit denen die Strafverfolgung in einem Mitgliedsstaat endgültig beendet“ werde.[53]

Dieser Verweis auf die europäische Grundfreiheit der Freizügigkeit ist auf den ersten Blick das transnationale Spiegelbild der menschenrechtlichen Schutzfunktion des innerstaatlichen ne bis in idem. So wird das Urteil des EuGH im Schrifttum auch als Stärkung des Beschuldigtenschutzes und seiner effektiven Freizügigkeit interpretiert.[54] Bei näherem Hinsehen tun sich allerdings Zweifel auf: Die innerstaatliche menschenrechtliche Schutzfunktion basiert auf einem Vertrauenstatbestand, den der Staat durch seine erste Strafverfolgung schafft und den er nicht wieder durch eine zweite Strafverfolgung bzw. durch einen Nachschlag brechen darf. Wann ein solcher Vertrauenstatbestand geschaffen ist, variiert von Rechtsordnung zu Rechtsordnung. Als plastisches Beispiel sei auf das Berufungsrecht der Staatsanwaltschaft verwiesen: Während in angloamerikanischen Jurisdiktionen ein solches Recht emphatisch als Verstoß gegen das „double jeopardy“-Verbot gegeißelt wird, rechtfertigen sich staatsanwaltschaftliche Rechtsmittel nach kontinental-europäischem Verständnis damit, dass der Angeklagte Vertrauen in die Endgültigkeit des Verfahrens erst entwickeln – und man beachte die Normativität der Aussage – darf, wenn der Instanzenzug beendet ist.[55]

Das lässt die Frage zu, ob in den vom EuGH entschiedenen Ausgangsfällen ein inländischer Vertrauenstatbestand geschaffen war, der ein transnationales ne bis in idem menschenrechtlich geboten erscheinen lässt. Zumindest mit Blick auf § 153a StPO ist das mehr als fraglich: Warum soll der Beschuldigte nach außen mehr Sicherheit genießen als nach innen? Zumindest menschenrechtlich – was heißt: zum Schutz vor Stigmatisierung und vor den existentiellen Unsicherheiten eines Strafverfahrens – scheint die vom EuGH offensichtlich angedachte Schaffung eines europaweiten absoluten Verbotes der Zweitverfolgung nicht geboten, wenn im Inland nur ein relativer Vertrauenstatbestand geschaffen wurde.

Es ist müßig darüber zu diskutieren, ob der EuGH die Grundfreiheit der Freizügigkeit ausgeweitet hat – namentlich mit dem individuellen Recht des Einzelnen, in einem Szenario konkurrierender Strafgewalten nur einem, und zwar dem Recht des Erstentscheidenden unterworfen zu werden, so dass allen anderen Souveränen die Durchsetzung ihrer Strafverfolgungsinteressen durch Art. 54 SDÜ versperrt ist. Das Gedankenspiel über ein solches Individualrecht ist deshalb müßig, weil der EuGH zumindest gemeinschaftsrechtlich eine neuartige Koordinations-, nämlich eine faktische Kollisionsregelung geschaffen hat: Im Falle der Kollision verschiedener miteinander konkurrierenden Strafgerichtsbarkeiten gilt das Recht desjenigen, der faktisch als erster – unter den vom EuGH genannten Voraussetzungen – entscheidet.

Dieses faktische Kollisionsmodell, das auf ein „faktisches Prioritätsprinzip“[56] hinausläuft, fördert insofern die Schaffung eines effektiven europäischen Strafrechtsraums und ist insofern im Sinne der europäischen Integration, als sich die verschiedenen Mitgliedsstaaten in Zukunft bei der Verfolgung von Straftaten enger abstimmen müssen. Zum einen sorgt die

---

53 EuGH (Fn. 46), para. 38.

54 *Vogel/Norouzi*, Europäisches „ne bis in idem“, in: Juristische Schulung (JuS) 2003, S. 1059-1062 (1062).

55 Vgl. *Eser* (Fn. 9), S. 967.

56 *Vander Belem/Vermeulen/Lagodny*, Kriterien für die jeweils „beste“ Strafgewalt in Europa, NStZ 2002, S. 624-628 (624).

koordinative Funktion von Art. 54 SDÜ für eine effizientere Auslastung der Verfolgungsbehörden, weil transnationale Mehrfachbelastungen vermieden werden. Zum anderen tritt auch die integrative Funktion von Art. 54 SDÜ in Erscheinung, weil sich die unterschiedlichen Strafverfolgungssysteme nicht mehr mit kleinkariertem Misstrauen beäugen dürfen, sondern sich Toleranz und Akzeptanz auf die Fahnen schreiben müssen.[57]

Bei aller Hoffnung in eine solche „self-fulfilling-prophecy": die dem Art. 54 SDÜ vom EuGH überantwortete faktische Koordination der souveränen Strafgewalten bleibt einem beachtlichen rechtspraktischen Einwand ausgesetzt. Dieser entzündet sich an der normativen Kraft des Faktischen, d.h. daran, dass sich der faktische Erstentscheider über andere Strafgewalten erhöhen kann, obwohl diese eventuell über die passenderen Foren oder die vordringlicheren Strafverfolgungsinteressen verfügen. So war es in dem vom EuGH entschiedenen Ausgangsfall: Der deutsche Staatsangehörige Brügge hatte in Belgien eine Belgierin verletzt, dann aber in einem deutschen Ermittlungsverfahren nach Zahlung von 1000,- DM eine Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO erwirkt, die er schließlich der belgischen Strafverfolgung erfolgreich nach Art. 54 SDÜ entgegenzusetzen vermochte. Es ist zu befürchten, dass es in Zukunft häufig zu Wettläufen um die jeweils günstigste Rechtsordnung kommen wird:[58] Unter dem Eindruck eines normativen Vorrangs des Rechts des faktischen Erstentscheiders wird die Verteidigung in die mildeste Rechtsordnung drängen; transnational kooperierende Strafverfolgungsbehörden werden sich hingegen eher – wenn der adversariale Trend anhält – für das punitivste Recht entscheiden. Dass die Akzeptanz einer Europäisierung des Strafrechts durch ein solches „forum shopping" sicherlich nicht gesteigert wird, bedarf keiner näheren Ausführungen.

f) Die prozedurale Koordination der verschiedenen Strafgewalten de lege ferenda

Anstatt eines faktischen Prioritätsprinzips zur Lösung der Kollision von Strafgewalten schlagen u.a. Vander Beken/Vermeulen/Lagodny[59] eine prozedurale Lösung vor: Mithilfe eines Qualitätsprinzips zur einzelfallbezogenen Reduktion bzw. Stufung mehrerer Strafgewalten soll es de lege ferenda gelingen, dass europaweit pro Tat nur eine Strafgewalt besteht und nur ein Strafverfahren stattfindet. Der „Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdiction and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union"[60] zeigt paradigmatisch, wie eine Konzentration konkurrierender Strafgewalten vonstatten gehen könnte: In einem ersten Schritt müssten die verschiedenen Souveräne ermittelt werden, die strafkompetent und an der Verfolgung interessiert sind. Finden sich mehrere konkurrierende Strafgewalten, so müsste in einem zweiten Schritt über das Forum entschieden werden, vor dem die Tat zur Verfolgung bzw. zur Anklage zu bringen ist; bei dieser Entscheidung gälte es die verschiedenen Anknüpfungspunkte staatlicher Strafgewalt – vom Territorialitäts- über das aktive bzw. passive Personalitäts- bis hin zum Universalitätsprinzip – sowie die individuellen Schutzinteressen der Beschuldigten miteinander in praktische Konkordanz zu bringen. Diese kooperative Koordination der verschiedenen Strafgewalten müsste, gleichsam in einem dritten Schritt, vom Angeklagten gerichtlich überprüfbar sein.[61]

---

57 *Plöckinger/Leidenmühler* (Fn. 29), S. 85.

58 Vgl. *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* (Fn. 56), S. 624.

59 *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* (Fn. 56), S. 624 ff; vgl. ferner *Mansdörfer*, Das Prinzip ne bis in idem im europäischen Strafrecht, Berlin 2004, S. 162 Fn. 117 m.w.N.

60 Abgedruckt in Revue Internationale de Droit Penal 73 (2002), S. 1195 ff.

61 Vgl. „Freiburg Proposal" (Fn. 60), § 1-5 (S. 1199).

Eine prozedurale Koordination konkurrierender Strafgewalten ist die Weiterentwicklung des – wie Lagodny[62] es nennt – Netzgedankens, der die pan-europäische transnationale Kriminalpolitik beherrscht. Der Netzgedanke will für eine Tat möglichst viele Anknüpfungspunkte schaffen, so dass möglichst viele Rechtsordnungen zur Strafverfolgung berufen sind; dadurch soll verhindert werden, dass ein mutmaßlicher Straftäter in einen Staat ohne Strafgewalt flüchten kann. Dieser Netzgedanke hat in einem zusammenwachsenden Europa seine Schuldigkeit getan, sobald eine Festnahme erfolgt ist; ab der Festnahme stellt sich eine überschießende „Existenz von nationalen Strafgewalten“[63] ein, die es durch eine prozedurale Kollisionsregelung zu koordinieren gilt.

Hieran wird auch ersichtlich, inwiefern ein solches prozedurales Koordinationssystem kriminalpolitisches Neuland betritt: Es würde sich nämlich „vor“ Art. 54. SDÜ setzen, begründete es doch ein mit Festnahme gültiges Verbot der Doppelverfolgbarkeit für Taten, die vor Festnahme noch mehrfach verfolgbar waren. Demgegenüber begnügt sich Art. 54 SDÜ mit dem Verbot der faktischen Doppel-Verfolgung der mehrfach verfolgbaren Tat. Man mag skeptisch sein, ob diese der Wissenschaft entspringenden Vorschläge zur Ergänzung des transnationalen ne bis in idem in der europäischen Kriminalpolitik auf fruchtbaren Boden fallen.[64] Allemal weist eine solche prozedurale gegenüber einer faktischen Kollisionsregelung den Vorteil auf, dass es nicht zu einem wahllosen „forum shopping“ kommt.

Gegen ein entsprechendes prozedurales System zur Bestimmung der verfolgungskompetenten Strafgewalt wendet sich Mansdörfer[65] mit dem Argument, das „internationale Strafrecht“ würde „zu einem Recht der Gerichtsstände zurückgebildet“ werden; das sei insofern angreifbar, als die materiellen Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des Forums zum Teil zufällig erschienen und eine hierarchische Abstimmung unter ihnen äußerst schwierig sei. Dem lässt sich freilich entgegenhalten, dass einer Rückbildung des europäischen – nicht, wie Mansdörfer, schreibt: internationalen – Strafrechts auf ein Recht der Gerichtsstände nichts per se Schlechtes anhaftet. Immerhin würde zum einen die Effektivität der europäischen Strafrechtspflege gefördert, wenn die einzelnen Strafverfolgungsgewalten zur Kooperation (und zu ihrem „Glück“) gezwungen ihre Kräfte bündeln müssten. Zum anderen träte die menschenrechtliche Schutzfunktion des Grundsatzes ne bis in idem auch transnational stärker in den Vordergrund, weil in der Auswahl des adäquaten Forums auch die Schutzinteressen des Beschuldigten eine gewichtige Rolle spielten. Da es sich überdies um eine prozedurale Auswahl des in die Strafverfolgung gerufenen Souveräns handeln würde, bei der ein Ermessensspielraum bestünde, steht eine kategorische Hierarchisierung der aufzunehmenden Ermessens-Gesichtspunkte gar nicht zur Diskussion.

Da es sich um eine Ermessensentscheidung handelt, wiegt ein zweiter Kritikpunkt von Mansdörfer wesentlich schwerer: Der Grundsatz des gesetzlichen Richters, wie er in Art. 101 Abs. I S. 2 GG niedergelegt ist, scheint durch die der Tat nachfolgende, in ihrem Ausgang unsichere Auswahl des Forums verletzt.[66] Aber auch dieser Einwand weiß nicht zu überzeugen. Denn der besagte Grundsatz des gesetzlichen Richters

---

62 *Lagodny*, Viele Strafgewalten und nur ein transnationales ne-bis-in-idem? in: Donatsch u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 253-267 (263).

63 *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* (Fn. 56), S. 625.

64 *Vander Beken/Vermeulen/Lagodny* (Fn. 56), S. 624.

65 *Mansdörfer* (Fn. 56), S. 164.

66 *Mansdörfer* (Fn. 56), S. 164.

„gilt nur innerhalb der deutschen Rechtsordnung, nicht aber zusätzlich für fremde Rechtsordnungen [...]. Art. 101 GG verhindert deshalb nicht, dass die Strafgewalt durch eine übergeordnete Instanz von Deutschland auf einen anderen Staat übertragen wird."[67]

Überdies gibt es eine Garantie der schematischen Vorherbestimmung des zuständigen Richters außer in Deutschland nur in relativ wenigen Ländern, während eine solche Garantie in vielen Staaten häufig entweder gar nicht bekannt oder doch nur mit weniger strengen Anforderungen umgesetzt ist.[68] Zudem dient der Grundsatz des gesetzlichen Richters dem Schutz des Bürgers, der allemal durch eine justiziable Auswahl der geeignetsten Strafgewalt besser gestellt wäre als durch ein Nebeneinander verschiedener verfolgungsbereiter Jurisdiktionen.

g) Die Europäisierung des Grundsatzes ne bis idem: ein Fazit

Ein prozedurales Kollisionsregime ist – wie auch sein in Art. 54 SDÜ angesiedeltes faktisches Pendant – nur Ausdruck des westfälischen Kerns des europäischen ne bis in idem. Denn die völkerrechtlichen Beziehungen, die weiterhin den europäischen Strafrechtsraum prägen, orientieren sich weiterhin an den miteinander konkurrierenden Strafgewalten der souveränen europäischen Staaten. Das faktische bzw. prozedurale Koordinationsmodell ist lediglich Ausfluss jenes Netzgedankens, der als Schleppnetz europaweit alle Bürger und all ihr Verhalten einfängt. Das mag solange unproblematisch klingen, wie man alles westfälisch, d.h. alles zwei-dimensional (Staat-Staat) analysiert und den Bürger nicht als dritte Dimension anerkennt. Tritt dieser aber mit eigenen Schutzrechten auf, so zeigen sich die eigentlichen Verwerfungen, die den zu schaffenden einheitlichen europäischen Strafrechtsraum charakterisieren: Der Bürger findet sich in einem Europa wieder, das ihm vor der Tat ganz westfälisch verschiedene Strafrechtsordnungen überordnet, dann aber diese Strafrechtsordnungen nach der Tat ganz unwestfälisch zur Kooperation antreibt. Ein immer noch westfälisch weiter gedachtes transnationales ne bis in idem bemüht sich dabei nicht um die Lösung des eigentlichen Problems: Vor der Tat ist der Bürger – normtheoretisch gewendet – Adressat von Verhaltensregeln zahlloser Strafgewalten;[69] vor der Tat konkurrieren diese Strafgewalten, sind also westfälisch unkoordiniert. Erst nach der Tat kommt es durch Art. 54 SDÜ zu einer Koordination der Zuständigkeiten. Die Diskussion zum europäischen ne bis in idem ist insofern nichts anderes als eine Diskussion über eine – wieder normtheoretisch gesprochen – Behandlungsnorm:[70] Deren Adressat ist nicht der Bürger, sondern der transnational tätige Rechtsanwender, der darüber zu entscheiden hat, welche

---

67 *Lagodny*, Empfiehlt es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen?, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin März 2001, S. 114. Das Gutachten findet sich unter http://wvvw.sbg.ac.at/ssIdlago.pdf. Vgl. ferner Ders. (Fn. 62), S. 266.

68 Vgl. für eine rechtsvergleichende Übersicht *Eser*, Der »gesetzliche Richter« und seine Bestimmung für den Einzelfall, in: Eser/Kullmann u.a. (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Köln 1995, S. 247-271 (258 ff.).

69 Vgl. *Gleß*, Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, ZStW 116 (2004), S. 353-367 (361).

70 Zur Unterscheidung zwischen Behandlungsnorm und Verhaltensregel vgl. *Eser*, Verhaltensregeln und Behandlungsnormen – Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht, in: Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 25-54 (S. 53).

Verhaltensregel welcher Rechtsordnung der Einzelne verletzt hat bzw. für welche Verletzung er zur Verantwortung gezogen werden soll.

Erst bei Anwendung dieser nach der Tat relevant werdenden Behandlungsnorm kommt das gegenseitige Vertrauen zum Tragen, welches sich die Mitgliedsstaaten (vermeintlich) entgegenbringen. Das gegenseitige Anerkennen macht die Kollision der eigenen Strafgewalt mit anderen konkurrierenden Strafgerichtsbarkeiten tragbar, weil man den Vorrang fremder Rechtsordnungen respektiert; man akzeptiert und toleriert fremde Verfahrensentscheidungen, auch wenn das gleichermaßen anwendbare eigene Recht zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Das gegenseitige „Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme“[71] setzt also erst in der Strafverfolgung, in der Phase nach der Tat, ein: Davor verlässt man sich, ganz als souveräner Einzelstaat, nur auf das eigene materielle Strafrecht, für das man mannigfaltige Anknüpfungspunkte schafft. Transnational kumulieren sich so die Strafgewalten, die sich für ein und dasselbe Geschehen für zuständig erklären; erst in der Verfolgungsphase soll dieser „Überschuss“ durch das europäische ne bis in idem auf nur eine Strafverfolgung konzentriert werden.

Der westfälische Kern der Europäisierung des Grundsatzes ne bis in idem zeigt sich mithin in mannigfaltiger Gestalt:

- Der von Böse zu Art. 54 SDÜ vertretene rechtsgutsbezogene Tatbegriff kehrt weitgehend zu den zwei westfälischen Dimensionen „Staat-Staat“ zurück: Bezog sich die Erstverfolgung nicht auf jene Rechtsgutsverletzung(en), die der Zweitverfolger zu ahnden gedenkt, so soll eine nochmalige Strafverfolgung des gleichen Lebenssachverhaltes nicht untersagt sein; Erst- und Zweitverfolger können so ihre originären Strafinteressen durchsetzen, ohne auf die zurücktretenden Schutzinteressen des Beschuldigten Rücksicht nehmen zu müssen. Dadurch wird – ganz westfälisch – die Kollision souveräner Strafgewalten bei der Strafverfolgung verhindert, weil keiner Strafgewalt ein Vorrang zukommt.

- Kommt es hingegen zu einer entsprechenden Kollision, so fand sich in der deutschen Rechtsprechung starkes Misstrauen gegenüber den ausländischen Strafverfolgungsentscheidungen: Teilrechtskräftige Entscheidungen sollten ebenso wenig einen transnationalen Strafklageverbrauch nach sich ziehen wie nichtrichterliche Verfahrensbeendigungen. Das besagte Misstrauen entspringt dem Dünkel eines souveränen Staates, der nicht gewohnt ist, auf fremde Entscheidungen Rücksicht zu nehmen.

- Der EuGH hat in Sachen Gözütok/Brügge den transnationalen Strafklageverbrauch auch der außergerichtlichen und im Inland nur teilrechtskräftigen Verfahrenseinstellungen betont: In Europa gilt eine faktische Kollisionsregelung, mit der sich durch die Erstentscheidung die Strafverfolgung im erstentscheidenden Staat konzentriert. Das prozedurale Gegenmodell will eine entsprechende Konzentration aufgrund einer justiziablen Auswahl der geeignetsten Strafverfolgungsgewalt erzielen. Beide Koordinationsmodelle sind Reaktionen auf westfälisch konkurrierende Strafgewalten, in deren Netz ein und dasselbe Verhalten mehrmals eingefangen ist.

- Am deutlichsten tritt der westfälische Kern des europäischen Grundsatzes ne bis in idem durch seine Charakterisierung als Behandlungsnorm zu Tage. Diese Be-

[71] EuGH (Fn. 46), para. 33.

handlungsnorm führt die westfälische Konkurrenz mehrerer Strafhoheiten in einem europäischen Strafrechtsraum zusammen und entscheidet, welcher Souverän die von mehreren Souveränen pönalisierte Tat verfolgen darf.

3. Eine Vision: Ne bis in idem als echtes Verbot der Doppel-Verfolgbarkeit

Welche Schlüsse sind daraus zu ziehen, dass die Europäisierung des Grundsatzes ne bis in idem – de lege lata und de lege ferenda – die westfälische Konkurrenz souveräner Strafgewalten perpetuiert? Darauf soll abschließend mit der Skizze einer Vision geantwortet werden: Ein zusammenwachsendes Europa verdient – kurz gesagt – die Überwindung westfälischen Souveränitätspathos und die Hinwendung zu echtem europäischen Gemeinschaftsdenken. Ein europäischer Strafrechtsraum verdient mehr „Einheit in der Vielfalt", als er eine faktische oder prozedurale Koordination jeder für sich zuständiger Strafgewalten verspricht. Und eine bürgerfreundliche Kriminalpolitik schafft nicht für ein und dasselbe Verhalten zuerst ein engmaschiges Netz ganz unterschiedlicher Verhaltensregeln ganz unterschiedlicher Strafrechte, um dann in der Verfolgungsphase mit Hilfe einer Behandlungsnorm über das im Einzelfall anzuwendende Recht zu entscheiden; eine bürgerfreundliche Kriminalpolitik ordnet vielmehr einem Verhalten eine ganz bestimmte Verhaltensregel eines ganz bestimmten Staates zu, multipliziert also nicht die anwendbaren Rechtsordnungen, sondern koordiniert sie vor der Tat. Nicht die Konkurrenz, d.h. das Nebeneinander nationaler Strafrechtsordnungen, sondern die Kongruenz nationaler Strafrechte muss als ein Leitbild des strafrechtlichen Integrationsprozesses in Europa ausgegeben werden dürfen.[72]

Die Diskussion über das europäische ne bis in idem ist eine Diskussion über eine Behandlungsnorm. Das muss sich ändern. Es ist mehr über die Verhaltensregeln zu sprechen, über den Abbau konkurrierender Gerichtsbarkeiten. Art. 54 SDÜ schafft ein Kollisionsregime, das die Strafverfolgung mehrfach verfolgbarer Tat koordiniert und ein Verbot der faktischen Doppel-Verfolgung des mehrfach verfolgbaren Täters postuliert. Ein zusammenwachsendes Europa der Bürger muss nach mehr streben als nach einer solchen Koordination der Strafverfolgungsapparate; sonst drohte in der Tat eine Art „inquisitorischer Overkill"[73], weil das Individuum sich mit der Tat multiplen Strafgewalten aussetzt, die nach der Tat kooperieren und eine effektive Strafverfolgung arrangieren. Ein gemeinsamer europäischer Strafrechtsraum bedarf eines echten Kollisionsrechts, das konkurrierende Gerichtsbarkeiten abbaut und entscheidet, welcher Rechtsordnung die Strafhoheit für ein Verhalten zukommt.

In diesem Zusammenhang mögen, was hier zur Diskussion gestellt sei,[74] die Regelungen zum Interlokalen Strafrecht eine neue und ungeahnte Bedeutung gewinnen. Das Interlokale Strafrecht regelt das Verhältnis verschiedener in einem Bundesstaat geltender Teilrechtsordnungen; es ist im Gegensatz zu dem in §§ 3-7 StGB geregelten inter-nationalen Strafrecht echtes intra-nationales Kollisionsrecht, welches das anzuwendende Recht festlegt. Interlokales Strafrecht bricht deshalb die Antithese zwischen den zersplitterten Rechtsordnungen der verschiedenen europäischen Staaten auf, überwindet also die das Internationale Strafrecht beherrschende Antithese miteinander konkurrierender Souveräne. Das Interloka-

---

72 Näher dazu *Eser* (Fn. 22), S. 59 ff.

73 Wie wohl erstmals apostrophiert von *Schünemann*, Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens, in: Strafverteidiger (StV) 2003, S. 116-122 (118).

74 Vgl. dazu bereits ansatzweise *Eser* (Fn. 22), S. 63 ff.

le Strafrecht setzt – und die seit 1976 im Schönke/Schröder zu findende Definition scheint sich im Nachhinein als unbewusste Vorwegnahme aller europäischen Integrationsbemühungen zu lesen – „grundsätzlich eine von gegenseitigem Vertrauen beherrschte Anerkennung der verschiedenen Teilrechtsgebiete für den gesamten Bereich"[75] voraus. Die Regeln des Interlokalen Strafrechts gehen von einem Gesamtterritorium aus, das zwar nach innen in einzelnen Teilen eigenständige Strafgesetzgebungen aufweist, aber nach außen eine echte völkerrechtliche Einheit bildet:

> „Aus der dem Interlokalen Strafrecht zugrunde liegenden einheitlichen Gesamtanschauung der immer mehr zusammenwachsenden Teile folgt, dass die regierenden Gewalten der Gebiets-Teile auf gleicher Ebene de iure anerkannt sind und dass die Unterschiede in Gesetzgebung und Verwaltung nur als rechtlich mögliche Varianten des gleichen geistig-politischen Gesamtkonzept erscheinen."[76]

Das Interlokale Strafrecht beruht auf einer radikalen gegenseitigen Anerkennung, die weit über das Vertrauen in die andere Strafverfolgung hinausgeht und das Vertrauen in die richtigen fremden gesetzgeberischen Wertentscheidungen umfasst. Eine solche radikale gegenseitige Anerkennung stünde einem einheitlichen europäischen Strafrechtsraum gut zu Gesicht. Dabei ist freilich zu beachten: Das Schlagwort der gegenseitigen Anerkennung bezieht sich auf das „gesamte Paket", auf das ineinander greifende fremde System der Strafrechtsgesetzgebung und der Strafrechtspflege.

Deswegen missversteht auch die in Europa angedachte Verkehrsfähigkeit von Beweisen das Konzept der gegenseitigen Anerkennung ganz fundamental. Sollten nämlich die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet werden, jedes Beweismittel zuzulassen, das nach dem nationalen Recht eines anderen Mitgliedsstaates rechtmäßig erhoben wurde,[77] so forderte man ein Vertrauen in einzelne Verfahrensmodalitäten, die willkürlich aus dem fremden Gesamtsystem herausgerissen. sind; damit bliebe unberücksichtigt, dass die Rechtmäßigkeit der verschiedenen nationalen Beweismittel aufeinander abgestimmt ist, engere Voraussetzungen hier durch breitere Voraussetzungen dort ausgeglichen werden. Diese nationale Abstimmung würde gesprengt, falls man einzelne Beweismittel transnational hin und her verschieben könnte; der Beschuldigte dürfte in der Folge durch eine transnationale Kumulation verschiedener aus seiner und aus fremden Rechtsordnungen stammender Beweismittel verurteilt werden, die national weder in der eigenen noch in der fremden Rechtsordnung zusammengeführt werden dürften. Der daraus resultierenden Ungerechtigkeit gegenüber dem einzelnen Straftäter könnte nur durch eine radikale Vereinheitlichung des europäischen Beweismittelrechts geantwortet werden, weshalb Gleß[78] zurecht kritisiert, die Verkehrsfähigkeit von Beweisen ziele auf „Rechtsharmonisierung durch die Hintertür."

Ein durch Interlokales Strafrecht koordiniertes Europa der (Strafrechts-)Regionen basierte demgegenüber – und aus dem Konjunktiv spricht die Vision – nicht auf einer gegenseitigen Anerkennung aller ausländischen Verfahrensmodalitäten, sondern auf der Anerkennung des gesamten fremden Strafrechts, mitsamt seiner Besonderheiten.[79] So anstößig es aus deutscher Sicht auch klingen mag: Das niederländische Euthanasieregime müsste ebenso

---

75 *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 18. Aufl., München 1976, Vorbem. §§ 3-7 Rn. 52 sowie 26. Aufl. (Fn. 7), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 51.

76 *Mattil*, Zur Problematik des Interlokalen Strafrecht, GA 1958, S. 142-151 (144).

77 Vgl. *Gleß* (Fn. 69), S. 365 m.w.N.

78 *Gleß* (Fn. 69), S. 365.

79 Vgl. *Burma*, Radikale Toleranz, ZStW 116 (2004), S. 424-435 (425).

anerkannt werden wie die harschen irischen Abtreibungsregeln oder die freizügige Drogenpolitik unserer holländischen Nachbarn; umgekehrt müssten aber auch die Niederländer die strikten deutschen Betäubungsmittelgesetze akzeptieren, wie die Iren sich auch mit den liberalen Abtreibungsgesetzen ihrer europäischen Freunde arrangieren müssten. Das alles bedeutet: anzuerkennen ist sowohl jene Strafgewalt, die sich in Strafgesetzen und Verhaltensregeln manifestiert, wie auch jene Strafhoheit, die sich in der Schaffung von Freiräumen hypostasiert. Wenn in den Niederlanden der Konsum weicher Drogen nicht verboten ist, heißt das doch, dass ein entsprechender Freiraum geschaffen wurde. Wenn der Deutsche, der in den Niederlanden weiche Drogen konsumiert, nach deutschen Recht bestraft werden sollte, würde dieser in den Niederlanden geschaffene Freiraum eklatant verletzt bzw. nicht anerkannt.

Das führt uns zurück zu einem echten europäischen ne bis in idem, welches die westfälische Konkurrenz mehrerer Strafgewalten überwindet sowie die verschiedenen europäischen Strafhoheiten – in ihrer Strenge wie in ihrer Milde – nach interlokalem Vorbild koordiniert. Das Interlokale Strafrecht könnte in einem zusammen-wachsenden Europa die Aufgabe übernehmen, jene materiellen Strafgesetze ausfindig zu machen, nach welchen das relevante Geschehen zu verfolgen und zu verurteilen ist.[80] Auszugehen wäre dabei vom Tatortprinzip, demzufolge die Handlung nach dem Strafrecht des Tatorts zu beurteilen ist, selbst wenn dieses für die verfolgende Behörde oder das erkennende Gericht fremdes, ausländisches Recht sein sollte. Bei den immer wichtiger werdenden grenzüberschreitenden Distanzdelikten wäre das nach konkreter Betrachtung strengste Gesetz anzuwenden. Ausnahmsweise ließe sich auch die lex fori zur Geltung bringen, wenn das Tatortrecht dem ordre public des am Gerichtsort geltenden Recht widerspräche![81]

Eine solche normative Konzentration des anzuwendenden Rechts wäre der notwendige erste Schritt, dem in einem zweiten Schritt die Auswahl der geeigneten, Strafverfolgungsbehörde nachfolgen müsste. Beides ergänzte sich zu einem europäischen Strafrechtsraum, in dem eine echtes Verbot der Doppel-Verfolgbarkeit des nicht mehrfach verfolgbaren Täters herrschte. Ein solches Verbot brächte dreierlei Werte zum Ausdruck, die alle in einem gemeinsamen Europa umgesetzt sein wollen:

- Zum ersten wäre es Ausdruck der radikalen gegenseitigen Anerkennung der europäischen Staaten, die nicht missionarisch das eigene Recht auf fremden Hoheitsgebiet zur Anwendung bringen wollen, sondern die strafrechtlichen Wertentscheidungen der anderen Mitgliedstaaten, Handlungen schwerer, milder oder gar nicht zu pönalisieren, akzeptieren.
- Zum zweiten fände sich die emphatische menschenrechtliche Schutzfunktion des Grundsatzes ne bis in idem umfassend verwirklicht, weil der Beschuldigte nicht mit divergierenden Geboten oder Verboten oder Erlaubnissätzen unterschiedlichster, westfälischer Souveräne konfrontiert wäre.
- Zum dritten wäre auch die Effizienz der Strafverfolgung sichergestellt, weil die Strafverfolgungsorgane der Mitgliedsstaaten guten Gewissens zusammenarbeiten könnten.

Man mag skeptisch sein, ob diese Vision eines europäischen Strafrechtsraums sich gegenseitig anerkennender Strafrechtsordnungen Wirklichkeit werden kann. Trotzdem sei diese

---

80 Vgl. hierzu und zum Folgenden *Eser*, in: Schönke/Schröder, (Fn. 7), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 52 ff.

81 Vgl. *Eser* (Fn. 22), S. 64. 524.

Vision hier dem Jubilar in dem Wissen verehrt, dass er sich über Jahre und Jahrzehnte für den Aufbau eines Europas der Bürger und – wenn auch nicht terminologisch, so doch ideologisch – für den Abbau westfälischer Vorurteile im internationalen Recht eingesetzt hat.

VÖLKERSTRAFRECHT

/

SUPRANATIONAL CRIMINAL JUSTICE

ALBIN ESER

TOWARDS AN INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*

GENESIS AND MAIN FEATURES OF THE ROME STATUTE

POLITICAL STARTING POINT

The States Parties to this Statute, [...]

> *Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation,*
>
> *Determined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes, .*

Have agreed as follows:

> Art 1: An International Criminal Court ('the Court') is hereby established.

Thus reads the Preamble and first sentence of the Rome Statute of the International Criminal Court as adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on 17 July 1998, in Rome.[1] Admittedly, the adoption of the Statute is a little like the conception of a child who must remain in the womb until, finally, the agreed upon Court is actually established at The Hague (art 3 para 1).

Nonetheless, even before the hopefully successful birth takes place, this act of conception is a spectacular event in more ways than one:

- First, since the foundation of the United Nations, probably no other single institution has been established that could have, in the long run, a greater influence on national sovereignty than the International Criminal Court. Thus, the Court represents a very exciting step in the evolution of public international law.
- Second, from a political perspective, it is one of the first serious steps, worldwide, to show dictators and other (criminal) holders of high office that they are not immune from criminal prosecution.
- Third, from a criminal law perspective, this event should not be underestimated, as the creation of a Statute, applicable across national boundaries and to various legal cultures, presents both criminal law theoreticians as well as legal practitioners with the

---

* Originalbeitrag erschienen in: University of Tasmania Law Review 20 (2001), S. [1]-28.

1 The Rome Statute of the International Criminal Court of 17 July 1998 appears in the original English and French, as well as in German, in Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH- Statutgesetz), Bundesdruckerei. The Statute, along with the subsequent corrections of 10 November 1998 and 12 July 1999, as well as the 'Elements of Crime' (PCNICC/2000/INF/3/Add 1) and the 'Rules of Evidence and Procedure' (PCNICC/2000/INF/3/Add 2) adopted by the Preparatory Commission on 30 June 2000, were published in French, English and Spanish in (1/2/2000) 71 Revue Internationale de Droit Pénal.

challenge of developing principles and rules that are acceptable to the world community.

As if these aspects were not in and of themselves sufficient, I shall add two additional personal motives for devoting my contribution to the planned International Criminal Court:

- on the one hand, my own involvement in this development, including cooperation on various memoranda to the draft[2] (which ultimately became the Statute) and the honour of participating in a portion of the Rome Conference as a member of the German delegation,[3]
- on the other hand, my conviction that the idea of the International Criminal Court continues to need public support in order for the Court to be ratified by as many States as possible.

FROM NUREMBERG VIA THE HAGUE TO ROME

FORERUNNERS

Should the above heading be read to imply that the road to a permanent international criminal court did not begin until after World War II, this impression would not be completely correct. For although its importance should not be underestimated, the International Mili-

---

2 See the Siracusa/Freiburg drafts, proposed as alternatives to the International Law Commission ('ILC') drafts by an independent group of experts in cooperation with the Association Internationale de Droit Pénal ('AIDP'), the Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali ('ISISC') in Siracusa and the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg (see in particular Draft Statute for an International Criminal Court. Alternative to the ILC-Draft, Siracusa/Freiburg, July 1995; see also the unpublished Freiburg Draft of Februuy 1996, proposed by a working group composed of A. Eser, D. Koenig, O. Lagodny and O. Triffterer, whereby the recommendations of this draft were incorporated into an amendment of the 1991 ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (printed as an annex in *O. Triffterer*, 'Acts of Violence and International Criminal Law' (1997) 4 Croatian Annual of Criminal Law and Practice 872-81); see also the 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications (Updated Siracusa Draft) prepared by a committee of experts, submitted by AIDP et al, Siracusa/Freiburg/Chicago, 15 March 1996). With regard to these developments, see *Ch. Nill-Theobald*, 'Anmerkungen über die Schaffung eines Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs' (1996) 108 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft ('ZStW') 230; *K. Ambos*, Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch' (1996) Zeitschrift für Rechtspolitik ('ZRP') 263 (with a comparison of the Siracusa/Freiburg alternative proposals to the ICTY and ICTR Statutes and the 1994 ILC draft); *H.-H. Jescheck*, 'Zum Stand der Arbeiten der Vereinten Nationen für die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs' in A. Eser (ed), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag (1998) 437, 440; *H. Ahlbrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert (1999) 345 ff.

3 Just prior to the Rome Conference, in May 1998, an International Workshop on the Role of the Prosecutor of a Permanent International Criminal Court, organised by the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in cooperation with the Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunal ('ICTY' and 'ICTR'), was held in Freiburg. The proceedings of this conference are published in L. Arbour, A. Eser, K. Ambos and A. Sanders (eds), The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court (1998) (the 'Freiburg Declaration on the Position of the Prosecutor of a Permanent International Criminal Court', introduced at the Rome Conference, can be found at 667-9). On this point, see also text accompanying below n 50.

tary Tribunal at Nuremberg[4] was by no means the first step in the formation of a kind of supranational criminal court for certain crimes. Rather, the roots of this development may, apparently, be traced to the threshold of the 16th century, to the small town of Breisach situated on the border between France and what was then Habsburg.[5] Even if it appears to be a stretch of the imagination to compare a trans-border court of that time, dealing with certain war crimes, with a modern International Criminal Court, we should at least be aware of the fact that the idea of establishing a court that can be relied upon at an international level when national justice fails is not an invention of the 20th century, but rather dates back at least to the second half of the 19th century when the Swiss Gustave Moynier, then president of the International Red Cross, came forward with his suggestion of an international criminal court in response to the barbarity of the Franco-Prussian War of 1870-71.[6]

Whereas Moynier's suggestion still was a private initiative, by the end of World War I the idea of an international court enjoyed such international recognition in the political arena that the Peace Treaty of Versailles anticipated the trial of the former German Kaiser 'for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties' before an ad hoc international criminal court.[7] This act of public international law was doomed to failure, however, as the Netherlands, where Wilhelm II had gone into exile, was not willing to extradite him.[8]

The International Military Tribunals at Nuremberg and Tokyo

Despite – or perhaps even on account of – the failure of earlier attempts, efforts to establish an international criminal court continued at both the private and the political level. The first achievement – from a public international law perspective, at least – can be seen in the Convention for the Creation of an International Criminal Court, whose jurisdiction was to be confined to crimes created by the Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism,[9] both of which were opened for signature in 1937. This effort was ultimately unsuccessful, however, due to the intervening Italo-Ethiopian war.

The decisive step from mere resolutions to an actual court was taken, finally, in August 1945, with the establishment of the International Military Tribunal ('IMT') at Nuremberg, where high-ranking war criminals from the European Axis powers were prosecuted and punished).[10] The comparable Tokyo-based International Military Tribunal for the Far East

---

4 See text accompanying below n 10.

5 For more on the proceedings that were begun in 1474 against Landvogt Peter von Hagenbach before an ad hoc tribunal of 28 judges from allied towns and that ended with his execution, see *G. Schwarzenberger*, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Vol II: The Law of Armed Conflict (1968) 462 ff.

6 *U. Fastenrath*, 'Der Internationale Strafgerichtshof' (1999) Juristische Schulung ('JuS') 632, 632.

7 For more on this point, see *H.-H. Jescheck*, Die Veranwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht (1952) 41 ff.

8 See *D. von Selle*, Prolog zu Nürnberg – 'Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse vor dem Reichsgericht' (1997) 19 Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte ('ZNR') 193; *Ahlbrecht*, above n 2, 36 ff.

9 League of Nations DOC C 546 (I). 1937 V (1938), reprinted in *M. C. Bassiouni*, International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions (1997) 791-810. For more on this point, see *Jescheck*, above n 7,117 ff. *Ahlbrecht*, ibid 57 ff.

10 Charter of the International Military Tribunal, 8 August 1945, 59 Stat 1544, 824 UNTS 279, 3 Bevans 1238, reprinted in *Bassiouni*, ibid 183-6. For an in-depth discussion of the foundations

('IMTFE') was established in January 1946.[11] Thus, it is not incorrect to characterise Nuremberg as the starting point of a real international court; after all, the IMT did not exist solely as a mere political ideal or theoretical draft, but it actually entered into force and was successful, in that war criminals were tried and some even sentenced to death and executed. Although as a German I hesitate to do so, I must point out that the Nuremberg and Tokyo Tribunals were not convened by the entire world community, but rather were established by the victors of the Second World War; this has resulted in references in some quarters to 'victors' justice' and has led some to question the Tribunals' impartiality.[12]

The Ad Hoc Tribunals for Yugoslavia and Rwanda

Whereas I do not share the aforementioned objections to the Nuremberg Tribunal and, indeed, consider the Tribunal the first real breakthrough towards international responsibility for international crimes, safer ground was not reached until additional efforts at the UN level[13] led to the establishment in 1993 of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia ('ICTY')[14] sitting in The Hague (Netherlands) and in 1994 of the International Criminal Tribunal for Rwanda ('ICTR')[15] sitting in Arusha (Tanzania).[16] The legiti-

---

and proceedings of the Nuremberg IMT, see *Jescheck*, ibid 140 ff. For an assessment from a contemporary perspective, see, eg, *Ahlbrecht*, ibid 59 ff; *M. C. Bassiouni*, 'Das „Vermächtnis von Nürnberg": eine historische Bewertung fünfzig Jahre danach' in G Hankel and G Stuby (eds), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen (1995) 15, 15 ff. and 29 ff.

11 The Charter of the International Military Tribunal for the Far East, 19 January 1946 and 26 April 1946, TIAS No 1589, 4 Bevans 20, reprinted in *Bassiouni*, International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions, above n 9,196-9, can also be found at *Ahlbrecht*, ibid 407-10 with more information at 103 ff. For a contemporary assessment of the IMTFE, see *B. V. A. Wiling and A. Cassese*, The Tokyo Trial and Beyond. Reflections of a Peacemaker (1993).

12 See *G. Werle*, 'Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht' (1997) 109 ZStW 808, 811 ff.

13 For more on this point, see *B. Graefrath*, 'Verhandlungen der UN-Völkerrechtskommission zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs' (1992) 104 ZStW 191; *F. Rigaux* 'Internationale Tribunale nach den Nürnberger Prozessen' in Hankel and Stuby, above n 10, 142; *Ahlbrecht*, above n 2, 336 ff.

14 The Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, SC Res 827 (25 May 1993), *Bassiouni*, International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions, above n 9, 251-7, and the German law of 10 April 1995 regulating cooperation with the International Tribunal for the former Yugoslavia (Yugoslavian Tribunal Law), appear in both English and German in *W. Schomburg and O. Lagodny*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (3rd ed, 1998) 1175. For an in-depth discussion, see *Ahlbrecht*, ibid s 232 ff. For a contemporary historical perspective, see *M. C. Bassiouni* and *P. Manikas*, The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (1996).

15 The Statute of the International Tribunal for Rwanda, SC Res 955 (8 November 1994), *Bassiouni*, International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions, ibid 258-64, as well as the German law of 1998 regulating cooperation with the International Tribunal for Rwanda (Rwanda Tribunal Law), appear in both English and German in *Schomburg* and *Lagodny*, ibid 1207. For an in-depth discussion, see *Ahlbrecht*, ibid 302 ff.

16 On the origins of these tribunals; see *V. Morris* and *M. P. Scharf*, An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. A Documentary History and Analysis (1995) vol 1, in particular at 17 ff; *C. Hollweg*, 'Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt' (1993) Juristen Zeitung ('JZ'), 980; *Ch. Tomuschat*, 'Sankionen durch Internationale Strafgerichtshöfe' (1994) II(1) Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages Münster 1994, Q53, 54ff; *O. Triffterer*, 'Von „Nürnberg" zu einem Internationalen Ge-

macy of these tribunals has a much broader basis, as they were established by the United Nations Security Council and are not merely creations of possibly biased military victors, but rather of the international community as a whole.[17]

However, since these tribunals – both for Yugoslavia as well as for Rwanda – are no more than ad hoc tribunals whose existence depends upon specific historical and political situations and whose jurisdiction is correspondingly limited, they lack permanence, both in theory and in practice.[18] For although there is still a great deal of work to be done and in light of the numerous offences yet to be investigated and prosecuted they might indeed strive for 'eternity', they are dependent on financial support that must be renewed regularly, and thus their continued existence is perpetually uncertain.

The Rome Resolution for a Permanent International Criminal Court ('ICC')

In order, among other things, to put an end to this uncertainty and to create a less arbitrary and more structured foundation, the limited competencies and resources of the ad hoc tribunals gave new impetus to the efforts to establish a permanent International Criminal Court; these efforts bore fruit at the Rome Diplomatic Conference in 1998.[19]

Although quite a bit could be said about the starting points, the agenda and the various participants – both on stage as well as behind the scenes – I shall limit myself to three general observations:

- First, the final results of the conference, including the Rome Statute, clearly illustrate the importance of the support from academics[20] and non-governmental organisations[21]

---

richtshof zur Verfolgung der Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien' in H. Neisser (ed), Menschenrechte als politischer Auftrag (1993) 61, 110 ff; *O. Triffterer*, 'Universeller Menschenrechtsschutz auch durch das Völkerstrafrecht? Von Nürnberg zum Internationalen „Jugoslawien-Tribunal"' in Den Haag, (1995) 46 Politische Studien 32, 44ff; *B. Graefrath*, 'Jugoslawien und die internationale Strafgerichtsbarkeit' in Hankel and Stuby (eds), above n 10, 295.

17 See *Hollweg*, ibid 981 ff, 988.

18 See also *Graefrath*, 'Jugoslawien und die internationale Strafgerichtsbarket', above n 16, 315; *H.-H. Jescheck*, 'Der Internationale Strafgerichtshof: Vorgeschichte, Entwurfsarbeiten, Statut' in G. Bauman and D. Spinals (eds), Strafrecht – Fréiheit –Rechtstaat. Festschrift für G.A. Mangakis (1999) 483, 489 ff.

19 From the burgeoning literature concerning the origins of the Rome Conference, see, eg, *Jescheck*, ibid; *Ahlbrecht*, above n 2, 343 ff; *R. S. Lee*, 'Introduction' in R. S. Lee (ed), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute (1999) 1; *R. S. Lee*, 'Creating an International Criminal Court – of Procedures and Compromises' in H. A. M. von Hebel et al (eds), Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adrisan Bar (1999) 141; *U. Leanza*, 'The Rome Conference on the Establishment of an International Criminal Court' in F. Lattanzi and W. A. Schabas (eds), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999) vol I, 7.

20 See, eg, the references in above nn 2-3. See also, *M. C. Bassiouni* (ed), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1993); *Ahlbrecht*, ibid 335 ff.

21 See *W. R. Pace* and *M. Thieroff*, 'Participation of Non-Governmental Organisations' in Lee (ed), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, above n 19, 391; *Ahlbrecht*, ibid 348 ff.

during the preparatory phase and of their influence in the realisation of international goals of such complexity and political import.[22]

- Second, with regard to the power play between States seriously interested in an international criminal court and those openly or covertly trying to prevent it, the Rome Conference has proved that 'where there's a will, there's a way'. In this case it was, above all, the determination of a coalition of so-called 'like-minded States', including both Australia and Germany, that carried the day with a total of 120 positive votes from around 160 participating countries. The United States, in the opposition, found itself on the losing side in a rather unusual coalition with, among others, the People's Republic of China and Iraq.
- Third, the Rome Conference has confirmed that the establishment of an ICC requires confrontation with and solution of three decisive issues:
    - the selection and definition of crimes over which the ICC should have jurisdiction;
    - the relationship between international and national criminal justice, which is crucial in that it is the responsibility of national authorities to cooperate with the ICC, particularly where the transfer of a suspect or procurement of evidence is concerned; and
    - the degree of independence conceded to the Court and its prosecuting authorities by the United Nations and its organs, as well as by national authorities and, not unimportantly, the degree of protection afforded against other external influences.

Admittedly, this list of controversial points does not mean that other issues did not deserve more attention, such as the general requirements of criminal responsibility that – although visibly improved in comparison to earlier drafts – still evince deplorable deficits.[23] But whenever national sovereignty appears to be endangered and the debates are dominated by representatives of public international law, it is not unusual for genuine questions of criminal law to lose out to power games with political implications.[24]

---

22 An exhaustive survey of the efforts toward international criminal jurisdiction undertaken since World War I on the political (both governmental and non- governmental) level and in academia is offered by *M. C. Bassiouni*, 'Historical Survey. 1919-1998' in M. C. Bassiouni (ed), The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History (1998) 1.

23 For example, see my commentary on art 31 in O. Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999) and on arts 25, 30 and 32 in A. Cassese (ed), The Rome Statute for an International Criminal Court. A Commentary (in print), which offers a wealth of material on this point.

24 The tremendous diversity in the various fundamental positions is stunningly apparent from the compilation of the drafts that were prepared by the International Law Commission and the Preparatory Committee prior to the Rome Statute and that served as a basis for the Statute see *Bassiouni*, The Statute of the International Criminal Court, above n 22, 115-793. Additional details regarding the 'battle of opinions' prior to, as well as during, the Rome Conference can be found in the publications listed above n 19.

An Overview of the Rome Statute

A discussion of the Rome Statute in all its dimensions cannot be attempted here.[25] Faced with a choice between a comprehensive approach that of necessity could be nothing other than superficial and an approach in which the focus is on a few, fundamental issues, I decided on the latter. At this point, however, presentation of at least a basic outline of the Rome Statute would be useful.

The Statute consists of a Preamble, in which the threat posed by international crimes and the determination to fight this threat is expressed impressively, and 13 parts composed of 128 articles:

- Part 1: Establishment of the Court (arts 1-4),
- Part 2: Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law (arts 5-21),
- Part 3: General Principles of Criminal Law (arts 22-33),
- Part 4: Composition and Administration of the Court (arts 34-52),
- Part 5: Investigation and Prosecution (arts 53-61),
- Part 6: The Trial (arts 62-76),
- Part 7: Penalties (arts 77-80),
- Part 8: Appeal and Revision (arts 81-5),
- Part 9: International Cooperation and Judicial Assistance (arts 86-102),
- Part 10: Enforcement (arts 103-11),
- Part 11: Assembly of States' Parties (art 112),
- Part 12: Financing (arts 113-8),
- Part 13: Final Clauses (arts 119-28).

Foundations and Limits of the International Criminal Court's Jurisdiction

As indicated by the title of Part 2 of the Rome Statute, 'Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law', the foundations and limits of the jurisdiction of the International Criminal Court result from a mix of substantive and procedural grounds: namely, from a list of crimes that are within the jurisdiction of the Court (A); and from certain procedural preconditions (B); and only if and insofar as the elements of these two grounds are satisfied does the Court have jurisdiction (C).

---

[25] See, eg, the overview in *Ahlbrecht*, above n 2, 360. See also *K. Ambos*, Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts' (1999) 111 ZStW 176; *O. Triffterer*, 'Der Ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit in K. H. Gössel and O. Triffterer (ads), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf (1999) 493.

(A) Four Categories of International Crimes (Art 5)[26]

Common Features

Considering some of the quite far-reaching lists of international crimes that have been suggested over the past several decades as appropriate for the jurisdiction of an international criminal court,[27] the list actually adopted by the Rome Statute may seem to be quite short. Article 5 of the Statute names only four categories of crime: genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression.

This already rather limited selection of possible crimes is reduced still further in that the jurisdiction of the ICC is restricted to 'the most serious crimes of concern to the international community as a whole' (art 5 pars 1 sen 1), whereby the 'admissibility' of a case will also be denied if '[t]he case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court' (art 17 para 1(d)).[28] This means that, even if an act in the sense of one of the aforementioned crimes was committed, it must still be ascertained whether the international community as a whole was so gravely affected as to justify prosecution by the ICC. With this general requirement in mind, the following can be said about the individual crimes.

Genocide (Art 6)

Genocide can be characterised by three primary elements:

- by the object of legal protection, in that national, ethnic, racial or religious groups, as such, should be protected from complete or partial destruction;
- by the specific acts constituting the offence, whereby in addition to the 'classical' forms of genocide, such as killing or serious bodily or mental harm or the infliction of intolerable conditions of life upon members of the group, 'modern' forms of eradication have been added, such as the prevention of births or the forcible transfer of children of the group to another group; and
- by the required intent to destroy, in whole or in part, such a group.

Crimes Against Humanity (Art 7)

For this category of crime there are two required elements:

- On the one hand, one of eleven acts constituting the offence named in the Statute must be committed, whereby in addition to 'classical' atrocities such as murder, enslavement and torture, the following acts have been added in reaction to so-called ethnic cleansing and attempts by dictators to maintain their regimes: enforced disappearances of persons, the crime of apartheid as well as forced pregnancy or forced sterilization. In addition, the scope of this article is significantly expanded in that a kind of catch-all

---

26 On the general historical development of this 'Special Part' of the ICC Statute, see *H. von Hebel* and *D. Robinson*, `Crimes within the Jurisdiction of the Court' in Lee (ed), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, above n 19, 79; *O. Triffterer*, `Der Ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit', ibid 507 ff.

27 Possible `international crimes' have been compiled in *M. Ch. Bassiouni*, International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815-1961 (1986); *M. Ch. Bassiouni*, International Criminal Law: Crimes (1986).

28 On this point, see also heading 'Sufficient "Gravity" as a Prerequisite of Admissibility (Art 17 para 1(d)) ' below.

clause – (art 7 para I (k)) allows for its application to '[o]ther inhumane acts of a similar character', and as a result the specificity of this category has been questioned.

- On the other hand, a certain degree of narrowing is achieved in that the aforementioned acts must be committed 'as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack' (art 7 para 1). However, the question arises as to the extent to which the 'small soldier' participating in an act constituting the offence must know of the overall plan or if the knowledge requirement applies solely to high-ranking military officials or other 'policy makers'. This issue has not yet been completely resolved,[29] although it seems to me to be sufficient if the individual offender knows that he is involved in an inhumane policy even if he or she is not privy to details concerning the extent and structure of the overall plan.

War Crimes (Art 8)

This category of crime is also characterised by the combination of a general feature with certain acts constituting the offence.

- First of all, acts constituting the offence are defined as '[g]rave breaches of the Geneva Convention' of 1949 (art 8 para 2(a)), such as willful killing, inhuman treatment (including biological experiments) and the taking of hostages. This specification is generally expanded to include '[o]ther grave violations' of the law and customs applicable in international armed conflict (art 8 para 2 (b-f)), so that a total of approximately 50 different acts may constitute a war crime. Some of these acts may, however, overlap with crimes against humanity (art 7), such as, for example, rape, sexual slavery and enforced prostitution, and the Statute does not indicate how to proceed in such cases.

- This substantively broad scope of application appears to be subject to certain limitations, however, in that the jurisdiction of the ICC in respect of war crimes applies 'in particular' when these are 'committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes' (art 8 para 1). Admittedly, the extent to which this restriction is compulsory is uncertain. It would certainly be compulsory if, as advocated by the USA, the jurisdiction of the ICC had been limited to the aforementioned general clause 'only'. Since, however, instead of the term 'only' the phrase 'in particular' is used,[30] the jurisdiction of the Court may exceed the expressly mentioned policy goals or 'large scale commission' and may include other cases as well, such as, for example, the total destruction in a single action of an undefended village, even if no overall plan behind the attack can be proved.

- Furthermore, as far as war crimes are concerned, a transitional provision (art 124) must be mentioned, according to which a State Party can refuse to accept the jurisdiction of the ICC for a period of seven years following entry of the Statute into force when a war crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory. Since this 'opt-out' clause, whose adoption into the Statute is due primarily to the efforts of France,[31] leads to a weakening of international criminal jurisdiction that can only be explained in terms of national interests, one can only hope that no country will muster

---

29 See *R. Dixon*, art 7 margin no 15 in Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute oft he International Criminal Court, above n 23; *von Hebel* and *Robinson*, above n 26, 95 ff.

30 See von *Hebel* and *Robinson*, ibid 106 ff.

31 See *A. Zimmermann*, art 24 margin no 1 in Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, above n 23.

the political-moral courage necessary to shirk in this way its international responsibility for war crimes.

Aggression (Art 5 Para 1(d), Para 2)

This category of crime – like war crimes – is yet another example of how difficult it is for some countries to expose themselves to the jurisdiction of the ICC. For although the crime of aggression is subject to the jurisdiction of the Court (art 5 para 1(d)), the negotiators in Rome were unable to agree upon a definition of 'aggression'.[32] Thus, the exercise of jurisdiction by the ICC in this regard is delayed until, in an amendment procedure provided for in arts 121 and 123, the crime of aggression is defined and additional conditions for the exercise of jurisdiction are established (art 5 para 2). When this will take place or if, in fact, it will ever take place, cannot be said at this time.

(B) Procedural Prerequisites for the Exercise of Jurisdiction (Arts 12-20)

The presumption that one of the aforementioned crimes has been committed is a necessary but not a sufficient condition for the jurisdiction of the ICC. Jurisdiction can be established only if, on the one hand, additional conditions are satisfied and, on the other hand, certain grounds for denial are negated. In this context, three primary kinds of positive and negative grounds for admissibility can be identified:

'Nexus'

The requirement discussed here is perhaps most easily explained by means of comparison to the expansion of national criminal law to offences committed on foreign territory.[33] If one assumes that the exercise of state power – including supreme judicial power – is basically limited to one's own territory ('territoriality principle'), the application of national criminal law to offences committed beyond the borders requires a special justification, namely, a so-called 'nexus'. This can be found in the nationality of the offender ('active personality principle') or of the victim ('passive personality principle'), or it can be located in the interests of the state seeking to exercise jurisdiction ('real' or 'protective principle') or in certain legal interests that are deserving of international protection ('universality principle'). Depending on the circumstances, the 'representational principle' may be a possibility, especially in cases in which the state where the offence was committed is unable to prosecute and/or leaves prosecution up to the criminal justice system of the place of arrest. Whereas a comparison of the various national justice systems reveals that the aforementioned principles are invoked more or less frequently for the exercise of jurisdiction over extra-territorial offences, the 'universality principle' appears to be the first and obvious choice for the jurisdiction of an international criminal court. Thus, the ICC must have jurisdiction whenever one of the crimes named in the Statute has been committed, and indeed regardless of where the crime was committed or of the nationality of the offender or the victim. An exception from this would appear to be conceivable only with regard to the territory of states that are not parties to the Statute, although it could be argued that in cases

---

32 For more on this point, see *A. Zimmermann*, art 5 margin nos 17ff. in Triffterer (ed), ibid.

33 On the need to differentiate between the different levels of conflicting national criminal laws, international (procedural) cooperation and supranational criminal jurisdiction, see generally *A. Eser*, 'Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases' in E. M. Wise (ed), Criminal Science in a Global Society: Essays in Honor of Gerhard O. W. Mueller (1994) 3.

involving crimes that are 'of concern to the international community as a whole' according to art 5 para 1, the jurisdiction of the International Criminal Court may not be denied by any nation-state. The adoption of this solution, the only consistent application of the universality principle, was thwarted, however, by the national self-interest of many countries concerned that it would compromise their sovereignty. Thus, in the Rome Statute, international criminal jurisdiction depends – apart from the assumption that one of the listed international crimes has been committed – upon an additional nexus. Employing a rather opaque statutory technique, the Statute provides for the following cases.[34]

(a) where the United Nations Security Council refers a 'situation' in which one of the international crimes may have been committed to the Prosecutor of the ICC (art 13(b));

(b) where such a situation is referred to the Prosecutor by a State Party (art 13(a)); and

(c) where the Prosecutor herself has initiated an investigation and the investigation has been authorised by the Pre-Trial Chamber (art 13(a), art 15 para 4);

(d) whereby in groups (b) and (c) it is also necessary that either:

- the state on whose territory the conduct in question occurred is a Party to the Statute (art 12 para 2 (a)) (reminiscent of the 'territoriality principle');
- or the person accused of the crime is a national of a State Party (art 12 para 2 (b)): (reminiscent of the 'active personality principle').

As if this were not complex enough, the aforementioned membership requirement can be waived on the basis of a so-called 'opt-in' clause if a non-Party State on whose territory the conduct in question occurred or whose nationality the suspect holds recognises the jurisdiction of the ICC for the crime in question (art 12 para 3).

Sufficient 'Gravity' as a Prerequisite of Admissibility (Art 17 para 1(d))

Even if it is not a genuine prerequisite of admissibility, a limit on the jurisdiction of the International Criminal Court can also be found in the fact that the ICC must declare a case 'inadmissible' if it 'is not of sufficient gravity to justify further action by the Court' because it does not involve 'most serious crimes of concern to the international community as a whole' (art 17 para 1(d) in combination with Preamble para 10 and art 1 sen 2).

(C) Résumé of the Fundamental Prerequisites of International Criminal Jurisdiction

If we disregard additional restrictions that may arise from the primacy of national criminal justice[35] and from the principle of 'ne bis in idem' (art 20), the intervention of the ICC depends on the following conditions:

1. A crime listed in art 5 must be suspected;
2. The case must be sufficiently grave to justify investigation and prosecution by the ICC (art 17 para 1(d));

---

34 For more on the various 'trigger mechanisms' with which the jurisdiction of the ICC can be established or denied, see *F. Lattanzi*, 'The Rome Statute and State Sovereignty. ICC Competence, jurisdictional Links, Trigger Mechanism' in Lattanzi and Schabas (eds), above n 19, 51.

35 See heading 'Complementarity of National and International Criminal Jurisdiction' below.

3. Either the state where the conduct in question occurred or the state of which the accused is a national must be a State Party (art 12 para 2); if this is not the case, the non-Party State can use the 'opt-in' clause of art 12 para 3 to recognise the jurisdiction of the ICC over the crime in question.

If the aforementioned prerequisites are satisfied, even a national of a non-Party State, can be subject to the jurisdiction of the ICC, for example, in the case of a soldier of a non-Party State who commits a crime against humanity on the territory of a State Party. Moreover, the membership of the state where the conduct in question occurred, as well as the nationality of the accused, are irrelevant if the United Nations Security Council has referred a possibly criminal action to the Prosecutor of the ICC (art 13(b)).[36] Hence, US citizens, in particular, could be subject to the jurisdiction of the ICC even if the USA does not ratify the Rome Statute. Fear of this scenario could explain why the USA, even though it voted against the adoption of the ICC Statute, worked diligently on the Preparatory Commission (which is responsible for the drafting of rules and which I will come back to later),[37] and at the very last moment – namely on 31 December 2000 (art 125 para 1) – signed the Statute. In so doing, the USA secured itself the right to participate in the drafting of additional Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence.[38]

THE RELATIONSHIP OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT TO NATIONAL CRIMINAL JUSTICE AND TO THE UNITED NATIONS

Complementarity of National and International Criminal Jurisdiction[39]

In order to understand what is meant by 'complementarity' of international and national criminal jurisdiction as mentioned in the Preamble (para 10), it is useful to first examine the status of the previous international tribunals.[40]

It was characteristic of the International Military Tribunals of Nuremberg and Tokyo that they enjoyed – in practice if not in theory – exclusive criminal authority in relation to national criminal justice. Each tribunal was located in the country of nationality of most of those facing trial before it; similarly, foreign states where crimes were committed, themselves quasi victims of war crimes, understandably had no objections to an international criminal institution taking on the burden of prosecution. In this way the International Military Tribunals, as a rule, had direct access both to the accused as well as to potential evi-

---

36 See heading 'Nexus' above.

37 See heading 'Next Steps' below.

38 On the controversial position of the United States with regard to an International Criminal Court, see the symposium issue 'The United States and the International Criminal Court' (2001) 64 Law and Contemporary Problems, with occasionally contradictory opinions.

39 See generally *A. Eser*, 'National Jurisdiction over Extraterritorial Crimes within International Complementarity' in L. Ch. Vohrah et al (eds), Man's Inhumanity to Man – Essays in Honour of Antonio Cassese (forthcoming); see also *Werle*, 'Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht', above n 12, 832 ff.

40 See generally *P. Benvenuti*, 'Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions' in Lattanzi and Schabas (eds), above n 19, 21.

dence.[41] Thus, the IMTs can be seen as examples of a 'direct enforcement model', a term most likely attributable to Bassiouni.[42]

In comparison, the authority of the ad hoc Tribunals for Yugoslavia and Rwanda is not quite so extensive. Admittedly, their jurisdiction retains 'primacy over national courts', with the result that the ICTY can request transfer of a case at any stage of the procedure (art 9 para 2 ICTY Statute). Nevertheless, this primacy is not exclusive since on the basis of express concurrent jurisdiction national courts retain the right to prosecute international crimes as long as the ICTY has not taken over the case (art 9 para 1 ICTY Statute).[43]

Clearly, questions concerning priority are of essential importance for the sovereignty of nation states. Thus, a power struggle prior to the Rome Conference regarding exactly this point was unavoidable and, indeed, could have caused the efforts to establish an International Criminal Court to fail entirely. The solution came, finally, with the recognition of the so-called complementarity of international and national criminal jurisdiction (Preamble para 10, art 1 sen 2).[44] The following principles can be drawn from this 'magic word':

(a) Even if the Rome Statute accords neither side absolute 'primacy' or 'priority' over the other, national criminal authorities are, in essence, accorded a kind of conditional priority; for if and as long as a nation state that has jurisdiction is investigating or prosecuting an international crime or has issued a final judgment, prosecution by the ICC is 'inadmissible'[45] (art 17 para 1 (a)-(c), art 20).

(b) A limit is placed on this national precedence, however, if the competent national authorities are 'unwilling or unable' genuinely to carry out the investigation or prosecution of an international crime (art 17 para 1 (a) and (b)), whereby unwillingness to prosecute can be presumed if, among other things, national criminal proceedings are conducted in such a way as to shield the accused from an effective prosecution (see art 17 para 2, art 20 para 3).

(c) In a case where both national and international courts assert jurisdiction, the final word depends on which of these courts is accorded the so-called Kompetenz-Kompetenz. If, for example, a national court were allowed to judge its own ability or willingness to conduct proceedings, the ICC would be at the mercy of the good or evil will of the national authorities. On the other hand, if the ICC were allowed to determine whether a national court is unable or unwilling to prosecute an international crime, the ICC would have the last word in disputes over jurisdiction. Since the Rome Statute puts the power to determine the inability of a national court in the hands of the

---

41 See *Benvenuti*, ibid 23 ff.

42 See *M. C. Bassiouni*, International Criminal Law. A Draft International Criminal Code (1980) 107 ff – in contrast to an 'indirect enforcement model' in which international criminal law is enforced by national courts. On this point, see also *Triffterer*, Der Ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit', above n 25, 515 ff; *Triffterer* (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, above n 23, Part 1 margin no 49.

43 See *Graefrath*, 'Jugoslawien und die internationale Strafgerichtsbarkeit', above n 16, 297 ff; *Benvenuti*, above n 40, 32 ff; *Triffterer*, 'Der Ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit, above n 25, 519 ff.

44 See *Triffterer*, ibid 527 ff; *Benvenuti*, ibid 38 ff., *J. T. Holmes*, 'The Principle of Complementarity' in Lee (ed), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, above n 19, 41.

45 Note that 'admissibility' refers to the need to satisfy certain procedural requisites before the ICC has jurisdiction.

ICC (art 17 para 3), it very much seems – contrary to current scepticism – as though, in the final analysis, the ICC has been accorded primacy despite the conditional priority enjoyed by national criminal jurisdiction.[46]

(d) Furthermore, the obligation of national jurisdictions to engage in international cooperation with the ICC, regulated relatively comprehensively in Part 9 of the Rome Statute (arts 86-102), should not be underestimated.[47]

The Role of the United Nations Security Council and of the Prosecutor[48]

Serious disputes concerning both of these roles took place both before and during the Rome Conference. Depending on whether the Prosecutor has the ex officio power to initiate criminal prosecution or whether the Prosecutor must first be authorised by the UN Security Council to start a prosecution, or whether the latter may even have the exclusive power to initiate criminal prosecution, a shift from objective justice to political influence takes place. If the right to initiate criminal prosecution were to lie solely in the hands of the Security Council, Members of the Council could, from the very beginning, shield their own nationals from prosecution by the ICC – thereby attaining an increase in international influence. In contrast, those interested in achieving the greatest possible degree of impartiality would have to support a strong and highly independent Prosecutor. In the end, the power struggle between these competing positions led to the following compromise:

- On the one hand, the Prosecutor is granted the right to initiate investigations on her own motion (art 13(c), art 15 paras 1 and 2); however, the decision to investigate is subject to judicial review by the Pre-Trial Chamber (art 15 paras 3-6).[49]
- On the other hand, the Security Council has the right to refer a 'situation' to the Prosecutor in which one or more international crimes appear to have been committed (art 13(b)) and thereby to cause the Prosecutor to take action. Even more incisive, however, because it ties the Prosecutor's hands, is the right of the Security Council to obtain a (renewable) 12-month deferment of investigation or prosecution (art 16). This could certainly be useful should world peace be endangered by the premature investigation of an unpredictable dictator; however, it also opens the door to the possibility of obstruction, in that members of the Security Council could use it to block investigations of their own nationals.
- The latter can also be applied to cases in which a State Party has exercised its right to refer criminal activity to the Prosecutor for the purpose of investigation (art 13(a)); in-

---

46 See *Holmes*, above n 40, 51 ff; *Sh. A. Williams*, art 17 margin no 31, in Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, above n 23. But see *A. Cassese*, 'The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections' (1999) 10 European Journal of International Law ('EJIL') 144, 159 ff; *Triffterer*, ibid 529 ff.

47 For more on this point, see *D. Rinoldi* and *N. Parisi*, 'International Co-operation and Judicial Assistance Between States Parties and the International Criminal Court' in Lattanzi and Schabas (eds), above n 19, 339.

48 *P. Gargiulo*, 'The Controversial Relationship Between the International Criminal Court and the Security Council' in Lattanzi and Schabas (eds), ibid 67; *L. Yee*, 'The International Criminal Court and the Security Council' in Lee (ed), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, above n 19, 143.

49 On this point, see generally *S. A. Fernandez de Gourmendi*, 'The Role of the International Prosecutor' in Lee (ed), ibid 175.

deed, art 16 allows the Security Council to intervene even in cases in which national criminal authorities – themselves perhaps unable to prosecute – seek the help of the ICC.

The importance of the division of power between the International Criminal Court – representing the world community – and the Security Council – representing only a few selected countries – can perhaps be inferred from the fact that, shortly before the Rome Conference, Judge Louise Arbour, at that time Chief Prosecutor of the International Tribunals for Yugoslavia and Rwanda, organised in cooperation with the Max Planck Institute an international workshop to discuss the role of the Prosecutor. As the co-organiser of this event, I was, of course, very pleased that the Rome Statute adopted the gist of quite a number of the recommendations included in the 'Freiburg Declaration on the Position of the Prosecutor of a Permanent International Criminal Court'.[50]

General Principles and Elements of Criminal Responsibility

The mere fact that the Rome Statute contains a separate section entitled 'General Principles of Criminal Law' (Part 3) is quite an achievement, as such a section is a novelty for an international tribunal. Earlier drafts of the International Law Commission, primarily developed by representatives of public international law,[51] included practically no rules of criminal law,[52] and the Statutes of the International Tribunals for Yugoslavia and Rwanda also contain only limited rules concerning individual criminal responsibility (arts 6, 7 ICTY and ICTR Statute). Even the International Law Commission's 1994 'Draft Statute for a Permanent International Criminal Court' comprised only a short art 33 dealing with 'Applicable Law'. In light of this, a group of criminal law experts felt that it was necessary to de velop an alternative draft, which they did in 1995 and 1996 at workshops in Siracusa and Freiburg. Many of the proposals contained in this draft, with its comparatively detailed regulations pertaining to substantive law,[53] found their way into the draft resolution of the Preparatory Committee of the Rome Conference. As a result, the ICC Statute boasts at least the basic, core requirements for criminal responsibility as well as grounds for excluding responsibility (arts 21-33). The following discussion of a few salient points is not meant to be comprehensive:[54]

---

50 On this point, see the documentation mentioned in above n 3, including the 'Freiburg Declaration' in English, French, Spanish and German, at 667 ff.

51 See *Ch. Tomuschat*, 'Die Arbeit der ILC im Bereich des materiellen Völkerrechts' in Hankel and Stuby (eds), above n 10, 270.

52 See *A. Eser*, 'The Need for a General Part' in Bassiouni (ed), Commentaries on the International Law Commission's: 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, above n 20, 43, *Nill-Theobald*, above n 2, 235 ff.

53 For details, see arts 33-1 to 33-18 *Updated Siracusa-Draft*, above n 2; *K. Ambos*, 'Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint' (1996) 7 EJIL 519, 529 ff; *Ambos*, 'Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch', above n 2, 268 ff.

54 For additional details, see – in addition to the relevant commentaries to arts 31 to 33 in Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, above n 23, and Cassese (ed), The Rome Statute for an International Criminal Court. A Commentary, above n 23 – the comprehensive contributions by *K. Arnbos*, 'General Principles of Criminal Law in the

Applicable Law (Art 21)

As the Rome Statute could not possibly be expected to address all aspects of criminal law, other norms must be relied upon in cases posing non-regulated issues. For this purpose, art 21 foresees the following hierarchy:

- In the first place, the Statute itself (including 'Elements of Crimes' that have yet to be adopted) is to be applied (para 1(a)).
- In the second place, the Court can fall back on the applicable treaties and the principles and rules of international law (para 1(b)).
- Should these kinds of primary sources be insufficient, general principles of law that the ICC has derived from the national laws of legal systems throughout the world may be applied, including the national laws of states that would normally exercise jurisdiction over the crime in question, providing, however, that these principles are not inconsistent with the Rome Statute and international law in general (para 1(c)).[55]
- In addition, the ICC may apply its own case law (para 2).
- Finally, in accordance with a so-called consistency test developed primarily by Canada, the application and interpretation of law must be consistent with internationally recognised human rights and must not be discriminatory (para 3). While the express mention of gender in this context was difficult for some countries to accept, it was nonetheless retained.[56]

Two aspects of this regulation are noteworthy:

- On the one hand, the possibility of referring to principles of national law in addition to the as yet meagre principles of international criminal law is a welcome development and the distillation of these principles represents a challenge for scholars of comparative criminal law.
- On the other hand, it is a pity that although the laws of the state of nationality of the accused may enjoy special consideration, consideration of the laws of the state of nationality of the victim – as proposed in the Updated Siracusa Draft (art 33 para 3) – is, apparently, not intended. This shows yet again that the role of the victim, neglected in other places in the Statute as well, is under-developed on the international level and needs to be improved.

Rome-Statute' (1999) 10 Criminal Law Form (CLF') 1, *Ambos*, 'Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statutes', above n 25, 184 ff. and C. Kreß 'Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs' (1999) 10 Humanitäres Völkerrecht 4. With regard to historical development, see *P. Saland*, 'International Criminal Law Principles' in Lee (ed), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, above n 19, 189. With regard to the relationship between these provisions and German law, see generally *G. Werle*, 'Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht' (2000) Juristen Zeitung ('JZ') 755, 759; *Jescheck*, 'Der Internationale Strafgerichtshof. Vorgeschichte, Entwurfsarbeiten, Statut, above n 18, 494 ff.

55 For an example of how this kind of a derivation of law could take place, based on the claim of duress as decided by the ICTY in the Erdemovic case, see C. Kreß, 'Zur Methode der Rechtsfindung im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts' (1999) 111 ZStW 597.

56 See *Saland*, above n 54, 213 ff.

Principle of Legality (Arts 22-4)

The principles of 'nullum crimen sine lege' (art 22), 'nulla poena sine lege' (art 23) and the principle of non-retroactivity as applied to persons (art 24) correspond to standards already recognised in most domestic laws; of special interest are the prohibition on extension by analogy, which is not found in all countries, and the requirement of narrow interpretation in favour of the accused, found, apparently, in only a few countries (art 22 para 2).

Individual Criminal Responsibility (Art 25)

This central provision was highly controversial, for obvious reasons, and it would be an exaggeration to describe the version adopted by the Statute as an unmitigated success.[57] Whoever is led by the heading of art 25 to expect a comprehensive regulation of all essential elements of criminal responsibility will be disappointed; in fact, only the following issues are regulated:

- The jurisdiction of the ICC extends only to natural persons (para 1); thus, by implication, the criminal responsibility of legal entities, although advocated by some countries, is not recognised by the Statute.[58]
- Although the regulations for the individual perpetrator lack detail, regulations concerning co-perpetration are comparatively comprehensive (para 3 (a)-(e)).
- Whereas the punishability of criminal attempts is addressed (para 3 (f)), crimes of omission are not expressly regulated; omission is not excluded completely, however, as various provisions of the Statute encompass conduct both in the sense of commission as well as in the sense of omission (eg, art 24 para 1).

Grounds for Excluding Criminal Responsibility

Article 31 bears this title, although grounds leading to the exclusion of criminal responsibility can also be found in various other articles.[59] The birth of art 31 was particularly difficult, as both the points of view regarding the necessity of an explicit regulation at all as well as regarding the goals and scope of such an article were extremely diverse.[60] The version that was finally adopted was proposed by Argentina. The most important aspects, in a nutshell, are as follows:

- As the Statute refers to 'grounds for excluding criminal responsibility' rather than to 'defenses', it was apparently modeled on continental European concepts.
- As the catalogue of grounds listed is not exclusive, grounds of justification and excuse from other legal areas may also be considered (art 31 para 3).

---

57 For more on this point, see *A. Eser*, 'Individual Criminal Responsibility' in Cassese (ed), The Rome Statute for an International Criminal Court. A Commentary, above n 23; for a general survey, see also *K. Ambos*, 'Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague' in G. K. MacDonald and O Swake-Goldman (eds), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law (2000) vol I, 5.

58 See *Saland*, above n 54, 199.

59 See *A. Eser*, art 31 margin nos 5 ff, in Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, above n 23.

60 For more on this point, see *Saland*, above n 54, 206 ff.

- Lack of culpability due to mental abnormality (art 31 para1(a)), intoxication (b), self defense (c) or duress (d) are simply listed one after the other with no further explanation: it is a pity that the Statute, unlike the laws of many countries, does not distinguish between justification and excuse.[61]
- This conceptual deficit may also explain why the regulations of the 'mental element' (art 30) and of mistake (art 32) are hardly satisfactory.[62]
- In contrast, the solution of the age question (proposed by Italy and Canada) can be described as elegant: by simply excluding persons under the age of 18 from the 'jurisdiction' of the ICC (art 26), the Statute succeeded in avoiding, to a great extent, the controversy surrounding the age at which criminal responsibility attaches (in some countries at age seven, in others not until age 21). This simple exclusion in the Statute does not affect the prerogative of national criminal justice systems to attach criminal responsibility when they see fit.[63]

Penalties (arts 77-80)

In this area, the following appears to be noteworthy:

- Since the main penalties foreseen by the Statute are imprisonment, fines and forfeiture (art 77), the death penalty is implicitly barred. However, this is true only for international criminal jurisdiction: penalties available under national law are unaffected by this provision, and the death penalty remains an option at the national level.[64]
- Although the Statute does not make provision for the payment of compensation by the offender to the victim, the establishment of a trust fund in the interest of victims has been suggested (art 79). However, the Assembly of States Parties has yet to determine how the Fund is to be managed.[65]

Competition between Common Law and Civil Law Procedures

An entire article would be necessary in order even to begin to address the procedural issues posed by international jurisdiction.[66] Instead, I will concentrate on a structural aspect that gave rise to continuous speculation during the events leading up to the Rome Conference; namely, would the procedures ultimately decided upon display more of the adversarial aspects of the common law or more of the inquisitorial aspects of continental European procedure. A final judgment on this point cannot yet be made, as Parts 5, 6 and 8 of the

---

61 For more on this point, see *A. Eser*, '"Defences" in War Crime Trials' in Y. Dinstein and M. Tabory (eds), War Crimes in International Law (1996) 251.

62 For more on this point, see *A. Eser*, 'Mental Elements – Mistake of Fact and Law' in Cassese (ed), The Rome Statute for an International Criminal Court. A Commentary, above n 23.

63 See *Saland*, above n 54, 200 ff.

64 For additional details, see *R. E Fife*, 'Penalties' in Lee (ed), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, above n 19, 319.

65 See *Ch. Muttukumaru*, 'Reparation to Victims' in Lee (ed), ibid 242.

66 A detailed overview of this issue is offered in Chapter 8 'International Criminal Law Procedures' in Lee (ed), ibid 217, whereas the essential principles and procedural steps are brought out by *Ambos*, 'Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts', above n 25,195 ff.

Statute, dedicated to procedural issues, as yet offer only a skeletal outline of proceedings, which they subdivide into investigative procedure (arts 53-61), trial procedure (arts 62-76), and appeals procedure (arts 81-5). However, this three-part division, which can be found all over the world in both common law and civil law countries, still requires supplementation in the form of special Rules of Procedure and Evidence – to be developed by the Preparatory Commission.[67] At any rate, it can already be said that the ICC procedure displays both inquisitorial as well as adversarial elements:

- On the one hand, the opportunity provided to the accused to make an admission of guilt or to plead not guilty (arts 64 para 8(a), 65 para 1) can be seen as a phenomenon comparable to the common law guilty plea.
- On the other hand, the Pre-Trial Chamber, which must determine whether charges (arts 15 paras 3, 61) and investigative measures (art 56-60) are admissible, is a phenomenon more characteristic of the civil law, especially of German criminal procedure. The influence of the inquisitorial tradition can be seen even more clearly, however, in the fact that the Prosecutor may not function as a one-sided opponent (ie, an adversary) of the accused, but rather is obligated to seek the truth and, in so doing, must investigate both incriminating and exonerating circumstances equally (art 54).[68]

Should this combination of inquisitorial and adversarial elements succeed, national criminal procedures would also be free to develop structurally 'interdisciplinary' procedural systems in which courts would be geared to truth-seeking and the truth-seeking process would be as adversarial as possible.

EVALUATION – PROSPECTS FOR THE FUTURE

Goals Achieved And Vistas Opened

Even if it might appear somewhat daring to offer an evaluation on the basis of a selective and subjective presentation of certain aspects of the Rome Statute, it is already clear that on the long and obstacle-filled road towards the establishment of a Permanent International Criminal Court we have, with this Statute, come close to achieving our goal. Even if in the process, one aspiration or another had to be sacrificed, advances that would not have been considered possible a few years ago were made with regard to the central issues. The following selected points deserve special attention:

- First: Since a state, when it becomes a Party to this Statute, accepts at the same time the jurisdiction of the ICC (art 12 para 1), reservations – otherwise a frequent occurrence in international conventions – are excluded. In addition to its automatic jurisdiction over States Parties, the ICC may also exercise jurisdiction over nationals of non-Party States if they commit an international crime on the territory of a State Party.[69] In this manner, the ICC gains attractiveness and authority.

---

67 See heading 'next steps' below.

68 In this respect, the ICC Statute can be distinguished from the ICTY Statute, which does not recognize an exonerating function: see *M. Bergsmo* and *P. Kruger*, art 54, margin nos 2, 10, in Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, above n 23.

69 See heading 'Résumé of the Fundamental Prerequisites of International Criminal Jurisdiction' above.

- Second: With the principle of 'complementarity',[70] a model has been found in which national criminal jurisdiction is respected and the threat of intervention from the ICC becomes a reality only when the state itself has failed to act appropriately. If, in such a case, the primacy of justice passes to the ICC, this loss of national sovereignty would appear to be justified in the interest of international solidarity in the fight against crime.
- Third: A compromise has been reached in the tense relationship between the United Nations Security Council and the Prosecutor of the ICC. Although the agreement is not ideal, it appears to be acceptable, given current circumstances. On the one hand, it respects the independence of the Prosecutor and allows her to initiate investigations on her own motion (art 13(c), art 15 para 1). On the other hand, the Security Council not only has the right to initiate investigations (art 13(b)), it can also bring about the deferment of investigations initiated by the Prosecutor (art 16). Public vigilance and critique may be necessary to ensure that the Security Council does not employ these methods of intervention to pursue political interests at the expense of justice.
- Fourth: As far as the crimes subject to the jurisdiction of the ICC are concerned, the 'classical' catalogue has been expanded to include new forms of crimes against humanity. Even if the general elements of criminal responsibility still evince the occasional deficit or inconsistency, the Rome Statute represents a highly innovative breakthrough in that, for the first time, regulations for an essential core of prerequisites for criminal responsibility for international crimes have been devised.
- Fifth: Even if the procedural rules still require further clarification and amendment, with the harmonising combination of prin ciples from various legal systems of the world we are certainly heading in the right direction. Indeed, from a procedural perspective as well, the Rome Statute has proven to be a melting pot of various legal systems.
- Sixth: Finally, great progress has been made from the perspective of interdisciplinary jurisprudence, in that representatives of public international law (who in the past had considered the area of international criminal jurisdiction to belong to their domain and correspondingly defended their territory from encroachment by other legal disciplines) cooperated with representatives of crimi nal law in preparing for the Rome Conference. A positive effect of this change in attitude can be seen in the formal requirement that, when electing judges for the ICC, 'an appropriate combination of expertise in criminal law and procedure and in international law' be guaranteed for each division (art 39 para 1). This represents both a challenge as well as an opportunity for criminal law scholars that cannot be taken too lightly.

Next Steps

Even if as mentioned at the beginning – the Rome Statute marks the conception of the ICC, this child must now be incubated, so to speak, until the establishment of the actual Court in The Hague heralds its birth. Two more things must be done before this event can take place:

- On the one hand, the Rome Statute itself requires various additions and safeguards. This task was for the most part delegated to a Preparatory Commission for the International Criminal Court, which was charged with developing various additions as well as

70 See heading 'Complementarity of National and International Criminal Jurisdiction' above.

possible amendments to the 'Elements of Crime' (art 9) and the 'Rules of Procedure and Evidence' (art 51) by 30 June 2000.[71] All proposals of the Preparatory Commission must be agreed upon by the Assembly of States Parties (arts 112-8).

- On the other hand, in order for the Statute to enter into force, it must be ratified by at least 60 signatory states (arts 125, 126).[72] According to the figures, available on 15 October 2001, more than 139 states have already become signatories, including Australia in 1998, and 43 have ratified, including Germany in 2000; thus, there is reason to believe that the required number of ratifications will be achieved and that, where necessary, national laws will be amended accordingly.[73]

Even if the Rome Statute leaves something to be desired and even if it never actually enters into force, it at least points the way to the future, with its regulations serving as a model for national legal systems engaged in the modernisation of their criminal law.[74] If only in this way, the results of the work done in connection with the Rome Statute will certainly be felt for a long time to come.

---

71 The 'Elements' and 'Rules' that have been adopted as of yet have already been integrated into the ICC Statute and published in the Revue Internationale de Droit Pénal. See above n 1.

72 For more on this point as well as on additional obligations of nation-states to support the ICC, see *O. Triffterer*, 'Legal and Political Implications of Domestic Ratification and Implementation Processes' in C. Kreß and F. Lattanzi (eds), The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol I: General Aspects and Constitutional Issues (2000) 1; this volume also includes additional contributions concerning national problems of implementation in numerous countries.

73 In this regard, for example, a draft statute has already been developed in Germany by the Ministry of Justice: 'Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB-Einführungsgesetz VStGBEG)', of June 2001 (http://www.brnj.de/ggv/stgbeg.pdf). On this point, see generally *C. Kreß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs (2000). For comparable efforts in other countries, see the contributions in Kreß and Lattanza (eds), ibid.

74 See in particular Triffterer, 'Der Ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit', above n 25, 539 ff; Ahlbrecht, above n 2, 389 ff Werle, 'Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht', above n 12, 825 ff.

ALBIN ESER

DAS INTERNATIONALE MILITÄRTRIBUNAL VON NÜRNBERG AUS DEUTSCHER PERSPEKTIVE*

Lassen Sie mich mit einem Bekenntnis beginnen: Ich sitze hier mit sehr gemischten Gefühlen. Auf der einen Seite bewegen mich Ehre und Dankbarkeit, an einer Erinnerungsveranstaltung von einem Tisch aus mitwirken zu dürfen, der als Richtertisch für das Nürnberger Internationale Militärtribunal diente. Zwar hat er historisch seinerzeit auf der linken, damals verhüllten, Fensterfront gestanden, während diese Stelle hier für die Dolmetscher reserviert war. Gleichwohl sitzen wir hier gleichsam symbolisch an dem Richtertisch, von dem aus Urteile gesprochen wurden, die für die Entwicklung des Internationalen Strafrechts von ganz besonderer Bedeutung geworden sind. Aufgrund meiner derzeitigen Tätigkeit als Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag kann ich Ihnen versichern, dass eigentlich fast kein Tag vergeht, an dem man nicht – wenn auch nicht wörtlich, so doch gedanklich – auf Prinzipien und Rechtsfiguren zurückgreifen würde, die in den hier gefällten Urteilen ausgesprochen wurden, seit damals lebendig geblieben sind und weiterhin die Entwicklung des Völkerstrafrechts bestimmen.

Andererseits drückt mich aber auch eine Bürde, nämlich auf diesem Panel neben den Vertretern von Ländern, von denen damals hier jeweils ein Richter fungierte, ein einzelnes Land und dabei jenes Land vertreten zu sollen, von dem die schlimmsten Verbrechen des letzten Jahrhunderts ausgegangen sind. Diese Verantwortung muss unser Land auch dann übernehmen, wenn in diesem Saal der berühmt gewordene Satz gesprochen worden ist, dass „international crimes are not committed by states but by individuals". Auch wenn damit die individuelle Verantwortlichkeit bestimmter Einzelpersonen konstatiert wurde, vermag dies nichts daran zu ändern, dass dabei auch das Volk, auf dessen Territorium jene Verbrechen begangen wurden und ohne dessen Tolerierung nicht hätten begangen werden können, mitverantwortlich bleibt. Deshalb bin ich sehr dankbar dafür, dass sowohl Herr Oberlandesgerichtspräsident Dr. Franke wie auch Herr Dekan Rohe von der Juristischen Fakultät der Universität Erlangen-Nürnberg den Gedanken dauerhafter Verantwortlichkeit Deutschlands und des deutschen Volkes und nicht zuletzt auch seines Rechts betont und an unsere besondere Verpflichtung erinnert haben, mit allen Mitteln zu verhindern, dass Ähnliches auf deutschem Boden oder von diesem aus wieder geschieht.

Ein weiteres Gefühl ist das der Erleichterung, hatte ich doch befürchtet, hier als Einzelner gegen eine Front von „Alliierten" zu sitzen und eine bestimmte Position verteidigen zu müssen, die von anderen nicht geteilt wird. Wie sich jedoch herausgestellt hat, ist auch die Sicht der Vertreter der damaligen Richterstaaten eine sehr unterschiedliche, indem die Nürnberger Verfahren sowohl Bestätigung gefunden haben, aber auch immer wieder Kritik laut geworden ist, damit ähnlich unterschiedlich wie auch aus deutscher Sicht. Somit ist international gesehen die Einstellung gegenüber den Nürnberger Urteilen keineswegs einseitig homogen im Sinne von Ablehnung oder Zustimmung, sondern durchaus differenziert. In diesem Sinne möchte ich nachfolgend einige Aspekte dieser differenzierten Sicht aus deutscher Perspektive aufzeigen, wobei dies in drei Frageschritten geschehen soll:

---

* Originalbeitrag erschienen in: Herbert R. Reginbogin u.a. (Hrsg.): Die Nürnberger Prozesse: Völkerstrafrecht seit 1945. München: Saur, 2006, S. 53 – 59.

Erstens: Nürnberg als Rechtsfrage? Kritischer Rückblick aus juristischer Sicht.

Zweitens: Nürnberg als eine nicht nur rechtliche, sondern auch politische Frage? Unterschiedliche Einstellungen zu den Nürnberger Urteilen.

Drittens: Nürnberg als rechtspolitische und moralische Frage? Einige Schlussgedanken.

I.

Nürnberg als Rechtsfrage. Diese Frage findet sich vor allem aus zwei Blickwinkeln gestellt:

1) Da ist zum einen die Frage, inwieweit es sich beim Nürnberger Militärtribunal um bloße „Siegerjustiz" gehandelt hat oder darin nicht doch vielleicht ein Triumph internationaler Strafjustiz im Sinne einer humanitären, in die Zukunft gerichteten Gerechtigkeit zu erblicken wäre. Um die deutsche Position verstehen zu können, empfiehlt es sich, kurz einige der Stichworte zu nennen, die mit Nürnberg als „Siegerjustiz" verbunden werden.

a) Am häufigsten findet sich moniert, dass hier ausschließlich Richter aus den Reihen der alliierter Siegermächte England, Frankreich, Russland und der Vereinigten Staaten von Amerika saßen. Demgegenüber wird gefragt, ob man nicht schon damals hätte überlegen können, warum nicht auch Richter aus neutralen Staaten – wie etwa der Schweiz oder aus Lateinamerika, wenn nicht schon Richter aus Deutschland – auf der Richterbank hätten sitzen können. Wenn man etwa heute miterleben muss, wie beispielsweise von amerikanischer Seite gegen den Internationalen Strafgerichtshof unter anderen auch damit argumentiert wird, dass amerikanische Staatsbürger Gefahr liefen, „not to be judged by their own peers", mag die Frage erlaubt sein, warum man nicht schon vor 60 Jahren auf diese Idee gekommen ist oder sie besser auch heute nicht ins Feld führen sollte.

b) Des Weiteren stört man sich als Anzeichen von „Siegerjustiz" daran, dass das Nürnberger Gerichtsstatut zum Teil von Juristen entworfen worden war, die später als Ankläger (wie insbesondere Robert H. Jackson) oder gar als Richter (wie der sowjetische Generalmajor Nikitchenko) fungierten. Diese Überlappung von Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung fand sich beispielsweise kritisiert durch ein „Joint Defence Motion", als es feststellte: „all in one: creator of the statute of the tribunal and of the rules of law, prosecutor and judge". Dadurch sah man nicht nur das Prinzip der Gewaltenteilung missachtet, sondern auch die Gefahr einer vorurteilsbehafteten Führung des Prozesses. Angesichts einer solchen Dominanz der Siegermächte konnte es nicht ausbleiben, dass das Internationale Militärtribunal weniger als eine wahrhaft supranationale Instanz internationaler Gerechtigkeit, sondern mehr als ein Besatzungsgericht siegreicher Mächte erscheinen konnte und das hehre Bild unbefangener internationaler Strafgerechtigkeit durch das Zerrbild vermeintlich voreingenommener Siegerjustiz verstellt wurde.

Ohne mir diese Einwände ohne weiteres zu eigen machen zu wollen, wurde der Eindruck von Einseitigkeit der Nürnberger Prozesse noch durch weitere Faktoren verschärft, wobei hier lediglich drei kurz erwähnt seien:

c) Ein erster Vorwurf rügt die mangelnde Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung, weil letztere von der Anklage vorgelegte Urkundenbeweise nicht angreifen durfte. Wenn ich das etwa mit den heutigen Möglichkeiten der Defence vor dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien vergleiche, so kann man nur positiv beeindruckt sein von den verschiedenen disclosure rules, nach denen die Prosecution schon Monate vor Prozessbeginn ihre exhibits offenlegen muss, um der Defence eine entspre-

chende Vorbereitung zu ermöglichen. Aus heutigem Blickwinkel wird man daher in der Tat bezweifeln können, ob seinerzeit wirklich schon eine Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung gewährleistet war. Umso mehr mag es überraschen, dass damals der Prozess vor dem Nürnberger Tribunal von deutschen Verteidigern als durchaus „fair" bezeichnet wurde.

d) Ein zweiter Vorwurf rügt die Nicht-Erwähnung der deutschen Opfer des NS-Regimes in der Anklage beziehungsweise im Urteil von Nürnberg. Dieser Vorwurf beruht auf der engen Auslegung der „crimes against humanity" durch das IMT, derzufolge – unter anderem – nicht über innerdeutsche Verfolgungen, denen Opfer vor Kriegsbeginn ausgesetzt waren, zu befinden war. Damit stellte sich schon damals das Problem, dass sich der Gerichtshof – wie heute auch das Jugoslawien- und das Ruanda-Tribunal und nicht zuletzt auch der künftige Internationale Strafgerichtshof – nur mit zeitlich und örtlich begrenzten Teilausschnitten von Völkerrechtsverbrechen befassen dürfen und solche zeitlichen Schnitte für jene Opfer schmerzhaft sein müssen, die nicht die Genugtuung irgendeiner Art von Gerechtigkeit erfahren dürfen.

e) Ein dritter Vorwurf rügt die Nichtzulassung des tu quoque-Einwands, von dem bereits Herr Kollege Bazyler gesprochen hat – der Einwand also, dass die gegnerische Seite ja bereits ähnliche Verbrechen begangen habe und man deshalb gleichsam „quitt" sei. Obwohl dies auf den ersten Blick eine menschlich verständliche Reaktion sein mag, kann ich mich gerade aus meiner Erfahrung als Richter am Jugoslawien-Tribunal darin bestätigt sehen, dass es in vielen Fällen das Ende internationaler Strafjustiz bedeuten müsste, wenn man den tu quoque-Einwand zuließe. Wenn man etwa an die – wie solange kein Urteil gesprochen ist, vorsorglich sagen muss: angeblichen – Greueltaten auf dem Balkan denkt, wo sich die Serben auf Übergriffe von Moslems und diese wiederum auf vorangegangene Übeltaten von Serben berufen, so könnte man rückwärts ad infinitum immer wieder einen Grund finden, mit dem man seine eigenen Untaten meint rechtfertigen zu können. Dem bleibt entgegenzuhalten, dass Morden der einen Seite keine Rechtfertigung für das Morden auf der anderen Seite sein kann. Sicherlich muss die Justiz immer bestrebt sein, beiden Seiten gerecht zu werden: dies jedoch nicht im Sinne von Nichtverfolgung, sondern vielmehr im Sinne des Bemühens um Strafverfolgung beider Seiten!

2) Lassen Sie mich zum zweiten Rechtsaspekt kommen, der auf den ersten Blick ebenfalls als „Nürnbergkritisch" erscheint, in einem Weitblick jedoch auch als zukunftsweisend gewürdigt werden kann. Ich meine den häufig geäußerten Vorwurf, dass mangels einer zum Zeitpunkt der angeklagten Verbrechen fehlenden formellen Strafandrohung der Grundsatz von „nullum crimen sine lege" verletzt worden sei. Teils meinte man dieses Problem schon damit erledigen zu können, dass es sich bei den Nürnberger Angeklagten um Mitglieder des nationalsozialistischen Regimes gehandelt habe, das den „Gesetzlichkeitsgrundsatz" aus dem Strafgesetzbuch hatte streichen lassen, und dass demzufolge diese angeklagten Parteigenossen ihr Recht verwirkten, eine ex post-Sanktionierung zu rügen. Dem wird in der deutschen Debatte regelmäßig entgegengehalten, dass es eine Verwirkung nicht gebe, dass sich vielmehr jeder Verbrecher auf das „nullum crimen sine lege"-Prinzip berufen dürfe. Gleichwohl wird noch zu fragen sein, ob diesem Einwand nicht besser durch Rückbesinnung auf die Funktion von „nullum crimen sine lege" als Respektierung „legitimen Vertrauens" beizukommen wäre.

In der Sache selbst ist Folgendes im Auge zu behalten: Soweit man den „nullum crimen sine lege"-Grundsatz überhaupt als tangiert ansehen konnte, galt das keineswegs für alle Anklagepunkte, vielmehr war folgendermaßen zu unterscheiden:

a) Soweit es um „crimes against humanity" geht, finden sich zur Vereinbarkeit mit dem „nullum crimen sine lege"-Prinzip zwei unterschiedliche Begründungsstränge: Zum einen – vielleicht für manche überraschend – bei Carl Schmitt, wonach die Außerordentlichkeit dieser Verbrechen den „nullum crimen"-Einwand abschneide. Zum anderen das von meinem Amtsvorgänger am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Hans-Heinrich Jescheck vorgetragene Argument, dass diese Verbrechen nichts anderes als politisch motivierte und systematisch begangene „normale" Straftaten seien, wie sie sich bereits in den nationalen Strafgesetzbüchern als inkriminiert finden.

b) Weitaus kontroverser war jedoch die Vereinbarkeit des Straftatbestandes von Verbrechen gegen den Frieden mit dem „nullum crime sine lege"-Prinzip. Dazu wurden folgende Fragen gestellt: Soweit es um die grundsätzliche Ächtung des Krieges schon vor denn Zweiten Weltkrieg ging, bestand breiter Konsens, dass bereits der Kellogg-Briand-Pakt zu einer Kriegsächtung geführt hatte. Ob sich aber daraus auch eine schon vor dem Zweiten Weltkrieg vorfindbare individuelle Strafbarkeit für das Führen eines Angriffskriegs begründen lasse, wurde unterschiedlich gesehen: Auch wenn auf zwischenstaatlicher Ebene das Führen eines Angriffkrieges völkerrechtswidrig sei, lasse sich daraus noch keine individuelle Strafbarkeit für das Führen eines rechtswidrigen Krieges ableiten. Auch die weitere Frage, ob dann nicht die Verletzung des „nullum crimen"-Grundsatzes wenigstens ausnahmsweise hingenommen werden dürfe, wurde unterschiedlich beantwortet: meist negativ mit dem Argument, dass die Schutzgewähr des „nullum crimen"-Grundsatzes nicht durch normative Erwägungen ausgehöhlt werden dürfe, andererseits aber auch positiv, weil der Schutz der menschlichen Zivilisation ausnahmsweise Vorrang gegenüber dem Formalprinzip des „nullum crimen"-Grundsatzes haben müsse, Dieser neue zukunftsweisende, auf den Vorrang höherer Gerechtigkeit hinweisende Gedanke hätte kaum besser als durch die Worte des Britsh Chief Prosecutor zum Ausdruck gebracht werden können:

„If this be an innovation, it is an innovation long overdue – a desirable and beneficent innovation fully consistent with justice, fully consistent with common sense and with the abiding purposes of the law of nations."

Dass diese Sicht heute selbst von Rechtskollegen vertreten wird, die dem Nürnberger Prozess ansonsten eher kritisch gegenüber stehen, mag durch die Einschätzung von Reinhard Merkel (1996) belegt sein:

„Am Ende des furchtbarsten Krieges der Menschheitsgeschichte war die Zeit reif für die Feststellung, dass es zur Kriminalisierung seiner Urheber (und der aller künftigen Kriege) keine moralische, keine rechtliche und keine politische Alternative mehr gab. Auch in diesem Fall wäre eine notstandsähnliche Abwägung zwischen den Prinzipien des Rückwirkungsverbots einerseits und des strafrechtlichen Schutzes für die Fundamente der Zivilisation andererseits notwendig und entscheidbar gewesen: zugunsten des letzteren."

Kurzum: Selbst wenn die Nürnberger Prozesse aus „Siegerjustiz" hervorgegangen sein mögen, führten sie schließlich doch zu einem Triumph internationaler Strafgerichtsbarkeit.

II.

Bisher ging es um rein juristische Einschätzungen. Aber war Nürnberg wirklich nur eine Rechtsfrage? Oder haben dabei auch politische Einstellungen eine Rolle gespielt? Das ist in der Tat nicht zu übersehen, wobei vor allem zwei Zeiträume zu unterscheiden sind, und zwar die Zeit bis Ende der 40er und ab Beginn der 50er Jahre.

1) Bis in die späten 40er Jahre wurde es offenbar nicht für opportun angesehen, mit Kritik an den Nürnberger Prozessen hervorzutreten, so dass sich auch kaum Auseinandersetzungen dazu finden lassen. Dies könnte folgende Gründe gehabt haben:

a) Soweit es etwa die alliierte Zusammensetzung des Tribunals und die Rechtsnatur des Gerichts betraf, hat man darin offenbar eine akademische Frage gesehen, deren Beantwortung kein praktischer Nutzen zukam.

b) Soweit eine Verletzung des „nullum crimen sine lege"-Grundsatzes diskutiert wurde, wurde darin eine primär völkerrechtliche Fragen erblickt, deren Bedeutung für die deutschen Völkerrechtler nur von sekundärem Interesse war, weil das Hauptaugenmerk auf dem völkerrechtlichen Status des besetzten Deutschland lag. Auch in den Augen der allgemeinen Bevölkerung scheinen die Nürnberger Prozesse keine besondere Rolle gespielt zu haben. Was meine eigenen Erfahrungen betrifft, so war ich im Jahre 1945 gerade zehn Jahre alt, und obwohl ich danach in einer Internatsschule aufgewachsen bin, die als politisch durchaus aufgeschlossen angesehen werden konnte, kann ich mich nicht erinnern, dass die Nürnberger Prozesse als ein deutsches Problem diskutiert worden wären: Das war offenbar Sache der Alliierten.

2) Ein deutlicher Umschwung zeigte sich zu Beginn der 50er Jahre. Plötzlich gewannen Rechtsfragen eine praktische Bedeutung.

a) So zum einen hinsichtlich der Rechtsnatur der Kriegsverbrecherprozesse, soweit sie als Nachfolgeprozesse in der US-Besatzungszone stattfanden. Da das Kontrollratsgesetz Nr. 10 kein Berufungsrecht der Angeklagten vorsah, wollten sich diese ein solches mit dem Argument erstreiten, dass die Nachfolgeprozesse gleichsam vor nationalen US-Gerichten stattfänden, sodass man eine Nachprüfung vor US-Bundesgerichten durch so genannte habeas corpus motions erreichen könnte. Eine solche Zuflucht bei der Verfassung der USA wurde jedoch schon damals mit ähnlichen Extraterritorialitätserwägungen abgelehnt, wie sie heute wiederum im Zusammenhang mit Rechtsbehelfen der in Guantanamo festgehaltenen Gefangenen vorgebracht werden.

b) Zum anderen wurde plötzlich auch für die deutsche Justiz das Nürnberger Statut bedeutsam, nachdem diese ebenfalls zur Verfolgung von NS-Verbrechen nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 berufen war. Auf dieser Ebene schlugen dann unter anderem auch die Bedenken hinsichtlich einer Verletzung des „nullum crimen sine lege"-Grundsatzes durch, wobei die deutsche Strafverfolgung mit Beginn der 1950er Jahre fast vollständig zum Erliegen kam.

c) Zudem machte sich auch allgemeinpolitisch eine Änderung des Klimas bemerkbar, nachdem inzwischen eine zunehmende Entnazifizierungsmüdigkeit eingetreten war: Man wollte von den NS-Greueltaten nichts mehr wissen. Diese Verdrängung der eigenen NS-Vergangenheit und die Verweigerung einer echten Vergangenheitsbewältigung wurden von meinem ehemaligen Tübinger Strafrechtskollegen Jürgen Baumann, der sich als einer von wenigen der deutschen Vergangenheit gestellt hat, in seinem Buch „Der Aufstand des schlechten Gewissens" (1965) folgendermaßen charakterisiert:

„Jahrelang haben die meisten Bürger der Bundesrepublik keine Anstrengung gescheut zu vergessen, was in zwölf unseligen Jahren geschehen ist. Sie haben ihre Gedächtnislückenhaftigkeit zum System und die Handhabung dieser wohltätigen Lückenhaftigkeit zur Perfektion entwickelt... Nur grässliche Nestbeschmutzer waren einsame Rufer in einer Zeit,

die vornehmlich gegenwärtigem und zukünftigem Wohlstand zustrebte und endlich vom Ballast der Vergangenheit befreit sein wollte."

Diese Klimaveränderung schlug sich auch in empirischen Umfragen über die gesellschaftliche Wahrnehmung des Internationalen Militärtribunals in Deutschland nieder: Während unmittelbar nach dem Nürnberger Prozess ermittelt worden war, dass 80 % der Befragten den Prozess für fair erachteten, eine Mehrheit, die Hauptkriegsverbrecher für schuldig hielten, nur 9 % die Urteile als zu hart ansahen und sich lediglich 6 % kritisch äußerten, sehen zu Beginn der Fünfziger Jahre die Vergleichszahlen ganz anders aus: Nun erachteten 30 % der Befragten den Prozess für unfair, 40 % sahen das Urteil als zu hart an und 50 % lehnten es ab, wie die Alliierten das Problem der deutschen Kriegsverbrecher gelöst hatten. Ober die Gründe für diese Meinungsänderung lässt sich spekulieren. Auf jeden Fall dürfte dabei eine Rolle gespielt haben, dass man in Deutschland hoffte, es würden nicht nur Kriegsverbrechen, die auf deutscher Seite begangen wurden, gerichtlich aufgearbeitet, sondern auch Verbrechen, die von Seiten anderer Länder begangen worden sein könnten.

III.

Mit dem letztgenannten Aspekt ist bereits meine dritte Hauptfrage angesprochen, nämlich „Nürnberg als rechtspolitische und moralische Frage", wobei es um einige Aspekte geht, die über die deutsche Rechtsdiskussion hinaus eine weithin noch zu bewältigende Herausforderung darstellen.

1) Das betrifft zum einen das Problem, das sich im Grunde bei jedem Wechsel von einem Unrechts- zu einem rechtsstaatlichen System stellt, nämlich wie mit der unterschiedlichen Viktimisierung umzugehen ist, und wer dabei die eigentlichen Opfer oder die Unterdrücker waren. Wenn etwa moniert wird, dass in den Nürnberger Prozessen deutsche Opfer des NS-Regimes nicht ausreichend berücksichtigt worden seien, drängt sich die Frage auf, inwieweit es sich dabei lediglich um die (echte) Viktimisierung von deutschen Minderheiten oder nicht eher um (erschlichene) Selbst-Viktimisierung der deutschen Mehrheit handelt. Auf der einen Seite kann natürlich in der Nichterwähnung der von den Nazis verfolgten Minderheiten in den Nürnberg-Urteilen in der Tat eine erneute Viktimisierung dieser damaligen Opfer gesehen werden. Soweit jedoch diese „Opferrhetorik" von Nichtbetroffenen betrieben wird, muss man sich fragen, ob dies wirklich aus Fürsorge für die tatsächlich durch die Nazis verfolgten deutschen Minderheiten geschieht oder ob nicht eher eine Art von Selbst-Viktimisierung dahintersteht. Bemerkenswerterweise ist ja der Sieg der Alliierten nicht von Anfang an als eine „Befreiung" empfunden worden, sondern erst als man eine Dichotomie zwischen Siegern und Verlierern herzustellen begann und zu den „Siegern" gewissermaßen auch die deutsche Bevölkerung gezählt wurde, während „Verlierer" nur die Unterdrücker gewesen seien. Auf diesem Wege war es dann auch leichter, die vielen deutschen Gehilfen aus der allgemeinen Bevölkerung, ohne deren Ausführung der Befehle von oben ja auch die Konzentrationslager nicht hätten betrieben werden können, ihrerseits zu „Opfern" der Unterdrücker gemacht hat. Eine weitere unbeabsichtigte Nebenwirkung, die durch die Individualisierung von Humanitätsverbrechen ausgelöst werden kann, ist darin zu sehen, dass im Wege einer „Schuldabladung" alle Verantwortlichkeit auf die Angeklagten verlagert wird. Auch damit wird es leichter, sich von irgendeiner Mitverantwortung freizuzeichnen.

Was man daraus lernen könnte – und das ist auch eine Erfahrung in Den Haag – ist das Bedürfnis nach einer stärkeren Einbeziehung der tatsächlichen Opfer. Das „adversatori-

sche" Prozesssystem, wie es gegenwärtig in den internationalen Strafverfahren vorherrscht, hat – neben manch anderem – auch den großen Nachteil, dass das Opfer praktisch keine Rolle spielt oder allenfalls sich durch den Prosecutor vertreten sehen kann, mit der Folge, dass sich im Grunde nur der Staat und der Angeklagte gegenüberstehen, während das Opfer allenfalls eine Zeugenrolle spielt. Das wird von nicht wenigen Opferzeugen als schmerzlich und enttäuschend empfunden, wenn sie sich lediglich als Beweismittel gefragt sehen und im Grunde gar nicht das zum Ausdruck bringen können, was sie im Innersten bewegt. In solchen Fällen muss das Gericht dann auch einmal die Möglichkeit einräumen können, nach Abschluss der Beweisaufnahme dem Zeugen Gelegenheit zu geben, alle Opfer zu nennen, deren man sich in der Öffentlichkeit erinnern sollte. Ich muss gestehen, dass es für mich immer zu den bewegendsten Augenblicken gehört, wenn Menschen auf diese Weise zum Ausdruck bringen dürfen, was für sie Gerechtigkeit bedeuten könnte. In dieser Hinsicht wäre nicht zuletzt in der internationalen Strafjustiz noch manches nachzuholen.

2) Schließlich wäre noch auf einen Punkt aufmerksam zu machen, bei dem sich kontinentale Sichtweisen und common law-Perspektiven offenbar nicht decken, weswegen es zu unterschiedlichen Einschätzungen kommen kann. Das betrifft vor allem das Verständnis des Grundsatzes „nullum crimen sine lege", der schon sprachlich im Englischen anders zum Ausdruck gebracht wird als in anderen Sprachen – wie insbesondere der deutschen. Während man im Deutschen von „keine Strafe ohne Gesetz" spricht, heißt es im Englischen „no crime without law", nicht aber „no crime without statute", sodass man dementsprechend nicht von „nullum crimen sine lege", sondern von „nullum crimen sine iure" sprechen müsste. Während also in der deutschen Sprache zwischen Recht und Gesetz unterschieden wird, steht im Englischen – jedenfalls im Zusammenhang mit dem „nullum crimen sine lege"-Grundsatz für beides „law". Deshalb ist es für den common law approach viel leichter, auch ungeschriebenes customary law als Strafrechtsgrundlage zu akzeptieren, während der kontinentale Jurist eine gesetzliche Grundlage erwartet und sich daher auch im Völkerstrafrecht mit ungeschriebenem customary law schwer tut.

Die damit vebundenen Verständigungsschwierigkeiten werden noch größer, wenn man auch noch unterschiedliche Funktionen des „nullum crimen sine lege"-Grundsatzes mitbedenkt.

a) Versteht man diesen – von der Französischen Revolution herkommend – vornehmlich als einen Schutz vor Willkür – zunächst gegenüber dem König, dann gegenüber jeder staatlichen Macht – so wäre im Hinblick auf die Nürnberger Prozesse lediglich zu prüfen, ob es sich dabei um einen Akt der Willkür gehandelt hat – was man angesichts der Ungeheuerlichkeit der NS-Verbrechen wird leicht verneinen können.

b) Sieht man in „nullum crimen sine lege" hingegen einen Vertrauensgrundsatz (im Sinne von Feuerbach), wonach der Bürger darauf soll vertrauen dürfen, dass sein Verhalten nicht im Nachhinein für strafbar erklärt wird, so könnten sich die NS-Verbrecher in der Tat sicher gefühlt haben, für ihre Untaten nicht zur Verantwortung gezogen zu werden. Da es jedoch wohl nicht um den Schutz von Vertrauen jedweder Art und Herkunft, sondern lediglich um den Schutz „legitimen Vertrauens" gehen kann, wird man den NS-Verbrechern die Legitimität ihres Vertrauens auf offensichtliches Unrecht absprechen können.

IV.

So wie ich mit gemischten Gefühlen begonnen habe, muss ich mit solchen auch zum Schluss kommen. Vieles Wichtige musste ungesagt bleiben und manches kritisch Gesagte könnte als Abwertung der Nürnberger Strafjustiz missverstanden werden. Das Gegenteil ist der Fall. Meines Erachtens ist die zukunftsweisende Rolle der Nürnberger Prozesse in der Entwicklung der internationalen Strafjustiz gar nicht hoch genug zu veranschlagen. In diesem Sinne einer kritischen Hochschätzung ergeht es mir wie dem bereits genannten Reinhard Merkel, dessen Einschätzung der moralischen Wirkung des Nürnberger Prozesses ich mir – trotz aller vorgenannten Einwände – zu eigen machen darf:

„Nürnberg hat jene Revolution im Völkerrecht, die 1919 noch gescheitert war, in einem exemplarischen Akt vollzogen. Keine gegenläufige, spurenverwischende Praxis der Staaten in der nachfolgenden Ära des Kalten Krieges hat die Grundidee des Prozesses zerstören können: dass die Selbstlegitimation aller staatlichen Macht ihre Grenze findet in einem Recht der Menschheit; und dass der Täter, der diese Grenze missachtet, als einzelner zur Verantwortung gezogen wird, vor der ihn keine staatliche Deckung seiner Taten schützen kann. Nürnberg war der weltgeschichtlich erste Versuch, auf ungekannte Exzesse der Macht gleichwohl in den Formen des Rechts zu antworten."

ALBIN ESER

AUF DEM WEG ZU EINEM INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOF

ENTSTEHUNG UND GRUNDZÜGE DES ROM-STATUTS*

I. POLITISCHE AUSGANGSLAGE

„Die Vertragsstaaten dieses Statuts

- bekräftigend, dass die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht ungestraft bleiben dürfen und dass ihre wirksame Verfolgung durch Massnahmen auf einzelstaatlicher Ebene und durch verstärkte internationale Zusammenarbeit gewährleistet werden muss,
- entschlossen, der Straflosigkeit der Täter ein Ende zu setzen und so zur Verhütung solcher Verbrechen beizutragen, sind wie folgt übereingekommen:

Hiermit wird der Internationale Strafgerichtshof errichtet."

Auf eine solche Erklärung, wie sie in der Präambel und in Art. 1 des „Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs" vom 17. Juli 1998[1] zu finden ist, hatte die Menschheit lange und bis zuletzt nicht ohne Bangen zu warten; denn schon zu oft waren Hoffnungen auf eine internationale Bekämpfung von Völkerrechtsverbrechen enttäuscht worden, als dass sich die im Frühsommer 1998 in Rom zusammengetretene Diplomatische Bevollmächtigtenkonferenz der Vereinten Nationen eines erfolgreichen Ausgangs hätte sicher sein können[2]. Allerdings war der Beschluss von Rom zunächst nur ein Zeugungsakt für ein

---

* Originalbeitrag erschienen in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 139 (2003), S. 2-42. Bei diesem Beitrag handelt es sich um die erweiterte und aktualisierte Fassung eines Vortrags, der vom Verfasser am 11. Juni 2002 vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern gehalten wurde und seinerseits gestützt war auf eine Veröffentlichung in: *N. Courakis* (Hrsg.), Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für D. Spinellis, 2001, 339–369.

1 Rome Statute of the International Criminal Court vom 17. Juli 1998, in englischer und französischer Originalfassung sowie in deutscher Übersetzung abgedruckt in: Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statutgesetz), Bundesdruckerei. Mit nachträglichen Berichtigungen vom 10. November 1998 und 12. Juli 1999 sowie mit Integrierung der von der Preparatory Commission am 30. Juni 2000 verabschiedeten „Elements of Crime" (PCNICC/2000/INF/3/Add. 1) und der „Rules of Evidence and Procedure" (PCNICC/2000/INF/3/Add. 2) ist das Statut in Französisch, Englisch und Spanisch veröffentlicht im Band „Cour Pénale Internationale" der Revue Internationale de Droit Pénal 71 (1/2/2000).

2 Zu der bereits vielfach beschriebenen Vorgeschichte der Rom-Konferenz vgl. – unter anderem – *H.-H. Jescheck*, Der Internationale Strafgerichtshof: Vorgeschichte, Entwurfsarbeiten, Statut, in: *G. Bemann/D. Spinellis* (Hrsg.), Strafrecht – Freiheit – Rechtstaat. Festschrift für G. A. Mangakis, 1999, 483–499, H. AHLBRECHT, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, 1999, 343 ff., ferner *R. S. Lee* (ed.), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, 1999, Introduction 1–39, *U. Leanza*, The Rome Conference on the Establishment of an International Criminal Court, in: *F. Lattanzi/W. A. Schabas* (eds.), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. I, 1999, 7–18, *Ph.*

von vielen Ländern gewünschtes, aber für manche auch ungewolltes Kind, das mit ungewissen Schwangerschaftsbeschwerden erst noch der Austragung bedurfte. Umso grösser war die Überraschung, dass bereits am 11. April die gemäss Art. 126 erforderliche Zahl von 60 Ratifizierungen überschritten wurde[3]. Demzufolge konnte das Rom-Statut am 1. Juli 2002 in Kraft treten, so dass damit der Internationale Strafgerichtshof gemäss Art. 3 mit Sitz in Den Haag als förmlich errichtet anzusehen ist[4].

Doch auch schon vor diesem Geburtsakt war die Verabschiedung des Rom-Statuts ein spektakuläres Ereignis.

- Zum einen dadurch, dass es seit Gründung der Vereinten Nationen vor mehr als einem halben Jahrhundert im Jahre 1945 wahrscheinlich noch keine Institution gegeben hat, die langfristig grösseren Einfluss auf die nationale Souveränität haben könnte als dieser Internationale Gerichtshof: Insofern stellt dies einen höchst aufregenden Schritt in der Entwicklung des Völkerrechts dar.
- Zum Zweiten handelt es sich in politischer Hinsicht weltweit um einen der ersten ernsthaften Schritte, unrechtmässigen Diktatoren und verbrecherischen Inhabern höchster Staatsämter zu zeigen, dass sie gegenüber strafrechtlicher Verantwortlichkeit nicht immun sind.
- weil sich mit Schaffung eines über nationale Grenzen hinaus und auf verschiedene Rechtskulturen anwendbaren Statuts sowohl Strafrechtstheoretiker als auch Rechtspraktiker herausgefordert fühlen müssen, Prinzipien und Regeln zu entwickeln, die für eine Weltgemeinschaft annehmbar sind.

Wären nicht schon diese Faktoren Grund genug, um dem neuen Internationalen Strafgerichtshof einen Beitrag zu widmen, so mögen noch zwei persönliche Motive angefügt sein:

- zum einen meine eigene Involvierung in diese Entwicklung, nachdem ich an verschiedenen Memoranden zu dem schliesslich zum Statut gewordenen Entwurf mitwirken konnte[5], und zeitweilig als Mitglied der deutschen Delegation an der römischen Konferenz teilzunehmen die Ehre hatte[6],

---

Kirsch, Introduction, in: *O. Triffterer* (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999, XXIII–XXVIII, sowie neuestens A. CASSESE, From Nuremberg to Rome, in: *A. Cassese/P. Gaeta/J. R. W. D. Jones* (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. I, Oxford 2002, 3–22.

3 Inzwischen ist die Ratifizierungszahl (mit Stand von Ende August 2002) bei 78 angelangt.

4 Vgl. die Erklärung von UN-Generalsekretär *Kofi Annan* vom 1. Juli 2002 in: http://www.uno.de/presse2002/unic502.htm.

5 So namentlich in den Siracusa/Freiburg-Entwürfen einer nicht-amtlichen Expertengruppe, die in Kooperation der Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), des Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC) in Siracusa und des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrechts in Freiburg mit Alternativen zu den seinerzeitigen Entwürfen der International Law Commission (ILC) tätig geworden waren: vgl. insbesondere Draft Statute for an International Criminal Court. Alternative to the ILC-Draft, Siracusa/Freiburg, Juli 1995, ferner der nicht publizierte Freiburg Draft vom Februar 1996 einer Arbeitsgruppe von *A. Eser, D. Koenig, O. Lagodny* und *O. Triffterer*, wobei die Empfehlungen dieses Entwurfs in ein Amendment des ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind von 1991 eingearbeitet worden waren (als Annex abgedruckt in: *O. Triffterer*, Acts of Violence and International Criminal Law, in: Croation Annual of Criminal Law and Practice 4 (2/1997), 872–881), sowie der 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with suggested mo-

- und zum anderen deshalb, weil die Idee eines internationalen Strafgerichtshofs nach wie vor der öffentlichen Unterstützung bedarf, um schliesslich von so vielen Staaten wie möglich akzeptiert zu werden. Das sei namentlich an die Adresse derzeitiger oder künftiger Grossmächte wie Russland und die Volksrepublik China sowie nicht zuletzt im Blick auf die Vereinigten Staaten von Amerika gesagt[7].

II. Von Nürnberg über Den Haag nach Rom

1. Vorläufer

Wenn die vorangehende Überschrift den Eindruck erwecken sollte, dass der Weg zu einem Ständigen Internationalen Strafgerichtshof erst nach dem Zweiten Weltkrieg begann, so wäre diese Beschreibung nicht ganz korrekt. Denn trotz seiner nicht zu unterschätzenden Bedeutung war das Internationale Militärtribunal von Nürnberg[8] keineswegs der erste Schritt zur Errichtung einer Art von supranationalem Strafgericht für bestimmte Verbrechen. Vielmehr scheinen die Spuren bis an die Schwelle des 16. Jahrhunderts zurückzureichen, und zwar zu der kleinen Frontstadt Breisach an der Grenze zwischen dem heutigen Frankreich und dem damaligen Habsburg[9]. Auch wenn es gewagt erscheint, ein seinerzeit grenzüberschreitend mit bestimmten Kriegsverbrechen befasstes Gericht ernsthaft mit einem internationalen Strafgerichtshof heutiger Prägung zu vergleichen, sollten wir uns zumindest der Tatsache bewusst sein, dass es sich bei der Vorstellung, auf internationaler Ebene ein Gericht einzurichten, wenn die nationale Strafjustiz versagt, nicht erst um eine Erfindung des letzten Jahrhunderts handelt; vielmehr geht diese Idee zumindest auf die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts zurück, wobei namentlich an den Schweizer Gustave Moynier zu erinnern ist, der unter dem Eindruck der Grausamkeiten des deutschfranzösi-

---

difications (Updated Siracusa Draft), prepared by a Committee of Experts, submitted by AIDP et al., done in Siracusa/Freiburg/Chicago 15 March, 1996. Vgl. zu diesen Aktivitäten auch *Ch. Nill-Theobald*, Anmerkungen über die Schaffung eines Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 108 (1996), 230–239, sowie *K. Ambos*, Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales Strafgesetzbuch, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1996, 263–271, mit einem synoptischen Vergleich der Siracusa/Freiburg-Alternativvorschläge mit den ICTY- und ICTR-Statuten und dem ILC-Entwurf 1994 (269 ff.), ferner *H.-H. Jescheck*, Zum Stand der Arbeiten der Vereinten Nationen für die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs, in: *A. Eser* (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, 1998, 437–451, insbes. 440, und *Ahlbrecht* (Fn. 2), 345 ff.

6 Zuvor hatte im Mai 1998 in Freiburg unmittelbar im Vorfeld der Rom-Konferenz ein vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Kooperation mit dem Office of the Prosecutor of the International Criminal Tribunal (ICTY and ICTR) ausgerichteter Internationaler Workshop zur Rolle der Anklagebehörde in einem Ständigen Internationalen Strafgerichtshof stattgefunden, dokumentiert in: *L. Arbour / A. Eser / K. Ambos / A. Sanders* (eds.), The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court, Freiburg 1998, inklusive einer in die Rom-Konferenz eingebrachten „Freiburg Declaration on the Position of the Prosecutor of a Permanent International Criminal Court" (667–669). Vgl. dazu auch unten zu Fn. 68.

7 Vgl. dazu auch unten III.C.

8 Vgl. unten zu Fn. 14.

9 Näher zu diesem gegen Landvogt Peter von Hagenbach im Jahr 1474 begonnenen und mit seiner Hinrichtung endenden Prozess vor einem Ad-hoc-Tribunal von 28 Richtern alliierter Städte vgl. *G. Schwarzenberger*, International Law as applied by International Courts and Tribunals, Vol. II: The Law of Armed Conflict, 1968, 462 ff.

schen Kriegs von 1870/71 als damaliger Präsident des Internationalen Roten Kreuzes mit dem Vorschlag eines Internationalen Strafgerichtshofs hervortrat[10].

Aber während es sich dabei noch um eine Privatinitiative handelte, fand diese Idee schliesslich auch auf politischer Bühne internationale Anerkennung, als im Gefolge des Ersten Weltkriegs der Friedensvertrag von Versailles vorsah, dass sich der ehemalige deutsche Kaiser vor einem eigens dafür zu bildenden Internationalen Strafgerichtshof „wegen schwerster Verletzung der internationalen Moral und der Heiligkeit der Verträge" zu verantworten habe[11]. Dieser völkerrechtliche Akt war jedoch von vornherein zum Scheitern verurteilt, weil die Niederlande den dorthin ins Exil gegangenen Wilhelm II. nicht auszuliefern bereit waren[12].

2. Die Internationalen Militärtribunale von Nürnberg und Tokio

Trotz – oder vielleicht sogar wegen – dieses Scheiterns früherer Versuche wurden sowohl auf privater als auch auf politischer Ebene die Bemühungen um die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs fortgesetzt. Ein erster Fortschritt in völkerrechtlichem Sinne kann in der im Jahr 1937 zur Zeichnung aufgelegten Konvention zur Errichtung eines „Internationalen Strafgerichtshofs gegen den Terrorismus" erblickt werden[13]. Diese blieb jedoch ebenfalls erfolglos, weil der italienisch-äthiopische Krieg dazwischen kam.

Der entscheidende Schritt von einem blossen Beschluss zu einem wirklichen Gericht wurde schliesslich mit der Errichtung des Internationalen Militärtribunals (IMT) im August von 1945 mit Sitz in Nürnberg getan, wo es um die Verfolgung und Bestrafung höherrangiger Kriegsverbrecher der europäischen Achsenmächte ging[14], sowie in ähnlicher Weise durch das Internationale Militärtribunal für den Fernen Osten (IMTFE) vom Januar 1946 mit Sitz in Tokio[15]. Aus diesem Grund ist es schliesslich doch nicht falsch, Nürnberg als Ausgangspunkt eines wirklichen internationalen Gerichtshofs zu bezeichnen, nachdem dieser nunmehr nicht nur politisches Wunschbild oder theoretischer Entwurf blieb, sondern tatsächlich in Kraft trat und auch Erfolg zeitigte, indem Kriegsverbrecher abgeurteilt und teils sogar zum Tod verurteilt und hingerichtet wurden. Gleichwohl bleibt aber, obgleich ich

---

10 *U. Fastenrath*, Der Internationale Strafgerichtshof, in: Juristische Schulung (JuS) 1999, 632–635 (632).

11 Näher dazu *H.-H. Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, 41 ff.

12 Vgl. *D. von Selle*, Prolog zu Nürnberg – Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse vor dem Reichsgericht, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 19 (1997), 193–209 sowie *Ahlbrecht* (Fn. 2), 36 ff.

13 [14] Näher dazu *Jescheck* (Fn. 11), 117 f., *Ahlbrecht* (Fn. 2), 57 f.

14 Statut des Internationalen Militärgerichtshofs in Nürnberg, in Deutsch abgedruckt in: *Ahlbrecht* (Fn. 2), 401–406. Eingehend zu den Grundlagen und Verhandlungen des Nürnberger IMT *Jescheck* (Fn. 11), 126 ff., 140 ff. Zur Einschätzung aus heutiger Sicht vgl. – unter anderem – *Ahlbrecht* (Fn. 2), 59 ff. sowie *M. Ch. Bassiouni*, Das „Vermächtnis von Nürnberg": eine historische Bewertung fünfzig Jahre danach, in: *G. Hankel / G. Stuby* (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, 1995, 15–38, insbes. 15 ff., 29 f., *Cassese* (Fn. 2), 5 ff.

15 Statut des Internationalen Strafgerichtshofes für den Fernen Osten in Tokio, in Englisch abgedruckt in: *Ahlbrecht* (Fn. 2), 407–410 mit weiteren Einzelheiten dazu 103 ff. Zur heutigen Einschätzung des IMTFE vgl. auch *B. V. A. Röling /A. Casese*, The Tokyo Trial and Beyond. Reflections of a Peacemonger, 1993.

dies gerade als Deutscher wegen möglicher Besorgnis der Befangenheit nur mit Zögern tue, darauf hinzuweisen, dass die Gerichtshöfe von Nürnberg und Tokio nicht von der ganzen Weltgemeinschaft, sondern lediglich von den siegreichen Mächten des Zweiten Weltkriegs eingerichtet worden waren und sich daher ihre Unparteilichkeit als so genannte „Siegerjustiz" in Frage gestellt sah[16].

3. Die Ad-hoc-Tribunale für Jugoslawien und Ruanda

Auch wenn ich die vorgenannte Art von Einwänden gegen den Nürnberger Gerichtshof selbst nicht teile, sondern diesen eher als ersten wirklichen Durchbruch zu internationaler Verantwortlichkeit für völkerrechtliche Verbrechen einschätze, wurde ein sicherer Boden doch erst nach weiteren zwischenzeitlichen Bemühungen auf der Ebene der Vereinten Nationen[17] mit den in jüngerer Zeit eingerichteten International Criminal Tribunals für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) im Jahr 1993 mit Sitz in Den Haag (Niederlande)[18] und für Ruanda (ICTR) im Jahr 1994 mit Sitz in Arusha (Tanzania)[19] erreicht[20]. Zudem haben diese Tribunale eine viel breitere Legitimitätsgrundlage, da sie durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen eingeführt wurden und damit nicht nur Geschöpfe möglicherweise parteilicher Sieger, sondern einer umfassenden Weltgemeinschaft sind[21].

Da aber diese Gerichtshöfe – und zwar sowohl der für Jugoslawien als auch jener für Ruanda – blosse „Ad hoc"-Tribunale sind, die ihre Existenz bestimmten historisch-politischen

---

16 Mit Nachweisen dazu vgl. *G. Werle*, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 109 (1997), 808–829 (811 f.).

17 Näher dazu *B. Graefrath*, Die Verhandlungen der UN-Völkerrechtskommission zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs, ZStW 104 (1992), 191–200; vgl. auch *F. Rigaux*, Internationale Tribunale nach den Nürnberger Prozessen, in: *Hankel / Stuby* (Fn. 14), 142–168; *Ahlbrecht* (Fn. 2), 336 ff.

18 Statute of the International Tribunal for former Yugoslavia (ICTY), UN Security Council Resolution 827 (25.5.1993), in Englisch und Deutsch, einschliesslich des (deutschen) Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetzes vom 10.4.1995, abgedruckt in: *W. Schomburg / O. Lagodny*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl. 1998, 1175–1205. Eingehend dazu *Ahlbrecht* (Fn. 2), 232 ff. sowie insbes. auch zur Zeitgeschichte *M. Ch. Bassiouni / P. Manikas*, The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1996, Cassese (Fn. 2), 10 ff.

19 Statute of the International Tribunal for Rwanda (ICTR), UN Security Council Resolution 955 (8.11.1994), in Englisch und Deutsch, einschliesslich des (deutschen) Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetzes von 1998, abgedruckt in *Schomburg / Lagodny* (Fn. 18), 1211–1219. Eingehend dazu *Ahlbrecht* (Fn. 2), 302 ff.

20 Zur Vorgeschichte der Errichtung dieser Tribunale vgl. *V. Morris / M. P. Scharf*, An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. A Documentary, History and Analysis, Vol. 1, 1995, insbes. 17 ff., *C. Hollweg*, Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt, in: JuristenZeitung (JZ) 1993, 980–998; *Ch. Tomuschat*, Sanktionen durch Internationale Strafgerichtshöfe, in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages Münster 1994, Bd. II/1, 1994, Q53–68 (54 ff.); *O. Triffterer*, Von „Nürnberg" zu einem Internationalen Gerichtshof zur Verfolgung der Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien, in: *H. Neisser* (Hrsg.), Menschenrechte als politischer Auftrag, 1993, 61–135, insbes. 110 ff.; ders., Universeller Menschenrechtsschutz auch durch das Völkerstrafrecht? Von Nürnberg zum Internationalen „Jugoslawien-Tribunal" in Den Haag, in: Politische Studien 46 (Sonderheft 1/1995), 32–55, insbes. 44 ff.; *B. Graefrath*, Jugoslawien und die internationale Strafgerichtsbarkeit, in: *Hankel / Stuby* (Fn. 14), 295–324.

21 Vgl. *Hollweg* (Fn. 20), JZ 1993, 981 ff., 988.

Situationen verdanken und daher eine begrenzte Zuständigkeit haben, fehlt ihnen die Permanenz, und zwar sowohl theoretisch wie praktisch[22].

Denn obgleich sie offensichtlich eine sich immer wieder erweiternde Zahl von noch zu verfolgenden und zu verhandelnden Verbrechen zu bewältigen haben und daher leicht nach „Ewigkeit" streben könnten, sind sie von ständig zu erneuernden finanziellen Zuweisungen abhängig und somit in ihrer Existenz fortwährend in Frage gestellt.

4. Der Römische Beschluss eines ständigen Internationalen Criminal Court (ICC)

Nicht zuletzt um dieser Unsicherheit ein Ende zu setzen und ein weniger zufälliges und besser strukturiertes Fundament zu schaffen, gaben die begrenzten Kompetenzen und Mittel der Ad-hoc-Tribunale dem Kampf um einen Ständigen Internationalen Strafgerichtshof neuen Auftrieb, der schliesslich auf der Römischen Diplomatenkonferenz von 1998 zum Erfolg führte[23].

Obwohl vieles über die Ausgangspunkte, die Agenda und die verschiedenen Akteure – sowohl auf als auch hinter der Bühne – zu sagen wäre, lässt dieser Rahmen lediglich drei allgemeine Beobachtungen zu:

- Zum einen im Hinblick auf die Vorbereitungsphase, insofern als nach langjährigen Vorarbeiten und verschiedenen Entwürfen der bei der UN angesiedelten International Law Commission (ILC)[24] das endgültige Ergebnis der Konferenz und des Statuts von Rom ein bewundernswertes Beispiel dafür ist, welches Mass an Unterstützung zuvor von Seiten der Wissenschaft[25] und von Nichtregierungsorganisationen[26] erforderlich gewesen war, und welchen Einfluss diese ihrerseits dabei ausüben können, um ein internationales Vorhaben dieser Komplexität und höchstpolitischen Implikationen auszuführen[27].
- Zum Zweiten hat im Hinblick auf den Machtkampf zwischen Staaten, die ernsthaft an einem Internationalen Strafgerichtshof interessiert waren, und jenen, die offen oder versteckt ihn zu verhindern versuchten, die Rom-Konferenz bewiesen, dass dort, wo ein Wille, auch ein Weg ist. In diesem Fall war es vor allem die Ent-

---

22 Vgl. auch *Graefrath* (Fn. 20), 315, *Jescheck* (Fn. 2), 489 f.

23 Neben der in Fn. 2 genannten Literatur vergleiche auch die Beiträge zur „Drafting History and Further Developments" von *J. Crawford, Adriaan Bos* und *Ph. Kirsch / D. Robinson*, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 23–91.

24 Näher dazu: *J. Crawford*, The Work of the International Law Commission, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 23–34 sowie *Ambos* (Fn. 25), 443 ff.

25 Vgl. – unter anderem – die Nachweise in Fn. 2 und 3, ferner *M. Ch. Bassiouni* (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1993, *Ahlbrecht* (Fn. 2), 335 ff., *K. Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung, 2002, insbes. 475 ff., sowie *A. Eser*, Individual Criminal Responsibility, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 767–822 (776 ff.).

26 Vgl. *W. R. Pace / M. Thieroff*, Participation of Non-Governmental Organisations, in: *Lee* (Fn. 2), 391–398, *W. R. Pace/J. Schense*, The Role of Non-Governmental Organizations, in: *Cassese/Gaeta/Jones* (Fn. 2), 105–143 sowie *Ahlbrecht* (Fn. 2), 348 ff.

27 Ein umfassendes Resümee der seit dem 1. Weltkrieg auf eine internationale Strafgerichtsbarkeit hin arbeitenden Kräfte in (parlamentarischer und ausserparlamentarischer) Politik und Wissenschaft bietet *M. Ch. Bassiouni*, Historical Survey: 1919–1998, in: *M. Ch. Bassiouni* (ed.), The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History, 1998, 1–35.

schlossenheit einer so genannten „Like-Minded Group" von rund 60 gleichgesinnten Staaten, zu denen unter Leitung von Kanada und Australien nicht zuletzt auch Deutschland gehörte[28], die schliesslich dem Rom-Statut zur Annahme verhalf, und dies sogar mit einem überwältigenden Erfolg; denn von den rund 150 an der Schlussabstimmung beteiligten Ländern standen den insgesamt 120 positiven Voten lediglich 7 Ablehnungen entgegen, wobei sich die opponierenden USA in einer eher ungewöhnlichen Formation mit der Volksrepublik China und dem Irak auf der Verliererseite wiederfanden[29].

- Zum Dritten hat sich auch auf der Rom-Konferenz bestätigt, dass sich die Errichtung eines ICC vor allem mit der Lösung von drei Fragen konfrontiert sieht:
  - die Auswahl und Definition der Verbrechen, die der Zuständigkeit des ICC unterworfen sein sollen,
  - das Verhältnis zwischen internationaler und nationaler Strafjustiz, wobei es vor allem auch um die Verpflichtung nationaler Behörden zur Mitwirkung mit dem ICC geht, wie insbesondere durch Überstellung eines Verdächtigen oder die Beschaffung von Beweismitteln, sowie
  - der Grad von Unabhängigkeit, der dem Gericht und der Verfolgungsbehörde seitens der Vereinten Nationen und ihren Organen wie auch seitens nationaler Instanzen einzuräumen ist, wobei es nicht zuletzt auch um den Grad von Schutz gegen andere externe Einflüsse geht.

Diese Auflistung von Streitpunkten bedeutet freilich nicht, dass nicht auch andere Fragen mehr Aufmerksamkeit verdient hätten, wie vor allem die allgemeinen Erfordernisse strafrechtlicher Verantwortlichkeit, die – auch wenn im Vergleich zu früheren Entwürfen sichtlich verbessert – immer noch ein bedauerliches Bild von Mängeln aufweisen[30]. Doch immer wenn die nationale Souveränität in Gefahr zu sein scheint und die Debatten von Vertretern des Völkerrechts dominiert werden, ist es nicht ungewöhnlich, dass genuin strafrechtliche Probleme weniger Aufmerksamkeit finden als statusbezogene und gerichtsverfassungsrechtliche Positionskämpfe mit politischen Implikationen[31].

---

28 Näher zu solchen Gruppierungen *Ph. Kirsch / D. Robinson*, Reaching Agreement at the Rome Conference, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 67–91 (70 f.).

29 Vgl. *Kirsch / Robinson* (Fn. 28), 75 ff. sowie hinsichtlich der nicht offiziell protokollierten Stimmenverteilung *L. N. Sadat*, The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millenium, 2002, 4.

30 Schon allein die beispielsweise von mir zu kommentierenden Art. 31 (in: *Triffterer*, Commentary (Fn. 2), 537–554) und Art. 25 bzw. 30 und 32 (in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 767–882 bzw. 889–948) könnten dafür reichhaltiges Anschauungsmaterial liefern. Im Übrigen vgl. die umfassende – auch andere Vorarbeiten und Entwürfe vergleichende – Analyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen des ICC von *Ambos* (Fn. 25), insbes. 497 ff.

31 Einen geradezu umwerfenden Eindruck von der Vielfalt unterschiedlicher Grundpositionen und Detailvarianten bietet die Kompilation der dem Rom-Statut vorausgegangenen und zugrunde liegenden Entwürfe der International Law Commission und des Preparatory Committee, in: *Bassiouni*, The Statute (Fn. 27), 115–793. Weitere Einzelheiten zum „Meinungskampf" im Vorfeld wie auch auf der Rom-Konferenz selbst sind in den in Fn. 2 genannten Veröffentlichungen zu finden.

5. Das Rom-Statut im Überblick

Es versteht sich von selbst, dass das Rom-Statut hier nicht in all seinen Dimensionen entfaltet werden kann[32]. Bei der notwendigen Wahl zwischen einem umfassenden Überblick, der nicht anders als oberflächlich sein könnte, und der Fokussierung auf einige wenige speziellere, dafür aber fundamentale Fragen habe ich mich für Letzteres entschieden. Zunächst scheint es jedoch angebracht, zumindest die grundsätzliche Gliederung des Rom-Statuts aufzuzeigen. Das Statut besteht aus einer Präambel, in der in recht eindrucksvoller Weise die Bedrohung durch internationale Verbrechen und die Entschlossenheit zu deren Bekämpfung ausgedrückt wird, sowie aus 13 Teilen, die insgesamt 128 Artikel umfassen:

- Teil 1: Establishment of the Court – Errichtung des Gerichtshofs (Art. 1–4),
- Teil 2: Jurisdiction, Admissability and Applicable Law – Zuständigkeit, Zulässigkeit und Anwendbares Recht (Art. 5–21),
- Teil 3: General Principles of Criminal Law – Allgemeine Grundsätze des Strafrechts (Art. 22–33),
- Teil 4: Composition and Administration of the Court – Zusammensetzung und Verwaltung des Gerichts (Art. 34–52)
- Teil 5: Investigation and Prosecution – Ermittlungen und Verfolgung (Art. 53–61),
- Teil 6: The Trial – Die Hauptverhandlung (Art. 62–76),
- Teil 7: Penalties – Strafen (Art. 77–80),
- Teil 8: Appeal and Revision – Berufung und Wiederaufnahme (Art. 81–85),
- Teil 9: International Cooperation and Judicial Assistance – Internationale Zusammenarbeit und Rechtshilfe (Art. 86–102),
- Teil 10: Enforcement – Strafvollstreckung (Art. 103–111),
- Teil 11: Assembly of States' Parties – Vertragsstaatenversammlung (Art. 112),
- Teil 12: Financing – Finanzierung (Art. 113–118),
- Teil 13: Final Clauses – Schlussbestimmungen (Art. 119– 128).

III. Grundlagen und Grenzen der Internationalen Strafgerichtsbarkeit

Wie schon im Wortlaut von Teil 2 des Rom-Statuts mit „Jurisdiction, Admissability and Applicable Law" zum Ausdruck kommend, ergeben sich die Grundlagen und Grenzen der Internationalen Strafgerichtsbarkeit aus einem Gemisch von materiellen und prozeduralen Elementen, nämlich aus einer Auflistung bestimmter Verbrechen (A) und aus der Erfüllung

---

32 Vgl. – unter anderen – die Übersicht bei *Ahlbrecht* (Fn. 2), 360 ff. sowie die Überblicksartikel von *K. Ambos*, Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts, ZStW 111 (1999), 176–211, A. *Bruer-Schäfer*, Der Internationale Strafgerichtshof. Die Internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik, 2001, 195 ff. und *O. Triffterer*, Der Ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit, in *K. H. Gössel / O. Triffterer* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, 493–558.

bestimmter prozeduraler Vorbedingungen (B); und erst wenn und soweit die Elemente dieser beiden Seiten erfüllt sind, ist die Internationale Strafgerichtsbarkeit gegeben (C).

A. Vier Kategorien von internationalen Verbrechen (Art. 5)[33]

1. Gemeinsame Merkmale

Wenn man sich die zum Teil recht umfangreichen Listen von möglichen internationalen Verbrechen vor Augen hält, wie sie im Laufe der letzten Jahrzehnte immer wieder als mögliche Gegenstände Internationaler Strafgerichtsbarkeit vorgeschlagen wurden[34], so erscheint die Zuständigkeitsliste des Rom-Statuts als recht kurz; denn dort werden in Art. 5 lediglich vier Verbrechenskategorien genannt: Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Aggression.

Selbst diese eher kleine Auswahl denkbarer internationaler Verbrechen wird jedoch dadurch noch weiter eingeengt, dass die Gerichtsbarkeit des ICC beschränkt ist auf „die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren" (Art. 1 Abs. 1 S. 1), wobei die „Zulässigkeit" des Verfahrens zudem dann ausgeschlossen wird, wenn „die Sache nicht schwerwiegend genug ist, um weitere Massnahmen des Gerichts zu rechtfertigen" (Art. 17 Abs. 1 Nr. d)[35].

Das bedeutet, dass selbst dann, wenn eine Handlung im Sinne eines der vorgenannten Verbrechen begangen wurde, jeweils noch zu prüfen bleibt, ob dadurch die internationale Gemeinschaft als Ganzes derart schwerwiegend berührt wird, dass eine Verfolgung durch den ICC gerechtfertigt erscheint. Dieses allgemeine Erfordernis jeweils im Auge behaltend, bleibt zu den einzelnen Verbrechen insbesondere Folgendes zu beachten:

2. Genozid (Art. 6)

Der Genozid ist im Wesentlichen durch drei Elemente geprägt:

- durch das Schutzgut, indem nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppen als solche gegen ihre völlige oder teilweise Zerstörung geschützt werden sollen,
- durch spezifische Tathandlungen, wobei zu „klassischen" genozidalen Formen wie Tötung oder schwere Gesundheitsbeschädigung oder Erschwerung der Lebensbedingungen von Mitgliedern der Gruppe als „moderne" Formen der Ausrottung noch Massnahmen der Geburtenverhinderung oder der gewaltsamen Überführung von Kindern in eine andere Gruppe hinzugekommen sind,
- sowie durch die jeweils erforderliche Absicht der teilweisen oder ganzen Zerstörung der betroffenen Gruppe.

3. Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7)

Bei dieser Verbrechenskategorie ist zweierlei erforderlich:

---

33 Allgemein zur Entstehungsgeschichte dieses „Besonderen Teils" des ICC-Statuts *H. von Hebel/D. Robinson*, Crimes within the Jurisdiction of the Court, in: *Lee* (Fn. 2), 79–126, *Triffterer* (Fn. 32), 507 ff.

34 Wobei namentlich an die Kompilationen von möglichen „international crimes" von *M. Ch. Bassiouni*, International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815–1985, 1986, ders., International Criminal Law: Crimes, 1986 (2. Aufl. 2002), zu denken ist.

35 Vgl. dazu auch unten 22/26 III.B.2.

- Zum einen muss eine von elf im Statut genannten Tathandlungen begangen sein, wobei zu den gleichsam „klassischen" Unmenschlichkeiten wie Mord, Versklavung und Folter nunmehr in Reaktion auf so genannte ethnische Säuberungen oder die Machterhaltung von Diktaturen als neu auch noch das zwangsweise Verschwindenlassen von Personen, das Verbrechen der Apartheid sowie erzwungene Schwangerschaften oder Zwangssterilisationen hinzugekommen sind. Zudem erfährt der Anwendungsbereich dieses Artikels noch dadurch eine beträchtliche Ausweitung, dass durch eine Art von Generalklausel (Art. 7 Abs. 1 Nr. k) auch „andere unmenschliche Handlungen ähnlicher Art" erfasst werden können, wodurch freilich zugleich die Bestimmbarkeit dieser Kategorie in Frage gestellt wird.
- Andererseits wird eine gewisse Einengung dadurch erreicht, dass die vorgenannten Handlungen „im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs" begangen sein müssen (Art. 7 Abs. 1), wobei sich allerdings die Frage stellt, inwieweit etwa auch der „kleine Soldat", der an einer tatbestandlichen Aktion teilnimmt, von diesem Gesamtplan wissen muss, oder ob es insoweit allein auf die militärischen Machthaber oder sonstige „policy maker" ankommt. Diese Frage ist derzeit noch nicht restlos geklärt[36], wobei mir selbst als genügend erscheint, dass der individuelle Täter um seine Eingebundenheit in eine unmenschliche Politik weiss, ohne des Weiteren auch den Umfang und die Struktur der Gesamtplanung genauer kennen zu müssen.

4. Kriegsverbrechen (Art. 8)

Auch bei dieser Verbrechenskategorie ist die Verbindung eines allgemeinen Merkmals mit bestimmten Tathandlungen charakteristisch.

- Als Tathandlungen werden zunächst „schwere Verletzungen der Genfer Abkommen" von 1949 genannt (Art. 8 Abs. 2 Nr. a), wie vorsätzliche Tötung, unmenschliche Behandlung (einschliesslich biologischer Versuche) oder Geiselnahme. Diese Spezifizierung wird aber generalisierend ausgeweitet auf „andere schwere Verstösse" von völkerrechtlichen Gesetzen und Gebräuchen im Rahmen von bewaffneten Konflikten (Art. 8 Abs. 2 Nrn. b–f), so dass man auf rund 50 verschiedene kriegsverbrecherische Tathandlungen kommt, die sich allerdings zum Teil mit Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 7) überlappen, wie beispielsweise Vergewaltigung, sexuelle Sklaverei oder Nötigung zur Prostitution, ohne dass das Statut erkennen liesse, wie bei einer solchen „Konkurrenz" mehrerer Tatbestände zu verfahren sei[37].
- Dieser materiell weite Anwendungsbereich scheint jedoch eine gewisse Einschränkung dadurch zu erfahren, dass die „jurisdiction „des ICC über Kriegsverbrechen „insbesondere" dann gegeben sein soll, „wenn diese als Teil eines Planes

---

36 Vgl. *R. Dixon*, Art. 7 Rn. 15, in: *Triffterer*, Commentary (Fn. 2), *von Hebel / Robinson* (Fn. 33), 95 ff.

37 Wobei es sich bei dieser Fehlanzeige nicht um eine Besonderheit der Tatbestände des Art. 8 handelt, sondern es im Rom-Statut generell an einer Regelung der im deutschsprachigen Rechtskreis so genannten „Konkurrenzen" fehlt. Zu einem möglichen Regelungsversuch vgl. *S. Walther*, Cumulation of Offences, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 475–495.

oder einer Politik oder als Teil der Begehung solcher Verbrechen in grossem Umfang verübt werden" (Art. 8 Abs. 1). Indes ist fraglich, inwieweit es sich dabei um eine zwingende Einengung handelt. Dies wäre der Fall gewesen, wenn, wie von den USA gewünscht, die Zuständigkeit des ICC „nur" unter der vorgenannten Generalklausel gegeben wäre; nachdem jedoch anstelle von „only" lediglich von „in particular" die Rede ist[38], kann die Zuständigkeit des Gerichts über die ausdrücklich genannte politische Zielsetzung oder „large scale-commission" hinaus auch in anderen Fällen gegeben sein wie beispielsweise, wenn bei einer Einzelaktion ein unverteidigtes Dorf total vernichtet wird, ohne dass ein dahinter stehender Gesamtplan nachweisbar wäre.

- Im Übrigen bleibt bei Kriegsverbrechen auch noch eine Übergangsbestimmung (Art. 124) zu beachten, wonach ein Mitgliedstaat für einen Zeitraum von 7 Jahren nach Inkrafttreten des Statuts die Zuständigkeit des ICC ablehnen kann, wenn ein Kriegsverbrechen angeblich von einem seiner Staatsangehörigen oder auf seinem Hoheitsgebiet begangen wurde. Da es sich bei dieser „opt-out"-Klausel, die vor allem auf Betreiben von Frankreich in das Statut kam[39], um eine nur mit nationalen Eigeninteressen erklärbare Schwächung internationaler Strafgerichtsbarkeit handelt, wäre zu wünschen gewesen, dass sich auf diese Weise kein Land der internationalen Verantwortung für Kriegsverbrechen entzieht – eine von Frankreich leider bereits enttäuschte Hoffnung[40].

5. Aggression (Art. 5 Abs. 1 Nr. d, Abs. 2)

Diese Verbrechenskategorie ist – ähnlich wie zuvor bei den Kriegsverbrechen sichtbar geworden – ein weiteres Beispiel dafür, wie schwer es manchen Ländern fällt, sich dem ICC zu unterwerfen. Denn obgleich das Verbrechen der Aggression dem ICC unterfällt (Art. 5 Abs. 1 Nr. d), vermochte man sich in Rom nicht auf eine Definition der Aggression zu einigen[41]. Deshalb ist insoweit die Ausübung der Internationalen Strafgerichtsbarkeit so lange aufgeschoben, bis in einem dafür vorgesehenen Verfahren nach den Art. 121 und 123 das Verbrechen der Aggression definiert ist und weitere Bedingungen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit festgelegt sind (Art. 5 Abs. 2). Ob und wann dies zu erwarten ist oder überhaupt jemals gelingen wird, ist derzeit nicht abzusehen[42].

B. Prozedurale Vorbedingungen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit (Art. 12–20)

Die Annahme eines der vorgenannten Verbrechen ist eine notwendige, aber keineswegs ausreichende Bedingung für die Zuständigkeit des ICC. Denn zudem müssen einerseits noch weitere Bedingungen erfüllt bzw. andererseits bestimmte Ausschlussgründe zu verneinen sein. Dabei lassen sich im Wesentlichen drei Arten von positiven und negativen Zulässigkeitsgründen unterscheiden:

---

38 Vgl. *von Hebel / Robinson* (Fn. 33), 106 ff.

39 Vgl. *A. Zimmermann*, Art. 124 Rn. 1, in: *Triffterer*, Commentary (Fn. 2).

40 Und zwar mittels einer die französische Ratifizierung des Rom-Statuts begleitenden Declaration: kritisch dazu *A. Pellet*, Entry into Force and Amendment of the Statute, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 145–184 (168 ff.).

41 Näher dazu *A. Zimmermann*, Art. 5 Rn. 17 ff., in: *Triffterer*, Commentary (Fn. 2).

42 Skeptisch dazu, wenn auch nicht ohne jede Hoffnung, G. GAJA, The Long Journey towards Repressing Agression, in: *Cassese /Gaeta / Jones* (Fn. 2), 427–441.

1. „Anknüpfungspunkte"

Das damit gemeinte Erfordernis lässt sich vielleicht am einfachsten mit einem vergleichenden Blick auf die Ausdehnung nationalen Strafrechts auf Auslandstaten erklären[43]. Geht man davon aus, dass die Ausübung von Staatsgewalt – einschliesslich der Justizhoheit – grundsätzlich auf das eigene Staatsgebiet beschränkt ist („Territorialitätsprinzip"), so bedarf es für die Anwendung des nationalen Strafrechts auf Taten, die jenseits des eigenen Staatsgebiets begangen werden, eines besonderen Grundes in Form eines so genannten „Anknüpfungspunktes". Dieser kann vor allem in der Staatsangehörigkeit des Täters („aktives Personalitätsprinzip") oder des Opfers („passives Personalitätsprinzip") liegen, oder es kann um eigene staatliche Interessen („Real-" bzw. „Schutzprinzip") oder um international schützenswerte Rechtsgüter gehen („Universal-" bzw. „Weltrechtsprinzip"); unter Umständen kommt auch „Stellvertretende Strafrechtspflege" in Betracht, wie vor allem dann, wenn der Tatortstaat zu einer Verfolgung nicht in der Lage ist und/oder der Justiz des Ergreifungsortes die Verfolgung überlässt. Während ein Vergleich der verschiedenen nationalen Strafrechtsordnungen ergibt, dass sie für die Erstreckung auf Auslandstaten in unterschiedlicher Weise das eine oder das andere der vorgenannten Prinzipien heranziehen, erscheint für eine Internationale Strafgerichtsbarkeit das »Universalitätsprinzip" die erste und zudem selbstverständliche Wahl zu sein, mit der Folge, dass sich schon aus dem Vorliegen eines der im Statut genannten Verbrechen die Zuständigkeit des ICC ergeben müsste, und zwar ohne Rücksicht auf den Ort der Tat oder die Nationalität des Täters oder Opfers[44]. Eine Ausnahme davon erschiene allenfalls im Hinblick auf das Territorium von Nicht-Mitgliedstaaten des Statuts denkbar; doch selbst dieser Ausnahme wäre entgegenzuhalten, dass bei Verbrechen, welche nach Art. 5 Abs. 1 Rom-Statut „die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren", die Internationale Strafgerichtsbarkeit eigentlich von keinem Nationalstaat ausgesperrt bleiben darf. Eine als solche allein konsequente Heranziehung des Universalitätsprinzips konnte sich jedoch gegen die nationalen Eigeninteressen vieler um ihre Souveränität besorgten Länder nicht durchsetzen[45]. Deshalb wird im Rom-Statut die Internationale Strafgerichtsbarkeit – über das Vorliegen eines der aufgelisteten internationalen Verbrechen hinaus – von weiteren „Anknüpfungspunkten" abhängig ge-

---

43 Allgemein zu den dabei auseinander zu haltenden Ebenen national konkurrierender Strafrechte, internationaler (prozeduraler) Kooperation und supranationaler Strafgerichtsbarkeit vgl. *A. Eser*, Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases, in: *E. M. Wise* (ed.), Criminal Science in a Global Society. Essays in Honor of Gerhard O. W. Mueller, 1994, 3–20.

44 Vgl. *L. Caflisch*, Der neue Internationale Strafgerichtshof – ein nötiger oder wünschenswerter Eingriff in die staatliche Hoheit?, in: Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission (Hrsg.), Eingriff in die inneren Angelegenheiten fremder Staaten zum Zwecke des Menschenrechtsschutzes, 2002, 39–63 (49), sowie *C. Kress*, Der Internationale Strafgerichtshof und die USA, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 9/2002, 1087–1100 (1089 f.).

45 Dies könnte sich auch daraus erklären, dass sich auch schon in der Vergangenheit das Universalitätsprinzip auf internationaler Ebene nicht zu etablieren vermochte: vgl. *M. Ch. Bassiouni*, Universal Jurisdiction for International Crimes. Historical Perspectives and Contemporary Practice, in: Virginia Journal of International Law 42 (2001), 81–162 (105 ff.). Zu der demgegenüber komplementären Ausübung nationaler Strafgewalt zur Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen auf der Grundlage des Universalitätsprinzips vgl. das zu Fn. 54 und 64 angeführte Schrifttum.

macht. Dabei sind – in einer wenig transparenten Gesetzestechnik – folgende Fälle zu unterscheiden[46]:

1. der Fall, dass eine „Situation", in der eines der internationalen Verbrechen begangen worden sein könnte, vom Sicherheitsrat der United Nations an die Anklagebehörde des ICC überwiesen wurde (Art. 13 Nr. b),
2. der Fall, dass ein oder mehrere Mitgliedstaaten des Statuts einen Tatverdacht der Anklagebehörde unterbreitet haben (Art. 13 Nr. a), und
3. der Fall, dass der Ankläger selbst Ermittlungen eingeleitet und eine Vorverfahrenskammer (sog. Pre-Trial Chamber) dies genehmigt hat (Art. 13 Nr. c, 15 Abs. 4),
4. wobei in den Fallgruppen (b) und (c) hinzukommen muss, dass entweder
   - der Tatortstaat Mitglied des Statuts ist (Art. 12 Abs. 2 Nr. a): insoweit handelt es sich hier um eine Ausprägung des „Territorialitätsprinzips",
   - oder der Beschuldigte Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaats ist (Art. 12 Abs. 2 Nr. b): insofern wird hier an das „aktive Personalitätsprinzip" angeknüpft.

Mit diesen Kompliziertheiten nicht genug, kann das vorgenannte mitgliedschaftliche Erfordernis dadurch ersetzt werden, dass ein Nicht-Mitgliedstaat, auf dessen Territorium die angeschuldigte Tat begangen wurde oder dessen Staatsangehörigkeit der Angeschuldigte besitzt, aufgrund einer so genannten „opt-in"-Klausel für das infragestehende Verbrechen die Zuständigkeit des ICC anerkennt (Art. 12 Abs. 3).

2. Ausreichende „Schwergewichtigkeit" als Zulässigkeitsvoraussetzung (Art. 17 Abs. 1 Nr. d)

Auch wenn dies möglicherweise nicht als echte Zuständigkeitsvoraussetzung zu verstehen ist, findet die internationale Strafgerichtsbarkeit eine Grenze zudem auch darin, dass der ICC einen Fall für „inadmissable" zu erklären hat, wenn „die Sache nicht schwerwiegend genug ist, um weitere Massnahmen des Gerichtshofs zu rechtfertigen", weil es sich nicht um einen Fall von „schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren", handelt (Art. 17 Abs. 1 Nr. d in Verbindung mit Präambel Abs. 10 und Art. 1 S. 2).

C. Zusammenfassung der wesentlichen Voraussetzungen internationaler Strafgerichtsbarkeit

Lässt man weitere Einschränkungen, die sich aus dem Vorrang nationaler Strafjustiz[47] und dem Grundsatz „ne bis in idem" (Art. 20) ergeben können, ausser Acht, so setzt das Eingreifen des ICC Folgendes voraus:

---

46 Näher zu diesen verschiedenen „Triggermechanismen", mit denen die Zuständigkeit des ICC begründet oder ausgeschlossen werden kann, vgl. *F. Lattanzi*, The Rome Statute and State Sovereignty. ICC Competence, Jurisdictional Links, Trigger Mechanism, in: *Lattanzi / Schabas* (Fn. 2), 51–66, sowie die Beiträge zu „Trigger Mechanisms" von *Ph. Kirsch /D. Robinson* und *L. Condorelli /S. Villapando*, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 619–664.

47 Vgl. unten IV.1.

- Erstens muss der Tatvorwurf ein Verbrechen des in Art. 5 genannten Katalogs zum Gegenstand haben,
- zweitens muss der Tatvorwurf schwergewichtig genug sein, um eine Ermittlung und Verfolgung durch den ICC zu rechtfertigen (Art. 17 Abs. 1 Nr. d),
- und drittens muss entweder der Tatortstaat oder der Staat, dessen Staatsbürger der Beschuldigte ist, Vertragspartner des ICCStatuts sein (Art. 12 Abs. 2); falls er dies nicht ist, kann er jedoch durch die „opt-in"-Klausel nach Art. 12 Abs. 3 die Gerichtsbarkeit des ICC für das infragestehende Verbrechen anerkennen.

Sind die vorgenannten Voraussetzungen gegeben, so kann unter Umständen selbst der Staatsangehörige eines Nicht-Mitgliedstaates der Gerichtsbarkeit des ICC unterworfen sein, wie etwa in dem Fall, dass der Soldat eines Nicht-Mitgliedstaates ein Humanitätsverbrechen auf dem Territorium eines Mitgliedstaates begeht. Noch weitergehend ist die Mitgliedschaft des Tatortstaates wie auch die Nationalität des Beschuldigten unerheblich, wenn der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen einen möglicherweise verbrecherischen Vorgang dem Ankläger des ICC unterbreitet hat (Art. 13 Nr. b)[48]. Demzufolge könnten namentlich auch US-Bürger unter bestimmten Umständen selbst dann der Internationalen Strafgerichtsbarkeit unterworfen werden, wenn die USA dem Rom-Statut nicht beitreten und zudem auch jede Zusammenarbeit mit dem ICC verweigern sollten. Diese Befürchtung, selbst im Falle eines Nichtbeitritts zum Rom-Statut eigene Staatsangehörige der Verfolgung durch den ICC ausgesetzt zu sehen, liess es zunächst erklärlich erscheinen, dass die USA, obwohl sie in Rom gegen die Annahme des ICC-Statuts votiert hatten, sich schliesslich doch noch – wenn auch im allerletzten Moment kurz vor der am 31.12.2000 auslaufenden Unterzeichnungsfrist (Art. 125 Abs. 1) – zur Signatur entschlossen haben und sich damit auch ein Mitberatungsrecht an den von einer Preparatory Commission auszuarbeitenden „Elements of Crimes" und „Rules of Procedure and Evidence"[49] sicherten. Wenn sich die USA dann gleichwohl durch ein völkerrechtlich ungewöhnliches „unsigning" aus dem Rom-Statut wiederum zurückgezogen haben[50], so könnte der Umstand, dass dieser Rückzieher nach Abschluss der Arbeit der Preparatory Commission erfolgte, die Vermutung nahe legen, dass es danach im internen Rahmen eben nichts mehr zu beeinflussen gab. Doch damit nicht genug, ist die US-Regierung dann sogar zur aktiven Bekämpfung des ICC übergegangen, indem der UN-Sicherheitsrat zu einer (jeweils zu erneuernden) einjährigen Immunitätssicherung zu Gunsten von Angehörigen der US-Streitkräfte veranlasst wurde[51] und zudem durch ein Netz von bilateralen Verträgen möglichst viele Länder sich dazu verpflichten sollten, US-Staatsangehörige nicht an den ICC auszuliefern[52]. Das aber

---

48 Vgl. oben III.B.1 (a).

49 Vgl. unten VII. 2.

50 Durch ein Schreiben des US-Government an den Generalsekretär der UN vom 6. Mai 2002. Diesem Schritt ist mit inhaltsgleichem Schreiben vom 28. August 2002 auch die israelische Regierung gefolgt.

51 Vgl. Resolution 1422 des UN-Sicherheitsrats vom 12. Juli 2002. Näher zu den Hintergründen und der völkerrechtlichen Zweifelhaftigkeit dieser Resolution *Kress* (Fn. 44), insbes. 1092 ff.

52 Womit sich inzwischen Israel und Rumänien einverstanden erklärt haben: vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 12.8.2002. Soweit Abkommen mit Vertragsstaaten geschlossen werden, stellt sich die Frage, inwieweit das Eingehen einer Verpflichtung zur Nichterfüllung von Überstellungsersuchen mit der in Art. 86 Rom-Statut übernommenen Kooperationsverpflichtung der Vertragsstaaten zu vereinbaren ist. Selbst wenn nach Art. 98 Rom-Statut ein Überstellungsersuchen unzulässig ist, wenn mit dessen Erfüllung der Vertragsstaat eine völkerrechtliche Verpflichtung

wird kaum noch allein mit der nachvollziehbaren Abwehr möglicherweise ungerechtfertigter Verfolgungen von US-Bürgern durch die Internationale Gerichtsbarkeit zu erklären sein, sondern dürfte in deren grundsätzlicher Ablehnung einen tieferen Grund haben[53]. Denn wie sich aus dem nachfolgenden Abschnitt zum Verhältnis von nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit ergeben wird, hätten es die USA im Falle eines Tatvorwurfs gegen einen eigenen Staatsbürger durchaus selbst in der Hand, durch ein eigenes nationales Verfahren einem Einschreiten des ICC zuvorzukommen – ganz abgesehen von den zusätzlichen Schutzmechanismen, wie vor allem der erforderlichen Zulassung einer Strafverfolgung durch eine Vorverfahrenskammer (Art. 15 Abs. 3, Art. 61 Rom-Statut), wodurch etwa völlig unfundierte und von politischer Willkür motivierte Verfolgungen abgeblockt werden könnten.

IV. Das Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshofs zur nationalen Strafjustiz und zu den Vereinten Nationen

1. Die Komplementarität zwischen nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit[54]

Um die bereits in der Präambel (Abs. 10) erwähnte „Komplementarität" der internationalen zur nationalen Strafgerichtsbarkeit in ihrer Neuartigkeit verstehen zu können, lohnt sich zunächst ein Rückblick auf den Status der vorangegangenen internationalen Tribunale[55]. Für die Internationalen Militärtribunale von Nürnberg und Tokio war es charakteristisch, dass sie – wenn auch vielleicht nicht theoretisch, so jedenfalls praktisch – über eine exklusive Strafhoheit im Verhältnis zur jeweiligen nationalen Strafjustiz verfügten. Beide Gerichtshöfe übten ihre Strafgewalt in den Ländern aus, um deren Staatsangehörige es im Wesentlichen ging; und soweit ausländische Tatortstaaten betroffen und ihrerseits gleichsam Opfer der Kriegsverbrechen waren, hatten sie verständlicherweise keine Einwände dagegen, dass sich eine internationale Strafjustiz der Verfolgung annahm. Auf diese Weise hatten die Internationalen Militärtribunale in der Regel direkten Zugriff auf die Beschuldig-

---

verletzen würde, so dürfte damit doch implizit vorausgesetzt sein, dass diese Verpflichtung ihrerseits nicht durch Verletzung der Kooperationsverpflichtung aus Art. 86 Rom-Statut zustande gekommen ist. Vgl. auch *Kress* (Fn. 44), 1099.

53 Zu verschiedenartigen und unterschiedlich weit gehenden Einwänden, die seitens von US-Autoren gegen die internationale Strafgerichtsbarkeit erhoben werden, vgl. beispielsweise das Sonderheft „The United States and the International Criminal Court", in: Law and Contemporary Problems 64 (2001) mit teils gegenläufigen Stellungnahmen. Vgl. ferner *Caflisch* (Fn. 44), 58 ff., *Kress* (Fn. 44), 1088 ff.

54 Allgemein dazu *A. Eser*, National Jurisdiction over Extraterritorial Crimes within the Framework of International Complementarity, in: *L. Ch. Vohrah / M. Bohlander* (eds.), Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese, 2002, 277–293; vgl. auch *Werle* (Fn. 16), 832 f.

55 Allgemein dazu *P. Benvenuti*, Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions, in: *Lattanzi / Schabas* (Fn. 2), 21–50, *J. T. Holmes*, Complementarity: National Courts versus the ICC, in: *Cassese /Gaeta / Jones* (Fn. 2), 667–686.

ten wie auch auf etwaige Beweismittel[56]. Deshalb hat man es hier mit einem – wohl erstmals von Bassiouni so bezeichneten – „direct enforcement model" zu tun[57].

Schon nicht mehr ganz so weit wie bei den Internationalen Militärtribunalen von Nürnberg und Tokio geht die Macht der Ad-hoc-Tribunale für Jugoslawien und Ruanda. Zwar bleibt deren Jurisdiktion „primacy over national courts" eingeräumt, mit der Folge, dass der ICTY in jedem Stadium des Verfahrens von nationalen Gerichten die Überweisung eines Verfahrens verlangen kann (Art. 9 Abs. 2 ICTY-Statut). Doch ist dieser Primat kein ausschliesslicher, da aufgrund ausdrücklicher konkurrierender Zuständigkeit das Recht der nationalen Gerichte erhalten bleibt, internationale Verbrechen so lange zu verfolgen, als das ICTY die Sache nicht an sich gezogen hat (Art. 9 Abs. 1 ICTY-Statut)[58].

Es versteht sich, dass solche Prioritätsfragen für die Souveränität der Nationalstaaten von essentieller Bedeutung sind. Deshalb konnte es nicht ausbleiben, dass es gerade bei diesem Streitpunkt schon im Vorfeld der Rom-Konferenz zu einem Machtkampf gekommen war, an dem die gesamten Bemühungen um einen Internationalen Strafgerichtshof hätten scheitern können[59]. Die Lösung kam schliesslich mit Anerkennung der ausdrücklich so bezeichneten Komplementarität der internationalen gegenüber der nationalen Strafgerichtsbarkeit (Präambel Abs. 10, Art. 1 Satz 2)[60]. Diesem „Zauberwort"[61] lassen sich folgende Grundsätze entnehmen:

1. Auch wenn im Rom-Statut weder von einem „Primat" noch von „Priorität" der einen Seite gegenüber der anderen gesprochen wird, so kommt doch der Sache nach der nationalen Strafjustiz zumindest die grundsätzliche Priorität zu; denn wenn und solange ein zuständiger Nationalstaat die Verfolgung eines internationalen Verbrechens betreibt oder abschliessend darüber geurteilt hat, ist die Verfolgung durch den ICC nicht zulässig (Art. 17 Abs. 1 Nrn. a bis c, Art. 20).

2. Dieser nationale Vorrang findet jedoch dort seine Grenze, wo die zuständige nationale Justiz „nicht willens oder nicht in der Lage" ist, die Verfolgung eines internationalen Verbrechens ernsthaft zu betreiben (Art. 17 Abs. 1 Nrn. a und b), wobei ein Mangel an Verfolgungswillen unter anderem auch dann anzunehmen ist, wenn ein nationales Strafverfahren in einer Weise geführt wird, dass es letztlich den Beschuldigten vor einer wirksamen Verfolgung abschirmen soll (vgl. Art. 17 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3) – etwa in der Weise, dass der Nationalstaat zwar ein Strafverfahren gegen seinen beschuldigten Staatsangehörigen einleitet, dieses jedoch gezielt auf Freispruch hintreibt, um einer weiteren internationalen oder auch nati-

---

56 Vgl. 23/26 *Benvenuti* (Fn. 55), 23 f.

57 So in *M. Ch. Bassiouni*, International Criminal Law. A Draft International Criminal Code, 1980, 107 ff. – im Unterschied zu einem „Indirect Enforcement Model", bei dem Völkerstrafrecht durch nationalstaatliche Gerichte durchgesetzt wird. Vgl. dazu auch *Triffterer* (Fn. 32), 515 f. sowie in: *Triffterer*, Commentary (Fn. 2), Part 1 Rn. 49.

58 Vgl. *Graefrath* (Fn. 20), 297 ff. sowie *Benvenuti* (Fn. 55), 32 ff., *Triffterer* (Fn. 32), 519 f.

59 Allgemein zum Verhältnis nationaler Souveränität zu supranationaler Strafgerichtsbarkeit vgl. *Bassiouni* (Fn. 45), 89 ff.

60 Vgl. *Triffterer* (Fn. 32), 527 ff., BENVENUTI (Fn. 55), 38 ff., *J. T. Holmes*, The Principle of Complementarity, in: *Lee* (Fn. 2), 41–78.

61 Zu dieser wohl aus dem Französischen übernommenen „complementarité" in die bislang auch im Englischen unbekannte „complementarity" vgl. *M. Ch. Bassiouni*, Explanatory Note on the ICC Statute, in: Revue Internationale de Droit Pénal (Fn. 1), 5.

onalen Strafverfolgung das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 20) entgegenhalten zu können.

3. Wie im Falle eines Kompetenzstreits innerhalb dieser gleichsam konsekutiven Zuständigkeit von nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit zu entscheiden ist und wer dabei letztlich die Oberhand behält, hängt davon ab, wem die so genannte Kompetenz-Kompetenz zukommt. Könnte beispielsweise ein nationales Gericht selber darüber befinden, ob es sich für fähig oder willens hält, ein Verfahren durchzuführen, so bliebe der ICC dem guten oder bösen Willen der nationalen Justiz ausgeliefert. Hat dagegen der ICC darüber zu befinden, ob ein nationales Gericht unwillens oder unfähig zur Verfolgung eines internationalen Verbrechens ist, so hat er bei Kompetenzstreitigkeiten das letzte und damit entscheidende Wort. Obgleich dies im Statut nicht ausdrücklich klargestellt ist, auf jeden Fall aber die Feststellung mangelnden Wollens oder Könnens eines nationalen Gerichts dem ICC zur Prüfung obliegt (Art. 17 Abs. 2, 3), spricht vieles dafür, dass trotz temporaler Priorität der nationalen Strafgerichtsbarkeit letztlich dem ICC der Primat zukommt[62].

4. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist schliesslich die Pflicht der nationalen Gerichtsbarkeiten zur internationalen Zusammenarbeit mit dem ICC, wie dies in Teil 9 des Rom-Statuts (Art. 86–102) vergleichsweise eingehend geregelt ist[63].

5. Dieses Ergebnis erscheint im Übrigen auch aus der Funktion internationaler Strafjustiz gut begründet: So sehr es einerseits verständlich ist, sowohl in Respektierung staatlicher Souveränität als auch im Interesse möglichst tatnaher Strafverfolgung der jeweiligen nationalen Justiz den Vortritt zu lassen, so wenig wäre es andererseits zu verstehen, wenn die zum Schutz vor und zur Ahndung von Völkerrechtsverbrechen eingerichtete Internationale Strafgerichtsbarkeit tatenlos zusehen müsste, wie eine nationale Strafjustiz ihrer Verfolgungspflicht – aus welchen Gründen auch immer – nicht nachkommt. Wie in Blickverengung auf traditionelle Souveränitätsvorstellungen offenbar immer noch gerne übersehen wird, handelt es sich bei der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen nicht nur um ein Recht des betroffenen Staates, sondern zugleich auch um eine der Weltgemeinschaft geschuldete Verpflichtung, deren Erfüllung nicht in nationales Belieben gestellt sein kann, sondern in Gestalt der Internationalen Strafgerichtsbarkeit der Weltgemeinschaft gegenüber zu verantworten ist. Deshalb fungiert bei völkerrechtlichen Verbrechen die nationale Strafjustiz im Grunde lediglich in internationalem Auftrag, der konsequenterweise an den supranationalen Auftraggeber zurückzugeben ist, wenn die nationale Strafjustiz versagt[64]. In diesem Licht ist auch die Kooperati-

---

62 Vgl. *Caflisch* (Fn. 44), 51, *Holmes* (Fn. 59), 51 ff., *Sh. A. Williams*, Art. 17 Rn. 31, in: *Triffterer*, Commentary (Fn. 2), aber auch *A. Cassese*, The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, in: European Journal of International Law (EJIL) 10 (1999), 144–171 (159 f.), *Triffterer* (Fn. 32), 529 f.

63 Allgemein dazu *D. Rinoldi / N. Parsi*, International Co-Operation and Judicial Assistance Between States Parties and the International Criminal Court, in: *Lattanzi / Schabas* (Fn. 2), 339–390, sowie *A. Ciampi*, The Obligation to Cooperate, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 1607–1638.

64 Näher zu dieser Verfolgungspflicht aus konstitutionellen Interessen der Weltgemeinschaft *A. Eser*, Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: Ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, in: *A. Donatsch / M. Forster / Ch.*

onsverpflichtung gemäss Art. 86 Rom-Statut zu sehen: Mit dieser erscheinen bilaterale Abkommen mit Nicht-Mitgliedstaaten allenfalls insoweit vereinbar, als die Ausschliessung Internationaler Strafgerichtsbarkeit durch entsprechend ernsthafte nationale Strafverfolgungen ausgeglichen wird.

2. Die Rollen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen und der Anklagebehörde[65]

Auch um diese Rollen wurde sowohl vor als auch während der Rom-Konferenz heftig gestritten. Je nachdem, ob die Anklagebehörde des ICC kraft eigenen Rechts eine Strafverfolgung einleiten darf oder ob sie dafür einer Genehmigung des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen bedarf oder ob Letzterer sogar das exklusive Initiativrecht zur Einleitung eines internationalen Strafverfahrens haben sollte, findet eine Verschiebung von objektiver Gerechtigkeit zu politischer Macht statt. Läge das Initiativrecht zur Strafverfolgung in den Händen des Sicherheitsrats, so könnten sich dessen Mitglieder von vornherein gegenüber Verfolgungen eigener Staatsbürger durch den ICC abschirmen – mit entsprechendem internationalem Zuwachs an Macht. Wem demgegenüber an einem Höchstmass an unparteilicher Gerechtigkeit gelegen war, musste an einer möglichst starken und unabhängigen Stellung der Anklagebehörde interessiert sein. Der um diese Positionen geführte Machtkampf führte schliesslich zu folgendem Kompromiss:

- Auf der einen Seite wird dem Ankläger ein eigenes Initiativrecht zur Einleitung von Ermittlungen eingeräumt (Art. 13 Nr. c, Art. 15 Abs. 1 und 2), wobei er jedoch einer gerichtlichen Kontrolle durch eine Vorverfahrenskammer unterliegt (Art. 15 Abs. 3–6)[66].
- Andererseits hat der Sicherheitsrat das Recht, der Anklagebehörde eine „situation", in der möglicherweise eines oder mehrere internationale Verbrechen begangen wurden, zu unterbreiten (Art. 13 Nr. b) und sie dadurch zum Tätigwerden zu veranlassen. Weitaus einschneidender, weil damit dem Ankläger in den Arm fallend, ist jedoch in umgekehrter Richtung das Recht des Sicherheitsrats, für einen (verlängerbaren) Zeitraum von 12 Monaten einen Aufschub der Ermittlungen oder der Strafverfolgung zu verlangen (Art. 16). Dies kann sicherlich dann nützlich sein, wenn durch voreilige Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegenüber einem unberechenbaren Diktator der Weltfriede gefährdet sein könnte. Allerdings wird damit auch ein mögliches Tor zur Obstruktion eröffnet, indem Mitglieder des Sicherheitsrats Ermittlungen gegen eigene Staatsbürger blockieren können, wobei allerdings noch klärungsbedürftig ist, ob dafür schon ein einzelnes Veto genügt

---

Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel, 2002, 219–236 (insbes. 232 ff.); vgl. auch *Eser* (Fn. 54).

65 Allgemein dazu *P. Gargiulo,* The Controversial Relationship between the International Criminal Court and the Security Council, in: *Lattanzi / Schabas* (Fn. 2), 67–102, *L. Yee*, The International Criminal Court and the Security Council, in: LEE (Fn. 2), 143–152.

66 Allgemein dazu *S. A. Fernández de Gourmendi*, The Role of the International Prosecutor, in: *Lee* (Fn. 2), 175–188; *J. R. W. D. Jones*, The Office of the Prosecutor, in: *Cassese /Gaeta / Jones* (Fn. 2), 269–274; *G. Turone*, Powers and Duties of the Prosecutor, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 1137–1180.

oder das intervenierende Mitglied des Sicherheitsrates dessen Mehrheit auf seine Seite bringen muss[67].

- Dieses Interventionsrecht des Sicherheitsrats gilt selbst für den Fall, dass ein Einzelstaat von seinem Recht Gebrauch macht, ein verbrecherisches Geschehen dem Ankläger zum Zwecke von Ermittlungen zu unterbreiten (Art. 13 Nr. a); denn auch in einem solchen Fall, in dem eine zur Verfolgung möglicherweise selbst nicht fähige nationale Strafjustiz die Hilfe des ICC in Anspruch nehmen möchte, kann der Sicherheitsrat nach Art. 16 dazwischentreten.

Welches Gewicht dieser Machtverteilung zwischen einem – alle Länder vertretenden – Internationalen Strafgerichtshof und dem – wesentlich weniger Länder repräsentierenden – Sicherheitsrat zukommt, mag auch daran abzulesen sein, dass es die damalige Chefanklägerin der gegenwärtigen Internationalen Tribunale für Jugoslawien und Ruanda, Judge Louise Arbour, für notwendig erachtet hatte, die Rolle des Anklägers auf einem internationalen Workshop zu diskutieren. Als Mitorganisator dieser Veranstaltung hat es mich natürlich befriedigt, feststellen zu können, dass nicht wenige der in einer „Freiburg-Deklaration zur Stellung der Staatsanwaltschaft eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs" erhobenen Forderungen[68] sinngemäss im Rom-Statut vorzufinden sind.

Die dabei erreichte Machtbalance wird ernsthaft gefährdet, wenn nicht sogar aus den Angeln gehoben, wenn vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen schon zum Vorhinein gemäss Art. 16 Rom-Statut ein 12-monatiger Ermittlungs- und Strafverfolgungsaufschub beschlossen wird, wie dies auf Drängen der USA für den Fall von UN-Militäreinsätzen zu Gunsten von Staatsangehörigen von Nicht-Mitgliedsstaaten des Rom-Statuts durch Resolution 1422 vom 12. Juli 2002 geschehen ist[69]. Umso mehr bleibt zu hoffen, dass von der ebenfalls bereits beschlossenen Verlängerungsabsicht des Aufschubs um ein weiteres Jahr kein Gebrauch gemacht wird, ohne zuvor die Vereinbarkeit solcher antizipierender Verfolgungsbeschränkungen mit dem Sinn der Aufschubklausel des Art. 16 und mit der Kooperationspflicht des Art. 86 Rom-Statut geprüft und auf jeden Fall sichergestellt zu haben, dass bei begründetem Tatverdacht die nationale Strafjustiz des Beschuldigten ihrer eigenen Verfolgungspflicht bei Völkerrechtsverbrechen ernsthaft nachkommt[70].

V. Allgemeine Prinzipien und Elemente strafrechtlicher Verantwortlichkeit

Schon allein die Tatsache, dass im Rom-Statut ein eigener Abschnitt zu „General Principles of Criminal Law" zu finden ist (Teil 3), ist als Novität und besondere Errungenschaft zu preisen; denn nachdem in den früheren Entwürfen der International Law Commission, die vornehmlich von Vertretern des Völkerrechts erarbeitet worden waren[71], so gut wie keine

---

67 In letzterem Sinne wohl *Caflisch* (Fn. 44), 57, und *Kress* (Fn. 44), 1095.

68 Vgl. dazu die bereits in Fn. 6 erwähnte Dokumentation, mit Abdruck der Deklaration in Englisch, Französisch, Spanisch und Deutsch, 667 ff.

69 Vgl. oben zu Fn. 51.

70 Für diese Verpflichtung wird es auch schwerlich auf die formale Mitgliedschaft des Rom-Statuts ankommen können, da sie – wie bereits oben bei IV.1 (e) erwähnt – im Falle von Völkerrechtsverbrechen funktional der Weltgemeinschaft geschuldet ist.

71 Vgl. *Ch. Tombuschat*, Die Arbeit der ILC im Bereich des materiellen Völkerrechts, in: *Hankel / Stuby* (Fn. 14), 270–294.

strafrechtlichen Regeln zu finden waren[72], haben sich auch die Statute der Internationalen Tribunale für Jugoslawien und Ruanda auf knappe Regeln zur persönlichen und individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit beschränkt (Art. 6, 7 ICTY- und ICTR-Statut). Nachdem selbst das „Draft Statute for a Permanent International Criminal Court" der International Law Commission von 1994 lediglich einen kurzen Art. 33 über „Applicable Law" enthielt, sah sich eine Gruppe von Strafrechtsexperten veranlasst, in den Jahren 1995 und 1996 auf Workshops in Siracusa und Freiburg einen Alternativentwurf zu entwickeln, der vergleichsweise eingehende materiellrechtliche Regelungen brachte[73]. Nachdem diese Vorschläge Eingang in die Beschlussvorlagen des Preparatory Committee für die Rom-Konferenz gefunden hatten, enthält das ICC-Statut nun immerhin einen ersten Grundstock von wesentlichen Voraussetzungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit beziehungsweise von diese möglicherweise ausschliessenden Gründen (Art. 21–33). Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien dazu lediglich folgende Punkte angesprochen[74]:

1. Anwendbares Recht (Art. 21)

Nachdem das Rom-Statut verständlicherweise nicht alle strafrechtlichen Einzelfragen lösen konnte, muss im Falle von Lücken auf andere Normen zurückgegriffen werden. Dafür ist in Art. 21 eine Art von Hierarchie vorgesehen[75]:

- In erster Linie ist das Statut selbst anzuwenden (Abs. 1 Nr. a), einschliesslich zusätzlicher „Verbrechenselemente", wie sie inzwischen in Form der von der Preparatory Commission verabschiedeten „Elements of Crimes" vorliegen[76], die freilich ihrerseits bereits manche Probleme aufwerfen, wie insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an die „mental elements"[77].
- An zweiter Stelle ist auf etwa anwendbare völkerrechtliche Verträge oder Grundsätze zurückzugreifen (Abs. 1 Nr. b).

---

72 Vgl. *A. Eser*, The Need for a General Part, in: BASSIOUNI (Fn. 25), 43–52, *Nill-Theobald* (Fn. 5), 235 ff.

73 [74] Vgl. im Einzelnen Art. 33 bis 33-18 Updated Siracusa-Draft (Fn. 5), sowie *K. Ambos*, Establishing an International Criminal Court and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint, in: European Journal of International Law (EJIL) 7 (1996), 519–544, insbes. 529 ff.; ders. (Fn. 5), ZRP 1996, 264, 268 ff.

74 Zu weiteren Einzelheiten vgl. – neben den einschlägigen Kommentierungen der Art. 31 bis 33 in: *Triffterer* (Fn. 2), 537–588, und in: *Cassese /Gaeta /Jones* (Fn. 2), 733–1101 – die Überblicksbeiträge von *K. Ambos*, General Principles of Criminal Law in the Rome-Statute, in: Criminal Law Forum 10 (1999), 1–32, ders. (Fn. 32), 184 ff. und *C. Kress*, Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, in: Humanitäres Völkerrecht 1999, 4–10 (10) sowie – insbesondere auch zur Entstehungsgeschichte – *P. Saland*, International Criminal Law Principles, in: *Lee* (Fn. 2), 189–216. Allgemein zum Verhältnis dieser Vorschriften zum deutschen Recht *G. Werle*, Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht, in: JuristenZeitung (JZ) 2000, 755–760 (759), *Jescheck* (Fn. 2), 494 ff.

75 Vgl. im Einzelnen *A. Pellet*, Applicable Law, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 1051–1084, wobei freilich dessen einseitig völkerrechtlich geprägte Kritik an bestimmten strafrechtlichen Vorgaben nicht voll zu überzeugen vermag.

76 Vgl. oben Fn. 1 sowie unten VII.2.

77 Vgl. *Ambos*, Allgemeiner Teil (Fn. 25), 772 ff., 805 ff., *A. Eser*, Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 889–949.

- Soweit solche vorrangigen Quellen fehlen, sind allgemeine Rechtsgrundsätze heranzuziehen, die der ICC aus einzelstaatlichen Normen der Rechtssysteme der Welt, einschliesslich des nationalen Rechts des für die betroffenen Verbrechen im Regelfall zuständigen Staates, abgeleitet hat, vorausgesetzt jedoch, dass diese Grundsätze nicht mit dem Rom-Statut und sonstigem Völkerrecht unvereinbar sind (Abs. 1 Nr. c)[78]. In der damit eröffneten und auch aufgegebenen Entwicklung von supranationalem Recht aus den Grundsätzen der nationalen Rechtssysteme ist nicht zuletzt eine besondere Herausforderung für die Strafrechtsvergleichung zu erblicken[79].
- Ferner kann eigenes Richterrecht des ICC zur Anwendung kommen (Abs. 2), wobei allerdings dessen bindende Wirkung noch klärungsbedürftig ist[80].
- Schliesslich ist nach einem – vor allem von Kanada entwickelten – Consistency test bei der Auslegung und Rechtsanwendung darauf zu achten, dass dieser mit den international anerkannten Menschenrechten vereinbar ist und nicht diskriminierend wirkt (Abs. 3), wobei insbesondere die ausdrückliche Erwähnung des Geschlechts („gender") manchen Ländern nicht passte, schliesslich aber beibehalten wurde[81].

2. Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 22–24)

Die in mehrere Vorschriften aufgeteilten Grundsätze von „nullum crimen sine lege" (Art. 22), „nulla poena sine lege" (Art. 23) und des persönlichen Rückwirkungsverbots (Art. 24) entsprechen den nationalstaatlichen Standards, wobei aber insbesondere auf die nicht in allen Ländern ausgeschlossene Analogie und die wohl nur in wenigen Ländern vorgeschriebene enge Auslegung zu Gunsten des Angeklagten hinzuweisen ist (Art. 22 Abs. 2)[82].

3. Individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 25)

Diese zentrale Vorschrift war verständlicherweise sehr umstritten und kann in ihrer jetzigen Fassung schwerlich als geglückt bezeichnet werden[83]. Wer von der Überschrift eine

---

78 Wie eine solche Rechtsfindung erfolgen könnte, wird anhand eines vom ICTY zu beurteilenden Nötigungsnotstandes im Fall Erdemovic beispielhaft demonstriert von *C. Kress*, Zur Methode der Rechtsfindung im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts, ZStW 111 (1999), 597–623. Vgl. auch – insbesondere zur wechselvollen Entstehungsgeschichte – *Pellet* (Fn. 75), 1073 ff.

79 Vgl. auch A. *Eser*, Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung, in: *H.-J. Albrecht* u.a. (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für G. Kaiser, Berlin 1998, 1499–1529 (1514 f.), *M. Delmas-Marty*, The ICC and the Interaction of International and National Legal Systems, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 1915–1929.

80 Zumal eine solche Bindung an „judicial precedents" – entgegen der Common-law-Tradition – vom ICTY verneint wurde (vgl. Fall *Kupreskic,* IT-95-16-T, Para 540); vgl. dazu wie auch zur wenig klaren Rechtsprechung des International Court of Justice Pellet (Fn. 75), 1065 ff.

81 Vgl. *Saland* (Fn. 74), 213 ff.

82 Zu Einzelheiten vgl. *S. Lamb*, Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 733–766.

83 Näher dazu *A. Eser*, Individual Criminal Responsibility, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 767–822 (insbes. 768 ff., 819 ff.). Retrospektive zum Ganzen vgl. auch *K. Ambos*, Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nu-

umfassende Regelung aller wesentlichen Elemente strafrechtlicher Verantwortlichkeit erwartet, sieht sich enttäuscht. Im Wesentlichen finden sich nämlich nur folgende Fragen geregelt:

- Indem dem ICC Zuständigkeit über natürliche Personen eingeräumt wird (Abs. 1), ist konkludent die von manchen Ländern geforderte strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen ausgeschlossen[84].
- Während nähere Regelungen für den Einzeltäter fehlen, wird vergleichsweise eingehend die Tatbeteiligung geregelt (Abs. 3 Nrn. a–e)[85].
- Während die Strafbarkeit des Versuchs Berücksichtigung findet (Abs. 3 Nr. f), bleibt die Unterlassung ungeregelt, aber wohl auch nicht ausgeschlossen, da das Statut an verschiedenen Stellen von „Verhalten" (conduct) in einem sowohl Tun als auch Unterlassen umfassenden Sinne spricht (Art. 24 Abs. 1)[86].

4. Gründe für den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Diesen Titel trägt Art. 31 Rom-Statut, doch sind auch noch in verschiedenen anderen Artikeln Gründe zu finden, die zum Ausschluss der Strafbarkeit führen können[87]. Die Geburt dieses Artikels war schon deshalb besonders schwierig, weil sowohl die Ansichten über die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Regelung überhaupt als auch über deren Zielrichtung und Umfang weit auseinander gegangen waren[88]. Die nun vorliegende Fassung ist namentlich Argentinien zu verdanken. In aller Kürze sei wenigstens Folgendes hervorgehoben:

- Da nicht von „defences", sondern von „grounds for excluding criminal responsibility" gesprochen wird, haben offensichtlich kontinentaleuropäische Konzeptionen als Vorbild gedient.
- Da es sich nicht um einen abschliessenden Katalog handelt, können auch Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe aus anderen Rechtsbereichen herangezogen werden (Art. 31 Abs. 3).
- Da sich ohne differenzierende Qualifizierung mangelnde Schuldfähigkeit wegen seelischer Störung (Art. 31 Abs. 1 Nr. a) oder wegen eines Rauschzustandes (b), Notwehr (c) und Notstand (d) nebeneinander gestellt finden, ist zu bedauern, dass die in vielen Ländern bereits anerkannte Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung noch keinen Ausdruck gefunden hat[89].

---

remberg to The Hague, in: *G. K. McDonnald / O. Swakegoldman* (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, Vol. I, 2000, 5–31.

84 Vgl. *Eser* (Fn. 83), 778 f., *Caflisch* (Fn. 44), 51, *Saland* (Fn. 74), 199.

85 Näher dazu *Eser* (Fn. 83), 781 ff.

86 Vgl. *Eser* (Fn. 83), 818 f.

87 Vgl. im Einzelnen *A. Eser*, Grounds for Excluding Criminal Responsibility, in: *Triffterer*, Commentary (Fn. 2), Art. 31 (537–554).

88 Näher dazu *Saland* (Fn. 74), 206 ff.

89 Vgl. *A. Eser*, „Defences" in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen, in: *K. Schmoller* (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, 755–775, aber auch *A. Cassese*, Justifications and Excuses in International Criminal Law, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 951–956.

- Dieser konzeptionelle Mangel könnte auch der Grund dafür sein, dass die Regelungen für das „mental element" (Art. 30) und den Irrtum (Art. 32) als wenig gelungen anzusehen sind[90].
- Hingegen ist die (von Italien und Kanada vorgeschlagene) Lösung der Altersfrage geradezu als elegant zu bezeichnen: Indem bei Personen unter 18 Jahren lediglich die „jurisdiction" des ICC ausgeschlossen wird (Art. 26), konnte sich das Statut weitgehend aus den weltweiten Divergenzen um den altersmässigen Beginn strafrechtlicher Verantwortlichkeit heraushalten, die in manchen Ländern bereits bei 7 Jahren, in anderen hingegen erst bei 21 Jahren einsetzt. Denn nachdem das Statut bei Personen unter 18 Jahren lediglich seine Jurisdiktion ausschliesst, bleibt es nationalen Strafrechtsordnungen unbenommen, strafrechtliche Verantwortlichkeit schon in jüngeren Jahren anzunehmen[91].

5. Strafen (Art. 77–80)

Für diesen Bereich erscheint Folgendes hervorhebenswert:

- Da als Hauptstrafen nur Freiheitsstrafe, Geldstrafe und Konfiskation vorgesehen sind (Art. 77), ist die Todesstrafe stillschweigend ausgeschlossen. Dies gilt jedoch nur für die Internationale Strafgerichtsbarkeit, da nationalstaatlich vorgesehene Strafen davon unberührt bleiben sollen und dadurch auf nationaler Ebene nach wie vor Raum für die Todesstrafe bleibt[92].
- Auch wenn für Opfer keine Kompensation durch den Täter vorgesehen ist, wird in ihrem Interesse immerhin die Einrichtung eines Treuhandfonds angeregt (Art. 79), über den allerdings die Versammlung der Vertragsstaaten noch zu beschliessen hat[93].

VI. Strafprozessuale Konvergenzen zwischen common law und civil law

Wollte man die prozessualen Probleme, die eine internationale Strafgerichtsbarkeit aufwirft, auch nur annähernd erörtern, so wäre dazu ein eigener Beitrag erforderlich[94]. Stattdessen sei das Augenmerk auf einen strukturellen Aspekt gerichtet, der im Vorfeld der Rom-Konferenz immer wieder Anlass zu Spekulationen gab, nämlich inwieweit sich bei der Gestaltung des Verfahrens eher adversatorische Aspekte des common law oder mehr inquisitorische Aspekte der kontinentaleuropäischen Tradition durchsetzen würden. Das ist allein aus den Regelungen des Rom-Statuts heraus schwer zu sagen, weil die dem Verfah-

---

90 Näher dazu *Eser* (Fn. 77), 846, 891 f.

91 Vgl. *Saland* (Fn. 74), 200 ff.

92 Zu weiteren Einzelheiten vgl. *R. E. Fife*, Penalties, in: *Lee* (Fn. 2), 319–343, *W. A. Schabas*, Penalties, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 1497–1534.

93 Vgl. *Ch. Muttukumaru,* Reparation to Victims, in: *Lee* (Fn. 2), 242–270, sowie allgemein zu den Rechten des Opfers im Rom-Statut *P. Jorda / J. de Hemptinne*, The Status and Role of the Victim, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 1387–1419.

94 Einen detaillierten Überblick zu dieser Problematik bieten Chapter 8 „International Criminal Law Procedures", in: *Lee* (Fn. 2), 217–304, sowie Section 6 „International Criminal Proceedings", in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 1111–1585, während sich bei *Ambos* (Fn. 32), 195 ff., und *Fastenrath* (Fn. 10), 634 f., die wesentlichen Prinzipien und Verfahrensschritte hervorgehoben finden.

ren gewidmeten Teile 5, 6 und 8 lediglich ein grobes Verfahrensgerippe vorgeben, das mit seiner Unterteilung in ein Ermittlungsverfahren (Art. 53–61), eine Hauptverhandlung (Art. 62–76) und ein Rechtsmittelverfahren (Art. 81–85) eine Dreiphasigkeit vorsieht, wie sie über die Grenzen des common law und des civil law hinweg wohl weltweit zu finden ist. Daher bedurfte es auch noch der Ergänzung durch besondere „Rules of Procedure and Evidence", die zu entwickeln der Preparatory Commission aufgegeben war und von dieser fristgerecht zum 30. Juni 2000 vorgelegt werden konnten[95], so dass derzeit nur noch die – zu erwartende – Bestätigung durch die Mitgliederversammlung der Vertragsstaaten nach Art. 51 aussteht. Vorbehaltlich einer eingehenden Gesamtanalyse, wie sie hier nicht möglich ist, lässt sich aber schon dem Grundgefüge des Rom-Statuts entnehmen, dass das ICC-Verfahren sowohl inquisitorische als auch adversatorische Elemente zu erkennen gibt:

- So wird man einerseits die dem Angeklagten einzuräumende Gelegenheit, ein Geständnis abzulegen oder sich für nicht schuldig zu erklären (Art. 64 Abs. 8 (a), 65 Abs. 1), als ein dem „guilty plea" verwandtes Phänomen des common law verstehen dürfen.
- Andererseits ist die Einrichtung einer Vorverfahrenskammer (Pre-Trial Chamber), die über die Zulassung der Anklage (Art. 15 Abs. 3, Art. 61) oder über die Zulässigkeit von Ermittlungsmassnahmen zu befinden hat (Art. 56–60), wohl eher eine dem civil law vertraute Erscheinung, wie sie einem insbesondere im deutschen Strafprozessrecht entgegentritt. Noch deutlicher findet jedoch die inquisitorische Tradition ihren Ausdruck darin, dass der Ankläger kein einseitiger Gegner (im Sinne eines „adversary") des Angeklagten sein darf, sondern zur Ermittlung der Wahrheit verpflichtet ist und zu diesem Zweck gleichermassen die belastenden wie die entlastenden Umstände zu ermitteln hat (Art. 54)[96].

Sollte diese Verbindung von inquisitorischen und adversatorischen Elementen gelingen, wäre auch für nationale Strafprozessordnungen die Bahn frei, um strukturübergreifend zur Ausbildung eines instruktorisch-kontradiktorischen Prozesssystems zu kommen, bei dem das Gericht auf Wahrheitsfindung ausgerichtet sein muss, diese aber so weitgehend wie möglich auf kontradiktorische Weise zu erfolgen hat[97].

VII. Würdigung – Ausblick

1. Erreichte Ziele und eröffnete neue Wege

Auch wenn es gewagt erscheint, auf der Grundlage einer nur selektiven und zudem subjektiven Präsentation bestimmter Grundzüge des Rom-Statuts eine Einschätzung abzugeben,

---

95 Vgl. im Einzelnen *F. Guariglia,* The Rules of Procedures and Evidence for the International Criminal Court: A New Development in International Adjudication of Individual Criminal Responsibility, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 1111–1133. Diese Rules finden sich in der in Fn. 1 genannten Veröffentlichung des Rom-Statuts in der Révue Internationale de Droit Pénal 71 (1/2/2000) bereits integriert.

96 In dieser Hinsicht unterscheidet sich das ICC-Statut von dem eine solche Entlastungsfunktion nicht kennenden ICTY-Statut: vgl. *M. Bergsmo / P. Kruger*, Duties and Powers of the Prosecutor, in: *Triffterer,* Commentary (Fn. 2), Art. 54, Rn. 2, 10.

97 Deutliche Tendenzen in diese konvergierende Richtung sind auf einem – zur Veröffentlichung von *A. Eser / Ch. Rabenstein* vorgesehenen – Internationalen Kolloquium über „Strafjustiz im Spannungsfeld von Fairness und Effizienz. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht" Anfang Mai 2002 sichtbar geworden.

lässt sich doch wohl schon jetzt feststellen, dass man damit auf dem langwierigen und steinigen Weg zur Errichtung eines Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs dem Ziel sehr nahe gekommen ist. Selbst wenn dabei noch manche Wünsche offen bleiben mussten, wurden doch für die zentralen Punkte Fortschritte erzielt, die man vor wenigen Jahren noch nicht für möglich gehalten hätte[98]. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind vor allem folgende Punkte hervorzuheben:

- Erstens: Indem sich ein Staat, wenn er Vertragspartner des Rom-Statuts wird, zugleich der Zuständigkeit des ICC unterwirft (Art. 12 Abs. 1), werden sonst übliche Reservationen ausgeschlossen. Über diese automatische Zuständigkeit für alle Vertragsstaaten hinaus können auch Staatsangehörige von Nicht-Vertragspartnern des Statuts der Gerichtsbarkeit des ICC unterworfen werden, wenn sie auf dem Staatsgebiet eines Vertragsmitglieds ein internationales Verbrechen begehen. Deshalb ist selbst ein skeptisches Land gut beraten, sich – und sei es auch nur im Eigeninteresse – lieber dem Statut anzuschliessen, als abseits stehen zu bleiben. Dadurch gewinnt der ICC an Attraktivität und Autorität.
- Zweitens: Mit dem Grundsatz der „Komplementarität" ist ein Modell gefunden worden, bei dem sich die nationale Strafgerichtsbarkeit grundsätzlich respektiert sehen kann und eine Intervention der internationalen Gerichtsbarkeit nur dann zu befürchten hat, wenn sie selbst versagt. Wenn in diesem Fall der Primat der Justiz auf den ICC übergehen muss, so erscheint eine solche nationale Souveränitätseinbusse im Interesse internationaler Solidarität bei der Verbrechensbekämpfung gerechtfertigt.
- Drittens: Im spannungsreichen Verhältnis zwischen dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und der Anklagebehörde des ICC wurde eine Balance gefunden, die zwar nicht völlig ausgewogen ist, aber unter den gegenwärtigen Umständen akzeptabel erscheint. So kann einerseits der Ankläger seine Unabhängigkeit dadurch anerkannt sehen, dass ihm ein eigenes Initiativrecht zur Einleitung von Ermittlungsverfahren eingeräumt wurde (Art. 13 (c), Art. 15 Abs. 1). Andererseits hat der Sicherheitsrat nicht nur ein eigenes Initiativrecht zur Einleitung von Ermittlungen (Art. 13 (b), sondern auch die Möglichkeit, den Aufschub eines vom Ankläger eingeleiteten Verfahrens zu erwirken (Art. 16). Dass diese Einwirkungsmöglichkeiten des Sicherheitsrats zu Lasten der Gerechtigkeit nicht aus nationalen Sonderinteressen oder gar zur grundsätzlichen Schwächung des ICC missbraucht werden, verlangt kritische Wachsamkeit und weltpolitische Standfestigkeit.
- Viertens: Hinsichtlich der Verbrechen, die der Jurisdiktion des ICC unterliegen, konnte der „klassische" Katalog um neuartige Verbrechen gegen die Menschlichkeit erweitert werden. Auch wenn die allgemeinen Elemente strafrechtlicher Verantwortlichkeit noch manche Lücken und innere Widersprüche aufweisen, wurde mit dem Rom-Statut doch ein wegweisender Durchbruch erreicht, indem sich nun erstmals ein Grundstock wesentlicher Voraussetzungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei internationalen Verbrechen geregelt findet.

---

98 Vgl. auch die abschliessende Einschätzung von THE BOARD OF EDITORS, The Rome Statute: A Tentative Assessment, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 1901–1913.

- Fünftens: Auch wenn die Verfahrensregeln noch weiterer Konkretisierungen und Ergänzungen bedürfen, befindet man sich mit der harmonisierenden Verbindung von Prinzipien aus verschiedenen Rechtsordnungen der Welt doch auf dem richtigen Weg. Insofern erweist sich auch in prozeduraler Hinsicht das ICC-Statut als ein Schmelztiegel verschiedenartiger Rechtssysteme.
- Sechstens: Ein nicht zu unterschätzender Fortschritt ist schliesslich in rechtswissenschaftlich-interdisziplinärer Hinsicht darin zu erblicken, dass die Vertreter des Völkerrechts (im Sinne von public international law), die bislang den Bereich internationaler Strafgerichtsbarkeit gerne als eigene Domäne betrachtet und dementsprechend gegenüber anderen Rechtsdisziplinen abgeschirmt haben[99], bereits im Vorfeld der Rom-Konferenz auch die Mitarbeit von Vertretern des Strafrechts akzeptiert haben. Diese Öffnung hat erfreulicherweise auch darin formellen Niederschlag gefunden, dass bei der Wahl von Richtern für den ICC für jede Kammer „eine angemessene Mischung von Fachwissen auf dem Gebiet des Straf- und des Strafverfahrensrechts sowie des Völkerrechts" gewährleistet sein muss (Art. 39 Abs. 2)[100]. Darin liegt für die Strafrechtswissenschaft sowohl eine Herausforderung als auch eine Chance, die gar nicht ernst genug genommen werden kann.

2. Nächste Schritte

Auch wenn am 1. Juli 2002 die Geburt des ICC gefeiert werden konnte, bedarf das neue Geschöpf für seine Lebens- und Arbeitsfähigkeit doch noch weiterer Pflege. Das gilt vor allem in dreifacher Hinsicht:

- Zum einen bedarf das Rom-Statut selbst noch verschiedener Ergänzungen und Absicherungen, wie insbesondere die bereits erwähnte Bestätigung der „Elements of Crime" (Art. 9) und der „Rules of Procedure and Evidence" (Art. 51) durch die Versammlung der Mitgliedsstaaten, womit jedoch zu rechnen ist. Auch weitere gerichtsverfassungsrechtliche Entscheidungen, wie die Wahl der verschiedenen Gerichtspersonen (Art. 36 Abs. 6, Art. 42 Abs. 4, Art. 43 Abs. 4) und die Haushaltssicherung (Art. 112), die der Versammlung der Mitgliedsstaaten obliegen, sind nicht zu unterschätzen[101].
- Des Weiteren muss man auch nach eindrucksvoller Überschreitung der für das In-Kraft-Treten des Rom-Statuts erforderlichen Zahl von 60 Ratifizierungen – worunter sich seit Oktober 2001 erfreulicherweise auch schon die Schweizerische Eidgenossenschaft befindet – um weitere Beitrittserklärungen bemüht sein; denn je mehr Anerkennung dem ICC von möglichst vielen Ländern – und dabei insbesondere auch den mächtigsten – zuteil wird, mit desto grösserer Autorität kann er im Sinne globaler Gerechtigkeit in Aktion treten.

---

99 Wobei freilich auch heute noch manche Völkerrechtler, wie etwa aus der Kommentierung von Art. 21 (Applicable Law) des ehemaligen Chairman der International Law Commission *Alain Pellet* (Fn. 75) unschwer zu erkennen, ihre Aversion gegenüber den Strafrechtlern offenbar nicht zu unterdrücken vermögen.

100 Wobei diese begrüssenswerte Mischung von Straf- und Völkerrechtlern vor allem einer Initiative der Schweiz – entgegen einem sich auf Strafrechtler beschränkenden Vorschlag von England – zu verdanken ist: vgl. *Caflisch* (Fn. 44), 54.

101 Zu weiteren Einzelheiten vgl. *A. Bos* Assembly of States Parties, in: *Cassese / Gaeta / Jones* (Fn. 2), 297–314.

- Zum Dritten bleibt selbst für jene Länder, die sich dem Internationalen Strafgerichtshof bereits angeschlossen haben, gleichsam noch das eigene Haus zu bestellen, und zwar in zweifacher Hinsicht: Um die sich aus der Komplementarität ergebende Priorität der nationalen Strafjustiz wahrnehmen zu können[102], muss ein Mitgliedsstaat sein materielles Strafrecht so ausgestaltet haben, dass er die im Rom-Statut verbotenen Völkerrechtsverbrechen auch nach eigenem Recht verfolgen kann. Und um seiner Kooperationspflicht nachkommen zu können[103], muss der Mitgliedsstaat entsprechende Wege der Zusammenarbeit eröffnen und etwaige Kooperationshürden beseitigen. Diese Strafbarkeits- und Verfolgungsvoraussetzungen auf nationaler Seite hat beispielsweise die Bundesrepublik Deutschland zum einen dadurch geschaffen, dass durch Einführung eines „Völkerstrafgesetzbuches" die in Art. 5–8 Rom-Statut inkriminierten Taten im Wesentlichen inhaltsgleich auch nach deutschem Recht für strafbar erklärt und damit zusammenhängende Fragen klargestellt wurden[104], und dass zum anderen durch ein Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof vor allem prozessuale Überstellungs- und Rechtshilferegeln getroffen wurden[105], nachdem bereits vor dem Ratifizierungsgesetz[106] das Grundgesetz dahingehend geändert worden war, dass abweichend von der an sich verfassungsrechtlich verbotenen Auslieferung von deutschen Staatsangehörigen die Überstellung an einen Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof ermöglicht werden soll[107].

Auch wenn für diese jeweils nationale Implementation des Internationalen Strafgerichtshofs jeweils unterschiedliche Wege denkbar sind[108], wird sich kein Mitgliedsstaat dieser Aufgabe entziehen dürfen[109].

---

102 Vgl. oben IV.1 (a).

103 Vgl. oben IV.1 (d).

104 Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 26.6.2002 (BGBl. 2002, Teil I, 2254–2260). Zu Einzelheiten vgl. *G. Werle*, Das Völkerstrafgesetzbuch, in: JuristenZeitung 2002, 725–734.

105 Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 21.6.2002 (BGBl. 2002, Teil I, 2144–2165). Näher dazu *P. Wilkitzki*, The German Law on cooperation with the ICC, in: International Criminal Law Review 2 (2002), 195–212.

106 Gesetz zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGHStatutgesetz) vom 4.12.2000 (BGBl. 2000, Teil II, 1393).

107 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 16) vom 29.11.2000 (BGBl. 2000, Teil I, 1633).

108 Zur Vielfalt von Optionen einer Umsetzung des Rom-Statuts in das innerstaatliche Recht vgl. *G. Werle*, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts, in: JuristenZeitung 2001, 885–895 (insbes. 888 ff.), ferner *C. Kress*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, 2000.

109 Vgl. auch *M. S. Carlson*, The International Criminal Court. Selected Considerations for Ratification and National Implementing Legislation, in: Revue Internationale de Droit Pénal 72 (3/4/2001), 783–807. Über bereits eingeleitete Implementationsschritte in verschiedenen Ländern vgl. die nationalen Beiträge in: *C. Kress / F. Lattanzi*, The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. I, 2000. Um einen möglichst vollen Überblick zu erhalten, wurde vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg ein vergleichendes Projekt über „Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen" in Gang gesetzt, dessen Veröffentlichung für 2003 geplant ist.

3. Erste Auswirkungen

Wie auch immer die Entwicklung weitergehen wird, wurde doch bereits mit dem In-Kraft-Treten des Rom-Statuts am 1. Juli 2002 ein epochaler Markstein in der Kriminalisierung von internationalen Verbrechen gesetzt: Seit diesem Zeitpunkt ist gemäss Art. 11 Rom-Statut die Internationale Gerichtsbarkeit begründet, so dass es hinsichtlich der Strafbarkeit der betreffenden Verbrechen keinen Zweifel mehr geben kann. Wer bis dahin die fundamentale Bedeutung dieser neuen Institution meinte geringschätzen zu können, sollte spätestens durch die verschiedenen Versuche, den Wirkungsbereich des Internationalen Strafgerichtshofs einzuschränken, eines Besseren belehrt sein; denn wenn der Internationale Strafgerichtshof so wenig ernst zu nehmen wäre, wie dies manche Gegner gerne gesehen hätten, hätte man zur Durchsetzung von bestimmten Freistellungen von Strafverfolgung schwerlich eine Krise von Organen der Vereinten Nationen zu riskieren brauchen. Insofern kommt in gezielter Bekämpfung sogar ungewollte Hochschätzung zum Ausdruck. Ebenso wenig sind gewisse Nebenfolgen für die allgemeine Entwicklung des Strafrechts zu übersehen, wurden doch auf der Suche nach weltweit akzeptablen Regelungen sowohl nationale als auch wissenschaftliche Frontstellungen aufgebrochen und dabei grenzüberschreitende Diskussionen ausgelöst, die nicht zuletzt auch für die Modernisierung nationaler Strafrechtsordnungen modellhaft wirken können[110]. Und wäre es nur auf diesem Wege, so wird das Rom-Statut auch in der Geschichte des allgemeinen Straf- und Völkerrechts mit Sicherheit nachhaltige Spuren hinterlassen.

---

[110] Vgl. dazu insbesondere *Triffterer* (Fn. 32), 539 ff., ferner *Ahlbrecht* (Fn. 2), 389 ff., *Bruer-Schäfer* (Fn. 32), 361 f., *Werle* (Fn. 16), 825 f.

ALBIN ESER

INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY* [ART. 25 ROME STATUTE]

I. SCOPE OF ARTICLE 25 OF THE ICC STATUTE

The title of Article 25 raises greater hopes than it is, in the end, able to fulfil. At first glance it gives the impression that this article contained all essential require-ments for the criminal responsibility of an individual and, furthermore, it may enable the delimitation of individual from other forms of responsibility, such as that of the State. At a closer look, however, it appears that Article 25 merely regulates in detail the various forms of perpetration of and participation in an international crime (paragraph 3(a)–(e)) and attempts thereof (paragraph 3(f)). These provisions are situated in the context of other regulations which, on the one hand, establish the jurisdiction of the Court over natural persons (paragraph (1)) and, on the other hand, leave the responsibility of States under international law unaffected while neither clearly including nor excluding their responsibility under the ICC Statute (paragraph (4)). On the whole it seems fair to say that Article 25 by no means contains a comprehensive and definite compilation of all requirements essential for 'individual criminal responsibility', as the title of the article suggests. Nevertheless, it is equally fair to say that in this respect, Article 25 is not worse but rather better than earlier drafts of the international criminal code which contained even less explicit rules of international criminal responsibility.[1] Another feature which should be mentioned is a sort of double structure of the Rome Statute. On the one hand, it contains rules for the establishment of the Court and its jurisdiction, which are of a procedural character. On the other hand, it provides specific definitions of crimes and general requirements of responsibility, which are of a substantive nature. In comparison with earlier developments of international criminal law, it appears that at first the elaboration of 'substantive law' was the main endeavour.[2] This tendency may be explained by the fact that in the early days, international criminal justice was not yet in close reach. By the same token, the Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg (IMT) would leave the elaboration of large parts of procedural law up to the Tribunal itself according to its Rules of Procedure and Evidence.[3] Now, with the establishment of the ICC, substantive as well as procedural rules stay side-by-side within the same statute. Although this may be welcome due to its offering an optimum of transparency and legal security, one must be aware that with regard to defences and exemptions from criminal responsibility, it is not always clear whether these elements are of a substantive or procedural

---

* Originalbeitrag erschienen in: Antonio Cassese (Hrsg.): The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary. Oxford: Oxford Univ. Press. Bd. 1 (2002), S. 767-822.
The author is greatly indebted to Alexander Schöpsdau for assistance in preparing this contribution and to Brigid Wefelnberg for her linguistic support.

1 Cf. infra, at III. As to the drafting history of Art. 25 of the ICC Statute, see *W. A. Schabas*, 'General Principles of Criminal Law in the ICC Statute', 6 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (1998) 409 ff. with references to the various materials, furthermore, *P. Saland*, 'International Criminal Law Principles', in R. S. Lee (ed.), The International Criminal Court The Making of the Rome Statute (1999) 198 ff.

2 Thoroughly *O Triffterer*, 'Art. 32' in O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999), margin No. 3 ff.

3 Ibid., margin No. 3.

nature, the consequences of which may differ. At any rate, the Statute has made progress at least insofar as it considers the 'grounds for excluding criminal responsibility' (Article 31) as not a merely jurisdictional matter, as otherwise it would not make sense to treat persons under 18 as being excluded from 'jurisdiction' (Article 26). And, furthermore, since still leaving the question open as to whether and to what degree the exclusionary grounds of Article 31 as well as other 'defences' are of a substantive or procedural nature, the Rome Statute leaves room for interpretation, for filling gaps with general elements and for structuring the crime according to general principles.

Although this is a task for the future, it seems advisable to see the Rome Statute's article on 'individual criminal responsibility' in the broader light of related provisions before turning to the details of Article 25.

II. Elements For and Lack of a Comprehensive 'General Part' of Criminal Responsibility

The Rome Statute in its Part 3 on 'General Principles of Criminal Law' certainly contains quite a few provisions which represent essential components of a 'General Part' of a criminal code as is traditional in continental Europe and many other countries with similarly modelled penal codes. The respective provisions in the Rome Statute, however, are neither in number nor shape apt to form a true 'General Part'.[4] Therefore, the requirements of individual criminal responsibility have to be found partly within and partly outside of Article 25. Without claimimg to be complete, at least the following elements and requirements may be listed as essential for individual criminal responsibility.

A. Within Article 25 of the ICC Statute

1. Individual Responsibility of Natural Persons

Paragraphs (1) and (2) establish the jurisdiction of the ICC over natural persons and proclaim their individual responsibility. Both provisions thereby confirm that even the 'Law of Peoples' (as 'International Law' is for instance expressed in the German 'Völkerrecht') may impose on the individual direct duties, the violation of which can lead to individual (international) criminal responsibility – a principle which already had been presupposed by the IMT[5] and more recently by the ICTY.[6] Less clear than these provisions, which may – as has since become generally recognized – merely have a declaratory function, is paragraph (4) which reiterates an old position in the codification history of international criminal law according to which the individual criminal responsibility of natural persons shall not affect

---

4 Cf. *A. Eser*, 'The Need for a General Part', in M. C Bassiouni (ed.), Commentaries on the ILC's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1993) 43.

5 Cf. *O. Triffterer*, 'Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht', in G. Hankel and G. Stuby (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen (1995) at 211 ff. ; Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, May 6 to July 26, 1996, UN GAOR, 51st Sess., Supp No. 10 (A/51/10) at 19, in addition Art. 1 of the ICTY Statute.

6 Cf. Art. 1 of the ICTY Statute and the ICTY Trial Chamber II in Prosecutor v. Dusko Tadić, IT-94-1-T, 7 May 1997, paras. 663 ff., reprinted in G. K. McDonald and O Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law The Experience of International and National Courts, Vol. II/2. Documents and Cases (2000) at 1003, 1129 f.

the responsibility of States under international criminal law,[7] which does not, however, explicitly exclude criminal responsibility of States.[8]

2. Perpetration and Participation

Paragraph (3) describes various forms of perpetration and participation. As these phenomena constitute the central substance of Article 25(3) ICC Statute and will be dealt with in more detail infra (at V), a mere survey of the main features suffices here. In terms of 'perpetration', according to subparagraph (a) an international crime may be committed individually (by one person alone and directly), jointly with another person, or through another person.

In terms of 'participation', subparagraphs (b) and (c) penalize a broad variety of ordering, soliciting, inducing, aiding, abetting, or otherwise assisting the attempt or commission of a crime or the facilitation thereof.

Whereas the preceeding forms of perpetration and participation may be called 'classical', i.e. traditional for many jurisdictions,[9] subparagraphs (d) and (e) provide certain extensions of criminal co-responsibility by a group of persons acting with a 'common purpose', with special requirements for the necessary intention or by specifically penalizing the direct and public incitement to certain crimes, such as genocide.

3. Attempt and Abandonment

In principle, it is certainly laudable that the attempt to commit a crime is not only penalized but defined as well, and that even the exclusion of liability in case of abandonment is provided for (subparagraph (f)). From the conceptual point of view, however, one may wonder why attempt is regulated in the direct neighbourhood of participation, as if it were just another type of it, instead of regulating attempt in its own independent provision as it is good tradition and as had been suggested in earlier drafts.[10]

B. Elements of Criminal Responsibility outside of Article 25 of the ICC Statute

1. Legality as the Basis of Criminal Responsibility

There is neither individual nor any other criminal responsibility unless provided for by law. The various sub-principles of this almost universally acknowledged principle of legality is

---

7 Cf. *K. Ambos*, 'Art. 25', in Triffterer (ed), supra note 2, margin No 37 with more references.

8 For more details see infra, IV B. As to the more general legal policy question of whether in face of the systematic type of humanity crimes the traditional concept of individual criminal responsibility should rather be substituted by some kind of collective responsibility, cf. *H. Vest*, 'Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?', in 113 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (2001) 457 ff.; id., Genozid durch organisatorische Machtapparate (2002) 301 ff.

9 Cf.infra,V.C–E.

10 Cf. *Schabas*, supra note 1, 413; *E. M. Wise*, 'General Principles of Criminal Law', in L. Sadat Wexler and M. C. Bassiouni (eds.), Model Draft Statute for the International Criminal Court Based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference, Rome, June 15–July 17 1998 (1998) at 43 f.; see also Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. II. Compilation of Proposals, UN GA, 51st Sess., Supp. No. 22 (A/51/22, 1996) at 93 f.

expressed in three different provisions of nullum crimen sine lege (Article 22), nulla poena sine lege (Article 23), and non-retroactivity ratione personae (Article 24).

2. *Subjective Requirements of Criminal Responsibility*

In accordance with the canonic concept of 'actus reus nisi mens sit rea', it is not the mere unlawful act that bears criminal responsibility, but only if it has been committed in a certain state of mind. Whereas many national criminal codes – at least with regard to certain crimes such as homicide or bodily injury – would be satisfied with negligence, the Rome Statute requires intent as the mental element (Article 30). This, however, is not without exception, as commanders and other superiors may be held responsible for crimes of subordinates if they 'should have known' that their forces were committing or about to commit such a crime (Article 28(a)(i)), thus expanding responsibility, implicitly, into the realm of negligence.[11]

As main grounds by which mens rea may be negated, the Rome Statute recognizes not only mistake of fact, but also – under certain conditions – mistake of law (Article 32) as well.[12] Another subjective requirement of criminal responsibility, although 'hidden' in an 'exclusion of jurisdiction' over persons under the age of 18 (Article 26), is the capacity of the perpetrator to appreciate the unlawfulness or nature of his conduct and/or to act in accordance with the requirements of law.[13]

3. *Grounds for Excluding Criminal Responsibility*

The establishment of criminal responsibility does not solely depend on the presence of positive requirements, such as an act and a certain state of mind, but also on the absence of negating obstacles, as for instance incapacity due to mental disease or self-defence. Such 'defences', as in a rather unspecified manner the common law tradition would comprehend various grounds of excluding criminal responsibility, can be found mainly, but by no means exhaustively, in Article 31 of the ICC Statute. Without clearly distinguishing between 'justifications', 'excuses', or other grounds for excluding punishability, as developed in continental European theory and partly even recognized in the penal code,[14] Article 31 recognizes – under certain conditions – four grounds for excluding criminal responsibility: mental incapacity, intoxication, self-defence and defence of property, and duress.[15] This list, however, is not complete, as certain exclusions can also be found outside of Article 31, in particular mistake of fact or law (Article 32), minor age under 18 years (Article 26), abandonment of an attempt (Article 25(3)(f)) and superior orders (Article 33).

Somewhat countervailing to these defences are those legal figures which at first glance might also be invoked as grounds for excluding punishability, but which are, in fact, explicitly derogated in the area of international criminal law: one is the official capacity (such

---

11 For more details, see Ch. 21 below (to Art 28).

12 For more details, see Ch. 23 below (to Arts 30 and 32)

13 Cf. *A. Eser*, 'Art. 31', in Triffterer (ed), supra note 2, margin No 7 On the reasons why the requirement of a minimum age for criminal capacity was not expressed as a substantive requirement in terms of a prerequisite of culpability (as, for instance, according to German Strafgesetzbuch and Art 19 Spanish Codigo Penal) but rather as a jurisdictional matter, cf. *Saland*, supra note 1, 200 ff.

14 For more details, see Ch 24.1 below and *A. Eser*, 'Justification and Excuse. A Key Issue in the Concept of Crime', in A. Eser and G. P. Fletcher (eds.), Justification and Excuse Comparative Perspectives (1987) Vol. I, p 19 f.

15 For more details, see Ch 24 below, Art 31.

as a Head of State or Government), which is neither a ground for excluding nor for mitigating criminal responsibility (Article 27), the other is – contrary to many national laws – the non-applicability of any statute of limitations (Article 29).

C. Missing Elements of Criminal Responsibility

Although the Rome Statute – in comparison to any predecessors – contains a quite impressive list of positive and negative elements of criminal responsibility,[16] the missing list of elements which one would expect in the 'general part' of a national penal code is no less impressive. This is particularly true with regard to the commission of a crime by omission,[17] although the special responsibility of commanders for crimes of subordinates (Article 28) at least partially covers this field; equally remarkable is the silence of the Rome Statute with regard to certain grounds of justification, such as consent of the victim, conflict of interest, general and/or military necessity, and – as special phenomena of public international law – the problem of immunity of diplomats, reprisals, and the tu quoque argument.[18] A more general deficit is the lack of any rules of merger in case of concurrent crimes.[19]

D. Tacitly Presupposed General Requirements of Criminal Responsibility

As became clear from the preceding list of positive, negative, and missing elements of criminal responsibility, the Rome Statute was neither anxious to regulate all necessary elements of criminal responsibility explicitly nor did it endeavour to structure them along a certain doctrine, but was rather content with regulating at most those requirements which were deemed particularly essential or in need of clarification. This is true, for instance, with regard to the principal requirement of intent or for the exclusion of official capacity, as criminal liability might otherwise be extended to mere negligence, and State officials might try to evade criminal responsibility. This abstinence of the Rome Statute from a comprehensive 'general part' does not mean, however, that the general requirements of criminal responsibility had been developed without any 'hidden agenda'. Although this is not the place to ascertain what – common or different – doctrine the individual drafters had in mind when developing and approving certain regulations, they had a certain understanding of criminal responsibility and certain indispensable requirements. One seems to have been the requirement of an actus reus in terms of a wilful act and mens rea in a sort of culpability, as the drafters would otherwise not have been able to recognize mistake of law or duress as grounds for excluding criminal responsibility.

---

16 Cf. infra, III.

17 For more details, see infra, VII.

18 Monitoring this missing list is not to say that all these instances should be recognized as 'defences', instead of remaining silent on these matters, however, the Rome Statute could have clarified the exclusion of perhaps doubtful 'defences', such as, for instance, consent of the victim as inappropriate in the context of an international crime. For further details to 'defences' worth being at least dealt with, cf. *A. Eser*, 'Defences', in War Crime Trials, 24 IYHR (1994) 21711, id, in Triffterer (ed.), supra note 2, margin No. 10 ff.

19 Cf. Ch. 11.6 above.

III. Comparison with National and Customary International Criminal Law

After realizing that the Rome Statute, though it regulates some (more or less) principal, positive requirements for, and negative exemptions from criminal responsibility, is still far from a comprehensive 'General Part';[20] it is not yet in the same developmental stage and shape as are most national criminal codifications.

This is at least true with regard to national penal codes which follow the continental European tradition, though even there may be differences of elaboration and systematization of the crime.[21] Taking this into account and the fact that the preceding list of explicitly recognized, tacitly presupposed, and evidently missing elements of criminal responsibility make up all of what normally would belong to a modern penal code, it would not make much sense here to engage in a detailed comparison of the elements and structure of the crime in the Rome Statute with those in international criminal codes, not least because such a comparison, if thoroughly carried out, would have to comprise the entire penal code(s). Instead of such a general and necessarily abstract survey, it appears preferable to make special references to national law(s) where appropriate.

With regard to international criminal law and previous draft codes, however, it will be interesting to see to what extent and in which way the requirements of criminal responsibility had already been recognized before the Rome Statute came into being. Just to mention the main steps, the first instrument providing general requirements for individual responsibility in a binding manner was the Charter of the International Military Tribunal (IMT) in Nuremberg:[22] aside from establishing individual responsibility for certain crimes against peace, war crimes, and crimes against humanity (Article 6), it partially covered the early stages of planning and preparation and certain types of complicity, declared the official position of defendants, including Heads of State or other government officials, as not freeing them from responsibility (Article 7), and recognized superior orders, if at all, as mitigating circumstances at most (Article 8).[23]

In summing up the principal statements and requirements in the IMT Charter of Nuremberg and in the judgment of the Tribunal, the International Law Commission (ILC) promulgated the so-called Seven Nürnberg Principles of International Law[24] which basically reinforced the requirements of the aforementioned IMT Charter, though with some modifications and generalizations: while in case of superior orders the defendant may be released from re-

---

20 Cf. supra, II.

21 For more details, see infra, within IV–WI.

22 Charter of the International Military Tribunal, 82 UNTS 280, reprinted in M. C. Bassiouni, International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions (1997) at 183 ff., and in McDonald and Swaak-Goldman, supra note 6, Vol. II/ 1, p. 61.

23 As to the question of whether and to what degree the IMT Charter of Nuremberg merely expressed already existing international law rather than making new law, cf. ICTY Trial Chamber Tadić case (supra note 6), paras. 663 ff.; cf. also Triffterer, supra note 5, 211 ff.; Report of the ILC, 48th Sess., supra note 5, 19. With regard to the jurisprudence by and after the Nuremberg and Tokyo Tribunals, cf. *K. Ambos*, 'Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague', in McDonald and Swaak-Goldman, supra note 6, Vol. I, p. 7 ff.

24 Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal 2 YILC(1950) 374-378, reprinted in Bassiouni, supra note 22, 210 ff. and in McDonald and Swaak-Goldman, supra note 6, Vol. II/ 1, p. 191.

sponsibility if there was no moral choice possible to him (Principle IV), complicity in the commission of one of the relevant crimes is now declared a crime under international law in a general way (Principle VII).

In complying with its mandate from the UN General Assembly to further develop the Nuremberg Principles, the ILC in 1954 presented its first Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind.[25] Though still rather short, it supplemented the already known Code of Offences with some general rules, such as on conspiracy, direct incitement to commit an offence, complicity in the commission of an offence, and attempt (Article 2(13)). Even these additions, however, merely complemented the special offences, rather than providing any sort of 'general part'.

With regard to the latter respect, more progress was made with the ILC's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of 1991.[26] After stating the main principles of responsibility and punishment in a sort of core provision (Article 3), including general rules on participation and attempt,[27] the Draft Code confirms the responsibility of a State under international law for an act or omission attributable to it (Article 5), excludes statutory limitations (Article 7), proclaims the principle of non-retroactivity (Article 10), proscribes the responsibility of superiors for failure to prevent subordinates from committing an international offence (Article 12), and, last but not least, opens the door for defences and extenuating circumstances, as the competent court may deem appropriate (Article 14).

Compared to this Draft Code of 1991, the Statutes of the International Tribunals for former Yugoslavia (ICTY)[28] and Rwanda (ICTR)[29] evidently fall short of the state of consensus reached meantime in the international community both among experts and public opinion. In paying more attention to questions of jurisdiction, composition of the court, and procedural rules, the substantive parts of these Statutes make do with proclaiming the special crimes under the jurisdiction of these Tribunals,[30] restricting the jurisdiction over natural persons[31] and, by an altogether new technique, pulling the already known and perhaps slightly modified general rules together in a provision on 'individual criminal responsibility'.[32] This restraint of the ICTY and ICTR Statutes had to be made up for, of course, by judge-made law of the Tribunals as in fact occurred.[33]

In 1996, the ILC, presumably not without the influence of private efforts of codification to be explained later, came out with a thoroughly revised Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind.[34] With regard to substantive rules and requirements, this

---

25 YILC (1954), Vol. II, p. 151 f.; (1983), Vol. II, p. 4; (1983), Vol. II/2, p. 11; (1984), Vol. I, p. 4 f.; (1984), Vol. II/2, p. 8; (1985), supra note 6, Vol. I/2, p. 8.

26 YILC (1991), Vol. II/1, pp. 94-97.

27 Cf. infra, V.B.2.

28 UN Doc. S/25704, 3 May 1993 reprinted in Bassiouni, supra note 22, 251 ff. and in McDonald and Swaak-Goldman, supra note 6, Vol. II/ 1, p. 301.

29 SCRes. 955 (1994) Annex, 8 November 1994, reprinted in Bassiouni, supra note 22, 258 ff. and McDonald and Swaak-Goldman, supra note 6, Vol. II/1, p. 311.

30 Arts. 2-5 of the ICTY and Arts 2-4 of the ICTR Statutes, respectively.

31 Art. 6 and 5 of the ICTY and ICTR Statutes, respectively.

32 Art. 7 and 6 of the ICTY and ICTR Statutes, respectively.

33 As to relevant cases, cf. the references supra at note 6 and infra at notes 123, 134, 138.

34 Report of the ILC, 48th Session, supra note 5,14 ff. paras. 50 ff., reprinted in McDonald and Swaak-Goldman, supra note 6, Vol. II/ 1, p. 335 ff.

Draft Code complements, and to a certain degree modifies the conditions of 'individual responsibility' (Article 2), in particular by explicitly requiring intent, penalizing both the active ordering of a crime and a superior's failure to prevent it, defines instigation as well as aiding and abetting in a rather broad way, reformulates the definition of attempt, though not yet explicitly recognizing discharge for abandonment. With regard to defences and extenuating circumstances (Articles 14,15), however, the Draft Code of 1996 made no progress beyond that of 1991.

This rather slow and narrow approach to a more comprehensive code of international criminal law on the diplomatic and similarly official level is understandable to a certain degree if one takes into account that government committees or similar publicly mandated commissions such as the ILC are expected to move along consensual lines. This is, at most, conducive to achieving the best possible compromises rather than to establishing truly solid and impartial law. In light of this, private initiatives were of vital importance. This is, among others, particularly true of academic efforts by and within the Association International de Droit Penal (AIDP) and the International Law Association (ILA). From many other activities and publications worth mentioning,[35] only two initiatives, as presented in the form of Draft Codes, may be named here. First, a Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal,[36] which already contained a rather comprehensive 'General Part' with provisions for instigation, participation, attempt, and omission (Article IV), for objective and subjective elements such as causation (Article VI) as well as grounds for excluding criminal responsibility, such as self-defence, necessity, superior order, error, incapacity, and consent (Article IX); secondly, the Updated Siracusa Draft[37] which, in cooperation with the AIDP, the ISISC (Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali in Siracusa/Italy), and the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg/Germany, with the assistance of public and international criminal law experts from all over the world, presented the, to date, most comprehensive 'General Part' of an international criminal code in at least regulating the 'core provisions' found in most modern national codes.[38] Aside from the questions regulated in earlier drafts, the Updated Siracusa Draft also contains provisions on the age of responsibility, insanity

---

35 For more details cf the historical survey and the pre-note to the Draft Statute: International Tribunal by *M. C. Bassiouni*, The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History (1998) 1 ff., esp. 3 ff. and 759, respectively.

36 By *M. C. Bassiouni*, originally published 1980, and revised 1987.

37 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with Suggested Modifications (Updated Siracusa Draft) prepared by a Committee of Experts. Submitted by AIDP et al., Done in Siracusa/Freiburg/Chicago, 15 March 1996.

38 This was reached in three steps: after a committee of experts, which convened in July 1995 in Siracusa, had identified a list of open questions and elements to be circulated in a general part (in Draft Statute for an International Criminal Court: Alternative to the ILC Draft, Siracusa/Freiburg, July 1995, p. 38 ff.), a smaller working group on substantive law, consisting of *A. Eser, D. Koenig, O. Lagodny, and O. Triffterer*, prepared a draft of general provisions (unpublished Freiburg Draft of Feburary 1996), which then was integrated into the Updated Siracusa Draft (supra note 37, as Arts. 33-0 to 33-18). Since not all provisions of the Freiburg Draft had been taken over without modifications into the Updated Siracusa Draft, it appeared appropriate to integrate the Freiburg recommendations into an amendment of the ILC 'Draft Code of Crimes' of 1991, published as annex by *O. Triffterer*, 'Acts of Violence and International Criminal Law', 4 Croatian Annual (2/1997) 872. For a comparison of the Freiburg Draft of 1996 and the Updated Siracusa Draft see *K. Ambos*, Der 'Allgemeine Teil' des Völkerstrafrechts (2002) 941 ff.

and intoxication, omission, causation, the mental element, and, not least, a rather comprehensive list of grounds for excluding criminal responsibility. Between these two initiatives, the AIDP, in cooperation with the ISISC, had made a probably influential contribution to the development of an international criminal code by procuring Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind[39] In assuming that both these commentaries and the Updated Siracusa Draft had been taken into account by the ILC in the revision of its Draft Code 1996 and in realizing that these documents also had been taken into consideration by the Preparatory Committee in 1996,[40] it seems fair to say that the Rome Statute is the result of combined efforts both by State officials and non-governmental initiatives. This is no less true for the principles of individual criminal responsibility in question here.

IV. Individual Criminal Responsibility as Distinct from Other Types of Responsibility

By establishing the jurisdiction of the ICC over natural persons (Article 25(1)) and proclaiming their individual responsibility (Article 25(2)),[41] the Rome Statute limits at the same time the scope of international criminal law to individual criminal responsibility. This makes it necessary to distinguish it from other types of criminal liability.

A. Responsibility of Corporations

At first glance, paragraph (1) of Article 25 of the ICC Statute seems to do no more than to state the self-evident course when implicitly restricting the jurisdiction of the Court and, thus, the responsibility for international crimes within the Rome Statute to natural persons, as the particular definitions of crime in Articles 5 to 8 are connected to a human act and, consequently, to the conduct of a natural person. However, even if this point of departure still allowed the sanctioning of a legal entity (such as a corporation or other 'juridical persons'), as long as its 'activity' can be traced back and attributed to a natural person, when reading paragraphs (1), (2), and (3) of Article 25 of the ICC Statute together, there can be no doubt that by limiting criminal responsibility to individual natural persons, the Rome Statute implicitly negates – at least for its own jurisdiction – the punishability of corporations and other legal entities. In the same line it had already been stated by the IMT that international crimes 'are committed by men not by abstract entities'.[42]

Even in face of this authority, however, the question of whether a corporation should be excluded from criminal responsibility was an issue in the deliberations prior to the Rome Statute. In particular, the Draft Statute of 1998 contained a proposal which – with the exception of States – would subject legal entities to the jurisdiction of the ICC if 'the crimes committed were committed on behalf of such legal persons or by their agencies or repre-

---

39 Edited by *M. C. Bassiouni* (1993).

40 Cf. *Triffterer*, supra note 38, 873.

41 Cf. supra, II.A.1.

42 See the references by *Ambos*, in Triffterer (ed.), supra note 7, margin No. 4 to the Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, HM Attorney-General by HM's Stationery Office London (1950) Part 22, 447.

sentatives'.[43] This inclusion of legal persons was demanded in particular by the French Delegation in order to make it easier for victims of crimes to sue for restitution and compensation.[44] This proposal, however, was not successful in the end as it had – among others – these arguments against it: from a pragmatic point of view it was feared that the ICC would be faced with tremendous evidentiary problems when prosecuting legal entities, and from a more normative-political point of view it was emphasized that criminal liability of corporations is still rejected in many national legal orders,[45] an international disparity which could not be brought in concord with the principle of complementarity (Article 17 of the ICC Statute).[46] Furthermore, it was felt 'morally obtuse for States to insist on the criminal responsibility of all entities other than themselves'.[47] This alludes to the next point of exclusion.

B. Responsibility of States

Like other legal persons, States are also not subject to the jurisdiction of the ICC. Although this is not explicitly stated, Article 25(4) of the ICC Statute, according to which individual criminal responsibility 'shall [not] affect the responsibility of States under international law', has to be read in such a way that the implicit exclusion of States from criminal responsibility shall not preclude other kinds of responsibility of States, if so provided for by other customary international law or treaties. By limiting criminal responsibility to individual natural persons and by not attributing their acts to the legal persons they represent,[48] the same holds true for the case that a natural person acts as 'an agent of the State' or 'in the name of the State'.[49]

C. Individual Responsibility vs. Co-responsibility

When the Rome Statute in Article 25(3)(a) declares that a natural person can commit a crime not only 'as an individual', but also 'jointly with another person' or 'through another person', this equalization of 'individual' perpetration with co- or even intermediary perpetration seems at first sight contradictory to Article 25(2) which refers only to individual responsibility: this seems to allow the conclusion that paragraph (2) solely points and is limited to the 'solitary perpetrator'.[50] This seeming contradiction can be solved, however, if the real nature of co-perpetratorship is analysed. This legal figure of complicity is characterized by the fact that the joint perpetrators put together a united plan for a crime which they perhaps perform by division of labour. As explained later,[51] based on the common

---

43 Art. 23 para. 5 UN Doc. A/CONF. 183/2/Add. 1 (1998), reprinted in M. C. Bassiouni (ed.), International Criminal Court Compilation of United Nations Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference (1998) 7 ff.

44 Cf. the references in *Schabas*, supra note 1, 409 f.

45 Cf. recently the contributions in A. Eser, B. Huber, and K. Cornils (eds.), Einzelverantwortung and Mitverantwortung im Strafrecht (1998).

46 Cf. *Saland*, in Lee (ed.), supra note 1, 199; Arnbos, in Triffterer (ed.), supra note 7, margin No. 4.

47 *Wise* in Sadat Wexler and Bassiouni (eds.), supra note 10, 42.

48 Cf. supra,IV.A.

49 For more details on the development of State responsibility in international law and, in particular, in the ILC Draft on State Responsibility, see Report of the ILC on the work of ist fifty-fourth session, UN GAOR, 54th Sess., Supp. No. 10 (A/54/10 and corr.1 & 2), paras. 49 ff.

50 Infra, V.C.1.

51 Cf. infra,V.C.2.

plan, the individual contributions of the co-perpetrators in performing the crime can be reciprocally attributed to each other. In this way, joint perpetratorship does not imply liability for wrongdoing of another; rather the basis for criminal responsibility is the individual blame placed on each perpetrator for having participated in the planning of the crime and for having consented to the illegal contributions of the other co-perpetrators. Thus, it is the reproach of unlawfulness against each individual which makes it feasible to attribute the reciprocal contributions to each other. On these terms, the solitary perpetrator as well as co-perpetrators can be considered 'individually responsible' for the crime, as intended by paragraph (2).

D. Individual Responsibility (even) in the Case of Official Capacity

The Rome Statute considers the principle that a natural person is criminally responsible for a crime as valid without exception. This is expressed in Article 27 which declares the Statute applicable to all natural persons regardless of any 'official capacity'. Parallel provisions can already be found in the ICTY and ICTR Statutes in Articles 7(2) and 6(2), respectively. Even Article 7 of the Nuremberg Charter contained a provision according to which a perpetrator may not invoke his official position to escape from liability.[52] The rationale behind this rule is the proposition that a person in an official function ordering or causing an international crime to be carried out may not be placed in a better position than the person who himself commits the crime. Furthermore, the gravity of the crimes covered by the Rome Statute would not allow a Head of State to invoke his or her official position, even if the official concerned received, under other circumstances, special protection under international law.[53]

Article 28 of the ICC Statute goes even further than Article 27, as far as superiors are concerned. These officials are not only barred from invoking their official capacity, they may eventually even be criminally responsible for the international crime of a subordinate if they failed to exercise the necessary command and control. This liability for 'omission' goes even as far as to cover negligence for not duly realizing that the forces were committing or about to commit an international crime (Article 28(a)(i)).[54]

V. Perpetration and Participation

A. Basic Models in National Law(s)

When trying to systematize the various structural mode of perpetration and participation as found in numerous national legal orders, one finds two basic models on which – though partially combined or modified – national laws with regard to criminal (single and co-) responsibility are founded.[55]

---

52 IMT Nurnberg Charter, supra note 22.

53 Cf. Report of the ILC, 48th Sess., supra note 5, 39 ff.

54 See infra VII.

55 To the following, cf. M. Burgstaller, 'Individualverantwortung bei Alleinhandeln; 'Einzel- und/oder Mitverantwortung bei Zusammenwirken mit anderen', in *Eser*, Huber, and Cornils (eds.), supra note 45,17 ff.

1. The 'unitary perpetrator model'

By disregarding national specifics, one model can be characterized as considering every person who contributes to the carrying out of a crime in whatever way and degree as a 'perpetrator', without distinguishing in any way between different types of true 'actors' or mere 'accomplices'. This 'expansive' notion of perpetratorship is based on the assumption that whoever contributes any cause to the commission of a crime, regardless of how close to or distant the cause is from the final result, must be considered as (co-)author of the crime. If a difference is to be made between the weight or distance of the individual cause contributed by different (co-)authors, this might be a matter of individualized determination of the sentence, not however of guilt or innocence.

Prominent representatives of this model are Austria and Italy. But even for supranational courts and codes, this somehow 'holistic' model of perpetratorship seemed attractive enough to be followed by the Nuremberg and Tokyo Tribunals[56] and in the form of an additional clause, adopted by the ICTY and ICTR Statutes[57] and, as a general clause, recommended by the Updated Siracusa Draft,[58] which declared individually responsible any person 'who plans, instigates, orders, commits or otherwise aides and abets in the attempt or execution of a crime', thus putting the commission of the crime on the same level and within the same category as planning, instigating, ordering, or otherwise aiding (Article 33-9(1)).

This 'unitary perpetrator model' is also characterized by declaring each party to a crime individually responsible, 'apart from the responsibility of other participants' (Updated Siracusa Draft, Article 33-9(2)), thus not employing the notion of 'accessorial liability' as characterised by the other model.

2. The 'differential participation model'

This model is characterized by distinguishing between 'perpetratorship' (in a narrower sense) and (mere) 'participation', although the borderline to be drawn between the two may vary between various countries which fundamentally follow this model. This 'restrictive' theory of perpetratorship is based on the observation that, except for the case of truly equal cooperation of various persons in the commission of the crime, the causal contributions can be so different in weight and closeness to the accomplishment of a crime that it would be unjust to treat all persons involved in the same way. For this reason the notion of 'perpetrator' (in terms of the German 'Täterschaft' or the Spanish 'autoría') is re-stricted to those persons who either stand in the centre of the committing of a crime or who steer it by means of predominant influence, whereas other parties to a crime are mere 'participants' (in terms of the German 'Teilnahme' or the Spanish 'participación'). In addition, these two groups may be further differentiated by distinguishing within 'perpetratorship' between solitary perpetrator, co-perpetrators, and intermediate perpetrator, and within 'participation' between solicitor/instigator (Anstiftung/ inducción) and aider/abettor (Beihilfe/cooperación), if not treating accessories as a special group of complicity after the fact.[59]

Prominent representatives of this 'differential participation' model are France, Germany, Spain, Switzerland, and – although with certain particularities – penal codes and systems of

---

56 See infra, V.B.1 at note 67.

57 See infra, V.B.3.

58 See supra note 37.

59 Cf. *G. P. Fletcher*, Rethinking Criminal Law (1978) 645 f.

the common law tradition. As will be seen later, the Rome Statute seems to be based on this model as well.

There are at least two features which are characteristic of the various expressions of this model. One is the obvious possibility of sanctioning 'perpetrators' and mere 'accessories' of the crime in a different way, by either upgrading perpetrators or downgrading accessories, or by declaring complicity only punishable with regard to the more serious crimes such as felonies and not mere misdemeanours, or for requiring intent and, by doing so, excluding mere negligence or even recklessness from accomplice liability. Differentiated treatments of this sort, however, do not necessarily correspond to the distinction between true 'perpetrators' and mere 'accomplices', rather there may be differences even within the one or the other category. Such 'crossovers' can be found, for instance, in German Law where, on the one hand, participation in terms of instigation ('Anstiftung') and aiding and abetting ('Beihilfe') requires intent, both by the accomplice and the perpetrator carrying out the crime (§§ 26, 27 German Strafgesetzbuch); on the other hand, with regard to punishment, only a mere aider and abettor can expect mitigated punishment (§ 27), whereas the instigator shall be punished 'in the same manner as the perpetrator' (§ 26).

The other characteristic of the 'differential participation model' is the relationship between the 'principal act' of the perpetrator and the contributions of accomplices in terms of 'derivative' or 'accessorial liability'.[60] Unlike the 'unitary perpetration model', in which each causal contributor to the crime is individually liable for his own conduct, in the 'differential participation model', the responsibility of mere accessories depends on and is 'accessorial' to the principal act. This leaves the question of how narrow this dependence must be. There are basically two ways to be considered. One can either presuppose that the 'principal' perpetrator fulfils all requirements of a crime, with the inclusion of his own personal culpability and the exclusion of any ground or justification and excuse: with this type of 'strict accessorial liability', however, note that in the case of a war crime in which due to intoxication the principal perpetrator has lost his capacity to control his conduct (as in the case of Article 31(1)(b) of the ICC Statute), any other instigators or aiders, even if themselves in a sober state of mind, could not be held criminally responsible. Or, on the other hand, the responsibility of accomplices is merely dependent on the unlawfulness of the principal act: in this case of 'limited accessorial liability', accomplices could be held criminally responsible even in the case where principal perpetrator is under the age of 18 years (Article 26 of the ICC Statute) or for some other reason, such as incapacity (Article 31 (1) (a), (b)) or mistake of law (Article 32(2) of the ICC Statute) is not personally responsible. Whereas traditional codes and theories of participation, if they address this problem at all, appear to have been based on the notion of 'strictaccessorial liability',[61] the modern trend goes towards some sort of 'limited accessorial liability', as, for instance, clearly expressed in the German reform act of 1975[62] or as interpreted in the same way in Switzerland and Spain.[63]

---

60 With regard to this terminology, this is adopted from the German 'Akzessorietät', also known in other systems such as the Spanish 'accessoriedad', but apparently still foreign to English, although it could be easily phrased as 'accessoriety'. Instead, and perhaps not without conceptual differences, Fletcher, supra note 59, 581 ff., prefers to speak of 'derivative' liability.

61 As, for instance, the German Penal Code until 1943 (cf *P. Cramer*, in A. Schönke and H Schröder (eds.), Strafgesetzbuch Kommentar (24th edn.,1991), § 25 pre-note 22).

62 §§ 26-29 German Strafgesetzbuch.

63 As to Switzerland, cf. *P. Noll* and *St. Trechsel*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I (3rd edn,1990), 181 ff., as to Spain, cf. *S Mir Puig*, Derecho Penal, Parte General (5th edn, 1998) 395 ff.

It goes without saying that models are not necessarily reality. But even if the various divisions in perpetration and participation presented before may be combined and modified from country to country,[64] the regulation in this area has at some point to opt for this or the other way. This, however, presupposes that the law-makers must be aware of the underlying problems. There is some doubt as to whether this has been the case on the level of international criminal law until now.

B. Survey on Regulations of Perpetration and Participation in International Criminal Law

1. Early Codifications[65]

Starting with the Hague Land War Convention of 1907,[66] which already contained prohibitions and duties with regard to warfare the violation of which individual criminal responsibility could ensue, the rules pertaining to participation are still rather rudimentary: according to Article 50, States were entitled (but not obliged) to penalize the co-responsibility of individual persons in war crimes, and according to Article 34 a parleyer could lose his status of immunity if he used his position to commit treason or for instigating it, the latter implying some sort of complicity in terms of inducement.

More elaborate provisions subsequently appeared in the IMT Charters of Nuremberg and Tokyo, which listed various forms of participation in connection with single crimes, but still without any general regulation. The various single crimes appear less defined by the same legislative technique, rather than in a seemingly accidental way. Whereas according to subparagraph (a) of Article 6(2) of the IMT Charter of Nuremberg, crimes against peace shall comprise 'namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression', thus naming certain accessories before the fact, subparagraph (2)(b) on war crimes simply lists specific violations of the laws or customs of war (such as murder, ill-treatment, or deportation to slave labour), without, however, naming any accessory contribution before the fact, such as planning or preparation, as was the case with crimes against peace (subparagraph (a)). Once more, another technique is used with regard to crimes against humanity (subparagraph (c)) by first naming certain crimes such as murder, extermination, enslavement or 'inhumane acts committed against any civilian populations' (sub-section 1), and then proclaiming the responsibility of 'leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes' (sub-section 2), thus not describing certain actions (as was the case in subparagraph (a)) but rather certain types of actors. This lack of clarity may have led the Nuremberg and Tokyo Tribunals to a sort of 'unitary' model by not distinguishing between perpetrator/principal and accessory.[67]

Expanding criminal responsibility beyond the point of individually acting persons to groups or organisations, is Article 10 of the Nuremberg IMT Charter which entitles nation-

---

64 As to further possible ways of structuring participation in Italian, French, Polish, Czech, Lithuanian, and English law, see the national reports in Eser, Huber, and Cornils (eds), supra note 45, 35 i, 43 i, 57, 61 ff, 73 ff, and 79 fh respectively; furthermore cf. the comparative survey from a common law perspective by *Fletcher*, supra note 59, 634 ff.

65 To the following, cf. Triffterer, supra note 5, 227 ff and Ambos, supra note 38, 444 ff.

66 Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land (Hague, IV) of October 18, 1907; reprinted in McDonald and Swaak-Goldman, supra note 6, Vol. II/1, p. 25.

67 Cf. *Ambos*, in McDonald and Swaak-Goldman, supra note 6, Vol. I, p. 8 f.

al authorities to bring individuals to trial for membership in those groups or organizations which have been declared criminal by the IMT. By this device, which has been traced back to the Anglo-American notion of 'conspiracy',[68] individual responsibility is extended back into the early stages of crimes subject to the IMT Charter.

In the search for some more general proclamation of the punishability of participation, one needs to look at the Genocide Convention of 1948 which probably for the first time obliged the Contracting Parties to penalize not only genocide as such but also conspiracy to commit and complicity in genocide.[69] A similar generalization of participation can be found in the so-called Seven Nürnberg Principles of the ILC (1950) by declaring 'complicity in the commission of a crime against peace' as a crime under international law (Principle VII).[70]

2. *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1991/96)*[71]

The first document which clearly distinguishes between the commission of an international crime and other forms of participating therein appears to have been the Draft Code of 1991 (Article 3(1) and (2) respectively).[72] Yet, this step forward almost immediately ends in open questions, as the Draft Code neither describes different forms of commission, nor does it clarify whether and to what degree participation (namely aiding, abetting, providing the means for the commission of a crime, conspiring, or directly inciting) requires the principal perpetrator's own responsibility (in terms of accessorial liability)[73] or whether it suffices that the accomplice made a contribution with the intent to support the commission of the crime, without requiring that the principal crime in fact be carried out.[74]

Fortunately, the Draft Code of 1996 brought some clarification (Article 2(3)) in favour of accessorial liability by requiring that ordering the commission of a crime is only punishable if this crime has in fact been committed; the same is true with regard to aiding, abetting, or otherwise assisting in the (obviously factual) commission of such a crime.[75] The concept of conspiracy as well has been structured according to accessorial principles.[76] Another question is whether the drafters realized that the conspiracy concept would lose its function of covering the early stages of a crime (in terms of stages preceding even its preparation or attempt) if the crime must be carried out in order to make the conspirators criminally liable.

---

68 Cf. *Triffterer*, supra note 5, 227.

69 Art. III(b) and (e), Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, 78 UNTS 277, reprinted in McDonald and Swaak-Goldman, supra note 6, Vol. II/1, p. 83.

70 70 Cf. supra, III, at note 24.

71 As to the three versions of this Draft Code by the ILC, cf supra, III, at notes 25 ff.

72 This observation is true despite the fact that the Apartheid Convention of 1973 (reprinted in Bassiouni, supra note 22, 630 ff.) mentions committing and participating (Art III), since in this provision 'committing' stands side by side with 'participating' (in the same section (a)) and in addition names 'directly inciting' or 'conspiring in the commission', and in a yet further section (b) names 'directly abetting', 'encouraging' or 'cooperating in the commission' of the crime of apartheid, thus again completely mixing up perpetration and participation in an accidental way.

73 Cf. supra, V.B 1

74 Cf. the criticism by *Th. Weigend*, 'Article 3: Responsibility and Punishment' in Bassiouni, supra note 4,115.

75 Cf. Art. 2(3)(b) and (d) of the Draft Code of 1996, but also the (less explicit) commentary in Report of the ILC, 48th Sess., supra note 5, 24 f.

76 Cf. Art 2(3)(e).

3. *ICTY/ICTR Statutes of 1993/94*

The Statutes of the ad hoc Tribunals for former Yugoslavia and Rwanda are yet another example of regulations which, partly due to the wording of earlier conventions such as that on genocide, lack a clear notion of perpetration and participation. Whereas the articles on crimes against humanity and war crimes simply name the various violations without any hint of liability for complicity,[77] the articles on genocide also mention conspiracy, incitement to, and complicity in genocide.[78] In addition to these special crime provisions, however, both Statutes, in a general clause, declare individually responsible every person 'who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime'.[79] Not mentioning the unclear relationship between the special participation provisions with regard to genocide and the general responsibility clause, the latter again mixes together the perpetration of the crime and the various modes of participation therein. It is also not clear whether and to what degree the principal act must in fact have been performed. In addition, whereas, quite remarkably, conspiring is not named in the general clause, criminal responsibility can still go far ahead of the commission of a crime as even the aiding and abetting in the planning and preparation of a crime are made punishable. It is no wonder that such uncertainties in this regulation left some room and need for interpretation by the Tribunals.[80]

4. *The Main Features of Perpetration and Participation in the Rome Statute*

In comparison with the foregoing drafts and qualifications, the Rome Statute can claim to deal with questions of perpetration and participation in a rather comprehensive and detailed way. This is apparent by distinguishing within the committing of a crime between solitary perpetration ('as an individual'), co-perpetration ('jointly with another person'), and intermediary perpetration ('through another person'). Unlike the rather broad responsibility approach of the ICTY/ICTR Statutes, the Rome Statute in Article 25 (3) seems to follow a narrower concept of participation. Instigation as well as aiding and abetting presuppose that the principal act has at least been attempted (subparagraphs (b) and (c)). Similarly, participation in the preparation of or the conspiring to commit a crime is no longer punishable if the principal crime does not at least reach the stage of an attempt (subparagraph (d)), the only exception being direct or public incitement to genocide which does not actually need to be carried out (subparagraph (e)). With regard to punishment, the Rome Statute does not explicitly differentiate between principals and accessories to a crime. Yet, by obliging the Court, in determining the sentence to take such factors into account as 'the individual circumstances of the convicted person' (Article 78(1) of the ICC Statute), the door is open for weighing the commission of a crime by the principal and the contributions of accomplices in a gradual way. Further evidence of the drafters' readiness to structure perpetration and participation in a more lucid way than in earlier regulations can be drawn from the fact that the Rome Statute does not mix together instigation, aiding, and committing a crime, but rather distinguishes, thereby perhaps even creating a hierarchy, between committing, instigating, aiding, otherwise supporting, and inciting a crime (Article 25(3)(a)–(e) of the ICC Statute).

---

77 Arts. 2, 3, 5 of the ICTY Statute and Arts 3, 4 of the ICTR Statute.

78 Paras. 3(a), (c), (e) of Art. 4 of the ICTY Statute and Art. 2 of the ICTR Statute, respectively.

79 Art 7(1) of the ICTY Statute and Art. 6(1) of the ICTR Statute.

80 Cf., for instance, the ICTY Tadić case, supra note 6, paras. 673 ff. (see further p 822, Addendum to note 80).

When searching for a concept of perpetration and participation that is comprehensive enough to comprise all cases worthy of being penalized, the Rome Statute, however, with its Article 25(3) overshot the mark, in particular by not paying sufficient attention to the question of whether certain modes of participation do indeed need regulation as perhaps already covered elsewhere. This is true, for instance, with regard to 'ordering' the commission of a crime (subparagraph (b)), as ordering supposes a superior position which advances the superior to the rank of an 'intermediate' perpetrator (in terms of committing a crime through another person, according to subparagraph 3(a)).[81] Furthermore, was it necessary in face of the broad scope of assistance to a crime (subparagraph (c)) to penalize contributions to group activities by an additional special provision (subparagraph (d))?[82]

When trying to decide into which of the above-mentioned models of perpetration and participation the Rome Statute fits, it is difficult to find an unambiguous answer. When keeping in mind that we are moving in the area of macro-criminality and perhaps state-supported crimes, it appears advisable for an effective fight against crime to judge the responsibility of individual parties to a crime on their own merits as far as is possible. This aim seems best served by interpreting the Rome Statute's regulation in terms of a 'unitary perpetration model' as in this system the responsibility of a party to the crime is less, if at all, dependent on the responsibility of the principal perpetrator.[83] This view seems to be supported by the fact that the frame of punishment provided for by the Rome Statute is the same for all parties to a crime (though differentiations may be possible in the individual determination of the sentence according to Article 78 of the ICC Statute). Another indication in this direction may be seen in the various forms of instigation, such as 'inducing the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted' (Article 25(3)(b) of the ICC Statute). This leaves open the question as to whether this phrase implies the dependence of the inducement on the wrongdoing of the principal (in terms of the 'differential participation model') or whether it is merely expressing the need for a crime to at least be attempted, without thereby derogating from the accomplice's own wrongdoing. This appears expressed by the ILC to the effect that 'an individual is held responsible for his own conduct which contributed to the commission of the crime notwithstanding the fact that the criminal act was carried out by another individual'.[84] On these terms, as in the 'unitary perpetration model', each party to a crime is responsible for his own contribution, not for the commission or participation by another. On the other hand, however, the 'differential participation model' can draw some support from the fact that Article 25(3) of the ICC Statute, contrary to the Draft Code of 1991 and the ICTY/ICTR Statutes,[85] distinguishes in a systematic way between perpetration (subparagraph (a)) and other forms of participation (subparagraphs (b)–(e)) and that, with regard to the latter, it indicates a sort of graduated responsibility, as for the weakest form of participation (subparagraph (c)) any sort of contribution ('otherwise assisting') shall suffice.[86] Remarkably enough, on an even less stringent regulation than that of the Rome Statute, the ICTY appears to have interpreted the participation concept of Article 7 of the ICTY Statute in terms of the 'differential participation model' when stating that the difference between 'committing' a crime and other forms

81 Cf. infra, V D 3

82 Cf. *K. Ambos*, 'General Principles of Criminal Law in the Rome Statute', 10 Criminal Law Forum (1999) 13 and infra; V F.

83 Cf. *Triffterer*, supra note 5, 230, *Wise*, in Sadat Wexler and Bassiouni (eds.), supra note 10, 42 f.

84 Cf. Report of the ILC, 48th Sess., supra note 5, 24.

85 Cf. supra, V B.2, 3.

86 Cf. *Ambos*, in Triffterer (ed.), supra note 7, margin No 2.

of participation such as aiding and abetting lies in the fact that 'the alder and abettor is always an accessory to a crime perpetrated by another person, the principal'.[87] The accessorial dependence of the accomplice on the principal act of the perpetrator, however, is just the typical mark of the 'differential participation model'.

C. Perpetration (according to Article 25(3)(a) of the ICC Statute)

As previously stated,[88] a person can be criminally responsible in terms of 'perpetration' in three ways.

1. Solitary (Direct) Perpetration (Committing 'as an individual')

In the first line, this phrase refers to the case of a single person who, without any assistance or influence by another person, commits the crime. In this case the perpetration can truly be called 'solitary'.

In a broader sense, however, this phrase also covers the case where there are still other parties to the crime who are merely rendering accessory contributions to the commission by a 'principal'. This case is neither identical with the legal figure of 'co-perpetrators' (infra 2, in which all persons jointly co-acting are individually liable, nor with that of 'intermediate' perpetratorship (infra 3), in which the perpetrator is using another person as his tool, but rather refers to the combination of perpetration (of one or more principals) and participation (by one or more accessories before, during, or after the fact). What makes a person the 'principal' in such a situation is the fulfilment of all statutory elements of the crime in his own person, which, perhaps instead of the English term 'individual', is better expressed by the Spanish version of 'por sí solo' or by the original French version of 'à titre individuel'.[89] If this is the case, as in killing or torturing the victim with one's own hands, this person must be treated as the (direct or immediate) 'perpetrator' even if he was induced to do so or somehow assisted by others.

There is no question that this form of perpetration could be more clearly expressed by reference to committing the crime 'by himself or herself' (as in the German wording of 4 25(1) Strafgesetzbuch), instead of repeating in a kind of vicious circle that a person is 'individually responsible' when committing a crime 'individually' (ICC Statute Article 25(2) and (3)(a), respectively).

2. Co-perpetration (Committing 'jointly with another person')

Similarly brief is the definition of co-perpetration in Article 25(3)(a) alternative (2) of the ICC Statute. To commit 'jointly with another person' seems to express no more than two requirements: first, there must be more than one person committing the crime, and secondly, they must work together. Both phenomena, however, are characteristic of cases of mere complicity as well, be it instigation by X or assistance by Y of A who commits the crime. If co-perpetration and the various modes of complicity are to be distinguished, then either the term 'jointly' must be interpreted in a qualitative way by meaning more (or at least something else) than mere inducing or assisting the commission of the crime, or particular

---

87 ICTY Appeals Chamber, Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, para. 229. Cf. also infra,V.C. 2.

88 Cf. supra, II A.2, V.B.2.

89 Cf. *Ambos*, in Triffterer (ed.), supra note 7, margin No 7.

weight must be given to the term of 'committing' the crime, a requirement common to all three modes of perpetration.

From an analytical point of view, with regard to 'committing' the crime, the question arises whether each co-perpetrator must fulfil the definitional requirements of a crime in the same way as a solitary perpetrator (supra 1) or whether 'committing' in the case of co-perpetration can be understood in a less strict sense allowing one to combine and mutually attribute the contributions of various co-perpetrators made for the accomplishment of the crime. In the first alternative, murder in co-perpetration could be acknowledged only for those persons who kill with their own hands, but not by those who give the command or hand over the knife or keep the victim down on the ground, even if all of them are acting in a common plan. According to the other interpretation, by understanding 'commission' in broader terms, as by accepting the mutual attribution of contributions made in a functional division of labour for the accomplishment of the crime, not only the person who physically kills the victim, but also the organizer of the plan and the provider of means can be held liable as co-perpetrators. In this second alternative, however, the softening of 'committing' must be counterbalanced by stronger requirements for the 'jointly' committing, because otherwise co-perpetration is no longer distinguishable from mere instigation or aiding and abetting.

When scrutinizing national and international sources with regard to this question, it is unsurprising that different approaches can be found.[90] In countries following the 'unitary perpetrator model',[91] it seems obvious that by declaring each contribution to the commission of a crime as 'perpetratorship', it is, on the one hand, not necessary to work with some sort of mutual attribution of functionally coherent contributions, while on the other hand, however, each party to a crime is only responsible for his own wrongdoing and culpability. On these terms, co-perpetratorship as in Austrian law can be described as a more factual unity in accomplishing the crime ('Ausführungsgemeinschaft') rather than a normative unity ('Bewertungsgemeinschaft').[92] The other end of the spectrum seems to be represented by common law which, on the basis of a 'differential participation model',[93] requires a 'principal in the first degree' to make a direct contribution to the accomplishment of the crime with mens rea, thereby degrading participants with minor contributions to 'secondary parties' or to 'principals in the second degree'[94] Between these two extremes, German law holds a middle position by not declaring, on the one hand, each contribution to the accomplishment of a crime as perpetration, but, on the other hand, by not requiring a co-perpetrator to carry out the crime with his own hands but that the various contributions are mutually attributable as based on a functional division of labour according to a common

---

90 For a comparative survey, cf. *H.-H. Jescheck*, 'Versuch und Rücktritt bet Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat', 99 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (1987) 124 ff., *W. Dietz*, Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht (1957).

91 Supra, at V B.1.

92 Cf. *D. Kienapfel* and *F. Hopfel*, Grundriß des österrerichischen Strafrechts, Allgemeiner Tell (8th edn., 2000) 206. This view, however, is not undisputed even in Austria. cf. e.g. *H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I (3rd edn.,1998) 302.

93 Cf. supra, V. 2 (b).

94 This seems to be the common opinion at least in England and the United States, cf. *W. Wilson*, Criminal Law (1998) 577 ff., *A. P. Semester* and *G. R. Sullivan*, Criminal Law Theory and Doctrine (2000)186 ff., *Dietz*, supra note 90, 89 ff

plan. On these terms, co-perpetratorship is commonly defined as joint commission of a crime by knowingly and voluntarily working together.[95]

Since the national laws are divided, supranational approaches to the interpretation of co-perpetration deserve particular attention. This is especially true with regard to judgments of the ICTY, which have adopted a wide notion of co-perpetration. Although Article 7(1) of the ICTY Statute does not explicitly mention co-perpetration, but rather mixes the 'committing' of the crime with various forms of participation,[96] in the Tadić case, the Appeals Chamber of the ICTY saw the need for distinguishing between co-perpetration and mere participation.[97] In departing from the assumption that co-perpetratorship does not necessarily require direct physical perpetration of the offender, thus, on the objective level opening the door for indirect contributions for accomplishing the crime, consequently the subjective level of mens rea becomes the main field for distinguishing between perpetration and participation. In this respect, two criteria seem to be essential: first, the co-perpetrators must have a common plan, design, or purpose which amounts to or involves the commission of a crime provided for in the Statute, though this plan does not need to have been previously arranged or formulated. Secondly, the co-perpetrators must participate in the common design whereby this participation may 'take the form of assistance in, or a contribution to, the execution of the common plan or purpose'.[98] As in this way the requirements of co-perpetratorship are lowered substantially, the ICTY sees the need to distinguish between co-perpetration (in terms of acting in pursuance ofa common purpose or design to commit a crime) and aiding and abetting. The main differences are the following: the aider and abettor is always a mere accessory to the crime of the principal; aiding and abetting does not presuppose a common concerted plan, as it is possible that the principal is not aware of the accomplice's suppport; and with regard to the requisite mental element the aider and abettor must merely know that his act assists the commission of the principal's crime.[99] Though realizing that it is not easy to get a clear picture of the ICTY's position regarding perpetration and participation, as it seems to intermingle different national concepts, the ICTY puts particular emphasis on the common plan: whereas the support of the aider and abettor must have 'a [objectively] substantial effect upon the perpetration of the crime', for co-perpetration it suffices 'to perform acts that in some way are [subjectively] directed to the furthering of the common plan or purpose'.[100] Consequently, the structure of co-perpetratorship is characterized by the common purpose as the main basis of responsibility, whereas the qualities of the single contributions are of minor importance. In this way, a mutual attribution of contributions within the common plan becomes possible.

This leaves the question of how criminal acts of a co-perpetrator outside the common plan have to be treated, in particular, whether such 'excess' of an offender may also be attributed to his co-perpetrators. According to the aforementioned principle that the common purpose is the main basis of attribution, one would expect that contributions of a party to a

---

95 *K. Kuhl*, Strafrecht, Allgemeiner Tell (3rd edn., 2000) 765. For further details, in particular to the still disputed question of whether each co-perpetrator must necessarily be on the scene when the crime is accomplished or whether even a contribution in the preparatory stage may suffice, cf. *P. Cramer* and *G. Heine*, 'Täterschaft und Teilnahme', in Schönke and Schröder (eds), supra note 61, § 25 pre-notes 80 ff. and margin No. 60 ff.

96 Cf supra, V B 3.

97 ICTY Appeals Chamber Tadić, supra note 87, paras 185-232.

98 Tadić case, ibid., para 227 (iii)

99 Tadić case, ibid., para. 229 (ii) and (iv)

100 Tadić case, ibid., para. 229.

crime may be attributed to other co-perpetrators only insofar as they stay within the common plan, as is, for instance, the position in German doctrine and practice.[101] The ICTY Appeals Chamber, however, would be prepared, particularly in cases involving a common design to pursue one course of conduct (such as to effect 'ethnic cleansing'), to deem all co-perpetrators responsible even for an excessive act if this is a 'natural and foreseeable consequence of the effecting of that common purpose',[102] provided that the co-perpetrators are aware of the risk of excessive acts and 'nevertheless willingly took that risk'.[103] Although the ICTY Appellate Chamber, thus, still requires intent in terms of 'dolus eventualis', there are some doubts whether this broad notion can be applied to the Rome Statute. For in Article 30 requiring 'intent and knowledge' for the commission of a crime (paragraph 1), and in its definition of knowledge as awareness of the occurrence of a consequence 'in the ordinary course of events' (paragraph 3), it is at least a question of fact, if not of law, as to when an 'excessive' act can be considered part of the 'ordinary course' of events.[104]

In sum, co-perpetration finds its own profile from two sides: while, in an objective respect, it does not necessarily require the own physical performance of a definitional element of the crime, as a contribution may be rendered during the entire commission of the crime, from as early as the planning of the crime until the accomplishment of the criminal end, still the perpetrator's contribution must codetermine the crime by being more than marginal or merely accidental. As to what degree this is the case depends, in a subjective respect, largely on the common plan and the role to be played within it by the perpetrator. At any rate, however, as soon as a party to a crime fulfils in his own person all definitional elements of the crime, he becomes a perpetrator and is thus no longer a mere accomplice.

3. *Intermediary Perpetration (Committing 'through another person')*

The Rome Statute is probably the first international instrument in which this mode of indirect perpetratorship by using another person as a tool is explicitly regulated. Differing from the aforementioned co-perpetratorship in which the parties to the crime are more or less on an equal standing, 'intermediary perpetration' (autoria mediata, mittelbare Täterschaft) is characterized by the predominance of an indirect perpetrator (auteur médiat, Hintermann) who uses the person that physically carries out the crime (intermédiaire, Tatmittler) as his instrument. Whereas this human tool is typically an innocent agent, in particular because he has acted erroneously or is otherwise excused or of minor age, the indirect perpetrator – as a kind of 'master-mind'[105] – employs higher knowledge or superior willpower to have the crime executed.

The wording of the Statute, again rather terse, says, however, more than most national codes. Whereas, for instance, the new French Code Pénal does not even explicitly mention the 'auteur médiat' in its Article 121-4 on perpetration, Article 25(3)(a) alternative (3) of the ICC Statute speaks of committing a crime 'through' another person. Furthermore,

---

101 Cf. *Cramer* and *Heine*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 25 margin No 95.

102 ICTY Appeals Chamber Tadić case, supra note 87, ibid., para 204.

103 Ibid., para. 220.

104 For further details of this problem, see infra, Ch. 23.

105 This description of the German 'Hintermann' (the individual in the background), though perhaps not covering cases of force, is at least appropriate for cases of intellectual superiority: cf. *Ambos*, in Triffterer (ed.), supra note 7, margin No 9 with reference to C. Roxin and E. Silverman.

whereas even some recently reformed codes such as the German Strafgesetzbuch content themselves with speaking of commission 'durch einen anderen' (§ 25(1)), the Rome Statute additionally states that the indirect perpetrator is punishable 'regardless of whether that other person is criminally responsible' (paragraph (3) (a)). In another respect, the Rome Statute does not go as far as some recent national codes which partly require that the intermediary serve as an instrument (as according to Article 28 Spanish Código Penal) or by describing the modes of perpetration by directing the performance of the crime or inducing the other person in abusing his dependence (as in Article 18 Polish Kodeks karny) or by limiting indirect perpetratorship to the instrumentalization of persons who, due to their age, lack of culpability, or another legally recognized circumstance are not subject to criminal responsibility (as according to Article 33(2) Russian Ugolovnyi kodeks).

In comparison to these partially too open and partially rather narrow national approaches, the Rome Statute pursues a moderately happy medium marked by three guidelines:

First, as with the other modes of perpetration, the intermediary one also requires 'commission' of the crime in that the indirect perpetrator finally fulfils all statutory elements of the crime, though not physically himself, yet by exerting his higher knowledge or predominant will. In this respect, any personal qualities which might be required by the statutory definition of the crime (such as being an officer or soldier), as well as the absence of any justification or excuse on his part, have to be present in and evaluated with regard to his person. This means that any circumstance which may exclude the punishability of the person he uses as his instrument (as for instance minor age or lack of a required personal quality) is irrelevant with regard to the person and responsibility of the indirect perpetrator.

Second, as the indirect perpetrator must commit the crime 'through' another person, this intermediary must be used as a tool. This requires, on the one hand, more than inducing or soliciting a person to commit a crime, as otherwise indirect perpetratorship would hardly be discernible from instigation in terms of Article 25(3)(b) of the ICC Statute. On the other hand, the Rome Statute does not name and, thus, not limit the instruments by which another person may be steered to a criminal act, as was mentioned above with regard to the Polish Code. Therefore, any means of instrumentalizing another person to commit a crime, be it the use of force or the exploitation of an error or any other handicap on the tool's side, may suffice, provided that it is the exertion of some controlling predominance on the indirect perpetrator's side.

Third, as the indirect perpetrator is punishable 'regardless of whether [the] other person is criminally responsible', the ICC Statute provides clarifications in respect of two controversial questions.[106] In one direction, by making indirect perpetration independent from the tool's own criminal responsibility and, furthermore, by refraining from naming certain grounds of excluding criminal responsibility (as mentioned before with regard to the Russian Code), the Rome Statute opens the door to indirect perpetratorship for any deficiency on the tool's side: starting from lack of jurisdiction over persons under 18 (Article 26), continuing with incapacity due to a mental disease or intoxication (Article 31(1) (a) and (b)), justification by self-defence or excuse by duress (Article 31(1) (c) and (d)), mistake of

---

106 As to the preceding question of whether this clause of the independence of the perpetrator's punishability from the responsibility of other persons would have already concerned the case of co-perpetratorship (supra, V.C.2) or whether it is only relevant for indirect perpetratorship here in question, see – with convincing arguments for the latter position – *Ambos*, in Triffterer (ed.), supra note 7, margin No. 10 f.

fact or law (Article 32), or any other ground of excluding criminal responsibility (Article 31(1) and (3)),[107] and perhaps not even ending with the special case of Article 28(b)(i) that the instrumentalized person in fact lacked the quality of a superior. This openness due to the 'independence clause' (in terms of the indirect perpetrator's responsibility independent from that of his tool) is also true in the other direction by making indirect perpetration possible even in a case in which the tool himself is in full terms criminally responsible such as, for instance, in the case where the intermediary was fully conscious of his own responsibility but bowed to overwhelming influence or force, or where the indirect perpetrator thought to exploit the error of his tool who was fully aware of the situation but did not dare to resist. This legal figure of an '(indirect) perpetrator behind the (direct) perpetrator', which as 'Täter hinter dem Täter' has found special attention and elaboration in German doctrine and practice,[108] is especially characteristic for hierarchically organized power structures. As this is not only typical for mafia-like organizations but for military systems as well, this type of perpetratorship may easily occur with war crimes or other state-supported criminal acts.[109] In order to be still distinguishable from normal instigation (Article 25(3)(b) of the ICC Statute), this sort of 'Organisationsherrschaft'[110] by which the crime of the direct perpetrator is attributed to the perpetrator behind him as though it were his own, can be justified only if there is a sufficiently tight control by the indirect over the direct perpetrator, similar to the relationship between superior and subordinate in the case of command responsibility (Article 28 of the ICC Statute).[111]

D. Instigation (Article 25(3)(b) of the ICC Statute)

Although the Rome Statute itself does not speak of 'instigation' but rather of ordering, soliciting, or inducing the commission of a crime, it appears fair to use this term as perhaps the best and most common expression for summarizing what also used to be called 'accessory before the fact'.

1. Accessorial to the Principal Crime

As a mode of participation distinct from perpetration, instigation must remain in a certain relationship to the principal crime.[112] Whereas this accessorial problem was left open in most former drafts and codifications, in particular the ICTY/ ICTR Statutes,[113] Article 25(3)(b) of the ICC Statute explicitly presupposes a crime 'which in fact occurs or is attempted'. This requirement, however, is not without exception, since, at least with regard to

---

107 See also supra, V.A.2.

108 For further details see *F. C. Schroeder*, Der Täiter hinter dem Täter (1965); *Cramer* and *Heine*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 25 margin No. 6-60, in particular 20 ff.

109 Therefore, it is no wonder that the breakthrough for the judicial recognition of this type of indirect perpetratorship in Germany was a case of criminal responsibility of members of the National Defence Council of the former German Democratic Republic for intentional killings of refugees by boarder control soldiers: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafiachen (BGHSt) 40 (1995), 218 f. Cf. *Ambos*, in McDonald and Swaak-Goldman, supra note 6, Vol. I, p. 20 f.

110 On its development, cf. in particular *C. Roxin*, Täterschaft and Tatherrschaft (6th edn., 1994) 242-252, 653-654.

111 See *Ambos*, in Triffterer (ed.), supra note 7, margin No. 9.

112 Both on the differentiation of perpetration and participation and their relation, cf. supra V.A.2.

113 Cf. supra, V.B.3.

genocide, direct and public incitement is punishable even if the principal crime is not carried out (Article 25(3)(e)).[114]

2. Soliciting or Inducing a Crime

Although 'ordering' a crime is named at first place, it appears appropriate to start with soliciting or inducing a crime as the 'classical' modes of instigation which should also entail criminal responsibility in the area of international criminal law.[115] In common legal language, 'soliciting' means to 'command, authorize, urge, incite, request or advice' another person to commit a crime, whereas 'inducing' means 'to affect, cause, influence an act or course of conduct, lead by persuasion or reasoning'.[116] When comparing both definitions, it is difficult to find clear demarcations between them; therefore it seems advisable to use inducing as a sort of umbrella term, covering soliciting as a stronger method of instigating another person to commit a crime.[117] Certainly, instigation usually works by means of exerting psychological influence on another person. This can also be done by inducing various persons in a chain, provided that the first instigator knows and wishes his influence on the first person to be carried on via other persons to the final perpetrator.[118]

3. Ordering a Crime

Whereas the preceding modes of instigation may occur between equals, 'ordering' a crime presupposes some superior position as is typical for commander-subordinate relationship: the superior uses his power of command over persons who are bound to him by obedience. In fact, his culpability is, in comparison to that of his subordinates, not only higher but even twofold, the reason being that he, on the one hand, violates his duty to hinder his subordinates from wrongdoing, and, on the other hand, he actively abuses his own powers in ordering his subjects to commit a crime.[119] Therefore ordering a crime is certainly the strongest form of instigation.

Yet, the question is whether ordering a crime is not more appropriately dealt with by other provisions.[120] Whereas a case of commanders not preventing crimes by subordinates is covered as an offence of omission in Article 28 ICC Statute,[121] the active ordering of a subordinate to commit a crime is a typical case of intermediary perpetratorship by exploiting a hierarchical power structure in terms of organizational predominance.[122] Therefore, to

---

114 This seems to be leftover from earlier propositions attempting to substitute the accessory requirement by a concept of 'conspiracy' as an 'inchoate offence'; cf. *Weigend*, in Bassiouni (ed.), supra note 4, 115 ff.

115 Cf. *Schabas*, supra note 1, 410, but see also the criticism by *Ch. Tomuschat*, 'Die Arbeit der ILC im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts', in G. Hankel and G. Stuby (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen (1995) 270, 286 ff.

116 Blacks Law Dictionary (5th edn., 1979) 1249 and 697, respectively.

117 Cf. *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No 13.

118 For more details to this 'Kettenanstiftung', cf. *Cramer* and *Heine*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 26 margin No. 13.

119 Cf. Report of the ILC, 48th Sess., supra note 5, 22 ff.

120 Cf. supra, V C 3

121 For more details, see Ch. 21 below.

122 Cf supra, V.C 3 at note 109.

name ordering a crime as a case of instigation was not only superfluous but perhaps even inappropriately degrading a form of perpetration to mere complicity.[123]

4. Mental Requirements with Regard to the Instigator

Other than in the case of aiding and abetting, which must be carried out 'for the purpose' of facilitating the commission of the crime,[124] no special mens rea requirements are referred to in case of instigation. Consequently, the general requirements of Article 30 of the ICC Statute must be observed. These, however, must be put in more concrete terms in two respects: first, with regard to his own conduct, the instigator must exert his influence with intent and knowledge. This means that the intent of the instigator must be directed at causing the principal to commit the crime. Secondly, the instigator must presuppose that the principal will carry out the crime in a state of mind required by the Statute. If, for instance, the crime requires intent (and not merely negligence or recklessness), the instigator must foresee and recognize that the principal will perform the crime intentionally and in fulfilling all definitional elements thereof. In this sense, the instigator must have a 'double intent' with regard to his own conduct and that of the principal.

Furthermore, the intent of the instigator must also be concrete in being directed at a certain crime and perpetrator. This does not necessarily mean, however, that the crime is determined in all details; it rather suffices, as probably in most national laws, that the instigator anticipates the crime in its essential elements and rough outlines.[125]

5. Excess of the Perpetrator

As the instigator's scope of intent at the same time limits his responsibility, he cannot be held liable for crimes which go beyond his intent. Consequently, an excess of the principal by committing a crime which was not covered by the intent of the instigator, cannot be attributed to him. This is clearly the case in which the principal commits another crime than he was instigated to (e.g. instead of supposedly torturing a man, he rapes a woman), but also in the case that the principal does more than he was instigated to (e.g. killing the victim instead of merely injuring him). It is still irrelevant, however, when the deviation of the actual from the proposed crime is inessential.

E. Aiding, Abetting, or Otherwise Assisting (Article 25(3)(c) of the ICC Statute)

This provision covers the 'classical' field of complicity by assistance which falls short of instigation (subparagraph (b)), on the one side, and goes beyond other contributions (such as contributing to group activities according to subparagraph (d)) on the other. In contrast

---

123 On the same line, see *Ambos*, supra note 82, 9 f., id., in Triffterer (ed.), supra note 7, margin No. 12 Whether, however, Ambos may indeed properly cite the International Criminal Tribunal for Rwanda in his support, is doubtful: certainly, the ICTR Trial Chamber in the *Akayesu* Judgment correctly holds that 'ordering implies a superior–subordinate relationship' whereby 'the person in a position of authority uses it to convince (or coerce) another to commit an offence', but nevertheless the ICTR seems to handle the situation as a form of complicity (through instructions) rather than of perpetration (Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para. 483, reprinted in McDonald/Swaak-Goldman, supra note 6, Vol II/2, p.1573 (1627)).

124 Art. 25(3)(c), cf. infra, V.E 2(a).

125 E.g. to the German law, cf. *H.-H. Jescheck* and *Th. Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil (5th edn., 1997) 688.

to the usual language of 'aiding and abetting', used in the ICTY and ICTR Statutes,[126] the Rome Statute speaks of a person who 'aids, abets or otherwise assists' in the attempt or accomplishment of a crime, including 'providing the means for its commission'. This wording indicates that, first, aiding and abetting are no more an indistinguishable unity but that each of them has its own meaning, secondly, that aiding and abetting are just two ways of other possible forms of 'assistance', the latter thus serving as a sort of umbrella term, and thirdly, that 'providing the means' for the commission of a crime is merely a special example of assistance.

1. Objective Requirements

(a) Like instigation, complicity by assistance is also a form of accessorial liability in relation to the principal crime; this means that it must assist the accomplishment (or at least the attempt) of a crime.[127] Therefore, preparatory contributions, though determined to enable the commission of a crime, remain unpunishable if the intended principal crime is not carried out.[128] If, however, the principal crime reaches at least the stage of an attempt, it does not matter at what time and place during the preparation and performance of the crime the assistance was rendered. Although in this respect the ICTY and ICTR Statutes are clearer by explicitly speaking of aiding and abetting 'in the planning, preparation and execution' of a crime,[129] there is no reason why the assistance in certain stages of a crime should be excluded from responsibility here either.[130]

(b) The forms of contribution for facilitating the commission of the main crime are, except for 'providing the means' for its being carried out, not specified, as even the 'classical' terms of 'aiding and abetting' are far from determined.[131] If the ICTR defines aiding as 'giving assistance to someone', whereas abetting would 'involve facilitating the commission of an act by being sympathetic thereto',[132] aiding, perhaps not surprisingly, is practically identical with assisting, while abetting comes close to, if not being almost completely

---

126 In Arts. 7 and 6(1) of the ICTY and ICTR Statutes, respectively 'otherwise aiding and abetting' comes after 'planning, instigating, ordering and committing'; cf. supra V.B.3.

127 Cf. supra, V.D 1.

128 As to the question of attempted complicity, cf. Infra, VI.E.

129 Arts 7 and 6(1) of the ICTY and ICTR Statutes, respectively.

130 The same view was taken by the ICTY Trial Chamber in the Tadić case when stating: 'not only does one not have to be present but the connection between the act contributing to the commission and the act of commission itself can be geographically and temporarily distanced', supra note 6, pars 687; cf. also paras. 691 1. As far as the ILC was dealing with aiding and abetting and related problems, it was merely occupied with the question of direct and/or substantial contribution, but obviously not concerned with the stage and place where it is rendered (cf. Report of the ILC, 48th Sess., supra note 5, 23 ff.). With regard to the national laws as well, even where the time of a contribution to the commission of a crime plays a role, this mainly concerns coperpetration rather than complicity by aiding and abetting: cf., for instance, to the Spanish Código Penal which in its Art. 29 speaks of 'actos anteriores o simultäneos', *Mir Puig*, supra note 63, 406 ff., or to the German Strafgesetzbuch which in its § 27 simply speaks of '"Hilfeleistung" zu einer vorsatzlich begangenen rechtswidrigen Tat', cf. *Cramer* and *Heine*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 27 margin Nos. 13, 17.

131 Cf., for instance, the endeavours for distinguishing between aiding and abetting and for demarcating a lower and a higher frontier by Fletcher, supra note 59, 640 ff.

132 ICTR Trial Chamber *Akayesu* case, supra note 123, para. 484.

identifiable with, instigation.[133] Instead of exchanging synonyms, which are in any case rather unclear, it appears preferable to resort to the umbrella term of 'assistance' which can consist of any sort of contribution facilitating the commission of the crime.

(c) With such a broad understanding of assistance, however, some sort of other restriction appears necessary if not even very remote involvement in or connection with the planning or performing of a crime is to be made punishable. One way of keeping complicity within certain boundaries could be the requirement of a causal connection between the assistance and the principal crime. If this requirement in terms of a 'conditio sine qua non' were taken seriously, however, complicity by assistance would not only come very close to, if not even be absorbed by, co-perpetration, but would exclude even most serious contributions in the preparation or performance of the crime from criminal responsibility if the aider were able to show that despite his contribution, the perpetrator would have been ready and able (as, for instance, by finding assistance by others) to perform the crime, thus negating the causality of his own contribution. Therefore, either a true causal connection between the assistance to and the commission of the crime cannot be required in principle, as seems to be the position of the ICTY when declaring as erroneous that the assistance should have a causal effect on the crime,[134] or the causal connection has to be construed in a less strict way, such as letting suffice that the aiding and abetting was at least furthering or facilitating the crime or running the risk of it being carried out.[135]

Whether one follows one or the other line of disregarding or softening the requirement of a causal connection, at some point one arrives at the question as to whether the assistance of the aider and abettor should have a certain quality in terms of a 'direct and/or substantial' contribution to the commission of the crime. This question arises even on the proposition that the commission of the crime must be connected with the assistance of the accomplice by a causal chain; for even if this is given, the causal contribution may be so minor or remote that it appears unjustified to attribute it to the accomplice. This doubt may have caused the Drafters of the Code of Crimes of 1996 to require that the aider and abettor must have 'directly and substantially' assisted in the commission of a crime.[136] And although the formulations of aiding and abetting in the ICTY and ICTR Statutes did not contain this restriction,[137] both the ICTY and the ICTR were prepared to read it into the relevant Statutes.[138] Similarly the formulation of aiding and abetting in the Rome Statute might be interpreted in the same way. Still, hopes should not be raised too high. If, for instance, a contribution has to be considered to be substantial if 'the criminal act most probably would not

---

133 This is even more evident with the common definition of abetting in terms of 'to command, procure, councel, encourage, induce, or assist' in Black's Law Dictionary, supra note 116, 5. See also *B. Hüber*, Alleinhandeln und Zusammenwirken aus englischer Sicht', in Eser, Huber, and Cornils, supra note 45, at 79, 84.

134 ICTY Trial Chamber, Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T, 10 December 1998, para. 232.

135 Rich case law and intensive discussions on these approaches seem particularly present in Germany and Spain: cf., for instance, *Cramer* and *Heine*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 27 margin No. 7 f, and *Mir Puig*, supra note 63, 410 respectively.

136 Art. 2(3)(d) of Draft Code 1996; cf. supra V.B.2 at note 75.

137 Cf. supra, V.B.3.

138 Cf. the ICTY Trial Chamber in the Tadić case, supra note 6, para. 691, confirmed in the Čelebići decision, Prosecutor v Delalić et al., IT-96-21-T, 16 November 1998, para. 329. Basically on the same lines the ICTY Trial Chamber in the Furundžija case, supra note 134, para. 232, as well as the ICTR Trial Chamber in the *Akayesu* case, supra note 123, para. 484, and in Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR-95-1-T, 21 May 1999, paras. 199 f.

have occurred in the same way had not someone acted in the role that the accused in fact assumed', and if, accordingly, 'all acts of assistance by words or acts that lend encouragement or support' are thereby covered,[139] then this is nothing more than a softening of the 'classical' causality requirement by letting suffice both physical and psychological assistance in furthering the crime.[140] These reservations must not mean that the requirement of a 'substantial' contribution is completely futile; for although not providing clear delineations, it can function as a sort of monitor by which, for instance, casual remarks, though perceived by the principal as encouragement, are obviously irrelevant, because easily exchangeable, and can thus be excluded. What this means in practice, however, is hardly definable in an abstract formula but has to be realized in a case-by-case method whereby certain modern theories of (positive and negative) imputation and attribution might be helpful when taken into consideration.[141]

2. Subjective Requirements

Unlike instigation, which is governed by the ordinary requirements of the mental element according to Article 30 of the ICC Statute,[142] complicity by way of aiding, abetting, or otherwise assisting requires two different forms of mens rea.

(a) With regard to facilitating the commission of the crime, the aider and abettor must act with 'purpose' (Article 25(3)(c) of the ICC Statute). This means more than the mere knowledge that the accomplice aids the commission of the offence, as would suffice for complicity according to the ICTR and ICTY Statutes,[143] rather he must know as well as wish that his assistance shall facilitate the commission of the crime. Consequently, if a civilian, asked by a soldier to disclose the hiding place of the later victim, is doing so out of fear and with the hope that the victim may have fled, he will not be criminally responsible, even if he is aware that the soldier might find and kill the victim.

(b) With regard to all other elements as his own assistance as well as the principal's crime, the same mental elements are required and sufficient as with instigation. Correspondingly, the aider and abettor must have 'double intent' both with regard to the intentional commission by the principal and the requisite elements of his assistance.[144] In sum, while the objective requirements of aiding, abetting, and assisting are relatively low, the criminal responsibility of alders and abettors contains certain restrictions by means of higher subjective requirements.[145]

---

139 ICTY Trial Chamber in the Tadić case, supra note 6, para. 689.

140 For a closer analysis of the ICTY/ICTR judgments, see *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, Art. 25 margin Nos. 15 ff.

141 To the same end, see *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No. 18 and *A. Serini*, 'Individual Criminal Responsibility', in F. Lattanzi (ed.), The International Criminal Court-Comments on the Draft Statute (1998) 140. On the various theories of the foundation and exclusion of imputation and attribution, see most recently *Th. Lenckner*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 13 pre-notes 71-102 and, in particular on participation, *Cramer* and *Heine*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 27 margin No. 9a, 10a.

142 Cf. supra,V.D.4.

143 According to Arts. 7 and (1) of the ICTR and ICTY Statutes; cf. the judgments by the ICTY Trial Chamber in the Furundžija case, supra note 134, para. 249; cf. also ICTY Trial Chamber in the Tadić case, supra note 6, para. 692 and ICTR Trial Chamber in the *Akayesu* case, supra note 123, para. 479, and furthermore the critical analysis by *Ambos*, supra note 38, 789 ff.

144 Cf. supra,V.D.4.

145 This is also the conclusion by *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No. 19.

F. Complicity in Group Crimes (Article 25(3)(d) of the ICC Statute)

This provision on complicity in group crimes can be traced back almost literally to the recent International Convention of the Suppression of Terrorist Bombings of 1997[146] which presents itself as a compromise of former 'conspiracy' concepts that have been controversial since Nuremberg.[147] In common law 'conspiracy' means the agreement of two or more parties to commit a crime, regardless of whether it is actually committed or not; it is therefore considered as an 'inchoate offence'.[148] After some conspiracy concepts had found their way into the Draft Codes of 1991/96,[149] connected with efforts to restrict broader responsibility for conspiracy,[150] the Model Draft Statute for the ICC of 1998, though still containing the concept of 'participation in conspiring', required that the crime in fact be accomplished.[151] In this way, the Model Draft Statute rejected the 'inchoate offence' notion of an independent conspiracy in now following the continental European concept of conspiracy as a sort of participation in a crime.[152] Thus, in particular by the accessorial dependence from the principal crime, the concept of conspiracy converged to such a degree with instigation that it appeared no further loss to abandon it completely. Consequently, the Rome Statute no longer contains the notion of 'conspiracy'.

1. Objective Requirements

(a) Like instigation and aiding and abetting, complicity in group crimes, too, is accessorial in requiring the commission of the principal crime or at least the attempt thereof.[153]

(b) Unlike instigation and aiding and abetting, however, the contribution of the accomplice must be rendered to a 'crime by a group of persons acting with a common purpose'. In assuming that it must be distinguished from a 'couple' consisting of two people, the 'group' must consist of at least three persons who are connected by the same purpose; though not explicitly required by the ICC Statute, this purpose is usually a criminal one.

(c) As 'contributions in any other way' than those already comprised by subparagraphs (b) and (c) suffice, the objective threshold for participation in subpara-graph (d) is lowered once more and, consequently, is even more difficult to circumscribe than the assistance in subparagraph (c).[154]

2. Subjective Requirements

In the face of the relatively low requirements in the aforementioned objective respects, it is all the more necessary to find some correctives on the subjective level. As with aiding and abetting, though with other differentiations, complicity in group crimes presupposes two different mental elements.

---

146 UN Doc. A/RES/52/ 164 (1998), annex, Art. 2(3).

147 For further details and references to this and the following, see Ambos, in Triffterer, supra note 7, margin No. 20.

148 Cf. *Wilson*, supra note 94, 550 f.

149 Cf. supra, V.B.2.

150 Art 3(2) of the Draft Code 1991 and Art. 2(3) (e) of the Draft Code 1996.

151 Art. 23(5)(e) of the Model Draft Statute for the ICC, in Sadat Wexler and Bassiouni (eds.), supra note 10, 41.

152 Cf. *Schabas*, supra note 1, 413; *Ambos*, supra note 82,12 f.

153 For further details on this requirement, see supra V.D.1.

154 Cf. supra, V.E.1(c).

(a) The contribution to the group crime must be intentional in one of two alternative ways: it must either be made with the aim of furthering the criminal activity of the group (subparagraph (d)(i)) or it must be made in the 'knowledge' of the intention of the group to commit the crime (subparagraph (d)(ii)). Whereas the 'aim' in the first alternative seems to mean some 'special intent' with regard to the common purpose of the group, the second alternative merely requires the 'knowledge' of the group's intention to commit the crime. But whereas in the latter case the intention of the group must already be directed to a specific crime, in the former case the 'aim' may be directed to the criminal activity or purpose of the group in general while the crime(s) to be carried out need not yet be determined in a concrete manner.[155]

(b) With regard to all other elements, in particular in comparison to the ordinary 'double intent' of the accomplice, the requirements of Article 30 of the ICC Statute are applicable in the same way as with instigation and aiding and abetting.[156]

In sum, on the one hand, it seems doubtful whether this type of complicity is not superfluous since the thresholds of aiding and abetting are, according to subparagraph (c), already so low that is difficult to imagine many cases needing a special provision such as subparagraph (d). On the other hand, with regard to the group factor of this type of complicity, it may still have some symbolic relevance. Clearly, the employment of obviously different mental concepts in this provision can hardly hide the lack of expertise in criminal theory when this provision was developed.[157]

G. Incitement to Genocide (Article 25(3)(e) of the ICC Statute)

This provision is in substance identical to Article III(c) of the Genocide Convention of 1948[158] and its equivalents in the ICTY and ICTR Statutes.[159] In not requiring that the genocide incited is finally in fact committed, this provision is designed to prevent the early stages of genocide even prior to the preparation or attempt thereof by not waiting until a certain person has been used for a certain genocidal act as is necessary for instigation according to Article 25(3)(b) of the ICC Statute, but by already prohibiting direct and public incitement of undefined other people to commit genocide. As genocide has remained the only international crime the public incitement to which was deemed necessary to be penalized regardless of whether genocidal acts were in fact carried out or not,[160] one may wonder whether it was indeed appropriate to locate such an exceptional speciality within the 'General Principles of Criminal Law' of the Rome Statute (Part 3), or whether it would not have been preferable to prescribe this as a further alternative of genocide in Article 6 with-

---

155 For more details, also with regard to the legislative history of this rather complicated provision, see *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No. 22 with further references.

156 Cf. supra, V.D.4, E.2.

157 Cf. also *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No. 23.

158 Cf. supra, B.1 at note 69.

159 Para. 3(b) of Art. 4 of the ICTY and Art. 2 of the ICTR Statute, respectively.

160 On deliberations of covering the early stages of other international crimes as well, see Report of the Preparatory Committee Draft Statute and Draft Final Act, p. 59 (in Bassiouni, supra note 35, 142) and Saland in Lee, supra note 1, 200. With regard to the coverage of public incitement in national codes, cf. *A. Eser*, 'The Law of Incitement and the Use of Speech to Incite Others to Commit Criminal Acts: German Law in Comparative Perspective', in D. Kretzmer and S. K. Hagan (eds.), Freedom of Speech and Incitement against Democracy (2000) 19- 46.

in Part 2 containing the various international crimes.[161] Regardless of its placement, this protection against hardly controllable public provocation to genocide has, as a pretracted form of participation, the following essential elements.

1. Subjective-Volitional rather than Objective-Causal Link to the Crime of Genocide

In contrast to the other forms of participation in subparagraphs (b), (c), and (d), where the crime contributed to must at least reach the stage of an attempt,[162] incitement to genocide does not require that genocidal acts are in fact carried out nor does it require effective planning or preparation thereto. Although this independence of the incitement from the realization of genocide is not explicitly stated in the wording of the provision and although an express answer to this question seems to have been avoided by the drafters of the Genocide Convention,[163] there can be no serious doubt that this provision, in face of the high risk of arousement of the public at large by incitements of this sort, would be meaningless if it required at least the attempt to commit genocide, not to mention the fact that the incitement to at least attempted genocide would be covered by subparagraph (b). Therefore, as was already held with regard to the identical provision in the ICTR Statute by the Trial Chamber in the Akayesu case, direct and public incitement to commit genocide must be 'punished as such, even where such incitement failed to produce the result expected by the [inciter]'.[164] This does not mean, however, that the crime incited to is without any significance; for, as the incitement must be directed at the commission of genocide, the intent of the inciter must comprise the definitional elements of a form of genocide according to Article 6 of the ICC Statute. In this sense, there must be a link between the incitement and genocide; however, this is not an objective 'causal' link,[165] but rather a subjective 'volitional' one in terms of being directed at the genocidal aim of the inciting act.

2. Directly and Publicly Inciting

Being rather broad by not requiring that a genocide actually takes place, this provision needs some restriction with regard to the act of incitement. This can to some degree already be reached by understanding incitement not as a mere causing another person to commit a crime, but by provoking, arousing, exhorting, inspiring, urging on, or otherwise promoting the other person to engage in genocidal activities.

In addition, the incitement must be made both 'directly' and 'publicly'. This raises no problems as far as the requirement of 'publicly' is concerned; for in describing this requirement as 'communicating the call for criminal action to a number of individuals in a public place or to members of the general public at large', the ILC also comprises 'technological means of mass communication, such as radio and television',[166] thus taking into account the risk of arousement which can result both from open-air speeches and by media influence of uncontrollable reach. The intended breadth and strength of protection against public arousments can be easily hampered, however, as the incitement must be 'direct' as well. If this, as again in the words of the ILC, requires 'specifically urging another individual to

---

161 See also the comment by *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No. 26.

162 Cf. supra, V.D.1, E.2(a), F.1.

163 Cf. ICTR Trial Chamber in the *Akayesu* case, supra note 123, para. 561.

164 Ibid., para. 562.

165 As misleadingly described by *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No. 28 when he speaks of the requirement of a specific 'causal link' between the act of incitement and the main offence.

166 Report of the ILC, 48th Sess., supra note 5, 26 f.

take immediate criminal action rather than making a vague or indirect suggestion',[167] this incitement comes very close to, if not even substantially covered by, instigation according to subparagraph (b), thus losing much of its own significance.[168] Therefore, 'directly' must be less understood with regard to a certain individual to be influenced but rather in terms of excluding merely indirect influences as, for instance, by public speeches which not by themselves but by means of misleading interpretations of ill-intentioned mediators are used for provoking genocidal activities. Furthermore, the concepts of publicity as well as directness can differ from country to country and must therefore be viewed in the light of the given cultural and linguistic context. This admonition of the Trial Chamber in the Akayesu case,[169] however correct it may be, may not be used as a political excuse for not taking xenophobic agitations seriously.

3. Mental Element

(a) As subparagraph (e) does not provide for a special subjective requirement, the inciter needs no more than ordinary intent and knowledge according to Article 30 of the ICC Statute. Similar to subparagraphs (b) and (c), he must have 'double intent', first, by knowing that he is acting publicly and that his acts have a direct inciting effect on (any) other persons and, secondly, by knowing and desiring that the persons to be incited by him would, if carrying out the crime, act with the intent 'to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group' as required by Article 6 of the ICC Statute on genocide.[170]

(b) A different question is, however, as to whether the inciter himself has to act with the own 'special intent' of destroying one of the protected groups, as suggested by the Trial Chamber in the Akayesu case.[171] But it is not only that this proposition has no basis in the wording of subparagraph (e), it comes up against subparagraph (d) in which the need for a special mental element is explicitly stated;[172] the same, however, should also be expected with subparagraph (e) if the inciter were to act with this special intent. Therefore, the inciter here must merely know and want the incited persons to commit the crime with genocidal intent while he himself might have completely different motives, eventually important for sentencing but not for the question of his guilt or innocence.

H. Complicity after Commission

It is common in certain legal systems for participation in the crime to be not only punishable for contributions in the preparatory phase or during the commission of a crime, but also after its completion,[173] the reason being that the so-called 'successive accessory' after the fact covers the crime retroactively by his own intent and may eventually secure the final end of the crime and its effects by his own contribution. In this way, the whole crime may be attributed to him as an accessory after the fact. The same principles may also be applied

---

167 Ibid.; cf. also ICTR Trial Chamber *Akayesu* case, supra note 123, para. 557.

168 As only remaining relevant for cases in which not even an attempt is made at genocidal acts (cf. supra, V.D.1). See also the criticism by *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No. 28.

169 Supra note 123, para. 557.

170 Cf. supra, V.G.2. In this respect I can fully agree with the ICTR Trial Chamber *Akayesu* case, supra note 123, para. 560.

171 *Akayesu* case, ibid., para. 560, supported by *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No 30.

172 Cf. supra, V.F.2(a).

173 For German law, cf. *Jescheck* and *Weigend*, supra note 125, 692; for further references, see *Schabas*, supra note 1, 412.

to a 'successive' co-perpetrator. While some national laws would regulate this phenomenon as a form of perpetration in general, other national laws may treat them as special crimes such as 'harbouring a criminal'.[174]

After earlier drafts had also drawn attention to these problems, the ILC finally drafted a compromise according to which contributions after the fact would still be covered as complicity if made and based on a commonly agreed plan.[175] As the Rome Statute did not address this question, it must be assumed that it was not prepared to accept this position.[176] Contrary to the Rome Statute, however, the ICTY expressly accepted the possibility of complicity after the fact if the accessory participated 'through supporting the actual commission before, during or after the incident'; in this case, he is responsible 'for all that naturally results from the commission of the act in question'.[177] As the silence of law-makers is always ambiguous and does not necessarily point in one or other direction, the better reasons espouse including even contributions after the fact and into the general concept of participation if they have both a causal connection with the final complishment of the crime and have been made with intent to this effect.[178]

VI. Attempt and Abandonment

A. Genesis and Scope of Article 25(3)(f) of the ICC Statute

Article 25(3)(f) contains two messages: first, it declares the attempt of all international crimes covered by the Rome Statute punishable (sentence 1); secondly, it offers the exclusion of criminal liability in the case of abandonment (sentence 2). In both respects it took considerable time and effort to reach this state of regulation.

With regard to the IMT Charters of Nuremberg and Tokyo (1945/46),[179] it appears as if attempt was not yet punishable as it was not mentioned at all. With one exception, the same is still true with the ICTY and ICTR Statutes of 1993 and 1994. A closer look, however, shows that by certain definitions of crimes which extended the punishability for preparation, implicitly attempt as well – and even the early stages thereof – was included. This was the case particularly with crimes against peace in Article 6(a) of the Nuremberg Charter which had covered the planning and preparation of a war of aggression, aswell as in the ICTY and ICTR Statutes by penalizing the 'attempt' to commit genocide and even more generally by holding those persons individually responsible who 'planned' or otherwise aided in the 'planning' or 'preparation' of a crime.[180] As in these cases the preparation or attempt was part of the definition of the crime, even preparatory activities it covered were and are to be considered completed crimes which leave no chance for discharging aban-

---

174 Cf. ILC with regard to Art. 3 of the Draft Code 1991, YILC (1991) Vol. II/ 1, p 98, C Van den Wyngaert, 'The Structure of the Draft Code and the General Part', in Bassiouni, supra note 4, 55, *Ambos*, supra note 82,11 with further references.

175 Cf. Report of the ILC, YILC(1991) Vol. II/2, p. 98; *Van den Wyngaert* and *Weigend*, both in Bassiouni, supra note 4, 5 f. and 116 f., respectively; in agreement *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No. 40.

176 See *Bassiouni*, supra note 35, 141 note 4.

177 ICTY Trial Chamber *Tadić* case, supra note 6, para. 692.

178 On further aspects of this problem, cf. *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No 40 f.

179 Cf. supra, III at note 22.

180 Arts. 4(3)(d), 7(1) of the ICTY Statute and Arts. 2(3)(d), 6(1) of the ICTR Statute.

donment.[181] Thus, it appears fair to say that, prior to the Rome Statute, neither a duly generalized nor an adequate concept of attempt as a category of criminal responsibility of its own was in force.

In contrast to the state of formal charters and statutes, more focus on an appropriate regulation of attempt can be found in drafts of international crimes. Starting with the 1954 Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, continuing with the Draft Code of 1991 and the Draft Code of 1996, each of them contained its own provision on attempt, although with some differences: whereas the Draft Code of 1954 (Article 2(13)(iv)) merely provided for 'attempts to commit any of the offences' of that Code, the Draft Code 1991 (Article 3(3)) contained a certain definition of attempt,[182] while it was still disputed however, whether the criminal responsibility for attempt should be restricted to certain crimes.[183] Before the Draft Code of 1996 (Article 2(3)(g)) finally came forward with an attempt rule eventually applicable for all international crimes, though still not yet explicitly mentioning the possibility of abandonment, in the mean time the Updated Siracusa Draft had proposed a more comprehensive definition of attempt and an explicit rule for abandonment too (Article 34-8).[184] The final step was then taken by the Rome Statute which – in disregarding the reservations of the ILC[185] – arrived at a full penalization of attempt, combined with an equally general possibility of abandonment.[186] This generalization of attempt can indeed be applauded as the Rome Statute restricts itself from its very outset to the most serious crimes against humanity and international law which need to be prevented at the earliest stage of commission.

With regard to the fundamental question, which is perhaps discussed worldwide, of why an incomplete crime should be punished at all, the ILC gives two main reasons: 'First, a high degree of culpability attaches to an individual who attempts to commit a crime and is unsuccessful only because of circumstances beyond his control rather than his own decision to abandon the criminal endeavour. Secondly, the fact that an individual has taken a significant step towards the completion of one of the crimes ... entails a threat to international peace and security because of the very serious nature of these crimes'.[187] In other words, the reason for penalizing the attempt can be seen in the combination of two elements: a more objective one in seeing in the 'substantial step' towards committing the crime a threat to the legally protected interest, and a more subjective one expressed by the perpetrator's hostile attitude towards the law. From a more social-psychological perspective, an essential

---

181 Cf. Triffierer, supra note 5, 233.

182 Cf. infra, VI.B.1 at note 192.

183 Cf. Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., supra note 10, 99.

184 Updated Siracusa Draft, supra note 37. As will be seen later, however, this provision left out the attempt element of non-completion which had been expressed in the proposal by *Eser, Koenig, Lagodny, and Triffterer*, supra note 38, in this way: 'In the case of an incomplete crime, the person is punishable for an attempt if he, with the intent to commit the crime, engages in conduct constituting a substantial step towards the accomplishment of the crime' (Art. 33 g(1)) unpublished Freiburg Draft, supra note 38).

185 As reported by *Ambos*, the ILC could not reach a consensus on a list of crimes eligible for attempt because many members and some governments considered an attempt only possible in a case of war crime or crimes against humanity (*Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No. 31, footnote 78 with detailed references).

186 As to the various Pre-Drafts of the Rome Statute, cf. Report of the Preparatory Commission 51st Sess., supra note 10, 93 f.

187 Report of the ILC, 48th Sess., supra note 5, 28.

detrimental effect can be seen in the impression of shattered confidence of the population in the stability of the legal order exerted by the attempt. In these terms it is not so much the concrete object but rather the legal interest behind it which is endangered.[188]

B. The Essential Elements of Attempt

As most precisely expressed by the Latin proverb of 'cogitare, agere, sed non perficere'; attempt – as distinct from mere planning, on the one hand, and full completion, on the other – is characterized by three elements: the perpetrator must have thought about committing a certain crime (mens rea), he must have acted towards this end (actus reus), but not have fully succeeded (non-completion of the crime).

1. Incompleteness of the Crime

As the attempted and the completed crime have the requirements of an actus reus and mens rea in common, they only appear distinguishable with regard to the (absence or presence of) completion. This negative element of attempt is addressed by subparagraph (f) in that 'the crime does not occur'.[189] Although it is laudable that this provision takes notice of this peculiarity of attempt at all, it is questionable whether it is properly phrased. Even by the Statute's additional reason that the crime does not occur 'because of circumstances independent of the person's intentions',[190] it is unclear and misleading since it obscures the fact that it is the incompleteness of the crime due to which an actus reus with mens rea gets stuck in a mere attempt.[191] This can be due to various reasons, the main ones being, as provided for by the Draft Code 1991, objective failures or obstacles,[192] as in the case where the victim suddenly turned away and therefore avoided being hit by the perpetrator's bullet or that the perpetrator was even stopped from firing in the first place. In more general terms, the non-accomplishment of a crime by reason of objective failure can be given due to the inaptitude of the means (e.g. use of inefficient tools), unsuitability of the object (e.g. if in case of a war crime military objects were mistaken for civilian ones), the inability of the perpetrator (if, for instance, an ordinary soldier, wrongly considering himself a commander, attempts to 'order' a genocidal action), or, though in rather exceptional cases, on grounds of justification (or some other circumstance negating the fulfilment of the definitional elements of the crime) the perpetrator did not know of (as for instance, if the victim to be deported in fact wished to leave this region without letting the perpetrator know). Aside from such personally conditioned and, therefore, partly subjective circumstances, a crime can also remain incomplete due to the lack of a mental element as, for instance, in the case where the victim the perpetrator tried to kill by shooting did indeed die in the end; this, however, in such an extraordinary course of intermediary events that the final end cannot be attributed to the perpetrator as not covered by his intent (as in a case, in which

---

188 On more details of this so-called 'impression theory' (Eindruckstheorie) which is now the prevailing explanation for penalizing attempt in Germany, cf. *A. Eser*, in Schönke and Schröder (eds), supra note 61, § 22, pre-note 22.

189 In a slightly different way the Draft Code 1996 Art 2(3) (g) had spoken of 'a crime which does not in fact occur'.

190 The same wording – though merely speaking of 'intention' instead of 'intentions' – can already be found in the Draft Code of 1991 Art 3(3), and also in the Spanish Código Penal Art 16(1).

191 Cf. supra note 184 to Art 33 g of the unpublished Freiburg Draft, but also infra, VI C, with regard to the 'independence clause' in terms of expressing possible abandonment.

192 See Draft Code 1991 Art. 3(3): a crime that 'failed or was halted' only because of circumstances independent of the perpetrator's intention.

the victim was only slightly injured by the perpetrator's bullet, but because of his visiting a hospital for bandaging was killed by an aeroplane crashing into the hospital). If this case is meant (or at least also included) with 'circumstances independent of the person's intentions', one could accept this wording as not excluding cases of incompleteness of the crime for subjective reasons.

Particular problems with regard to the (in)completeness of a crime can arise in cases in which the definition of the crime does not require a certain effect, as rather (merely) prohibiting a certain activity, as, for example, in Article 8(2)(b) of the ICC Statute on war crimes. Whether some of these crimes are considered complete with the performance of the prohibited act or whether a certain 'intermediary effect' must have occurred, cannot be decided in a uniform manner but must be judged from the wording and purpose of the relevant provision. If, for instance, subparagraphs (i)–(iii) of Article 8(2)(b) of the ICC Statute prohibit the intentional directing of attacks against certain persons or objects, it should suffice for the completion of such a war crime that the perpetrator performs these attacks without additionally requiring that the persons or objects attacked be in fact damaged or destroyed. This may be different in the case of subparagraph (vii) of Article 8(2)(b) of the ICC Statute in which improper use of a flag of truce, of other military insignia or of the uniform of United Nations personnel is prohibited. As in this case the provision aims at protecting the enemy and/or the public at large against improper deception, the crime may be completed only if the improper use of the said objects has caused an error of the counterparty or among the population.

Although distinctions of this sort may appear purely academic, in particular because the perpetrator, as soon as he transgresses the borderline to attempt is, in any case liable, if not for a completed crime, then for the attempt thereof, nonetheless the distinction between both and, thus, the question of whether the crime has been completed or not plays a role insofar as the door to discharging abandonment is open only as long as the attempt has not been completed.[193]

2. *Subjective Requirement: Intention to Commit the Crime*

While the attempt is characterized by the incompletion of the crime, the intention of the perpetrator is the main point of reference regarding what he is going to do. Although this subjective requirement of an intention to commit a certain crime is not explicitly stressed in subparagraph (f), it might be inferred from the Statute's mention of the perpetrator's failure independent of his 'intentions'.[194] This means that the perpetrator must have both the conception of a certain crime, as, for instance, expressed in the German § 22 Strafgesetzbuch, as well as the unconditioned decision to carry it out; thus an attempt has to be denied for mental reasons as long as the perpetrator has not yet a determined proposition of a certain crime and/or if he has not yet definitely made up his mind to commit it. In order to fulfil this mental requirement, the perpetrator must therefore have anticipated all dements of the crime to be committed and decided to carry it out to full completion.

Another question concerns the form of intent required for an attempt. Whereas some national laws, as is particularly the tradition in common law, would require a direct intent,

---

193 Cf. infra, VI.C.

194 The same wording can be found in the Spanish Art.16(1) of the Código Pénal. As to predecessors of this wording, cf. supra, VI.B.1.

thus excluding mere dolus eventualis,[195] other national laws, such as the German, would find dolus eventualis sufficient, if that suffices in completed crimes as well.[196] The latter position also appears feasible for the Rome Statute, since subparagraph (f) obviously does not require an intent different from that according to Article 30.[197]

3. Objective Requirement: Action Commencing the Execution of the Crime

Since the intention to commit a crime can be present as early as in the stage of planning or preparing it, the critical borderline to an attempt is transgressed by the perpetrator's 'taking action that commences the execution of the crime by means of a substantial step'. This definition consists of two components: whereas the commencement criterion, which has probably been borrowed from French law[198] and employed by the Draft Codes of 1991 and 1996,[199] provides the doctrinal basis for the distinction between preparation and attempt; the additional requirement of a 'substantial step', which can be traced back to the American Model Penal Code,[200] tries to indicate the practical means by which the commencement is evidenced. The crucial question remains, however, which step in the chain of various actions leading from planning to preparation and going on to the realization of the crime can be considered the 'substantial' one marking the borderline to an attempt. If 'commencement' should mean at least a partial accomplishment of the definitional elements of the crime, a 'substantial' step would require in the case of a murder that the perpetrator had, for instance, discharged a shot, thus excluding cases from attempt in which the perpetrator, though already having raised his gun, was hindered at the last moment from pulling the trigger. If, on the other hand, 'substantial' could be any essential contribution in support of the commencement to accomplish the crime, the borderline to attempt would be transgressed as early as the perpetrator's taking a step without which the crime could not be carried out, as, for instance, loading the gun or setting the time clock of a bomb although the time and/or place of pulling the trigger or letting the bomb explode is still far away. As the wording of subparagraph (f) enforces neither one nor the other of these opposite interpretations, the door is open for teleological interpretation which would orientate itself by the degree of endangerment to the protected interest or object. This means that, on the one hand, attempt does not necessarily require a partial fulfilment of the definitional elements of the crime but that, on the other hand, the perpetrator according to his opposition and intention is already directly endangering the protected interest or object, as would be the case when the murderer is about to pull the trigger or the rapist ready to assault or seize the victim the next moment. This delineation is perhaps best expressed by the German concept which requires that the perpetrator 'in accordance with his conception of the crime, moves directly towards its accomplishment'.[201] This approach also appears in fact to be practised

---

195 As, for instance, barred by the Model Penal Code § 5.01 in requiring acting with 'purpose', and rejected also by Serini, in Lattanzi, supra note 141, 145.

196 For the German law, cf. *Eser*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 22 margin No. 17.

197 Cf. Ch. 23 below.

198 After already being included in Art. 2 of the French Code Pénal of 1810, it was preserved until the present Art. 121-5 of the Code Penal of 1994 by speaking of 'commencement d'éxecution'.

199 Art. 3(3) of the Draft Code 1991 and Art. 2(3)(g) of the Draft Code 1996.

200 § 5.01(1)(c) and (2) of the Model Penal Code; cf. *Wise*, in Sadat Wexler and Bassiouni, supra note 10, 44; *Fletcher*, supra note 59, 171 f.

201 § 22 German Strafgesetzbuch reads as follows: 'Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt'. For more details to the – partially controversial – interpretations of this definition, see *Eser*, in Schönke and Schrö-

in French[202] and Spanish law,[203] and last but not least, seems also to have guided the ILC when letting suffice for the 'commencement of execution' that 'the individual has performed an act which constitutes a significant step towards the completion of the crime'.[204]

Since the commencement of the execution as previously described represents the actus reus of the attempt, the question arises as to whether it also comprises so- called 'impossible attempts';[205] which by no means can succeed, as in the case that the victim to be killed is already dead or the gun to be used is not working. Not unlike the national laws which used to leave this question open,[206] the Rome Statute does not offer an answer either. Therefore, one has to resort to the rationale of the punishability of attempt: if it were, on the one hand, the concrete endangering of a certain object to baprotected, the 'impossible' attempt would have to remain unpunished, as the prospective victim of the attempter can in fact not be endangered by an empty gun and still less if already dead. If it were, on the other hand, the ill will or attitude of the attempter which was to be punished, even attempts by superstitious means, such as cursing or praying that the victim be dead, would be covered. Instead, a happy medium could again be found by referring to the shattering of public confidence in the stability of the legal order resulting from seemingly possible though objectively impossible attempts, except for superstitious actions which are clearly harmless.[207]

A particular question is the commencement of the attempt in the case of an omission. Although omission is not made punishable by the ICC Statute in general,[208] a special case of this sort can occur with commanders' and other superiors' failure to exercise control properly over their forces to prevent them from committing an international crime according to Article 28(a) of the ICC Statute.[209] If with regard to this provision a commander decided not to take control of his forces and, thus, had the intention of committing a crime by omis-

---

der (eds.), supra note 61, § 22 margin Nos. 25-55. Thus, it is not the subjective proposition of the attempter alone as perhaps misunderstood by Serini (in Lattanzi, supra note 141, 144 f.), but in connection with the objective move towards the execution of the crime which delineates mere preparation from attempt.

202 Although somehow diverging from the wording of Art. 121-5 of the French Code Pénal, the French doctrine seems to have understood 'un commencement d' éxecution' always in a broad sense of 'tout acre qui tend directement au délit'. Cf. *H. Pelletier* and *J. Perfetti*, Code Penal (10th edn., 1997) 20.

203 In avoiding the term of 'commencement of execution', according to Art. 16 of the Spanish Código Pénal the attempt occurs 'quando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores', a definition which, according to Mir Puig, supra note 63, 340, comes closest to the German conception.

204 Report of the ILC, 48th Sess., supra note 5, 27. The same conclusion after evaluating the various comparative materials is drawn by *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No. 32.

205 Certainly, the term 'impossible' is misleading insofar as any attempt is 'impossible' in terms of finally not succeeding. Therefore, rather than the 'normal' non-accomplishment of the attempt it is the fact that the attempt can under the given circumstances by no means procure the expected result, that makes the attempt 'impossible'.

206 As, for instance, in French law, which, though not explicitly regulated in this way, would consider the 'délit manqué' as punishable; cf. references in *J.-H. Robert*, Droit Pénal Général (4th edn., 1999) 212 f.; *P. Conte and P. Maistre du Chambon*, Droit Pénal Général (14th edn., 1999) 175 f.

207 On more details of the position on which the present German law is essentially based, see *Eser*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 22 margin No. 60 ff., § 23 margin No. 12 ff

208 Cf. infra, VII.

209 On details of the definitional elements of commission by omission, cf. Ch. 21 below.

sion according to Article 28 of the ICC Statute, the question is whether in case the expected crime of the subordinate is not accomplished in the end, the commander's attempt of omission is commenced as early as his letting the first occasion pass in which he would be able to prevent the subordinate's action, or whether the omission is not commenced until the last possibility for intervention. Instead of these opposite extremes, both probably represented in national laws, considering the silence of the ICC Statute it again appears preferable to refer to the criterion of endangerment according to which the attempt commences as soon as the protected object is put in immediate danger due to the commander's not preventing his subordinate, or as soon as an existing danger is substantially increased by the commander's failure to intervene.[210] Aside from this, one must remember that in the special case of Article 28 of the ICC Statute, commanders are not only responsible for intentionally omitting the necessary control of subordinates, but also for the negligent failure to do so.[211]

C. Abandonment

As aforementioned, the possibility of being discharged from liability for the attempt if it was voluntarily abandoned before completing the crime was introduced into the Rome Statute at the last minute upon a Japanese move supported by Germany, Argentina, and other like-minded States.[212] This does not mean, however, that the idea of abandonment was hitherto not at all present; for, as in the French tradition abandonment could be considered as part of the definition of attempt in presupposing that the crime was not completed 'because of circumstances independent of the person's intentions',[213] a wording that can be found as early as in the ILC Draft Code 1991 (Article 3(3) and still contained in Article 25(3)(0 sentence (1) of the ICC Statute. In following a proposal of the Updated Siracusa Draft[214] almost verbatim, the ICC Statute's subparagraph (f) sentence (2) does not only explicitly 'invite' the attempter to seize the opportunity of abandonment as an incentive to withdraw from the commission or finally to prevent it from completion,[215] but also clarifies the conditions of abandonment at least in its basic features.

1. Precondition of Abandonment

Although not explicitly stated in Article 25(3)(f) of the ICC Statute, as a matter of logic abandonment presupposes that the attempt could still be completed. Consequently, if the perpetrator recognizes that his attempt has failed without having another chance to accomplish the crime, as in the case where the victim has already fled or the only explosive available turns out to be inefficient, there is no room for abandonment from the very outset. This

---

210 On more details of the delineation of the attempt by omission see *Eser*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 22 margin No. 46 ff.

211 Art. 28(a)(1) alternative (2) of the ICC Statute; cf. also Ch. 23 below.

212 Cf. *Ambos*, in Triffterer, supra note 7, margin No 34.

213 Cf. *G. Stefani, G. Levasseur, and B. Bouloc*, Droit Penal Général (16th edn., 1997) 203; *Weigend*, in Bassiouni (ed.), supra note 4,117.

214 Art. 33-8(2) Updated Siracusa Draft, supra note 37, which itself is identical with the Art. 33g(2) of the Alternative Draft by *A. Eser, O. Lagodny,* and *O. Triffterer* in their proposals to amend the 'Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind', in Triffterer, supra note 38, 877 f., and in *Ambos*, supra note 38, 941 ff.

215 On this and other justifications of abandonment, see *Fletcher*, supra note 59,186 f., *Jescheck* and *Weigend*, supra note 125, 538 f.

means that in such a clear 'failed attempt', abandonment is excluded without needing to enquire about any voluntariness of the attempter.[216]

2. Forms of Abandonment

Provided that the crime could still be completed or that the perpetrator believes this to be the case, abandonment entailing the discharge from attempt can be reached in three ways: two of them (a) and (b) are explicitly regulated by subparagraph (f) whereas the third one (c) has to be construed by analogy which, as restricting the perpetrator's responsibility, would be in accordance with Article 22(2) of the ICC Statute. Although not easily distinguishable, the requirements of abandonment are somewhat different in each way:

(a) Abandoning the effort to commit the crime (alternative (1) of subparagraph (f) sentence (2)) of the ICC Statute refers to the case where the completion of the crime can be avoided by simply not continuing the efforts towards its accomplishment. This presupposes that the actions taken thus far do not yet suffice to procure the prohibited result as, for instance, in the case of attempted murder in which the perpetrator has injured the victim with one (or even more) stabs while aware that more stabs would be necessary to kill the victim. In such a so-called 'unfinished attempt' the attempter can abandon the commission of the crime by simply discontinuing his stabbing, of course, provided that he is doing so with the requisite subjective intent.[217]

(b) (Otherwise) preventing the completion of the crime (alternative (2) of subparagraph (f) sentence (2)) of the ICC Statute refers to the case where in the normal course of events the perpetrator's action would procure the prohibited result, as in the case where he has stabbed his victim so heavily that without intervening help he would die. In such a so-called 'finished attempt' the perpetrator must not be content with discontinuing his stabbing but must actively take steps to prevent his victim from bleeding to death, for example, by bandaging him with his own hands or by taking him to a doctor. Certainly, in this case the risk of preventing the prohibited result is his; this means that in the case of a 'finished attempt' the perpetrator can obtain a discharge by abandonment only if he succeeds in preventing the completion of the crime.

(c) Not explicitly provided for in the ICC Statute is the case where the perpetrator believes he has done everything to complete the crime which in fact, however, has failed without him being aware of it, thus, making him believe that for abandoning the attempt he would have to prevent the completion, as, for instance, in the case that a drug overdose supposedly sufficient to cause the victim's death within an hour was in fact never strong enough to procure this result. If in such a case the perpetrator wanted to rescue his victim by taking him to a hospital to have his stomach pumped, it would not be the perpetrator's active effort which prevented the crime from completion but rather the primary failure the perpetrator was unaware of. On the other hand, he could hardly avail himself of alternative (1) of the ICC Statute by simply abandoning his efforts, as according to his subjective proposition he is no longer in the stage of an 'unfinished' (supra a) than rather a 'finished' attempt (supra b) as he believes he has done everything necessary to let the attempt reach completion. As in such a case of a 'supposedly accomplishable attempt', it would be unjust

---

216 On more details and references to this rather recently elaborated type of subjectively 'failed attempt' – as distinct from an objectively 'failed attempt' the perpetrator believes to be still accomplishable – cf. *Eser*, in Schönke and Schroder (eds), supra note 61, § 24 margin Nos. 6-11, 68-72; furthermore infra, V1.C.2(c)

217 Cf. infra,Vl.C.3.

if a perpetrator willing to prevent the completion were refused discharge for abandonment because neither alternative (1) nor alternative (2) of the ICC Statute are available for him; his efforts to prevent the completion, though objectively futile as well as unnecessary, should be treated as having prevented the accomplishment of the crime.[218]

(d) Incidentally, the last case of abandonment is not the only question which would have deserved explicit regulation. This is particularly true for abandonment in case of participation if not all of the accomplices withdraw at the same time or in the same manner from the commission of the crime. As not only this question, but even the whole ICC provision on abandonment appears to be modelled on German § 24 Strafgesetzbuch, though not adapting it entirely and, thus, leaving the lacunas here in question, a general reference to the German regulation seems appropriate.[219]

3. Subjective Requirement of Abandonment

In addition to the objective prevention of the completion of the crime, the perpetrator must 'completely and voluntarily give up the criminal purpose': Though appearing united, this requirement contains two components, one of which is probably stronger than most national laws. Whereas the voluntariness probably goes along with most national laws containing an explicit regulation, the Rome Statute is not satisfied with the perpetrator's abstaining from the concrete criminal act, as would suffice in some national laws,[220] but rather expects the perpetrator to give up his criminal purpose completely. This means that a rapist who abandoned his attempt as he was moved by the urgent plea of a mother would be discharged from this attempt only if he refrained from looking for another victim. This issue as well as the highly disputable meaning of 'voluntarily' are hardly solvable by abstract definitions but rather by means of case-by-case decisions, as until now, however, seem not to have been taken by international tribunals.

D. Punishment

(a) As Article 25(3)(f) of the ICC Statute does not make any mention of the punishment provided for attempt, it apparently can, if not must, be the same as for a completed crime. If this equation of attempt and completion (in terms of not differentiating between both with regard to sentencing) was a deliberate decision or rather accidental due to lack of time for a discussion is an open question. At any rate, this lack of differentiation is neither normal[221] nor convincing.[222]

---

218 The same end was reached by a landmark decision of the German Federal Supreme Court on the basis of an abandonment regulation which at that time was substantially the same as the one in the present Art. 25(3)(f) sentence (2) of the ICC Statute: cf. 11 BGHSt (supra note 109) (1958) 324 ff.

219 On more details and references, see *Eser*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 24, in particular margin Nos. 12-106, *Jescheck and Weigend*, supra note 125, 536 ff.

220 As, for instance, according to some German scholars, not so, however, according to the German Federal Supreme Court: for references, see *Eser*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 24 margin No. 39 f.

221 Just to mention the German law which at least allows optional mitigation in the case of a mere attempt (§ 23(2) Strafgesetzbuch).

222 Cf., with a plea for distinguishing between 'incomplete' and 'complete' attempts, *A. Ashworth*, 'Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm Under the [Model Penal] Code, and in the Common Law', 19 Rutgers LJ (1988) 725-772, esp. 738 ff.

(b) On the other hand, with regard to abandonment, the ICC Statute is clearer than most national laws in that it only frees the perpetrator from his liability for attempt and, thus, not from other concurring crimes which might have been completed. Consequently, if the perpetrator had physically injured the victim by his attempt of murder, his abandonment would not relieve him from his respoinsbility for the completed assault and battery.[223]

E. Attempted Participation

The Rome Statute probably differs from many national laws in one respect: it lacks a general prohibition of attempted participation,[224] which must not be confused with participation in an attempt according to Article 25(1)(b)–(d) of the ICC Statute.[225] After it abstained, on the one hand, from maintaining broad conspiracy concepts as particularly known in the common law tradition and, on the other hand, was not prepared to introduce more specific provisions for attempted instigation or aiding, accomplices before the fact remain unpunished as long as the supposed main crime does not at least reach the stage of an attempt.[226] This means, for example, that for ordering a crime which is not executed by his subordinates, a commander is, in principle, not liable. Consequently, if in such a case of 'attempted participation' the commander is not to remain completely unpunished, one must resort to the national law for criminal and/or disciplinary sanctions as suggested by the ILC.[227]

The only exceptional step into the early stages of attempted participation may be seen in incitement to genocide according to Article 25(3)(e) of the ICC Statute as it is punishable regardless of whether the incitement was successful or not.[228] Thus, as by its substantial nature a mere attempt, it should be abandonable as any other attempt. This, however, seems barred by the formal structure of incitement to genocide in terms of a completed crime,[229] as in that stage a withdrawal, as mentioned above,[230] is in principle not possible. As this consequence may have been missed by the drafters of subparagraph (e), the ICC may resort by means of analogy to subparagraph (f) sentence (2) alternative (1) or (2), respectively, for discharging an inciter who, after first agitations, voluntarily gives up any further efforts, if not even calms any arousments.[231]

VII. Commission by Omission

Criminal responsibility for omission is another field in which the Rome Statute refrained from a general regulation. The only genuine case of criminal responsibility for not doing what the person concerned was obliged to do is the failure of military commanders or other

---

223 On more details of such a so-called 'qualified attempt', cf. *Eser*, in Schönke and Schröder (eds), supra note 61, § 24 margin No. 9 f.

224 For details of this highly complex field, cf. the comparative survey by *Jescheck*, supra note 90,136 f; asto certain parallels to the common law notion of conspiracy, see *Fletcher*, supra note 59, 218 ff.

225 Cf. supra,V D.1.

226 On this consequence of the accessorial principle, cf. supra V.A.2, D 1.

227 Report of the ILC, 48th Sess, supra note 5, 23.

228 Cf. supra,V.G.

229 Cf. ICTR Trial Chamber in the *Akayesu* case, supra note 123, para. 562.

230 Cf. supra, VI B.1.

231 This way of employing rules of abandonment to formally completed crimes by analogy can, for instance, be found in Germany: cf. *Eser*, in Schönke and Schröder (eds.), supra note 61, § 24 margin No. 110.

superiors to take necessary measures against crimes subordinates are about to commit according to Article 28(a) of the ICC Statute.[232] This provision, however, is not transferable to officials other than those named in Article 28.

This abstinence of the Rome Statute was surprising since the Draft Statute and Draft Final Act, as proposed by the Preparatory Committee, still contained a general regulation for omission[233] on the basis of which the Model Draft Statute for the ICC recommended the following definition: 'Conduct ... can constitute either an act or an omission, or a combination thereof', criminal responsibility for the result of an omission to act is given only 'if the person was under a legal obligation to avoid that result'.[234] Still, the non-adoption of this recommendation in 'tome was not completely unexpected after it turned out that it was extremely difficult to reach an agreement with regard to the question of under what circumstances mere omission should be punishable. Particularly with regard to the character of the legal duty to act, it was highly controversial whether this duty should be explicitly regulated by the Statute, as with the criminal responsibility of commanders according to Article 28(a) of the ICC Statute. As this, however, was not considered a way to cover all cases of omission which would deserve punishment, the counter-position would be content with unwritten duties to act, such as 'creating a particular risk or danger that subsequently leads to the commission of such a crime'.[235] The same view was taken by the ILC in considering 'committing' a crime to cover both an 'unlawful act or omission' because, 'as recognized by the Nürnberg Tribunal, an individual has the duty to comply with the relevant rules of international law and therefore may be held personally responsible for failing to perform this duty'.[236] As the final drafters of the Rome Statute knew of these propositions and the discussions about them, the abstinence from explicit regulation cannot be interpreted in any other way than the rejection of individual criminal responsibility for commission by omission, unless it has been specifically provided for as in the case of Article 28(a) of the ICC Statute.[237]

Although the ICTY and ICTR Statutes do not provide for responsibility by omission in a general manner either, the ICTY and ICTR seem to extend the commanders responsibility for failing to prevent subordinates from criminal acts[238] to some sort of complicity by omission.[239] Whether this will indeed be a solid and appropriate way for developing criminal responsibility for omission in broader terms remains to be seen. Even guessing would need more elaboration than is possible here.

---

232 Certain elements of omission are, however, also contained in 'intentionally using starvation of civilians [in terms of letting them die] as a method of warfare' according to Art. 8(2)(b)(xxv) of the ICC Statute.

233 Art. 28(1) of the Preparatory Committee Draft Statute, p. 64 f. (in Bassiouni, supra note 35, 144).

234 Art. 28(2) and (3) of the Model Draft Statute (Sadat Wexler and Bassiouni, supra note 10, 48).

235 *E. M. Wise*, in 'Commentary on Parts 2 and 3 oldie Zutphen International Draft: General Principles of Criminal Law', in L. Sadat Wexler (cd.), Observations on the Consolidated ICC Text before the Final Session of the Preparatory Committee (1998) 49 f. Cf. also Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., supra note 10, 91.

236 Report of the ILC, 48th Sess., supra note 5, 21 f.

237 The same conclusion was drawn by Ambos, in Triffterer, supra note 2, Art. 25 margin No. 42.

238 See Art. 7(3) of the ICTY Statute and Art. 6(3) of the ICTR Statute.

239 Cf. ICTY Trial Chamber in the Furundžija case, supra note 134, pars 207, and ICTR Trial Chamber in the Kayishema and Ruzindana case, supra note 138, paras. 201 ff., 210.

VIII. Concluding Assessment

Despite the criticism which must be made of various aspects of the ICC Statute's regulation on individual responsibility, it certainly signifies progress in comparison to former drafts and provisions.

This is particularly true with regard to the emphasis on each individual's own responsibility for their participation in the commission of an international crime depending on the sort and extent of the personal involvement. This emphasis on genuinely individual responsibility is supported both by banning immunities traditionally invoked, if not abused, by Heads of State and Government, on the one hand, and by excluding obedience of subordinates to superior orders as a defence, on the other. Another position likely to find principal approval is the rather comprehensive as well as differentiated regulation of perpetration and participation, even if this was reached at the cost of the traditional conspiracy concept. Attempt is another example of a rather unconvincing regulation, particularly with regard to the inconsistecy of abandonment, yet still presents a principal step forward.

On the whole, however, as indicated in the beginning, Article 25 of the ICC Statute does not entirely keep to what it promises. Contrary to its title's proclamation of a comprehensive regulation of 'individual criminal responsibility', at a closer look it merely regulates the various forms of participation and attempt, thereby leaving in particular an essential lacuna with regard to commission by omission. In addition, although it remains true to its fixation on 'individual' responsibility, it limits at the same time responsibility for international crimes to individuals, thus excluding collective criminal responsibility of States and other corporate entities. Changing this, if desired and politically accomplishable, poses a challenge to both public international and international criminal law in the future.

Select Bibliography

National and Comparative Criminal Law

G. P. Fletcher, Rethinking Criminal Law (1978); H.-H. Jescheck, 'Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat', 99 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) (1987), 111; A. Eser, 'Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime', in A. Eser and G. P. Fletcher (eds.), Justification and Excuse: Comparative Perspectives (1987) 19; H.-H. Jescheck and Th. Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil (5th edn., 1997); A. Eser, B. Huber, and K. Cornils (eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, European Colloquium on Individual, Participatory and Collective Responsibility in Criminal Law (1998); S. Mir Puig, Derecho Penal, Parte General (5th edn., 1998); W. Wilson, Criminal Law (1998); A. Schönke and H. Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar (26th edn., 2000).

International Criminal Law

H.-H. Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht (1952); M. C. Bassiouni (ed.), Commentaries on the ILC's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1993); O. Triffterer, 'Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht', in G. Hankel and G. Stuby (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen (1995) 169; A. Eser, The Need for a General Part', in Bassiouni, Commentaries, supra, 43; id., ' "Defences" in War Crime Trials', 24 IYHR (1995) 201; M. C. Bassiouni, International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions (1997); O. Triffterer, 'Acts of

Violence and International Criminal Law', 4 Croatian Annual of Criminal Law and Practice (2/1997) 811; L. Sadat Wexler (ed.), Observations on the Consolidated ICC Text before the Final Session of the Preparatory Committee (1998); L. Sadat Wexler and M. Ch. Bassiouni (eds.), Model Draft Statute for the International Criminal Court Based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference, Rome, June 15–July 17 1998 (1998); Th. Weigend, 'Article 3: Responsibility and Punishment', in M. C. Bassiouni (ed.), Commentaries on the ILC's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1993) 113; E. M. Wise, 'Commentary on Parts 2 and 3 of the Zutphen International Draft: General Principles of Criminal Law', in L. Sadat Wexler (ed.), Observations on the Consolidated Text before the Final Session of the Prepatory Committee (1998) 43; id., 'General Principles of Criminal Law', in L. Sadat Wexler and M. C. Bassiouni (eds.), Model Draft Statute for the International Criminal Court based on the Prepatory Committee's Text to the Diplomatic Conference, Rome, 15 June-17 July 1998 (1998) 39; Ch. van den Wyngaert, 'The Structure of the Draft Code and the General Part', in Bassiouni, Commentaries, supra, 53; K. Ambos, 'Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague', in G. K. McDonald and O. Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts. Vol. I. (2000) 1; id., 'Der Allgemeine Teil'des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung (2002); H. Vest, 'Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht ?', in 113 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (2001) 457-498; id., Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze vor individueller und kollektiver Verantwortlichkeit (2002) 301 ff.

Rome Statute

P. Saland, 'International Criminal Law Principles', in Lee, supra, 189; M. Ch. Bassiouni (ed.), The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History (1998); W. A. Schabas, 'General Principles of Criminal Law in the ICC Statute', 6 European Journal of Crime, Law and Criminal Justice (1998) 400; A. Sereni, 'Individual Criminal Responsibility', in F. Lattanzi (ed.), The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute (1998) 139; K. Ambos, 'Article 25', in O. Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999) 475; id, 'General Principles of Criminal Law in the Rome Statute', 10 Criminal Law Forum (1999)1; A. Eser, 'Article 31', in Triffterer, Commentary, supra, 537; R. S. Lee (ed.), The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute (1999).*

---

* Addendum to note 80. As to further, partially inconsistent, case law by the ICTY, as in particular ICTY-Trial Chamber I in Prosecutor v. Aleksovsks, IT-95-14/1, Judgment, 25 June 1999, paras. 58 ff., Prosecutor v. Blaškć:E, IT-95-14-5, Judgment, 3 March 2000, paras 261 ff., Prosecutor v. Kordıc/Cerkez, IT-95-14-14/2-T, Judgment, 26 February 2001, paras. 372 ff., 827 fl., Prosecutor v. Krstuc, IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, paras. 600 ff., Prosecutor v. Kvocka et al., IT-98-30/1- T, Judgment, 2 November 2001, paras. 242 ff., ICTY-Trial Chamber II in Prosecutor v. Delalić, IT- 96-21-T, Judgment, 16 November 1998, paras. 319 ff., Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T, Judgment, 10 December 1998, paras. 190 ff., Prosecutor v. Kupresksić, IT-95-16-T, Judgment, 14 January 2001, paras. 556 if.; Prosecutor v. Kunarac et al, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgment, 22 February 2001, paras. 387 ff., and the ICTR, as in particular ICTR Trial Chamber I in Prosecutor v. Kambanda, ICTR-97-23-S, Judgment, 4 September 1998, paras. 40 Nm. 2 ff.; Prosecutor v. Akayesu, ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, paras. 471 ff, 698 ff., Prosecutor v. Rutaganda, ICTR-96-3-T, Judgment, 6 December 1999, paras 31 ff.; Prosecutor v. Musema, ICTR-96-13-T, Judgment, 27 January 2000, paras. 111 ff.; Prosecutor v. Ruggsu, ICTR- 97-32-I, Judgment, 1 June 2000, paras. 13 ff., Prosecutor v. Bagilishema, ICTR-95-1-A-T, Judgment, 7 June 2001, paras. 29 ff.; Trial Chamber II in Prosecutor v. Kaytshema/Ruzindana, ICTR- 95-1-T, Judgment, 25 May 1999, paras. 198 ff, cf. the critical survey by *Ambos*, supra note 38, 271 fl., 349 ff., 794 ff.

ALBIN ESER

MENTAL ELEMENTS – MISTAKE OF FACT AND MISTAKE OF LAW* [ARTICLES 30 AND 32 ROME STATUTE]

I. INTRODUCTION: PROGRESS ON MISCONCEIVED PROPOSITIONS

The Rome Statute's Article 30 on 'Mental element' and Article 32 on 'Mistake of fact or mistake of law', if read together as their substantive interrelations necessitate,[1] create an ambivalent impression.

On the one hand, it cannot be stressed enough that the Rome Statute explicitly proclaims basic postulates of culpability by requiring a certain state of mind and also by recognizing that responsibility may be excluded by certain misperceptions of the perpetrator. Thus, the Rome Statute not only removes itself from older notions of 'result liability' which punished the wrongful deed without consideration of the actor's mind, but it also dissociates itself from notions of 'strict liability', as they are still practised in certain areas of common law. So perhaps for the first time in international legislation, the Rome Statute proclaims a principle which, if not necessarily traceable back to Roman law, was basically developed in the canon law and was finally expressed in the Latin maxim: actus non facit reum nisi mens rea.[2] This progress towards a conception of crime in which culpability is an essential element, is particularly remarkable considering that the mens rea principle used to be limited to the requirement of an intentional (or at least negligent) act which may be excluded by a mistake of fact, but not by a mistake of law, as is still the position in certain national penal codes.[3] By now admitting mistake of law, though still under narrow conditions, as a ground

---

* Originalbeitrag erschienen in: Antonio Cassese (Hrsg.): The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary. Oxford: Oxford Univ. Press. Bd. 1 (2002), S. 889-948.

1 In the same sense the Preparatory Commission Elements (p. 18, 26 f.) when speaking of the 'interplay between articles 30 and 32' of the ICC Statute.

2 Cf. *G. Williams*, Textbook on Criminal Law (2nd edn., 1983) 70 In a gender-free reformulation of Lord Hailsham's translation (in Naughton v Smith (1975) AC 476, at 491 f.): 'An act does not make a person guilty of a crime, unless the person's mind be also guilty' (cited after *J. Smith* and *B. Hogan*, Criminal Law (9th edn., 1999) 28).

3 As particularly in common law countries: as to England, cf *Smith/Hogan*, supra note 2, 79 ff; *J. Watzek*, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht (1997) 257 ff., as to US criminal law, *W. LaFave* and *A. Scott*, Substantive Criminal Law, Vol. 1 (1986) 575, at 577 But see also *A. T H Smith* (in A Eser and G P. Fletcher (eds), Justification and Excuse Comparative Perspectives (1987) Vol II, p 1077 ff.) in questioning the common maxim of 'ignorance of the law is no excuse' as 'aphoristic half-truth', cf also the criticism by *A. Ashworth*, 'Excusable Mistake of Law', Crim L Rev (1974) 652-662, at 655) and *J. Kaplan* (in Eser and Fletcher, Vol II, pp 1125 ff) with regard to American concessions As to the position of other legal cultures in Europe and Asia, see the contributions by *Tiedemann, Arzt, Stratenwerth* (in Eser and Fletcher, Vol II, pp 1003 ff.,1025 ff., and 1055 ff., respectively), by *Figueiredo Dias, Frisch, Mir Puig, Stile, Castoldo* (in A. Eser and W Perron (eds.), Rechtfertigung and Entschuldigung (1991) Vol III pp 201 ff., 217 ff., 291 ff., 311 ff., and 343 ff., respectively) and by *Gao, Burkhardt, Cho* and *Nishida* (in A. Eser and H. Nishihara (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung (1995) Vol. IV, pp. 379 ff., 405 ff., 234 ff., and 431 ff., respectively).

for excluding criminal responsibility, Article 32(2) of the ICC Statute heralds a breakthrough to a more comprehensive understanding of culpability which doesn't fully equate to the psychological-mental elements of intent or knowledge but also requires some sort of normative blameworthiness. On these terms, the combined message of Articles 30 and 32 may be understood as laying the foundations for culpability as an independent subjective requirement of criminal responsibility in addition to the objective wrongdoing by the wilful act.

On the other hand, however, it cannot be overlooked that Articles 30 and 32 are, to say the least, not the best way of embedding essential issues into law. This is neither the place to question political shortcomings in the scope of certain requirements nor the place for denouncing the Statute's obvious disregard of certain conceptions to be dealt with later. What is at issue here are rather the inherent inconsistencies and presumably more or less unconscious implications and exclusions which make these two articles partially meaningless or, even worse, partially counterproductive. If, for instance, according to Article 32(1) a mistake of fact shall exclude criminal responsibility (only) 'if it negates the mental element', this paragraph simply repeats what is already stated in Article 30(1) by requiring a certain mental element. Instead of this repetition which seems to have been acceptable to the Preparatory Committee as a mere clarification of a generally accepted principle,[4] it would have been much more interesting to have clarified under which conditions a mistake of fact may negate the mental element. Even worse, as a mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility 'only' if it negates the mental element, an error on facts seems to be irrelevant if, instead of a 'material' element in terms of the definitional elements of the crime (such as the nature of the act or the harm caused to a certain victim), it merely concerns a ground of justification or excuse as in the case that the perpetrator mistakenly believes himself attacked by the victim and thus shoots in the subjective state of self-defence. Whereas quite a few national laws would simply not regulate this case of a mistaken assumption of a justifying situation and, thus, would leave room for excluding criminal responsibility by analogy to a mistake of fact, the drafters of the Rome Statute, perhaps not aware of this configuration – and perhaps due to a 'mistake' of their own – barred the exclusion of responsibility.[5] Or just to give another example of an ill-conceived proposition, the limitation of mistake of law as a merely optional ground for excluding criminal responsibility to the case that it 'negates the mental element' (Article 32(2) sentence 2), is again, repetitious as it was with mistake of fact; even more so it is inconsistent with Article 30(1) which, in requiring the mental element, would be frustrated if, according to the optional clause of Article 32(2) sentence (2) an exclusion of responsibility might not be granted although the mistake of law negated the mental element. Or 'mental element' must be construed with regard to mistake of law in broader terms than merely comprising the 'material' elements of the crime, as proposed in Article 30(1); then, however, the regulation of both the 'mental element' and the various 'mistakes' lose their contours.

---

4 See Preparatory Committee, Draft Statute and Draft Final Act, p. 67 with note 21 (in M. C. Bassiouni (ed.), The Statute of the International Criminal Court – A Documentary History (1998) 145); cf. the comments by *O. Triffterer*, 'Art. 32', in O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999), margin No.11.

5 For more details, see infra, V.C.1(c), D(d).

As further flaws of this sort could and will indeed be added,[6] one may wonder how this could have happened. There are mainly two explanations. The one of more political-psychological nature is the general reserve towards excluding criminal responsibility because of errors in general and with regard to international crimes in particular, since in this area we are dealing with offences so grave that it appears difficult to accept that the perpetrator should not have known what he was doing. As we will see particularly in war crimes, however, there are situations in which a soldier does not easily know for sure what is right and what is wrong. The other explanation for the hardly satisfying shape of the ICC articles here in question is a more theoretical one: as the aforementioned political struggle about what errors to tolerate or not was never really solved but rather continued 'behind the scenes' by arguing with partially irreconcilable national propositions of mistake of fact and law,[7] it was impossible to agree on a consistent concept. Thus, in view of Article 21 of the ICC Statute it will be all the more necessary, though extraordinarily difficult, to construe Articles 30 and 32 of the ICC Statute in a way that is adequately applicable.

II. Development prior to the Rome Statute

Some of the problems described above may perhaps be better understood and, thus, more easily solved for the future if at least some of the earlier positions and steps are examined.

A. Taking Notice of mens rea

Keeping in mind that it took quite some time to get general elements of responsibility for international crimes explicitly recognized at all,[8] it is no wonder that the pronouncement of general rules for the mental element of the crime and its eventual negation by an error took even longer. So with regard to 'official' documents by international organs or intergovernmental commissions, it took until the Report of the Preparatory Committee's 51st Session of 1996 to come out with general rules on 'Mens rea/ Mental Elements of Crime' (article K) and on 'Mistake of Fact [or law]' (article K)[9] (the contents thereof will be dealt with later).

This does not mean, however, that prior to this remarkable step, the issues of the mental element and the exclusion of responsibility by an error were completely disregarded in the theory and practice of international criminal law. But even insofar as these elements were taken into consideration, it was in a more sporadic manner and/or in non-binding drafts.

The first instance was the jurisprudence of the International Military Tribunal MT) of Nuremberg. Although the Charter of the IMT[10] did not contain any hint of mistake of fact or

---

6 As, for instance, the puzzling relation between intent and knowledge in Art 30 of the ICC Statute; cf. infra, IV.B

7 Some of these different approaches will show up later; see infra, V.

8 For more details as to the development of some sort of `general part' for a code of international crimes, see Ch. 20 above, at II – III.

9 Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., pp. 92, 95 1. (in *Bassiouni*, supra note 4, 488, 490 f.).

10 Charter of the International Military Tribunal 82 UNTS 280, reprinted in *M. C. Bassiouni*, International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions (1997) 183 ff., and in *G. K. McDonald* and *O. Swaak-Goldman* (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law (2000) Vol. II/1, p. 61.

law, the Nuremberg judgments did not reject defences of mistake absolutely, provided that they concerned an 'honest' error.[11]

B. Propositions of the Mental Element

A second observation concerns the concept of mens rea which, though not explicitly mentioned in either the IMT Charter of Nuremberg nor in other conventions on international crimes, may be required by the very nature of the crimes concerned. Thus, when Article 6(a) of the IMT Charter speaks of planning or preparing crimes against peace, such acts can hardly be committed other than intentionally, as is true with regard to the 'taking of hostages' according to the Geneva Conventions of 1949[12] or with 'systematically oppressing' according to the Apartheid Convention of 1973.[13] Other documents were more outspoken by explicitly requiring a certain state of mind for certain crimes. This is the case with the International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of 1954 requiring for genocidal acts the 'intent to destroy' in whole or in part a protected group or that 'inflictions on the group conditions of life' must be carried out 'deliberately'.[14] In a more general form, the Protocol I to the Geneva Conventions of 1977 requires grave breaches of this Protocol to have been committed 'wilfully'.[15] The ILC Draft Code of 1991 merely enlarges the catalogue of provisions requiring a certain state of mind such as, in addition to those already contained in the Draft of 1954, 'wilful' attacks on property of exceptional value and 'wilful' damage to the environment.[16] The same line of merely specifying a certain state of mind was followed by the ICTY and ICTR Statutes by requiring for grave breaches of the Geneva Conventions that killing, causing great suffering, and depriving a prisoner of war of the rights of fair trial be committed 'wilfully',[17] whereas this intent was not explicitly required for genocidal acts[18] while, again differently, destruction of cities not justified by military necessity was a war crime even if only done 'wantonly'.[19] Though it might be true that these provisions had been drafted under the silent proposition that 'guilty intent is a condition for the crime' and whilst it might in the

---

11 Namely, that the perpetrator `could honestly conclude that urgent military necessity warranted the decision mad'': In re List and Others (Hostage Trial ), 15 ILR (1948) 632, at 649. For more details with regard to `honest error', see *C. Nill-Theobald*, `Defenses' bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und den USA (1998) 342 ff.

12 Cf. Art. 2 of the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, UN Doc. A/9030 (1973).

13 Cf. Art. 3 of the Geneva Conventions of 1949, reprinted in *McDonald* and *Swaak-Goldman*, supra note 10, Vol. III 1, pp. 87 ff.

14 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of 1954 (YILC(1954) Vol. II, p. 151 1.; (1983) Vol. I, p. 4; (1983) Vol. II/2, p. 11; (1984) Vol. I, p. 4 1., (1984) Vol. II/2, p. 8; (1985) Vol. II/2, p. 8), Art. 2(10)(iii).

15 Art. 85(4) of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of August 12, 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts of June 8, 1977, reprinted in *Bassiouni*, supra note 10, 457 ff and in *McDonald* and *Swaak-Goldmann*, supra note 10, Vol. II/1, p. 219 ff.

16 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of 1991, UN Doc. A/46710, YILC (1991) Vol. II/ 1, p. 94 ff.), Art. 22(2) (f) and Art 26.

17 Art. 2(a), (c), and (0 of the ICTY Statute. With regard to genocide, the regulation is similar to that of the ILC Draft 1954 (supra note 14); cf Arts. 4 and 2 of the ICTY and ICTR Statute, respectively.

18 Cf. Arts. 4 and 2 of the ICTY and ICTR Statute, respectively.

19 Art. 3(b) of the ICTY Statute.

end be merely a question of procedure whether this intent is assumed or must be proven individually,[20] two shortcomings cannot be overlooked: firstly that the subjective requirement of a certain state of mind if not explicitly provided for,[21] appears underestimated and eventually even neglected in practice. Secondly, the sporadic manner of requiring 'wilful', 'deliberate' or even merely 'wanton' commission of one type of crime but not of others, may lead to the reverse conclusion that for certain crimes no special state of mind is required for even mere negligence may suffice. It was felt that the only way to overcome these uncertainties was to come up with a general rule for the mental element. After the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court in 1995 appeared amenable to this suggestion[22] and a non-governmental committee of experts, convening in Siracusa in 1995,[23] supported the need for express regulation,[24] the Freiburg Draft of 1996, prepared by a working group of the aforementioned Siracusa Committee, in a general rule on mens rea, made two fundamental proposals: first, that 'criminal responsibility [for international crimes] cannot be based on strict liability', and secondly, that 'unless provided for otherwise, [international crimes] are punishable only if committed intentionally'.[25] Whereas the principal denouncement of 'strict liability' was seen as perhaps too challenging to common law tradition, and was therefore not integrated into the Updated Siracusa Draft, 'knowledge' was incorporated as a possible alternative to 'intent'.[26] Although this alternation between intent and knowledge, as will be shown later, appears conceptually disputable, the efforts to draft general mental requirements proved successful at least insofar as the ILC Draft Code of 1996 required the perpetration of relevant crimes to be committed 'intentionally';[27] again oddly, however, aiding and abetting were to be carried out (merely) 'knowingly',[28] whereas with regard to the various other forms of complicity the Draft Code

---

20 On speculations of this sort within the ICL on its Draft Code 1991, see *O. Triffterer*, 'Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht', in G. Hankel and G. Stuby (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen (1 995) 223; cf. also *A. Eser*, in 'The Need for a General Part', in M. C. Bassiouni (ed.), Commentaries on the ILC's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1993) 46 f.

21 See also the criticism by *T. Weigend*, in Bassiouni, supra note 20,113 f.

22 Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN GA, 50th Sess., Supp. No. 22, A/50/22 (1995), p. 19, reprinted in *Bassiouni*, supra note 4, 630.

23 As to the three steps which finally led to the Updated Siracusa Draft (infra note 26), see Ch. 20 above, at note 38.

24 See (Unpublished) Draft Statute for an International Criminal Court – Alternative to the ILC Draft – Siracusa Draft) prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg, July 1995, p 38 f. See also *Eser*, in Bassiouni, supra note 20, 46 f.

25 Art. 33(f) of Freiburg Draft of February 1996 (by *A. Eser*, *D. Koenig*, *O. Lagodny*, *O Triffterer*), originally unpublished, but thereafter integrated into an amendment of the ILC Draft Code of Crimes of 1991, published as annex in O. Triffterer, 'Acts of Violence and International Criminal Law', 4 Croatian Annual (2/1997) 872; with regard to mens rea, see Art. 3(4), p. 877. Cf. also infra note 26, to *Ambos*.

26 Art 33-7 of 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with Suggested Modifications (Updated Siracusa Draft) prepared by a Committee of Experts Submitted by AIDP et al, Done in Siracusa/Freiburg/Chicago, 15 March 1996. For a critical comparison of Art 33-7 of the Updated Siracusa Draft and the aforementioned Freiburg Draft cf. *K Ambos*, 'Der "Allgemeine Teil" des Völkerstrafrechts' (2002) 941 ff.

27 Art 2(3) (a) of the Draft Code against the Peace and the Good of Mankind (Report of the ILC, 48th Sess., p 14 ff., paras 50 ff., reprinted in *McDonald* and *Swaak-Goldman*, supra note 10, Vol. II/ 1, p. 335 ff)

28 Art 2(3)(d) of the Draft Code 1996.

remained silent. At any rate, from then on, despite occasional variations, all further intergovernmental drafts by the Preparatory Committee and its working groups contained a general regulation for the mental element(s) of crime, starting with the Report of the Preparatory Committee of 1996[29] and ending with the Draft Statute and Draft Final Act of 1998.[30]

C. Opening the Door to Mistake of Fact and Mistake of Law

Whereas the need to regulate on the mental element of crimes was recognized rather late, the issues of mistake of fact and mistake of law were debated much earlier. Since the Nuremberg judgments, as mentioned above, at least occasionally had accepted defences of error,[31] UN-supported committees started as early as in the 1950s to tackle this issue, though for more than three decades without visible success.[32] Once more it needed the efforts of non-governmental groups such as the International Law Association (ILA) and the Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) to get things moving. What later on would become the core of the Rome Statute's regulation of mistake of fact and mistake of law in Article 32, can be found as early as in A Draft International Criminal Code of 1980 in recognizing mistake of law or of fact as a defence, 'if it negates the mental element ... provided that said mistake is not inconsistent with the nature of the crime or its elements'.[33] Thereafter the ILC, in revising its Draft Code of 1954, which had not yet taken notice of errors, made a significant step by recognizing 'exceptions to the principle of responsibility' and thereby also referring to 'error of law or of fact' in its Draft Code of 1987.[34] By a somewhat strange statutory technique, however, the ILC Draft did not positively recognize mistake as a ground for relieving criminal responsibility, but rather precluded this effect in general by accepting mistake only for the exceptional case that under the given circumstances the mistake was 'unavoidable' for the perpetrator. Since this regulation appeared less than satisfying and no better solutions seemed available, the ILC Draft Code of 1991 refrained from further mentioning mistake of fact and mistake of law at all, thus leaving it up to its general Article 14 on 'defences and extenuating circumstances' according to which 'the competent court shall determine the admissibility of defences under the general principles of law', thus, at least tacitly leaving the door open for errors of fact and law as potential defences in single cases.[35]

---

29 Art. H in the Report of the Preparatory Committee (Compilation of Proposals), 51st Sess., p 92, reprinted in *Bassiouni*, supra note 4, 488.

30 Art 29: Mens rea (mental elements) in the Report of the Preparatory Committee (A/CONF. 13/2/Add 1 (1998) 65, reprinted in *Bassiouni*, supra note 4, 144). Further sessions at which mens rea was taken notice of were the 1997 Session in New York (A/AC.249/ 1997/L.5 (1997) 18, 27, reprinted in *Bassiouni*, supra note 4, 377, 382) and the Inter-Sessional Meeting of 1998 in Zutphen (A/AC 249/1998/L 13 (1998) 59 f., reprinted in *Bassiouni*, supra note 4, 249).

31 Cf. supra II.A at note 10 f.

32 For details on this and the following, see *Triffterer* (ed.), supra note 4, Art. 32, margin Nos. 3 ff.

33 Art. IX(7) of A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal (by M. C. Bassiouni 1980, reprinted 1987, p. 110). As to the negation of the mental element by the mistake, the American Model Penal Code S 2.04(1)(a) seems to have been the guiding example.

34 Art. 9(d), YILC(1987) Vol. II/1, p. 7 f.

35 Cf. YILC(1991) Vol. II/2, pp. 95,100 f.

Although this indecisiveness of the ILC on essential issue was sharply criticized by academics,[36] the ILC in its Draft Code of 1996 upheld its position of leaving it to the Court whether to admit a defence, including mistake, or not.[37] In the meantime the ICTY and ICTR Statutes of 1993/1994 were even more reluctant, completely refraining from any general clause on defences or other extenuating circumstances, thus, leaving it up to the Tribunals whether to pay attention to defences of mistake, as it might have done in the Erdemović case.[38] At any rate, it had again taken the impetus of non-governmental initiatives to put the problems of mistake of fact and law onto the legislative table. After the Siracusa Draft of 1995 had identified mistake of fact and mistake of law as issues to be regulated,[39] the Freiburg Draft of 1996, by clearly distinguishing between factual and legal errors as well as requiring reasonable belief in not acting unlawfully, provided two rules by which not only mistakes with regard to the definitional elements of the crime and its prohibition but also mistakes with regard to justifying circumstances and provisions would have been covered.[40] Although the Updated Siracusa Draft appears to preserve the same pattern by literally adopting paragraph 2 on mistake flaw from the Freiburg Draft, it deviates significantly by starting its paragraph 2 with an equation of mistake of law and fact by equally requiring that the mistake 'negates the mental element' and by degrading the reasonable belief of the perpetrator to a mere proviso.[41]

Whereas the ad hoc Committee in 1995 had not yet taken explicit notice of mistake of fact or mistake of law,[42] the non-governmental demands for regulations on mistake of fact or mistake of law seem to have exerted sufficient influence to have this issue taken up officially and not to see it dropped any longer. Still, however, wide-ranging differences in proposals (as evidenced in the compilation by the Preparatory Committee of 1996,[43]) led to basically two opposing approaches in further discussions: whereas a more general option would recognize both mistake of fact or of law as a defence 'if not inconsistent with the

---

36 Aside from my own criticism (*Eser*, in Bassiouni, supra note 20, 48 ff.) see also *Robinson* (in Bassiouni, supra note 20, 200 1.).

37 Art. 14 of the Draft Code of 1996.

38 Cf. *K. Ambos*, 'General Principles of Criminal Law in the Rome Statute', 10 Criminal Law Forum (1999) 29 f. to ICTY Appeals Chamber Case No. IT-96-22.

39 See Siracusa Draft, supra note 25, 39.

40 Art. 33n: Mistake of Fact or Law of the Freiburg Draft (in substance identical with the Proposed Amendments to the ILC Draft Code of 1991 Art. 14(d), reprinted in Triffterer, 4 Croatian Annual (2/1977) 881) reads as follows:
If the person would not be held guilty of the crime if the circumstances were as he reasonably believed, he is not punishable.
The person who commits a crime in the mistaken belief that he is acting lawfully is not punishable, provided that he has done everything under the circumstances which could reasonably be demanded of him to inform himself about applicable law. If he could have avoided his mistake of law, the punishment may be reduced.'

41 Thus, while para. 2 of Art. 33-15 of the Updated Siracusa Draft is identical with the Freiburg Draft, para. 1 reads as follows:
'A mistake of law or mistake of fact shall be a defence if it negates the mental element required by the crime charged provided that said mistake is not inconsistent with the nature of the crime or its elements, and provided that the circumstances he reasonably believed to be true would have been lawful.' For a critical comparison of the mistake regulations of the Freiburg Draft (Art. 33n) and the Updated Siracusa Draft (Art. 33-15) cf. *Ambos*, supra note 26, 941 f.

42 Cf. Report of the Ad Hoc Committee, supra II.B at note 22,19 (in *Bassiouni*, supra note 4, 630).

43 Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., p. 95 1. (in *Bassiouni*, supra note 4, 490 f.).

nature of the alleged crime' and even if avoidable would still leave room for mitigation of punishment, the other option would accept mistake of fact only 'if it negates the mental element' and would reject mistake of law in principle.[44]

When looking back from the final result in the Rome Statute's Article 32, the latter, stronger option was obviously victorious by precluding mistake of law as far as possible and, in addition, by equating mistake of fact or mistake of law in requiring the negation of the mental element, as proposed in the Updated Siracusa Draft.[45] Whereas the first decision on a narrow scope of mistake of law is political in nature and, thus, the politicians are responsible for it, the equation issue is of a more doctrinal nature and thus open for conceptual criticism. At any rate, however, when keeping in mind that, even in its final draft of April 1998, the Preparatory Committee felt urged to note that there were still widely divergent views on this article,[46] we cannot but wonder that a consensus was reached at all.

III. Variety of Mental States in the Rome Statute

As a provision of Part 3 on 'General Principles of Criminal Law', Article 30 of the ICC Statute establishes requirements for the mental element valid for all crimes of that Statute. As indicated by its opening words 'unless otherwise provided', however, Article 30 is not the only place within the Statute where mental elements can be found although it is the main one. Thus, while Article 30 merely states the general requirements and basic concepts of 'intent' and 'knowledge', other mental states or variations with regard to the degree of subjective responsibility may be found elsewhere in the Statute, for instance within the specific definition of crimes or general principles of criminal law.[47]

A. Mental Requirements Less Strong than Intention: Negligence – Wantonness – Recklessness

On the one hand, the requirements of mens rea can remain below the threshold of intent. Since, for instance, according to Article 28(1) (a) of the ICC Statute a commander is deemed responsible not only if he knew but also if he 'should have known' that a subordinate was committing or about to commit a relevant crime, his responsibility may be based on mere negligence rather than full intent. In a similar way, the mental level of responsibility is lowered with certain grave breaches of the Geneva Conventions in that it suffices that the extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity, is carried out merely 'wantonly' (Article 8 (2) (a) (iv) of the ICC Statute) as 'wantonness' comes closer to 'recklessness' than to intent.[48] The same is true of a commander's responsibility for failure to exercise control properly by 'consciously disregarding information' on

---

44 For details see, Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session held in New York from 11 to 21 February 199Z Art. K, p. 18, 28 (in *Bassiouni*, supra note 4, 377/383), Report of the Inter-Sessional Meeting from 19 to 30 January 1998 held in Zutphen, Art. 24(K), p. 59 f. (in *Bassiouni*, ibid., 249), Report of the Preparatory Committee, Draft Statute and Draft Final Act 1998, Art. 30, p. 65 f. (in *Bassiouni*, ibid., 145). For further details of the various drafts, see *Triffterer*, supra note 4, margin Nos. 9 f.

45 And from there probably to be traced back to the *Bassiouni* Draft of 1980/87; see supra note 33

46 Preparatory Committee, Draft Final Act, supra note 44, 67 (in *Bassiouni*, supra note 4, 145)

47 Cf. *D. K. Piragoff*, 'Art. 30', in Triffterer, supra note 4, margin Nos. 2 f.

48 Cf. *J. Allain* and *J. R. W. D. Jones*, 'A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind', 8 EJIL (1997) 100, at 106; Ambos, supra note 38, 21.

the subordinates committing a crime.[49] Still less strong than intent, another variation can consist of the combination of partially higher, partially lower mental requirements as in the case of crimes against humanity which require a certain criminal act, such as murder, enslavement, torture or rape, which each on its own part must be part of a widespread or systematic attack directed at any civilian population: whereas the core crime (as murder, etc.) must be committed 'with intent and knowledge' according to the general requirements of Article 30(1) of the ICC Statute, with regard to it possibly being involved with a widespread or systematic attack it suffices that the perpetrator has 'knowledge of the attack' (Article 7(1) of the ICC Statute).

B. Stricter Requirements than Intention: Wilful – Purposeful – Treacherous

Contrary to the aforementioned lowering of mental requirements, other provisions in the Rome Statute require stronger subjective graduations than provided for in Article 30 of the ICC Statute. This is particularly the case with certain war crimes, such as killing or causing great suffering or depriving a prisoner of war of the rights of fair and regular trial, which must be committed 'wilfully'[50] or the wounding of individuals belonging to the hostile nation or army or a competent adversary which must be performed 'treacherously'.[51] With particular emphasis on the aim envisaged by the perpetrator, certain forms of complicity such as aiding and abetting or in any other way contributing to a group crime must be determined by a certain 'purpose' such as facilitating the commission of the crime or furthering a criminal activity of the group, respectively.[52] This picture becomes even more confusing when you consider that the Rome Statute in close proximity to crimes requiring 'wilful' commission speaks of 'intention' or even omits any special reference to the mental requirement as, for example, in war crimes.[53]

Before denouncing this confusing diversity as sheer thoughtlessness, if not misconceived arbitrariness, one must realize that the international crimes covered by the Rome Statute are mostly drawn from existing international treaties which concerned themselves less with criminal doctrinal consistency than with the imperatives of international negotiations and were thus not always careful in their use of criminal law terminology.[54] Instead of eliminating this diversity by removing the various mental references from the specific crimes and by substituting them with a consistent general requirement and terminology as may be observed with some national penal codes such as Austria (§§ 5-7), France (Article 121-3), Germany (§§ 15, 18), or Poland (Article 8), it was probably a wise decision to leave the specific crime definitions as they were developed within the original treaties; otherwise the Rome Statute would have run the risk of missing the meaning of certain violations of Conventions if taken out of their international context. On this line of reasoning, however, it would have been even wiser if the Preparatory Committee had also refrained from defining

---

49 Ar. 28 (b) (i) ICC Statute; cf. *Piragoff*, in Triffterer, supra note 47, margin No. 14.

50 Art. 8(2)(a)(i), (iii), (vi) ICC Statute.

51 Art. 8(2)(b)(xi) and (e)(ix) ICC Statute.

52 Art. 25(3)(c) and (d)(i) ICC Statute; cf. Ch. 20 above, V.E and F.

53 Cf. e.g. Art. 8(2)(a)(i), (iii), (vi), on the one hand, and (2)(b)(i) to (iv), on the other, and again different (2) (a) (iv), (v), (vii) and (viii) and (b) (v) to (viii) ICC Statute.

54 Cf. *E. M. Wise*, 'General Principles of Criminal Law', in L. Sadat Wexler and M. C. Bassiouni (eds.), Model Draft Statute for the International Criminal Court Based on the Preparatory Committee's Tart to the Diplomatic Conference, Rome, June 15 – July 17 1998 (1998), 52.

'intent' and 'knowledge' (in Article 30 of the ICC Statute) whilst leaving 'wilful' and 'purpose' undefined.

This has opened the door to speculation whether 'wilfully causing great suffering' in war crimes is different from 'intentionally causing great suffering' by crimes against humanity, and both again different from (mentally not specified) 'causing serious bodily harm' by genocide,[55] and thus whether the latter requires 'intent' and 'knowledge' according to the general rule of Article 30(1) of the ICC Statute. In such a diverse configuration, selective definitions such as those provided for intent and knowledge can operate as unpredictable obstacles, making consistent construction of divergent provisions more difficult rather than easier.[56]

C. Specific Intent

Some provisions are characterized by their requiring that the crime be committed with a certain aim as, for instance, in the case of genocidal acts 'with intent to destroy a protected group'[57] or in the case of aiding and abetting 'for the purpose of facilitating' the commission of the main crime.[58] In these cases, the general 'intent and knowledge' of Article 30(1) of the ICC Statute must be accompanied by a special intent (doles specialis). This combination of a 'general intent' (with regard to the basic act and its regular consequences and circumstances) and a 'specific intent' (with regard to an additional aim)[59] is clearly exemplified in the case of complicity in group crimes in which the relevant contribution must be made 'intentionally' and, in addition, 'with the aim of furthering the criminal activity of the group'.[60] In order to avoid uncertainties, it had been contemplated making mention of both types of intent;[61] the Preparatory Committee, however, deemed it not necessary to explicitly mention both forms of 'intent' in the present Article 30 of the ICC Statute as 'any specific intent should be included as one of the elements of the definition of the crime'.[62]

---

55 Cf. Art. 8(2)(a)(iii), Art. 7(1)(k) and Art. 6(c) ICC Statute, respectively.

56 In this respect, it would have been preferable as proposed in the Model Draft Statute (by *Sadat Wexler* and *Bassiouni*, Art. 29), to merely regulate the basic mental elements while abstaining from defining intent and knowledge; see *Wise*, supra note 54, 50 f.

57 Art. 6 ICC Statute; for details cf. *W. A. Schabas*, Genocide in International Law (2000) 213 ff.; see also with regard to crimes against humanity the requirement of a certain 'intention' in Art. 7(2)(h) and (i) ICC Statute.

58 Art. 25(3)(c) ICC Statute.

59 As to this terminology, one must be aware that 'general' and 'specific' or 'special intent' are far from a worldwide common understanding and may even differ within the same legal system: whereas in France, for instance, some authors seem to follow the same line as here, thus extending in particular 'dol general' to the definitional result of the crime (as e.g. in case of murder to the death of victim), the French majority would restrict the 'dol general' to the act as such, thus being forced to comprise the result of the act as 'dol special' and to catch additional aims as 'dol aggravé' (cf. *C. Elliott*, 'The French Law of Intent and its Influence on the Development of International Criminal Law', 11 Criminal Law Forum (2000) 35-46 with further references). Cf. also infra, IV.D.2 at note 122.

60 Art. 25(3)(d) ICC Statute; cf. Ch. 20 above, V. F. 2.

61 Art. H in Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., Vol. II, p. 92 (in *Bassiouni*, supra note 4, 488).

62 Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., Vol. I, p. 45, para. 199 (in *Bassiouni*, supra note 4, 415 f.); cf. also *Wise*, in Sadat Wexler and Bassiouni, supra note 54, 51 f.; *W. A. Schabas*, 'General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute (Part III)',

On closer inspection, however, it is questionable in some cases whether crime definitions with the explicit element of 'intentionally' or with 'intent' merely mean 'intent' in its general form or in terms of a specific intent. A clear answer is rarely found solely from the wording as such; more important is therefore the context in which 'intent' is required. If it appears to be used in broader terms, it merely determines the general requirements of the mental element. If, however, it is to express a certain purpose or a specific goal of the perpetrator, a specific intent is at stake.[63] Although there might be doctrinal differences between both, as evidenced in the rich as well as divergent literature in certain countries,[64] no fitting formula has been found which could be easily handled. At any rate, one remarkable difference seems to be the following: whereas with special intent particular emphasis is put on the volitional element, thus excluding mere dolus eventualis,[65] general intent is characterized by Article 30 of the ICC Statute as requiring 'knowledge' as well, thus strengthening the cognitive element. This means, for instance, in case of aiding and abetting, that, according to Article 25(3)(c) of the ICC Statute, the aider in terms of 'general intent' must have knowledge of the main crime to be committed, whereas with regard to the special intent of facilitating the commission of the crime, the aider and abettor must not only know but even wish that his assistance shall have this effect.[66] In a similar way, it would suffice for the general intent of genocidal killing according to Article 6(a) of the ICC Statute that the perpetrator, though not striving for the death of his victim, would approve of this result whereas his special 'intent to destroy' in whole or in part the protected group must want to effect this outcome.[67]

IV. The Mental Element according to Article 30 of the ICC Statute

A. Underlying Basic Concepts

Before going into details, it seems advisable to emphasize some basic features which are not explicitly stated but nevertheless implicitly underlie Article 30 (in connection with Article 32 of the ICC Statute).

1. The Exclusion of 'strict liability'

Although 'strict' liability in terms of founding criminal responsibility on the fulfilment of the objective elements of the crime is not explicitly excluded, the requirement of a mental element in Article 30 of the ICC Statute makes clear that the crime must also be subjectively attributable to the perpetrator, even if the crime definitions in Articles 6 to 8 do not explicitly require a certain state of mind. In this respect, Article 30 in requiring the commission of a crime 'with intent and knowledge' functions as a general and supplementary rule for criminal responsibility according to the Rome Statute. What is more, this is not only

---

6 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (1998) 420. As with the various interpretations of 'intent' in Art. 6 ICC Statute, cf. *Piragoff*, in Triffterer, supra note 47, margin No. 23.

63 Cf. *K. Ambos*, 'Art. 25, in Triffterer, supra note 4, margin Nos. 22 f.

64 As for instance in Italy, see *L. Picotti*, Il dolo specifico (1993) with many comparative references.

65 Cf. infra, IV. Band IV.1.

66 Cf. Ch. 20 above, IV.E.2.

67 Cf. *W. A. Schabas*, 'Art. 6', in Triffterer, supra note 4, Art. 6, margin No 4.

true for the perpetration of the crimes of Articles 6 to 8 oldie ICC Statute, but applies also to the various forms of perpetration and participation of Article 25(3) of the ICC Statute. This is because Article 25(3), when it doesn't require a special (and then remarkably stronger) state of mind at all,[68] does not distinguish between perpetration and participation and, thus, presupposes intention and knowledge according to the general rule of Article 30 of the ICC Statute.[69]

Although a general one, this requirement is not absolute, as it is conditioned by the restriction of 'unless otherwise provided'. Thus, by leaving the door open for a multiplicity of regulations regarding the mental element, Article 30(1) of the ICC Statute could, at least in theory, allow its complete suspension. Such a return to 'strict' liability concepts, meanwhile happily relinquished in most criminal justice systems of the world, is hardly likely to happen in practice though, since the Rome Statute, rather than yield to any sort of strict liability, in the end rejected preliminary proposals for the inclusion of recklessness or mere negligence,[70] the only exception being the commander's responsibility for negligently not realizing his forces were committing a crime![71]

As a matter of course, the mental element, whatever it is required for, must not be presumed but proven in each individual case.[72] Consequently, it appears questionable whether conclusions from the objective commission of a crime to the presence of the relevant mental element can be drawn as easily as suggested by the Preparatory Commission! Elements in allowing that the 'existence of intent and knowledge can be inferred from relevant facts and circumstances'.[73] If at all, such an inference would only be feasible as a procedural device, but not in terms of a substantive substitute for intent.

2. No Full Comprehension of Guilt (in terms of 'culpability' or 'blameworthiness')

When reading of 'mental element' one could perhaps expect more than mere regulations on intent and knowledge or on the exclusion of recklessness and negligence. For if 'mental element' is understood as 'mens rea', as it appears from the equivocal usage of 'mental element' and 'mens rea' in the drafts of the Rome Statute,[74] and if the Latin phrase of 'mens rea' is translated into modern English in terms of 'guilty mind', as commonly done,[75] criminal guilt for an international crime seems to be either synonymous with intent and knowledge, and thus restricted to a purely psychological fact, or guilt may also have a

---

68 As in Art. 25(3)(c) and (d) ICC Statute.

69 In the same sense *Piragoff*, in Triffterer, supra note 47, margin Nos. 7, 10. As to certain peculiarities with regard to complicity, cf. infra, N.J.

70 Cf. Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., Vol I, p. 45, Vol. II, p. 92 (in *Bassiouni*, supra note 4, 416 and 488, respectively), Draft Statute Draft Final Act, p. 65 (in *Bassiouni*, supra note 4, 144).

71 Art. 38(a)(1) ICC Statute.

72 Cf. *A. Sereni*, 'Individual Criminal Responsibility', in F. Lattanzi (ed.), The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute (1998) 141.

73 Preparatory Commission Elements, General Introduction, p. 5, para. (3); cf. also *K. Ambos*, 'Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague', in McDonald and Swaak-Goldman, supra note 10, Vol. I, p 24 to the Tale case.

74 Cf. in particular Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., Vol. I, p. 18, 27, Draft Statute and Draft Final Act, p. 65 (both documents in *Bassiouni*, supra note 4,144 and 377, 382, respectively).

75 See *Lord Hailsham's* translation, supranote 2.

broader meaning by requiring, beyond mere intention and knowledge, some sort of normative culpability or blameworthiness which may be lacking even if the perpetrator, as in the case of mental disease or duress (Article 31(1) (a) and (c) of the ICC Statute), is aware that he is killing a human being and does it nevertheless. This broader concept is represented in several recently reformed penal codes, such as those of Austria and Germany, which expressly speak of 'Schuld' (guilt) in terms of culpability or blameworthiness as distinct from intent and negligence,[76] and thus, in fact, recognize normative elements such as blameworthiness as well as psychological mental elements such as intention and negligence, and both together under the common umbrella of subjective elements. Contrary to this, the Rome Statute appears to adhere to a narrower psychological concept of the mental element (intent and knowledge according to Article 30 of the ICC Statute) while the defendant's incapacity to appreciate the unlawfulness of the conduct or his acting under duress are described less specifically as 'grounds for excluding criminal responsibility' (Article 31 of the ICC Statute). This more psychological approach rather than a normative reproach may also explain why mistake of law shall exclude criminal responsibility only if it negates the 'mental element' (Article 32(2) of the ICC Statute), whereas in the case of the perpetrator's ignorance of the prohibition German law, better reflecting reality and leaving the mental intention of the act untouched, would merely deny his 'Schuld' (in terms of blameworthiness), provided that his mistake of law was unavoidable.[77] Therefore the Rome Statute can hardly be accredited a full comprehension of blameworthiness, as occasionally assumed.[78] In the Rome Statute's favour, however, it must be conceded that quite a few national penal codes barely older than the Rome Statute, such as those of France and Spain, neither speak specifically of 'mental element' nor distinguish the lack of blameworthiness from other grounds for excluding responsibility.[79] Nevertheless, the criminal law doctrines of these countries did not prevent them from developing normative concepts in terms of the French 'élément moral' or the Spanish personal 'culpabilidad'.[80] There is no reason why a similar development of a more comprehensive concept of the mental elements and blameworthiness should not be possible on the basis of the Rome Statute as well.

B. Intention, Intent and/or Knowledge: Relations in Need of Clarification

At first glance, Article 30 of the ICC Statute appears quite clear when, first, requiring 'intent and knowledge' with regard to the material elements of the crime (paragraph 1) and, second, by defining 'intent' (paragraph 2) and 'knowledge' (paragraph 3). On closer inspection, however, it appears puzzling that the elements of intent and knowledge, although through the use of the word 'and' they are required together conjunctively (paragraph 1), they are not equally related to the same points of reference: whereas 'intent' is related to conduct (paragraph 2(a)) and its consequences (paragraph 2(b)) and in the latter case even reduced to mere awareness of the consequences, 'knowledge' is related to the existence of

---

76 Cf. § 4 Austrian Strafgesetzbuch and §§ 16, 17, 20, 35 German Strafgesetzbuch.

77 § 17 German Strafgesetzbuch.

78 As, for instance, by *Piragoff*, in Triffterer, supra note 47, margin Nos. 1 1., 18, when obviously understanding the mental element in terms of 'moral culpability'.

79 Cf. Art. 122-1 to 122-8 French Code penal and Arts. 5,14,19, 20 Spanish Código Penal.

80 Cf. to the French law *G. Stefani, G. Levasseur* and *B. Bouloc*, Droit pénal général (16th edn., 1997), margin No. 253, and to the Spanish law *S. Mir Puig*, Derecho Penal (5th edn., 1998) 535 ff. From a comparative perspective, see also *J. Vogel*, 1998 Goltdammer's Archiv für Strafrecht, p.133f.

certain circumstances or consequences occurring in the ordinary course of events (paragraph 3). The uncertainty is increased when you realize that prior to the February 1997 session of the Preparatory Committee there had been some debate as to whether the two terms in question should be disjunctive using the word 'or' rather than conjunctive as in the final draft.[81] However, if the conjunctive version was chosen on the theory that one cannot act 'intentionally' without having the 'knowledge of the relevant surrounding circumstances',[82] it would not have been necessary to mention knowledge as an element of its own at all as an inherent precondition of intent. At any rate, the conjunctive version is at least better than a disjunctive one would have been as the latter might promote the misinterpretation that an international crime may be punishable either for mere proof of the perpetrator's intention to act (without necessarily knowing all relevant circumstances) or for the perpetrator's mere awareness of the circumstances and consequences of a crime (without necessarily intending for them to occur).[83]

In order to ease the apparent frictions in the structure and wording of Article 30 of the ICC Statute, both an analytical and a linguistic clarification might be helpful. From the psychological-analytical point of view, the mental element is determined by (the presence or absence of) cognitive and volitional components both of which can vary in different degrees.[84] Only to name five gradations of the mental element most common in national criminal codes and textbooks, its strongest type is characterized by the perpetrator's full knowledge of all material elements of the crime and by his purposeful will to bring about the prohibited result; in this so-called dolus directus in the first degree the volitional element is certainly predominant, as for instance in the case of genocide where the perpetrator plans on killing as many members of the protected ethnic group as possible. This final will to kill is less strong in terms of a dolus directus in the second degree when, as in the case of a war crime, the perpetrator aims at destroying a certain building, while not wishing, however certainly knowing that he cannot reach his military aim without inevitably killing innocent civilians. The volitional element becomes even less strong and, thus, the cognitive element gains more weight, in the case of so-called dolus eventualis, where in the aforementioned example of a war crime the perpetrator does not wish to kill civilians, but in being aware of this danger is prepared to approve of it if it should happen. Although coming very close to this last gradation, a further one can vary insofar as the perpetrator is aware of the dangerousness of his bombing a building, but is not prepared to hit innocent civilians as well and therefore acts solely due to his relying on the absence of civilians at

---

81 Cf. Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., Vol. II, p. 92, and Decisions Taken by the Preparatory Committee at its New York Session February 1997 (A/AC.249/ 1997/L.5 (1997) 382 (in *Bassiouni*, supra note 4, 488 and 382, respectively).

82 As the decision of the Preparatory Commission is explained by *Piragoff* (in Triffterer, supra note 47, margin No. 10). He can be hardly followed, however, insofar as he declares the concepts of `intent´ and (as its prerequisite) `knowledge´ as incorporated in the civil law term `dolus directus´ (ibid., margin No. 19); at least in German doctrine `dolus eventualis´ as well is characterized by both volitional and cognitive components, as described hereafter. Cf. also the criticism by *Wise*, in Sadat, Wexler and Bassiouni, supra note 54, 51 f.

83 To be sure, however, there exists quite a strong doctrine which would mainly, if not even exclusively, base the responsibility for an intentional crime on the perpetrator's awareness of all material elements of the crime and his notwithstanding performing it; cf. in particular, *W. Frisch*, Vorsatz und Risiko (1983) esp. pp 94 ff., 255 ff., 494 ff; for criticism of this position, see *A. Eser* and *B. Burkhardt*, Strafrecht Vol. I, (4th edn., 1992) p. 77 ff., 84 ff.

84 For more details to this and the following, cf. *Eser* and *Burkhardt*, ibid., Vol. I, p. 73 ff., 84 ff. with further references.

the scene; within this spectrum of 'recklessness' or 'conscious negligence', as named in certain jurisdictions, the cognitive element is still present while the volitional element is lacking. One step further takes us to so-called 'unconscious negligence, where even the cognitive element is no longer actually present, but is merely hypothetical in that the perpetrator should and could have known of the presence of circumstances and the occurrence of consequences constituting a crime by his conduct.

When in describing these various gradations of the mental element the terms 'intent', 'intention' and 'intentionally' did not appear, this was done on purpose as these terms are burdened with various meanings and their broader and narrower senses may be easily mixed up. This terminological problem seems to be an English phenomenon. Whereas other legal languages, such as Italian and German, can easily comprise the three aforementioned forms of dolus as 'dolo' or 'Vorsatz', thereby possessing special expressions for their cognitive and volitional elements in terms of 'coscienza e volontà' or 'Wissen and Wollen',[85] in English legal terminology a similar distinction between 'dolus' as distinct from other mental elements (such as recklessness and negligence) and their cognitive and volitional components seems not to exist; therefore, the term 'intentional' appears at times in the broader sense of 'dolus' and in other contexts in the narrower sense of volitional (as distinct from cognitive). Despite the fact that 'intention' and 'purpose' are commonly used synonymously,[86] however, if it is true that 'intention' is the general word, while 'intent' is directed at a certain result and 'purpose' expressing a certain determination,[87] 'intention' could stand for dolus, whereas 'intent' could express its volitional component.[88]

In view of these facts the mental element in Article 30 of the Rome Statute may be construed in the following way.

First, instead of 'mental element', Article 30 should bear the heading, or at least be understood, in terms of 'intention', the reason being that the present title gives the impression of comprising all mental requirements while, in fact, Article 30 only deals with intention (in the aforementioned broader sense), whereas other equally mental phenomena, such as mistake of fact or law as well as the commander's responsibility for negligent failure to pre-

---

85 Cf. to Art. 42 of the Italian Codice Penale *C. Fiandaca* and *E. Musco*, Diritto Penale, Parte Generale (3rd ea., 1999) 305 ff. and to § 15 German Strafgesetzbuch, *P. Cramer* and *D. Sternberg-Lieben*, in A. Schönke and H. Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar (26th edn., 2001) § 15, margin Nos. 9 f.

86 An observation which had induced the Canadian drafters of a new Penal Code to substitute 'intent', because of the difficulties surrounding this term, entirely by 'purpose' (in Law Reform Commission of Canada, recodifying criminal law, 1987, p. 22).

87 Cf. The Random House College Dictionary as to intention. As to the still varying use of these terms and concepts in English legal terminology, see *G. P Fletcher*, Rethinking Criminal Law (1978) 396 ff.; *Smith* and *Hogan*, supra note 2, 54 ff.

88 As a matter of fact, this terminology seems also reflected in Art. H Proposal 3 of the Preparatory Committee which in providing that 'there cannot be a crime without the intention to commit it' (Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., p. 92 f., in *Bassiouni*, supra note 4, 488), obviously understood 'intention' in the broader sense of *Bolus* (as distinct from mere recklessness or negligence) whereas Proposal 1 in requiring 'intent [or] [and] knowledge' means 'intent' in the narrower sense of volitional (as distinct from cognitive). Yet, a completely different position was taken by Proposal 2 which wanted to exclude punishability only 'if a person is not aware of the facts constituting an offence', thus apparently getting completely rid of the volitional element.

vent his forces from committing a crime, are dealt with elsewhere (in Articles 32 and 28(a)(i), respectively).

Second, paragraph 1 of Article 30, in requiring 'intent and knowledge' (unless otherwise provided) expresses the principal composition of 'intention' by both volitional and cognitive components. By expressly naming both, is it made clear that each of them may have its own significance as, for instance, in the case of Article 7(1) of the ICC Statute where the crime of murder, extermination etc. must be committed with both intent and knowledge, whereas with regard to the widespread or systematic attack the crime is part of 'knowledge' alone suffices.[89]

Third, paragraph 1 of Article 30 having left open what is to be understood by 'intent' and 'knowledge', definitions are given in paragraphs 2 and 3. Although paragraph 1 relates intent as well as knowledge without any differentiation to the 'material elements' of the crime, the reference points of intent and knowledge are, in fact, different as evidenced by the distinctive mental requirements with regard to conduct, consequences, and circumstances in paragraphs 2 and 3.

Fourth, whatever else the material elements may be,[90] according to paragraph 2, the reference points of intent are only the conduct and the consequence(s) thereof.

But even between these two material elements a remarkable difference must be mentioned: whereas the relation to conduct must be truly volitional (sub-paragraph (a)), the relation to a consequence (of the conduct) need not in any case be volitional as according to sub-paragraph (b), rather it suffices that the perpetrator is 'aware' that the consequence will occur in the ordinary course of events – thus, even within the intent requirement a clear degradation from volition to mere cognition is to be noticed.[91]

Fifth, in relating knowledge primarily to circumstances and to consequences, though the latter only insofar as they occur in the ordinary course of events, paragraph 3 is correct in assuming that circumstances can normally only be known of but not be intended. This is not exclusively so, however, as in certain cases the perpetrator can very well wish to have a certain circumstance present, as for instance, if he intends to kill not just any human being but rather a member of an ethnical group (in terms of Article 6 of the ICC Statute); this circumstance is, thus, not only an object of knowledge (according to paragraph 3 of Article 30) but of intent as well (paragraph 2). An even plainer inconsistency between paragraphs 2 and 3 concerns 'consequences occurring in the ordinary course of events' of which the perpetrator may have 'knowledge' (according to paragraph 3) as well as be 'aware' under the mantle of 'intent' (according to paragraph 2 (b)).

After all, although Article 30 on the 'mental element' can certainly not be called a masterpiece of legal architecture, it provides sufficient building blocks for a meaningful construc-

---

89 For more details, see *H. Von Hebel* and *D. Robinson*, 'Crimes within the Jurisdiction of the Court', in R S. Lee (ed.), The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute (1999) 79-126 (98). Another example of different requirements with regard to the volitional and cognitive element can be found in Art. 8(2)(b)(iv) ICC Statute.

90 For more details, see hereafter at IV.C.

91 As to whether the volitional requirement for conduct is nothing more than the basic voluntariness of the act or as to how far the cognitive alternative with regard to the consequences is a gangway to mere dolus eventualis or even to a basically cognitive notion of intention, has to be dealt with later; see infra, IV.D.2.

tion of 'intention' (as distinct from other states of mind which have not been explicitly regulated), the details of which are still to be considered.

C. The Object of Intention: The 'material elements'

It seems worth mentioning that the 'material elements' as the object of intention came into Article 30(1) of the ICC Statute at the very last moment, another sign of uncertainty about how to define the mental element. While the earlier drafts had continuously spoken of 'physical elements'[92] and the late change to 'material elements' may appear as nothing more than a matter of synonymy,[93] there is at least a difference between the two terms insofar as 'physical' would certainly be narrower in connoting some sort of corporeal or at least external objects (such as bodily harm or destruction of property) whereas 'material' is open enough to comprise psychological injuries (as breaking the victim's will) or even legal detriments (as discrimination by apartheid or deprivation of a prisoner of war of a fair trial). On the other hand, however, 'material' element might even be understood as open enough to comprise any element connected 'with (i) the harm or evil, incident to conduct, sought to be prevented by the law defining the offense, or (ii) the existence of a justification or excuse for such conduct'. In these terms, as they can be found in the definition of 'material element of an offense' in the American Model Penal Code (Section 1.13 (10)), the intention of the perpetrator would have to comprise not only all positive definitional elements of the crime but the absence of justifications or other exclusions of criminal responsibility as well. Thus, provided that 'material' is understood in terms of 'substantive' as distinct from procedural elements, the only exceptions not to be covered by the intention would be matters of a procedural nature, such as the jurisdiction of the Court or the statute of limitations.[94] This broad notion of material elements, as it is represented in the German literature by a minority of scholars,[95] certainly has its merits if one is confronted with a mistake as to a ground of justification; for if the intention must comprehend both the presence of all positive elements of the crime (i.e. the act, its consequences, and attending circumstances) and the absence of facts which might negate the crime (as by a justification), the perpetrator's mistaken belief of being in a situation of self-defence would exclude his intention and, thus, his criminal responsibility. In this way, as will be seen later, one could indeed quite easily treat the mistaken assumption of a justification, as in the case of putative self-defence; for if the intention also had to comprise the absence of justifying facts, the erroneous assumption of those would 'negate the mental element' according to Article 32(2) sentence (2) of the ICC Statute.[96]

Yet, it is very questionable whether this route can in fact be taken. Even if the aforementioned broad notion of 'material elements' in the Model Penal Code is a strong argument in this direction, the American Law Institute itself does not adhere to it consistently, as it later on defines the 'material element' of offences as 'those characteristics (conduct, circum-

---

92 Cf. Art. H Proposal 1 (1) in Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., p. 92 (in *Bassiouni*, supra note 4, 488) up to Art. 29(1) in Draft Statute and Draft Final Act, p 65 (in Bassiouni, ibid., 144).

93 As obviously assumed by *Piragoff*, in Triffterer, supra note 47, margin No. 8, when speaking of 'physical or material elements'.

94 As, indeed, accepted in the aforementioned MPC formula as well.

95 In particular by the so-called 'Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen'; cf. the survey (with criticism) by *H.-H Jescheck* and *T. Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (5th edn., 1997) 248 ff.

96 Cf. infra, V C.1(c), D(d), E(a).

stances, result) of the actor's behaviour that, when combined with the appropriate level of culpability, will constitute the offense'.[97] As culpability is thereby only mentioned as an additional (albeit necessary) component of responsibility, the 'material elements' constituting the offence are conduct, circumstances, and result (in terms of consequences) and, thus, exactly the same three objects of intent and knowledge according to Article 30(2) and (3) of the ICC Statute. So, when certain drafters of the Rome Statute considered 'material' to be interchangeable with 'physical', they apparently had the traditional actus reus in mind, as it also obviously underlay the definition of the 'material element' in Article IV(2) of the Draft International Criminal Code.[98] This narrower notion of 'material element' also corresponds to the 'élément matériel' in the French translation of the Rome Statute, as the classical French doctrine would comprehend this element as 'manifestation extérieure de la volonté délictueuse' (in terms of a prohibited result, such as aggression towards a human person and injuries in the case of homicide or, in the case of theft, the taking away of another's property),[99] as distinct from the 'élément légal' comprising the unlawfulness and the absence of justification.[100] It thus comes as no surprise that the German translation of Article 30(1) of the ICC Statute (drawn up by the Federal Government) speaks of 'objektive Tatbestandsmerkmale' in terms of comprising the positive definitional elements of the crime while not covering negative grounds for excluding responsibility.[101]

Continuing in this vein, precluding elements of (constituting or negating) unlawfulness from the concept of the 'material elements' and thus from being objects of intention, limits intention to the material elements and leads to the disregard of the prohibition as such and, consequently, to the irrelevance of the perpetrator's consciousness of unlawfulness (which, meanwhile by many jurisdictions is deemed a necessary requirement of culpability). This logic could provide another explanation why the common law tradition with its narrow restriction of intent to the 'material' (in terms of physical-factual) elements of the crime definition has such difficulties in incorporating mistake of law into comprehensive concept of an unlawful and culpable act.[102]

D. Reference Points of 'intent': Conduct – Consequences

1. The Distinction between Conduct, Consequences, and Circumstances

From a non-common law point of view, it may be surprising that the objects of intention are explicitly split between conduct and circumstances as reference points of intent (para-

---

97 Model Penal Code § 2.02, Comment (1), note 1, p. 229.

98 *Supra* at note 33.

99 *R. Merle* and *A. Vitu*, Traité de Droit Criminal (7th edn., 1997) 604 ff.

100 Cf. *Merle* and *Vitu*, ibid., 506 f; see also *Vogel*, supra note 80,132.

101 In the same sense comparing English and German law, see *J. Watzek*, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht: eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive (1997) 39 f.

102 This restricting of intent and knowledge to the positive material elements of the crime, as Art. 30(1) ICC Statute was prepared to accept, would in the end also stand in the way of the so-called 'theory of intention' (as distinct from the 'theory of culpability'), according to which the consciousness of unlawfulness is part of intention (rather than an additional element of culpability); cf. *Fletcher*, supra note 87, 736 ff. For details to this competing Vorsatztheorie and Schuldtheorie, discussed in other countries such as Spain as well in terms of 'teoria del dolo' and teoria de la culpabilidad', cf. *Jescheck* and *Weigend*, supra note 95, 452 f. and *Mir Puig*, supra note 80, 561 if respectively, both with further references. As to the general structure of the crime, cf. the scheme by *Eser*, in Eser and Fletcher, supra note 3, Vol. I, p. 61 ff.

graph 2 of Article 30 of the ICC Statute) and consequences and circumstances as reference points of knowledge (paragraph 3).[103] Although certainly analytically possible and indeed relevant in other contexts (such as causation and aggravating or mitigating circumstances), these distinctions seem to be of little significance, as the intention must comprise all definitional elements of the crime anyway.

At a closer look, however the distinction between the conduct and its consequences (including physical effects and any other detrimental results), as it is familiar to common law doctrine and legislative drafting,[104] can at least sharpen one's eye for more or less apparent differences in the character of crimes and possibly different conclusions with regard to the requisite mental state. This holds true particularly for the distinction between 'conduct-crime' and 'result-crime', as the 'classical' German distinction between 'Tätigkeitsdelikte' and 'Erfolgsdelikte'[105] may be best described.[106] Both categories are to be found in the Rome Statute's catalogue of crimes as well: whereas most international crimes require a certain result to be caused by the forbidden conduct, such as the killing of members of the protected group in the case of genocide,[107] quite a few crime definitions merely proscribe a certain activity, such as the declaration that no quarter will be given[108] or the simple employment of poison without necessarily injuring a particular person.[109]

Different again are two other types of provisions. One is characterized by merely proscribing a certain result without specifying the action bringing it about, as in the case of 'causing serious bodily or mental harm to members of the group'.[110] The other type is composed of both a specific action and a special result, as in the case of 'other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering'.[111]

Differences such as those found in the various crime definitions may entail different requirements regarding states of mind. This point, however, is less a matter of the general requirements of intent than of the construction of the individual crimes.

2. Intent in Relation to 'conduct'

According to Article 30(2)(a) of the ICC Statute, in order to have intent in relation to conduct the person must 'mean to engage in the conduct'. This formulation, perhaps meaningless to some rather cryptic to others, needs clarification in two respects.

---

103 Cf. Supra IV.B.

104 As a now `classical' example, see Art. 2 § 2.02 Model Penal Code, p. 255 f; this same distinction can be found in § 2 (4) of the Canadian Draft Bill, supra note 86, 21 f.

105 Cf. *Jescheck* and *Weigend*, supra note 95, 260 ff.; in the same way the Spanish doctrine distinguishes between `delsto de mera actividad' and `delsto de resultado'; cf. *Mir Puig*, supra note 80, 200 ff. Although with different terminology, in substance the same distinction seems to underlie the French differentiation between `infraction formelle' and `infraction matérielle'; cf. *F. Desportes* and *F. Le Gunehec*, Droit pénal (1999) 361, at 377 ff.

106 Cf. *G. Williams*, Criminal Law (1983) 78; *Smith* and *Hogan*, supra note 2, 29 f.; *P. Alldridge*, `The Doctrine of Innocent Agency', 2 Criminal Law Forum (1990) 45-83 (54 f.).

107 Art. 6(a) ICC Statute.

108 Art. 8(2)(b) (xii) and (d)(x) ICC Statute. Another example might be `conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces' (Art. 8(2)(b)(xxvi) ICC Statute whereas the other alternative of this provision as to `using [the children] to participate actively in hostilities' would constitute a result crime.

109 Art. 8(2)(b)(xvii) ICC Statute. For further examples, see Art. 8(2)(b)(xvii xx) ICC Statute.

110 Art. 6(b) ICC Statute.

111 Art. 7(1)(k) ICC Statute.

First, speaking of 'conduct' seems to 'constitute either an act or an omission, or a combination thereof', as proposed in the 1997 Session of the Preparatory Committee[112] and finally submitted to the Rome Conference.[113] As the Conference was not able to reach agreement on the circumstances in which a person could be held criminally responsible for an omission, the aforementioned definition of conduct was deleted with the understanding that the question of when omissions might constitute or be equivalent to (positive) conduct should be resolved by the Court.[114] Thus, the term conduct in this article on the mental element seems to be a forgotten remnant which would have to be understood as a positive act which is to be intended by the perpetrator. With this interpretation, however, any cases of omission would not be covered by Article 30 but would rather need special regulation according to the opening words of paragraph 1 ('unless otherwise provided').[115] Yet, this interpretation is neither cogent nor recommendable since the Rome Statute does indeed contain instances of responsibility for omissions, as in the case of 'intentionally using starvation of civilians as a method of warfare'[116] or of a commander 'failing to take all necessary and reasonable measures' to prevent his subordinates from committing a crime.[117] Even if in the first instance intent is required explicitly, its content has to be determined according to Article 30(2)(a) of the ICC Statute in that, in the case of omitting duties, the perpetrator must 'mean to engage in the omission'.

Secondly, with regard to 'means to engage' in the conduct, one may wonder whether this phrase is nothing else than the requirement of a voluntary act (or omission) as is essential for a human act anyway or whether it is to require some 'knowledge' of certain circumstances[118] or whether it must be understood in terms of requiring a certain purpose, and, thus, restricting intent to 'dolus directus'.[119] In remembering the apparent uncertainty among the drafters of how to define the mental element, it seems very doubtful whether they consciously pursued such far-reaching consequences as that of the latter interpretation with such vague words as 'meaning to engage'. In addition, if this phrase was to require a certain purpose or even the causation of a prohibited result, it would not only be difficult to comprehend mere 'conduct crimes', (which by definition require neither a certain result[120] nor that it was aimed at), but even more the next provision on intent in relation to a consequence (paragraph 2 (b)) would be superfluous if the person's 'meaning to engage in the conduct' already encompassed any of its consequences or circumstances. Therefore, though it may appear as a matter of course, 'meaning to engage in the conduct' does not mean more than the perpetrator's will to act at all in voluntarily doing or omitting the physical

---

112 An. G: Actus reus (act and/or omission) (1) in Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session held in New York 11-21 February 2000, A/AC.249/1997/L.5 (1997) 26 (in *Bassiouni*, supra note 4, 382).

113 Art. 28(1) of the Draft Statute and Draft Final Act p. 64 (in *Bassiouni*, supra note 4, 144); as to the inclusion of omission finally not recognized by the ICC Statute as general base of criminal responsibility (Ch. 20 above, at VII), cf. *P. Saland*, 'International Criminal Law Principles', in Lee, supra note 89, 205.

114 Cf. *Piragoff*, in Triffterer, supra note 47, margin No. 17.

115 As suggested by *Piragoff*, in Triffterer, ibid., margin No. 18.

116 According to Art. 8(2)(b)(xxv) ICC Statute.

117 Art. 28(a)(ii) and (b)(iii) ICC Statute.

118 As for instance suggested by *Piragoff*, in Triffterer, supra note 47, margin No. 19.

119 As speculated by *C. Kress*, 'Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts', 1 Humanitäres Völkerrecht (1999) 6 and apparently assumed by *Piragoff* (ibid.) in perhaps misinterpreting the civil law concepts of intent.

120 Cf. supra, IV.D.1.

movement (as distinct from involuntary moving or staying unmoved) and to behave in this and not in another way.[121] In this respect, Article 30(2)(a) is indeed no more than the requirement of voluntary conduct without regard to its purpose or result.[122] Another question then arises of whether and how the perpetrator must be aware of his conduct fulfilling the definitional elements of the relevant crime; this, however, concerns his knowledge to be dealt with later.[123]

3. Intent in Relation to a 'consequence'

According to Article 30(2)(b) of the ICC Statute, this relation can exist in two ways: first, in that the perpetrator 'means to cause that consequence'; or secondly, that it suffices that the perpetrator 'is aware that [the consequence] will occur in the ordinary course of events'. Whereas in the preceding subparagraph (a) on conduct little was to be learned with regard to the content and degrees of intent, this subparagraph (b) contributes more in these respects.

(a) First and foremost, it must be made clear what is meant by the 'consequences' the perpetrator must mean to cause or at least to be aware of. Although this provision is primarily designed for 'result crimes' in the aforementioned sense, and thus, can be treated as referring to the prohibited result (such as the death or the pain of the victim in cases of homicide or torture and their preceding causal chains), this provision can also concern 'conduct crimes' at least insofar as the perpetrator must intend to procure the prohibited effect. So in the case of declaring to give no quarter[124] this declaration would need to be understood as such by the addressees or, in the case of the employment of poisoned weapons, the perpetrator must intend the poison to be exposed in such a way that it can become effective on humans.[125] Therefore, in transgressing the borderline between result and conduct crimes, 'consequences' must be understood in the broad sense of all definitional effects which may ensue from the prohibited conduct.

(b) The next question is that of the degree to which the intent must, more or less purposefully or perhaps merely 'eventually', be orientated towards the relevant consequence. In remembering the main gradations by which the volitional element of intention maybe analysed,[126] three types of 'dolus' must be examined with regard to sub-paragraph (b).

First, in so far as according to alternative (1) of Article 30(2) (b) of the ICC Statues the perpetrator must 'mean to cause' the consequence, the Rome Statute is obviously thinking of doles directus in the first degree, where the perpetrator is directly aiming at procuring the prohibited result or any other definitional effect, for instance, where he wishes to kill many members of an ethnical group with the intent to destroy it at least in part according to Article 6(a) of the ICC Statute. In this example, the perpetrator would act on purpose both

---

121 The same seems to be meant in the German translation that 'die betreffende Person im Hinblick auf ein Verhalten dieses Verhalten setzen will'.

122 To this extent, para. 2(a) could indeed correspond to the French 'dol général', as probably assumed by *Elliott*, supra III.C at note 59, whereas subparagraph (b) would correspond to the 'dol special'.

123 Infra, IV.E.

124 Cf. supra at note 107.

125 Cf. supra at note 108.

126 Cf. supra IV. B.

with regard to the killing of human beings and its being part of the genocidal aim to destroy an ethnical group.[127]

Secondly, even if the perpetrator does not desire the prohibited consequence to occur, he can still have intent if, according to alternative (2) of Article 30(2)(b) of the ICC Statute, he is 'aware' that the consequence will occur in the ordinary course of events. Whatever may be meant by 'ordinary course of events',[128] with regard to the awareness thereof this clause is obviously meant to cover dolus directus in the second degree in which the volitional component of intention seems to be substituted by the cognitive component in terms of the perpetrators being aware that the action will result in the prohibited consequence (though not desired) with certainty, as in the case of bombing a building inhabited by members of a persecuted ethnical group where some of them will unavoidably be killed, with the further inevitable consequence of destroying parts of this group. If in this case the genocidal act is considered as 'intentional' although the bomb planter may not have desired to kill any people or does not personally support the ethnical cleansing intentions of his superiors, this conclusion can be supported by attributional well as evidentiary arguments: with regard to attributing consequences to the causer, it does not matter whether he was directly aiming at them or whether he, in pursuing a different goal, was prepared to let the prohibited result occur, thus using it as means to another end, as in the case where it is the military commander's first priority to destroy the building for strategic reasons while knowing with certainty that this goal could not be reached without killing innocent inhabitants. And from an evidentiary point of view, one could argue that, in acting though aware of the prohibited consequences, the perpetrator was indeed willing to accept them. This position is at least feasible so long as the perpetrator assumes that the prohibited consequences 'will' occur, as required by sub-paragraph (b).

Finally, the last mentioned requirement of the perpetrator's awareness that the prohibited consequence 'will' occur, is also crucial in marking the borderline mere dolus eventualis and other less strong forms of the mental element,[129] as in the case where the perpetrator is merely aware of the risk that the prohibited effect may result from his conduct but is not certain that it will in fact occur. Whereas the civil law tradition would still treat it as intention if the perpetrator, aware of the risk that his conduct may cause the prohibited result, is prepared to accept the result should the prohibited result in fact occur,[130] this seems not to be the position of the Rome Statute when requiring that in the perception of the perpetrator the consequences 'will' rather than merely 'may' occur. Therefore, when bombing the building, the perpetrator would be responsible for intentional killing only if he was certain that he could not reach his strategic aim without necessarily killing inhabitants of the build-

---

127 Although not specifying in terms of `first degree´, *Piragoff* seems to conceive it in the same sense when speaking of `dolus directus´ (in Triffterer, supra note 47, margin No. 21). Remarkably enough, however, *Piragoff* does not treat this alternative of `means to cause the consequence´ within para. (2) (b) here in question, but rather under the heading of `knowledge´ according to para. (3), for reasons not exposed but quite understandable as will be seen later.

128 As will be discussed in connection with the `knowledge´ thereof according to para (3), infra, IV.E 2.

129 Cf. supra, III A.

130 Although very much could be said about the critical borderlines of dolus eventualis to dolus directus, on the one side, and `recklessness´ and `negligence´, on the other, the demarcation as suggested here seems to prevail. Cf., for instance, *Jescheck* and *Weigend*, supra note 95, 297 ff; *M. Cobo Del Rosal* and *T. S. Vives Anton*, Derecho Penal (3th edn., 1990) 46 ff.; *F Mantovani*, Dirito Penale (3rd edn,1992) 330 ff. For further considerations, see infra, IV.I.

ing, but not if he either assumed that the building was empty of any people or that they could have had the chance of leaving it in time after having been warned. Thus, even if in the latter case the perpetrator would be prepared to take the risk of possibly killing people, he would not – unless otherwise provided, which is not the case thus far – act intentionally in terms of Article 30(2)(b) of the ICC Statute so long as in the perception of the perpetrator it is not certain that the casualties 'will' in fact occur.

E. 'Knowledge' with Regard to Circumstances and Consequences

1. The Role of Knowledge for the Mental Element

Basically, in combination with intent as the volitional component dealt with before, knowledge is the cognitive component of intention according to Article 30(1) of the ICC Statute.

In spite of this seemingly independent standing of knowledge as implied by its having its own definition in Article 30(3) of the ICC Statute, knowledge can in fact partially substitute intent by the perpetrator's being aware that a definitional consequence of the crime will occur in the ordinary course of events according to Article 30(2)(b) of the ICC Statute. Thus, not only is knowledge a necessary element of intention, but, as in the case of dolus directus in the second degree and even more so for dolus eventualis, it is also an auxiliary one, at least as far as the awareness of consequences according to Article 30(2)(b) of the ICC Statute is concerned.

Despite its general nature, the definition of knowledge in Article 30(3) sentence (1) of the ICC Statute claims to apply only for this article, thus leaving room for deviating definitions in other articles of the Statute, as for instance with regard to intentionally launching an attack 'in the knowledge' that such an attack will cause incidental loss of life.[131] Special definitions seem even more invited when the Statute speaks of 'deliberately' inflicting living conditions on an ethnical group 'calculated' to bring about its physical destruction in whole or in part.[132] This move towards differing interpretations outside of Article 30 need not be taken too seriously, however, since according to paragraph (3) sentence (2) 'know' and 'knowingly' shall be construed in the same way as 'knowledge' even though Article 30 does not use either of these variations at all. Thus paragraph (3) sentence (2) can only be designed for interpretations of similar terms used outside of Article 30 in the same way as 'knowledge'.

As according to Article 30(3), the object of knowledge must be 'circumstances' and 'consequences' and as in both cases knowledge is understood as 'awareness', each of these three terms needs particular attention.

2. With Regard to 'consequences'

According to the substantially identical wording in Article 30(2) (b) alternative (2) and paragraph (3) sentence (1) alternative (2) of the ICC Statute, the perpetrator must be aware that 'a consequence will occur in the ordinary course of events'. As with the intent construction in cases of dolus directus in the second degree, this cognitive requirement is de-

---

131 Cf. Art. 8(2)(b)(iy) ICC Statute.

132 Art. 6(c) ICC Statute; cf. also Art. 7(2)(b) where an almost identical crime definition speaks of 'intentional' instead of 'deliberately'.

signed primarily for result crimes, though not exclusively so; for it concerns any definitional effects the conduct may entail.[133] However, whereas with paragraph (2) (b) the emphasis is on the attribution of a consequence whose occurrence the perpetrator is anticipating in the ordinary course of events as being intended, with paragraph (3) which is considered here the focus is directed more to the cognitive question of what the perpetrator must be aware of in order to have knowledge of a consequence. In this respect, four points are particularly relevant.

The first concerns the expected occurrence of the definitional consequence as such. In this respect, the perpetrator must anticipate that his conduct will bring about the prohibited result or any other effects defined by the crime. This requires that the perpetrator, even if not necessarily anticipating the consequences of his conduct in every detail, must at least have a general proposition of the essential features of what will be procured by his conduct.

Secondly, the special reference to the 'ordinary course of events' concerns the situation where the perpetrator does not foresee with certainty that the consequence will occur in any event, for example where the intended 'extermination' by depriving the victims of access to food and medicine might not bring the calculated destruction of part of a population,[134] because the victims could get food or medical care unexpectedly by a foreign military support action from the air. Even if an 'exterminator' in these terms would not exclude sudden extraordinary foreign action impairing his intentions, he would still be held aware of the definitional consequence as long as he assumes that in the 'ordinary course of events', as would be the case without an 'extraordinary' foreign intervention, the victims will die due to lack of food or medicine. The same applies to simpler cases such as that of setting a fire which, if nothing surprising intervenes, will lead to the explosion of a building with then unavoidable casualties among the inhabitants.

Third, although it seems to come very close to the last configuration, as it also has to do with the course of events, another question concerns the awareness of causation as the link between the conduct and its consequence. As with the anticipation of the definitional consequence as such, so the causal chain need not be foreseen in all details but only in its essential course. Accordingly deviations in the actual path of causation from the one imagined are irrelevant as long as they remain within the boundaries of what may be foreseen according to general experiences of life. This would be the case if, instead of being killed immediately by the shot, the victim is merely wounded person but dies in the end from an infection due to not having been treated in a medically correct manner. If instead of maltreatment, however, the wounded person died from a foreign bombing while staying in the hospital, the boundaries of general life experience may be transgressed and, thus, the death is no longer attributable as intentional.

A further question concerns whether this distinction between essential and inessential deviations of the actual from the imagined cause may also be applied to the situation of a so-called aberratio ictus by which a victim other than the intended one is hit, as in the case where the perpetrator wants to kill A but for some reasons he fails and instead hits B. As this situation is hardly explicitly regulated anywhere, quite a few doctrines have developed which, (ignoring differences in detail and reasoning), can be summarized in two main ways. According to the one, it does not matter whether the perpetrator hit this or that object, so long as they are of the same kind and equal in value, as is the case with human

133 For more details to this aspect, cf. supra, IV D.1

134 According to Art 7(1)(6)(2)(6) ICC Statute

beings. Consequently, the aberratio ictus would not discharge the perpetrator from having killed intentionally. According to the other view giving more weight to the concretization of the intent to a specific victim, the perpetrator could not be held liable for completed intentional killing but rather for attempted killing with regard to the intended victim and for negligent manslaughter with regard to the victim actually killed.[135] Whereas the latter position does not pose great problems for national laws which penalize negligent killing as well, the Rome Statute, when taking this route, as excluding responsibility for negligence, could punish only for attempted killing. This undesirable consequence might be a reason for opting in favour of the first position by disregarding the aberratio ictus with regard to equal objects and, thus, to hold the perpetrator responsible for an intentional crime. Which route is to be taken, is finally up to the Court.

At any rate, however, aberrations are irrelevant if the perpetrator is indifferent to the consequences his conduct may ensue. If the perpetrator shoots into a crowd without aiming at a specific victim, it does not matter if he hits this or that per son. The same is true with regard to a so-called error in persona to be dealt with in connection with other errors.[136]

3. With Regard to 'circumstances'

According to Article 30(3) of the ICC Statute, the perpetrator must be aware that 'a circumstance exists'. This needs clarification in two ways.

Although circumstance could be understood as comprising all definitional elements of the crime with the exception of the perpetrator and his conduct, two reservations must be made: on the one hand, with regard to the consequences of the conduct because they are dealt with separately in an alternative version of paragraph (3),[137] therefore, even if consequences may generally be considered circumstances as well, in the Rome Statute they are treated as a special type. On the other hand, the perpetrator can himself be characterized by special circumstances in terms of possessing a definitionally required qualification, such as his being a military commander or superior.[138] Similarly, the conduct may require certain qualities or means, as for instance by the use of 'force' in the transference of children from one ethnical group to another or in the disappearance of persons.[139] This means that, with the exception of separately regulated consequences, circumstances can be any objective or subjective facts, qualities, or motives with regard to the subject of the crime (such as the perpetrator and any accomplices), the object of the crime (such as the victim or other impaired interests) or any other modalities of the crime (such as means or time and place of commission). Thereby it does not matter either whether these circumstances are required for constituting the crime as such or whether they are – though the Rome Statute, unlike most national codes, has not provided for this so far – merely of an aggravating or mitigating nature.

With regard to the required awareness that a circumstance exists, the wording is one-sided in its solely thinking of the presence of positive constituents of the crime (such as the victim's belonging to an ethnical group or the use of certain means) while the knowledge of

---

135 For more details, see *Jescheck* and *Weigend*, supra note 95, 313 f.; *Mir Puig*, supra note 80, 260 ff.; *Smith* and *Hogan*, supra note 2, 73; cf. also the explicit Italian legislation of Art. 82 of the Codice Penale and *Mantovani*, supra note 130, 383 ff.

136 Cf. infra, V.C.1(a).

137 Cf. supra, IV.E.2.

138 Cf. Art. 28 ICC Statute.

139 Cf. Art. 6(e) and Art. 7(1) (i) ICC Statute, respectively.

the absence of circumstances which would negate the crime (such as for instance grounds permitting deportation or necessities of war justifying the destruction or seizure of the enemy's property[140]) seem to have been forgotten. As it is indeed difficult to define knowledge in a way that it comprises both the presence of positive circumstances and the absence of negative circumstances of the crime, national codes, such as those of Germany and Poland, are more cautious, avoiding the reference to the 'existence' of a circumstance, they merely require the knowledge of the circumstances which are part of the crime definition,[141] and thereby leave it open whether these circumstances are of a positive or negative nature. Nevertheless, the provision in question here can be construed in such a way as is favourable to the perpetrator and, thus, in accordance with Article 22(2) sentence (2) of the ICC Statute. Consequently, in order to have knowledge in terms of Article 30(3), the perpetrator must be aware of both the presence of the constituting circumstances and the absence of excluding circumstances of the crime.

4. With Regard to Aggravating or Mitigating Consequences or Circumstances

Although not explicitly mentioned in Article 30 of the ICC Statute, there can be no doubt that consequences or circumstances which merely aggravate (or, reversed, mitigate) the gravity of the crime or the blameworthiness of the perpetrator must be comprised by his intent and knowledge in the same way as the elements constitute the crime. It is along this line of reasoning that, with regard to the war crime of employing prohibited bullets,[142] the Preparatory Committee's Elements require the perpetrator's awareness of the bullets uselessly aggravating the suffering or the wounding effect.[143] Although the ICC Statute, unlike most national penal codes, does not provide special sanctions for aggravating or mitigating circumstances, these can be taken into consideration in determining the sentence according to Article 78(1).

F. Requisites of 'awareness'

After having dealt thus far only with the object of the perpetrator's knowledge, namely as to what the perpetrator must be aware of in order to have intent or knowledge with regard to consequences or circumstances according to Article 30(2)(b) and (3) of the ICC Statute, the question remains as to whether awareness is nothing more than the knowledge of a certain fact or whether it may also require some sort of a normative knowledge and/or value judgement. The answer cannot be given unequivocally in one or the other direction as, to a certain degree, it depends on the nature of the definitional elements of the crime concerned, particularly with regard to the distinction between so-called descriptive and normative elements.

1. Factual Knowledge

Insofar as the definitional element of a crime is perceivable by means of the human senses, such as sight, hearing, smell, taste, or touch, the necessity and possibility of the perpetrator being aware of it is most likely agreed upon universally. With regard to 'descriptive' elements of this sort, such as attacks on 'vehicles', 'towns', or 'villages',[144] the perpetrator

---

140 Cf. Art. 7(2)(d) and Art. 8(2)(b)(xii) and (e)(xii) ICC Statute; for further examples, see Art. 8(2)(b)(v) and (viii) ICC Statute.

141 Cf. § 16 (1) German Strafgesetzbuch and Art. 28 Polish Kodeks karny.

142 Art. 8(2)(b)(xix) ICC Statute.

143 Preparatory Commission Elements, p. 33.

144 As in Art. 8(2)(b)(iii) and (v) ICC Statute.

must obviously know that the object he is attacking is not an unmovable construction but a movable 'vehicle' or that distant appearances are not mere images but buildings of a 'village' as well as a body which is being shot at is not a corpse but a still living human being. If the perpetrator lacks this factual knowledge, his mental element, as required by Article 30, is negated by mistake of fact excluding criminal responsibility according to Article 32(1) of the ICC Statute.[145]

Although descriptive elements tend to be seen as being the same as objective dements, this identification with external objects is not entirely correct as internal elements can be of a descriptive nature as well as, for instance, in the case of forced pregnancy, the aider and abettor must be aware of the perpetrator's intent of ethnical cleansing.[146] In a similar way, the terms of 'utilizing' the presence of a civilian in order to fend off hostile military operations or of 'using' starvation of civilians as a method of warfare,[147] cannot be explained without regard to the subjective motivation of the perpetrator, a fact the perpetrator himself as any participant must be aware of.

2. Normative Evaluation

At a closer look, however, mere factual knowledge does not suffice in all, or even most cases. This is due to the psychological experience that the perception of a fact by the human senses must be transformed into a conceptual picture in order to be perceived as a definitional element of the crime. Although this may be realized regularly almost automatically and thus quickly, even in the simple case of attacking a 'vehicle' the perpetrator must not only see that the object of the attack is a construction with wheels, he must also perceive it as a 'vehicle' in terms of the crime definition concerned. Even this simple step, however, requires a conclusion which, beyond the sensual perception of facts, presupposes a (more or less) conscious or automatic judgement and, thus, implies some sort of normative evaluation. If more attention were paid to this psychological phenomenon, quite a bit of the dispute about whether mens rea is satisfied with mere factual knowledge or whether it requires some sort of value judgement as well (and, if so, whether the borderline runs between 'descriptive' and 'normative elements' or rather between elements of criminal and extra-criminal law[148]) would lose significance as mere gradual rather than categorial issues. Nevertheless, it remains true that a material element of the crime, the more normative it is in nature, the more it requires some evaluation by the perpetrator for his being aware of it in terms of Article 30(3) of the ICC Statute.

This question of normative awareness is obvious in cases in which the crime definition explicitly refers to legal provisions as, for instance, in the case of imprisonment 'in violation of fundamental rules of international law'[149] or of war crimes 'within the established framework of international law'.[150] Provided that such 'referential norms', as the 'contextual elements' in the Preparatory Commission's concept may be characterized,[151] are in the

---

145 For more details, see infra, V.C.1.

146 Cf. Art. 7(2)(f) in connection with Art. 25(3)(c) ICC Statute.

147 As in Art. 8(2)(b)(xxiii) and (xxv) ICC Statute, respectively.

148 As to a survey on this issue, see *Jescheck* and *Weigend*, supra note 95, 308 f.; *C. Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (3th edn., 1997) 107 ff.; *Smith* and *Hogan*, supra note 2, 82 ff.

149 Art. 7(1) (e) ICC Statute.

150 Art. 8(2)(b) ICC Statute.

151 Without wishing to elaborate too extensively on this terminological problem, 'referential' appears preferable to 'contextual', as 'referential' expresses the relation to additional norms much better than 'contextual' dements which can be factual circumstances as well (as indicated by the

same way as the other definitional components indeed 'material elements' of the crime according to Article 30(1) of the ICC Statute,[152] the perpetrator would be required not only to recognize the factual character of the deprivation of a civilian's physical liberty, but also to thereby be aware of his violating fundamental rules of international law, thus presupposing a sort of legal judgment.

The same holds true for elements whose normative-referential character, though not explicitly stated, can easily be gathered from their context. This is the case with the war crime of compelling a prisoner of war or other 'protected persons' to serve in hostile forces.[153] Whereas the 'person' is a descriptive element, its character as 'protected' cannot be determined without reference to certain protective norms.

Further down the ladder of normative elements are those which, without referring to specific legal norms, are inherently evaluative in nature, as with war crimes by 'inhumane' treatment'[154] or by severe damage to the natural environment clearly 'excessive' in relation to the anticipated military advantage.[155] Obviously, it is impossible to find treatment 'inhumane' or environmental damage 'excessive' without some sort of value judgement the criteria of which may differ.[156]

Yet, even from apparently descriptive elements such as whether someone is a human being or something is a civilian object, and therefore easily perceptible by the human senses, normative implications can emerge if the aforementioned are to be distinguished from corpses or military objects, respectively; for whether a brain-dead, though still breathing body remains a human being protected against wilful killing, or whether a radio station used for private programmes, easily misused for military transmissions, remains 'civilian' or becomes 'military', is not merely recognizable by human senses, but depends on evaluative criteria.

Thus, before drawing conclusions from this analysis as to possible normative judgments by the perpetrator, one must keep in mind both the different types and the different degrees of evaluations and the factual basis which may be a component of a normative element. Therefore, rather than expecting a simplistic alternative between either requiring or rejecting any evaluation by the perpetrator (in addition to his factual knowledge), a differentiated approach should be taken along the following lines.

(a) Insofar as the material element is based on a certain fact the perpetrator must be aware of it by means of his senses; therefore the perpetrator must know, for instance, that in the

---

Preparatory Commission Elements, Introduction, p. 5 para. 7 and p. 9, para. 3, respectively). The terming of `legal elements´ by *Triffterer*, in Triffterer, supra note 4, margin No. 17 f., seems even less helpful, as the other material elements of the crime are `legal´ as well.

152 As to this issue, see infra,IV.F.3.

153 Art. 8(2)(a)(v) ICC Statute.

154 Art. 8(2)(a)(ii) ICC Statute; cf. also Art. 7(1)(k).

155 Art. 8(b)(iv) ICC Statute.

156 This is particularly evident with the war crime of outrages upon personal dignity according to Art. 8(2) (c)(ii) of the ICC Statute which the Preparatory Commission Elements also declare applicable to `dead persons´ (p. 39 fn. 57). In doing so, the Commission employs a concept of `person´ which may not be accepted universally, thus, evidencing its value character, the underlying criteria of which are open to dispute. This invitation to invoke mistake of law (Art. 32(2) ICC Statute) could have been easily avoided, however, if the Preparatory Commission had adhered to the wording of the Statute which does not speak of `dignity´ of a `person´ but rather of `personal dignity´ as still attributable to a human corpse even if it is no longer a `person´.

case of compelling service in hostile forces[157] he understands that his object is a protected 'person' in terms of being human or that in the case of destroying the enemy's 'property'[158] he is demolishing a physical object. The Preparatory Commission's Elements are correct to this extent in requiring that the perpetrator was aware of the 'factual circumstances that established the protected status' of the person or property.[159] The same holds true with regard to the type and gravity of the damage to the natural environment which render it 'excessive'[160] or with regard to the circumstances of the sexual violence constituting a 'grave' or 'serious' violation of the Geneva Conventions.[161]

To the extent, however, that the factual core of the material element – expressly or implicitly – refers to a norm without which the material element can neither be fully conceived nor perceived, as with regard to the status of a person or property as 'protected', the full understanding and awareness of the material element is not an exclusive product of the senses alone but may additionally require some sort of evaluative conclusion, though not necessarily a particular act of evaluation; for when shooting at obviously unarmed civilians or bombing a nuclear plant producing uncontrollable and irreparable damage to the universal environment, the perpetrator's knowledge of these facts – quasi-automatically – implies the awareness of the protected status of the civilians concerned or the excessiveness of the natural catastrophe. If, in such a case, the perpetrator nevertheless denied having been aware of the protected status or gravity of his act, he would simply not be credible. Therefore, the aforementioned, repeatedly employed phrase of the Preparatory Commission's Elements[162] can be followed so long as it is merely meant to express the perpetrator's awareness of the factual circumstances that, as a matter of practice, allows us to infer his perception of the protected status or the disproportionality of his act. On the other hand, this phrase would no longer be feasible if it were meant to deny the perpetrator a value judgement in any case without exception.[163]

(b) Insofar as the awareness of the material element thus presupposes a sort of normative evaluation, this does not necessarily entail that the perpetrator is required to know the relevant legal provision nor that he has to interpret the definition of a crime in the same professional way as can be expected from a lawyer; rather it will suffice that the perpetrator is aware of the existence of protective norms in the area concerned and the violative impact of his acts. This general guideline is to be exemplified in three respects:

First, with regard to norms establishing the status of certain persons or objects as protected, the perpetrator could not defend himself by pleading ignorance of the underlying statute or treaty; rather, it would suffice to show that he was aware that, for example, under the given

---

157 Art. 8(2)(a)(v) ICC Statute.

158 According to Art. 8 (2) (b) (xiii) and (e) (xii) ICC Statute, respectively.

159 Cf. Preparatory Commission Elements, p. 18 ff. to Arts. 8(2)(a)(i)–(viii), (b)(iii), (xiii), (c)(i)–(iii), (e)(iii), (xii).

160 According to Art. 8(2)(b)(iv) ICC Statute; ef. Elements, p. 24 f.

161 According to Art. 8(2)(b)(xxii) and Art. 8(2)(e)(vi) ICC Statute, respectively; cf. Preparatory Commission Elements, p. 45.

162 References supra note 159.

163 That such an exclusion of a value judgement by the perpetrator, although indicated in the Preparatory Commission's General Introduction (Elements, p. 5, para. 4) is not its absolute position, is exemplified by the Commission's exception with regard to the excessiveness (required by the war crime of excessive incidental death, in jury, or damage according to Art. 8(2)(b)(iv) ICC Statute) the knowledge of which required 'that the perpetrator makes the value judgement' as described therein (Elements, p. 25, note 37).

circumstances, unarmed civilians cannot be equated with military enemies and, thus, must receive special protection.

Secondly, with regard to material elements, whose definition depends on normative criteria, as with regard to the differentiation between 'military' and 'civilian' objects, the perpetrator cannot, of course, be expected to have first read a military manual; rather, by becoming aware of the way the vehicle is employed in a battle or the building is used for counter-attacks, he will be able to make that judgement without first having consulted special regulations.

Thirdly, the same is true with regard to material elements that are inherently, or at least partly, normative by nature, as with war crimes involving 'inhuman' treatment[164] or by outrages upon 'personal' dignity.[165] Even if these terms require and have found special interpretation in court decisions and handbooks, not easily accessible for a layman, the perpetrator can be treated as being aware of the mental element if he understands the social significance of the elements concerned in a layman's manner. This is to say that the perpetrator could not deny the characterization of biological experiments with a prisoner of war as 'inhuman' through ignorance the learned literature on the concept of 'humanity' as long as he was aware of the general conviction that one may not treat a human being as an animal in terms of a guinea pig against his will and/or with disproportionate risks. This device of a 'parallel evaluation in the layman's sphere'[166] is, in fact, not an exceptional phenomenon, but relevant for almost any 'subsumption' of facts under the law. If, for instance, in the war crime of destruction of property[167] the perpetrator interpreted 'destruction' in terms of completely taking apart the vehicle, it would suffice for his mens rea to have known that by damaging all the wheels, the vehicle could no longer be used.

3. Special Issues of 'referential norms'

The question remains whether the preceding guidelines can be applied in the same way to those elements of the crime definitions which, as indicated in the prior analysis of potential normative implications, explicitly refer to legal provisions.[168] In resisting the temptation to prejudice the answer by speaking of 'contextual circumstances', 'context elements', 'attendant circumstances', 'international', or 'jurisdictional elements', as found in the Preparatory Commission's Elements as well as in other documents and publications, one must keep in mind that the 'referential' function of these norms cannot spare one the trouble of clarifying the specific nature of the elements concerned, as it may entail different consequences with regard to the perpetrator's awareness.

Above all, as a matter of analysis, it seems interesting to note that the ICC Statute employs a technique of referencing which appears diverse, to say the least. Whereas Article 8 on war crimes explicitly refers to the Geneva Conventions (paragraph 2(a)) or the 'established framework of international law' (paragraph 2(b)), Article 7 on crimes against humanity refers to 'fundamental rules of international law' (paragraph 1 (e)) and to 'State policy' of

---

164 Art. 8(2)(a)(ii) ICC Statute; cf. supra note 154.

165 Art. 8(2)03) (emu), (c) (ii) ICC Statute; cf. supra note 156.

166 As in particular employed in German theory and practice in terms of a 'Parallelwertung in der Laiensphäre': cf. *P. Cramer* and *D. Sternberg-Lieben*, in Schönke and Schröder, supra note 85, § 15 margin Nos. 39, 43 f.; *Jescheck* and *Weigend*, supra note 95, 295 f., both with further references.

167 According to Art. 8(2)(a) (iv) ICC Statute.

168 Cf. supra notes 149-151.

committing acts 'as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population', wherein knowledge is explicitly required solely with regard to the attack (Article 7(1)). Again different from this specification of the perpetrator's knowledge, instead of referring to any antecedent convention, Article 6 on genocide defines the various genocidal acts on its own, all under the general chapeau, however, that the acts have to have been committed with intent 'to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group', thus, providing contextual circumstances the perpetrator's awareness of which is in question. Just to give some further examples of the variety of referential norms not exhausted here, mention may be made of the legal element of 'unlawful' deportation or confinement[169] or of the absence of 'previous judgment pronounced by a regularly constituted court'.[170] Or to make the referential variety even more complex, the Preparatory Commission reads additional legal references into the Statute, as in the case of deportation by requiring that the protected persons were 'lawfully' present in the area.[171] With regard to these and similar referential elements the question is whether and to what extent the perpetrator must be aware of them. As neither the relevant crime definitions (Articles 6-8) nor the general rule on mental element (Article 30) of the ICC Statute produce clear and comprehensive answers, the requisite awareness very much depends on the individual nature and function to be construed from the relevant elements concerned. This leads to the following inclusions and exclusions:

(a) On the one hand, there can be no doubt that referential norms or circumstances, as long as they are not of a predominantly jurisdictional or otherwise procedural nature as shown below (b), do in principle require awareness by the perpetrator in the same way as any other element material for constituting the crime as such or for heightening its gravity. On this basis, it does not matter whether an element is part of the specific crime definition, as in the case of severe deprivation of physical liberty in violation of 'fundamental rules of international law',[172] or whether the relevant element is part of the chapeau, such as the genocidal intent to destroy a protected group (Article 6 of the ICC Statute). This general statement requires some specifications, however.

First, because in the last mentioned example of genocide the individual genocidal act (such as killing or torturing) must be committed with the broader intent to destroy in whole or in part the protected group, one would expect that the perpetrator knew that his conduct was 'part of a pattern of similar conduct directed against the group'.[173] As this general policy requirement seemed to be too difficult to be proven in each case, in its final Elements, the Preparatory Commission seems content with proving the individual intent and leaving it up to the Court to decide on a case by case basis on the perpetrator's knowledge of the contextual circumstances in terms of the general genocidal policy.[174] Even with this evidentiary reduction, however, the basic concept that the perpetrator must have been aware of a general genocidal plan is upheld, although he need not know all details of such a plan or policy as has also been ruled by the ICM in the Kayishema/Ruzindana case.[175] The same holds

---

169 Art. 8(2)(a)(vii) ICC Statute.

170 Art. 8(2)(c)(iv) ICC Statute.

171 Preparatory Commission Elements, p. 11, paras. 2 f. to Art. 7(1) (d).

172 Art. 7(1)(e) ICC Statute.

173 As proposed by the 1999 Preparatory Commission Elements, p. 5 ff.

174 Cf. Preparatory Commission Elements, Introduction to Art. 6, p. 6.

175 Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana, Judgment 21 May 1999 (ICTR-95-1-T), paras. 94, 133 f.; cf. also ICTY Prosecutor v. Tail, Judgment 15 July 1999 (IT-94-1 A), paras. 248, 271; Prosecu-

true with regard to the chapeau of Article 7 of the ICC Statute according to which the individual crime against humanity must be committed 'as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population'. Even if the Statute explicitly requires knowledge solely with regard to the attack, the Preparatory Commission's Elements presuppose knowledge of the policy element of a widespread or systematic attack, thereby again lowering the requirements of proof by finding the intent clause satisfied if the perpetrator intended to further such an attack.[176] Although the chapeau of Article 8 of the ICC Statute on war crimes seems to be governed by the same principles, consequently requiring the perpetrator to be aware of committing the individual crime 'as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes' (paragraph 1), this conclusion is highly controversial due to additional qualifications to be discussed below (b).

Second, with regard to references to legal principles or provisions, as with the crimes against humanity of imprisonment or persecution 'contrary to international law',[177] or with regard to 'unlawfulness' in general, as with the war crimes of unlawful deportation, transfer, or confinement,[178] the manner of evaluation is not fundamentally different from that applied to other normative elements.[179]

(b) These statements are only true, however, as long as the definitional element of the crime concerned is a 'material' one in terms of Article 30(1) of the ICC Statute. Although one might expect that all elements of a crime definition are 'material' as a matter of course, this is not necessarily so because certain elements may be of jurisdictional rather than 'material' nature. This situation is brought about by the double structure of the crime definitions of the ICC Statute which both constitute the jurisdiction of the Court and define the crimes for which the perpetrator can be held responsible under the jurisdiction of this Court.[180] Since it seems universally agreed upon that matters of procedure, including the jurisdictional power of the Court, are not constituent for the perpetrator's substantive mens rea, he does not need to be aware of requirements which are merely relevant to the jurisdiction of the Court. Questionable elements of this sort can be found in particular in Article 8 of the ICC Statute on war crimes in three respects: first, by the general, though not exclusive ('in particular'), requirement that the crime must be committed 'as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes',[181] second, with regard to the requirement of an 'armed conflict',[182] and third, by distinguishing between 'international' and non-international conflicts.[183] Although this is not the place for a final analysis and evaluation of Article 8 of the ICC Statute,[184] more needs to be said here, at least for the purpose of demonstrating the possible consequences for the mental element.

---

tor v. Kupreskre, Judgment 14 January 2000 (IT-95-16-T), paras. 556 ff; ICTR Prosecutor v. Rutaganda, Judgment 6 December 1999 (ICTR 96-3-T), para. 70; Prosecutor v. Ruggzu, Judgment 1 June 2000 (ICTR-97-32-I), para 20. Cf. also Ambos, supra note 26, 356 f., 774 ff.

176 Cf. Preparatory Commission Elements, p. 9, Introduction to Art. 7(2).

177 Cf. Art. 7(1) (e) and (h) ICC Statute.

178 Cf. Art. 8(2)(a)(vii) ICC Statute.

179 For details, cf. supra IV.F.2(b). With regard to the negation of unlawfulness on grounds of justification cf. Infra V.D(c).

180 As to this double structure of the Rome Statute, cf. Ch. 20 above, I.

181 Chapeau of Art 8(1) ICC Statute.

182 Cf. explicitly, Art 8(b), (c), (e) ICC Statute.

183 Cf. Art. 8(c), (d) and (e), (f) ICC Statute, respectively.

184 As has been dealt with in Ch. 113 above.

First, although the 'policy requirement' in the chapeau of Article 8(1) seems similar to that of Article 7(1) of the ICC Statute, thus requiring awareness of the perpetrator in the same way, there is one decisive difference to be taken into account. Crimes against humanity and genocide on the one hand acquire their character as international crimes solely through the commission of the individual acts as part of a State policy or because of the genocidal intent and thus presuppose these accompanying circumstances or motives as material constituents of the crime on the other hand, in terms of their substantive 'meaning', war crimes are defined by Article 8(2), in an exhaustive list while its chapeau (1) merely restricts the Court's jurisdiction 'in particular' (and, thus, not in substance) by the policy or large-scale clause. Consequently, provided that all other elements of a war crime are fulfilled, the perpetrator can be held criminally responsible even if he did not know that his individual crime was part of a plan, policy, or large-scale commission. The same position seems to be taken by the Preparatory Commission which, unlike for Articles 6 and 7, with regard to Article 8 does not even mention an awareness of the war criminal of the jurisdictional policy or large-scale requirement.[185]

Second, with regard to the requirement of an 'armed conflict' in Article 8 of the ICC Statute, the jurisdictional aspect appears similarly predominant. Therefore, as was discussed in an Intersessional Meeting of the Preparatory Commission,[186] a so-called 'objective international law approach' took the view that the existence of an armed conflict, legitimizing an international authority's intervening at all, is merely an objective requisite for the Court's jurisdiction and, consequently, independent of the perpetrator's awareness of such a conflict. When considering the fact, however, that most of the criminal acts which qualify as a war crime, are punishable per se under national law as well and that, therefore, the wrongdoing of these crimes is aggravated when committed in connection with an armed conflict, it is more convincing to require the perpetrator to have been aware of an armed conflict, as suggested by a so-called 'subjective criminal law approach'. In its final Elements, the Preparatory Commission only went half way when having denied in a first step the requirement for a legal evaluation by the perpetrator as to the existence of an armed conflict, it required in a second step the perpetrator's awareness of the 'factual circumstances that established the existence of an armed conflict that is implicit in the terms "took place in the context of and was associated with" '.[187] This position is certainly acceptable so long as the mere knowledge of facts enables the awareness of an armed conflict. To the same extent, however, that the perception of the connection of the individual crime to an armed conflict requires an evaluative judgement, the same rules must apply as with any other normative material element of the crime.[188]

Third, with regard to the question of whether the armed conflict is of 'international' or 'non-international' character, decisive for the applicability of the ICC Statute to war crimes according to Article 8(2)(a) and (b) or of (c) and (e), respectively, the Preparatory Commission can be followed in not expecting a legal evaluation of the perpetrator;[189] for, aside

---

185 The same view seems to be taken by *W. J Fenrick*, `Art 8' in Triffterer, supra note 4, Art. 8, margin No. 4 as well as by *A. Zimmermann*, `Art. 5' in Triffterer, ibid, margin Nos 8.

186 Informal Intersessional Meeting of the Preparatory Commission for the International Criminal Court on `Elements of Crimes', Siracusa/Italy, 31 January-6 February 2000; cf. also HRW 2000, Commentary, p. 3.

187 Preparatory Commission Elements, Introduction to Art. 8, p. 18.

188 For further details to this, see supra IV.F.2(b).

189 Preparatory Commission, Elements, Introduction to Art. 8, p. 18.

from the material distinction between mere internal disturbances and tensions (such as riots, isolated and sporadic acts of violence, or other acts of a similar nature)[190] as distinct from an 'armed conflict', the character of the latter as international or non-international is indeed of merely 'jurisdictional' concern.[191]

(c) A further category of referential norms which have a sort of 'justifying' significance in common, have received scarcely, if any attention in the Elements of the Preparatory Commission. Whereas for the crime against humanity of deportation the perpetrator is merely required to be aware of the factual circumstances that established the (unwritten) lawfulness of the presence of those concerned,[192] with the war crime of improper use of a flag the perpetrator must have known of the 'prohibited nature' of such use.[193] By the same token, the war crime of sentencing or execution without due process requires the perpetrator to have been aware of the absence of a previous judgment or of the denial of relevant guarantees, essential or indispensable for a fair trial,[194] a mental requirement hardly to be met without any legal evaluation.

Contrary to these instances in which the justifying factor is formulated somehow in a positive way, the Preparatory Commission does not even take notice of the mental requirement where it would concern the absence of a ground excluding the wrongdoing or culpability, as with the absence of consent in the war crimes of biological experiments, pillaging, or sterilization[195] or the absence of a military or medical justification in the case of displacing civilians and mutilation.[196]

This uneven approach by the Preparatory Commission is hard to understand. Because it can be a matter of accident whether essential elements of the crime are formulated in a negative or positive way, the legal technique cannot be prejudicial to the type and degree of awareness expected from the perpetrator. Therefore, provided that Article 32 on mistake of fact and law does not rule otherwise,[197] the awareness of the absence of grounds excluding responsibility is basically determined by the same requirements of factual knowledge and normative evaluation as positive material elements of the crime.

G. The Relevant Time of Knowledge

When requiring that 'the material elements are committed with intent and knowledge', Article 30(1) of the ICC Statute leaves no doubt that intent and knowledge must be present during the commission of the crime. Consequently, neither dolus antecedens (in terms of

---

190 Cf. Art. 8(2)(d) and (f) ICC Statute.

191 This material irrelevance of the character as international or non-international is, incidentally, a further reason why the categorization as 'international element' in terms of not requiring the awareness of the perpetrator and the equation with 'jurisdictional' can be misleading and is therefore avoided here.

192 Preparatory Commission Elements, p. 11, to Art. 7(1)(d).

193 Preparatory Commission Elements, p. 27, to Art. 8(2)(b)(vii).

194 Preparatory Commission Elements, p. 40, to Art. 8(2)(c)(iv).

195 Cf. Preparatory Commission Elements, pp. 20, 43, and 45, to Art. 8(2)(a)(iv), (e)(v), and (vi), respectively.

196 Cf. Preparatory Commission Elements, pp. 46 and 47f., to Art. 8(2)(e)(viii) and (xi), respectively.

197 Cf. in particular, infra, V.C.1(c), 2, D.3, E(a), (b).

former knowledge no longer present during the commission) nor dolus subsequens (in terms of knowledge acquired after the act) can suffice.[198]

This does not mean, however, that the perpetrator has to permanently reflect on the elements of his crime. It suffices rather that the knowledge of the material elements of the crime was influential on the perpetrator's formation of his intent and remains more or less consciously present by means of an 'accompanying consciousness'.[199] Therefore, a commander charged with having omitted to exercise necessary control to prevent subordinates from committing a war crime according to Article 28 of the ICC Statute, can be held aware of his role as commander even if he does not continuously think of this.[200] Similarly, in the case of improper use of a flag of the United Nations,[201] the perpetrator need not constantly keep the image of the military vehicle's being improperly marked with UN emblems in mind; rather, it suffices to have co-consciousness (Mitbewusstsein) of this use.

H. 'Willful blindness'

As awareness seems to suggest positive knowledge, the question is whether the perpetrator can be held liable if he lacked this only because he had wilfully shut his eyes to what he had otherwise become aware of. As it appears unfeasible to offer the perpetrator, by allowing him to close his eyes, an easy escape from responsibility hardly less blameworthy than knowledge through open eyes, the Preparatory Committee had suggested to close this loophole of 'wilful blindness' by means of an additional clause: in offering two alternatives, knowledge should also mean 'to be aware that there is a substantial likelihood that a circumstance exists and deliberately to avoid taking steps to confirm whether this circumstance exists' or 'to be wilfully blind to the fact that a circumstance exists or that a consequence will occur'.[202]

Since these recommendations were dropped in the end, with the result that the ICC Statute does not contain a special provision for 'wilful blindness', this waiver could certainly be interpreted as a decision against covering this case, as indeed opined by some authors.[203] This conclusion is not cogent though, as an offender shutting his eyes to the truth is at least aware of possible, or even obvious, facts he merely does not want to see. Whether this may be called 'implied knowledge', 'constructive knowledge'[204] or, as occasionally suggested, the 'second degree of knowledge'[205] does not matter as long as it is considered sufficient

---

198 This seems to be universally agreed upon, although its practical application may differ; for references, see *Cramer* and *Sternberg-Lieben*, in Schönke and Schröder, supra note 85, 415, margin No 49.

199 For more details on this concept, see *W. Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes (1964) 83, 89ff.; *Cramer* and *Sternberg-Lieben*, in Schönke and Schröder, supra note 85, para. 15, margin No. 51 with more references.

200 As a landmark case in this respect, see Bayerisches Oberstes Landesgericht 30 Neue Juristische Wochenschrift (1977) 1974 1. with comment by *Eser* and *Burkhardt*, supra note 83, Vol. I, p. 71 f.

201 Art. 8(2)(b)(vii) ICC Statute.

202 Art. H (Proposal 1) (3) (b) Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., Vol. II, p. 92 (in *Bassiouni*, supra note 4, 488).

203 Cf., though himself appearing undecided, *Piragoff*, in Triffterer, supra note 47, margin No. 26.

204 As used by the ICTY in Prosecutor v. Tadic, 11 September 1999, No. IT-94-9-T, para. 659. Cf. also ICTY Appeals Chamber in Prosecutor v. Aleksovsks, IT-95-14/I-Ar 77, judgement, 30 May 2001, paras. 49ff.

205 As by J. W. Wilson, Criminal Law, (1998)164.

knowledge.[206] With this question not having been dealt with by the Preparatory Commission, the final clarification as to this point is again left up to the Court.

I. 'Dolus eventualis' and 'recklessness'

Unlike 'wilful blindness' which is characterized by peculiarities on the cognitive level, dolus eventualis and recklessness have in common the fact that the volitional element, though in varying degrees,[207] falls short of doles directus in which the perpetrator purposefully, or at least unconditionally, wishes the conduct or result to occur.[208]

While in one of its alternative proposals, the Preparatory Committee had, once more, recommended a special provision for recklessness,[209] it was dropped again in the end, this time, however, due to the crime catalogue not containing any case of recklessness, thus rendering a corresponding special provision superfluous. This political decision of not penalizing international crimes for recklessness may be deplorable,[210] yet as the statutory situation stands, the mere awareness of a risk which might occur, not to speak of unconscious negligence, is not a sufficient base for criminal responsibility according to the ICC Statute,[211] and thus does not require further elaboration.[212]

Less clear is the situation with dolus eventualis which, in disregarding a great variety of subtle distinctions, may be characterized as the perpetrator being aware of the risk that might occur and additionally being prepared to accept it should it in fact occur.[213] Whereas some authors are prepared to see this case covered by the intent concept of Article 30(1) of the ICC Statute,[214] the opposite opinion which does not see dolus eventualis recognized by the ICC Statute seems to prevail.[215]

Contrary to these either/or positions, it seems feasible to distinguish between consequences and other circumstances of the crime: with regard to consequences, dolus eventualis is indeed excluded as, according to Article 30(2) (b) alternative (2), the perpetrator must be aware that the consequence 'will' (and not only 'may') occur in the ordinary course of events, thus requiring certainty and not mere speculation, whilst indifference may suffice with regard to other elements of the crime, such as the age of the victim. If, for instance, in

---

206 As, for instance, recognized by *M. McAuliffe de Guzmann*, 'The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity', 22 HRQ (2000) 335, 400; *Schabas*, supra note 57, 213 (with further references to the common law), and most likely sympathized with by *Piragoff*, in Triffterer, supra note 47, margin No. 26.

207 Which seems to be weighed differently from the gradation made here (supra, IV.B) in the common law (cf. Wise, in Sadat Wexler and Bassiouni, supra note 54, 51 f.).

208 Cf. also supra, III.A and B, IV.E.3.

209 Art. H (Proposal 1) (4) Report of the Preparatory Committee, 51st Sess., p. 92 (in *Bassiouni*, supra note 4, 488).

210 As, for instance, expressed by *Ambos*, supra note 38, 21 f. and *A. Cassese*, 'The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections', 10 EJIL (1999) 153 f.; see also *Schabas*, supra note 57, 211 f.

211 As to this common evaluation, see, for instance, *Ambos*, supra note 38, 21, but also *Saland*, in Lee, supra note 89, 206, pointing out that the concept of recklessness, though not the term itself, is present in the ICC Statute's Art. 28, which was negotiated after Art. 30.

212 Cf. *Schabas*, supra note 62, 420.

213 Cf. supra IV.E.3 as to note 127.

214 Cf., in particular, *A. Gil Gil*, Derecho Penal International (1999) 235 ff.

215 Cf. *Piragoff*, in Triffterer, supra note 47, margin No. 22.

the case of transferring or conscripting children,[216] the perpetrator took and approved of the risk that the victims concerned were within the protected age, there is no convincing reason against holding him responsible for the intentional commission of the crime.

Even on such a partial extension of intention to the area of dolus eventualis, however, one can hardly go as far as the Preparatory Commission did by letting it suffice that, instead of knowing, the perpetrator merely 'should have known' that the victim concerned was within the protected age[217] or that certain symbols are protected from abuse.[218] By using the words 'should have known', the borderline between dolus eventualis and recklessness is clearly transgressed, and so the Preparatory Commission's Elements are in this respect hardly reconcilable with the ICC Statute.[219]

J. Mental Element and Complicity

As a general norm on the mental element, Article 30 of the ICC Statute is not only applicable to the perpetrator, but to other participants in terms of Article 25(3) (a)–(e) of the ICC Statute as well. This means that, in principle, the mental requirements for an accomplice are neither higher nor lower than those for the perpetrator, therefore a participant can in particular not be held responsible for mere recklessness or negligence either. Nevertheless, there are some particularities of complicity to be observed.

In general, due to the accessorial nature of complicity,[220] the accomplice must have a 'double intent', both with regard to his own conduct and with regard to the intent and knowledge of the principal.[221] In both relations the requirements of intent and knowledge are basically the same as with regard to a single perpetrator.

This general line is not without exceptions, however, which in particular concern two groups: one being alders and abettors who, beyond their general double intent, must act 'for the purpose of facilitating the commission of [such] a crime' according to Article 25(3)(c) of the ICC Statute,[222] and the other being accomplices in group crimes, who, beyond their ordinary double intent, must have a special intention according to Article 25(3)(d) of the ICC Statute.[223]

---

216 Arts. 6(e), 8(2)(b)(xxvi) and (e)(vii) ICC Statute.

217 Cf. Preparatory Committee Elements, pp. 8, 37, 46 to Art. 6(e), 8(2)(b)(xxvi) and (e)(vii), respectively.

218 Preparatory Commission Elements, pp. 26 and 27 to Art. 8(2)(b)(vii). Strangely enough, the Elements are not satisfied with 'should have known' in all alternatives of the aforementioned war crime, but only with alternative (2) on improper use of a flag and alternative (4) on improper use of the distinctive emblems of the Geneva Conventions, but not with regard to alternative (1) on improper use of flag of truce and alternative (3) on improper use of a flag of the United Nations, without any explanation given for this different treatment.

219 See also the criticism by *Schabas*, supra note 57, 212.

220 As to this structure underlying the ICC Statute's regulation of perpetration and participation, see Ch. 20 above, V.A.2.

221 For details, see Ch. 20 above, V.D.4, E.2, F.2, G.3.

222 For details, see Ch. 20 above, V.E.2(a).

223 For further details, see Ch. 20 above, V.E.2(a).

V. Mistake of Fact and Mistake of Law according to Article 32 of the ICC Statute

A. Main Approaches

As already indicated in the introductory review of the reluctant recognition of mistake of fact and, even more controversial, mistake of law,[224] Article 32 is perhaps one of the most enigmatic impediments of the ICT Statute's general elements of criminal responsibility. Its evaluation very much depends on the penalpolitical preparedness for recognizing misperceptions of the perpetrator as a defence and on the conceptual ways of regulating this. In disregarding various nuances of innumerable opinions on mistake of fact and law, the regulation of Article 32, before going into details, may be reflected upon from two opposite approaches.

On the one hand, from the traditional common law perspective,[225] Article 32 may draw applause both for leaving as little room as possible for mistake of law[226] and for constructing a mistake, in order to be recognizable, as negation of the mental element in terms of intent and knowledge.[227]

On the other hand, from more modern perceptions prevailing in civil law jurisdictions and theories, the aforementioned strengths are in fact the very weaknesses of the ICC regulation; for, first, when accepting a mistake (of fact or of law) only if it negates the mental element,[228] Article 32 is repetitious – and, thus, appears superfluous[229] – in merely restating the mental element as a requirement of criminal responsibility according to Article 30(1) without giving any further information as to when and how a mistake may negate the mental element.[230] Second, by almost completely closing the door to mistake of law in requiring legal ignorance to nullify a mental element essentially focused on facts, the Rome Statute disregards growing sensitivity to the principle of culpability, particularly with regard to consciousness of unlawfulness (as distinct from and in addition to the fact-oriented intention), and third, in limiting intent and knowledge to the positive material elements of the crime, the Statute forecloses the possibility of mistakes with regard to (negative) grounds excluding criminal responsibility. From this perspective, it is no wonder that the ICC regulation of mistake, in particular with regard to that of law, has been described as 'archaic'.[231]

The best way of analysing the main contents of this regulation seems to be starting with (B) a short survey of misperceptions of the perpetrator which might be possible at all, then distinguishing between recognized (C) and disregarded mistakes (D), and finally reflecting on solutions, if considered desirable (E).

---

224 Cf. supra, I and II with references to the various documents and drafts.

225 Cf. supra, I at note 3.

226 Even this narrow gate, however, appears too broad for some as in particular Cassese, supra note 210,155 f., if compared with the traditional adherence of international case law to the principle of 'ignorantia legis non excusat'.

227 Although the present wording of Art. 32 ICC Statute was finally proposed by *Saland* (in Lee, supra note 89, 210), its basic contents has earlier sources (cf. supra, II.0 at note 33).

228 According to Art. 32(1) and (2) (sentence 2), respectively.

229 See *Schabas*, supra note 62, 426, Triffterer, in Triffterer, supra note 4, margin No. 11.

230 For further deficiencies of this sort, see supra I.

231 *T. Weigend*, 'Zur Frage eines internationalen Allgemeinen Teils', in B. Schünemann et al. (eds.), Festschrift für Claus Roxin (2002) 1392. For further criticism see *Kress*, supra note 119, 7.

B. Conceivable Objects and Ways of Misperceptions

Before looking into what mistakes have been recognized or rejected by the ICC Statute, one must be aware of the variety of objects about which and ways in which the perpetrator can err. Not being aware of the broad spectrum of conceivable errors may be one of the reasons why discussions on mistake of fact or law, particularly if conducted beyond borders and different legal cultures, are so often impaired by conceptual and terminological misunderstandings, fixations about specific points and possible political antagonism. Although it is, of course, impossible to give a comprehensive picture of all the problems involved,[232] at least the following types and possible objects of error may be outlined here.

First, although the basic distinction between mistakes of fact (paragraph 1) and law (paragraph 2) appears clear, this, if at all, only holds true with regard to elements of the crime completely perceivable by the human senses such as, for instance, identifying a living person as the victim of a killing. As soon as the question arises, however, as to whether this person belongs to a protected ethnical group, some sort of normative judgement may be required as has been demonstrated with regard to the awareness of normative elements according to Article 30(3) of the ICC Statute.[233] This entails the question of whether an erroneous evaluation with regard to a normative implication, as given in the example of the mistaken denial of the victim's protected status due to a normative misjudgement, is a mistake of fact, thus negating the mental element according to paragraph (1), or rather a mistake of law according to paragraph (2), and thus not necessarily excluding the mental element a question which is not explicitly answered by the ICC Statute, therefore requiring further elaboration.

Second, corresponding to the previously mentioned distinction between descriptive and normative elements of the crime, mistakes can result from (a) not recognizing a fact which is present or assuming a fact which is not present or (b) from erroneous evaluations due to the unawareness of or misinterpretation of an existing norm, or the assumption of a non-existing norm.[234]

Third, both types of misperception can occur with regard to all sorts of elements or their position within the structure of the crime. They can concern:

- (positive) material elements in terms of Article 30(1) of the ICC Statute, as in the case that the object the perpetrator is shooting at is not, as he believed, an animal, but a human being or that he recognized it as such, but was not aware of its protected status, or
- (negative) grounds of excluding responsibility in erroneously assuming an attack which would allow the perpetrator to invoke self-defence or, in the case of an actual attack, in misjudging the permissible proportionality of his defence,[235] or
- exemptions from punishability and jurisdiction, as in the case of a Head of State's unawareness of the irrelevance of his official capacity (according to Article 27 of the ICC Statute) or the perpetrator's misjudgement of the relevant age presup-

---

232 As a first, though still not comprehensive analysis of potential errors cf. *Fletcher*, supra note 87,146 ff., furthermore refined in his Basic Concepts of Criminal Law (1998) 149 ff.

233 For details, see supra, IV.F.2 and 3.

234 As to this distinction cf. the scheme in *Eser* and *Burkhardt*, supra note 83, Vol. I, p. 179.

235 According to Art. 31(1) (c) ICC Statute.

posed for the jurisdiction of the Court (according to Article 26 of the ICC Statute).[236]

Fourth, particularly with regard to evaluative mistakes, these can be due to:

- the misinterpretation of a normative element (as, for instance, the understanding of 'inhumane acts'[237]), or
- the unawareness of a protective norm (as with regard to the age of the victim),[238] or
- the ignorance of referential norms (such as 'fundamental rules of international law' violated by imprisonment),[239] or
- the unawareness of the prohibition as such (as, for instance, to the improper use of flags or other protected symbols[240]), or
- the assumption of a justification which is in fact not recognized (as the 'tu quoque' argument), or
- the erroneous assumption of an excuse (as with regard to duress), or
- the case where the perpetrator is fully aware of his wrongdoing but believes it unpunishable or, even if so under national law, believes that the ICC lacks jurisdiction.

Fifth, not lastly in face of this great variety of conceivable errors of the perpetrator, the possible consequences are of crucial significance: whereas, in principle, mistake of fact leads to the exclusion of the intention and finally, if recklessness and negligence are not punishable (as is the rule in the ICC Statute), to the discharge of the defendant, mistake of law contrast is only recognized, if at all, on narrower conditions. Therefore it is of consequential importance whether an error falls within this or that category of recognized or irrelevant mistakes.

C. Recognized Mistakes

1. With Regard to Facts (Article 32(1) of the ICC Statute)

When mistake of fact is commonly pronounced as a valid defence, with regard to the ICC Statute this statement may be correct in principle, but bound by a qualification not to be overlooked; for, since mistake of fact does not exclude criminal responsibility per se but 'only if it negates the mental element' (paragraph 1), it refers to the prerequisites of the mental element in terms of intent and knowledge (Article 30(1)) without which the perpetrator cannot be held criminally responsible. Although this consequence is already ex-

---

236 As to more details on the various elements and levels which might be reference points of misperception cf. the scheme of the general structure of the offence by *Eser*, in Eser and Fletcher, supra note 3, Vol. I, p. 62.

237 According to Art. 7(1) (k) ICC Statute.

238 E.g. according to Arts. 6(e), 8(2)(b)(xxvi) and (c)(vii) ICC Statute.

239 According to Art. 7(1)(e) ICC Statute; to further instances, cf. supra IV.F at note 172 f.

240 According to Art. 8(2)(b)(vii) ICC Statute.

pressed in Article 30(1), thus letting Article 32 (1) seem repetitious,[241] this provision has its own, though questionable, function in that it (i) combines (and thereby restricts) recognizable mistakes of fact to the material elements of the crime and (ii) requires a mistake capable of nullifying intent or knowledge. Reversed, this means that possible reference points of a mistake of fact can only include the nature of the conduct and, more frequently, its circumstances and consequences in terms of Article 30(3). This has, in particular, the following consequences.

(a) The sole clear category of recognizable mistakes of fact is that 'about factual elements of the definition'[242] in terms of 'descriptive elements' of the crime, perceivable by means of the human senses.[243] If the soldier, for instance, does not realize that the body he is shooting at, is already dead or that the building which appears to be a military unit, had in fact been turned into a civilian kindergarten, he would lack the factual knowledge of elements material for a wilful killing or attacking civilian objects and, thus, could not be held criminally responsible under Article 8(2) (a) (e) or (b) (ii) of the ICC Statute.

The same holds true in cases where the perpetrator does not foresee the consequence of his conduct, as for instance, the deportation of people[244] he had assembled assuming that they would be merely needed for clearing away the debris of a bombing.

To be certain, however, not every case of mistaken identity entails the negation of the mental element. If the perpetrator, for instance, intended to kill the person in front of him because he held the victim for his personal enemy A while in fact it was a neutral B, this mere error in persona would be irrelevant because the material element of killing a human being, regardless of its personal identity, would in any case be fulfilled. Therefore, as long as in case of mistaken identity both the envisaged and the actual victim fall within the same definitional category of the crime, the perpetrator's intent and knowledge is not affected by his mistaking the identity.[245] Consequently, the confusing of persons or things entails the negation of the mental element only if the objects confused are not equivalent in terms of corresponding to the same material element of the crime, as in the case that a soldier shooting a human being takes it for an animal; this mistake of fact would negate his knowledge of a material element, and thus, his intention of murder.

To a certain extent, a similar result is possible even in the case where a soldier knew he was attacking a human being without being aware, though, that the victim had a protected status as member of a peace keeping mission according to Article 8(2)(e)(ii) of the ICC Statute.

---

241 As already had been criticized within the Preparatory Committee; cf. Report and Draft Statute and Draft Final Act p. 67 note 21 to Art. 30 (in *Bassiouni*, supra note 4, 145), furthermore *Triffterer*, in Triffterer, supra note 4, margin No. 11.

242 As described by *Fletcher*, supra note 232 (Basic Concepts), 156.

243 Cf. supra, IV F 1.

244 Art. 7(1) (d) ICC Statute.

245 Although this position is not undisputed in that in the case of an error in persona vel objecto the perpetrator should be merely liable for negligence (which is not punishable in the area of the ICC Statute), the position taken here seems to prevail worldwide: cf. *Jescheck* and *Weigend*, supra note 85, 311; *Smith* and *Hogan*, supra note 2, 73 f.; *Mir Ping*, supra note 80, 259, with regard to the explicit regulation in Arts. 60, 82 Italian Criminal Code, cf. *Mantovani*, supra note 130, 423 f.

In this case, he could only be held responsible for assault and battery according to national law, but not for the aforementioned war crime.[246]

(b) Different from the preceding mistakes, all of which are due to lack of factual knowledge or misperception, a mental element can also be found to be lacking through conceptual errors as, for instance, in the aforementioned example of a soldier not being aware of the protected status of his victim as member of a peace keeping mission. If this error was due to the fact that because the victim was dressed differently from other peace keeping personnel, the perpetrator held him for a person not belonging to this group, it would be a clear mistake of fact in terms of supra (a). If he had realized, however, that his victim was a member of the group concerned, but that he, through ignorance of the rules according to which certain persons gain the status of a protected group, mistook his victim as not protected, this mistake about legal aspects of the definition[247] would not be a factual but an evaluative one as was demonstrated above with regard to the awareness of 'normative elements'.[248] In the same way since such elements need and are open to a normative judgement, though not requiring more than a 'parallel evaluation in the layman's sphere'[249] as suggested here, the mental element could be negated if the perpetrator was not aware of criteria giving certain individuals the status of a protected group. Should this position not be accepted because it involves a legal valuation which the perpetrator should not be entitled to plead,[250] his ignorance of protective criteria (as any other normative components of material elements) could find consideration, if at all, only as a mistake of law to be dealt with later.[251]

(c) With regard to the erroneous assumption of facts, which, if given, would produce a ground for justification it is doubtful as well whether it could be considered a mistake of fact as, for instance, in the case where the perpetrator, if he was imminently and unlawfully attacked as he erroneously believed, would have been allowed to defend himself with deadly force. Although this is a clear 'mistake about the factual elements of justification', resembling the 'factual mistake about elements of the definition',[252] thus certainly related to facts, this category of mistakes can hardly be covered by Article 30(1). Again, it is the requisite connection between the mistake and its negating effect on the mental element which causes problems. For, as according to Article 30(1) the mental element is (solely) related to the 'material elements' of the crime and if this must be understood as merely comprising the positive elements of the crime (as distinct from grounds negatively excluding criminal responsibility such as justifications) as generally assumed,[253] then putative self-defence as with any other erroneous assumption of a justifying situation leaves the

---

246 Thus far on the same line the elements of the Preparatory Commission, p 42 (para 5) to Art. 8(2)(e)(iii).

247 As termed by *Fletcher*, supra note 232 (Basic Concepts), 156.

248 Cf. supra, IV.F.2 and 3.

249 Cf. supra, W.F.2(b).

250 As it seems also to be the position of the Preparatory Commission by not expecting a value judgement from the perpetrator (as, in principle, ruled by the Preparatory Commission Elements, Introduction, p. 5).

251 For, if evaluations are declared irrelevant for the mental element, neither the complete lack of an evaluation nor normative misjudgements are capable of negating the mental element. This has to be remembered when talking about the (disputed) culpability of mistakes of law to negate the mental element. See infra, 2(a).

252 As described by *Fletcher*, supra note 232 (Basic Concepts), 148 f.

253 Cf. Supra IV.C.

mental element untouched. Therefore, in these cases, the door to a recognizable mistake of fact could be opened only if the 'material elements' of the crime were understood as comprising both the positive and negative components of unlawfulness, that is the definitional elements of the crime as one part and the (absence of) justification as the counterpart.[254]

(d) Even the last mentioned route to a mistake of law is closed, however, with regard to non-justificatory grounds for excluding criminal responsibility, such as mere excuses or other exemptions from punishability or jurisdiction under the ICC Statute.[255] If, for instance, a soldier kills a civilian in fear of being himself killed for not giving into pressure from his comrades who, in fact, only wanted to test his resistance, his mental element to kill would certainly not be negated; neither would his intent to kill be nullified if he had acted under actual duress which would excuse him according to Article 31(1) (d) of the ICC Statute. Consequently, his mental element in knowingly killing would be negated even less if he erroneously assumed the situation of a duress.

(e) In sum, only cases in which the perpetrator did not become aware of or misperceived factual circumstances or consequences required as 'material elements' of the crime definition, are clear instances of a mistake of fact in terms of negating the mental element and, thus, exclude his criminal responsibility according to Article 32(1).

2. With Regard to Law (Article 32(2) of the ICC Statute)

In view of the great variety of normative implications a perpetrator may not have knowledge of, and of the evaluative misinterpretations which are open to him,[256] it cannot be a surprise that mistake of law finds itself regulated in a more differentiated manner than mistake of fact for which apparently one short sentence sufficed. On closer inspection, however, Article 32(2) seems to be designed to leave as little room as possible for excluding criminal responsibility due to a mistake of law. Thus, in order to find out what is left for being invoked by the perpetrator, the following distinctions and restrictions have to be observed.

(a) In foreclosing mistakes of law as to 'whether a particular type of conduct is a crime within the jurisdiction of the Court' (sentence 1), it is made clear that mistake of law need not concern the international prohibition of the crime as such,[257] thus restricting the possible reach of mistakes of law to something more special although without naming it.

(b) The restrictiveness of this course is intensified by allowing mistake of law to exclude responsibility only 'if it negates the mental element' of the crime (sentence 2). As seen with mistake of fact,[258] this has two implications: (i) the mistake has to have been capable of negating the mental element and (ii) this can be procured solely by the perpetrator's lack of

---

254 For further details of this conception which, after having been developed in German theory (cf. with criticism as well, *T. Lenckner*, in Schönke and Schröder, supra note 85, § 13 prenotes 15 f.), has also found followers in Italy and Spain; as to Italy cf. *Mantovani*, supra note 130, 158, as to Spain, *Mir Puig*, supra note 80, 416 f.

255 For further details as to the distinction between justification and excuse, cf. Ch. 24.1 below; *Eser*, in Eser and Fletcher, supra note 3, Vol. I, p. 34 f. As to 'grounds of justification and excuse as distinguished from other grounds for denying culpability', cf. *Roxin*, in Eser and Fletcher, supra note 3, Vol. I, pp. 229-262; as to the proliferation of these distinctions in Romanic jurisdictions, see the contributions in *Eser* and *Perron*, supra note 3.

256 Cf. supra, V.B to D.

257 As perhaps misunderstood by *Cassese*, see supra note 210.

258 Seesupra,V.C.1.

knowledge of a material element of the crime. Whereas it was easier to conceive that the unawareness of a material fact affects the knowledge of this element, it is much harder to see a way in which the ignorance of a norm might eliminate the mental element with regard to a material element, the factual basis of which the perpetrator is aware of. As one should not assume that the gaiters of sentence (2) wanted it to run idle, this 'cryptic' provision[259] was perhaps meant to open the door for mistakes with regard to normative elements and evaluations.

Thus, insofar as one does not wish to resort to mistake of fact as shown above,[260] with regard to normative references and elements of the crime,[261] evaluative misperceptions could be treated in the following manner: since his mental element can only be negated by mistake to the extent that the perpetrator must be aware of material elements, accordingly normative misjudgements are capable of ensuing from a mistake of law only to the extent that the mental element is open to (mis) judgements. As, in addition, the mental element does not require more than the perpetrator's awareness of the social significance of a definitional element, it presupposes neither positive knowledge of the underlying legal provisions nor of their jurisprudential interpretation. Consequently, normative ignorance or evaluative misperceptions would constitute a mistake of law negating the mental dement only if the perpetrator did not even realize the social everyday meaning of the material element of the crime. This, for instance, might be the case if he had no idea that certain letters on a car were to indicate the protected status of this personnel, but not, however, if he related these letters to another organization which would have had a protected status as well.

(c) Even if the mental element is negated by a mistake of law in the way described before, this does not necessarily lead to the exclusion of criminal responsibility though; for, as according to sentence (2) this 'may' merely be the case, it seems as if the ICC Statute wants to leave some discretion to the Court to either accept or ignore the mistake. Although the use of 'may' could perhaps simply mean that not every mistake of law negates the mental element,[262] the other interpretation appears preferable. Not only is 'may' not referring to the negation of the mental element but rather to the exclusion of criminal responsibility (if the mental element is negated by the mistake of law), but the same reference to the exclusion of responsibility can be found in sentence (1), with one significant difference, however: whereas mistakes of law in terms of sentence (1) definitely not capable of excluding criminal responsibility, the principal admissibility of mistakes of law in terms of sentence (2) was intended perhaps to be limited, and therefore subjected, to the discretionary non-exclusion of criminal responsibility by the Court.[263]

Even more convincing in this direction from a legal policy point of view is the fact that, unlike national laws and former international drafts,[264] the ICC Statute does not pay any attention to the (un)avoidability of the mistake, thus not providing a clause rejecting a mistake of law completely or merely allowing mitigation of the sentence, depending on the degree to which the mistake was avoidable for the perpetrator. This lack of flexibility cor-

---

259 As described by *Kress*, supra note 119, 7.

260 Supra, V.C.1(b).

261 As to their variety and types cf. supra IV.F.2 and 3.

262 As suggested by *Weigend*, supra note 231, 1391.

263 In the same sense *Triffterer*, in Triffterer, supra note 4, margin No. 38 f.

264 Cf. supra inter alia Freiburg Draft, Art. 33n (2) and the Updated Siracusa Draft Art. 33-15 (2), supra II.C, at note 40.

responding to the degree of potential blameworthiness of the perpetrator is partly made up for by at least granting the Court discretion with regard to the exclusion of criminal responsibility.

(d) In complementing the general rules on mistake of law dealt with above, a special regulation[265] is provided for mistakes with regard to superior orders according to Article 33(1)(b) and (c) of the ICC Statute. In recognizing the at times delicate situation in which a subordinate was ordered to carry out a command without having had the chance of examining the lawfulness of what he is going to do, the perpetrator, when committing the crime in obedience to superior orders or prescriptions of law, can be relieved of criminal responsibility if he did not know that the order was unlawful (subparagraph b), provided, however, that the order was not manifestly unlawful (subparagraph c).[266]

(e) In sum, aside from the special case of the ignorance of the (non-manifest) unlawfulness of a superior order, mistake of law, as required to negate the mental element, is of practical relevance solely with regard to normative implications of material elements or referential norms.[267] Even within this narrow scope, however, a mistake of law cannot be established by the perpetrator's claiming not to have known the legal provisions and/or their jurisprudential interpretation, but only by his not even having been aware of the social meaning or significance of the material element in a layman's perspective. And even if the perpetrator succeeds in proving this degree of normative ignorance, the Court will still have the discretionary power of rejecting the mistake completely or merely mitigating the sentence[268] according to the degree to which the perpetrator would have been able to avoid his mistake.

D. Non-recognized or Disregarded Errors

With the exception of the case in which the perpetrator was unaware of the (nonmanifest) unlawfulness of a superior order or prescription of law,[269] both mistake of fact and of law are admissible only if they negate the mental element.[270] As a consequence quite a few of the many conceivable misperceptions of the perpetrator[271] will fail to exclude criminal responsibility according to Article 32. Concentrating on the greater errors which are either explicitly rejected or conclusively disregarded by the ICC Statute, the following appear worthy of mention.

---

265 Referred to in the last phrase of Art. 32(2) to Art. 33 ICC Statute.

266 For further details, see Ch. 24.2 above; *P. Gaeta*, `The Defence of Superior Orders', 10 EJIL (1999) 172-191 (188 1.). As to the practical unlikeness of such a case of recognizable mistake, see *Cassese*, supra note 210, 157.

267 This principal disregard of the (non)consciousness of the prohibition as such is, incidentally, a fundamental difference from modern theories of error, also insofar as, with Arts. 30 and 32 ICC Statute, the demarcation of mistakes still runs between mistake of fact and of law, whereas the distinction between `factual errors' (with regard to elements both constituting and negating the unlawfulness of the crime) and `prohibitional errors' with regard to norms (whether constituting or excluding the unlawfulness) allows the orientation of culpability to the perpetrator's ability of realizing his wrongdoing; cf. § 9 (1) Austrian Strafgesetzbuch, § 17 German Strafgesetzbuch; in the same sense, see Art. 14(3) (Spanish Codigo Penal, Arts. 29 f. Polish Kodeks karny); as to evidentiary requirements of Art. 122-3 French Code Pénal, see *Merle* and *Vitu*, supra note 99, No. 587.

268 According to Art. 78 ICC Statute.

269 Cf. supra V.C(d) to Art. 33(1)(b) and (c) ICC Statute.

270 Cf. supra V.C.2 and 3(b).

271 Supra, V.B.

(a) As by nature leaving the mental element related to material elements of the crime untouched, mere ignorance of legal norms or their misinterpretation can, in principle, not establish a valid mistake of law, the only major exception being the misperception of normative elements or references, provided that the perpetrator is not even aware of the social significance of the normative implications concerned.[272]

(b) The ICC Statute's disregard of ignorance of law is expressed with particular regard to the prohibition as such. Although Article 30(2) sentence (1) explicitly excludes mistake of law only 'as to whether a particular type of conduct is a crime within the jurisdiction of the Court', this is not merely to be understood in terms of a procedural error of the perpetrator; for due to the double structure of the Rome Statute in providing both the procedural jurisdiction of the Court and the definition of the prohibited international crimes,[273] the perpetrator's ignorance of the Court's jurisdiction can, at the same time, imply his ignorance of the international prohibition. Consequently, in precluding the jurisdictional mistake, Article 32(2) sentence (1) excludes the ignorance of the prohibition as well.[274] Thus, unlike various recent national penal codes prepared to recognize the 'mistake of prohibition', if unavoidable, as a special type of mistake of law,[275] in this fundamental issue the ICC Statute adheres to the old principle of ignorantia juris (criminalis) non excusat'.

(c) Accordingly, it cannot come as a surprise that the ICC Statute does not take notice of the mistaken assumption or misinterpretation of justifying norms either. Therefore, both in the situation where the perpetrator believes his torturing of war prisoners was justified by a (in fact not recognized) ground of 'military necessity' or that he erroneously extends his right of self-defence beyond its recognized limits, he cannot defend himself by invoking mistake of law.[276] The same holds true with regard to the erroneous assumption of excusing or otherwise exemptory norms, as for instance, in the case that an accused Head of State was not aware of the irrelevance of his official capacity according to Article 27 of the ICC Statute. Even if he would be believed, he could not be heard with this defence.

(d) Errors disregarded by the ICC Statute may not only be found with regard to the law, but with regard to facts as well. Perhaps of greatest practical relevance concerns in particular the mistake about the factual elements of justification, as, for instance, in the case where the perpetrator would have been justified for self-defence if he had, as he erroneously assumed, in fact been attacked.[277] If the material element which the perpetrator must be aware of is limited to the positive definitional elements of the crime, thus not comprising justificatory grounds for excluding responsibility, factual mistakes with regard to grounds of justification are precluded. This is even more true with regard to non-justificatory grounds of

---

272 Supra, V.C.2(b).

273 Cf. Ch. 20 above, I.

274 This exclusion of a mistake, at least according to Art. 32(2), seems to have been overlooked by *Cassese*, supra note 210, 155, in his example of a serviceman, not being aware of his violating an international law prohibition. As to whether the result may be different in case of a superior order, believed by the serviceman to be lawful, cf. *Gaeta*, supra note 267,188 f.

275 As, inter alia, Art. 14 Spanish Codigo Penal; Art. 122-3 French Code Pénal; § 17 German Strafgesetzbuch. Though probably arriving at the same end, § 9 Austrian Strafgesetzbuch recognizes mistake of law if the perpetrator cannot be blamed for his actions ('nicht vorzuwerfen ist').

276 As to the same conclusion cf. *Ambos*, supra note 38, 29 f.

277 Cf. supra, V.C.1(c).

excluding criminal responsibility, such as excuses or other exemptions from punishability.[278]

E. Possible Solutions

Although the emotional abhorrence of crimes as serious as those in question here may argue against the attempt to find further loopholes by widening the door for errors, from the legal point of view, defendants charged with international crimes should not be denied the general principles and defences that are valid for 'normal' everyday criminality. Just as a person accused of killing his neighbour may defend himself by having reasonably believed in being seriously attacked, the soldier in an armed conflict must be given the same chance if he believed himself attacked by a civilian from behind. Similarly, even if the crimes prohibited by the ICC Statute are of a nature and gravity commonly known as unlawful, even the soldier who has been informed of the contents of the Geneva Conventions may not be aware of the variety and reach of all relevant prohibitions, particularly insofar as they are of formal character.[279] Therefore, it appears appropriate to reflect on ways in which some of the shortcomings of the Rome Statute's regulations on mistake of fact and law may be improved. This appears necessary in at least in two respects.

(a) With regard to the mistake about factual elements of justification[280] it appears appropriate to apply Article 32(1) by analogy.[281] This is particularly true in view of the fact that it can be a matter of accident whether a material element is formulated in a positive or a negative way. If, for instance, sexual offences are defined as acting 'against the victim's will', thus granting the perpetrator a mistake of fact if he reasonably believed in the victim's agreement with the molestation, it would hardly be understandable to disregard his mistake if the crime definition did not require acting 'against the victim's will' but instead granted a justification if the victim consented. Since in both configurations the perpetrator's intention, or his mistake, was essentially the same, his criminal responsibility cannot differ between being excluded in the first instance and remaining in the other. As mistakes of this sort have apparently been missed by the ICC Statute, it would be up to the Court to make use of its power to have recourse to principles derived from national laws according to Article 21(1) (c) of the ICC Statute.

(b) Even in recognizing the fact that international crimes, as in general of the gravest nature, are universally known as unlawful and highly reprehensible, there may be situations in which the perpetrator is without fault unaware of the criminal character of his conduct.[282] The more the principle of culpability is recognized as an essential requirement of criminal responsibility, the less an international penal code can afford, particularly if it wishes to function as a model of enlightened criminal law, to completely ignore lack of culpability by

---

278 See supra, V.C.1(d)

279 This is particularly true with regard to rules of warfare the knowledge of which cannot just simply be expected of any ordinary soldier (cf. *Weigend*, supra note 231, 1392, with reference to Art. 8(2)(b)(xiv) and (c)(xii) ICC Statute). In this respect, the situation has hardly changed for the better since *Y. Dinstein*, in The Defence of Obedience to `Superior Orders´ in International Law (1965) 33, declared that `one should take into account the relative uncertainty of laws of war and other branches of international law´.

280 Cf. supra, V.C.1(c), D(d).

281 To the same end, though not explicitly taking recourse to analogy, see *Triffterer*, in Triffterer, supra note 4, margin No. 14.

282 Cf. *A. Eser*, ` "Defences" in War Crimes Trials´, 24 IYHR(1995) 202, at 216 f.

unavoidable mistake of prohibition.[283] As the recognition of such a ground for excluding criminal responsibility would function in favour of the perpetrator, it could be introduced and applied by the Court without violating the principle of nullum crimen sine lege (Article 22 of the ICC Statute).

(c) Should the Court not be prepared to follow the aforementioned suggestions for recognizing mistakes which exclude criminal responsibility, it should at least consider adequate mitigation in the determination of the sentence by taking into account that, due to a mistake, the gravity of the crime may be diminished according to Article 78(1) of the ICC Statute.

VI. Concluding Assessment

The ambivalent impression, mentioned at the beginning, was amply demonstrated in the end.

On the one hand, the Rome Statute provides a rather high threshold for subjecting a person to criminal responsibility for an international crime. Not only, is it the case that with few exceptions, recklessness and negligence cannot render a perpetrator responsible for prohibited acts, but even intention is determined by high standards barely even met by dolus eventualis.

On the other hand, however, as soon as this threshold to an intentional crime is transgressed, the Rome Statute is very reluctant to pay consideration to errors and misperceptions of the perpetrator, even if they are unavoidable for him. This seems to be due to the fact that the underlying philosophy of criminal responsibility is still not free from result-oriented remnants of 'strict liability': international crimes appear so abhorrent that the perpetrator may not be allowed to plead excuses. Yet, as understandable as the ideal of a strong international criminal justice may be, particularly if it expects to be looked up to as an exemplary challenge for criminal justice in general, it cannot leave behind principles recognized throughout the world as fundamental for criminal responsibility. This is true in particular for the principle of culpability, an essential prerequisite of which is the consciousness of unlawfulness. This requirement is not met so long as errors with regard to the prohibition or a justification are deemed irrelevant even if they were truly unavoidable for the perpetrator and for which he, thus, cannot be blamed.

Ultra posse nemo tenetur – an old Roman principle a modern code of international criminal law justice not exempt itself from.

Select Bibliography

National and Comparative Criminal Law

B. Burkhardt, 'Some Questions on What is Called "The Mental Element of the Offence" ', 30 Israel Law Review (1996) 82-105; A. Eser and B. Burkhardt, Strafrecht, Vol. I (4th edn., 1992); A. Eser and G. P. Fletcher (eds.), Justification and Excuse: Comparative Perspectives, Vols. I and II (1987); A. Eser and W. Perron (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung Vol. III (1991); A. Eser and H. Nishihara (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Vol. IV (1995); G. P. Fletcher, Rethinking Criminal Law (1978); id., Basic Con-

283 As to the same view, see *Ambos*, supra note 38, 30; see also *Nill-Theobald*, supra note 11, 347 f. with references to Pre-Rome voices to the same end.

cepts of Criminal Law (1998); H.-H. Jescheck and T. Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil (5th edn., 1997); F. Mantovani Diritto Penale (3th edn., 1992); R. Merle and A. Vitu, Traité de Droit Criminal (7th edn., 1997); S. Mir Puig, Derecho Penal Parte General (5th edn., 1998); A. Schönke and H. Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar (26th edn., 2001); J. Smith and B. Hogan, Criminal Law (9th edn., 1999); J. Vogel, 'Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des Common Law', 1998 Goltdammer's Archiv für Strafrecht 127-150.

International Criminal Law

K. Ambos, 'Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague', in McDonald and Swaak-Goldman, infra 1-31; id. Der 'Allgemeine Teil' des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung (2002); M. C. Bassiouni (ed.), Commentaries on the ILC's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1993); id., International Criminal Law Conventions and their Penal Provisions (1997); C. Elliott, 'The French Law of Intent and its Influence on the Development of International Criminal Law', 11 CLF (2000) 35-46; A. Eser, 'The Need for a General Part', in Bassiouni, Commentaries, supra, 43-52; id, ' "Defences" in War Crime Trials', 24 IYHR (1995) 201-222; A. Gil Gil, Derecho Penal Internacional (1999); G. K. McDonald and O. Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts, Vol. I. Commentary, Vol. II/ 1 and 2. Documents and Cases (2000); C. Nill-Theobald, 'Defences' bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands and den USA (1998); L. Sadat Wexler (ed.), Observations on the Consolidated ICC Text before the Final Session of the Preparatory Committee (1998); L. Sadat Wexler and M. C. Bassiouni (eds.), Model Draft Statute for the International Criminal Court Based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference, Rome, June 15 – July 17 1998 (1998); O. Triffterer, 'Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht', in G. Hankel and G. Stuby (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen (1995) 169-269; id., 'Acts of Violence and International Criminal Law', 4 Croatian Annual of Criminal Law and Practice (2/1997) 811-881; H. Vest, 'Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?', in 113 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (2001) 457-498; id, Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit (2002) 301 ff.; T. Weigend, 'Zur Frage eines "internationalen" Allgemeinen Teils', in B. Schünemann et al. (eds.), Festschrift für Claus Roxin (2002), 1375-1399; E. M. Wise, 'Commentary on Parts 2 and 3 of the Zutphen International Draft: General Principles of Criminal Law', in Wexler, Observations, supra, 43-53; id.; 'General Principles of Criminal Law', in Wexler and Bassiouni, Model Draft, supra, 39-63.

Rome Statute

K. Ambos, 'General Principles of Criminal Law in the Rome Statute', 10 CLF (1999) 1-32; M. C. Bassiouni (ed.), The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History (1998); A. Cassese, 'The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections', 10 EIJL (1999) 144-171; A. Eser, 'Article 31: Grounds for Excluding Criminal Responsibility', in Triffterer, Commentary, infra, 537-554; C. Kress, 'Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts', 1 Humanitäres Völkerrecht(1999) 4-10; R. S. Lee (ed.), The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute (1999); M. McAuliffe de Guzman, 'The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity', 22 HRQ (2000) 335-403; Preparatory Commission Elements: Finalized

Draft Text of the Elements of Crime (UN Preparatory Commission for the International Criminal Court, 6 July 2000, PCNICC/2000/Inf/3/Add. 2); Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, May 6 to July 26, 1996, UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 10 (A/51/10), YILC (1996) Vol. II/2, reprinted in McDonald and Swaak-Goldman, supra, II/1 335; Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court Vol. II. Compilation of Proposals, UN GA, 51st Sess., Supp. No. 22, A/51/22 (1996), reprinted in Bassiouni, The Statute, supra, 441-616; P. Saland, 'International Criminal Law Principles', in Lee, supra, 189-216; W. A. Schabas, 'General Principles of Criminal Law in the ICC Statute', 6 EUR.J.Crime.L. & Crim.J. (1998) 400-428; id., Genocide in International Law (2000); 0. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999).

ALBIN ESER

GROUNDS FOR EXCLUDING CRIMINAL RESPONSIBILITY* [ARTICLE 31 ROME STATUTE]

ART. 31 GROUNDS FOR EXCLUDING CRIMINAL RESPONSIBILITY

1. In addition to other grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute, a person shall not be criminally responsible if, at the time of that person's conduct:

   The person suffers from a mental disease or defect that destroys that person's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law;

   The person is in a state of intoxication that destroys that person's capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law, unless the person has become voluntarily intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime within the jurisdiction of the Court;

   The person acts reasonably to defend himself or herself or another person or, in the case of war crimes, property which is essential for the survival of the person or another person or property which is essential for accomplishing a military mission, against an imminent and unlawful use of force in a manner proportionate to the degree of danger to the person or the other person or property protected. The fact that the person was involved in a defensive operation conducted by forces shall not in itself constitute a ground for excluding criminal responsibility under this subparagraph;

   The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. Such a threat may either be:

   (i) Made by other persons; or

   (ii) Constituted by other circumstances beyond that person's control.

2. The Court shall determine the applicability of the grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute to the case before it.

3. At trial, the Court may consider a ground for excluding criminal responsibility other than those referred to in paragraph 1 where such a ground is derived from applicable law as set forth in article 21. The pro-

cedures relating to the consideration of such a ground shall be provided for in the Rules of Procedure and Evidence.

Literature:

Kai Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung; id., Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility, in: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary 1003, Vol. 1 (2002): id., General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, 10 CRIM. L.F. 1 (1999); id., Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs – Eine Analyse des Rom-Statuts, 111 ZSTW 175 (1999); Ilias Bantekas/Susan Nash, International Criminal Law (2nd ed. 2003); M. Cherif Bassiouni (ed.), International Criminal Court Compilation of United Nation Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference (1998); Christopher Blakesley, Comparing the Ad Hoc Tribunal for Crimes against Humanitarian Law., 67 Revue Internationale de Droit Penal 139 (1996); Kristen Boon, Rape and Forced Pregnancy under the ICC Statute; Human Dignity, Autonomy, and Consent, 32 Columbia Hum, Rts. L. Rev. 625 (2001); Antonio Cassese, International Criminal Law 219 et seq. (2003); id., Justifications and Excuses in International Criminal Law, in: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary 951, Vol. 1 (2002); id., The Statute of the International Criminal Court; Some Preliminary Reflections, 10 EUR. J. INT'L L. 144 (1999); Yoram Dinstein, Defences, in: Gabrielle Kirk McDonald/ Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law 371 (2000); Albin Eser, Individual Criminal Responsibility, in: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary 767, Vol. I (2002); id., Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law, in: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary 889, Vol. 1 (2002); id., "Defenses" in War Crime Trials, in: Yoram DinsteiniMala Tabory (eds.), War Crimes in International Law 251 (1996), also published in: 24 Israel Y.B. Hum Rts. 201 (1995); id., The Need for a General Part, in: M. Cherif. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commissions 1991 Draft Code of Crime Against the Peace and Security of Mankind 43 (1993); id.. Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime, in; Albin Eser/George P. Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung – Justification and Excuse. Comparative Perspectives 17, Vol. I (1987); Paola Gaeta, May Necessity be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?, 2 J. Int'L Crim. Just. 785 (2004); Sander Janssen, Mental condition defences in Supranational Criminal Law, 4 Int'L Crim. L. Rev. 83 (2004); Hans-Heinrich Jescheck, The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute, 2 J. Int'L Crim. Just. 38 (2004); id., Zum Stand der Arbeiten der Vereinten Nationen für die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs, in: Albin Eser (ed.), Festschrift for Haruo Nishihara 437 (1998); Nico Keijzer, Introductory Observations, 39 revue de droit militaire et de droit de la guerre 69 (2000); id., Self-Defence, 39 Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre 100 (2000); Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law (2001); Geert-Jan G.J. Knoops, Defenses in Contemporary International Criminal Law (2001); Marcus Korte, Das Handeln auf Befehl als Strafausschliessungsgrund (2003); Helmut Kreicker, Allgemeine Strafbarkeitsvoraussetzungen, in: Albin Eser/ Helmut Kreicker (eds.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Part 1, Deutschland 270 (2003); Claus Krea, Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Vökerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien

im Statut des Internationalen Strufgerichtshofs, 12 Informationsschriften humanitäres Völkerrecht 4 (1999); Peter Krug, The Emerging Mental Incapacity Defense in International Criminal Law: Some Initial Questions of Implementation, 94 Am. J. INT'L L. 317 (2000); Reinhard Merkel, Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht, 114 ZSTW 437 (2002); Christiane Nill-Theobald, „Defences" bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA. Zugleich ein Beitrag zu einem allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts (1998); Leila Sadat Wexler, Model draft' Statute for the International Criminal Court based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference, Rome June 15 – July, 17, 76 (1998); Leila Nadya Sadat, The International Criminal Court and the Transformation of International Law 211 et seq. (2002); Per Saland, International Criminal Law Principles, in: Roy S. Lee (ed.), The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute 189 et seq. (1999); Massimo Scaliotti, Defences before the international criminal court: Substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1, Int'l Crim. L. Rev. 111 (2001), Part 2, 2 Int'l Crim. L. Rev. 189 (2002); William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court (2001); id., General Principles of Criminal Law, 6 Eur. J. Crim. l. & Crim. Just. 400 (1908); Elies van Sliedregt et al., Self-Defence, Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre 225 et seq. (2000); id., The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law (2003); Gerhard Werle, Völkerstrafrecht (2003); Edward Wise, General Principles of Criminal Law, in: Leila Sadat Wexler (ed.), Observations on the Consolidated ICC Text before the Final Session of the Preparatory Committee 43 (1998); Andreas Zimmermann, Superior Orders, in: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary 957, Vol. 1(2002).

A. General Remarks/Introduction Scope and Genesis of the Provision

Although this article of the Rome Statute, as to be seen, certainly has its merits, it must be made clear from the very outset that both its heading is misleading and its contents incomplete. When speaking of „grounds for excluding criminal responsibility" in such a general way, the provision seems to comprise all defences which may lead to the exclusion of criminal responsibility. This impression is, however, misguided from two countervening ends: On the one hand, as to be concluded from its paragraph 1, article 31 is not the only place in this Statute where grounds for excluding criminal responsibility may be found (infra B); in this respect, the provision has a supplementary function in that it regulates grounds for excluding criminal responsibility not yet recognized in other provisions of this Statute. On the other hand, article 31 is far from providing a complete supplement of all possible defences to an offence, as may be seen from the missing list (infra C). Thus this provision in fact solely deals with incapacity (infra D.II), intoxication (infra D.III) self-defence and defence of property (infra D.IV), and duress (infra D.V). Yet, this deficiency as well is consciously taken into account, firstly in paragraph 2 by giving the Court the power to determine the concrete applicability of the grounds for excluding criminal responsibility (infra D.VI), and secondly in paragraph 3 by allowing the invocation and development of further grounds for excluding criminal responsibility by reference to other applicable international and national law (infra D.VII).

Beyond being merely supplementary and still incomplete, the manner in which these 2 grounds for excluding criminal responsibility are regulated is ambivalent insofar as it leaves open the question as to whether a specific ground may be considered as a justifica-

tion of the offence or merely as an excuse of the offender, or whether other more procedural or political reasons may lead to a discharge. In this respect, by abstaining from a closer differentiation between various types of exclusionary grounds, as known in most continental-European jurisdictions[1], article 31 appears to have been phrased along common law propositions of a rather broad and undifferentiated concept of „defences". Although this common law point of departure has to be kept in mind when interpreting the defences of the Statute, the question remains whether the future development could aim at different ends (infra C).

With regard to the genesis of article 31, two lines of development are worth remarking; a more principal and a more formal one. The first is concerned with the question of whether the Statute should provide grounds for excluding criminal responsibility at all. In this respect, the development leads from almost zero to considerable heights, finally ending on a middle level[2]. If, by neglecting earlier drafts[3], the 1994 ILC Draft Statute of may serve as starting point of the Rome Statute, it must be realized that in this Draft grounds for excluding criminal responsibility are not mentioned at all; this, however, may be explained by the fact that the ILC Draft was by any means rather scarce in pronouncing general principles by merely explicitly expressing the principle of legality (article 39). Thus, in that Draft, solely its article 33 which deals with „applicable law", thereby allowing the application of „general international law" or „any (applicable) rule of national law", could have been used as source for excluding criminal responsibility. After this substantial lack of general requirements of and exemptions from criminal responsibility met with considerable criticism, supported by constructive proposals[4], all further proposals and drafts of UN Committees contained a certain range of various defences. This new openness can be observed as early as in the Ad Hoc Committee Report of 1995, where in Annex II a long list of possible defences can be found[5]. Still more proposals of possible defences are put forward for consid-

---

1 Cf. *A. Eser,* Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime, in: A. Eser/G. P. Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung – Justification and Excuse. Comparative Perspectives, Vol. 1, 19 *et seq.* (1987).

2 In addition to this review cf. also *E. van Sliedregt*, The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law 239 *et seq.* (2003). Further c.f on the controversy about an exhaustive or enumerative list of defences *M. Scaliotti*, Defences before the international criminal court: Substantive grounds for excluding criminal responsibility, Part 1, I Int'L. Crim. L. Rev. 119 (2001).

3 Such as the 1991 ILC Draft Code, in which at least some rudimentary general principles and in rather general terms "defences and extenuating circumstances" had been recognized: cf *A. Eser*, The Need for a General Part, in: M. Cherif. Bassiouni (ed.), commentaries on the international law commissions 1991 Draft Code of Crime against the Peace and Security of Mankind 58 *et seq.* (1993).

4 Cf. in particular, Updated Siracusa Draft, article 33; several of these rules had been phrased differently by *A. Eser/D, Koenig/O. Lagodny/O. Triffterer* (reprinted and compared with the version in the Updated Siracusa Draft in K. Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung 942 *et seq.* (2002)); these rules were also integrated into Proposals to Amend the "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", in: O. Triffterer, Annex 2: Acts of Violence and international Criminal Law, 4 Croatian Ann. of Crim. L. and Practice 872 (2/1997). To the role of these different drafts see also *A. Eser*, Individual Criminal Responsibility, in: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary 777, fn. 38, Vol. I (2002).

5 *Ad Hoc* Committee Report, pp. 18 *et seq.*, 48 *et seq.*

eration in a compilation by the Preparatory Committee of 1996[6]. However, in all further recommendations of the Working Group on General Principles of Criminal Law Penalties, solely mistake of fact or of law were left as explicitly recognized[7]. The eventually decisive step was then taken by the Preparatory Committee at its December 1997 session, where it accepted the recommendations of the Working Group on General Principles of Criminal Law, as here the grounds for excluding criminal responsibility appear for the first time in the form in which it is, in principle, still represented in the present article 31[8].

After these recommendations had basically been upheld by the Inter-Sessional Meeting of January 1998[9] and finally found admittance into the Draft Statute of the Preparatory Committee of April 1998[10] as a formal basis of the Rome Conference, all further modifications were less of principal than of marginal and more formal character. Without wishing to go into details at this point, the Final Draft Statute as presented to the Diplomatic Conference was, regarding defences to an offense, basically structured in the following way: Whereas mistake of fact or mistake of law (article 30) as well as superior orders and prescription of law (article 32) were regulated in special provisions and later merely renumbered to articles 32 and 33 respectively, article 31 was at that stage partly broader due to its recognition of a sort of necessity (paragraph 1 (d)), partly narrower due to its not yet containing a defence of property in case of war crimes (originally to be regulated in a specific article 33, now within article 31 paragraph 1 (c)), and by treating the present paragraph 3 of article 31 as „other grounds for excluding criminal responsibility" in a special article 34. Whereas the chapeau of article 31 as well as paragraph 1 (a) and paragraphs 2 and 3 remained almost unchanged in their substance, paragraph 1 (b), (c) and (d) underwent various modifications in the course of the Rome Conference. Why, when and in which way this happened, must be seen in connection with the analysis of the respective grounds for excluding criminal responsibility (infra D).

In the Post-Rome activities of the Preparatory Commission in charge of defining certain „Elements of Crimes" and developing further „Rules of Procedure and Evidence", the subject matter of defences did not play a major role: Whilst the Elements in abstaining from any further concretization of the Statutory grounds for excluding criminal responsibility, remind the Prosecutor of his or her obligation under article 54 para. 1 to investigate incriminating and exonerating evidence equally[11], the Rules foresee only few procedural

---

6 Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. Doc. A/AC.249/CRP.9 (4 Apr. 1996), Annex: General Principles of Criminal Law. Cf, in addition, 1996 Preparatory Committee II pp. 79 *et seq.*

7 Cf. Preparatory Committee Decisions Feb. 1997, pp. 18 *et seq.*

8 See articles L-O, Preparatory Committee Decisions Dec. 1997, pp. 18 *et seq.*

9 See *Zutphen* Draft, pp. 60 *et seq.*

10 Preparatory Committee (Consolidated) Draft, pp. 66 *et seq.*

11 Elements, General Introduction, paragraph 5 with fn. I. Cf. *M. Kelt/H. v. Hebel*, General Principles of Criminal Law and Elements of Crimes, in: R. S. Lee (ed.), The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence 38 (2001).

regulations of when and how to raise grounds for excluding criminal responsibility[12]. The minor role of defences equally holds true for the Regulations of the Court[13].

Due to the novel nature of how these exclusionary grounds are regulated in article 31, some caution with regard to the appropriate methodology of its interpretation appears advisable. Whereas the interpretation of other parts of the Rome Statute may easily take resort to legal precedents both in international and national criminal law, with regard to this section particular heed must be paid to the wording of these provisions, thus avoiding both an uncritical adoption of the ambiguous and controversial drafting at the Rome Conference and an unreflected implantation from national criminal justice systems.

I. Exclusion of criminal responsibility outside of article 31

As early as in its very first words „in addition to", article 31 indicates that it possesses a supplementary function, firstly in recognizing grounds for excluding criminal responsibility already provided for in other provisions of this Statute, and secondly by additional ones. Thus, in order to get a full view of possible grounds for excluding criminal responsibility, such grounds outside of article 31 must at least be listed, though not commented on here.

1. Abandonment (article 25 para. 3 (f))

According to this provision, a person shall not be held liable for the attempt to commit a crime if he or she abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime, provided that he or she gives up the criminal purpose completely and voluntarily (article 25 para. 3 (f) sentence 2). Although in some countries, such as France, abandonment is considered part of the definition of attempt[14], it is at least a negative and, thus, an excluding factor of criminal responsibility[15].

2. Exclusion of jurisdiction of persons over 18 (article 26)

Although, due to the inability of the delegates to find a consensus on the age of responsibility[16], this exclusion is phrased in procedural terms by excluding jurisdiction, the essential reason behind this is the lack of criminal responsibility under a certain age. Therefore, this exclusion can, in substance, be considered as a ground for excluding criminal responsibility as well[17].

---

12 Cf. rule 79 para. 1 (b) (the defence shall notify the prosecutor of intent to raise a defence pursuant to article 31 para. I), rule 80 (procedures for raising a defence pursuant to article 31 para. 3), rule 121 para. 9 (procedures relating to pre-trial hearings). Cf. *H. Brady*, Disclosure of Evidence, in: R. S. Lee. supra note 11, 403, 414 *et seq.*, *H. Friman*, Investigation and Prosecution, in: id., 493, 521 *et seq.*

13 Cf. regulation 54 (p): At a status conference, the Trial Chamber may issue any order on the defences, if any, to be advanced by the accused.

14 Cf. *G. Stefani/D. Levasseur/B. Bouloc*, Droit Penal General 203 (16th ed. 1997).

15 For details of the various requirements of abandonment cf. *K. Ambos*, article 25, margin No. 34; supra note 4, *A. Eser*, Individual Criminal Responsibility 814 *et seq.*

16 Cf. particular, Preparatory Committee Draft. pp. 60 *et seq.*; in addition *K. Ambos*, General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, 10 crim. l. f. 1, 22 *et seq.* (1999).

17 For more details see *O. Triffterer/R.S Clark*, article 26; *A. Cassese*, Internationall Criminal Law 22 (2003); *M. Frulli*, Jurisdiction ratione personae, in: A. Cassese/P. Gaeta/J.R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary 527, 533 *et seq.*, Vol. I (2002). If not overlooked, this exclusion is neither mentioned by the other comprehensive

3. Mistake of fact and mistake of law (article 32)

As mentioned, even in phases where the drafters of the Statute were hardly prepared to recognize any grounds for excluding criminal responsibility, at least mistake of fact and, to a lesser degree, mistake of law were kept as reasons for excluding, or at least mitigating, criminal responsibility[18]. Remarkably, both mistake of fact and mistake of law are explicitly denoted as grounds for excluding criminal responsibility, albeit under certain conditions: in the case of mistake of fact, if it negates the mental element required by the crime (article 32 para. 1), in the case of a mistake of law, if it negates the mental element or (article 32 para. 2 sentence 2 alternative 1) or if it can be traced back to a superior order or a prescription of law according to article 33 (article 32 para. 2 sentence 2 alternative 2). Although both the structure and contents of these mistake rules may be questionable in various respects[19], it was certainly a decisive step regarding mistake of law to recognize this still worldwide highly controversial ground for excluding criminal responsibility at all[20].

4. Superior orders and prescription of law (article 33)

Another highly controversial ground for excluding criminal responsibility is obedience to a superior order. Although not recognized in principle, article 33 of this Stature provides certain exceptions under which a person may be relieved of criminal responsibility if he or she acted pursuant to an order of a government or of a superior. Although, again, the structure and scope of this provision may be disputable[21], it attempts to find a middle way between entirely disregarding and partly recognizing obedience to a superior as a ground for excluding criminal responsibility[22].

II. Missing defences

In comparison to national penal codes and case laws where the fulfillment of the deftnitional elements of an offense may be negated by a wide range of justificatory, exculpatory or other grounds of excluding punishability[23], the list of possible offenses to international offenses in this Statute is rather limited. This may partly be explained by the fact that crimes penalized and prosecuted by inter- and supranational law are, in principle, of such indefeasible dimensions that any attempts to justify or excuse them appear obscene and, therefore, are met with psychological reservations. Nevertheless, in the same way that a

---

monographs of *G. J. Knoops*, Defenses in Contemporary International Criminal Law (2001), nor of supra note 2, *E van Sliedregt*, Responsibility.

18 supra margin No. 4.

19 For alternative phrasing cf. article 33-15 of the Updated Siracusa Draft.

20 For more details see *A. Eser*, Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. R.W.D. Jones (eds.). The Rome Statuteof the International Criminal Court: Commentary 934 *et seq.*, Vol. 1(2002); *O. Triffterer*, article 32.

21 As alternatives cf. article 33-16 of the Updated Siracusa Draft, the proposal by *A. Eser/D. Koenig/O. Lagodny/O. Triffterer*, article 33 o (in supra note 4, *K. Ambos*, Allgemeiner Teil at 951) and article 11 (in supra note 4. *O Triffterer*, 879) respectively.

22 For more details see *O. Triffterer*, article 33; supra note 17, *G J.. Knoops*, Defenses 41 *et seq.*; supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 316 *et seq.*; *A. Zimmermann*, Superior Orders, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. R.W.D Jones (eds.); The Rome Statute of the International Criminal Court. a Commentary 957 *et seq.*, Vol. 1 (2002).

23 Cf. in general supra note 1, *A. Eser*, Justification 46 *et seq.* or, for instance with regard to German Criminal Law, cf. *Th. Lenckner*, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch prenotes 29 *et seq.* to §§ 32 (at 556 *et seq.*) (26th ed. 2001).

suspected murderer's act may be justified by self-defence, a rapist excused by insanity, or a policeman released from personal liability for suppressed resistance of „superior order", in trials of international crimes it cannot be precluded either from the very outset that the statutory elements of an offense, although all given, may be counteracted by a valid defence[24]. Otherwise it would not have been possible to recognize grounds for excluding criminal responsibility as described supra at B and infra at D. Yet the question still remains as to whether or not there might be further grounds for excluding criminal responsibility. The answer requires a distinction between two groups of possible defences:

1. Explicitly rejected defences to ICC crimes: Official capacity and statutory limitations

In declaring official capacity irrelevant, particularly that of a Head of State or Government (article 27), the Statute explicitly excludes a defence which was formerly practiced commonly and tacitly almost as a „matter of course", which has been rejected, however, since at least as early back as the Nuremberg trials[25]. Since quite recently once more invoked by Pinochet[26], this Statute's explicit exclusion of „official capacity" as a defence will hopefully clarify this controversial question and set a preventive signal towards government-supported crimes[27].

The same holds true for the non-applicability of the Statute of Limitations (article 29). With the explicit rejection of this defence, any speculations on playing with the passage of time are made illusionary[28].

2. Non-addressed defences

Aside from grounds for excluding criminal responsibility which are either statutorily recognized (supra B and infra D) or explicitly rejected (supra C.1), a wide range of defences remains which may be recognized as grounds for excluding criminal responsibility by various national laws, but which are not explicitly addressed in this Statute, neither in a positive nor in a negative way. Although certain defences recognized by national criminal law, by its very nature may not be acceptable within the context of international crimes, such as for instance educational privileges of parents or teachers, quite a few defences remain

---

24 *A. Eser*, "Defenses" in War Crime Trials, in: Y. Dinstein/M. Tabory (eds.), War Crimes in International Law 252 *et seq.* (1996).

25 For more details see *L. N. Sadat*, International Criminal Court and the Transformation of International Law 200 *et seq.* (2002).

26 Cf., id., 201.

27 For more details see *O. Triffterer*, article 27; supra note 17, *A. Cassese*, International Criminal Law 264 *et seq.*; *P. Gaeta*, Official Capacity and Immunities, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. R. W. D. Jones (eds.) The Rome Statute of the International Criminal Court. a Commentary 951, 975 *et seq.*, – Note, however, that article 27 is only directly applicable to Member States, thus, especially after the so called Arrest-Warrant decision by the International Court of Justice, leaving it controversial whether the Court holds jurisdiction over the head of state or government of non-member states. Cf. *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, Judgment of 14 Feb. 2002, para. 61 (<www.icj-cij.org>). As to this decision cf. *P. Gaeta*, Ratione Materiae Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The Hissène Habré Case, 1 J. Int'l Crim. Just. 186 (2003); *S. Wirth*, Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the *Congo v. Belgium Case*, 13 Eur. J. Int'l. L. 877 (2002).

28 For more details see *W. A. Schabas*, article 29; supra note 25, *L. N. Sadat*, International Criminal Court 220 *et seq.*; for possible conflicts with national statutes of limitation cf. supra note 16, *K. Ambos,* Principles 24.

which have already been discussed and partly even considered for this Statute[29], but which in the final end were neither explicitly recognized nor rejected. Without pretending to be exhaustive, this refers to:

- consent of the victim[30],
- conflict of interests/collision of duties[31],
- reprisals[32],
- general and/or military necessity[33],
- the tu quoque argument[34], or
- immunity of diplomats[35].

As several of these defences are highly controversial, partly in principle and partly at least with regard to the character of international crimes[36], it appears understandable that the Statute followed a center line by not explicitly recognizing these defences, and, on the

---

29 Cf. the compilation of the Preparatory Committee in Annex, supra note 6, pp. 19 *et seq.*, and, with spezial regard to war crimes, supra note 24, *A. Eser*, "Defenses" in War Crime Trials 254 *et seq.*, *Ch. Nill-Theobald*, "defenses" Bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA. Zugleich ein Beitrag zu einem allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts 55 *et seq.* (1998).

30 It should be noted, however, that the Elements of Crime as well as the Rules of Procedure and Evidence, in precluding consent from certain crimes (Elements 8 para. 2 (b) (x) fn. 48; 8 para. 2 (e) (xi) fn. 68) or by barring the inference of consent from certain facts (rule 70), implicitly recognize consent as a possible defence, With particular regard to consent problems in sexual abuse cf. *K. Boon*, Rape and Forced Pregnancy under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent, 32 Columbia Hum. Rts. L. REV. 667 *et seq.* (2001), and furthermore *P. Viseur Sellers*, The Context of Sexual Violence: Sexual Violence as Violations of International Humanitarian Law, in: G. Kirk McDonald/O. Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law 263 - 332. 328. Vol. 1 (2000) (who interprets the jurisprudence of the ICTR on cases of sexual violence as constricting the availability of consent as a defence).

31 Cf. *K Ambos*, Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court. a Commentary, 1008, Vol. I (2002).

32 Cf. supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 291 *et seq.* On the controversy about the legality of reprisals against civilians cf. *Prosecutor v. Kupreskic et al*, Case No. IT-95-16-T, Judgment, Trial Chamber, 14 Jan. 2000, paras. 527-536 (rejecting a defence) and *C. Greenwood*, Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, in: H. Fischer *et al.* (eds.), International and National Prosecution of Crimes under International Law. Current Developments 539, 549 *et seq.* (2001) (criticizing the holding in Kupreskic).

33 Cf. supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 295 *et seq.*

34 The ICTY comprehensively classified the *tu quoque* defence as impermissible in international humanitarian law in *Prosecutor v. Kupreskic et. al.*, Case No. IT-95-16, Decision on Evidence of the Good Character of the Accused and the Defence of Tu Quoque, 17 Feb. 1999. Cf. also supra note 2, *E van Sliedregt*, Responsibility 294 *et seq*

35 Cf. supra note 17, *A. Cassese*, International Criminal Law 264 *et seq.*; *D. Robinson*, The Rome Statute and Its Impact on National Law, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. R. W. D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary I 849, 1855 *et seq.*, Vol. 1(2002).

36 Cf. supra note 24, *A. Eser*, "Defenses" in War Crime Trials 245 *et seq.*

other hand, by leaving the door open for one or the other of these defences in an individual case by means of article 31 para. 3 (see infra D.VII).

B. ANALYSIS AND INTERPRETATION OF ELEMENTS

I. Paragraph 1: Chapeau

1. „Grounds for excluding criminal responsibility"

When using this language, the Statute is basically, although only half-way, following continental-European rather than common law traditions. In avoiding the common law term of „defences", open for comprising substantive as well as procedural bars to punishability and prosecution, the Statute is merely addressing substantive grounds for excluding criminal responsibility[37]. Since the term „defence" was consciously avoided[38], it would be inapt to use, as some commentators still do[39], defence and grounds for excluding criminal responsibility as interchangeable concepts[40]. When speaking of „excluding criminal responsibility" without further differentiation, however, the Statute leaves open the question as to whether a given ground is justifying the wrongful act or merely excusing the perpetrator, or even only negating punishability for some other substantive reason[41]. In abstaining from such further differentiation, the Statute remains behind jurisprudential development as was achieved particularly in the Germanic and, to some degree, in the Romanic jurisdictions as well[42]. Although the application of this distinction could be helpful for reasoning certain

---

37 This restriction to substantive exclusions of criminal responsibility, however, seems not to be generally recognized as, quite strangely, even alibi as a clearly evidentiary bar to finding a defendant guilty is mentioned among possible (although by this provision of the Statute not recognized) defences by certain authors, such as supra note 25, *L. N. Sadat*, International Criminal Court 2012: *W. A. Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court 88 (2001). Incidentally, this narrower understanding of defences seems to be gaining fellowship also among common law scholars; see, e.g., *A. Ashworth*, Principle of Criminal Law 209 (3rd ed. 1999).

38 Reported by supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1028 with reference to P. *Saland*, International Criminal Law Principles, in; R. S. Lee (ed.), The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute 206 (1999). Cf. also *R. Merkel*, Gründe für den Ausschluss der Strfbarkeit im Völkerstrafrecht, 114 ZSTW 441 (2002).

39 Cf. *K. Kittichaisaree*, International Criminal Law 258 (2001); supra note 37, *W. A. Schabas*, Introduction 88.

40 With regard to consequences for the application of paragraph 3 which allows the development of further grounds for excluding criminal responsibility, see infra margin No. 74.

41 Cf. the commentary by *L. Sadat Wexler*, Model Draft Statute for the International Criminal Court based on the Preparatory Committee's text to the Diplomatic Conference. Rome June 15 - July 17, 56 (1998); *E. Wise*, General Principles of Criminal Law, in: L. Sadat Wexler (ed.), Observations on the Consolidated ICC Text before the Final Session of the Preparatory Committee 52 (1998), even speaks of a "miscellaneous lot of exculpatory grounds". Even more confusing. supra note 41, *P. Krug*, The Emerging Mental Incapacity Defense in International Criminal Law: Some Initial Questions of Implementation, 94 AM. j. Int'l l. 317, fn. 2 (2000) speaks of "justification" as providing "exculpation" for not wrongful acts as to be distinguished from "excuse" as "exculpating" a particular defendant from accountability, thereby obviously not recognizing that "exculpation" (as discharging from "culpa" in terms of "culpability") is more synonymous with mere "excuse" (of the actor) rather than "justification" of the act.

42 Cf. the contributions to A. Eser/G. P. Fletcher (eds.). Justification and Excuse. Comparative Perspectives (2 Vols., 1987); A. Eser/W. Perron (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung III. (1991); *J. Watzek*, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht 3 (1997);

grounds for excluding criminal responsibility in a properly differentiated way, as in particular with regard to necessity and duress[43], this conceptual deficiency is not to create a practical impediment as it also seems to be a common view[44]. For as long as „criminal responsibility" is understood in a broad sense, i.e. in terms of not only referring to the (subjective) capability of the actor but as also comprising the (objective) wrongfulness of the act, its exclusion may not only be procured by exculpatory factors, as in the case of incapacity (paragraph 1 (a)), but also by genuine justifications as in the case of necessary and proportionate self-defence (paragraph 1 (c))[45].

2. „In addition to" other grounds ... „provided for in this Statute"

By referring to „additional grounds" for the exclusion of criminal responsibility, this article reveals its supplementary, if not even fundamental function as central place for the possible exclusion of criminal responsibility. Taking this route, the article could serve as the main instance of reference in such cases where general issues of these or other grounds for excluding criminal responsibility are in question[46]. This might become relevant, for example, with regard to the time at which a defence must be present: for instance, as neither article 32, concerned with mistake of fact or law, nor article 33, concerned with superior orders, makes any reference to the relevant time, reference to the „person's conduct" in this paragraph could serve as guideline (see infra 3).

Although paragraph I only refers to additional exclusionary grounds „provided for in this Statute", this may not be interpreted as a „closed shop" against other grounds for excluding criminal responsibility, for, as can be derived from paragraph 3, the Statute does not bar the invocation of other exclusionary grounds found in applicable international and national law according to article 21 (see infra D. VII).

However, although the case of concurrent exclusionary grounds is not expressly addressed, there is no reason why it should not be possible for a defendant to invoke multiple grounds for excluding criminal responsibility if they are given, as in the case in which he or she was misguided by a mistake of fact or law (according to article 32) and additionally acting under duress (according to paragraph 1 (c)).

3. „At the time of that person's conduct"

In stating the „person's conduct" as the decisive time at which a ground for excluding criminal responsibility must be given, the Statute takes a rather narrow view by, implicitly, declaring the time at which the statutory result of the conduct as irrelevant. Consequently,

---

furthermore supra note 4, *K. Ambos*, Allgemeiner Teil 825; *H.-H. Jescheek/Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil 332 *et seq.* (5th ed. 1996); supra note 38, *R. Merkel*, Gründe 448 *et seq.* 454; supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 229 *et seq*, 273, 299.

43 Cf. infra margin No. 49; furthermore supra note 38, *R. Merkel*, Gründe 441, 448 *et seq.*, 454; supra note 25, *L. N. Sadat*, International Criminal Court 214 *et seq.*: *M. Scaliotti*, Defences before the international criminal court: Substantive grounds for excluding criminal responsibility. Part 2, 46; supra note 2, *E. van Sliedregt,* Responsibility 230, 271 *et seq.*, 299.

44 *I. Bamekas/S. Nash*, international criminal law 129 (2nd ed. 2003); *A. Cassese*, Justifications and Excuses in international Criminal Law, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary 951, 955. Vol. I (2002); supra note 2, *M. Scaliotti,* Defences, Part I 118.

45 For instance, to consequences with regard to mistakes of fact or law see supra note 20, *A. Eser*, Mental Elements 934 *et seq.*

46 Agreeing *G. Werle*, Völkerstrafrecht, para. 315 (2003).

for instance, with regard to intoxication (paragraph 1 (b)), a person taking part in genocide who, at the time of giving orders or providing support, had already consumed alcohol, his mind yet not affected, could not claim exculpation by proving that, at the time at which the genocidal act was committed by the principals, he had lost his capacity to appreciate the unlawfulness of his conduct. Nevertheless, this so-called „act theory" as opposed to the „ubiquity principle", according to which the place and/or the time of the effect of an act is equally relevant as the place or time of the conduct[47] - appears feasible in that the prohibition as well as permissions and excuses are determinant for the conduct, whereas the occurrence of the statutory result may be accidental or at least no longer influenced by the conduct the respective person is responsible for[48].

II. Paragraph 1 (a): Incapacity

Different from all other exclusionary grounds of article 31 which underwent various 22 modifications in the course of the promulgation of the Statute, the wording of paragraph I (a) has remained unchanged since its elaboration by the Working Group on General Principles of Criminal Law and its adoption by the Preparatory Committee at its December 1997 session[49]. This provision adopts the well-established principle of national criminal justice systems that incapacity or legal insanity serves as a categorical exclusion of criminal responsibility[50]. In this respect, incapacity is to be distinguished from the inability to stand trial (as regulated in article 64 para. 8 and rule 135). As to the contents of paragraph 1 (a), incapacity as ground for excluding criminal responsibility has two basic requirements: a defective mental state in terms of an abnormality of mind[51] (1), in which the capacity to either appreciate the unlawfulness or to control the conduct is destroyed (2).

1. „Suffers from a mental disease or defect"

This component of the insanity defence is a triple one: the defendant has to „suffer" from a certain impairment („disease or defect") that relates to the human mind („mental"). In comparison to corresponding regulations in various recent national penal codes this requirement is narrow in one respect and rather broad in the other.

---

47 For details to these approaches cf. *A. Eser*, in: A. Schönke/H. Schröder (supra note 23), § 8 margin No. 2 (with regard to time) and § 9 margin No, 3 *et seq.* (with regard to place).

48 Cf. also supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1028 *et seq.*, supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 242 *et seq.*

49 Cf. Preparatory Committee Decisions Dec. 1997; Article L.

50 Cf. supra note 46, *G. Werle*, Völkerstrafrecht fn. 245 and para. 375. For details to national underpinnings and case law on this commonly so-called "insanity defence" cf. supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 243 *et seq.* – Note that a plea of incapacity raises procedural difficulties that are neither covered by the Rome Statute nor by the Rules of Procedure and Evidence. For example, article 77 does not foresee detention as the appropriate reaction to a successful incapacity plea; in order not to set the defendant free, regulation 106 para 6 – which allows a Chamber of the Court to transfer detained mentally ill persons or persons suffering from serious psychiatric condition to specialized institutions for appropriate treatment – could be construed as providing the appropriate sanction for defendants successfully raising incapacity. It has to be noted, however, that this interpretation is delicate at best, since it would invent a highly intrusive criminal sanction with there being only a very small, if any, basis in the Rome Statute. For an overview over further procedural problems cf. supra note 41, *P. Krug*, Mental Incapacity 322 *et seq.*

51 As understood in *Prosecutor v. Delalic et al.*, Case No. IT-96-21-A, Judgement, Appeals Chamber, 16 Nov. 1998 para. 1156 (hereafter Celebici).

On the one hand, the regulation of incapacity in subparagraph (a) could be understood as narrow because of solely recognizing „mental" deficiencies as ground for excluding criminal responsibility. As suggested in the first edition of this commentary and, indeed, followed by some prominent authors[52], „mental" might be interpreted as not covering merely „psychic" disturbances as long as they do not affect the cognitive or intellectual capacity of the person concerned. Consequently, other psychic affections or deep emotional disturbances, as they may be taken into consideration in national laws[53], could only be taken resort to by way of paragraph 3 of this article (infra D.VII). At second glance, however, this restrictive reading of „mental" appears neither cogent nor adequate as better arguments speak for a broader concept in which „mental" encompasses impairments both of reason (cognition)[54] and emotion (volition)[55]. Remembering that this issue resonates the recurring debate in national criminal law as to whether the incapacity defence should be restricted to cognitive inabilities of the defendant to recognize the unlawfulness of his or her conduct or also to comprise uncontrollable, irresistible impulses, though the defendant may still be intellectually aware of the wrongfulness of his or her action[56], and taking into account that the (English) term „mental" is highly ambiguous, bearing several connotations that neither point one or another way[57], with regard to the Statute both the legislative history of paragraph I (a) and teleological reasoning as well as comparative analysis advise a broad interpretation of „mental". Not only that a restrictive cognitive understanding would trail recent national penal codes that opted for an inclusion for volitional disturbances and disorders[58], but what is even more, the formulation „mental disease or defect" is directly taken from sec. 4.01. U.S. Model Penal Code[59] which supplements the cognitive focus of the (in)famous M'Naghten test[60] with a volitional element. Furthermore, this dualistic approach is normatively warranted since the psychiatric distinction between volitional and cognitive

---

52 Such as supra note 17, *G. J. Knoops*, Defenses 114, and supra note 46, *G Werle*, Völkerstrafrecht margin No. 375.

53 As, for instance, according to § 20 German Penal Code. For details see *Th. Lenckner/W. Perron*, in: A. Schönke/H. Schröder, supra note 23, § 20 margin Nos. 6 *et seq.* (at 359 *et seq.*).

54 In terms of encompassing awareness and understanding; cf. *W. Wilson*, Criminal Law: Doctrine and Theory 231 (2nd ed. 1998).

55 As, in particular, suggested by *S. Janssen*, Mental condition defences in Supranational Criminal Law, 4 Int'L. Crim. L. Rev. 84 (2004); supra note 41, *P. Krug*, Mental Incapacity 324; supra note 43, *M. Scaliotti*, Defences, Part 2 26; and as also interpreted by the (German) Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches: Deutscher Bundestag Drucksache 14/8524, 37 (Cabinet's Draft for a German International Criminal Code); similarly supra note 38, *R. Merkel*, Gründe 443.

56 Cf. *Smith & Hogan*, CRIM. L. 204 (9th ed. 1999).

57 Cf. Oxford English Dictionary, Oxford University Press (2004) keyword: mental.

58 Beside § 20 German Penal Code of 1975 (already mentioned supra note 53), cf. in particular article 35 Polish Penal Code of 1998 and article 20 Spanish Penal Code of 1995.

59 Sec. 4.01. U.S. Model Penal Code reads: "A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate his criminality (wrongfulness) of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law".

60 House of Lords, 8 ER 718 (1843). The relevant section reads as follows: "... to establish a defence on the ground of insanity it must be clearly proved that, at the time of committing the act, the accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong".

disorders is in a constant flux[61], so it does not seem sensible to rest the availability of the incapacity defence on hazy labels attached to mental illnesses. Finally, this reasoning evidently motivated the Working Group Chairman's statement that the effect, not the label, of a certain mental condition should be the pertinent factor[62].

On the other hand, however, this component of the insanity defence appears rather broad by not requiring a specific mental „disease", but by being content with any „defect" that destroys the defendant's relevant capacity. And this gate to the insanity defence is, of course, even more opened if „mental" is to be broadly understood in-terms of comprising both cognitive and emotional defects as described before.

This obvious danger of opening the insanity defence to almost any psychic affection must be counterchecked by all the more taking the requirement of „suffering" from a relevant disease or defect serious in that not a merely temporary or momentary mental defect may suffice but that it must amount to a disturbance of some duration[63].

2. *„Destroys" the person's „capacity to appreciate" the unlawfulness or the „capacity to control" the conduct*

However narrow or broad the mental deficiencies are construed, the final limits of the insanity defence anyhow depend on the further required effects on the defected mind.

With regard to the affected capacity, the Statute continues its mild approach in that it suffices that either the (cognitive) „appreciation"[64] of the unlawfulness or nature of the conduct or the (volitional) „control" of the conduct to conform to the requirements of law is affected[65].

Thus, the ultimate limitation of the incapacity defence rests with the degree of defection of the relevant capacity: it has to be „destroyed". In this respect, the Statute clearly goes beyond the otherwise very similar sec. 4.01. US Model Penal Code, which only calls for a „lack of substantial capacity"[66]. The criterion „destroy" is nonetheless far from self-explaining. If, on the one hand, the mental deficiency goes so far as to completely exclude the person's ability or awareness of acting as such, criminal responsibility is not only excluded by lack of culpability according to paragraph I (a), but eventually even by lack of human conduct or lack of intent (article 32 para. 1). If, on the other hand, from a normative point of view, the destroyed capacity was equated with the utter elimination of volitional control or cognitional reason, the Statute would set unrealistic hurdles, since mental disorders normally do not leave mentally ill people absolutely incapable of self-control or totally

---

61 Supra note 41, *P. Krug*. Mental Incapacity 324, footnote 48.

62 Reported by supra note 43, *M. Scaliotti*, Defences, Part 2 26.

63 Agreeing supra note 17, *G. J. Knoops*, Defenses 114.

64 As "appreciate" is again borrowed from sec. 4.01. U.S. Model Penal Code, one should be aware of the controversy as to whether using "appreciate" rather than "know" entails a broader understanding than simple cognition; in this case the offender has to be intellectually and emotionally aware of the significance of his conduct. C. f. Model Penal Code and Commentaries. Part I, General Provisions §§ 3.01 to 5.07 169 (1985).

65 For more details of these two different sides of culpability c. f., with regard to the almost equivalent version of the German § 20 Penal Code, supra note 53, *Th. Lenckner/W. Perron*, § 20 margin Nos. 25 *et seq*. (p. 372 *et seq.)*.

66 In a similar way, rule 67 lit. A (ii) (b) ICTY refers to "diminished or lack of mental responsibility". This provision was addressed in Celebici (supra note 51) but only to the extent of diminished mental capacities.

disorientated[67]. In order to give testifying expert witnesses an appropriate and workable orientation and to grant mentally ill defendants a fair chance to raise incapacity, „destroyed" mental capacities may reside between the substantial and the absolute impairment of cognitive or volitional abilities[68]. What, thus, is required for is an extensive and far-reaching loss of self-control or reason[69].

At any rate, however, the level of incapacity must still remain above mere diminished mental capacity; for different from various national penal codes, the Statute does not provide a (partial) defence of „diminished criminal responsibility"[70]. Therefore, as suggested in the First Edition of this Commentary, taking resort to paragraph 3 seemed to be the only way for taking a case of diminished responsibility into account[71]. Yet, this is not necessary anymore since rule 145 para. 2 (a) (i) explicitly mentions „substantially diminished mental capacity" which, though „falling short of constituting grounds for exclusion of criminal responsibility", may be taken into account in the determination of sentence. This pragmatic approach[72], although precluding an independent defence of „diminished responsibility", at least allows for mitigation in the sentencing phase; but as the mental abilities must be „substantially" reduced[73], more than merely minor mental defects are to be required[74].

III. Paragraph 1 (b): Intoxication

This ground for excluding criminal responsibility is world-wide highly controversial, not at least due to the diverging cultural attitudes towards alcohol. Thus, the handling of intoxication differs greatly from nation to nation[75]. So it cannot surprise that the Statute follows a

---

67 Cf. the comment to sec. 4.01. U.S. Model Penal Code: "Disorientation, psychiatrists indicated, might be extreme and still might not be total; what clinical experience revealed was closer to a graded scale with marks along the way". Model Penal Code and Commentaries. Part I, General Provisions §§ 3.01 to 5.07 171 (1985). Cf. also *C. A. Salton*, Mental Incapacity and Liability Insurance Exclusioniny Clauses, 78 California L. Rev., 1027, 1042 (1990).

68 Yet cf. supra note 55, *S. Janssen*, Mental condition defences. 85, 96 deeming the Statute to require one hundred percent insanity, thus making a successful insanity plea highly unlikely.

69 The Statute's still high requisites are legitimated by the seriousness of the pertinent crimes.

70 Cf. § 21 German Penal Code.

71 As criticized by supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 247, resorting to article 31 para. 3 would have been systematically problematic, however, since this norm only deals with full defences, whilst diminished responsibility only serves as a partial defence. Cf. also supra note 43, *M. Scaliotti*, Defences. Part 2 27, considering the option to raise diminished responsibility under article 21.

72 Which eventually follows neither the continental-European understanding of diminished responsibility as partial excuse (*i.e.* a partial reduction of the defendant's culpability) nor the Anglo-American understanding, where diminished responsibilities reduces the charge to a lesser included offense, for example from murder to manslaughter. On the different approaches to diminished responsibility c. f. supra note 41, *P. Krug*, Mental Incapacity 328 *et seq.*

73 The qualification "substantially" was already circulated in the Preparatory Committee (Consolidated) Draft. p. 122, fn. 13.

74 Note, that interpreting the qualification "substantially" with reference to supra note 51, Celebici, para. 1 166, where the ICTY advanced a substantially impairment test for determining the scope of the diminished responsibility defence of rule 67 lit. A (ii) (b) ICTY is delicate at best, since the ICTY was prepared, under certain conditions, to understand diminished responsibility as a complete defence (cf.12 supra note 51. Celebici, para. 1164).

75 Beside this lack of a common approach to dealing with intoxication, as already addressed in the 1996 Preparatory Committee 11 (see fn. to article M. p. 98), and still in the Preparatory Com-

centerline by neither completely disregarding nor unconditionally recognizing lack of capacity by reason of intoxication as a defence. Although the main approach of the present provision can be found as early as in the Report of the Working Group as accepted by the Preparatory Committee in its December 1997 session[76], the Draft Statute of April 1998 still contained quite a few altematives[77]. Thus, it was not prior to the session of the Working Group of June 29, 1998[78] that the final version was accepted[79].

As to the provision's scope, at the Rome Conference it was controversial whether intoxication serves as an excuse only to war crimes or also to genocide and crimes against humanity[80]. According to the Working Group's Chairman it was inconceivable that the Court would accept intoxication with regard to the latter two charges[81]. Following this reasoning, Ambos deems it „absurd to defend a person who committed genocide or crimes against humanity with the argument that he or she was drunk"[82]. Yet, such an a priori limitation of subparagraph (b) can neither be reconciled with the encompassing wording nor is it normatively warranted. Although it seems practically inconceivable that masterminds of a prolonged genocidal engagement or of widespread or systematic attacks against a civilian population raise intoxication, it is not unlikely that an individual genocidal act or a particular crime against humanity is committed by an ordinary low-level person who is actually intoxicated throughout the whole crime and thus should not be precluded from raising subparagraph (b).

This rather lengthy provision can be broken down into two positive elements by requiring a certain state of intoxication (1) by which the person's capacity of appreciation and control is destroyed (2), and a negative element by excluding exculpation if the person was voluntarily intoxicated (3).

1. „State of intoxication"

Whereas the first drafts had required intoxication to be caused by alcohol or drug consumption[83], although then opening it to „other means"[84], the Statute finally rescinded the presupposition of a specific substance or cause by which the intoxication must have been produced. As, however, intoxication by its very meaning implies a sort of toxic impact, it would not suffice that the person acted in a state of excitement or acceleration, as may

---

mittee Draft, p. 69, fn. 24, it was even questioned in principle whether voluntary intoxication was at all a defence worth to be discussed in the context of crimes at stake here: see Report of the Working Group of General Principles of Criminal Law, U.N. Doc. A./Conf.183/C.I/WGGP/L.4, Add.1/Rev.1 (1998), p. 4, fn. 8; cf. also supra note 16, *K. Ambos*, Principles 25 et seq. For details to national underpinnings of this defence c. f. also supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 250 *et seq.*

76 See article L para. 1 (b) Preparatory Committee Decisions Dec. 1997, p. 19.

77 See article 31 para. 1 (b) Preparatory Committee (Consolidated) Draft, p. 67 *et seq.*

78 Article 31 para. I (b) Report of the Working Group on General Principles of Criminal Law, Committee of the Whole, U.N. Doc. A./CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1 (1998).

79 According to supra note 38, *P. Saland*, Principles 207, as drafter of this provision, this compromise was eventually accepted because it "had the benefit of not satisfying anyone".

80 Cf. supra note 43, *M. Scaliotti*, Defences. Part 2 34, supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1030.

81 Reported by supra note 43, *M. Scaliotti*, Defences. Part 2 34.

82 Supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1030.

83 See article M in the 1996 Preparatory Committee 11, p. 98.

84 Cf. article 25 (L) para. 1 (b) *Zutphen* Draft, p. 61.

follow from endogenic causes or external circumstances, though in its effect comparable to drunkenness or drug consumption, rather the intoxication must at least be caused by consumption of an exogenic substance with the effect of an intoxication.

2. *„Destroys" the person's „capacity to appreciate the unlawfulness" or the „capacity to control" the conduct*

As in the case of incapacity by mental defect, it would not be sufficient that the intoxication merely diminishes the person's capacity of appreciation and control, but rather it must „destroy" the personal ability to realize and estimate that he is acting unlawfully or, if the person is still aware of the lawfulness of the conduct, lacks the ability to control it according to the requirements of law[85].

3. *Unless „voluntarily intoxicated" in that the person „knew or disregarded the risk" of being „likely to engage in conduct constituting a crime within the jurisdiction of the Court"*

By excluding exculpation if the person concerned became voluntarily intoxicated, the Statute attempts to prevent a mala fide procured state of incapacity, as would be the case if penal law were to tolerate that a person puts himself into a state of non-responsibility by means of intoxication with the objective of committing a crime and later to invoke his lack of capacity as a ground for excluding responsibility. Instead of denying any voluntary intoxication an exculpation, however, the Statute follows the principle of actio libera in causa by presupposing that the person „knew" or „disregarded the risk" of getting involved in criminal conduct at the point of becoming intoxicated. Evidently, this bars intoxication as a ground for excluding criminal responsibility if the defendant intentionally sought „Dutch courage" to commit a crime. Less clear, however, is the exclusion of this defence when the defendant merely disregarded the risk of committing a crime under the influence of alcohol or other drugs. Whereas Arnbos seems to consider negligence as sufficient for excluding the defence[86], other sources require that the person concerned was not only cognitively aware of the likelihood of committing a crime but also anticipatorily approved this (in terms of do/us eventualis)[87]. Although this may be doubtful from a systematic point of view, as it means introducing a mental standard that was otherwise carefully avoided in the Statute[88], it is nevertheless submitted that paragraph 1 (b) establishes a test that resides between negligence and dolus eventualis, by precluding the intoxication defence if the defendant acted recklessly with regard to getting involved in a crime. This conclusion not only takes into account the provision's controversial legislative history – as a hard-fought compromise between most Arab States, considering voluntary intoxication as an aggravating circumstance, and most western countries, by precluding conceptualizing even voluntary intoxication as a ground for mitigation if not exculpation; applying a recklessness

---

85 For further details to this parallel component of the intoxication and the incapacity defences see supra margin Nos. 26 *et seq.*

86 Cf. *K. Ambos*, Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs – Eine Analyse des Rom-Statuts, 111 ZSTW 189 (1999), contending that a "fahrlässige" *actio libera in causa* is enough. For a concurring interpretation cf. supra note 46. *G. Werle*, Völkerstrafrecht, margin No. 385 with fn. 270.

87 As may in particular be concluded from the Official German translation of "disregarding the risk" in paragraph 1 (b) as "in Kauf nehmen" and as also supported by supra note 38, *R. Merkel*, Gründe 444 (holding that paragraph 1 (b) requires "*dolus eventualis*").

88 Cf. supra note 20, *A. Eser*, Mental Elements 932.

standard is also supported by the wording since disregarding a risk insinuates that the person concerned is nothing more and nothing less than mentally aware of running the risk of conunitting a crime. It yet has to be noted that the defendant's recklessness is not to be determined singularly by the „risk" of engaging in international criminal conduct; rather the recklessness requirement is somewhat moderated by the Statute's reiteration that the person concerned disregarded the „risk" of „likely" committing a crime. Consequently, intoxication is only then excluded as a defence if (a) the person intentionally became drunk or otherwise intoxicated and (b) knowingly or recklessly took the risk that, due to the intoxication, he would be likely to commit or otherwise get involved in a crime. Thus, intoxication can be invoked as a defence if and as long as the person was involuntarily intoxicated or, although having voluntarily become drunk or stupefied by drugs, was not aware of the risk that he could engage in criminal conduct as a ramification of the intoxication.

Yet, even if the person is aware of such likelihood, he is only barred from exculpation if the conduct he is likely to become involved in would be „a crime within the jurisdiction of the court". This means that even in a case in which a soldier is aware that, due to his drunkenness, he might commit a murder, he could hardly be barred from invoking intoxication as a defence as long as he was not aware of the genocidal or anti-humanitarian character of the murder in terms of article 6 or 7 of this Statute[89]. This requirement must not be taken lightly[90] since committing an international crime should normally be, even in times of war and conflict, an exceptional or, to use the Statute's term, unlikely event. Thus, if so wanted or not, due to this clause intoxication may well serve as general defence, which is only exceptionally precluded if there is an actio libera in causa. This especially holds true with regard to intoxication with drugs or alcohol. Although, as a matter of experience, criminal involvement seems more likely to occur in case of voluntary intoxication with these substances, it would turn the provision's rule-exception-relationship upside down to only leave room for this defence if the intoxication was procured by „other means" than drug or alcohol[91].

IV. Paragraph 1 (c): Self-defence, defence of another person, and defence of property in war crimes

„The principle enshrined in this provision", as aptly summarized by the ICTY in Kordic, „reflects provisions found in most national criminal codes and may be regarded as constituting a rule of customary international law"[92]. Although, thus, legitimate defence as a

---

89 As this reference and limitation to the "jurisdiction of the court" was added to the last sentence of article 31 para. I (b) rather late, namely (according to the available papers) by the Chairman's (of the Working Group on General Principles of Criminal Law) proposal for article 31 para. 1 (b) Option 3 (U.N. Doc. A/Conf.183/C.1/WGGP/L8/Rev.1 (25 June 1998)), it is not quite clear whether this restriction of the responsibility by *actio libera in causa* was made on purpose or whether an interpretation different from that assumed here was intended, Cf. also supra note 25, *L. N. Sadat*, International Criminal Court 213, footnote 160, guessing that in the application of this provision judges coming from legal systems rejecting voluntary intoxication may read the Statute more narrowly on this point.

90 As rightly stressed in particular with regard to the difficult proof of such an intent by supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1030.

91 As suggested by supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 250.

92 *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Case No. IT-95-14/2-T, Judgement, Trial Chamber, 26 Feb. 2001, para. 451. To national underpinnings of self-defence cf. supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 264 *et seq.*

„classical" ground of justification had already been contained in the Preparatory Committee's compilation of 1996[93], its concept and phrasing remained highly controversial until the very last framing of this provision[94]. Whereas the Draft Statute of April 1998 was sent to the delegates of the Rome Conference with quite a few decided alternatives and a lengthy wording[95], the first sentence of the present provision seems to go back to a proposal by the USA of June 1998[96], not yet, however, did it include the defence of property in case of war crimes which in terms of „military necessity" was originally conceived as a separate ground for excluding criminal responsibility[97], but was finally integrated into the first sentence of this provision on proposal of the Working Group[98]. The last sentence of the provision, dealing with defensive operations, was finally added in the very last minute by the Drafting Committee[99]. Basically three requirements are essential for the exclusion of criminal responsibility under this provision: A person not merely being involved in a defensive operation (1), a qualified danger to a person or property by unlawful force (2), and an appropriate defence against it (3).

1. „Person" (not merely) „involved in a defensive operation"

Although unusual, starting with the second sentence of subparagraph (c) is warranted because this clause helps to reveal the scope of the Statute's self-defence provision[100]. Most fundamentally, „self-defence" as known in public international law and as used in criminal law is to be distinguished.

First, since the Rome Statute is only concerned with the individual criminal responsibility of human actors, subparagraph (c) does not address the defensive use of force by States (or equivalent non-State actors), as left unimpaired by article 51 UN Charter[101]. This distinc-

---

93 See article N 1996 Preparatory Committee 11, p. 99 with Annex, pp. 15 *et seq.*

94 Cf. Report of the Working Group of 29 June 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1, P. 5 note 13.

95 See article 31 para. I (d) Preparatory Committee (Consolidated) Draft, p. 68, based on article L para.' (d) *Zutphen* Draft, p. 62.

96 Article 31 para. 1 (b) Proposal by the United States of America for single provision covering issues currently governed by articles 31, 32, 33 and 34 (U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.2 (1998)); a similar proposal, although not yet containing defence of property, had been made by Japan (cf. Annex of the 1996 Preparatory Committee 11, p. 16).

97 See article R in the 1996 Preparatory Committee II, p. 103; article 33 Preparatory Committee (Consolidated) Draft, p. 17.

98 See article 31 para. 1 (c) supra note 78, Report of the Working Group, pp. 4 *et seq.*

99 In this sense, as already favored by some delegations (see supra note 78, Report of the Working Group, p. 5, fn. 12), article 30 para. 1 (c), sentence 2 Draft Report of the Drafting Committee to the Committee of the Whole (U.N. Doc. A/Conf.183/C.I/L.65/Rev.1 (1998)), p. 7). – To the genesis of this article of the Statute c. f. also supra note 16, *K. Ambos*, Principles 26 *et seq.*

100 Just to the contrary, supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 264 considers the clause as "superfluous", reasoning that "a defensive operation does not qualify as a reaction to an "unlawful use of force". If this is to mean that a defensive operation is either not a "reaction" (but rather an action) or, if to be considered as a reaction, is directed against a not "unlawful" (and thus lawful) use of force, then her statement would not express more than a truism. In fact, however, sentence 2 of subparagraph (c) can truly function as indicating the distinctions between various levels which must be observed in the following and as they are aptly presented by supra note 2, *E. van Sliedregt*, ibid. 254 *et seq.*, though without taking reference to the clause in question.

101 Cf. supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1016, 1033; supra note 16, *K. Arnbos*, Principles 27; supra note 2, *M. Scaliotti*, Defences. Part I 158 *et seq.*; supra note 46, *G. Werle*, Völker-

tion between self-defence on the levels of international criminal and of public international law and their terminological designations is additionally confused by the fact that article 51 UN Charter distinguishes between „individual self-defence" of a Member State (in case of an armed attack) and „collective self-defence" rendered by other Member States (in support of the attacked State)[102]. Therefore, if one wants to talk of „individual" or „collective" self-defence as performed by a combatant in the context of article 31 para. 1 (c) of the Rome Statute, one must be aware that this provision renders a further distinction with regard to the individual acting in self-defence: by disqualifying individuals „involved in a defensive operations" who are as according to sentence 2 not per se excluded from criminal responsibility, sentence 1 is, in fact, justifying only „private" self-defence as distinct from „operational" self-defence carried out within or in course of a collective action. Thus, although paragraph 1 (c) by speaking of acts of a „person" obviously concerns „individual" self-defence in terms of criminal law only, the exclusion of criminal responsibility still depends on whether the individual defended himself (merely or also) in his personal (non-official) capacity („private self-defence") or solely in his official capacity as agent of a collective entity, like a State („operational self-defence"). This exemption of (purely) „operational self-defence" (in terms of sentence 2) from (at least to some degree also) „private self-defence" (in terms of sentence 1) means that the justification of the concrete defensive act must be distinguished from its possibly collective context in two directions: On the one hand, the self-protecting action of a combatant is not simply privileged because of its embedment in an attack that is legal according to public international law; for this reason, the wide field opened by sentence 1 for defence of qualified property in war crimes can be substantially narrowed")[103]. On the other hand, „private self-defence" (as described before) is not privileged only because its operational framework is legal, nor is it foreclosed only because the operational context is illegal[104] - just as ius ad bellum and actio in bello are to be kept distinct.

Second, although due to sentence 2 pure „operational self-defence" cannot avail itself of sentence 1, that does not mean that this kind of defensive action remains without any ground for excluding criminal responsibility. For as the reservation by sentence 2 regarding the involvement in a collective defence situation is explicitly limited to subparagraph (c), international criminal responsibility in connection with defensive operations may still be excluded by other provisions, such as under public international law[105]. If, for example, a head of State orders a military defence operation in order to fight back an enemy State, although he cannot raise self-defence under paragraph I (c), he still may take resort to the defences in terms of paragraph 3, as, in particular, to article 51 UN Charter. Accordingly, although a combatant, while not being himself in acute danger, may not be justified by

---

strafrecht margin Nos. 327 *et seq.* Cf.also *E. van Sliedregt et al.*, Self-Defence, Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre 102 (2000).

102 Cf. supra note 29, *Nill-Theobald*, "Defenses" 358 *et seq.*; *A. Randelzhofer*, Article 51. in: B. Simma (ed.), The Charter of the United Nations – a Commentary margin No. 37 *et seq.*, Vol. 1 (2nd ed. 2002); *T. Franck*, Recourse to Force: State Action against Threats and and Armed Attacks, 23 *et seq.* (2002).

103 Cf. infra margin No. 44.

104 Cf. supra note 31. *K. Ambos*, Other Grounds 1034.

105 Cf. U.N. Doc. A/Conf.183/C.1/WGGP/L.4/Add.3 (1998), p. 2 (fn. 1) to "accomplishing a military mission" which declares that "the use of force by States is governed by the applicable international law".

paragraph 1 (c) for eliminating an enemy on the battlefield, he could still refer to the general allowance of killing an enemy combatant under international humanitarian law[106].

2. *„imminent and unlawful use of force" against (specific) legally protected interests*

a) The exclusion of criminal responsibility in any of the various instances of this provision requires the „imminent" and „unlawful" „use of force". As force can be exerted in various ways and to a varying degree and no further qualification is required by this provision, force can be understood in a broad way, not necessarily requiring a physical attack, but also including psychic threats, provided that their effects are not only announced for the future but exerting coercion presently[107]. This use of force has to be imminent. Although a literal approach to „immediacy" and a systematic comparison with paragraph 1 (d), where it was deemed necessary to mention „continuing or imminent" risks, suggests otherwise, there is common agreement that a use of force is imminent if it is immediately antecedent, presently exercised or still enduring[108]. Thus, a defender neither has to wait until a danger has become present, nor is it allowed to use pre-emptive or even preventive means to circumvent a use of force, nor is it permitted to retaliate against an already passed attack. As a third requirement, the use of force has to be unlawful. Expanding on the afore mentioned distinction between „personal" and „operational" actions[109], the unlawfulness of the „use of force" under paragraph 1 (c) must not be confined with the legality or illegality of a collective engagement. Paragraph 1 (c) is concerned with the unlawfulness of the individual attack, whilst it is indifferent to this attack's being part of a legal or illegal collective campaign[110]. Thus, the use

---

106 Strangely enough, however, if it comes to the killing of enemy combatants on the battlefield, one hardly can find an explicit reasoning of its justification, the implicit reason being that acts of war already seem to be exempted from the "normal" provisions on murder and manslaughter (like in German terms characterized as "nicht tatbestandsmäßig" by supra note 38, *R. Merkel*, Gründe 450). Thus, "Rules of Engagement" – like similar conventions and rules of war – may traditionally be understood as restrictions (rather than foundations) of justifications found in customary international law.
For details to this issue, which would deserve more elucidation than so far present, see – with regard to national criminal law – *B. Jahnke*, Totschlag. in: Leipziger Kommentar StGB, § 212 margin Nos. 16-21 (11th ed. 2002), *R. Maurach/F.-C. Schroeder/M. Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil 33 *et seq.*, Vol. (9th ed. 2003), *H. A. Wolff*, Gewaltmaßnahmen der Vereinten Nationen und die Grenzen der strafrechtlichen Rechfertigung der beteiligten Soldaten, in: 38 Neue Zeitschrift für Wehrrecht 9-21,15 (1996), and – with particular focus on international criminal law – supra note 17, *G. J Knoops*, Defenses 37 *et seq.*, supra note 29, *C. Nill-Theobald*, "defences" 59 *et seq.*, supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 255.

107 This broad notion of "force" is also supported by the fact that stronger alternatives which, for instance, required threat of death or serious bodily harm (see article 31 para. 1 (d) Preparatory Committee (Consolidated) Draft. p. 68) were finally not accepted, nor was ever required force in form of "violence" which more easily would have been open for implying some physical impact. Agreeing with the broad interpretation of "force" supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1032.

108 Cf. supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1032; supra note 55, Regierungsentwurf Völkerstrafgesetzbuch 34.

109 Cf. margin No. 39.

110 Not disentangling the collective use of force from the use of force presupposed in paragraph 1 (c) leads to a confused or at least unclear understanding of the Statute's self-defence provision. At the Rome Conference, the delegation of Mexico intended to add the footnote to the effect

of force is „unlawful" if it is not justified for its part by law or any other legally valid permission or order.

b) Paragraph I (c) is limited to the defence of specifically protected interests. With respect to all crimes falling under the jurisdiction of the Court, paragraph 1 (c) justifies an accused's action to defend himself or herself or another person. As probably recognized world-wide, the concept of legitimate defence is not limited to self-defence but also comprises defence of „another person" who has been endangered by an unlawful attack. Whereas this requirement certainly precludes mere danger to any property[111], a person can be endangered with regard to life, physical integrity and liberty[112].

c) With respect to the special „case of war crimes", the defence clause of paragraph 1 (c) 43 is opened to the protection of „property", though only if one of two qualifications is present. One concerns property which is „essential for the survival of a person". This seems to be merely a special case of the general and uncontroversial protection of a person's life: the defended property not only has to ensure that a person continues to exist in a very primordial physical sense („survival"), it must be indispensable („essential") in that a human's very continuing existence hinges on said property. The other qualified protection concerns property which is „essential for accomplishing a military mission". As certainly one of the Statute's most intriguing clauses the exact scope of which is yet to be determined, it goes back to defences by reasons of „military necessity" under international humanitarian law[113]. Since so far international humanitarian law did not entitle the military to commit war crimes in order to repel an unlawful use of force against the property at issue, paragraph 1 (c) is harshly criticized for (purportedly) introducing an according allowance to the laws of war[114]. Further, the notion of essential military property is hard to interpret in the light of its intertwining individual legitimate defence as known in municipal criminal law with the collective dimension of international humanitarian law[115].

In order to prevent this clause from being used as a readily available „panacea" in any sort of military confrontation, at least three limitations are to be observed: First, with regard to sentence 2 of paragraph 1 (c) which was purposefully inserted so as to stress that justifying „private self-defence" cannot be invoked simply by reference to a collective „defensive operation". Thus, the protection of essential

---

that this provision does not apply to the use of force between states (reported by supra note 2, *M. Scaliotti*, Defences, Part I 167). What is more, some delegations held that individual self-defence under paragraph 1 (c) presupposes the legality of the collective engagement that the defendant is involved in (reported and discussed by supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1033).

111 As proposed by the US without any further qualification: see supra note 96, article 31 para. (b).

112 In particular with regard to the defence of liberty agreeing supra note 38, *R. Merkel*, Gründe 444.

113 Cf. 1996 Preparatory Committee II to article R, p. 103.

114 *A. Cassesse*, The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, 10 EUR. J INT'L L. 154 (1999); supra note 17, *id.*, International Criminal Law 230; *E. David*, Principes de Droit des Conflits Armés 693 (2nd ed. 1999).

115 Cf. supra note 101, *E. van Sliedregt et al.*, Self-Defence 108, complaining that individuals with no legal training might (wrongly) read in paragraph 1 (c) that "military necessity" serves as a general justification in international criminal law.

military property is not concerned with a collective's defence of collective goods, but merely with the somewhat unprecedented individual's defence of collective interests[116]. Second, it is further required that the defended property is „essential" for „accomplishing" a „military mission". Although „mission" covers all kinds of stand-alone military operations, independent of their importance in an overall campaign and independent of the amount of personnel involved, the scope of property being legally protected by paragraph I (c) is still rather narrow, since the defended property not only has to ensure that the mission's objectives can be realized („accomplish"), it is also necessary that achieving a mission's goals hinges on said property, i.e. that it is indispensable („essential"). If the attacked property is replaceable and its substitution does not infringe the military mission, it is not protected under paragraph 1 (c). Finally, it is to be emphasized that the protection of essential military property must not be sweepingly equated with the principles governing military necessitym. Paragraph I (c) allows for war crimes only as a response to an unlawful use of force, whilst military necessity[117] in not stipulating a similar requirement, is eventually far broader.

d) In any case, the use of force as well as the danger to person or property must be objectively given and may not only exist in the subjective belief of the defender. Although various proposals were prepared to admit self-defence even in the case that the person merely „reasonably believes" that there is a threat to the person concerned[118], this expansion of self-defence, as known particularly in common law countries[119], was not adopted in the end. Therefore, a person who is not actually attacked or endangered but merely believes that to be the case, may resort to mistake of fact according to article 32 for excluding criminal responsibility[120].

3. „Reasonably acts to defend in a manner proportionate to the degree of danger"

The defensive reaction must be reasonable in terms of being necessary as well as able to prevent the danger. This means that the defensive reaction might neither be excessive by causing more harm to the aggressor[121] than is needed for diverting the attack or a danger nor inapt by implying inefficient or otherwise futile means. Whether an accused reacted

---

116 Insofar it is questionable whether paragraph I (c) indeed introduces a new norm to international humanitarian law. For as clarified by its sentence 2, paragraph 1 (c) entitles neither the military as a collective unit nor persons who act as agents for a collective entity to commit war crimes in order to defend property which is essential for accomplishing a military mission against imminent and unlawful use of force.

117 However. cf. ICTY in supra note 92, *Kordic and Cerkez*, para. 451, stating that paragraph 1 (c) "takes into account the principle of military necessity".

118 After this concept had already been expressed in article 33-12 of the Updated Siracusa Draft, p. 75, it was contained as an alternative in Proposal 1 of article N in the 1996 Preparatory Committee II, p. 99, and still proposed as an alternative in article 31 para. 1 (d) Preparatory Committee (Consolidated) Draft, p. 68.

119 Cf. the codes listed in supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1021 *et seq.*, 1032.

120 To same end the commentary by supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1032; supra note 41, *L. Sadat Wexler*. Model Draft Statute 57; c. F. also supra note 20, *A. Eser*, Mental Elements 937 *et seq.*

121 Note that self-defence is only permissible against the attacker and not against third persons.

reasonable in case of self-exposure or provocation is not regulated in the Statute and was left for the Court to decide under paragraph 2[122].

Furthermore, even as far as the defensive reaction is reasonable in terms of necessary and suitable to divert the force and danger, it still must be performed in a „proportionate" manner. This means that even self-defence is not an unlimited right[123], but restricted by the principle of proportionality. At first glance, the Statute is rather strict in requiring positive proportionality between the defensive reaction and the danger sought to be avoided. Evidently, this would give the Court little leeway in its considerations, far less flexibility than a negative „not disproportionate" test would entail[124]. Yet, as solely the „degree of danger" to the person or property protected is named as criterion for the proportionality of the defensive reaction, the Court's estimation is offered a wide range: neither does a waging of different sorts of defended and thereby violated personal or property interests seem to be precluded, nor is deadly defensive reaction, as objected to by some proposals[125], categorically excluded. Nevertheless, defensive reactions that kill an assailant should be restricted to cases where either death or serious bodily harm is to be prevented.

Finally, in subjective terms, a defender has to act „to" defend himself. This leaves open, however, whether self-defence merely requires the defendant's awareness of the imminent and unlawful use of force[126], thus justifying him even if he was determined by other motives (such as hatred or vengeance), or whether countering the unlawful attack must be the main, if not sole, purpose of the defender in terms of an „ulterior intent"[127], thus baring justification if the attack was in fact merely exploited for pursuing other motives than defensive ones. A fair solution may be found in the middle of the road: whereas, on the one hand, the volitional element inherent in „to" defend would be missed if mere knowledge of an imminent attack allowed any reaction regardless of the motivation whatsoever, on the other hand, the complexity of motivations in a given situation is a human phenomenon. Therefore countering an unlawful attack needs not exclusively but at least partially (also) be motivated by defensive ends[128].

---

122 Cf. supra note 2, *M. Scaliotti*, Defences, Part I 166, For details to this paragraph cf. infra margin Nos, 63 *et seq*.

123 As it may appear in clauses, such as in the German Penal Code (§ 32), which do not expressly require proportionality of the defence. C. f. supra note 2. *E. van Sliedregt,* Responsibility 261.

124 Supra note 38, *R. Merkel*, Gründe 453, – Differently, supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1034 seems to equate "proportionate" with "not disproportionate".

125 Cf. article 31 para. 1 (d) Preparatory. Committee (Consolidated) Draft, p. 68 with fn. 95.

126 As advanced by supra note 4, *K. Ambos*, Allgemeiner Teil 831.

127 As perhaps assumed by supra note 46, *G. Werle*, Völkerstrafrecht Strafrecht margin No. 326 and *H. Kreicker*, Allgemeine Strafbarkeitsvoraussetzungen, in: A. Eser/ H. Kreicker (eds.), Nationale Strafvervolgung Völkerrechtlicher Verbrechen, Part 1, Deutschland 326 (2003) with regard to the German term "Verteidigungswille". – As to the definition of "ulterior" intent cf.. *J. C. Smith/B. Hogan*, SMITH AND HOGAN: CRIMINAL LAW 70 (9th ed. 1999): "an intention ulterior to the actus reus". A comparable concept may be found in the German concept of "Finalität".

128 Cf. generally *A. Eser/B. Burkhardt*, Juristischer Studienkurs, Strafrecht 1 13 1 (4th ed. 1992). However, even if self-defence may not be available if the defendant was predominantly motivated by other that defensive ends, as in case that he had even provoked the attack for the purpose of getting a chance to counteract, the fact that the attack, though provoked, remains a wrong which, from an objective point of view, must not be tolerated, may lessen the degree of the defender's wrongdoing so as the to be accounted for in sentencing.

V. Paragraph 1 (d): Duress

Among the many compromises which had to be made in order to get this Statute accepted, 49 paragraph I (d) is one of the least convincing provisions, as in an ill-guided and lastly failed attempt, it tried to combine two different concepts: (justifying) „necessity" and (merely excusing) „duress"[129]. Whereas all Pre-Rome conference proposals and drafts had, more or less, clearly distinguished between necessity and duress[130], it was only in the final stage of the conference that they were mixed up in one provision[131]. This reflects (and somewhat continues) a common terminological confusion: In American and English text books, necessity is labeled as duress of circumstances[132], the Nuremberg jurisprudence used the term necessity to describe cases of duress[133], ICTY Judge Cassese employs necessity to encompass duress[134], and the German Criminal Code distinguishes justifying and excusing necessity[135]. It is suggested that the distinction between duress and necessity lies with the rationale for excluding criminal responsibility: Here, paragraph 1 (d) blends the justifying choice ofa lesser evil (necessity) with excusing situations where the defendant's

---

129 Supra note 38, *P. Saland*, Principles 208. c. f. also supra note 16, *K. Ambos*, Principles 27 *et seq.*, supra note 55, *S. Janssen*, Mental condition defences 97 and, with a comparative survey, supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 269 *et seq.* – For a converse evaluation cf. supra note 17, *A. Cassese*, International Criminal Law 251 deeming that paragraph 1 (d) "rightly lumps necessity and duress together".

130 Starting with these distinction in the Siracusa/Freiburg Draft of AIDP/ISISC/MPI, Draft Statute for an International Criminal Court – Alternative to ILC-Draft, prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg July 1995 (at IV.A.1/2 and 9 to article 34, 39, reprinted in supra note 29, *Ch. Nill-Theobald*, "Defenses" 455), and the *Ad Hoc* Committee Report, Annex 11 sub. 5 (b), p. 59, and the various proposals in the Updated Siracusa Draft, article 33-13.1 and 2, in the 1996 Preparatory Committee II, articles O and P, pp. 100 *et seq.*; cf. also the compilation of various proposals in the Annex of the Preparatory Committee of Mar./Apr. 1996, supra note 6, pp. 16-18, resulting in the more or less equivalent proposals of the Preparatory Committee Decisions Dec. 1997 (articles L.1 (d) and (e), at p. 19), the Zutphen Draft (articles L.1 (d) and (e), pp. 62 *et seq.*) and the Preparatory Committee (Consolidated) Draft (article 31 para. 1 (d) and (c), p. 68).

131 Eventually starting with Working Paper of 22 June 1998 (U.N. Doc. A./Conf.183/C.1/WGGP/L.6), with some modifications in the Report of the Working Group of 29 June 1998 (U.N. Doc. A/Conf.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1) and finalized by the Draft Report of the Drafting Committee to the Whole, 14 July 1998 (U.N. Doc./A/Conf.183/C.1/L.65/Rev.1, article 30 para. 1 (d), p.7).

132 Cf supra note 54, *W. Wilson*, Criminal Law 278; supra note 17, *G. J. Knoops*, Defenses 94. – Generally, it is very common in Anglo-American criminal law to differentiate necessity and duress according to the compulsive source and to classify non-human compulsion as necessity and human compulsion as duress. Cf. supra note 127, *H. Kreicker*, Allgemeine Strafbarkeitsvoraussetzungen 337 *et seq.*

133 For a critical overview c. f. supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1005, 1023 *et seq.*, 1035 *et seq.* To further international jurisprudence cf. supra note 2. *E. van Sliedregt*, Responsibility 279 *et seq.*

134 Cf. *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. I1-96-22-A, Appeals Chamber, Separate and dissenting opinion IV Judge Cassese, para.14 (hereafter *Erdemovic*).

135 Cf. § 34 and § 35 of the German Penal Code. – Further c. f. *Jescheck*, The General Principles 48 International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute, 2 J. Int'l Crim. Just. (2004), qualifying the latter provision as mirroring a modem development in national criminal law to not to distinguish between necessity and duress.

freedom of will and decision is so severely limited that there is eventually no moral choice[136] available (duress).

Understanding paragraph 1 (d) accordingly, it is to be distinguished from the defence of „superior orders" (article 33)[137]. Though an order might exert enough compulsion so as to curtail a defendant's freedom of will and, thus, rise to duress, this effect would not fall under the purview of the defence of superior order since this one is concerned with the protection of (military) hierarchies rather than with the freedom of will of the order's addressee.

For making paragraph I (d) more transparent, at least four constituents of this rather complex provision must be distinguished: the type of conduct to be excluded from criminal responsibility (1), the elements of duress on the defendant (2), the requirements for the (re)action to avoid the threat (3), and the mental element that accompanies the defendant's (re)action (4).

1. *„Conduct alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court"*

Why this clause speaks of conduct „alleged" to constitute a crime, is difficult to understand. If it is to express no more than the fact that, by the exclusion of criminal responsibility, a crime has not been constituted but remains merely „alleged", then the same consequence would be true with all other grounds by which criminal responsibility is excluded. Therefore, this phrase, if to be meaningful, would have to express more than that general matter of course. Without having access to the respective deliberations of the Working Group, an explanation could be found in the reference to crimes „within the jurisdiction of the Court", to the effect that this novel blending of necessity and duress, by which even the killing of innocents – against the majority in Erdemovic – may be excluded from responsibility[138], should only be available for crimes according to articles 5-8 of this Statute, thus foreclosing any concessions to national criminal justice systems or the jurisprudence of other international tribunals.

2. *„Duress" resulting from a „threat of imminent death" or of „continuing or imminent serious bodily harm" against „that person or another person" whereby the threat is either „made by other persons" or „constituted by other circumstances beyond that person's control"*

Within this lengthy phrase four components can be distinguished:

The basic requirement must be a threat of imminent death in terms of appearing to occur closely and seriously, or a threat of continuing or imminent serious bodily harm requiring more than easily healed superficial wounds. Thus, a merely abstract danger or simply an elevated probability that a dangerous situation might occur would not suffice[139].

---

136 For the latter defmition Cf. the Nuremberg jurisprudence in *US v. Krauch et al.* (case 6), in: Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals 1 176, Vol. VIII (1952).

137 Cf. *P. Rowe*, Duress as a Defence to War Crimes after Erdemovic, 1 Y.B. INT'L HUMAN. L. 210, 216 *et seq.* (1998).

138 Cf. infra note 162.

139 Cf. supra note 46, *G. Werle*, Völkerstrafrecht, margin No. 335, giving the example of the abstract omnipresence of the Gestapo in the Third Reich. The concrete imminence of the threat could become pertinent in a case of coerced recruitment, especially of child soldiers, since an accused cannot raise the duress defence, if he was "only" coercively enrolled generally but not forced to commit the charged offence.

As to its origin, the threat must be either made by other persons, as it is the case when the person concerned is the victim of coercion[140], or constituted by other circumstances beyond that person's control, as is the case of danger which does not result from another person's action, but from other sorts of endangerment by natural forces or technical menaces. The clause „beyond that person's control" („indépendants de sa volonté") insinuates that self-induced risks are not covered by paragraph 1 (d)[141]. However, an exact definition of self-exposure was consciously avoided at the Rome Conference and was left to the Court to decide under paragraph 2[142].

The person exposed to the threat can be either the defendant himself or another person. This broad approach allows not only the preservation from own endangerment but also emergency assistance for third persons. Different from certain national criminal codes, however, which would limit acting under „altruistic" duress to relatives or persons similarly close to the defendant[143], this Statute does not explicitly require any special relationship between the defendant and said third person. Nevertheless, averting threats from strangers may for other reasons fail to fulfill paragraph 1 (d) as, for instance, depending on the circumstances of the individual case the threat to a stranger may not be grave enough as to compel a reasonable person to commit an international crime. Therefore, particularly with regard to „altruistic" actions, the following requirement needs attention:

The threat must result in „duress" causing the crime. In this component of the provision, duress functions as mediator between threat and criminal conduct: the threat must cause duress which in turn causes the alleged criminal reaction. In order to be caused, however, duress not only implies a certain state of mind in which the defendant's will is overborne, but is also contingent on the threat's capacity to overbear that will. As a brief comparative analysis may show, the latter dimension of duress opens it for normative and, for that matter, objective limitations: Whether one demands, as the Law Commission for England and Wales does, that „the threat is one which in all the circumstances ... [the defendant] cannot reasonably be expected to resist"[144], or whether, according to the US Model Penal Code, the threat must have been sufficiently great that „a person of reasonable firmness in the [defendant's] situation would have been unable to resist"[145], all these propositions lastly rest on a concept which in German theory and law has been labeled as „Unzumutbarkeit"[146],

---

140 Different from self-defence (subparagraph (c)), however, in the instance of subparagraph (d), the threat is not required to be unlawful; were this the case, then the person defending himself against an unlawful threat of death or bodily harm could even be justified according to paragraph I (c); see margin No. 41. With regard to the relationship and difference between duress and superior order cf. *Ch L. Blakesley*, Comparing the *Ad Hoc* Tribunal for Crimes against Humanitarian Law, 67 Revue Internationale de Droit Penal 182 *et seq.* (1996); and supra note 24, *A. Eser*, "Defenses" in War Crime Trials 254 *et seq.*

141 Cf. supra note 46, *G. Werle*, Völkerstrafrecht, margin No. 340.

142 Cf. supra note 2, *M. Scaliotti*, Defences, Part I 153.

143 As, for instance, § 35 German Penal Code.

144 Compare § 42 in: The Law Commission, A Criminal Code for England and Wales, Vol. 1 (1989). Further, the House of Lords answered affirmative to the question: "Does the defense of duress fail if the prosecution prove that a person of reasonable firmness sharing the characteristics of the defendant would not have given way to the threats as did the defendant?" *R. V. Howe and Others*, Crim. L. Rev. 480 (1987)

145 Sect. 2.09 (1) US Model Penal Code.

146 As one of the first to develop this concept see *H. Henkel*, Zumutharkeir und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. in: K. Engisch (ed.), Festschrift Für Edmund Metzger 249 (1954). As

finding adoption in Romanic theory in terms of „no exigibilidad"[147] and „inesigibilita"[148] respectively: in recognizing duress as an excuse only if the defendant acted upon threats that the „normal" person cannot be fairly expected to endure[149]. Conversely, threats that are otherwise avertable do not result in „duress" proper.

Accordingly, paragraph 1 (d) only applies if the defendant cannot be fairly expected to withstand or assume the risk. Thus, a threat results in „duress" only if it is not otherwise avoidable, i.e. if a reasonable person in comparable circumstances would not have submitted and would not have been driven to the relevant criminal conduct. It is therefore neither required to show special valor, prowess or heroism, nor does a weak will or a weakness of character exclude the criminal responsibility of a defendant[150]. This is not to say that one may simply follow the most convenient way out, rather has the coerced person to seek every reasonable, not too distant evasive alternative for avoiding the commission of a crime[151]. Furthermore, if the yardstick for measuring what threats a person may fairly be expected to resist shall not be left entirely to the subjective sentiments and attitudes of the person concerned, fair expectability cannot be determined, without regard to this person's social function and legal obligations; this means that soldiers due to their official position can be expected more resistance in enduring dangers than normal citizens[152].

3. „The person acts necessarily and reasonably to avoid this threat"

Different from self-defence where reasonableness and proportionality is required (supra D.IV.3), here a „necessary" and „reasonable" act is asked for. This, undisputedly, means that the act directed at avoiding the threat must be necessary in terms of no other means being available and reasonable for reaching the desired effect[153].

Beyond this primarily factual test, however, the prevailing opinion would ask for more by interpreting „reasonable" as to entail an objective proportionality or balancing test[154], to the

---

to the implementation of "Zumutbarkeit" in § 35 German Penal Code see supra note 53, *Th. Lenckner/W. Perron*, § 35 margin No. 14.

147 See *S. Mir Puig*, Derecho Penal, Parte General 608 *et seq.* (415 ed. 1996); *E. R. Zaffaroni*, Deracho Penal, Parte General 744 *et seq.* (2nd ed. 2002)

148 *G. Fiandaca/E. Musco*, Diritto Penale, Parte Generale 360 *et seq.* (3rd ed. 1999).

149 Bundesgerichtshof 4 StR 140/92, 21.05.1992, 12 Neue Zeitschrift für Strafrecht 487 (1992). Also cf. *Th. Lenckner/W. Perron*, supra note 146, margin No. 14. As to the translation of "Zumutbarkeit" as "fair expectability" Cf. *G. Fletcher*, The Right and the Reasonable, in: A. Eser/G. Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung 67, 71 (Vol. 1, 1987).

150 Cf. supra note 53, *Th. Lenckner/W. Perron*, § 35, margin No. 14.

151 Id.

152 This criterion. discussed by supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1039, can again explicitly be found in the German provision for excusing necessity in § 35 Penal Code. For further details cf. supra note 53, *Th. Lenckner/W. Perron*, §35, margin Nos. 21-37.

153 With regard to the question of whether paragraph 1 (d) could serve as a defence to interrogational torture (article 7 para. 1 (f) and article 8 para. 2 (a) (ii)), for example of alleged terrorists to gain relevant information or imminent attacks, cf. *P. Gaeta*, May Necessity be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspectected Terrorists?, 2 J. Int'l. Crim. Just. 791 *et seq.* (2004). arguing – against the Supreme Court of Israel that torture is always unreasonable, because of the uncertainty to gain reliable and pertinent information.

154 Cf. supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1040. supra note 39, *K. Kittichaisaree*, International Criminal Law 263 *et seq.*, supra note 17, *G. J. Knoops*, Defenses 97, *M. Korte*, Das Handeln auf Befehl als Strafausschlieungsgrund 193 *et seq.* (2003), *C. Kreß*, Die Kristallisation eines Allgemeinen Tells des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien im Statut des Internatio-

effect that the harm sought to be avoided outweighs, from a normative standpoint, the caused harm: accordingly, a defendant is said only to act „reasonable" if his (re)action is proportionate[155]. This pursues the choice-of-a-lesser-evil approach as already known from the traditional necessity defence and as summarized by Judge Cassese in his meanwhile commonly referred to limitation of the „duress" in his dissent in Erdemovic by requiring that „the crime committed was not disproportionate to the evil threatened (this would, for example, occur in case of killing in order to avert an assault). In other words, in order not to be disproportionate, the crime committed under duress must be, on balance, the lesser of two evils"[156]. Although this position also appeared as represented in this commentary's First Edition when requiring that the act must also be „adequate in terms of not being unreasonably disproportional"[157], expecting proportionality of the defendants (re)action in objective terms is at least questionable. From a systematic point of view, the umbrella term „reasonably", at least in the Statute, does not automatically connote proportionality since in paragraph 1 (c) on self-defence it was deemed necessary to require that the defendant acts both „reasonably" and „in a manner proportionate". Further, the clear cut requirement of paragraph 1 (d) that the defendant „does not intend (1) to cause a greater harmer than the one sought to be avoided" points to a subjective rather than objective proportionality standard for the defendant's conduct[158]. This terminological argument is bolstered by the historic attempt to blend in one norm the traditional necessity and duress defence, as known in national criminal justice systems, since only a subjective proportionality test would not eliminate altogether the no-moral-choice-element as the central criterion of the duress defence and would thus not reduce paragraph I (d) to mere necessity. Yet even when not employing an objective standard, if the pertinent danger and the harm are unreasonably disproportionate – for example: threatening to cut off the defendant's finger if he did not execute an innocent victim – the threat is already not unzumutbar, i.e. the defendant was required to resist.

4. „Provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided"

As already indicated before, this subjective conception of the „lesser evil"-principle is an integral element of this defence: different from classical „necessity" which justifies actions that save the greater good at the cost of the minor, and different from classical „duress" which would grant an excuse regardless of the greater or lesser harm, if the person could not be fairly expected to withstand the threat[159], this phrase could well be understood as drawing a line in-between: on the one hand requiring less than justifying „necessity" would afford, and on the other hand requiring more than excusing „duress" would be satisfied

---

nalen Strafgerichtshofs, 12 Informationsschriften Humanitäres Völkerrecht 7 (1999); supra note 46, *G. Werle*, Völkerstrafrecht margin No. 339 and fn. 192.

155 Supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1040.

156 Supra note 134, *Erdemovic*, para 16. The complete definition of duress, as found in para. 41, requires: "(1) a severe threat to life or limb; (2) no adequate means to escape the threat; (3) proportionality in the means taken to avoid the threat; (4) the situation of duress should not have been self-induced".

157 *O. Triffterer*, Article 32, margin No. 49.

158 Interestingly enough, supra note 38, *R. Merkel*, Gründe 453 *et seq.*, as well seems to have interpreted the aforementioned citation (supra note 157), in subjective terms, although leaving open whether he would finally prefer this position.

159 Cf. supra note 1, *A. Eser*, Justification 54 *et seq.*, supra note 24, *id.*, "Defenses" in War Crime Trials 261 *et seq.*

with. Thus, only applying a subjective proportionality test to the accused's conduct would pursue the unprecedented historic attempt to reconcile necessity and duress in one provision[160].

In order to valorize that the defendant subjectively endorsed the higher good or deliberately chose the lesser of two evils, this requirement goes beyond the negative requisite that the defendant may not act with dolus malus. Therefore, the clause that the defendant did „not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided" encapsulates the reasoning in the Eichmann case[161]: If the defendant, although exposed to a risk not otherwise avoidable, identifies himself with his project or over-accomplishes the extorted tasks, his criminal responsibility is not excluded under paragraph I (d).

It remains to be seen whether a nuanced approach that combines a subjective interpretation of the pertinent (re)action's proportionality and an objective understanding of the threat causing this reaction („Zumutbarkeit") is superior to the prevailing opinion which either applies only an objective proportionality standard or even goes as far as requiring subjective proportionality additionally[162].

VI. Paragraph 2: The implementation by the Court in the case before it

In face of the fact that the proposals of the ILC did not yet propose grounds for excluding criminal responsibility at all and that also later on it remained uncertain as to which, and on which way, grounds for excluding criminal responsibility should be regulated by this Stat-

---

160 Instead of interpreting the requirement of proportionality in view of the defendant's subjective intention. supra note 154, *M. Korte*, Handeln auf Befehl 198 *et seq.* would rather treat lack of objective proportionality, whilst the defendant had subjectively intended it, as a case of mistake.

161 Attorney General of the *Government of Israel v. Adolf Eichmann*, 361.L.R. 5 (summary) (1968).

162 Cf. supra note 31, *K. Ambos*, Other Grounds 1041. The teleological advantage of discarding objective proportionality and of rather focusing on the threat's "Zumutbarkeit" might be reasoned with regard to *Erdemovic*, *i.e.* the coerced killing of innocents: After controversial discussions at the Rome Conference, it was finally agreed that subparagraph (d) is also available to murder (cf. supra note 17, *A. Cassese*, International Criminal Law 246 *et seq.*; supra note 39, *K. Kittichaisaree*, International Criminal Law 264; supra note 2, *M. Scaliotti,* Defences. Part I 154; supra note 46, *G. Werle*, Völkerstrafrecht, margin No. 337). To explain this conclusion by an appeal to the purported (objective) proportionality of the defendant's action is highly dangerous and appears bluntly utilitarian: Since one has to argue that the harm avoided outweighs the harm caused (in terms of choice of the lesser evil), the innocent's life has to be degraded, whilst the defendant's integrity is cast as the higher good. Yet centering on the phrase "duress resulting from a [further specified) threat" reveals and radiates an almost humanistic rationale for excluding criminal responsibility even in the case of killing innocents: A defendant cannot be fairly expected to withstand a threat which we would deem irresistible for a reasonable person in comparable circumstances (this seems to be misunderstood by *Y. Dinstein*, Defences, in: G. Kirk McDonald/O. Swank- Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law 373, 375 (2000), apparently due to his confusing duress as absence of moral choice with the proportionality requirement °Idle choice of a lesser evil). With regard to the exclusion of responsibility in the case of killing innocents, those victims are not degraded to a lesser value, but the accused's human (and fallible) nature has become the focal point of legal reasoning. By not requiring, as a matter of law, that a person defies an overpowering compulsion, criminal justice does not project any expectations of heroism and is thus firmly grounded in humanistic ideals.

ute[163], it is not surprising that a provision which would give the Court power to determine the admissibility of reasons excluding punishment in view of the individual character of a crime was, in principle, proposed as early as in the Updated Siracusa Draft of 1996[164]. The first decision to this end was then taken by the Preparatory Committee in its session of December 1997 and drafted in a version which basically remained unchanged up to the present provision[165].

The final acceptance of paragraph 2 had been a concession to those delegations which favored a minimalist approach to defences, i.e. to those who challenged a (detailed) codification of grounds for excluding criminal responsibility and rather opted for giving the Court leeway in finding the appropriate standards for negating a defendant's international criminal liability[166]. This course was also led by the assumption that, even if the participants of the Rome Conference had been willing to do so, it would have been hardly possible to completely codify all situations that might exclude international criminal responsibility. Thus, in order to avoid disagreement on certain situational patterns in terms of their barring or not barring international criminal responsibility and to solicit a consensus, these borderline situations were not addressed in the Statute but rather consciously referred to the Court to decide upon. Of the three ways for the Court to look for exclusionary grounds beyond the boundaries of paragraph 1, two are opened by paragraph 2: one by empowering the Court to adjust the codified grounds for excluding criminal responsibility to the case at stake (1), the other by allowing the Court to resort to exclusionary grounds (outside of paragraph 1) within the Statute, whereas the third way may even lead to exclusions of responsibility outside of the Statute according to paragraph 3 (infra D.VII). In this respect, article 31 can, indeed, be characterized as „acknowledging its own status as a work in progress"[167]. As much understandable this evasive action by the makers of the Statute may have been, it leaves doubts with regard to the principle of legality (3).

1. „The Court shall determine the applicability" of the (exclusionary grounds) to the case before it"

In principle, the power given to the Court to „determine the applicability" of exclusionary grounds must mean more than simply to apply the law, as this function would not need to be proclaimed expressly. Therefore, the Court appears to be empowered to adjust available grounds in such a way that they are applicable to the individual case. On this way, the Court may, for instance, solve cases of provocation or of excessive, yet excusing, use of

---

163 Cf. margin No. 3.

164 Cf. article 33-11 para. I Updated Siracusa Draft, p. 74, which was literally adopted both by the ILC (article 14, 1996 ILC Draft Code, p. 73) and the 1996 Preparatory Committee II in its article S Proposal 2, p. 104).

165 Cf. article L para. 2 Preparatory Committee Decisions Dec. 1997, p. 22. Even the final wording ("provided for in the Statute"), as phrased at the end by the Drafting Committee (article 30 para. 2, U.N. Doc, A/CONF.183/C.1/L.65/Rev.1 (14 July 1998), p. 8) – instead of grounds "listed in paragraph I", respectively "permitted by this Statute" – was one of various alternatives suggested in the original Draft of the Preparatory Committee.

166 Cf. supra note 38, *P. Saland*, Principles 208.

167 Cf. supra note 25, *L. N. Sadat*, International Criminal Court 212.

force[168] by adjusting self-defence (paragraph 1 (c)) or of self-exposure by limiting duress (paragraph 1 (d)).

This power, however, is not unlimited, but determined by the „case before the court". This means that the Court may not pronounce new general definitions, but has to restrict itself to a just solution of the case before it. If it sees need and reason to modify existing exclusionary grounds or to create new ones in a general way, it would have to proceed according to paragraph 3 (infra D.VII). However, even in as far as the Court merely adapts an existing ground to the case before it, it is not completely free, as already taken into account by the drafters of this provision[169], but bound by the rules of article 21 regarding applicable law[170].

2. Grounds for excluding criminal responsibility „provided for in this Statute"

Beyond or even instead of adjusting an exclusionary ground within paragraph I, the Court may even go farther to other grounds „provided for in this Statute". For by way of this referral, the determining power of the Court is not limited to adjusting exclusionary grounds of paragraph 1, as it had been proposed in an alternative to the present version[171], but relevant for grounds for excluding criminal responsibility outside of article 31 (supra B) as well. Thus, the determining power of the Court goes far beyond the reach of this article.

3. Paragraph 2 in the light of the principle of legality[172]

The plain wording of paragraph 2 suggests that the Court's power to adapt the codified grounds for excluding criminal responsibility to the case before it is not necessarily limited to situational patterns that are connected to, but not addressed by the Statute's codification; rather, paragraph 2 provides that the Court may alter, in the interest of justice, each and every of the Statute's codified grounds for excluding criminal responsibility according to the facts of the individual case[173]. Obviously, this brings about an inner tension between the attempt of defining specific prerequisites that negate a person's international criminal liability and the leeway granted to the Court under paragraph 2; in other words, paragraph 2 points to the problem of adjudicative retroactivity and, as the Working Group's Chairman has put it almost unnoticed, „it could be argued that the possibility of denying the applicability to a certain case of a ground for excluding criminal responsibility otherwise provided for runs counter to the principle of legality"[174]. Interpreting the scope of paragraph 2 in light of these vastly intriguing implications some general guidelines seem at place.

First, grounds for excluding criminal responsibility are not subject to the interpretation rules of article 22 (nullum crimen sine lege)[175]; thus, disregarding the plain wording of a provision regulating a defence due to teleological arguments (so called „teleological reduc-

168 Cf. § 33 German Penal Code (granting an excuse if the perpetrator exceeds the limits of propionate self-defence due to confusion, fear or fright). As to the Rome Statute not addressing excessive self-defence cf. supra note 38, *R. Merkel*, Gründe 447.

169 See fn. 11 to article L para. 2 in the Preparatory Committee Decisions Dec. 1997, p. 22.

170 Cf. infra margin No.75.

171 Cf. supra note 165.

172 For drafting this section, I am greatly indebted to Christoph Burchard.

173 Similarly, the Court may easily revoke previous precedents and previous statutory interpretations.

174 Supra note 38, *P. Saland*, Principles 208.

175 Cf. *B. Broomhall*, article 22, margin Nos. 28 *et seq.*

tion") is not formally disqualified. This reflects a popular notion in domestic criminal justice theory: because of their dynamic evolution, an evolution that is driven by ever-changing social needs, the principle of nullum crimen sine lege is deemed not to apply fully to defences[176]. On the other hand, domestic criminal law theory also suggests that a court's construing a defence provision directly influences a defendant's criminal liability and thus is hardly different from interpreting a criminal offense provision[177]. Accordingly, with regard to national criminal justice systems, it is far from clear to what effect and to what extent grounds for excluding criminal responsibility can be altered retroactively and, thus, touch on the legality principle.

Second, a potential conflict with the legality principle will predominantly arise only if the Court disregards any potential meaning of the wording and adapts a codified ground for excluding criminal responsibility in a manner detrimental to the defendant. More specifically, illuminating the underlying rationales of the legality principle[178], the Court's determination may either withhold fair notice or counteract the accused's protection against arbitrary justice and ad hoc punishment. With regard to fair notice, this concept is rooted in liberal rational choice theory and prescribes that an actor consciously adjusts his actions to the codified requirements of (domestic or international) criminal law so that said requirements must not be altered retroactively[179]. However, this usual „reliance argument against judicial creativity"[180] seems frustrated by paragraph 2, as this provision positively allows for a variable and flexible interpretation of the Statute's grounds for excluding criminal responsibility and, thus, in fact, negates any reliance in judicial constancy[181]. With regard to the accused's protection against arbitrary justice and ad hoc punishment, this second rationale of the legality principle sets institutional restrictions to judicial vindictiveness fueled by the potential animosity towards the defendant[182]. It may be guessed that utilizing these restrictions to define the scope of paragraph 2 accounts for the immense pressure that the Court will come to bear and prevents that it will fall prey to an overpowering impression of an individual case. In order to ensure a high degree of accountability and acceptance, adapting grounds for excluding criminal responsibility under paragraph 2 is advisable only if the alterations – according to standards employed by both the European Court of Human

176 Cf. *C. Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil 113 (3rd ed. 1997); supra note 23, *Th. Lenckner*, prenote 25 to §§ 32 *et seq.*

177 Cf. supra note 23, *A. Eser*, § 1 margin No. 14a.

178 Cf. *D. Kratzsch*, § 53 StGB und der Grundsatz *nullum crimen sine lege*, in: Goltdammers Archiv für Strafrecht, 65-82, 68 (1971), *T. W. Morrison*, Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Criminal Statutes, 74 Southern California L. Rev. 455, 461 *et seq.* (2001).

179 Cf. *D. M. Kahan*, Some Realism About Retroactive Criminal Lawmaking, 3 Roger Williams University L. Rev, 95, 95 (1997); supra note 37, *A. Ashworth*, 70 *et seq.*

180 Supra note 37, *A. Ashworth*, 72.

181 As a consequence, with regard to interpretive limitations of paragraph 2 in light of the legality principle, there is no need to differentiate between justifying and excusing grounds for excluding criminal responsibility. Insofar, retroactive alterations of excuses are normally less troublesome because they "constitute rules of adjudications for the courts rather than rules of conduct to guide citizens". Cf. supra note 37, *A. Ashworth*, 72. What is more, by rejecting the liberal reliance argument because of the explicit wording of paragraph 2, it is not necessary to comment on the question of whether international criminal law really guides the actions of potential international criminals.

182 Cf. *H. J. Krent*, Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause, 3 Roger Williams University L. Rev. 35, 41 (1997).

Rights[183] and the US Supreme Court[184] – are reasonably foreseeable and can be reasonably brought under the original concept of the defence[185]. Applying this rational basis inquiry separates the legitimate dynamic evolution of international criminal law from illegitimate judicial reinterpretations animated by capricious and arbitrary impulses.

Third, even if paragraph 2 confers to the Court a limited power to adapt the law, it might be more suitable not to disregard codified requirements but rather to take advantage of their broad interpretive latitude which naturally inheres legal terms like reasonable, etc. This internal approach to solve problematic cases mitigates the impending conflict between paragraph 2, judicial retroactivity and the legality principle[186].

VII. Paragraph 3: Other (international or national) sources for exclusionary grounds

For reasons similar to those in the end causal for paragraph 2[187], it was quite clear from the start that the Statute could and should not provide an exhaustive list of defences; therefore a clause was needed according to which the Court should be empowered to avail itself of defences which might be derived from other recognized legal sources[188]. After the Preparatory Committee had proposed a rule to this end in its session of December 1997[189] which was still upheld as a separate provision by the Draft Statute of April 1998[190], it was then, on proposal of the USA, integrated into article 31 as paragraph 3 and phased as it stands now[191]. The provision contains three rules:

1. *„At trial the Court may consider" a ground for excluding criminal responsibility „other than those referred to in paragraph 1"*

This power given to the Court at trial reaches further than that according to paragraph 2 (supra D.VI) in that the Court shall not only adjust an existing exclusionary clause to the case before it, but may even employ grounds for excluding criminal responsibility „other than those referred to in paragraph 1" and, as must be added, other than those provided for

---

183 Cf. *Case of SW v. United Kingdom*, Application No 00020166/92, Judgement of 22 Nov. 1995, para. 36.

184 Cf. *Boue v. City of Columbia*, 378 U.S., 347-368, 353 *et seq.* (1964).

185 The test applied is objective in nature whereby further differentiations may be necessary. For example, the foreseeability requirement might be more lax if the individual case is comparable, as a matter of law, to a previously decided case, yet took place in a different geopolitical situation. Vice versa, the foreseeability requirement might be more strict if a relevant precedent already accounted for the peculiarities of the geopolitical background of the individual case that is to be decided.

186 Cf. supra note 23, *A. Eser*, 1, margin No. 14a.

187 See margin No. 64.

188 Here again, the Updated Siracusa Draft (article 33-11 para. 2, p. 74) as well as the 1996 Preparatory Committee II (article S Proposal 1, pp. 104 *et seq.*) have made first suggestions on this respect. Cf. also *H.-H. Jescheck*, Zum Stand der Arbeiten der Vereinten Nationen für die Errichtung eines Internationalen Strafgerichtshofs, in: A. Eser (ed.), Festschrift für Haruo Nishihara 447 *et seq.* (1998)

189 Art. O in the Preparatory Committee Decisions Dec. 1997, p. 23.

190 See article 34 Preparatory Committee (Consolidated) Draft, p. 71.

191 See supra note 96, U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.2 (1998). Later changes did not do more than introduce "consideration" instead of "assertion and application" in paragraph 3 sentence 2; cf. article 31 para. 3 in the Report of the Working Group of 29 June 1998 (U.N. Doc. A/CONF.183/C.I/WGGP/L.4/Add.1, 192 P.5)

in the Statute as well; for as paragraph I also covers the „additional" grounds (supra B) by its chapeau, the power of the Court to look for other grounds for excluding criminal responsibility is not limited to the subparagraphs (a) to (d) of paragraph 1, but even goes beyond this Statute[192].

However, as article 31 is concerned with substantive exclusions of criminal responsibility only[193], introducing additional non-substantive defences, like alibi, failure of proof, or other more procedural defences[194] could hardly he accomplished by direct application of paragraph 3, as seems to have been envisaged by preparatory proposals[195], whereas an extension of paragraph 3 on non-substantive defences by way of analogy, as far as favorable to the defendant, may still be open.

2. *Where such a ground is „derived from applicable law as set forth in article 21"*

This clause is both a guideline and a limitation for the Court. For this purpose, it was extensively elaborated in earlier drafts[196], but even in its new trimmed version does it reach the same end by simply referring to article 21. This is due to the fact that the rules for the application of law in and outside of this Statute, as prescribed by article 21, concern grounds for excluding criminal responsibility in the same way as any other law within the jurisdiction of this Court. Thus, even defences which have not been expressly regulated by this Statute (such as those listed supra at C.2), can be invoked by the person concerned and considered by the Court, in as far as they are reconcilable with the application rules of article 21.

3. *„The procedures relating to the considerations of such a ground shall be provided for in the Rules of Procedure and Evidence"*

In addition to the substantive limitation of sentence 1 binding the Court to certain legal sources, sentence 2 of paragraph 3 provides a certain procedure by which a ground for excluding criminal responsibility not provided for in this Statute may be taken into consideration. The pertaining rule 80, however, regulates scarcely more than the procedural way of how the defence may raise an exclusionary ground according to this paragraph[197].

C. Outlook

After the 1994 ILC Draft Statute for a Permanent International Criminal Court had not yet contained any grounds for excluding criminal responsibility, it was certainly fundamental progress that the Statute was prepared to expressly recognize certain grounds for excluding

---

192 By acknowledging the Court's power to adopt new defences, the Statute goes beyond *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgement, Appeals Chamber, 20 Feb. 2001, para. 583, where it was stated that the ICTY must not adopt new rules constituting new defences. Further note that the Court's rule-making powers do not conflict with the principle of *nullum crimen sine lege*.

193 Cf. marginNo.17.

194 On non-substantive defences in the Rome Statute cf. supra note 2, *M. Scaliotti*, Defences, Part 1 112 *et seq*. For a systematic analysis of the different subgroups of criminal law defences from a common law point of view *P. H. Robinson*, Criminal Law Defenses, sections 21-28 (Vol. 1, 1984).

195 As reported and obviously supported by supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 291.

196 Such as in article 34 Preparatory Committee (Consolidated) Draft, p. 73.

197 For further details see supra note 12, *H. Brady*. 417.

criminal responsibility and, in addition, left the door open for further grounds[198]. This is not to say that such abhorrent crimes as those dealt with by the Statute should be easily open for substantive defences; as was already necessary to be said, however, even war criminals cannot be denied the right to be tried according to the rule of law[199]. Insofar, the Statute's efforts to transcribe the principal grounds for excluding responsibility into international criminal law, rather than being „absurd"[200], mark a further step to a comprehensive codification of international criminal law both in founding and excluding criminal responsibility[201]. This applies not only to substantive law but concerns the procedural position of the defendant as well, in particular with regard to the Court's institutional design[202]. Although it is unquestionably desirable to structurally improve the defence side, for example by establishing a permanent defence unit, the main focus should not lie on expanding on the adversarial dichotomy between prosecution and defence but rather on ensuring that an impartial prosecution will indeed collect, evaluate and present evidence that is advantageous for the defendant (article 54 para. 1 (a)).

Nonetheless it is not to be ignored that article 31 is not yet in the very best of shape, both from substance and format. This holds particularly true with regard to the lack of differentiation between various – justificatory, exculpatory or other extenuating – reasons for which criminal responsibility may be excluded[203]. This is a field which needs more refinement, at least in order to make certain exclusionary grounds better understandable and more adequately applicable[204].

---

198 Another question, of course, is as to what degree the ICC will be prepared for making use of its power: doubtful, *e.g.*, supra note 55, *S. Janssen*, Mental conditions defences 97.

199 Cf. margin No. 12.

200 As *W. A. Schabas*, General Principles of Criminal Law, 6 Eur. J. Crime, Crim, L. & Crim. Just. 423 (1998) oddly saw fit to describe the progress with regard to the intoxication defence.

201 To the same end cf supra note 2, *E. van Sliedregt*, Responsibility 299.

202 Cf Fair Trials and the Role of International Criminal Defense, 114 Harvard L. Rev. 1982,1986(2001).

203 Cf margin No. 2.

204 Cf. – with varyingly far-reaching goals and hopes – supra note 24, A. Eser, "Defenses" in War Crime Trials 263 et seq., 271 *et seq.*, supra note 29, *Ch. Nill-Theobald*, "Defences" 387 *et seq.* and supra note 188, *H.-H. Jescheck*, Stand 448 *et seq.*, 451.

ALBIN ESER

„DEFENCES" IN WAR CRIME TRIALS*

I. INTRODUCTION – GENERAL OBSERVATIONS

The first of many difficulties encountered in analyzing this topic concerns terminology. In addressing the subjects of obedience to superior order, necessity, self-defence, duress or coercion, consent of the victim, reprisals, military necessity or the „tu quoque-argument" and if, in addition, we were to expand our analysis to jurisdictional questions such as the application of the law, the statute of limitations, or the problem of international ne bis in idem, it would be almost impossible to subsume all these phenomena under just one term or concept. At least from the viewpoint of German doctrine, which differentiates between substantive elements of a crime and mere procedural requirements for its prosecution, and which, even on and within these two levels, distinguishes between justification, excuse, and other substantive or procedural prerequisites or bars to criminal liability and prosecution, it seems impossible to deal with all the aforementioned phenomena under the same rubric.

Therefore, there is no other solution but to resort to the English term „defences", which traditionally has been used to denote all grounds which, for one reason or another, hinder the sanctioning of an offence – despite the fact that the offence has fulfilled all definitional elements of a crime.

This notional broadness of „defences", however, is achieved at the price of a certain conceptual emptiness and lack of structure. Except for saying that the presence of a „defence" excludes punishability and/or prosecution of a crime, the term „defence" reveals nothing of the intrinsic rationales or the structural elements of the grounds for excluding punishability.

Furthermore, this deficiency is not only of theoretical importance, but, as will be demonstrated below, it also has a practical impact on the application of certain defences.

In view of these terminological deficiencies, it is not surprising that, from the doctrinal point of view as well, „defences" to international crimes must still be considered a vast terra incognita. This is perhaps best proven by the observation that literature in this area is rather scarce.[1] Except for Jescheck's critical analysis of the Nuremberg trials (1954), Dinstein's dissertation on The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law (1965) and Bassiouni's chapter on „Defences and Exonerations" in his recent handbook on Crimes against Humanity in International Criminal Law (1992), one can find only occasional articles which hardly cover the whole range of problems.

The lack of jurisprudential literature in this field may at least be partly explained by the fact that, even in the development of a positive „Code of International Crimes", we are still stuck (to use a German expression) in „children's shoes". We are perhaps further along in developing a „Special Part" of „International Crimes", but we are still far from a „General

---

* Originalbeitrag erschienen in:
Israel Yearbook on Human Rights 24 (1994), S. 201 – 222
For assistance in preparing this contribution I wish to thank Christiane Nill; for refining my English version I am indebted to Emily Siverlman.

1 Laudable exceptions (the mentioning of which does not necessarily signify full agreement) are *Y. Dinstein*, The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law (1965); *M. Ch. Bassiouni*, Crimes against Humanity in International Criminal Law 397-469 (1992).

Part", into which the special crimes would have to be embedded.[2] Until such a „General Part" is developed, however, a well-principled and general definition of „defences" to an international „offence" can hardly be expected.[3]

If the pioneering work required to develop „defences" considerably exceeds that which is necessary for formulating „offences", this difficulty may partly be explained by certain psychological reservations toward defences of war crimes. By providing perpetrators of brutal crimes against humanity (such as the atrocious war crimes reported in the former Yugoslavia) with defences for their offences, we have effectively lent them a hand in finding grounds for excluding punishability or otherwise barring criminal prosecution. Although this antagonism is understandable on an emotional level, from the legal point of view war crimes may not be exempted from the general principles that are valid for „normal" every-day criminality. Just as a murderer may be justified by self-defence, a rapist excused for insanity, or a policeman relieved from personal liability for suppressing resistance on „superior order", in war crime trials, too, it cannot be excluded from the very outset that certain circumstances stand in the way of prosecution. If this is so, justice requires analysis and definition of the rationale and the limitations of such possible „defences".

This seems advisable, at the very least, for structural reasons in terms of the systematic comprehension of the crime. As we have discovered in studies on comprehending and comparing different notions of crime, the general elements and structural stages of crime – e.g., the German differentiation between the definitional elements of the crime, its unlawfulness and its blameworthiness (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld) – may perhaps be incomprehensible without a clear understanding of the grounds on which the punishability of conduct, despite its fulfilment of all definitional elements of a prohibition (Tatbestand), will nevertheless be excluded. Thus, structural comparisons between different penal systems may perhaps become possible only by differentiating between defences with regard to their justificatory, excusatory or otherwise exonerating nature.[4] Similarly, the search for the internal rationale and the extent of „defences" for international crimes (including war crimes) may perhaps prove to be a helpful key in structuring and defining a „General Part" of a truly comprehensive „Code of International Crimes".

Such a demanding and far-reaching goal is more than can be accomplished within the constraints of this article. Therefore, an introductory survey of those „defences" which are most likely to come into play in connection with war crime trials will be presented:

---

2 See *O. Triffterer*, "Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht", 30 Zeitschrift für Rechtsvergleichung 83-129, 113 f. (1989); also *M. Ch. Bassiouni & C. L. Blakesly*, "The Need for a General Part", 25 Vand. J. Transnat. L. 151-82, 154-75 (1992), *H.H. Jescheck*, "Gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten der Entwurfsarbeiten auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts", in Erinnerungsausgabe für Max Grünhut 47-60, 58 ff. (H. Kaufmann *et al.* eds., 1965).

3 *A. Eser*, "The Need for a General Part", in Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 43-52 (M. Ch. Bassiouni ed., 1993).

4 See, in particular *A. Eser*, "Einführung", in 1 Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, 1-8 (A. Eser & G. P. Fletcher eds., 1987). See also *A. Eser*, "Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung: ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs", in Criminal Law Theory in Transition 301-315, 313 (R. Lahti & K. Nuotio eds., 1992).

In doing so, I shall make two further restrictions:

- First, I shall only deal with substantive grounds of excluding criminal liability; procedural defences such as lack of jurisdiction or ne bis in idem will not be discussed.
- Second, this analysis will concentrate on the individual punishability of war criminals and will only occasionally allude to the collective responsibility of states (or heads of state) which is, to some extent, governed by other principles. These principles are generally more concerned with establishing criminal responsibility of a state (or its organs) rather than exempting it from responsibility.

II. Main Defences

A. Obedience to Superior Order

If I start with „obedience to superior order", it is mainly because this is – as already stated by Jescheck[5] – the most frequently discussed as well as the most controversial defence in the area of war crimes.[6] In the struggle for acceptance or rejection of this defence, several developments and positions, some quite contradictory, must be recognized.

- Prior to World War I, the problem of „superior order" did not play a big role. Until that time, the so-called „act of State-doctrine" reigned, according to which only States could be held liable, while the responsibility of individuals was basically irrelevant.[7]
- This attitude of ignoring the problem came to an end with World War I. Confronted with the highly disputed determination of soldiers as war criminals, Anglo-American military law tried to bar such trials by exempting soldiers from punishability insofar as their conduct had been masterminded by their government[8]. This position was mainly backed by the theory of 'respondeat superior', substantially developed by Oppenheim,[9] according to which, the subordinate, in case of a superior order, was given a sort of 'absolute defence'.[10]
- Contrary to this view, during and immediately following World War I, the so-called theory of „absolute liability" was already voiced, which demanded the punishment of soldiers as war criminals.[11]

---

5 *H.-H. Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht 255 (1952).

6 *Particularly* informative to this defence are Dinstein, supra note 1; *Dinstein*, "International Criminal Law", 20 Is. L. Rev. 206-242 (1985), and *L. C. Green*, Superior Orders in National and International Law (1976); see also *Bassiouni*, supra note 1, at 399-438.

7 See *P. Fuhrmann*, Der höhere Befehl als Rechtfertigung im Völkerrecht 24-30 (1963).

8 Art. 347 of the United States Rules of Land Warfare states: "Individuals of the armed forces will not be punished for these offences in case they are committed under the orders or sanction of their government or commanders. The commanders ordering the commission of such acts, or under whose authority they are committed by their troops, may be punished by the belligerent, into whose hands they fall."

9 *L. Oppenheim*, 2 International Law 264 f. (1912).

10 As to this terminology, cf. *infra* Sec. III.2.

11 See *Fuhrmann*, *supra* note 7, at 43.

- If, however, one did not want to go so far as to hold soldiers liable, the „manifest illegality principle" prevented soldiers, at least in cases of obvious illegal orders, from resorting to „superior order" as a defence.[12]

Between these extremes, a middle of the road position started to develop after World War II. At the beginning of the war, neither valid international treaty law governing these questions, nor customary law on „superior order" existed.[13] It was inevitable that with the start of the war crime trials at Nuremberg and Tokyo the problems of superior order would arise. The Nuremberg Tribunal neither fully recognized nor fully rejected the idea of superior order, but instead, paved the way for a new approach. Although not recognized as a full defence, obedience to superior order was at least to be treated as grounds for mitigation „if the Tribunal determines that justice so requires".[14] Consequently a soldier could be completely freed from personal responsibility only by a fully independent defence or if he performed an act in the execution of an order under duress, meaning that, above and beyond the order, the subordinate soldier had to rely on additional pardonable circumstances. Thus, by taking into consideration mitigation in cases of superior order, the Charter of the International Military Tribunal for the first time in the history of international law positively and expressly took notice of this aspect. This formal recognition has recently been reaffirmed by the Statute for an International Tribunal for the former Yugoslavia.[15]

Whereas this provision in the treaties does not reveal why only mitigation and not a full defence is conceded, Dinstein seems to provide an explanation by his theory based on mens rea. Though obedience may not be a „defence per se" the subordinate may deserve mitigation due to lack of criminal awareness, whereby lack of mens rea may be acknowledged only in cases of „compulsion" or „mistake".[16]

After this brief review of historical background, the four most important positions regarding superior order may now be critically surveyed.

1. The One Extreme: Obedience to Superior Order as Defence

In order to explain why the theory of respondeat superior[17] should provide a full defence, three reasons are generally given,[18] none of which, however, is really convincing:

- If one is not content simply to rely on the binding effect of an order,[19] the primacy of national law may be offered as an argument: Since domestic law requires obedi-

---

12 Cf. *infra* II A. 3, esp. at note 31.

13 See *Fuhrmann*, *supra* note 7, at 65.

14 As phrased in Art. 8 of the Charter of the International Military Tribunal (IMT): "The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment, if the Tribunal determines that justice so requires."

15 Cf. Art. 7 No. 4 of the Statute for the "International Tribunal to prosecute persons responsible for various violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991".

16 Cf. the presentation by *Dinstein*, Is. L. Rev., *supra* note 6, at 237.

17 Going back to *Oppenheim*: see *supra* note 9.

18 See *J. D. Brownlie*, "Superior Orders – Time for a New Realism?", The Crim. L. Rev. 396-411, 397 (1989). See also *Dinstein*, *supra* note 1, at 38 (though Dinstein himself does not necessarily take this view).

ence from its soldiers, and as it may even be in the interest of international law to maintain discipline and order in a national army, it appears insupportable for international law to punish a soldier for performing a national duty.[20] Yet, as convincingly counter-argued by Dinstein, the alleged contradiction between international law and the primacy of the national duty is not a real one. Since the prohibition of war crimes is founded on and by international law, corresponding exceptions from sanctioning can only be made by international law.[21] Otherwise, any international prohibition of war crimes could be undermined by national orders.

- Equally unconvincing is the claim of the subjective impossibility of refusing an order, based upon the reasoning that the soldier, due to being an integral part of a tight and severe military discipline, is somehow a mere tool in the hands of an overwhelming power.[22] The consequence of such argumentation is that the soldier is degraded to a blindly obeying machine with no personal responsibility.[23] However, facts belie the widespread assumption that the refusal to obey an order to commit a war crime necessarily results in punishment of the disobedient subordinate.[24] Perhaps even more important are the political as well as the psycho-social counterproductive side effects of endorsing (by treating obedience as an absolute defence) such hierarchical 'order'-mentality. Acknowledging this defence could result in cases where superiors evade their own responsibility – e.g., by suicide like Hitler or Himmler, or by fleeing to a safe foreign haven were war crimes still remain unsanc-

---

19 See the references by *H.-H. Jescheck*, *supra* note 5, at 259.

20 Cf. *Oppenheim*, *supra* note 9, at 343. Cf. also the case-law, which on the basis of the former version of Art. 443 of the British Manual of Military Law also started from the absolute non-liability of the subordinate soldier, at *Brownlie*, *supra* note 18, at 398: "Members of the armed forces who commit such violations of the recognized rules of warfare as are ordered by their Government, or by their commander, are not war criminals and cannot therefore be punished by the enemy. He may punish the officials or commanders responsible for such orders, if they fall into his hands...." In Jescheck's presentation, this defence, though not clearly recognizable from its wording, is understood as a ground for excluding blameworthiness (Schuldausschließungsgrund). The subsequent alteration of Art. 443 of the British Manual made the responsibility of the subordinate conditional upon the lawfulness of the order. If the order was unlawful, the inferior could not escape responsibility: "The question, however, is governed by the major principle that members of the armed forces are bound to obey lawful orders only and that they cannot escape liability if, in obedience to a command, they commit acts which both violate unchallenged rules of warfare and outrage the general sentiment of humanity." A similar alteration was made to Art. 347 of the United States Rules of Land Warfare, according to which the responsibility depends on whether the soldier's belief in the order was acceptable. For more details cf. *Jescheck*, *supra* note 5, at 260.

21 *Dinstein*, *supra* note 1, at 42.

22 *M. Belgion*, Victors Justice 143 (1949).

23 See *D. H. M. Johnson*, "The Defence of Superior Orders", *Australian Y.B. of Int. L.* 291-314, 299 (1985).

24 To give one example: *H. Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität 158 (1967), found that in none of the some 103 cases in which Nazi functionaries refused to carry out orders to kill was the refusal to obey punished. See also *L. Gelberg*, "Die Nürnberger Prinzipien und das moderne Völkerrecht", Demokratie und Recht 177-87, 183 (1978). For a different view, see *A. von Knieriem*, Nürnberg: Rechtliche und menschliche Probleme 275 (1953) who saw a danger to the subordinates in the mere fact that the orders concerned presumably stemmed ultimately from Hitler himself.

tioned[25] because of the lack of international solidarity in combatting international crimes.

- If one wants to avoid this frustrating consequence by conceding a defence for obedience to a superior order only to those acting in good faith,[26] one is merely shifting the problem but not solving it. The only difference is that in this line of argument it is not the obedience which excludes punishability, but the error with regard to the illegality of the order. Similarly, this applies to cases where the subordinate, though aware of its unlawfulness, executes the order because of the threat of being shot in case of refusal. In this situation, too, it is not the order, but the coercion which provides the defence.[27]

2. *The Other Extreme: „Absolute Liability" Despite Acting on Superior Order*

Diametrically opposed to the theory of respondeat superior is the doctrine of „absolute liability", according to which – superior order is neither an independent defence nor may it even be considered as an element of other defences.[28]

- This position is partly based on the argument that soldiers from the very outset are only duty-bound to execute lawful orders in order that obedience may never be proffered as a defence.[29] This approach, however, may not sufficiently take into account the possible coerciveness of the hierarchial chain of command of which the soldier is a part.

- Similarly, the argument that personal responsibility would gradually be passed along to the supreme commander if every subordinate were allowed to rely on superior order, with the possible exception of liability pertaining to an original order,[30] is convincing only if obedience to an order excluded punishability per se and unconditionally.

- In addition, strict rejection of any reliance on an order suffers from focusing too globally and superficially on the moment of the „order as such", without questioning its lawful or unlawful purpose and without taking into consideration the subjective good or bad faith of the party to whom the order is addressed.

---

25 *Gelberg*, *supra* note 24, at 181; see also *H. Laternser*, "Looking Back at the Nuremberg Trials with Special Consideration of the Process against Military Leaders", Whittier L. Rev. 557-80, 577 (1986).

26 As suggested by B. *V. A. Röling*, "Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War", 12 Revue belge de droit international 8-26, 18 (1976).

27 To be understood in the same way is *Jescheck*, *supra* note 5, at 255, for whom a strict classification of superior order in the catalogue of `Schuldausschliessungsgrund`(ground for excluding blameworthiness) is "not possible because according to the factual situation aspects of mistake of law or conflicts of interests could be prominent".

28 *H. H. Bellot*, A Permanent International Criminal Court 73-78 (1922); *G. Brand*, "The War Crimes Trials and the Laws of War", 26 Brit. YB. Int'l. L. 414-27, 416 (1949); *A. Goodhardt*, "Questions and Answers Concerning the Nuremberg Trials", Int'l. L. Q. 525-31, 527 (1947); *C. Phillipson*, International Law and the Great War 260 (1915); *G. Schwarzenberger*, "The Judgement of Nuremberg", Y.B. World Affs. 94-124, 117 (1948); see also the references by *Dinstein*, *supra* note 1, at 68, n. 205.

29 *Bellot*, *supra* note 28, at 73-78; see also the reference by *H. G. Schwenk*, "Gesetzgeberische Konsequenzen aus den Verboten der Zusatzprotokolle", Neue Zeitschrift für Wehrrecht 199-212, 207-211 (1978) for a discussion of the soldier's role today.

30 *Phillipson*, *supra* note 28, at 260.

3. *Distinctions According to „Manifest Illegality" and/or Mens Rea*

Distinctions such as those just mentioned, seem to be applied to an increasing degree in order to avoid the contrary extremes of orders as complete defence, on the one hand, or totally ignoring them, on the other.

- One of these middle of the road approaches, i.e., the „manifest illegality" principle, is to preclude reliance on a superior order as a defence, at least in cases where the unlawfulness of the order is obvious.[31]
- The subjective element implied in this approach becomes even more apparent in Dinstein's mens rea approach in which the awareness (or rather the lack of awareness) of unlawfulness due to mistake of fact or law is of particular significance.[32]
- Despite these common features, an essential difference remains: Whereas, according to the „manifest illegality principle" the execution of an order which was not obviously illegal, may constitute an independent defence, the „mens rea-approach" seems to regard the moment of the order, if it considers it at all, only as a component of another defence, such as mistake or compulsion.[33]

Without presenting a detailed explanation here, I suggest that the proper solution can be found in distinctions such as those mentioned above. If, however, methods of reasoning leading to this result quite often appear to be anything but clear and stringent, this may be caused by a failure to distinguish between justification or excuse or other – perhaps politically motivated – grounds for excluding criminal prosecution. Since certain authors seem to be afraid that conceding a defence would be interpreted as endorsement of an unlawful order, they feel forced to refuse reliance on an order even in cases where the subordinate performed it in good faith. If, however, they were aware that by rejecting justification and merely conceding an excuse, the disapproval of an order and its execution remains intact, certain alleged contradictions might appear to be reconcilable.[34]

4. *Obedience to Superior Order as Ground for Mitigation*

As long as superior order is not recognized as a full or at least self-sufficient defence, the widespread opinion seems to be that the obedience of the subordinate may at least be considered as a ground for mitigation.[35] This position, as already mentioned, was recognized

---

31 See *M. Greenspan*, The Modern Law of Land Warfare 409 (1959); *H.-H. Jescheck*, "Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr", in Bundeswehr und Recht 63-91, 63 f. (*H.-H. Jescheck, et al.* eds., 1965); *N. Keijzer*, Military Obedience 169 (1978), G. *Dahm*, 1 Lehrbuch des Völkerrechts, 311 (1961). Apparently in the same sense *Th. Vogler*, "The Defense of 'Superior Order' in international criminal law", in 1 A Treatise on International Criminal Law: Crimes and Punishment 619-34, 634 (M. Ch. Bassiouni & V. P. Nanda eds., 1973).

32 See *Dinstein*, *supra* note 1, at 76, 87; also in *Dinstein*, *supra* note 6, at 233.

33 *Bassiouni's* "command-responsibility theory" seems to run along the same line when opposing the full rejection of this defence on the one hand but recognizing it, at least under certain circumstances, on the other. See *Bassiouni*, *supra* note 1, at 437.

34 For removal of similar inconsistencies by distinguishing between justification and excuse, *see A. Eser*, "A Key Issue in the Concept of Crime", in 1 Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven 17-65, 37 (A. Eser & G. P. Fletcher eds., 1987).

35 Cf. *Dinstein*, *supra* note 1, at 88 ff.; H *Lauterpacht*, 2 International Law 302 (H. Lauterpacht & L. Oppenheim eds., 1952); *L. C. Green*, "Superior Orders and the Reasonable Man", 8 Can. Y.B. Int'l L. 61-103, 103 (1970); *Johnson*, *supra* note 23, at 307; *Gelberg*, *supra* note 24, at.

for the first time by the Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg and just recently reaffirmed by the Statute of the International Yugoslavia Tribunal. To date, however, neither the prerequisites for mitigation nor the possible degree of reduction of the punishment have been established, but have apparently been left to the discretion of the Tribunal, which under Article 8 of the Charter provides that mitigation may be considered „if the Tribunal determines that justice so requires".[36] If this discretion is not to be absolute but governed somehow by certain criteria, it is necessary to identify the reasons and factors for which obedience to a superior order can be denied full exclusion of punishability, on the one hand, but conceded at least mitigating influence, on the other. These rationales, each of which may also lead to divergent consequences, may be quite varied:

- If the lack of mens rea rather than the obedience to an order is considered to be decisive, it is quite obvious that the order cannot be granted more weight than other guilt-oriented mitigating factors.[37]
- or if a full defence is rejected because a crime committed on order would otherwise remain completely unsanctioned,[38] the mitigation must be structured in such a way that belief in law and justice is not destroyed;
- or if neither blind obedience is to be rewarded nor pressure on a subordinate completely ignored,[39] then mitigation would have to be measured according to the kind and degree of the coercive situation to which the soldier is exposed.

As demonstrated by these few examples, by conceding mitigation, the problem underlying obedience to a superior order is merely shifted rather than solved.

B. Necessity

In the same way that necessity can justify a prohibited act in domestic law, in international law, too, necessity is, in principle, recognized as a defence.[40] Beyond this very general statement, however, it is difficult to gain a clear view of the various situations and conditions in which necessity may exclude punishability.

At any rate, it seems advisable to distinguish between „necessity of the State" („völkerrechtlicher Notstand") and „individual necessity".[41]

181; *P. Guggenheim*, 1 Lehrbuch des Völkerrechts 551 (1948); *Jescheck*, *supra* note 5, at 268; see also references by *Bassiouni*, *supra* note 1, at 415.

36 See *supra* note 14.

37 See *Dinstein*, *supra* note 1, at 88.

38 In the same direction *Green*, *supra* note 35, at 103; see also the references by *Johnson*, *supra* note 23, at 307; *Bassiouni*, *supra* note 1, at 415; *Gelberg*, *supra* note 24, at 181.

39 See *D. de Vabres*, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée 241 (1947), but also W. *J. Garner*, International Law and the World War 484 (1920).

40 See *I. Seidl-Hohenveldern*, Völkerrecht 370 Rn. 1674-80 (7th ed. 1992); *A. Verdross & B. Simma*, Universelles Völkerrecht 869 (3rd ed., 1984); *G. Gorning*, "Die Verantwortlichkeit politischer Funktionsträger nach völkerrechtlichem Strafrecht", 46 Neue Justiz 4-14, 10 (1992).

41 In the same sense, Art. 32 of the International Law Commission's Draft for an International Court: "1. The wrongfulness of an act of a state not in conformity with an international obligation of that state is precluded if the author of the conduct which constitutes the act of that state had no other means, in a situation of extreme distress, of saving his life or that of persons entrusted to his care. 2. Paragraph 1 shall not apply if the state in question has contributed to the

1. If the State is in necessity, because its existence is threatened by a clear and present danger, the State, relying on its „right to self-preservation", may act to free itself from the threat.[42] In this case, its supreme organs are entitled to order the necessary measures. Therefore, the actions of the executing functionaries are accordingly justified.[43] Examples of these types of measures include the sinking of ships or the destruction of underwater cables[44]. This type of necessity, however, was not a basis for the NS-ordered genocide in which SS troops were involved, nor can it be invoked with regard to war cruelties in the former Yugoslavia.
2. Therefore, perhaps only personal necessity can be considered a defence. In this regard, however, it is very difficult to imagine a factual situation in which a soldier is able to avert personal danger by simply committing a war crime – unless he is pressed by his comrades to participate in a war crime. In such cases, however, „duress" or „compulsion" will apply, and not necessity, thereby raising[45] defences which have to be dealt with on their own merits.

However, it is worthwhile to mention that the Anglo-American approach to necessity appears somehow less liberal,[46] an attitude which again seems to be influenced by the failure to distinguish between justification and excuse. If this distinction were properly recognized, appropriate and well-principled differentiations might also prove easier in this area as well.

C. Self-defence

Self-defence is similar to necessity in that it is difficult to imagine a factual scenario where the need to avert an attack justifies an act of self-defence in the form of a war crime. Certainly the idea of self-defence is not foreign to international criminal law. The „natural right to individual and collective self-defence" is expressly recognized under Article 51 of the UN Charter, as long as the Security Council does not take the necessary measures to preserve world peace and international safety. Therefore, it can at least be considered misleading when Bassiouni, in his broad interpretation of international crime in his handbook on crimes against humanity, does not deem self-defence worthy of discussion because it is a „personal defence, which arises under the criminal law of the enforcing State".[47]

Nevertheless, this point of view may prove to be correct in so far as the right to self-defence, recognized by the UN Charter, is primarily conceded to the State under attack. Therefore, this defence may be available to the individual soldier, if at all, only in a deriva-

---

occurrence of the situation of extreme distress or if the conduct in question was likely to create a comparable or greater peril." See also *Verdross & Simma*, *supra* note 40, at 871.

42 See *Jescheck*, *supra* note 5, at 220.

43 See *ibid.*, 222.

44 See *ibid.*, *Verdross & Simma*, *supra* note 40, at 870.

45 Cf. to this distinction in German criminal law *H.J. Hirsch*, "Prenote to § 35" in Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (*H.-H. Jescheck, et al.* eds., 10th ed., 1985).

46 See *Dinstein*, Is. L. Rev., *supra* note 6, at 234; also "Criminal Law", 15 American Jurisprudence, § 318 Coercion or Command 16 (1943). See also *D. Linnan*, "Iran Airflight 655 and Beyond: Free Passage, Mistaken Self-Defence and State Responsibility", 16 Yale J. Int'l L. 245-389, 340 (1991), referring to the rejection of necessity in a case in which prisoners were killed to avoid detection when encircled by the enemy; see also *Knieriem*, *supra* note 24, at 279.

47 *Bassiouni*, *supra* note 1, at 398.

tive manner and, in addition, hardly conceivable if the act of self-defence constituted a war crime.

This narrow reach of individual self-defence in a state under attack may also explain why there is almost no literature concerning the question of self-defence in the area of war crimes.

D. Compulsion – Duress – Coercion

Similar to the defences dealt with so far, which are clouded by conceptual vagueness, the defences commonly handled, such as necessity, compulsion, duress and coercion, are even more difficult to resolve since there is still no uniform terminology.[48] Whereas Bassiouni sees „coercion" and „duress" as closely connected to „obedience to superior order", but not to „necessity",[49] Dinstein deems it possible, by following the International Military Tribunal of Nuremberg, to regard „compulsion" as the general term, that can be subdivided into the more specific instances of „duress under threat" and „necessity to avoid fatal results in other circumstances".[50]

Instead of adopting either of these approaches, it seems preferable to emulate an old distinction in German law, that seems to have been preserved in the international law literature in the German language, that distinguishes between states of necessity or pressure that are caused by other human beings, as in cases of coercion, compulsion or duress (Nötigungsnotstand), and those resulting from natural causes or dangers not caused by human beings, as perhaps fairly described by necessity (Notstand).[51]

Current opinion considering the prerequisites for the magnitude of a defence of compulsion in the aforementioned sense is anything but easy to grasp. Common law, for instance, would excuse all activities committed in a special situation of duress, except for the taking of innocent life, in which case, even for the sake of rescuing his own life, the perpetrator may never rely upon duress as a defence.[52] To some extent, the rejection of such a defence is also based on the assumption that in most cases a war criminal who was threatened with the unpleasant consequence of the failure to obey an order would have had other ways of evading the threatened harm.[53] Furthermore, it is feared that by recognizing such defences, subordinates would be able to exonerate themselves, and only „the very apex of the command chain"[54] could be left to bear responsibility, if, indeed, one could get hold of them at all.

However, as understandable as these arguments may be, we must keep in mind that the refusal to exempt the coerced subordinate from punishment does not necessarily mean that the ordered war crime would not be committed, since the superior could still look, and

---

48 See *Dinstein*, Is. L. Rev., *supra* note 6, at 234. As he is one of few who has devoted more than passing attention to these issues, mention should be made of the case study by A. L. Dienstag, "Fedorenko v. United States: War Crimes, the Defense of Duress, and American Nationality Law", 82 Colum. L. Rev. 120-83 (1982).

49 *Bassiouni*, *supra* note 1, at 439.

50 *Dinstein*, Is. L. Rev., *supra* note 6, at 233.

51 For a similar use of the terms, see *Bassiouni* who, however, apparently uses the term "compulsion" as a generic term for coercion and duress. Bassiouni, *supra* note 1, at 439.

52 See *Dienstag*, *supra* note 48, at 137, with references to case-law.

53 *Ibid.*, 149.

54 *Ibid.*, 151.

probably find, a more obedient subordinate. Still more urgent is the normative proposition that it might be morally overburdensome to demand suicidal heroism from the average soldier in the face of otherwise being punished.

The doctrine and practice of international law obviously have significant difficulties in solving the problem of duress, and once again, the lack of distinction between justification and mere excuse seems to play a detrimental role. Perhaps the path to appropriate solutions would be easier to find if one were aware that the mere excusing by the commission of a crime under duress is not tantamount to an approval of the unlawful act as such.

E. Conflict of Interests

During the Nuremberg trials, it was quite common for military commanders to defend themselves by referring to a conflict of interests: Patriotic duty required them to stay at their posts, and in order to prevent the worst, they bowed to higher orders. Astonishingly, this resort to conflict of interests is dealt with in more depth only by Jescheck's study of the Nuremberg trials (under the heading of „Pflichtenkollision")[55] whereas in other listings of „defences and exonerations" (as for instance by Bassiouni) this topic is not expressly addressed. Perhaps this silence in the non-German literature of international crimes can be explained by the fact that the Nuremberg judgments bluntly rejected conflict of interests as a defence by reasoning that remaining in office conveyed moral support of Hitler's violent regime. This was more detrimental than the aid, posssibly made available by these officers to persecuted people, was beneficial.[56]

It is, of course, open to question whether conflict of interests as a defence should be rejected out of hand, even as a mere ground for excluding punishability beyond justification and excuse, as was then conceded by the Supreme Court for the British Zone in certain cases of the so-called „euthanasia actions" in NS-killing-camps.[57] However, the answer to this question largely depends upon the meaning of conflict of interests, for which a generally accepted definition has yet to be agreed opon.[58]

Nevertheless, I wonder whether conflict of interests should be totally ignored in war crime trials in cases where a military leader finds himself faced by a genuine moral dilemma from which, according to the principle of „lesser evil", he sees no other way out. Only truly extreme situations, however, should be eligible for such a defence.

F. Consent of the Victim

Consent of the victim, which in the scope of „normal criminality" is quite a common defence, is hardly discussed in the literature of war crimes (again, with the rare exception of

---

55 *Jescheck*, *supra* note 5, at 395 f.

56 See *ibid.*, 394, esp. 398.

57 1 OGHSt (Entscheidungen des Obersten Gerichts für die britische Zone) 321, 335 (1949); 2 OGHSt 117ff.; 126 (1949). A divergent view was taken by the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof), Neue Juristische Wochenschrift 513 f. (1953), which provided for possible exoneration on the basis of a particularly diligently scrutinized mistake of law. Cf. *also*, the notes to these cases by *H. Welzel*, Monatsschrift für Deutsches Recht 375 (1949), and *E. Schmidt*, Süddeutsche Juristenzeitung 568-70 (1949).

58 For more details and references see *T. Lenckner*, "Prenotes 71-78 to § 32", Kommentar zum StGB (A. Schönke & H. Schröder eds., 24th ed., 1991).

Jescheck), despite the fact that the Nuremburg judges were frequently faced with the invocation of this defence.[59]

Briefly, their position was as follows:

1. As far as the lawfulness of „voluntary" employment of war prisoners in the armament industry was concerned, reliance of the defendants upon the consent of the prisoners was rejected. As there was no legal basis fort he employment contracts, it must be assumed that the labour was forced and without consent.[60]
2. Use of war prisoners in military operations, however, was deemed to violate international law only in cases of „force, threats or duress", but not when services had been agreed to voluntarily by war prisoners. This reasoning, as was applied by the Nuremberg Court in the „Wilhelmstraßen-Proceeding", has been criticized by Jescheck as quite dangerous, since it does not pay sufficient attention to the pressure inherent in war captivity, particularly when the living conditions are close to the subsistence level.[61]
3. To speak of true volunteerism is similarly difficult, if not impossible, in cases such as the Nuremberg physicians' trials where captives had „volunteered" to be subjects in medical experiments. Even when victims on their own initiative signaled their readiness to participate in certain experimental procedures (such as the sterilization of so-called „half-Jews"), they did so only in the hope, that in this way, they would perhaps escape transportation to a concentration camp. Under these circumstances, it would be utter cynicism to speak of voluntary participation in a medical experiment.[62]
4. The cynicism would hardly be less offensive if Serbian soldiers attempted to defend their raping of Bosnian women by claiming that women who did not forcefully resist had implicitly given their consent.

As should be clear from these few examples, there is very little room indeed for consent as a defence in war crime trials, for when a victim co-operates in an attempt to avoid a worse fate, there can be no talk of volunteerism, which is the core element of consent.

G. Mistake of Law and Fact

This defence is of particular importance for those positions which reject „superior order" as an independent defence and resort instead to the principle of mens rea (as proposed by Dinstein)[63].

However, with regard to mistake, too, certain distinctions should be remembered.

1. Apparently only mistake of fact is generally recognized as a defence in international law and practice, whereas mistake of law is still deemed irrelevant in ac-

---

59 See *Jescheck*, *supra* note 5, at 355f.; see also *Knieriem*, *supra* note 24, at 309.

60 See *Jescheck*, *supra* note 5, at 335 to the "Milch- und IG-Farben" case.

61 *Ibid.*, 336.

62 Therefore rejecting with good cause also *Knieriem*, *supra* note 24, at 309.

63 Cf. *supra* II A.1 with footnote 32. *Bassiouni*, too, points to "mistake of law or fact" as possible defences but refers only to mistake of law in chapter 1 ("emergence as an international crime"), however, without providing more precision. See *Bassiouni*, *supra* note 1, at 398.

cordance with the old maxim of error iuris (criminalis) nocet.[64] Nevertheless, there are at least some exceptions for cases where the perpetrator lacked mens rea due to a so-called „honest error".

2. Along this line, Jescheck proposes that an error as to the terms and rules of international war law be recognized, at least as an excuse.[65] In fact, the danger of committing such an error is particularly great for military leaders who must act even when burdened by extraordinary responsibility and serious emotional strain. According to Jescheck, such an error should be taken into consideration in so far as it does not contradict sound perceptions of law and justice, i.e., does not show signs of blindness to the law. The Nuremberg judges, however, were not willing to make any concessions with regard to errors concerning terms and rules of the international law of war. This position can perhaps be explained by the greater reluctance with which the common law still approaches the defence of „mistake of law", even in everyday crimes.[66]

And indeed, keeping in mind the degree to which so-called „war morals" are being brutalized in some military conflicts of our time, it seems strongly advisable to make a defence by mistake of law as difficult as possible in order to avoid any promotion of scrupulousness in this area.

H. Reprisals

With regard to the category of reprisals, we are on comparatively safe ground since international law, in principle, recognizes retributive measures against another State or its nationals, at least in so far as the measures are intended to force the adversary to conduct himself according to international law.[67] Within this scope, reprisals are not restricted to destruction of property. Even homicide may be justified so long as proportionality between the cause and effect of the reprisal is present. This required proportionality was not present, however, in the so-called Einsatzgruppen-Fall, where as reprisal for the killing of 21 German soldiers, 859 out of 2,100 Jews were sent to death.[68]

The unacceptability of such excesses is certainly beyond any doubt. But even beyond that, the question arises of whether the right to reprisals should not be still more restricted since in cases where revenge plays a role, reprisals are always subject to abuse. Perhaps reprisals should not be allowed for mere retribution, but only as a means of forcing the adversary to comply with the rules of international law.

I. Tu Quoque Argument

Closely related to reprisals is the tu quoque argument, which – either quite simply according to the motto „you too", or perhaps by relying on the authority of the Old Testament's

---

64 *Jescheck*, *supra* note 5, at 378.

65 *Ibid.*, 383.

66 See *A. T. Smith*, "Error and Mistake of Law in Anglo-American Criminal Law", in 2 Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven, 1075-1124 (A. Eser & G. P. Fletcher eds., 1988); *J. Kaplan*, "Mistake of Law", *ibid.*, 1125-48.

67 With regard to confirmations by the IMT of Nuremberg see *Jescheck*, *supra* note 5, at 333; also *Seidl-Hohenveldern*, *supra* note 40, at 393, n. 1776; *Bassiouni*, *supra* note 1, at 447.

68 *Bassiouni*, *ibid.*, 458.

„eye for eye, tooth for tooth" – seems to allow the commission of an international crime simply because of the fact that the adversary is behaving in the same (reprehensible) way.

However, these analogies are not at all cogent. Whereas Biblical retribution is directed toward the perpetrator of the original damage and reprisals aspire to compel proper international conduct upon the counterpart, the tu quoque argument allows a party, A, to justify wrongs it has committed against a third party, B, by comparing its actions to the unlawful conduct of B against another third party, C.[69]

In the Nuremberg trials, the Tribunal rejected references of German defendants to allied violations of war law simply by maintaining that these breaches of international law were not comparable to the war crimes committed by the Nazi regime.[70]

However, even if the war crimes committed on both sides were comparable, whether the tu quoque argument should lead to mitigation as was, in principle, conceded in the Nuremberg trials,[71] not to mention full exoneration from punishability or even justification – is debatable, for by opening this door, even if just a crack, the way is paved for an ever-increasing escalation of competing crimes. It is a relief, therefore, that the tu quoque argument is being met by growing opposition.[72]

J. Military Necessity

We must now consider the case where a State violates another state's or its citizens' rights and interests because of so-called „military necessity" – a situation different from reprisals, which are justifiable only if preceded by a breach of international law by the adversary State[73].

The defence of military necessity is particularly important when areas have been devastated. As was stated in the Charter of the Nuremberg Tribunal and reaffirmed in more detail by the International Court for the former Yugoslavia, even extensive destruction and appropriation of property,[74] as well as „wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation" may be „justified by military necessity".[75] This defence, however, extends neither to killing of civilians nor to their deportation to concentration camps – actions that are never justified.[76]

Even within its narrow scope, this defence, too, is not without hazards since allowing reference to „military necessity" may lead to the erroneous but tempting conclusion that a State at war may do anything necessary to achieve victory.

K. Immunity of Heads of State

Finally, we must address, at least briefly, the immunity of heads of State which may also be invoked as a defence.

---

69 See *ibid.*, 460.

70 See *Jescheck*, *supra* note 5, at 411; *Gelberg*, *supra* note 24, at 184.

71 See *Jescheck*, *supra* note 5, at 412 referring to the "II. Generals-Urteil".

72 See also *Gelberg*, *supra* note 24, at 184; *R. K. Woetzel*, The Nuremberg Trials in International Law 120 (1962).

73 See *Knieriem*, *supra* note 24, at 322.

74 Art. 2 (d) of the Statute of the International Tribunal for Yugoslavia.

75 Art. 3 (b) *ibid.* Cf. also Art. 5 (b), *ibid.* of the Nuremberg-IMT-Charter.

76 See *Jescheck*, *supra* note 5, at 331, referring to the "II. Generals-Urteil".

At first glance, this sort of defence seems quite plausible since, at least in times of peace, the head of State of a foreign power, in principle, is granted immunity.[77] If this protection against criminal prosecution were to extend to war crimes, however, the supreme commander of the State would be relieved of responsibility while the performers of the command would be held criminally liable. This scenario seems to be the classical proof of the unhappy experience of the public at large: „They hang the minor figures, but let the major ones go".

Although it would be unrealistic to deny that international practice is in fact proceeding along this cynical line, the Charter of the Nuremberg Tribunals expressly denied the immunity of heads of State in times of war.[78] This position was recently reaffirmed by the International Court for the former Yugoslavia[79].

Yet, as a matter of fact, the only instance so far in which the ruler of a country was denied immunity and prosecuted by another country was the case of General Noriega;[80] with regard to similar efforts vis-à-vis Saddam Hussein, words have not yet been followed by actions.[81]

What might be grounds for hope in the future is the fact that the ILC' s Draft Code of International Crimes of 1991 does not discharge heads of State or government from criminal responsibility,[82] and that, meanwhile, the aforementioned Yugoslavia Tribunal has been installed.[83] However, as long as trials cannot be conducted, and judgments rendered in the absence of the accused,[84] the prospects for a truly efficient prosecution of those principally responsible for war crimes in the Yugoslavian battles are extremely poor.

III. Summary – Outlook

Though this survey neither pretends to be comprehensive nor to have addressed all problems involved, I will allow myself to make some concluding observations:

1. As to the genesis of „defences" to war crimes, it seems worthy of mention that the Nuremberg Trials have served as a milestone not only for the establishment of in-

---

77 See *Seidl-Hohenveldern*, *supra* note 40, at 312, n. 1485; see also *Bassiouni*, *supra* note 1, at 465; *G. Schwarzenberger*, *supra* note 28, at 508.

78 Art. 7 IMT of Nuremberg states: "Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires."

79 Art. 8 III.

80 Cf. United States v. Noriega, 808 F. Supp. 791 (S. D. Fla. 1992).

81 Cf. Hearing before the Subcommittee on International Law, Immigration, and Refugees of the Committee of the Judiciary, House of Representatives, 102nd Congress, 1st Sess. 13 March 1991, Serial No. 3.

82 See Art. 13 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of the International Law Commission: "The official position of an individual who commits a crime against peace and security of mankind, and particularly the fact that he acts as head of State or Government, does not relieve him of criminal responsibility."

83 For a German perspective on this court see *C. Hollweg*, "Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt", 48 Juristen Zeitung 980-89 (1993) with more references.

84 Leaving open here whether criminal procedures and judgments *in absentia* might be admissible at all: opposing, see *ibid.*, n. 68.

ternational „offences" but also for conceding „defences" by which punishability may be excluded. The law created on this occasion was, to be sure, occupational law – restricted to Germany and other defeated countries and is not considered „international law" in its true sense. Nevertheless, the Nuremberg Trials, in connection with the Charter of the Tribunal, provided a testing ground for various defence strategies, some of which have been more successful than others. It is deplorable that, except for the analysis of these trials by Jescheck, no other studies of these questions, neither in the literature nor in case-law, have followed. Even the Draft Code of Crimes against the Peace and the Security of Mankind of the International Law Commission of 1991 leaves much to be desired, especially with regard to the lack of clearly formulated defences.[85] The same is true for the Statute of the International Tribunal of 1993 for former Yugoslavia, where „military necessity" as a ground of justification (Article 2d, 3b) and „superior order" as a ground for mitigation (Article 7) are the only defences mentioned.

2. With regard to their exonerating reach and effect, the defences currently in the limelight can be divided into three groups:

   - A first group could be characterized as absolute defences which – for whatever reason – are by tradition and common opinion given the effect of excluding punishability. This applies to necessity of the State and its self-defence, reprisals compelling conduct in accordance with international law, devastation justified by military necessity, mistake of fact, and duress. The common denominator of these defences is that they originate in certain specific dangers or coercive situations and thus may be somehow understandable as a „natural reaction" from a human and/or political point of view and that they are, to a certain degree, provable because the situation that existed at the time of commission may be reconstructable.

   - A second group could be described as situation defences – characterized as being essentially dependent on the circumstances of the individual case and/or by the fact that they often contain elements of other defences. This applies in particular to mistake of law, conflict of interests, and obedience to a „superior order". None of these defences is so far recognized without caveat, nor should this happen in the future. Nevertheless, even with war crimes, it is possible to imagine individual situations in which the circumstances, such as an „honest error", a genuine moral conflict, or an apparently unavoidable order, indicate that it would be reasonable to exclude punishability.

   - A third group is made up of defence strategies that should in principle be denied the power to exclude punishability and should therefore be treated as non-defences: This should apply to the tu quoque argument as well as to an invocation of superior order in terms of the theory of respondeat superior.

3. Finally, one should not forget to note that the whole area of defences requires a much more comprehensive and thorough elaboration than has been offered thus far and that cannot be rendered within the scope of this article. Such basic research requires that particular attention be paid to the following questions:

---

85 For more details see *Eser*, *supra* note 3, at 48.

- The observation that the traditional defences are a rather unstructured conglomerate assembled from different legal traditions, with substantive as well as conceptual frictions is due in part to the differences between continental-European and common law approaches. These differences must be analyzed and understood both in their rationales and in their consequences before they can be overcome by an act of political will.
- To reach this goal, it will be necessary to clarify possibly differing exonerating effects of defences and their structural-systematic classification and rank within the concept of crime. As long as we are not certain whether defences justify, merely excuse, or perhaps exonerate in another way, it appears impossible to adequately comprehend and categorize them.
- Yet another problem, specific to war crimes, is the question of whether justifications and excuses, that are recognized without reservation for everyday crimes and which, perhaps, also apply to international war crimes, may be invoked if this results in the non-punishment of war crimes. This question, too, is still far from being clarified.

The purpose of this article will have been fully achieved if it conveys at least some insight and provides some incentive to delve a little deeper in this field than has been done so far.

ALBIN ESER

HARMONISIERTE UNIVERSALITÄT NATIONALER STRAFGEWALT

EIN DESIDERAT INTERNATIONALER KOMPLEMENTARITÄT BEI VERFOLGUNG VON VÖLKERRECHTSVERBRECHEN*

Aufgrund der im Rom-Statut von 1998 vorgesehenen „Komplementarität" verbleibt neben einem ständigen Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) auch der nationalen Strafgewalt eine wichtige, wenn nicht sogar vorrangige Rolle[1]. Dabei wächst neben den „klassischen Anknüpfungspunkten des nationalen Strafrechts am Tatort (Territorialprinzip), an der Staatsangehörigkeit des Täters (aktives Personalprinzip) bzw. des Opfers (passives Personalprinzip) dem – auch als Weltrechtsgrundsatz bezeichneten – Universalprinzip für die Anwendung nationalen Strafrechts auf Auslandstaten ohne Rücksicht auf den Tatort und dessen Recht eine bislang nicht voll erkannte Bedeutung zu[2]. Einigen dieser Fragen nachzugehen und dabei insbesondere nach Gründen und Wegen einer universalen Anwendung nationalen Strafrechts zu suchen, haben sich die nachfolgenden Überlegungen zum Ziel gesetzt – zugleich als Geburtstagsgabe für Stefan Trechsel, für den das Engagement für die nationale und transnationale Durchsetzung von Menschenrechten ein unverkennbares Leitmotiv seines Denkens und Handelns war und dem nicht zuletzt für seine langjährige Mitgliedschaft im Fachbeirat unseres Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht zu danken ist.

---

* Originalbeitrag erschienen in:
Andreas Donatsch (Hrsg.): Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag. Zürich: Schulthess, 2002.

1 Das Rome Statute of the International Criminal Court vom 17. Juli 1998 ist mit nachträglichen Berichtigungen vom 10. November 1998 und 12. Juli 1999 abgedruckt in französisch, englisch und spanisch in: Revue Internationale de Droit Pénal 71 (2000), deutsch in: Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statutgesetz). Zu der bereits in der Präambel Abs. 10 und in Art. 1 ausgesprochenen „Komplementarität" des IStG zu den nationalen Jurisdiktionen vgl. FN 14.

2 Allgemein zu diesen „Anknüpfungsprinzipien" *Stefan Trechsel*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., Zürich 1998, 56 ff.; *Albin Eser*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München 2001, Vorbem. §§ 3-7, N 3 ff. sowie FN 29. Speziell zum „Universalprinzip" vgl. – unter anderem – *Bernhard Graefrath*, Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court, European Journal of International Law 1 (1990) 67 ff., *Reinhard Merkel*, Universelle Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen, in: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band III, hrsg. von Klaus Lüderssen, Baden-Baden 1998, 237 ff., *Rüdiger Wolfrum*, The Decentralized Prosecution of International Offences through National Courts, in: War Crimes in International Law, ed. by Yoram Dinstein/Mala Tabory, The Hague/Boston/London 1996, 233 ff. sowie die Literaturschau von *A. Hays Butler*, The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of the Literature, Criminal Law Forum 11 (2000) 353 ff.

I. Gegenläufige Hoffnungen und Befürchtungen

Wem es unerträglich erscheint, Völkermord und vergleichbar schwere Verletzungen humanitären Völkerrechts ungeahndet zu lassen, der könnte aus neueren Entwicklungen der nationalen und internationalen Strafjustiz Hoffnung schöpfen.

So wurden gleich auf verschiedenen nationalen Foren durch das Verfahren gegen den ehemaligen chilenischen Präsidenten Augusto Pinochet sichtbare Zeichen gesetzt: Nachdem ihn zunächst Spanien unter dem Vorwurf des Völkermords, der Folterung und des Staatsterrorismus der eigenen Strafgerichtsbarkeit unterwerfen wollte und auch England das spanische Auslieferungsverlangen nicht schon von Grund auf zurückwies, sondern der nationalen Strafgewalt Spaniens über exterritoriale Straftaten auch mit der humanitär begründeten Abschiebung nach Chile keineswegs die Berechtigung absprach, konnte schliesslich selbst Chile kaum noch anders, als seine nationale Strafjustiz in Gang zu setzen. Auch andere Länder, wie namentlich die Bundesrepublik Deutschland, hätten gute Gründe gehabt, sowohl im Hinblick auf deutsche Opfer chilenischer Greueltaten (§ 7 Abs. 1 dStGB) als auch im Hinblick auf universal geschützte Rechtsgüter (§ 6 dStGB) das eigene Strafrecht zur Anwendung zu bringen, ähnlich wie dies bereits zu Ermittlungsverfahren gegen argentinische Machthaber geführt hat[3]. Vielleicht noch spektakulärer sind die Aktivitäten der belgischen Strafjustiz[4], die auf der Grundlage ihres nationalen Strafrechts bereits exterritoriale Humanitätsverbrechen in Ruanda abgeurteilt hat[5], was dann sogar den israelischen Ministerpräsidenten Ariel Sharon aus der nicht unbegründeten Befürchtung, wegen der ihm mit zur Last gelegten Tötung von Palästinensern bei einer Einreise nach Belgien verhaftet zu werden, von einem Besuch bei der Europäischen Union in Brüssel Abstand nehmen liess. Auch andere prominente Politiker, wie der kubanische Staatschef Fidel Castro oder der frühere iranische Staatspräsident Rafsanjani, sind aufgrund bereits erhobener Klagen wegen Menschlichkeitsverbrechen ins Visier der belgischen Strafjustiz geraten[6].

Auch auf der internationalen Bühne tritt die Strafjustiz immer stärker in Erscheinung. Nachdem man den vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen eingesetzten International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia (ICTY)[7] und Rwanda (ICTR)[8] zunächst mit Skepsis begegnet war, haben diese supranationalen Gerichtshöfe mit den inzwischen durchgeführten Verfahren und der steigenden Anzahl von Verfolgungen ihre Existenzberechtigung nachdrücklich unter Beweis stellen können. War der Zuständigkeitsbereich dieser Gerichte noch auf bestimmte historische Situationen und Regionen beschränkt wor-

---

3 Näher zum Ganzen *Heiko Ahlbrecht/Kai Ambos* (Hrsg.), Der Fall Pinochet(s), Baden-Baden 1999.

4 Vgl. im einzelnen *Luc Reydams*, Universal Criminal Jurisdiction: The Belgian State of Affairs, Criminal Law Forum 11 (2000) 186 ff.; in verkürzter und überarbeiteter Fassung auch veröffentlicht in: International and National Prosecution of Crimes under International Law, hrsg. von Horst Fischer/Claus Kress/Sascha Rolf Lüder, Berlin 2001, 799 ff.

5 Le Monde, 8 juin 2001.

6 Neue Zürcher Zeitung, 6./7. Oktober 2001. Vgl. zum Ganzen auch *Kathrin Bremer*, Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht, Frankfurt/Main 1999.

7 Statute of the International Tribunal for Former Yugoslavia, UN-Security Council Resolution 827 (25.5.1993).

8 Statute of the International Tribunal for Rwanda, UN-Security Council Resolution 955 (8.11.1994).

den, so ist durch das im Juli 1998 verabschiedete Rom-Statut mit einem bis Mitte der 90er Jahre kaum noch erwarteten Kraftakt die Grundlage für einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof geschaffen worden, der im Falle seiner endgültigen Errichtung ein globales Instrument im Kampf gegen Völkerrechtsverbrechen werden könnte[9].

Nimmt man diese nationalen und internationalen Bemühungen um eine wirksame Strafjustiz zusammen, so standen die Zeichen gegen die scheinbar nicht auszurottende „Impunität" von „schweren Verstössen gegen das humanitäre Völkerrecht", wie sich die wichtigsten Kategorien der Kriegsverbrechen, des Völkermords und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Art. 1 ICTY-Statut zusammengefasst bezeichnet finden, noch nie so gut wie heute.

Doch was des einen Hoffnung, ist des anderen Befürchtung. So wird die vor allem von Belgien praktizierte Ausdehnung seiner nationalen Strafjustiz auf exterritoriale Straftaten, die keinerlei Verbindung zu seinem Territorium oder seinen Staatsangehörigen als Täter oder Opfer haben, sondern schlicht auf das Universalprinzip gestützt werden, auf das Misstrauen jener Tatort- bzw. Täter- und Opferstaaten stossen, die wegen ihres inländischen Tatorts oder wegen der Betroffenheit eigener Staatsangehöriger eine vorrangige Strafhoheit meinen geltend machen zu dürfen und sich durch eine auf Universalität berufende fremde Strafjustiz in ihrer Souveränität oder jedenfalls in möglichen Vorrechten beeinträchtigt sehen. Um in diesem Sinne das Heft der Strafhoheit über Staatsangehörige in der eigenen Hand zu behalten, meinen manche Länder, wie vor allem die Vereinigten Staaten von Amerika, den Internationalen Strafgerichtshof solange verhindern zu sollen, als sie befürchten müssen, dass eigene Soldaten wegen des Vorwurfs von Kriegsverbrechen auf internationaler Ebene einem Strafverfahren ausgesetzt werden könnten[10].

Während sich solche Befürchtungen aus der Besorgnis vor überbordendem Verfolgungsaktionismus nähren, kann das Streben nach universaler Strafverfolgung andererseits auch einen gegenteiligen Effekt, nämlich den Rückzug weniger engagierter Staaten zur Folge haben. Wenn etwa ein Land meint, dass sich bereits andere nationale oder internationale Gerichtsbarkeiten der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen annehmen, könnte es leicht auf den bequemen Gedanken kommen, seine eigenen Justizressourcen zu schonen und die Verfolgungsbürden anderen Strafhoheiten zu überlassen[11]. Würden alle nationalen Strafgerichtsbarkeiten so denken, so hätte die internationale Strafjustiz die vielleicht von manchen gewünschte freie Hand, ohne aber möglicherweise stark genug zu sein, um die

---

9 Näher zu dieser Entwicklung *Heiko Ahlbrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, Baden-Baden 1999, insbes. 232 ff., 302 ff., 325 ff.; zur eigenen Einschätzung vgl. *Albin Eser*, Auf dem Weg zu einem Internationalen Strafgerichtshof: Entstehung und Grundzüge des Rom-Statuts, in: Festschrift für Dionysios Spinellis, hrsg. von Nikolaos Courakis, Athen 2001 (im Druck).

10 Aufschlussreich dazu die Äusserungen von *Theodor Meron* in einem Round Table über „Prospects for the Functioning of the International Criminal Court", in The Rome Statute of the International Criminal Court, ed. by Mauro Politi/Giuseppe Nesi, Aldershot/Burlington 2001, 308 f., sowie die selbst bei Unterzeichnung des Rom-Statuts von US-Präsident Clinton aufrechterhaltenen Vorbehalte, in: Hans-Peter Kaul, The Continuing Struggle on the jurisdiction of the International Criminal Court, in: Fischer/Kress/Lüder (FN 4), 21 f.

11 Näher zu solchen in der neueren deutschen Rechtsprechung zu beobachtenden Tendenzen *Albin Eser*, Völkermord und deutsche Strafgewalt. Zum Spannungsverhältnis von Weltrechtsprinzip und legitimierendem Inlandsbezug, in: Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Gossner, hrsg. von Albin Eser/Jürgen Goydke/Kurt-Rüdiger Maatz/Dieter Meurer, München 2001, 3 ff., sowie FN 22.

ganze Last der Ahndung von Völkerrechtsverbrechen alleine zu tragen. Ein solches Ergebnis kann ebenso wenig gewollt sein wie ein konfliktanfälliger multi- und internationaler Verfolgungswettlauf.

Bevor nach möglichen Lösungswegen zu suchen ist und dabei entgegenstehende Hürden zu überwinden sind, erscheint es angebracht, einige Fehlvorstellungen auszuräumen, die nicht selten mit den vorangehenden Hoffnungen und Befürchtungen verbunden sind.

II. Vermeintliche Priorität der internationalen Strafgerichtsbarkeit

Wer seine Hoffnung allein auf die internationale Strafgerichtsbarkeit setzt und meint, dass diese auch ohne den Einsatz nationaler Strafjustiz schön alles richten werde, überschätzt die beschränkte Strafgewalt der derzeit tätigen internationalen Ad hoc-Tribunale und wohl noch mehr die des erhofften ständigen Internationalen Strafgerichtshofs. Zwar haben der ICTY und der ICTR insofern eine vergleichsweise starke Stellung gegenüber der konkurrierenden nationalen Strafjustiz, als ihnen ausdrücklich „primacy" eingeräumt ist[12] und sie daher – wie im Fall Tadic gegenüber der bundesdeutschen Justiz geschehen – ein national betriebenes Verfahren an sich ziehen können[13]; doch ist diese internationale Priorität räumlich und zeitlich auf bestimmte Völkerrechtsverbrechen im früheren Jugoslawien und Ruanda eingeschränkt. Demzufolge müssten all die vielen Humanitätsverbrechen, die ausserhalb der vorgenannten Gebiete begangen wurden oder weiterhin zu befürchten sind, ohne Ahndung bleiben, wenn ihre Verfolgung allein von der internationalen Strafgerichtsbarkeit abhinge. Andererseits wäre die Strafgewalt des geplanten IStGH zwar räumlich und zeitlich nicht auf bestimmte historische Geschehnisse beschränkt, aber gleichwohl nicht unbegrenzt, da das zu verfolgende Verbrechen entweder auf dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates des Rom-Statuts begangen oder der Beschuldigte Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates sein muss (Art. 12 Rom-Statut) und sich die Gerichtsbarkeit des IStGH von vornherein nur auf Verbrechen erstreckt, die nach dem (zum 1. Juli 2002 zu erwartenden) Inkrafttreten des Statuts begangen werden (Art. 11 Rom-Statut). Doch damit nicht genug, erfährt die Strafgewalt des IStGH eine weitere Einschränkung dadurch, dass sie – anders als beim vorgenannten Primat des ICTY und des ICTR lediglich „komplementären" Charakter hat, nämlich nur dann zum Zuge kommt, wenn ein zuständiger Nationalstaat, wie vor allem der Tatort- oder Täterstaat, „nicht willens, oder nicht in der Lage (ist), die Ermittlungen oder die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen" (Art. 17 Abs. 1 [a] und [b] Rom-Statut)[14].

Hält man sich diese nur komplementäre – und zudem auf Universalität verzichtende[15] – Zuständigkeit des IStGH vor Augen, so fällt es schwer, die gegen seine Schaffung gerichte-

---

12 Art. 9 ICTY-Statut bzw. Art. 8 ICTR-Statut.

13 Näher dazu *Merkel* (FN 2), 255 ff.

14 Näher zu dieser „Komplementarität" wie auch zum Verhältnis von nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit allgemein *Eser* (FN 9), unter IV., ferner *Paolo Benuti*, Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions, in: Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court I, ed. by Flavia Lattanzi/William A. Schabas, Ripa Fagnano Alto (L'Aquila) 1999, 21 ff., *Otto Triffterer*, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden 1999, 32 ff.

15 Zu den Hintergründen dieses weithin als Manko empfundenen Verzichts auf eine eigentlich als selbstverständlich erscheinenden universalen Geltungsanspruchs supranationaler Strafgewalt über Völkerrechtsverbrechen vgl. *Hans-Peter Kaul*, Der IStGH: Das Ringen um seine Zustän-

ten Befürchtungen der Vereinigten Staaten von Amerika zu teilen. Denn selbst für den Fall, dass der Staatsangehörige eines Nichtmitgliedstaates wegen eines Völkerrechtsverbrechens auf dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates in den Zuständigkeitsbereich des IStGH geraten würde (Art. 12 Abs. 2 [a] Rom-Statut), könnte die nationale Strafjustiz ihren eigenen Staatsangehörigen gegen eine internationale Strafverfolgung abblocken, indem sie ihrerseits dem erhobenen Tatverdacht nachgeht (Art. 17 Abs. 1 Rom-Statut). Daher hätten die Besorgnisse der USA im Hinblick auf die internationale Verfolgbarkeit eigener Soldaten nur dann eine reale Grundlage, wenn man diese für derart über jeden Vorwurf erhaben ansehen würde, dass sie sich zur Vermeidung einer internationalen Verfolgung nicht einmal einer nationalen Ermittlung sollten aussetzen müssen. Den Soldaten einer bestimmten Nation eine derart sakrosankte Sonderstellung einzuräumen, wird aber in einer auf Gleichbehandlung ausgerichteten Völkergemeinschaft selbst dann schwer fallen, wenn man der globalen Polizistenrolle der USA Positives abzugewinnen weiss[16]. Falls also ein Land seine eigenen Staatsangehörigen bis hinauf zu obersten Staatsorganen gegenüber dem Vorwurf von Völkerrechtsverbrechen nicht sogar von seiner nationalen Strafgerichtsbarkeit eximiert sehen will, kann es eine nur komplementäre internationale Strafverfolgung schlicht dadurch abblocken, dass es selbst gebotene Ermittlungsmassnahmen aufnimmt[17].

III. Unterschätzte Konkurrenz nationaler Strafgerichtsbarkeiten

Viel eher – und das ist offenbar eine gerade von Gegnern eines Internationalen Strafgerichtshofs unterschätzte Quelle möglicher Kompetenzkonflikte – droht Konkurrenz auf der nationalen zwischenstaatlichen Ebene, nämlich von seiten jener Länder, die auf dem Boden des Universalprinzips eine weltumspannende Anwendbarkeit ihrer nationalen Strafgewalt für sich in Anspruch nehmen[18]. Wenn etwa Belgien seine Gerichtsbarkeit für alle „schweren Verletzungen internationalen humanitären Rechts" unabhängig vom Tatort für zuständig erklärt[19] und dies auch zur Strafverfolgung eines erst an Belgien auszuliefernden Beschuldigten jedweder Nationalität und notfalls auch zu einem Abwesenheitsverfahren berechtigen soll[20], so könnte die belgische Strafjustiz – ähnlich wie sie dies in den Ruanda-Fällen bereits getan hat – auch bei Vorwürfen gegenüber Staatsangehörigen von Nichtmitgliedstaaten eines IStGH leicht in die Bresche springen, um internationale Jurisdiktionslücken durch nationale Universalstrafgewalt zu schliessen. Selbst wenn – wie in einem rechtsvergleichenden Überblick an anderer Stelle dargetan[21] – bislang nur vereinzelte Länder das Netz ihrer Strafgewalt derart weit ausgeworfen haben wie Belgien und vergleichs-

---

digkeit und Reichweite, Humanitäres Völkerrecht 1998, 140, *Carsten Stahn*, Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit: Die Gerichtsbarkeit des IStGH, EuGRZ 24 (1998) 587 f.

16 Vgl. – in Erwiderung auf *Meron – Antonio Cassese* (FN 10, 310 f.).

17 *Claus Kress*, Völkerstrafrecht in Deutschland, NStZ 52 (2000) 618.

18 Allgemein dazu *Christopher L. Blakesley/Otto Lagodny*, Competing National Laws: Network or Jungle?, in: Principles and Procedures for a New Transnational Law, ed. by Albin Eser/ Otto Lagodny, Freiburg 1992, 47 ff.

19 Art. 7 Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire vom 16.6.1993 in der Fassung vom 10.2.1999 (http://staatsblad.fgov.be).

20 Vgl. *Reydams* (FN 4), 188 ff.; bzw. *Fischer/Kress/Lüder* (FN 4), 799 f.

21 *Albin Eser*, National Jurisdiction over Extraterritorial Crimes within the Framework of International Complementarity. A Comparative Survey on Transnational Prosecution of Genocide according to the Principle of Universality, in: Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese, ed. by Lal Chand Vohrah (im Druck bei Kluwer Law International), unter II-IV.

weise ähnlich Deutschland[22], so könnte eine solche Zurückhaltung ein Trost allenfalls für den sein, der selbst unter Inkaufnahme faktischer Straflosigkeit schwerer Humanitätsverbrechen universales Expansionsstreben nationaler Strafgerichtsbarkeit eingedämmt sehen möchte. Wem dagegen an möglichst umfassender und gleichmässiger Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen gelegen ist, der wird das universale Engagement nationaler Strafgerichtsbarkeiten gutheissen – dies jedenfalls solange, als es an einer komplementären internationalen Strafgerichtsbarkeit fehlt.

Doch selbst wenn diese rechtliche Zuständigkeitslücke auf internationaler Ebene durch den erwarteten IStGH geschlossen sein sollte, bleiben drei Probleme ungelöst. So zum einen die faktische Befürchtung, dass selbst ein nur komplementärer internationaler Strafgerichtshof heillos überfordert würde, wenn man ihm durch nationale Inaktivität die Verfolgung aller Völkerrechtsverbrechen überlassen würde: Deshalb wird auch bei Völkerrechtsverbrechen der Einsatz der nationalen Strafjustiz unverzichtbar bleiben. Zum anderen muss dies aber zwangsläufig zu Kompetenzkonflikten führen, wenn sich neben dem Tatortstaat auch die davon möglicherweise verschiedenen Täter- und Opferstaaten für zuständig erklären und zudem ein ansonsten unbeteiligter Drittstaat nach Universalitätsgrundsätzen sein nationales Strafrecht zur Anwendung bringen will: Schon zwischen solchen unterschiedlichen Anknüpfungspunkten nationaler Strafgewalt ist das Bedürfnis nach gegenseitiger Zuständigkeitsabstimmung unverkennbar. Zum dritten erscheint eine Harmonisierung auch im Hinblick auf das bislang unterschiedliche nationale Universalitätsverständnis geboten: Auch wenn Souveränitätsrücksichten in Zeiten solidarischer Bekämpfung von Völkerrechtsverbrechen nicht zu gross zu schreiben wären, sollte die universale Ausdehnung nationaler Strafgewalt doch nach möglichst gleichen Grundsätzen erfolgen.

IV. Zweischneidige nationale Inaktivität

Wenn ein Land die Konfliktträchtigkeit universaler Strafgewalt als Grund für nationale Mässigung in dem Sinne verstehen möchte, dass es sich am besten gleich aus jeder am Universalprinzip anknüpfenden Exterritorialität seines nationalen Strafrechts heraushält, wäre vor einer weiteren Fehleinschätzung zu warnen. Ganz abgesehen von einem solchen nur mühsam mit dem Mantel nationaler Bescheidenheit verdeckten Mangel an internationaler Solidarität, könnte eine derartige Schonung der eigenen Strafjustiz leicht zum Einfallstor für Kriegsverbrecher und Völkermörder werden, denen im Tatort-, Täter- oder Opferstaat die Sache zu heiss wird: Ihnen könnten universalitätsfreie Jurisdiktionen als Zufluchtsländer erscheinen, in denen sie unter Umständen mangels doppelter Strafbarkeit

---

22 So jedenfalls aufgrund der Gesetzeslage in § 6 dStGB, die jedoch neuerdings von der Rechtsprechung durch das zusätzliche Erfordernis eines „legitimierenden Inlandsbezugs" unterlaufen wird (vgl. insbes. BGHSt 45, 64 sowie – mit weiteren Nachweisen – *Eser* (FN 11). Doch nicht nur, dass in dieser unter anderem aus dem Nichteinmischungsprinzip hergeleiteten Einschränkung der nationalen Strafgewalt das Bundesverfassungsgericht offenbar „eine Überdehnung der völkerrechtlichen Kompetenzschranken durch den BGH" erblickt (BVerfG NJW 54 [2001] 1848, 1853) und der Bundesgerichtshof neuerdings zu seiner eigenen Rechtsprechung in Reserve geht (vgl. BGH NJW 54 [2001] 2728, 2731 f.), will das für die Umsetzung des Rom-Statut in deutsches Recht geplante „Völkerstrafgesetzbuch" (näher dazu FN 46) in seinem § 1 ausdrücklich klarstellen, dass dieses Gesetz für alle darin genannten völkerstrafrechtlichen Verbrechen gilt, „auch wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist". Zur bislang engeren Einstellung der Schweiz vgl. EN 35 f.

sogar gegen eine Auslieferung an eine verfolgungsbereite Gerichtsbarkeit gefeit wären. Auch solche Zustände sollten keine Zukunft haben.

V. Unterschiedliches Begriffsverständnis

Während bei den Fehleinschätzungen der vorangehenden Art rechts- und machtpolitische Voreingenommenheiten nicht auszuschliessen sind, kann die transnationale Verständigung selbst zwischen juristischen Fachleuten auch durch unterschiedliche Begrifflichkeiten und Einordnungsebenen erschwert sein.

Das betrifft gerade den zentralen Begriff der „jurisdiction", wie er im common law und in dessen Gefolge im Bereich des „international criminal law" gebraucht wird. Während man im deutschsprachigen Rechtskreis – ungeachtet unterschiedlicher Nuancierungen im Detail – zwischen (a) der Strafbarkeit der Tat und der dafür massgeblichen Anwendbarkeit des materiellen nationalen Strafrechts (aufgrund der Anknüpfungspunkte des traditionell sogenannten „internationalen Strafrechts") und (b) der gerichtsverfassungsrechtlichen Zuständigkeit im Sinne von Strafgerichtsbarkeit sowie (c) gewissen prozessualen Zuständigkeitszuweisungen und Verfolgungsregeln zu unterscheiden pflegt, finden sich im englischen Verständnis von „jurisdiction" jedenfalls die Ebenen (a) und (b) meist zusammengefasst. Gewiss wird in einer wohl von den Vereinigten Staaten ausgehenden Terminologie zwischen „jurisdiction to prescribe, jurisdiction to adjudicate and jurisdiction to enforce" unterschieden[23]. Wie jedoch gerade an der Verwendung von „jurisdiction" im Rom-Statut zu sehen ist, fällt darin die für die Begründung der „Gerichtsbarkeit" entscheidende „jurisdiction to adjudicate" (Art. 5, 11-13 Rom-Statut) mit der die materielle Strafbarkeit begründenden „jurisdiction to prescribe" (Art. 6-9 Rom-Statut) zusammen. Wenn man für dieses materiellstrafrechtlich-gerichtsverfassungsrechtliche Verständnis von „jurisdiction" eine deutschsprachige Entsprechung finden will, käme dafür wohl am ehesten der Begriff der „Strafgewalt" in Betracht, wie er im Titel dieses Beitrags gewählt wurde, um die materielle Anwendbarkeit des materiellen Strafrechts und die gerichtsverfassungsrechtliche Strafgerichtsbarkeit zu umfassen. Auch wenn sich in der Regel ohnehin das eine aus dem anderen ergeben wird, sind beide doch nicht einfach identisch[24], weshalb diese Ebenen mit ihren möglicherweise unterschiedlichen Reichweiten gerade für die hier infragestehende Universalitätsdiskussion bedeutsam sein könnten. Denn ähnlich wie die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf den Mord eines Diplomaten nicht etwa deshalb entfällt, weil er als Exterritorialer nach § 18 Gerichtsverfassungsgesetz von der deutschen „Gerichtsbarkeit" befreit ist[25], kann eine weite Erstreckung des nationalen (materiellen) Strafrechts auf Auslandstaten auf der Basis des Universalprinzips in der praktischen Durchsetzung immer noch dadurch zurückgenommen sein, dass für die Ausübung der (gerichtsverfassungsrechtlichen) Strafgerichtsbarkeit weitere Erfordernisse zu erfüllen sind, wie beispielsweise der vom Bundesgerichtshof als „Verfahrensvoraussetzung" geforderte „legitimierende Inlands-

---

23 Restatement (3rd) of the Foreign Relations Law of the United States, 401 (1987), zitiert nach *Wolfrum* (FN 2), 233.

24 Wie pointiert von *Karl Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, Leipzig 1885, 371, wonach man die territoriale Grenze der inländischen Strafgerichte nicht fälschlich auf die „jeder territorialen Begrenzung spottenden Strafgesetze" übertragen dürfe.

25 Näher zur strittigen materiellrechtlichen oder nur prozessualen Wirkung solcher Immunitäten *Eser* (FN 2), Vorbem. §§ 3-7, N 38 ff.

bezug"[26]. Ohne nun dieses (gesetzlich nicht vorgesehene) Zusatzerfordernis ausgerechnet zwecks Einschränkung des Universalprinzips billigen zu wollen[27], eröffnen diese beiden Ebenen doch immerhin die Möglichkeit, gegenüber humanitären Völkerrechtsverbrechen ein universalweites Verbot zu proklamieren, sich hinsichtlich der praktischen Ausübung der nationalen Strafgerichtsbarkeit hingegen in harmonischer Weise mit konkurrierenden nationalen und internationalen Gerichtsbarkeiten abzustimmen. Wenn nicht bereits auf gerichtsverfassungsrechtlicher Ebene, so kann dies auch noch durch verfahrensrechtliche Massnahmen in dem oben (c) genannten Sinne geschehen, wie beispielsweise durch die Einräumung von staatsanwaltschaftlichem Verfolgungsermessen nach § 153c StPO.

Für die transnationale Diskussion um die Universalität nationaler Strafgewalt bedeutet dies, dass einerseits für hoffnungsvolle „Universalisten" mit weiter Ausdehnung des materiellen Strafrechts nicht schon alles erreicht ist und damit andererseits für besorgte „Reduktionisten" nicht bereits alle Dämme gebrochen zu sein brauchen, sondern dass sich das Ausmass nationaler Strafgewalt erst unter Berücksichtigung etwaiger Einschränkungen der nationalen Gerichtsbarkeit sowie möglicherweise weiterer prozessualer Steuerungsinstrumente beurteilen lässt.

VI. Staatensouveränität und Nichteinmischungsprinzip als vorgeschobene Hindernisse

Nach diesen Vorklärungen sollte man meinen, sich nunmehr der Zielsetzung und Ausgestaltung einer harmonisierten Universalität nationaler Strafgewalt im Rahmen internationaler Komplementarität zuwenden zu können. Doch bleibt zuvor noch ein Hindernis auszuräumen, das einer universalen Strafverfolgung von Auslandstaten nach inländischem Recht durch nationale Strafgerichtsbarkeit gerne entgegengehalten wird: die angebliche Unvereinbarkeit mit der souveränen Strafgewalt anderer Staaten und dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsprinzip. Wäre dies richtig, so könnte man sich weitere Harmonisierungsbemühungen, weil schon jeder grenzüberschreitenden Universalisierung nationaler Strafgewalt der Boden entzogen wäre, in der Tat ersparen. Dieser Einwand geht jedoch hinsichtlich der hier infragestehenden Völkerrechtsverbrechen fehl.

Gewiss ist einzuräumen, dass frühere Vorstellungen wie die „jeder territorialen Begrenzung spottenden Strafgesetze"[28], inzwischen dem völkerrechtlichen Erfordernis eines „sinnvollen Anknüpfungspunktes" weichen mussten[29]. Dass ein solcher vornehmlich für den durch den Tatort betroffenen Territorialstaat gegeben ist, ergibt sich bereits aus dessen Gebietshoheit. In gleicher Weise wie dem Tatortstaat ist auch dem Nationalstaat des Täters neuerdings durch Art. 12 Rom-Statut sogar ausdrücklich Strafgewalt zuerkannt. Darüber

---

26 Wie er nach BGHSt 45, 65 f. etwa bei längerem freiwilligen Aufenthalt in der Bundesrepublik gegeben sein könne.

27 Vgl. zur Kritik *Eser* (FN 11), 14 ff.; sowie insbes. *Kress* (FN 17), 624 ff.

28 So die Formulierung des seinerzeit sehr einflussreichen Strafrechtlers *Binding* (FN 24), dessen Standpunkt aber durchaus auch noch die der Schweiz von ihrem Bundesgericht zuerkannte Befugnis, „in autonomer Weise die Grenzen ihrer strafrechtlichen Zuständigkeit" zu bestimmen, nahe kommt: vgl. mit Nachweisen *Stefan Trechsel*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Vor Art. 3 N 1.

29 Vgl. *Eser* (FN 2), Vorbem. §§ 3 ff. N 3 ff. mit weiteren Nachweisen, auch zu den nachfolgend genannten Anknüpfungspunkten.

hinaus steht heute gewohnheitsrechtlich auch dem Nationalstaat des Opfers sowie dem in seinem Selbstschutz betroffenen Staat jedenfalls grundsätzlich Strafgewalt zu, ebenso wie dies für die stellvertretende Strafrechtspflege und schliesslich auch für das Universalprinzip gilt. Da dieses auf dem Gedanken beruht, dass das inländische Strafrecht für alle Taten gelten soll, durch die gemeinsame, in allen Kulturstaaten anerkannte Rechtsgüter verletzt werden, könnten sich Beschränkungen mit Rücksicht auf die Souveränität anderer Staaten allenfalls insoweit ergeben, als ein Staat sein Strafrecht auf ein Rechtsgut erstreckte, das in Wirklichkeit keine universale Anerkennung geniesst. Selbst wenn diesen Test möglicherweise nicht alle der in § 6 dStGB dem Weltrechtschutz unterstellten Rechtsgüter bestehen würden[30], lässt sich jedenfalls bei den hier infragestehenden Völkerrechtsverbrechen schon per definitionem die universale Schutzwürdigkeit nicht bestreiten.

Daher könnte einer nationalen Gerichtsbarkeit eine auf den Universalitätsgrundsatz gestützte extraterritoriale Anwendung ihres Strafrechts allenfalls insoweit verwehrt sein, als es eine übergeordnete supranationale Strafgerichtsbarkeit oder einen Vorrang des Tatortstaates gäbe. Doch während es an ersterer schon aufgrund der nur komplementären Gerichtsbarkeit des IStGH fehlt, würde es einmal mehr dem Charakter von Universalrechtsgütern widersprechen, wenn sich dessen Schutz ein einzelner Staat vorbehalten würde. Denn wie an anderer Stelle zur exterritorialen Verfolgung von Völkermord näher dargetan, steht der Universalität nationaler Strafgewalt bei derartigen Verbrechen das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip nicht nur nicht entgegen, vielmehr wäre umgekehrt insoweit sogar an eine völkerrechtliche Verfolgungspflicht zu denken[31]. Auch für andere Völkerrechtsverbrechen wird, ohne dass dies hier näher ausgeführt werden könnte, schwerlich etwas anderes gelten.

Wenn demgegenüber ausgerechnet von Tatort- oder Täterstaaten die eigene Souveränität ins Feld geführt und andere Gerichtsbarkeiten von „Einmischung" abgehalten werden sollen, erscheint besonderer Argwohn angebracht. Denn da einerseits gerade Humanitätsverbrechen nicht selten mit Duldung, wenn nicht gar Förderung des Tatortstaates begangen werden, wäre dieser eigentlich der letzte, dem man die Strafverfolgung vorbehalten sollte[32]. Und da andererseits der Täterstaat Grund haben könnte, eigene Staatsangehörige gegen den Vorwurf von Kriegsverbrechen in Schutz zu nehmen, würde gerade bei einer diesem vorbehaltenen Strafverfolgung das universale Rechtsgut nicht gerade in den besten Händen sein[33].

Deshalb wird man einem zum universalen Einsatz seines Strafrechts bereiten Land jedenfalls nicht das Nichteinmischungsprinzip entgegenhalten dürfen.

VII. Gründe für universale Strafgewalt, aus nationalen Eigeninteressen

Sein nationales Strafrecht über die eigenen Grenzen ausdehnen zu dürfen, ist das eine; warum dies ein Land auch tun sollte, ist etwas anderes, wird doch damit zuwachsende

30 Vgl. dazu insbesondere die Kritik von *Merkel* (FN 2), 240 ff.

31 Näher *Eser* (FN 11), 14 ff.

32 Vgl. *Gerhard Werle*, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW 109 (1997) 808 ff., insbes. 815 zu den unter Umständen gegenläufigen Eigeninteressen der Staaten, einerseits die eigenen Landsleute bei zwischenstaatlichen Konflikten zu schützen, aber andererseits von der Verfolgung rein innerstaatlicher Menschenrechtsverletzungen abzusehen.

33 Vgl. *Claus Kress*, Staat und Individuum im Krieg und Bürgerkrieg, NJW 52 (1999) 3077 ff.

Macht und Würde mit entsprechender Last und Bürde erkauft. Was also wird ein Land, das weder als Tatortstaat betroffen ist noch sich mangels Staatsangehörigkeit für den Täter oder das Opfer verantwortlich zu fühlen braucht, dazu veranlassen können, seine nationale Strafgewalt für die Verfolgung von Auslandstaten einzusetzen? Bei den hier betroffenen Universalrechtsgütern könnten das zunächst einmal sogar nationale Eigeninteressen sein.

Da sich Lasten um so leichter übernehmen lassen, je mehr man sich daraus selbst einen Vorteil erhoffen darf, wird auch ein Staatswesen seine nationale Strafgewalt um so bereitwilliger für transnationale Aufgaben einsetzen, je mehr er damit zugleich eigenen Belangen dienen kann. Darüber lässt sich in verschiedener Hinsicht spekulieren, wobei hier lediglich der von der Komplementarität der internationalen Strafgerichtsbarkeit ausgehende nationale Anpassungsdruck angesprochen sei. Wenn nämlich auf dem Boden des Rom-Statuts ein Staat vermeiden will, dass ihm bei Vorwürfen gegen einen eigenen Staatsangehörigen die grundsätzlich primäre nationale Strafgewalt mangels Verfolgungsbereitschaft oder Unvermögen gemäss Art. 17 Rom-Statut vom IStGH aus der Hand genommen wird, muss er rechtzeitig dafür Sorge tragen, dass er den betroffenen Staatsangehörigen nach den gleichen Straftatbeständen zur Verantwortung ziehen könnte, wie sie in den materiellen Strafvorschriften der Art. 5-9 Rom-Statut vorgesehen sind. Denn selbst wenn ein nationales Strafgesetzbuch aufgrund des aktiven Personalprinzips die Verfolgung eigener Staatsangehöriger auch bei Auslandstaten zum Ziel haben kann, setzt dies, um ein komplementäres Einschreiten des IStGH auszuschalten, voraus, dass die nationalen Tatbestände auch das völkerstrafrechtsspezifische Unrecht umfassen. Das aber ist nur dann gewährleistet, wenn die Tatbestände des humanitärenVölkerstrafrechts soweit wie möglich in nationales Strafrecht umgesetzt und gegebenenfalls auch auf Auslandstaten anwendbar sind.

Wie unvollkommen dies bisher geschehen ist, lässt sich selbst an einem Verbrechen wie dem des Völkermords demonstrieren, der im Vollzug der Genozid- Konvention von 1948 bislang schon am weitestgehenden in nationale Strafgesetzbücher integriert ist[34]. Selbst bei diesem Verbrechen lassen sich schon in einem Vergleich von Deutschland mit der Schweiz unterschiedliche Reichweiten exterritorialer Strafrechtserstreckung ausmachen. Dabei steht einerseits Deutschland für jene Ländergruppe, die das völkerstrafrechtliche Genozid-Verbot fast wörtlich in das Strafgesetzbuch (§ 220a dStGB) umgesetzt und unabhängig vom Tatort universal für verfolgbar erklärt hat (§ 6 Nr. 1 dStGB), wobei die damalige DDR – ungeachtet dessen, dass sich deren Regime selbst systematisch begangenen (Völker-)Rechtsbruch nachsagen lassen musste – sogar noch darüber hinausgegangen war, indem sie in ihrem § 91 StGB auch „andere unmenschliche Handlungen" mit universellem Geltungsanspruch (§ 80 Abs. 3 Nr. 1 DDR-StGB) unter Strafe stellte. Demgegenüber repräsentierte die Schweiz ein Land jener Gruppe, die zum Teil das Genozid-Verbot noch nicht einmal ratifiziert, geschweige als Tatbestand in ihr Strafgesetzbuch eingestellt hat, sofern man davon absieht, dass das schweizerische StGB immerhin bei seinen offenbar aussenpolitisch bedingten Unverjährbarkeitsvorschriften (Art. 75bis Abs. 1) vom Genozid bereits Notiz genommen hatte[35]. Auch wenn sich nun die Schweiz, wie dem neuen Art. 264 StGB zu entnehmen[36], einer nationalen Umsetzung des völkerrechtlichen Genozid-Verbots of-

---

34 In Deutschland aufgrund des Beitrittsgesetzes vom 12.8.1954 (BGBl. II 729).

35 Vgl. *Trechsel* (FN 28), Art. 75bis N 1 f. Zu weiteren Ländergruppierungen hinsichtlich universaler Strafbarerklärungen des Genozid vgl. *Eser* (FN 21), unter II-IV.

36 Eingeführt durch Bundesgesetz über die Änderung des StGB (usw.) vom 24.3.2000 (AS 2000, 2725); vgl. auch Bundesrätliche Botschaft betreffend das Übereinkommen über die Verhütung

fenbar nicht mehr länger entziehen konnte, so bleibt doch dessen universale Verfolgung im Falle einer Auslandstat in zweifacher Weise eingeschränkt, indem sich nämlich der Täter in der Schweiz aufhalten muss und nicht ausgeliefert werden kann (Art. 264 Abs. 2). Damit aber wird das Universalprinzip auf ein pragmatisches Stellenvertretungsprinzip reduziert. Ähnliches gilt im übrigen auch für die österreichische Regelung, die immerhin insofern in sich konsistent bleibt, als sie Auslandstaten grundsätzlich nach dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege behandelt[37].

Auch wenn somit nicht immer frei von Eigeninteressen, hat die Umsetzung von völkerstrafrechtlichen Verboten in nationale Strafgesetzbücher gleichwohl eine begrüssenswerte „Nebenwirkung": Die Nationalstaaten werden angehalten, bei der Verfolgung von humanitären Verbrechen global zu denken und sich einem möglicherweise höheren internationalen Schutzniveau dadurch anzunähern, dass sie dem Rom-Statut entsprechende Straftatbestände vorsehen. Da aber nationale Interessen eher auf die Schaffung der jurisdiktionellen Voraussetzungen für die Verfolgung eigener Staatsbürger drängen und diese in Form des Personalitätsprinzips weltweit existieren dürften, bleibt zu fragen, aus welchem Antrieb die Nationalstaaten zu einer weltweiten Ausdehnung ihrer Strafgewalt auch auf Ausländer motiviert werden könnten.

VIII. Konstitutionelle Interessen der Weltgemeinschaft

So viel oder auch wenig somit schon durch den Appell an nationale Eigeninteressen – Steigerung der internationalen Reputation bis hin zur handfesten Abschirmung eigener Staatsbürger gegenüber anderen nationalen oder internationalen Verfolgungskonkurrenten – zu erreichen sein mag, bedarf es für ein universales Engagement bei Auslandstaten von Ausländern doch zweifellos noch zusätzlicher Gründe, die, auch wenn sie letztlich wiederum nicht ganz frei von Selbsterhaltungsmotiven sein mögen, in globaler Perspektive zu suchen sein dürften. Dazu in aller Kürze nur einige Überlegungen:

Vergegenwärtigt man sich die durch Genozid, Kriegsverbrechen und sonstige schwere Verstösse gegen das humanitäre Völkerrecht tangierten Werte, so wird offenbar, dass nicht (nur) einzelstaatliche Interessen, sondern die der Weltgemeinschaft als ganzer nach einer sowohl globalen als auch möglichst lückenlosen Absicherung verlangen. Das damit auch den nationalen Strafgewalten abverlangte exterritoriale Engagement einschliesslich der dafür aufzubringenden Ressourcen und möglicherweise nicht auszuschliessenden Kompetenzkonflikte sollte des Einsatzes Wert sein, wenn man sich klar macht, dass eine universale und konsequente Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen gerade der Durchsetzung solcher Rechtsstandards dienen soll, welche die humanen Grundkonstitutionen der Menschheit als ganzer sichern[38]. Müssen somit der Sache nach alle Angehörigen der menschlichen Spezies – ob akut betroffen oder nicht – ein konstitutionelles Interesse am Schutz bestimmter Werte und der Einhaltung der ihnen dienenden Regeln haben, so wirken die Interessen der gesamten Menschheit auch auf die der Einzelstaaten zurück und fordern diese zur strafrechtlichen Verteidigung auf. Mit einer globalen Durchsetzung dieser Mindeststandards wird demzufolge sowohl den konstitutionellen Interessen der in den Völkern

---

und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts vom 31.3.1999, BBl 1999 V 5327, 5342.

37 Vgl. *Eser* (FN 21), unter II. (d) mit weiteren Nachweisen.

38 Treffend dazu *Merkel* (FN 2), 249 f.

zusammengeschlossenen Menschen als auch den ihrem Schutz dienenden Staaten die notwendige Geltung verschafft, demgegenüber sich etwaige gegenläufige partikulare Interessen der Staatenführer – wie insbesondere im Falle eines Bürgerkriegs[39] – als nicht schutzwürdige, weil egoistische, wenn nicht gar kriminelle Motive entlarven können.

Im übrigen lässt auch die allgemeine Entwicklung des Völkerrechts erkennen, dass dieses nicht mehr nur auf die reine Erhaltung zwischenstaatlichen Friedens – im Sinne von Frieden als Abwesenheit von Krieg – abzielen darf, sondern auch die Durchsetzung von Menschenrechten, jedenfalls aber die Verhinderung und Repression schwerster Menschenrechtsverletzungen das Ziel überstaatlicher Anstrengungen sein muss[40]. Wenn dementsprechend, wie in der Präambel des Rom- Statuts zum Ausdruck gebracht, „the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation" (Abs. 4), so wird damit die globale Notwendigkeit einer effektiven Strafverfolgung ausdrücklich auch für die nationale Ebene postuliert. Diese nationale Verpflichtung wird auch durch den Verzicht des Rom-Statuts auf allgemeine Implementierung des Universalitätsprinzips für die internationale Strafgerichtsbarkeit nicht gemindert, sondern im Gegenteil sogar noch erhöht; denn gerade weil der künftige IStGH aufgrund seiner nur komplementären Funktion den nationalen Strafgewalten Vortritt lassen soll[41], ist es den Nationalstaaten aufgegeben, durch ein flächendeckendes Netz nationaler Strafverfolgung für die Ahndung von Völkerrechtsverbrechen zu sorgen und damit nicht zuletzt auch zu verhindern, dass Völkerrechtsverbrecher an der Spitze von Staaten, die sich und ihr Land nicht der internationalen Strafgerichtsbarkeit unterwerfen, sich frei von Verantwortlichkeit fühlen und entsprechendes auch kriminell involvierten Staatsangehörigen ermöglichen[42]. Daher sollten gerade auch Staaten, die sich aus irgendwelchen – rationalen oder auch irrationalen – Gründen nicht dem IStGH unterwerfen wollen, zumindest auf der Ebene einer universellen nationalen Jurisdiktion sicherstellen, dass es für Humanitätsverbrecher keine „safe havens" geben darf, in denen weder die Jurisdiktion des IStGB anerkannt ist noch diese Lücke durch nationale Strafgewalt geschlossen wird.

Nicht zuletzt bleibt noch der generalpräventive Aspekt notwendiger Bewusstseinsprägung zu erwähnen. Ein effektiver Schutz der konstitutionellen Interessen der Weltgemeinschaft und der in ihren Völkern zusammengeschlossenen Menschen wird nicht zu erreichen sein, ohne dass den staatlichen Akteuren, mögen sie nun erhaben an der Spitze stehen oder die unterste „Drecksarbeit" verrichten, ihre jeweilige individuelle Verantwortung bewusst gemacht wird. Wenn sich mit Feuerbachs bekannter Theorie des „psychologischen Zwanges" das Bewusstsein des potentiellen Straftäters als Entscheidungszentrum verstehen lässt, in welchem zum Verbrechen hin drängende und sich ihm widersetzende Motive aufeinandertreffen und schliesslich letztere die Oberhand gewinnen[43], dann kann auch das Völker-

---

39 Eindringlich dazu *Kress* (FN 33), 3078 ff.

40 Vgl. allgemein zu diesen Tendenzen *Jochen Abraham Frowein*, Die Wiederentdeckung des Menschen im Völkerrecht, in: Recht und Rechtswissenschaft. Signaturen und Herausforderungen zum Jahrtausendbeginn, hrsg. von Peter-Christian Müller-Graff/Herbert Roth, Heidelberg 2000, 65 ff., insbes. 76 ff.; sowie speziell zu einem aus Art. 39 UN-Charta zu entnehmenden materiellen Friedensbegriff, der auch Zwangsmassnahmen gegen schwere Menschenrechtsverletzungen erlaubt, *Werle* (FN 32), 808, 814 f.

41 Vgl. oben bei FN 14 ff.

42 Im gleichen Sinne *Hays Butler* (FN 2), 353 f.

43 Wie in der Deutung von *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl., München 1997, 48 ff.

strafrecht zur Bewusstseinsbildung beitragen, indem es die individuelle Verantwortlichkeit der unmittelbaren Täter bis hin zu den Befehlshabern und Zwischenträgern herausstellt und damit als Fanal gegen nationale Willkür und innerstaatlichem Laissez-faire im Umgang mit Menschenrechtsverletzungen fungiert. Dies wird umso einprägsamer sein, je mehr die Weltgemeinschaft durch Harmonisierung der nationalen und supranationalen Verbrechenstatbestände mit einer Stimme spricht und universale Geltung und Durchsetzbarkeit garantiert. Auch wäre dabei mit markanter Beschränkung auf gravierende Verletzungen allseits anerkannter „Weltrechtsgüter" mehr gewonnen, als mit nivellierender Erstreckung auf Straftaten, deren menschenrechtlicher Unwertgehalt marginal, wenn nicht sogar zweifelhaft sein könnte[44].

IX. Harmonisierungsbedarf

Ohne hier auf Einzelheiten eingehen zu können, seien wenigstens drei Leitprinzipien angedeutet:

- Erstens ist möglichst weitgehende Konformität der nationalen mit den internationalen Straftatbeständen für Völkerrechtsverbrechen anzustreben. Das muss nicht heissen, dass auf der Basis des Rom-Statuts schlicht dessen Verbrechenstatbestände in die nationalen Strafgesetzbücher zu übernehmen wären, könnte dies doch leicht zu Friktionen oder überflüssigen Überlappungen mit dem bestehenden Strafrecht führen. Auf jeden Fall erscheint aber eine Harmonisierung des nationalen mit dem internationalen Völkerstrafrecht insoweit erforderlich, als das nationale Strafrecht die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen im gleichen Umfang sicherzustellen hat, wie dies nach dem Rom-Statut möglich wäre; dies jedenfalls dann, wenn die nationale Strafgewalt den ihr im Rahmen der Komplementarität eingeräumten Vortritt wahrnehmen und sich nicht wegen mangelnder Verfolgungsfähigkeit die Sache vom IStGH aus der Hand nehmen lassen will. In welchem Umfang und auf welchen Wegen eine solche konforme Implementation internationalen Völkerstrafrechts in die nationalen Strafrechtsordnungen erfolgen kann[45], wurde jüngst von Werle anhand einer Vielfalt möglicher Umsetzungsoptionen aufgezeigt[46]: Während sich beispielsweise Belgien für eine „Voll-Umsetzung" der einschlägigen „schweren Verletzungen humanitären Völkerrechts" in das innerstaatliche Recht entschied[47], hat sich Deutschland die weitaus umfänglichere Ausarbeitung eines zum StGB hinzutretenden „Völkerstrafgesetzbuchs" vorgenommen, das zu den weithin mit dem Rom-Statut konformen Straf-

---

44 In diesem Sinne auch *Otto Triffterer*, Völkerstrafrecht im Wandel?, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, hrsg. von Theodor Vogler, Teilband 2, Berlin 1985, 1500 f. Wenn weitergehend *Werle* (FN 32), 821 f. die Bekräftigung des Normbewusstseins hinsichtlich aller „elementaren Menschenrechte" zu postulieren scheint, bleibt zu fragen, ob dies angesichts der kulturellen Unterschiede hinsichtlich Existenz, Rang und Bedeutung gewisser Menschenrechte vom Völkerstrafrecht wirklich geleistet werden kann oder ob dies nicht letztlich effizienter auf herausragende, systematische und massive Menschenrechtsverletzungen, für die nationale Besonderheiten und Divergenzen normativ nicht bestehen, zu beschränken wäre.

45 Grundlegend zu diesem Bedürfnis bereits *Claus Kress*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, Baden-Baden 2000, insbes. 9 ff.

46 *Gerhard Werle*, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts, JZ 56 (2001) 885 ff., insbes. 886 ff.

47 Vgl. FN 19.

tatbeständen auch noch eine ganze Reihe prozessualer Folgeregelungen enthält[48]. Doch welchen Weg auch immer ein Land wählt[49]; es muss zum Leitziel haben, seine nationale Strafgewalt in die Lage zu versetzen, Völkerrechtsverbrechen in gleichem Umfang wie der IStGH verfolgen zu können.

- Zweitens ist damit eine flächendeckende Komplementarität von nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit sicherzustellen. Soweit und solange dies nicht durch eine ausschliesslich internationale Strafgerichtsbarkeit – vorausgesetzt, dass eine solche supranationale Alleinzuständigkeit überhaupt wünschenswert wäre – zu erreichen ist, haben auf nationaler Ebene die Einzelstaaten durch entsprechende Universalisierung ihrer Strafgewalt klarzustellen, dass die Weltgemeinschaft im Falle von Völkermord, Kriegsverbrechen und vergleichbar schweren Verletzungen humanitären Völkerrechts weder Grenzen anerkennt noch Lücken zu tolerieren bereit ist und dass es demzufolge auch keine exklusiven Alleinvertretungsansprüche einzelner Staaten geben darf[50].
- Drittens ist dabei auf die Vermeidung von Kompetenzkonflikten hinzuwirken. Je universaler sich die nationalen Strafgewalten engagieren und dabei die eigenen territorialen Grenzen überschreiten, desto leichter kann es zu zwischenstaatlichen Konflikten kommen. Um solche abzuwenden, braucht nicht unbedingt der materielle Anwendungsbereich des nationalen Strafrechts von vornherein eingeschränkt zu werden, dies jedenfalls nicht bei – naturgemäss universalen – Völkerrechtsverbrechen. Wohl aber wären auf der Ebene der jurisdiktionellen Gerichtsbarkeit und/oder der prozessualen internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen[51] Kollisionsnormen denkbar, mit denen man – ähnlich wie bei den Komplementaritätsregeln zwischen nationaler und supranationaler Strafgerichtsbarkeit nach dem Rom-Statut – Prioritäten zwischen dem Tatortstaat, dem Täter- und dem Opferstaat sowie einer unter Umständen nur subsidiär einzusetzenden allgemeinen Universalgerichtsbarkeit oder stellvertretenden Strafrechtspflege schafft[52]. Dass eine solche

---

48 Dieses Gesetzgebungsvorhaben wurde inzwischen als Regierungsentwurf in den Bundestag eingebracht, BT-Drs. 14/8524, 13.3.2002 (abrufbar unter http://dip.bundestag.de/btd/14/085/148524.pdf) und nach Verabschiedung am 25.4.2002 für den 10.5.2002 an den Bundesrat weitergeleitet (BR-Drs. 360/02). Zu Einzelheiten näher *Werle* (FN 46), 888 ff.

49 Zu Stand und Modus der Implementationsbemühungen in verschiedenen Ländern vgl. die Berichte in: The Rome Statute and Domestic Legal Orders I, ed. by Claus Kress/Flavia Lattanzi Baden-Baden 2000, 51 ff. sowie die Papiere, die zu einem „Second Consultation on the Implications for Council of Europe Member States of the Ratification of the Rome Statute of the ICC", 13-14. September 2001 beim Council of Europe vorgelegt wurden (abrufbar über: http://www.legal.coe.int/criminal/icc).

50 Im gleichen Sinne eine jüngst von der amerikanischen Princeton University ausgehendes Plädoyer für das Universalprinzip, nämlich mittels universeller Strafgewalt bei „heinous crimes" (namentlich Humanitätsverbrechen, Sklaverei und Piraterie) die nationalen Gerichte zu einem geschlossenen Netz zu verweben, das Tätern ein Entkommen in die Straflosigkeit unmöglich macht: „Jurists demand end to impunity: Announce «Princeton Principles» on universal jurisdiction for heinous crimes", abrufbar unter www.princeton.edu:80/-compub/news/01/q3/0723-principles.htm.

51 Zu diesen nicht immer klar genug unterschiedenen Ebenen vgl. FN 23 ff. sowie *Albin Eser*, Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases, in: Criminal Science in a Global Society, Essays in Honor of Gerhard Otto Walter Mueller, ed. by Edward M. Wise, Littledon/Colorado 1994, 3 ff.

52 Vgl. *Kress* (FN 17), 625 f.

zwischenstaatliche Abstimmung von Vor- und Nachrangigkeit nationaler Strafgerichtsbarkeit schwierig sein mag, ist nicht zu verkennen; dass dies aber gleichwohl möglich sein sollte, lässt die seinerzeit ebenfalls für utopisch angesehene Verabschiedung und überraschend schnelle Ratifizierung des römischen Statuts einer internationalen Strafgerichtsbarkeit erhoffen.

ALBIN ESER

DAS ROM-STATUT DES INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSHOFS ALS HERAUSFORDERUNG FÜR DIE NATIONALE STRAFRECHTSPFLEGE

EXEMPLIFIZIERT AN DER IMPLEMENTIERUNG IN DAS DEUTSCHE RECHT*

I AUSGANGSLAGE

Der 1. Juli 2002 stellt einen Markstein in der Geschichte des internationalen und nationalen Strafrechts dar.

Für das internationale Strafrecht liegt dies schon deshalb auf der Hand, weil an diesem Tag das „Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs"[1] in

Kraft getreten ist[2] und damit erstmals in der Geschichte der Menschheit ein globales Tribunal geschaffen wurde, das zur Ahndung und Verhinderung von völkerrechtlichen Verbrechen supranationale Strafgewalt für sich in Anspruch nimmt. Selbst wenn sich nicht alle Staaten der Welt dem Rom-Statut unterwerfen sollten und die Ausübung der Gerichtsbarkeit von bestimmten territorialen und temporalen Voraussetzungen abhängt, zeichnet sich das Rom-Statut dennoch gegenüber allen bisherigen Formen internationaler Straftribunale dadurch aus, dass es einem ständigen Internationalen Strafgerichtshof die Letztverantwortung für die Verfolgung bestimmter Völkerrechtsverbrechen einräumt und dabei unter bestimmten – nachfolgend noch näher beschriebenen – Umständen auch die Staatsangehörigen von Nicht-Mitgliedsstaaten einer Jurisdiktion unterwirft.

Dieser globale Anspruch wird im Grundsatz auch nicht dadurch aufgehoben, dass sich der Internationale Strafgerichtshof lediglich als „komplementär" zu nationalen Strafgerichtsbarkeiten versteht (Präambel Absatz 10, Art. 1 Satz 2 Rom-Statut). Denn da einer zuständigen nationalen Strafgewalt nur so lange Priorität eingeräumt bleibt, als sie „willens und in der Lage ist", Völkerrechtsverbrechen ernsthaft und wirksam zu verfolgen (Art. 17 Rom-Statut), thront über aller nationaler Strafgewalt die Letztzuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs.

---

* Originalbeitrag erschienen in: Christian Grafl (Hrsg.): Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag. Wien: Neuer Wiss.-Verl., 2004, S. 355-373.

1 *Rome Statute of the International Criminal Court* (ICC) vom 17. 7. 1998, in englischer und französischer Originalfassung sowie in deutscher Übersetzung abgedruckt in: Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statutgesetz), Bundesdruckerei. Mit nachträglichen Berichtigungen vom 10. 11. 1998 und 12. 7. 1999 sowie mit Integrierung der von der Preparatory Commission am 30. Juni 2000 verabschiedeten „Elements of Crime" (PCNICC/2000/INF/3/Add. 1) und der „Rules of Evidence and Procedure" (PCNICC/2000/INF/3/Add. 2) ist das Statut in französisch, englisch und spanisch veröffentlicht im Band „Cour Pénale Internationale" der Revue Internationale de Droit Pénal 71 (1/2/2000).

2 Vgl. die Erklärung von UN-Generalsekretär *Kofi Annan* vom 1. Juli 2002 in: <http://www.iccnow.org/documents/statements/unbodies/KofiAnnanEIF1July02.pdf>.

Diese Komplementarität der internationalen zur nationalen Strafgewalt ist für letztere in zweifacher Hinsicht von besonderer Bedeutung: Zum einen kann die nationale Strafgewalt, wenn sie dem Eingreifen des internationalen Strafgerichtshofs zuvorkommen will, im eigenen Interesse in ihrer Tätigkeit beflügelt werden. Zum anderen kann die bloße Komplementarität des Internationalen Strafgerichtshofs auch als Verpflichtung der nationalen Gerichtsbarkeiten verstanden werden, diesen zu entlasten, indem sie völkerrechtliche Verbrechen nach dem eigenen nationalen Recht verfolgen, und zwar dadurch, dass man nach dem Universalitätsprinzip das eigene nationale Recht für alle völkerrechtlichen Verbrechen für anwendbar erklärt. Insofern stellt das Rom-Statut auch für die nationale Strafgewalt einen Markstein dar. Diese Feststellung wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass im Moment noch ungewiss sein mag, wie viele Länder dem Rom-Statut letztlich beitreten werden.[3] Denn schon allein dessen Verabschiedung war in mehrfacher Hinsicht ein spektakuläres Ereignis.[4]

Das gilt im besonderen Maße für das in Rom bis zuletzt umstrittene und auch künftig weiterhin neuralgische Verhältnis zwischen nationaler und internationaler Strafgewalt, weswegen dieser Problematik hier etwas weiter nachgespürt werden soll. Dazu sind zunächst die wesentlichen Voraussetzungen der Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs anzusprechen (II), um die in Rom schwer erkämpfte „Komplementarität" zwischen nationaler und internationaler

Strafgerichtsbarkeit verständlich machen zu können (III). Dies wird ergänzt um die ebenfalls neuralgische Frage nach dem Grad von Unabhängigkeit, die dem Internationalen Strafgerichtshof und seiner Verfolgungsbehörde seitens der Vereinten Nationen und deren Organen wie auch seitens nationaler Instanzen einzuräumen ist (IV). Die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die nationale Strafgerichtsbarkeit (V) sollen abschließend anhand der Implementierung des Rom-Statuts in das deutsche Recht exemplifiziert werden (VI).

II Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs

Dazu müssen einige zusammenfassende Feststellungen genügen.

1. Was den grundsätzlichen Jurisdiktionsbereich des ICC betrifft, muss im wesentlichen dreierlei gegeben sein:

   - Zum ersten muss die Anklage eines der in Art. 5 Abs. 1 des Rom-Statuts genannten Verbrechen zum Gegenstand haben. Dazu zählen bereits der Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, während die ebenfalls schon für strafbar erklärte Aggression erst dann verfolgbar wird, wenn dafür eine von den Vertragsstaaten akzeptierte

---

3 Inzwischen ist die Ratifizierungszahl (mit Stand vom 19. März 2004) bei 92 angelangt. (<http://www.icc-cpi.int/php/statesparties/allregions.php>).

4 Näher dazu wie auch zur Vor- und Entstehungsgeschichte des Rom-Statuts *A. Eser*, Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof: Entstehung und Grundzüge des Rom-Statuts, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 139 (2003), 2-42 mwN.

Definition gefunden und die für die Ausübung der Gerichtsbarkeit wesentlichen Bedingungen festgelegt sind (Art. 5 Abs. 2 Rom-Statut).[5]

- Zum zweiten muss der Tatvorwurf schwergewichtig genug sein, um eine Ermittlung und Verfolgung durch den ICC zu rechtfertigen (Art. 17 Abs. 1 Nr. d).[6]
- Und zum dritten muss ein territorialer oder personaler Anknüpfungspunkt gegeben sein, indem entweder der Tatortstaat oder der Staat, dessen Staatsbürger der Beschuldigte ist, Vertragspartner des Rom-Statuts ist (Art. 12 Abs. 2).[7]

2. Die letztgenannte Voraussetzung wirft die Frage auf, inwieweit auch Nicht-Mitgliedsstaaten des Rom-Statuts von der Gerichtsbarkeit des ICC betroffen sein können. Eine solche Auswirkung hatten bekanntlich vor allem die USA zu verhindern versucht, ohne aber damit den gewünschten Erfolg zu haben. Denn wenn ein Völkerrechtsverbrechen auf dem Territorium eines Mitgliedsstaates begangen wird, dann wird die Zuständigkeit des ICC auch gegenüber Beschuldigten eines Nicht-Mitgliedsstaates begründet. Noch weitergehend unerheblich ist die Mitgliedschaft des Tatortstaates wie auch die Nationalität des Beschuldigten dann, wenn der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen einen möglicherweise verbrecherischen Vorgang dem Ankläger des ICC unterbreitet hat (Art. 13 (b)).

Demzufolge könnten namentlich auch US-Bürger unter bestimmten Umständen selbst dann der Internationalen Strafgerichtsbarkeit unterworfen werden, wenn die USA dem Rom-Statut nicht beitreten und zudem auch jede Zusammenarbeit mit dem ICC verweigern sollten. Diese Befürchtung, selbst im Falle eines Nichtbeitritts zum Rom-Statut eigene Staatsangehörige der Verfolgung durch den ICC ausgesetzt zu sehen, ließ es zunächst erklärlich erscheinen, dass die USA, obwohl sie in Rom gegen die Annahme des ICC-Statuts votiert

---

5 Allgemein zur Entstehungsgeschichte dieses „Besonderen Teils" des ICC-Statuts *H. von Hebel/D. Robinson*, Crimes within the Jurisdiction of the Court, in: in: R. S. Lee (ed.), The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Den Haag 1999, 79-126, *0. Triffterer*, Der Ständige Internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit, in: K.H. Gössel/0. Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, 493-558 (507 ff.). Wenn man sich die zum Teil recht umfangreichen Listen von möglichen internationalen Verbrechen vor Augen hält, wie sie im Laufe der letzten Jahrzehnte immer wieder als mögliche Gegenstände Internationaler Strafgerichtsbarkeit vorgeschlagen wurden, so erscheint die Zuständigkeitsliste des Rom-Statuts als recht kurz. Vgl. die nicht unproblematische Aufzählung sonstiger „international crimes" bei *M. Ch. Bassiouni*, International Crimes: Digest/Index of international Instruments 1815-1985, 1986, *ders.*, International Criminal Law: Crimes, 2. Aufl., 2002, 1986.

6 *Sh. A. Williams*, Art. 17: Issues of admissibility, in: 0. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden 1999, 393.

7 Näher zu den verschiedenen „Triggermechanismen", mit denen die Zuständigkeit des ICC begründet oder ausgeschlossen werden kann, vgl. *F. Lattanzi*, The Rome Statute and State Sovereignty. ICC Competence, Jurisdictional Links, Trigger Mechanism, in: F. Lattanzi/ W.A. Schabas (eds.), Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. I, Ripa Fagnano Alto 1999, 51-66, sowie die Beiträge zu „Trigger Mechanisms" von *Ph. Kirsch/D. Robinson* und *L. Condorelli/S. Villalpando*, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. R. W. D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. I, Oxford 2002, 619-664. Neben Art. 12 Abs. 2 kommt noch eine Übertragung durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen oder ein ad-hoc Beitritt eines Nicht-Mitgliedsstaates in Betracht (Art. 12 Abs. 3, sog. „opt-in" Klausel).

hatten, sich schließlich doch noch – wenn auch im allerletzten Moment kurz vor der am 31.12.2000 auslaufenden Unterzeichnungsfrist (Art. 125 Abs. 1) – zur Signatur entschlossen haben, möglicherweise um sich damit jedenfalls ein Mitberatungsrecht an den von einer Preparatory Commission auszuarbeitenden „Elements of Crimes" und „Rules of Procedure and Evidence" zu sichern.[8] Wenn sich dann die USA durch ein völkerrechtlich ungewöhnliches „unsigning" aus dem Rom-Statut wiederum zurückgezogen haben,[9] so könnte der Umstand, dass dieser Rückzieher nach Abschluss der Arbeit der Preparatory Commission erfolgte, die Vermutung nahe legen, dass es danach im internen Rahmen eben nichts mehr zu beeinflussen gab. Doch damit nicht genug, ist die US-Regierung dann sogar zur aktiven Bekämpfung des ICC übergegangen, indem der UN-Sicherheitsrat zu einer (jeweils zu erneuernden) einjährigen Immunitätssicherung zu Gunsten von Angehörigen der US-Streitkräfte veranlasst wurde[10] und zudem durch ein Netz von bilateralen Verträgen möglichst viele Länder sich dazu verpflichten sollten, US-Staatsangehörige nicht an den ICC auszuliefern.[11] Das aber wird kaum noch allein mit der nachvollziehbaren Abwehr möglicherweise ungerechtfertigter Verfolgungen von US-Bürgern durch die Internationale Gerichtsbarkeit zu erklären sein, sondern dürfte in deren grundsätzlicher Ablehnung seinen

---

8 Vgl. *S.D. Murphy*, U.S. Notification of Intent Not to Become a Party to the Rome Statute, in: American Journal of International Law 96 (2002), 724-729 (724) mit dem Hinweis auf die Aussage des signierenden Präsidenten Clinton: „I will not, and do not recommend that my successor, submit the treaty to the Senate for advice and consent until our fundamental concerns are satisfied."

9 Durch ein Schreiben der US-Regierung an den Generalsekretär der UN vom 6. Mai 2002. Vgl. *S.D. Murphy* (FN 9), 724. Diesem Schritt ist mit inhaltsgleichem Schreiben vom 28. August 2002 auch die israelische Regierung gefolgt.

10 Vgl. Resolution 1422 des UN-Sicherheitsrats vom 12. 7. 2002 und Resolution 1487 des UN-Sicherheitsrates vom 12. 6. 2003. Näher zu den Hintergründen und der materiellen völkerrechtlichen Zweifelhaftigkeit der Resolution 1422 (2002) *C. Kreß*, Der Internationale Strafgerichtshof und die USA, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 9/2002, 1087-1100, insbes. 1092 ff., *C Stahn*, The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002), in: European Journal of International Law (EJIL) 14 (2003), 85-104, *S. Zappalà*, The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements, in: Journal of International Criminal Justice 1 (2003), 114-134, und *R. Lavalle*, A Vicious Storm in a Teacup: The Action by the United Nations Security Council to Narrow the Jurisdiction of the International Criminal Court, in: Criminal Law Forum 14 (2003), 195-220.

11 Die Nichtregierungsorganisation ICCNOW berichtete 2. Januar 2004 von 69 bilateralen Übereinkommen, davon immerhin 33 Abkommen mit Staaten, die das Rom-Statut ratifiziert haben (<www.iccnow.org>). Soweit Abkommen mit Vertragsstaaten geschlossen werden, stellt sich die Frage, inwieweit das Eingehen einer Verpflichtung zur Nichterfüllung von Überstellungsersuchen mit der in Art. 86 Rom-Statut übernommenen Kooperationsverpflichtung der Vertragsstaaten zu vereinbaren ist. Selbst wenn nach Art. 98 Rom-Statut ein Überstellungsersuchen unzulässig ist, wenn mit dessen Erfüllung der Vertragsstaat eine völkerrechtliche Verpflichtung verletzen würde, so dürfte damit doch implizit vorausgesetzt sein, dass diese Verpflichtung ihrerseits nicht durch eine Verletzung der Kooperationsverpflichtung aus Art. 86 Rom-Statut zustande gekommen ist. Vgl. auch *C. Kreß* (FN 11), 1099 und *S. Wirth*, Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute, in: Criminal Law Forum 12 (2001), 429-458 (453 ff.). Ferner ist zu beachten, dass Art. 98 Rom-Statut ausdrücklich von einem „sending state" spricht. Folglich stellen unter Art. 98 Rom-Statut geschlossene bilaterale Abkommen der USA mit Vertragsstaaten des Rom-Statuts keineswegs die umfassende Immunität aller US-Bürger vor dem ICC sicher, sondern gelten nur für US-Bürger, die in offizieller Mission in Vertragsstaaten entsandt wurden. Vgl. *S. Zappalà* (FN 11), 129 f.

tieferen Grund haben.[12] Denn selbst wenn nach den vorangehenden Grundsätzen die Jurisdiktion des ICC auch gegenüber den Staatsangehörigen eines Nicht-Mitgliedsstaates gegeben ist, könnte dessen Strafjustiz dem Eingreifen des ICC dadurch zuvorkommen, dass dieser ein nationales Verfahren durchführt.

Dabei handelt es sich um einen besonders neuralgischen und in Rom erst in letzter Minute gelösten Streitpunkt:

III Die Komplementarität zwischen nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit[13]

Um die bereits in Abs. 10 der Präambel des Rom-Statuts erwähnte „Komplementarität" der internationalen zur nationalen Strafgerichtsbarkeit in ihrer Neuartigkeit verstehen zu können, lohnt sich zunächst ein Rückblick auf den Status der vorangegangenen internationalen Tribunale[14].

---

12 Zu verschiedenartigen und unterschiedlich weitgehenden Einwänden, die seitens von US-Autoren gegen die internationale Strafgerichtsbarkeit erhoben werden, vgl. beispielsweise das Sonderheft „The United States and the International Criminal Court", in: Law and Contemporary Problems 64 (2001) mit teils gegenläufigen Stellungnahmen. Vgl. ferner *L. Caflisch*, Der neue Internationale Strafgerichtshof – ein nötiger oder wünschenswerter Eingriff in die staatliche Hoheit?, in: Deutsche Sektion der Internationalen Juristenkommission (Hrsg.), Eingriff in die inneren Angelegenheiten fremder Staaten zum Zwecke des Menschenrechtsschutzes, Heidelberg 2002, 39-63 (58 ff), *C. Kreß* (FN 11), 1088 ff, *A. Kindt*, Die USA und der Internationale Strafgerichtshof, in: Kritische Justiz 2002, 427-440.

13 Allgemein dazu *A. Eser*, National Jurisdiction over Extraterritorial Crimes within the Framework of International Complementarity, in: L. Ch. Vohrah/M. Bohlander (Hrsg.), Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese, Den Haag 2002, 277-293; vgl. auch *G. Werle*, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW 109 (1997), 808-829 (823 f.), *W. A. Schabas*, National Courts finally begin to Prosecute Genocide, the 'Crime of Crimes', in: Journal of International Criminal Justice 1 (2003), 39-63. Die sich im Text anschließenden Ausführungen beschäftigen sich mit dem vertikalen Verhältnis von nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit. Davon zu unterscheiden ist jene zwischenstaatliche horizontale Ebene, auf der Kompetenzkonflikte zwischen mehreren nationalen Strafgerichtsbarkeiten entstehen können. Solche können sich bereits aus dem Territorialitätsprinzip, wie vor allem bei sog. Distanzdelikten in Verbindung mit dem Ubiquitätsprinzip ergeben, werden aber umso mehr bei Anwendung des Universalitätsprinzips, d.h. der Anwendung nationalen Strafrechts auf Auslandstaten ohne Rücksicht auf den Tatort oder dessen Recht, zu erwarten sein. Vgl. dazu wie auch zum Harmonisierungsbedarf nationaler Strafgewalten *A. Eser*, Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: Ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen, in: A. Donatsch/M. Forster/Ch. Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, 219-236, sowie *A. Eser*, Von der Konkurrenz zur Kongruenz nationaler Strafrechtsordnungen: Wege zur Rechtsannäherung in Europa, in: Poinikos Logos, 5/ 2002, 2158-2170 (insbes. 2158-2162). Zur weiteren Unterscheidung in vertikale und horizontale Rechtshilfe vgl. *0. Triffterer*, in: W. Pilgermair (Hrsg.), Festschrift für Herbert Steininger, Wien 2003, 387-421 (391 ff.). Vgl. ferner *C. Kreß*, Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip im Blickfeld des Internationalen Gerichtshofs, ZStW 114 (2002), 818-849 (842).

14 Allgemein dazu *P. Benvenuti*, Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions, in: Lattanzi/Schabas (FN 8), 21-50, *J. T. Holmes*, Complementarity: National Courts versus the ICC, in: Cassese/Gaeta/Jones (FN 8), 667-686.

- Für die Internationalen Militärtribunale von Nürnberg und Tokio war es charakteristisch, dass sie – wenn auch vielleicht nicht theoretisch, so jedenfalls praktisch – über eine exklusive Strafhoheit im Verhältnis zur jeweiligen nationalen Strafjustiz verfügten. Beide Gerichtshöfe übten ihre Strafgewalt in den Ländern aus, um deren Staatsangehörige es im wesentlichen ging; und soweit ausländische Tatortstaaten betroffen und ihrerseits gleichsam Opfer der Kriegsverbrechen waren, hatten diese verständlicherweise keine Einwände dagegen, dass sich eine internationale Strafjustiz der Verfolgung annahm. Auf diese Weise hatten die Internationalen Militärtribunale in der Regel direkten Zugriff auf die Beschuldigten wie auch auf etwaige Beweismittel.[15] Deshalb hat man es hier mit einem – wohl erstmals von BASSIOUNI so bezeichneten – „direct enforcement model" zu tun.[16]

- Schon nicht mehr ganz so weit wie bei den Internationalen Militärtribunalen von Nürnberg und Tokio geht die Macht der Ad hoc-Tribunale für Jugoslawien und Ruanda. Zwar bleibt deren Jurisdiktion „primacy over national courts" eingeräumt, mit der Folge, dass der ICTY in jedem Stadium des Verfahrens von nationalen Gerichten die Überweisung eines Verfahrens verlangen kann (Art. 9 Abs. 2 ICTY-Statut). Doch ist dieser Primat kein ausschließlicher, da aufgrund ausdrücklicher konkurrierender Zuständigkeit das Recht der nationalen Gerichte erhalten bleibt, internationale Verbrechen so lange zu verfolgen, als das ICTY die Sache nicht an sich gezogen hat (Art. 9 Abs. 1 ICTY-Statut).[17]

- Es versteht sich, dass solche Prioritätsfragen für die Souveränität der Nationalstaaten von essentieller Bedeutung sind. Deshalb konnte es nicht ausbleiben, dass es gerade bei diesem Streitpunkt schon im Vorfeld der Rom-Konferenz zu einem Machtkampf gekommen war, an dem die gesamten Bemühungen um einen Internationalen Strafgerichtshof hätten scheitern können.[18] Die Lösung kam schließlich mit Anerkennung der ausdrücklich so bezeichneten Komplementarität der internationalen gegenüber der nationalen Strafgerichtsbarkeit (Präambel Abs. 10, Art. 1 Satz 2 Rom-Statut).[19] Diesem „Zauberwort"[20] lassen sich folgende Grundsätze entnehmen:

---

15 Vgl. *P. Benvenuti* (FN 15), 23 f.

16 So in *M. Ch. Bassiouni*, International Criminal Law. A Draft International Criminal Code, 1980, 107 ff. – im Unterschied zu einem „indirect enforcement model", bei dem Völkerstrafrecht durch national-staatliche Gerichte durchgesetzt wird. Vgl. dazu auch *0. Triffterer* (FN 6), 515 f., sowie *ders.*, Preliminary Reflections, in: Triffterer, Commentary (FN 7), 35.

17 Vgl. *B. Graefrath*, Jugoslawien und die internationale Strafgerichtsbarkeit, in: Hankel/Stuby (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, Hamburg 1995, 295-324 (297 ff.) sowie *P. Benvenuti* (FN 15), 32 ff., *0. Triffterer* (FN 6), 519 f. Vgl. ferner *M. Bohlander*, Last Exit Bosnia – Transferring War Crimes Prosecution from the International Tribunal to Domestic Courts, in: Criminal Law Forum 14 (2003), 59-99 mit einer Darstellung der jüngsten Anstrengungen des ICTY, Fälle an die nationalen Strafgerichtsbarkeiten der Staaten des früheren Jugoslawien zurückzuübertragen.

18 Allgemein zum Verhältnis nationaler Souveränität zu supranationaler Strafgerichtsbarkeit vgl. *M. Ch. Bassiouni*, Universal Jurisdiction for International Crimes. Historical Perspectives and Contemporary Practice, in: Virginia Journal of International Law 42 (2001), 81-162 (89 f9.

19 Vgl. *0. Triffterer* (FN 6), 527 ff., *P. Benvenuti* (FN 15), 38 ff., *T. Holmes* (FN 15), 667-686.

20 Zu dieser wohl aus der französichen „complementarité" in die bislang auch im englischen unbekannte „complementarity" vgl. *M. Ch. Bassiouni*, Explanatory Note an the ICC Statute, in: Revue Internationale de Droit Pénal (FN 2), 5.

1. Auch wenn im Rom-Statut weder von einem „Primat" noch von „Priorität" der einen Seite gegenüber der anderen gesprochen wird, so kommt doch der Sache nach der nationalen Strafjustiz zumindest die grundsätzliche Priorität[21] zu; denn wenn und solange ein zuständiger Nationalstaat die Verfolgung eines internationalen Verbrechens betreibt oder abschließend darüber geurteilt hat, ist die Verfolgung durch den ICC nicht zulässig (Art. 17 Abs. 1 Nrn. a bis c, Art. 20).[22]

2. Dieser nationale Vorrang findet jedoch dort seine Grenze, wo die zuständige nationale Justiz „nicht willens oder nicht in der Lage" ist, die Verfolgung eines internationalen Verbrechens ernsthaft zu betreiben (Art. 17 Abs. 1 Nrn. a und b), wobei ein Mangel an Verfolgungswillen unter anderem auch dann anzunehmen ist, wenn ein nationales Strafverfahren in einer Weise geführt wird, dass es letztlich den Beschuldigten vor einer wirksamen Verfolgung abschirmen soll (vgl. Art. 17 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3).[23]

3. Wie im Falle eines Kompetenzstreits innerhalb dieser gleichsam konsekutiven Zuständigkeit von nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit zu entscheiden ist und wer dabei letztlich die Oberhand behält, hängt davon ab, wem die so genannte Kompetenz-Kompetenz zukommt. Könnte beispielsweise ein nationales Gericht selber darüber befinden, ob es sich für fähig oder willens hält, ein Verfahren durchzuführen, so bliebe der ICC dem guten oder bösen Willen der nationalen Justiz ausgeliefert. Hat dagegen der ICC darüber zu befinden, ob ein nationales Gericht unwillens oder unfähig zur Verfolgung eines internationalen Verbrechens ist, so hat er bei Kompetenzstreitigkeiten das letzte und damit entscheidende Wort. Obgleich dies im Statut nicht ausdrücklich klargestellt ist, auf jeden Fall aber die Feststellung des Unvermögens eines nationalen Gerichts dem ICC zur Prüfung obliegt (Art. 17 Abs. 3), spricht vieles dafür, dass trotz temporaler Priorität der nationalen Strafgerichtsbarkeit letztlich dem ICC der Primat zukommt.[24]

---

21 Die gleichermaßen *umfassende* Priorität der Mitgliedsstaaten ist in Teilbereichen durch die *Arrest-Warrant*-Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs (International Court of Justice, Urteil vom 14.2.2002, Demokratische Republik Kongo gegen Belgien, abrufbar unter www.icj-cij.org) in Frage gestellt. Während das Mehrheitsvotum des ICJ die nicht konsentierte, nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen von amtierenden höchsten Würdenträgern von Drittstaaten wegen deren Immunität *ratione personae* für völkerrechtswidrig erklärt (para. 58), wird ausdrücklich offen gelassen, ob selbiges für den ICC gilt (para. 61). Ginge der ICC von seiner Strafverfolgungsgewalt über diesen Personenkreis aus, so wäre der ICC exklusiv zuständig, die Priorität der Mitgliedsstaaten wäre (in eng umrissenen Teilbereichen) relativiert. Vgl. zum Problem von Völkerstrafrecht und Immunitätsschutz *C. Kreß*, Der Internationale Gerichtshof im Spannungsfeld von Völkerstrafrecht und Immunitätsschutz, in: Goltdammers Archiv für Strafrecht (GA) 2003, 25-43, insbes. 34, 40, *M. Lüke*, Immunität staatlicher Funktionsträger, Berlin 2000, 91 ff., *S. Wirth*, Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute, in: Crirninal Law Forum 12 (2001), 429-458.

22 Vgl. *H. Gropengießer/H. Kreicker*, in: A. Eser/H. Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Band 1 (Deutschland), Freiburg im Breisgau 2003, 64. Vgl. dazu auch FN 36.

23 Wie etwa in der Weise, dass der Nationalstaat zwar ein Strafverfahren gegen seinen beschuldigten Staatsangehörigen einleitet, dieses jedoch gezielt auf Freispruch hintreibt, um einer weiteren internationalen oder auch nationalen Strafverfolgung das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 20) entgegenhalten zu können. Vgl. zu sogenannten „sham proceedings" *I. Tallgren*, Art. 20: Ne bis in idem, in: Triffterer, Commentary (FN 7), 431 f. mwN.

24 Vgl. *L. Caflisch* (FN 13), 51, *J. T. Holmes* (FN 15), 672, *Sh. A. Williams* (FN 7), 394, aber auch *A. Cassese*, The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections, EJIL 10 (1999), 144-171 (159 f.), *F. Neubacher*, Tribunal der Vernunft oder hilfloser Versuch

4. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist schließlich die Pflicht der nationalen Gerichtsbarkeiten zur internationalen Zusammenarbeit mit dem ICC, wie dies in Teil 9 des Rom-Statuts (Art. 86-102) vergleichsweise eingehend geregelt ist.[25]

5. Dieses Ergebnis erscheint im übrigen auch aus der Funktion internationaler Strafjustiz gut begründet: So sehr es einerseits verständlich ist, sowohl in Respektierung staatlicher Souveränität als auch im Interesse möglichst tatnaher Strafverfolgung der jeweiligen nationalen Justiz den Vortritt zu lassen, so wenig wäre es andererseits zu verstehen, wenn die zum Schutz vor und zur Ahndung von Völkerrechtsverbrechen eingerichtete Internationale Strafgerichtsbarkeit tatenlos zusehen müsste, wie eine nationale Strafjustiz ihrer Verfolgungspflicht – aus welchen Gründen auch immer – nicht nachkommt. Wie in Blickverengung auf traditionelle Souveränitätsvorstellungen offenbar immer noch gerne übersehen wird, handelt es sich bei der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen nicht nur um ein Recht des betroffenen Staates, sondern zugleich auch um eine der Weltgemeinschaft geschuldete Verpflichtung, deren Erfüllung nicht in nationales Belieben gestellt sein kann, sondern in Gestalt der Internationalen Strafgerichtsbarkeit der Weltgemeinschaft gegenüber zu verantworten ist. Deshalb fungiert bei völkerrechtlichen Verbrechen die nationale Strafjustiz im Grunde lediglich in internationalem Auftrag, der konsequenterweise an den supranationalen Auftraggeber zurückzugeben ist,[26] wenn die nationale Strafjustiz versagt.[27]

IV Die Rollen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen und der Anklagebehörde[28]

Auch um diese Rollen wurde sowohl vor als auch während der Rom-Konferenz heftig gestritten. Je nachdem, ob die Anklagebehörde des ICC kraft eigenen Rechts eine Strafverfolgung einleiten darf oder ob sie dafür einer Genehmigung des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen bedarf oder ob Letzterer sogar das exklusive Initiativrecht zur Einleitung eines internationalen Strafverfahrens haben sollte, findet eine Verschiebung von objektiver

---

einer Verrechtlichung? Acht Thesen zum ständigen Internationalen Gerichtshof, in: Recht und Politik 2003, 160-170 (162), *O. Triffterer* (FN 6), 529.

25 Allgemein dazu *D. Rinoldi/N. Parisi*, International Co-Operation and Judicial Assistance Between States Parties and the International Criminal Court, in: Lattanzi/Schabas (FN 8), 339-390, sowie *A. Ciampi*, The Obligation to Cooperate, in: Cassese/Gaeta/Jones (FN 8), 1607-1638.

26 Näher zu dieser Verfolgungspflicht aus konstitutionellen Interessen der Weltgemeinschaft *A. Eser*, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (FN 14), 219-236 (insbes. 232 ff.); vgl. auch *A. Eser*, in: Vohrah/Bohlander (FN 14), *ders.*, Völkermord und deutsche Strafgewalt, in: A. Eser u.a. (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner, München 2001, 3-31 (17 f.)

27 In solchem Licht ist auch die Kooperationsverpflichtung gemäß Art. 86 Rom-Statut zu sehen: Mit dieser erscheinen bilaterale Abkommen mit Nicht-Mitgliedstaaten allenfalls insoweit vereinbar, als die Ausschließung Internationaler Strafgerichtsbarkeit durch entsprechend ernsthafte nationale Strafverfolgungen ausgeglichen wird. Deswegen sollten Vertragsstaaten des Rom-Statuts in bilateralen Abkommen mit Nicht-Mitgliedsstaaten zumindest eine Verfolgungspflicht des Nicht-Mitgliedsstaates verankern. Demgegenüber scheint die von den USA in ihren bilateralen Abkommen erklärte, angemessene Verfolgungsabsicht" („... intention to investigate and to prosecute where appropriate ...") sehr schwach auszufallen. Vgl. *S. Zappalà* (FN 11), 131 und 123 Fn 30.

28 Allgemein dazu *P. Gargiulo*, The Controversial Relationship between the International Criminal Court and the Security Council, in: Lattanzi/Schabas (FN 8), 67-102, *L. Yee*, The International Criminal Court and the Security Council, in: Lee (FN 6), 143-152.

Gerechtigkeit zu politischer Macht statt. Läge das Initiativrecht zur Strafverfolgung in den Händen des Sicherheitsrats, so könnten sich dessen Mitglieder von vornherein gegenüber Verfolgungen eigener Staatsbürger durch den ICC abschirmen – mit entsprechendem internationalem Zuwachs an Macht. Wem demgegenüber an einem Höchstmaß an unparteilicher Gerechtigkeit gelegen war, musste an einer möglichst starken und unabhängigen Stellung der Anklagebehörde interessiert sein. Der um diese Positionen geführte Machtkampf führte schließlich zu folgendem Kompromiss:

- Auf der einen Seite wird dem Ankläger ein eigenes Initiativrecht zur Einleitung von Ermittlungen eingeräumt (Art. 13 (c), Art. 15 Abs. 1 und 2), wobei er jedoch einer gerichtlichen Kontrolle durch eine Vorverfahrenskammer unterliegt (Art. 15 Abs. 3-6).[29]
- Andererseits hat der Sicherheitsrat das Recht, der Anklagebehörde eine „situation", in der möglicherweise eines oder mehrere internationale Verbrechen begangen wurden, zu unterbreiten (Art. 13 (b)) und sie dadurch zum Tätigwerden zu veranlassen. Weitaus einschneidender, weil damit dem Ankläger in den Arm fallend, ist jedoch in umgekehrter Richtung das Recht des Sicherheitsrats, für einen (verlängerbaren) Zeitraum von 12 Monaten einen Aufschub der Ermittlungen oder der Strafverfolgung zu verlangen (Art. 16).[30] Dies kann sicherlich dann nützlich sein, wenn durch voreilige Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegenüber einem unberechenbaren Diktator der Weltfriede gefährdet wäre. Allerdings wird damit auch ein mögliches Tor zur Obstruktion eröffnet, indem Mitglieder des Sicherheitsrats Ermittlungen gegen eigene Staatsbürger blockieren können, wobei allerdings noch klärungsbedürftig ist, ob dafür schon ein einzelnes Veto genügt oder das intervenierende Mitglied des Sicherheitsrates dessen Mehrheit auf seine Seite bringen muss.[31]

Dieses Interventionsrecht des Sicherheitsrats gilt selbst für den Fall, dass ein Einzelstaat von seinem Recht Gebrauch macht, ein verbrecherisches Geschehen dem Ankläger zum Zwecke von Ermittlungen zu unterbreiten (Art. 13 (a)); denn auch in einem solchen Fall, in

---

29 Allgemein dazu *S. A. Fernàndez de Gòurmendi*, The Role of the International Prosecutor, in: Lee (FN 6), 175-188, *I. R. W. D. Jones*, The Office of the Prosecutor, in: Cassese/Gaeta/Jones (FN 8), 269-274, *G. Turone*, Powers and Duties of the Prosecutor, in: Cassese/Gaeta/Jones (FN 8), 1137-1180. Zu Bemühungen im Vorfeld der Rom-Konferenz um eine möglichst starke Stellung des Prosecutor vgl. die aus einem internationalen Workshop hervorgegangene „Freiburg Deklaration zur Stellung der Staatsanwaltschaft eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs", dokumentiert in: *L. Arbour/A. Eser/K. Ambos/A. Sanders* (eds.), The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court, Freiburg im Breisgau 1998, 667-669.

30 Vgl. dazu *R. Lavalle* (FN 11), 206 mit einer Analyse des Verhältnisses von Art. 16 Rom-Statut und Entscheidungen des UN-Sicherheitsrates. In der Diktion *Lavalles* ist die Regelung des Art. 16 Rom-Statut, namentlich die auf ein Jahr befristete Aussetzung der Gerichtsbarkeit des ICC, völkerrechtlich weitgehend irrelevant: Sollte der UN-Sicherheitsrat unter Chapter VII der UN-Charter eine für einen längeren Zeitraum geltende Aussetzung der Gerichtsbarkeit des ICC beschließen, würde dieser Beschluss gem. Art. 25, 48, 49, 103 UN-Charter Geltungsvorrang über die Befristungsregel des Art. 16 Rom-Statut genießen. In diesem Zusammenhang übersieht *Lavalle* jedoch, dass Resolutionen des UN-Sicherheitsrates zwar Mitgliedsstaaten der Vereinten Nationen gem. Art. 25 UN-Charter binden, dies jedoch nicht für den ICC zutrifft, der gem. Art. 4 Rom-Statut als unabhängige internationale Rechtspersönlichkeit verfasst ist. Deswegen wird der ICC auch nicht direkt durch die UN-Charter, sondern erst gem. Art. 16 Rom-Statut verpflichtet, Beschlüsse des UN-Sicherheitsrates umzusetzen. Vgl. *C. Stahn* (FN 11), 101.

31 In letzterem Sinne wohl *L. Caflisch* (FN 13), 57 und *C. Kreß* (FN 11), 1095.

dem eine zur Verfolgung möglicherweise selbst nicht fähige nationale Strafjustiz die Hilfe des ICC in Anspruch nehmen möchte, kann der Sicherheitsrat nach Art. 16 dazwischentreten.

Die auf diese Weise erreichte Machtbalance wird ernsthaft gefährdet, wenn nicht sogar aus den Angeln gehoben, wenn vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen schon zum Vorhinein gemäß Art. 16 Rom-Statut ein 12monatiger Ermittlungsund Strafverfolgungsaufschub beschlossen wird, wie dies auf Drängen der USA für den Fall von UN-Militäreinsätzen zu Gunsten von Staatsangehörigen von Nicht-Mitgliedsstaaten des Rom-Statuts durch Resolution 1422 vom 12. Juli 2002 und Resolution 1487 vom 12. Juli 2003 geschehen ist.[32] Um so mehr bleibt zu hoffen, dass von der ebenfalls bereits beschlossenen Verlängerungsabsicht des Aufschubs um ein weiteres Jahr in diesem wie auch in den kommenden Jahren kein Gebrauch gemacht wird,[33] ohne zuvor die Vereinbarkeit solcher antizipierender Verfolgungsbeschränkungen mit dem Sinn der Aufschubklausel des Art. 16 und mit der Kooperationspflicht des Art. 86 Rom-Statut geprüft und auf jeden Fall sichergestellt zu haben, dass bei begründetem Tatverdacht die nationale Strafjustiz des Beschuldigten ihrer eigenen Verfolgungspflicht bei Völkerrechtsverbrechen ernsthaft nachkommt.[34]

V Konsequenzen für die nationale Strafgerichtsbarkeit[35]

Mit dieser eigenen nationalen Verfolgungspflicht ist ein Punkt angesprochen, dessen volle Bedeutung erst allmählich erkannt wird. Denn in der Euphorie über den epochalen Durchbruch zu einem Ständigen Internationalen Strafgerichtshof war in Rom kaum schon voll bewusst geworden, welche Konsequenzen dies für die jeweiligen nationalen Strafrechtsordnungen haben könnte.

---

32 Vgl. dazu oben FN 11.

33 Diese Hoffnung wird durch den wachsenden diplomatischen Widerstand gegen einen grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungsaufschub gespeist: Wurde Resolution 1422 im Jahre 2002 noch einstimmig angenommen, so fanden sich im Jahre 2003 zumindest schon drei Enthaltungen im UN-Sicherheitsrat – die von Deutschland, Frankreich und Syrien. Darüber hinaus sprachen sich in der Debatte zu Resolution 1487 (2003) sechs Mitglieder des UN-Sicherheitsrates – so namentlich Angola, Chile, Frankreich, Großbritannien, Guinea und Spanien – gegen eine automatische Verlängerung im Jahre 2004 aus. Der gleiche Standpunkt wurde vom Generalsekretär der Vereinten Nationen vertreten. Vgl. *R. Lavalle* (FN 11), 206, 219 f. FN 46.

34 Für diese Verpflichtung wird es auch schwerlich auf die formale Mitgliedschaft beim Rom-Statut ankommen können, da sie im Falle von Völkerrechtsverbrechen funktional der Weltgemeinschaft geschuldet ist. Vgl. oben III. 5.

35 Vgl. auch *M. S. Carison*, The international Criminal Court. Selected Considerations for Ratification and National Implementing Legislation, in: Révue Internationale de Droit Pénal 72 (3/4/2001), 783-807. Über bereits eingeleitete Implementierungsschritte in verschiedenen Ländern vgl. die nationalen Beiträge in: *C. Kreß/F. Lattanzi*, The Rome Statute and Domestic Legal Orders, Vol. 1, Baden-Baden 2000. Um einen möglichst vollen Überblick zu erhalten, wurde vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg ein vergleichendes Projekt über „Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen" in Gang gesetzt, von dem neben dem bereits in FN 23 erwähnten Deutschland-Band auch Band 2 mit Landesberichten zu Finnland, Polen und Schweden erschienen ist und weitere Bände sich in Vorbereitung befinden..

Gewiss war bereits vor und dann noch mehr in Rom nachhaltig darum gerungen worden, der internationalen Strafgewalt nicht das ganze Feld zu überlassen, sondern den nationalen Strafgerichtsbarkeiten jedenfalls insoweit den Vortritt zu lassen, als diese fähig und in der Lage sind, völkerrechtliche Verbrechen ernsthaft zu verfolgen. Dass diese bloße „Komplementarität" des ICC aber nicht nur prozedurale Bedeutung für Kompetenzzuordnungen haben sollte, sondern auch zu Anpassungen des nationalen Strafrechts zwingen könnte, war nicht allenthalben sofort erkannt worden. So sehr man nämlich einerseits einer supranationalen Strafgerichtsbarkeit im eigenen Souveränitätsinteresse nur eine gegenüber der nationalen Strafgerichtsbarkeit subsidiäre Zuständigkeit meinte einräumen zu können, so wenig wurde dabei die Kehrseite der dafür gewählten Komplementarität beachtet. Denn wenn der nationalen Strafgerichtsbarkeit der Verfolgungsvorbehalt nur so lange verbleibt, als sich diese nicht als unfähig oder unwillentlich erweist, muss ihre Strafrechtsordnung in einer Weise gestaltet sein, dass die nationale Strafjustiz zur Verfolgung der betreffenden Völkerrechtsverbrechen in der Lage ist.

Schon im Eigeninteresse eines Landes kann es daher geboten sein, sein nationales Strafrecht in einer Weise umzugestalten, dass es nicht zu einem Eingreifen des Internationalen Strafgerichtshofs zu kommen braucht und man sich damit einen weltpolitisch peinlichen „Unfähigkeitsnachweis" erspArt. Doch kann es anstelle solcher mehr eigensüchtiger nationaler Souveränitätsinteressen auch durchaus altruistische Gründe geben, die eigene nationale Strafgerichtsbarkeit in einer Weise zu gestalten, dass man Völkerrechtsverbrechen verfolgen kann und damit dem Internationalen Strafgerichtshof ein Eingreifen erspart und dieser damit vor Überlastung bewahrt bleibt. In diesem Sinne bedeutet Komplementarität zwischen nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit eben nicht nur das abwehrende Zurückhalten der letzteren, sondern auch die Pflicht[36] zu vorrangigem Tätigwerden der ersteren.[37]

Aus welchen Motiven auch immer, wird demzufolge kein Land daran vorbeikommen, sein eigenes nationales Recht den sich aus dem Rom-Statut ergebenden Anforderungen anzupassen.[38] Dabei hat es sich weltweit immer mehr gezeigt, wie unterschiedlich die Aus-

---

36 Im Ergebnis wie hier *H. Gropengießer/H. Kreicker*, in: Eser/Kreicker (FN 23), 64, wonach Mitgliedsstaaten „aufgefordert" seien, ihre Strafrechtsordnung zu überprüfen. Im gleichen Sinne verweist auch *H. Satzger*, Das neue Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Würdigung, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2002, 125-132 (127) auf einen „rechtspolitischen Zwang"; ähnlich gehen *G. Werle/F. Jeßberger*, Das Völkerstrafgesetzbuch, JZ 2002, 725-734 (727) von einem „Auftrag" aus. Vgl. ferner *A. Zimmermann*, Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen durch deutsche Gerichte nach In-Kraft-Treten des Völkerstrafgesetzbuchs, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, 3068-3070 (3068), der von einer „Pönalisierungsobliegenheit", bzw. *J. K. Kleffner*, The Impact of Complementarity an National Implementations of Substantive International Criminal Law, in: Journal of International Criminal Justice 1 (2003), 86-113 (90 ff.), der von einer „obligation" (Pflicht) spricht.

37 Durch diese Pflicht zum vorrangigem Tätigwerden wird auch verhindert, dass sich Vertragsstaaten des Rom-Statuts bequem aus der Verantwortung stehlen und die Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen an andere nationale und insbesondere internationale Gerichtsbarkeiten überantworten. Zu dieser Gefahr vgl. *A. Eser*, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (FN 14), 222, *D. Hawkins*, Universal Jurisdiction for human rights: from legal principle to limited reality, in: Global Governance 9, 3 (2003), 347-365.

38 Neben der damit angesprochenen Öffnung des nationalen Rechts für internationale Einflüsse – dazu auch *G. Werle/F. Jeßberger* (FN 37), 733 f. – fördert der durch Komplementarität ausgedrückte Harmonisierungsbedarf nationaler Strafrechtsordnungen den Stellenwert der Strafrechtsvergleichung. So auch *M. Delmas-Marty*, The Contribution of Comparative Law to a Plu-

gangspositionen in den verschiedenen Rechtsordnungen waren, welche rechtlichen Hürden und praktischen Probleme es dabei zu überwinden gilt und – nicht zuletzt auch – wie im politischen Raum echte oder vorgebliche Umsetzungsprobleme argumentativ im Ringen um die Ratifizierung des Rom-Statuts eingesetzt werden.

Dass alle diese Schwierigkeiten überwunden werden können, wenn der Wille zum Erfolg vorhanden ist, kann am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland gezeigt werden, die als eines der ersten Länder eine vergleichsweise umfassende Anpassung des deutschen Rechts an das Rom-Statut verwirklicht hat. Ohne damit die ebenfalls bedeutsamen, aber eben nicht ganz so umfassenden Umsetzungsakte der Bundesrepublik Österreich[39] gering schätzen zu wollen, mögen daher abschließend die wesentlichen Züge der Implementierung des Rom-Statuts in das deutsche Recht kurz nachgezeichnet werden.

VI Die Implementierung des Rom-Statuts in das deutsche Recht

1. Die „ICC-freundliche" Haltung der Bundesrepublik Deutschland war bereits bei Ausarbeitung des Rom-Statuts sichtbar geworden, indem die deutsche Delegation als eine der führenden Kräfte der so genannten „like-minded states", zu denen nicht zuletzt auch die Bundesrepublik Österreich zählte,[40] für eine mög-lichst weitreichende Kompetenz des Gerichtshofs eingetreten war und sich dabei insbesondere auch für das Universalitätsprinzip eingesetzt hatte, wonach der ICC unabhängig von der Mitgliedschaft des Tatortstaates oder der Staatsangehörigkeit des Beschuldigten Jurisdiktion erhalten hätte[41] – ein Vorschlag, der in Rom leider keine ausreichende Zustimmung fand. Auch dass das Rom-Statut am 10. Dezember 1998 und damit am 50. Jahrestag der Allgemeinen Erklärung der Men-

---

ralist Conception of International Criminal Law, in: Journal of International Criminal Justice 1 (2003), 13-25. Dies darf jedoch nicht zu einem „race to the bottom" führen – so schon *A. Eser*, in: Vohrah/Bohlander (FN 14), 293 und *M. Kaiafa-Gbandi*, Die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts im Statut des internationalen Strafgerichtshofes: Auf dem Weg zu einem rechtsstaatlichen Strafrecht der Nationen?, in: K. Amelung u.a. (Hrsg.), Strafrecht. Biorecht. Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, Heidelberg 2003, 199-224 (224). Die Internationalisierung des Strafrechts darf sich mit anderen Worten nicht vor (sachlich vorgetragenen) nationalen strafrechtswissenschaftlichen Erkenntnissen verschließen, die sich als überlegen herausstellen. So auch *R. Merkel*, Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), 437-454 (454).

39 Denn im Unterschied zu der – nachfolgend darzustellenden – sowohl verfahrens – wie auch materiellrechtlichen Anpassung und Ergänzung des deutschen Rechts beschränkt sich das österreichische „Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof" (BGBl. 2002 Teil I, 1423-1436) – seinem Titel entsprechend – auf Kooperationsfragen, wie man sie traditionell unter „Internationaler Rechtshilfe" zu erfassen pflegt. Vgl. dazu bereits *O. Triffterer*, in: Pilgermair (FN 14), 396, 420 sowie zum Ganzen demnächst den Landesbericht Österreich von *I. Zerbes*, in: A. Eser/U. Sieber/H. Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen (im Druck).

40 Näher zu solchen Gruppierungen *Ph. Kirsch/D. Robinson*, Reaching Agreement at the Rome Conference, in: Cassese/Gaeta/Jones (FN 8), 67-91 (70 f.). Zur deutschen Rolle vgl. BT-Drucks. 14/2682, 100, 103, *G. Werle*, Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht, in: Juristenzeitung (JZ) 2000, 755-760 (756).

41 Vgl. BVerfG, NJW 2001, 1848-1853 (1853), *H. Gropengießer/H. Kreicker*, in: Eser/ Kreicker (FN 23), 50.

schenrechte – von Deutschland unterzeichnet wurde[42], war kein Zufall, sondern von symbolischer Bedeutung.

2. Um das Rom-Statut auch ratifizieren zu können und damit zur Vertragspartei zu werden, hatte Deutschland erst eine verfassungsrechtliche Hürde zu beseitigen, nämlich das Verbot der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger (Art. 16 Abs. 2 GG). Statt dieses traditionelle Schutzschild zugunsten eigener Staatsangehöriger dem Rom-Statut als scheinbar unüberwindliches Ratifizierungshindernis entgegenzuhalten, wie dies in manchen Ländern durch Berufung auf entgegenstehendes Verfassungsrecht zu beobachten ist,[43] wurde durch Änderung des Grundgesetzes dem Gesetzgeber erlaubt, abweichende Regelungen für Auslieferungen an einen Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder an einen Internationalen Gerichtshof zu treffen.[44] Damit wird der Bundesrepublik Deutschland ermöglicht, gegebenenfalls auch deutsche Beschuldigte an den ICC zu überstellen. Auch war damit der Weg offen zu der am 27. Oktober 2000 einstimmig angenommenen Ratifizierung durch den Deutschen Bundestag[45], nur wenig später gefolgt von Österreich durch Ratifizierung am 28. Dezember 2000.

3. In einem weiteren Schritt wurden durch ein Ausführungsgesetz zum Rom-Statut die prozeduralen Grundlagen für die Zusammenarbeit mit dem ICC geschaffen.[46] Neben Vorschriften für die Festnahme von Beschuldigten und die Beschaffung von Beweismitteln enthält dieses Gesetz auch detaillierte Regelungen über das Verfahren und die Zuständigkeiten bei einer Überstellung von Personen an den Gerichtshof, bei der Durchbeförderung von Personen, bei der Rechtshilfe durch Vollstreckung von Entscheidungen des ICC sowie bei sonstigen Rechtshilfemaßnahmen.

4. Wohl am wichtigsten ist aber die Schaffung eines eigenen deutschen „Völkerstrafgesetzbuches" vom 26. Juni 2002.[47] Indem darin die völkerrechtlichen Verbrechen des

---

42 Vgl. BT-Drucks. 14/2682, 99.

43 Vgl. nur *A. Kindt* (FN 13), 438 ff. mit einer Übersicht über jene Stimmen, welche die US-amerikanische Ablehnung des ICC mit US-amerikanischem Verfassungsrecht zu begründen suchen. – Vgl. aber auch *O. Triffterer*, in: Pilgermair (FN 14), 396-401 mit einer Übersicht über die vorbildlichen, die vertikale Zusammenarbeit der Bundesrepublik Österreich mit dem ICC ermöglichenden Anpassungen des österreichischen Verfassungsrechts. Dazu bereits *I. Gartner*, Implementation of the ICC Statute in Austria, in: Kreß/ Lattanzi (FN 36), 51-53 (56 ff.).

44 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 16) vom 29.11.2000 (BGBl. 2000, Teil 1, 1633). Vgl. hierzu *A. Zimmermann*, Die Auslieferung Deutscher an Staaten der Europäischen Union und internationale Strafgerichtshöfe: Überlegungen zum neuen Art. 16 Abs. 2, S. 2 Grundgesetz, JZ 2001, 233-238. Eine detaillierte Diskussion der (kontroversen) verfassungsrechtlichen Lage vor der Änderung des Art. 16 GG findet sich u.a. bei *A. Zimmermann*, The Creation of a Permanent International Criminal Court, in: Max Planck Yearbook of United Nations Law 2 (1998), 169-237, und *K. Schmalenbach*, Die Auslieferung mutmaßlicher deutscher Kriegsverbrecher an das Jugoslawientribunal in Den Haag, in: Archiv des Völkerrechts 36 (1998), 285-304.

45 Gesetz zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statutgesetz) vom 4.12.2000 (BGBl. 2000, Teil II, 1393).

46 Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 21.6.2002 (BGBl. 2002, Teil 1, 2144-2165). Näher dazu *P. Wilkitzki*, The German Law an cooperation with the ICC, in: International Criminal Law Review 2 (2002), 195-212.

47 Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 26.6.2002 (BGBl. 2002, Teil I, 2254-2260). Zu Einzelheiten vgl. nur *H. Satzger* (FN 37), 125-132, *G. Werle/F. Jeßberger* (FN 37) 725-734, *dies.*, International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes against International Law, in: Criminal Law Forum 13 (2002), 191-223, *S. Wirth*, Ger-

Rom-Statuts in nationales Recht umgesetzt und unabhängig vom Tatort und von der Staatsangehörigkeit des Täters dem Weltrechtsprinzip[48] unterworfen werden, wurden die Voraussetzungen für eine effektive Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen durch die deutsche Strafgerichtsbarkeit geschaffen.

Mit diesem Schritt zu einem eigenständigen, das allgemeine Strafgesetzbuch ergänzenden Völkerstrafgesetzbuch ist Deutschland wahrscheinlich weiter gegangen, als dies andere Länder bereits getan haben oder zu tun gedenken; denn anstelle eines eigenen völkerrechtlichen Strafgesetzbuches hätte man sich vielleicht auch mit einigen Sondervorschriften, mit denen die Strafvorschriften des Rom-Statuts auch national für anwendbar erklärt werden, begnügen können.[49] Wenn demgegenüber Deutschland eine „große" Lösung gewählt hat, so werden dafür vier Ziele in der Begründung des Gesetzentwurfs genannt:[50]

- Zum einen soll durch das Völkerstrafgesetzbuch das spezifische Unrecht der völkerrechtlichen Verbrechen besser erfasst werden, als dies nach allgemeinem Strafrecht möglich ist;[51] auch können damit etwaige Pönalisierungsdefizite behoben werden.[52]
- Zum zweiten soll durch Normierung der völkerrechtlichen Verbrechen in einem eigenständigen Regelungswerk die Rechtsklarheit erhöht und die Handhabung in der Praxis erleichtert werden.[53]

---

many's New International Crimes Code: Bringing a Case to Court, in: Journal of International Criminal Justice 1 (2003), 151-168, und *A. Zimmermann*, Implementing the Statute of the International Criminal Court: The German Example, in: Vohrah/Bohlander (FN 14), 971-994. Eine Darstellung der Entstehungsgeschichte des Völkerstrafgesetzbuches findet sich bei *H. Gropengießer/H. Kreicker*, in: Eser/Kreicker (FN 23), 58 ff.

48 Vgl. diesbezüglich *O. Triffterer*, in: Pilgermair (FN 14), 403 f., wonach alle nationalen Strafgerichtsbarkeiten dafür Sorge tragen müssten, dass sämtliche völkerstrafrechtlichen Verbrechen, die der Zuständigkeit des ICC unterfallen, nach dem Universalitätsprinzip verfolgt werden.

49 Zur Vielfalt von Optionen einer Umsetzung des Rom-Statuts in das innerstaatliche Recht vgl. *G. Werle*, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts, JZ 2001, 885-895 (888 ff.), ferner *C. Kreß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, Baden-Baden 2000, und *J. K. Kleffner* (FN 37), 94 ff. Vgl. auch die Darstellung des verfassungsrechtlichen Gebotes (Art. 103 GG) zur Umsetzung völkerstrafrechtlicher Tatbestände in nationales (deutsches) Recht bei *H. Gropengießer/H. Kreicker*, in: Eser/Kreicker (FN 23), 54 ff. – Vgl. demgegenüber *O. Triffterer*, in: Pilgermair (FN 14), 407, 417, der die im Rom-Statut verankerten Tatbestände für so hinreichend bestimmt ansieht, dass einer direkten Anwendung durch österreichische Strafgerichte nicht das in § 1 öStGB verankerte Bestimmtheitsgebot entgegenstünde.

50 Regierungsentwurf zum Völkerstrafgesetzbuch, 25 f. (<http://www.bmj.bund.de/images/11222.pdf>).

51 Zwar besteht in der Literatur weitgehende Einigkeit, dass das deutsche Strafrecht völkerstrafrechtlich relevante Einzeltaten auch schon vor der Einführung des Völkerstrafgesetzbuches erfassen konnte; indessen kann erst durch das Völkerstrafgesetzbuch – sieht man vom Völkermord, der bereits in § 220a StGB a.F. als einziger originär völkerstrafrechtlicher Tatbestand geregelt war, einmal ab – der spezifische Unwertgehalt völkerrechtlicher Verbrechen geahndet werden. Im gleichen Sinne *H. Gropengießer/H. Kreicker*, in: Eser/Kreicker (FN 23), 61 f., *G. Werle/F. Jeßberger* (FN 37), 727. Vgl. ferner *J. K. Kleffner* (FN 37), 98.

52 Für eine Übersicht über die spärliche Gruppe von völkerstrafrechtlich anerkannten Verbrechen, die im deutschen Strafrecht erst durch das Völkerstrafgesetzbuch pönalisiert wurden, vgl. *H. Gropengießer/H. Kreicker*, in: Eser/Kreicker (FN 23), 63.

53 Vgl. auch *O. Triffterer*, in: Pilgermair (FN 14), 394.

- Zum dritten soll die im Rom-Statut vorgesehene Komplementarität mit Vorrang der nationalen Zuständigkeit dadurch sichergestellt werden, dass die deutsche Strafjustiz in die Lage versetzt wird, die in die Zuständigkeit des ICC fallenden Verbrechen gegebenenfalls selbst zu verfolgen.[54] Dies gilt insbesondere im Hinblick auf eigene Staatsangehörige, weil bei nationaler Verfolgung deren Auslieferung an ein supranationales Gericht entbehrlich wird.

- Schließlich soll viertens durch die Schaffung eines eigenen nationalen Regelungswerks das humanitäre Völkerrecht gefördert und ein Beitrag zu seiner Verbreitung geleistet werden.[55]

5. Was Struktur und Inhalt des Völkerstrafgesetzbuches betrifft, so mögen dazu einige kurze Hinweise genügen.

a) Das Völkerstrafgesetzbuch besteht aus zwei Teilen. Während der 1. Teil einige allgemeine Bestimmungen enthält, finden sich im wesentlich umfangreicheren 2. Teil die detailliert geregelten „Straftaten gegen das Völkerrecht", so dass man insoweit vom „Besonderen Teil" des Völkerstrafgesetzbuchs sprechen kann.

- Darin ist an erster Stelle (§ 6) der Völkermord unter Strafe gestellt, wie dies im wesentlichen unverändert bereits im bisherigen § 220a StGB vorzufinden ist.

- Im selben Abschnitt sind auch die Verbrechen gegen die Menschlichkeit geregelt, wodurch verdeutlicht wird, dass es sich beim Völkermord lediglich um eine spezielle Ausprägung der Humanitätsverbrechen handelt.

- Während die vorgenannten Verbrechen weitgehend dem Rom-Statut entsprechen, geht bei den Kriegsverbrechen das deutsche Völkerstrafgesetzbuch andere Wege.[56] Das zeigt sich schon daran, dass das Rom-Statut die „war crimes" in einem einzigen Art. 8 unterzubringen versucht, wobei darin rund 50 Einzeltatbestände enthalten sind und dabei zwischen internationalen bewaffneten Konflikten auf der einen Seite und nicht internationalen bewaffneten Konflikten auf der anderen Seite unterschieden wird, was zahlreiche Wiederholungen zur Folge hat. Demgegenüber werden im deutschen Völkerstrafgesetzbuch die Kriegsverbrechen auf vier einzelne Paragraphen verteilt (§§ 8-12), wobei die Unterteilung zwischen nationalen und internationalen Konflikten aufgegeben wird.[57] Statt dessen wird gemäß der Differenzierung im humanitären Völkerrecht unterschieden zwischen einerseits dem so genannten „Genfer Recht", das im wesentlichen den Schutz derjenigen Personen betrifft, die

---

54 Vgl. aber auch *H. Satzger* (FN 37), 127 ff., der aufzeigt, dass bestimmte Regelungen des Allgemeinen bzw. des Besonderen Teils des Völkerstrafgesetzbuches hinter dem Rom-Statut zurückbleiben, so dass weiterhin Lücken zwischen nationaler deutscher Strafgerichtsbarkeit und der des ICC bestehen.

55 Dabei ist zu beachten, dass aufgrund der in § 1 VStGB verankerten Geltung des Universalitätsprinzips bei der Auslegung des Völkerstrafgesetzbuches eine Orientierung am geltenden Völkerstrafrecht geboten ist. Deswegen kommt dem Völkerstrafgesetzbuch – mit *G. Werle/F. Jeßberger* (FN 37), 729, 729 FN 52 – lediglich eine Konkretisierungs- und Konsolidierungsfunktion und keine völkerstrafrechtsfortbildende Wirkung zu.

56 In Ansätzen kritisch zur deutschen Lösung, d.h. der Umformulierung bzw. der Resystematisierung der Tatbestände des Rom-Status, *O. Triffterer*, in: Pilgermair (FN 14), 421, weil bei diesem Vorgehen eine Verfälschung der im Rom-Statut verankerten Strukturen zu befürchten sei.

57 Vgl. hierzu auch *H. Satzger* (FN 37), 132.

nicht (mehr) an den Kampfhandlungen teilnehmen, und andererseits dem so genannten „Haager Recht", das die Frage der zulässigen Mittel und Methoden der Kriegsführung betrifft. Damit gelten die Einzeltatbestände weitgehend unabhängig davon, ob die Kriegsverbrechen im Rahmen eines internationalen bewaffneten Konflikts oder eines „Bürgerkrieges" begangen wurden. Neben einer enormen Straffung gegenüber dem Rom-Statut wird damit auch die Rechtsanwendung erheblich erleichtert, da in der Regel die schwierige Feststellung eines Konflikts als „international" oder „nicht international" offen gelassen werden kann. Nur insofern, als das geltende Völkerrecht bestimmte Kriegsverbrechen nur im Falle von internationalen bewaffneten Konflikten für strafbar erklärt, schränkt auch das deutsche Völkerstrafgesetzbuch die Geltung der betreffenden Tatbestände entsprechend ein. Diesen Ordnungsprinzipien folgend, werden in § 8 zunächst die Kriegsverbrechen gegen Personen definiert, sodann in § 9 die Kriegsverbrechen gegen Eigentum und sonstige Rechte, in § 10 Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen und Embleme sowie in § 11 Kriegsverbrechen durch Einsatz verbotener Methoden der Kriegsführung beziehungsweise verbotener Mittel in § 12. In einem mit „Sonstige Straftaten" überschriebenen Abschnitt werden schließlich noch Verletzungen der Aufsichtspflicht (§ 13) sowie das Unterlassen der Meldung eines völkerrechtlichen Verbrechens durch militärische Befehlshaber oder zivile Vorgesetzte (§ 14) unter Strafe gestellt.

b) Im Vergleich zu diesem umfangreichen „Besonderen Teil" des Völkerstrafgesetzbuchs ist dessen (erster) „Allgemeiner Teil" wesentlich kürzer, indem er weitgehend auf die Vorschriften des allgemeinen Strafgesetzbuchs verweist (§ 2). Immerhin wurde aber in vier Punkten eine Sonderregelung für völkerrechtliche Verbrechen für erforderlich gehalten:

- Das ist zum einen die weltweite Geltung des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs nach dem Universalitätsprinzip (§ 1).[58] Insofern hat das deutsche Völkerstrafgesetzbuch einen weiteren Anwendungsbereich als das Rom-Statut. Allerdings ist dieser globale Geltungsanspruch des deutschen Strafrechts auf prozessualer Ebene dadurch wieder zurückgenommen, dass die Staatsanwaltschaft – unter anderem – von der Verfolgung absehen kann, wenn kein Tatverdacht gegen einen Deutschen besteht, die Tat nicht gegen einen Deutschen begangen wurde oder der Beschuldigte sich nicht im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist (§ 153 f. StPO).[59] Durch diesen prozessualen Filter soll die deutsche Strafjustiz von Verfol-

---

58 Vgl. zur Befugnis von Nationalstaaten, das Universalitätsprinzip zur Anwendung zu bringen, *C. Kreß* (FN 14), 818-849, *G. Werle/F. Jeßberger* (FN 37), 733. Nach der Gegenansicht von *W. Weiß*, Völkerstrafrecht zwischen Weltprinzip und Immunität, JZ 2002, 696-704 (701) ist die Strafverfolgungsgewalt nach dem Universalitätsprinzip, um eine neue Justiz-Hegemonie westlicher Staaten zu verhindern, völkerrechtlich auf die Staaten beschränkt, für die der Täter greifbar ist. Gegen solche Versuche, das Universalitätsprinzip um einen notwendigen Inlandsbezug zu ergänzen und diese Ergänzung völkerrechtlich zu fundieren, vgl. aber *A. Eser*, Völkermord, in: Eser (FN 27), 3-31.

59 Vgl. *S. Wirth* (FN 48), 158 ff. Vgl. auch *C. Kreß*, (FN 14), 845 ff. zur völkerrechtlichen Dimension der in § 153 f StPO (mit-)geregelten Weltrechtspflege *in absentia*.

gungspflichten entbunden sein, wie sie in Belgien durch Strafanzeigen gegen Ariel Scharon und Fidel Castro zu einiger internationalen Aufregung geführt hatten.[60]

- Des weiteren findet sich eine im Vergleich zum Rom-Statut großzügigere Entschuldigung für Handeln auf Befehl (§ 3).[61]
- Ferner wird eine besondere Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter für das Nichtverhindern von Völkerrechtsverbrechen von Untergebenen festgelegt (§ 4)[62], sowie
- die Unverjährbarkeit von völkerrechtlichen Verbrechen verfügt (§ 5).[63]

Mit diesen Hinweisen mag es genug sein, lässt sich doch bereits damit zeigen, in welch umfassender Weise die Bundesrepublik Deutschland um die nationale Implementierung des Rom-Statuts bemüht war.

VII AUSBLICK

Auch wenn es gewagt erscheint, auf der Grundlage einer nur selektiven und zudem subjektiven Präsentation bestimmter Grundzüge des Rom-Statuts eine Einschätzung abzugeben, lässt sich doch wohl schon jetzt feststellen, dass man damit auf dem langwierigen und steinigen Weg zur Errichtung einer Ständigen Internationalen Strafgerichtsbarkeit dem Ziel sehr nahe gekommen ist.

Wie auch immer die Entwicklung weitergehen wird, wurde doch bereits mit dem Inkrafttreten des Rom-Statuts am 1. Juli 2002 ein epochaler Markstein in der Kriminalisierung internationaler Verbrechen gesetzt: Seit diesem Zeitpunkt ist gemäß Art. 11 Rom-Statut die Internationale Strafgewalt begründet, so dass es hinsichtlich der Strafbarkeit der betreffenden Verbrechen keinen Zweifel mehr geben kann. Wer bis dahin die fundamentale Bedeutung dieser neuen Institution meinte gering schätzen zu können, sollte spätestens durch die verschiedenen Versuche, den Wirkungsbereich des Internationalen Strafgerichtshofs einzuschränken, eines Besseren belehrt sein; denn wenn der Internationale Strafgerichtshof so wenig ernst zu nehmen wäre, wie dies manche Gegner gerne sähen, hätte man zur Durchsetzung von bestimmten Freistellungen von Strafverfolgung schwerlich eine Krise von Organen der Vereinten Nationen zu riskieren brauchen. Insofern kommt in gezielter Bekämpfung des ICC sogar ungewollte Hochschätzung zum Ausdruck.

---

60 Vgl. *G. Frankel*, Belgian War Crimes Law Undone by Its Global Reach; Cases Against Political Figures Sparked Crises, in: The Washington Post, 30.09.2003, Sektion A 1, *R. Bernstein*, Belgium Rethinks Its Prosecutorial Zeal, in: The New York Times, 01.04.2003, Sektion A 8, *D. Eviatar*, Debating Belgium's War-Crime Jurisdiction, in: The New York Times, 25.01.2003, Sektion B 7.

61 Vgl. *S. Wirth* (FN 48), 153 f.

62 Vgl. zu den im Vergleich zum Rom-Statut deutlich enger gefassten subjektiven Tatbestandsmerkmalen der Vorgesetztenverantwortlichkeit, namentlich die Beschränkung auf die vorsätzliche Tatbegehung, *H. Satzger* (FN 37), 129, *S. Wirth* (FN 48), 154.

63 Dabei ist zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber die dem allgemeinen deutschen Strafrecht entspringende Unterscheidung in Verbrechen und Vergehen (§ 12 StGB) auch im Völkerstrafgesetzbuch fortführt: Während völkerstrafrechtliche Verbrechen gem. § 5 VStGB nicht verjähren, gelten für Vergehen die Verjährungsfristen des § 78 StGB. Diese Verjährbarkeit völkerstrafrechtlich relevanter Taten ist dem Rom-Statut (Art. 29) nicht bekannt. Vgl. *H. Satzger* (FN 37), 129.

Ebenso wenig sind gewisse Nebenfolgen für die allgemeine Entwicklung des Strafrechts zu übersehen, wurden doch auf der Suche nach weltweit akzeptablen Regelungen sowohl nationale als auch wissenschaftliche Frontstellungen aufgebrochen und dabei grenzüberschreitende Diskussionen ausgelöst, die nicht zuletzt auch für die Modernisierung nationaler Strafrechtsordnungen modellhaft wirken[64] und damit einen Trend der „Internationalisierung des Strafrechts" verstärken können, wie ihn der verehrte Jubilar etwa für Österreich schon seit 1975 diagnostiziert hat.[65] Und wäre es auch nur auf diesem Weg, so wird doch das Rom-Statut auch in der Geschichte des allgemeinen Straf- und Völkerrechts mit Sicherheit nachhaltige Spuren hinterlassen.

---

64 Vgl. insbesondere *O Triffterer* (FN 6), 539 ff., ferner *H. Ahlbrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, Baden-Baden 1999, 389 ff., *A. Bruer-Schäfer*, Der Internationale Strafgerichtshof. Die Internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik, Frankfurt a. M. 2001, 361 f., *G. Werle* (FN 14), 825 f.

65 *M. Burgstaller*, Entwicklung des Strafrechts in Österreich seit 1975, in: K.H. Gössel/Q. Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, 3-34 (27, 29). Auch der Internationalisierung der Strafverfolgung hat schon sehr früh sein Interesse gegolten: vgl. *M. Burgstaller*, Das europäische Auslieferungsübereinkommen und seine Anwendung in Österreich, in: Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1970, Beiheft zum Jahrgang 1970.

ALBIN ESER

THE „ADVERSARIAL" PROCEDURE: A MODEL SUPERIOR TO OTHER TRIAL SYSTEMS IN INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE?

REFLEXIONS OF A JUDGE*

1. PRELIMINARY REMARK

After several decades of theoretical research in comparative criminal law, when finally having to apply it in practice as a Judge at the ICTY in The Hague, I had to learn that theory is one thing and practice another. This is particularly true with regard to the outcome of different procedural models. In theory, I always had expected that various criminal procedures, even in case of considerable differences, in the end will all come down to the same essential result: finding the accused guilty or not guilty. During my experience at the ICTY, however, I had to realise more and more that the final result of a criminal proceeding may well be different depending on the basic procedural model pursued: while according to the structure and rules of one system the accused may be found guilty, in another system he may go free, and vice versa. Of course, it will never be possible to prove my assumption of eventually different outcomes in a specific case as this would require trying the same case in a subsequent procedure – an exercise that would run counter to the double jeopardy principle of "ne bis in idem". Nevertheless, the "mixed structure" of the ICTY procedure, which, as will be seen, allows different practices depending on the more common law or more civil law background of the judges and parties in a given case, will provide us with ample illustrative material on the advantages and disadvantages of certain procedural models.

Since so far the "adversarial" system of the common law tradition is the prevailing model in international criminal justice, it appears worthwhile to ask whether it is indeed superior to other procedural models, as is widely contended. At least with regard to international criminal justice, I have great doubts, and feel urged to express them.

2. COMMON ASSUMPTIONS – PERSONAL CONCERNS

When representatives of Anglo-Saxon-American common law are to evaluate their basically party-driven rather than judge-led "adversarial" criminal procedure, you may easily find it characterized as the "embodiment of procedural justice".[1] And even more, this apprecia-

---

* This contribution is an enlarged and updated English version of my German contribution on "Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Prozeßsystems in der internationalen Stratustiz? Reflexionen eines Richters", in: Heinz Muller-Dietz et al. (eds.), Festschrift für Heike Jung, 2007, pp. 167-187.
Originalbeitrag erschienen in: Thomas Kruessmann (Hrsg.): ICTY: Towards A Fair Trial? Wien: NWV, 2008, S. 206-227+ 395-414.

1 As was recently recalled by Gleß (2005) 374 in her review of a comparison of procedural systems edited by Antony Duffy/Lindsay Farmer/Sandra Marshall/ Victor Tadros, The Trial on Trial. Volume 1: Truth and Due Process, 2004. However, as to the varying understanding of what may typically be considered "adversarial" see infra fn. 18, 28 and accompanying text.

tion likes to be expressed not without a challenging connotation of superiority of the "adversarial" over other procedural systems, as in particular the so-called "inquisitorial" model.[2] Without such unbroken self-esteem it would hardly be possible to understand the truly missionary effort through which the procedural model of common law has been globally proliferated as the seemingly only acceptable one.[3] By the same token, without the perception of the common law tradition as preferable to other models, it would hardly be understandable that the procedural practice at international criminal courts, as in particular observed by the ICTY and ICTR, is predominantly affected by adversarial structures and categories.[4]

If this characterisation appears tinged with some criticism against this development, this may by no means be understood as if, conversely, a cracking-up of an "inquisitorial" tradition were on my mind, not to mention any sort of judicial "chauvinism". Indeed, let's even leave aside the question whether and to what extent the one or the other procedural system may guarantee a higher degree of material justice and formal fairness on the level of domestic jurisdiction. The only question at stake here is whether and to what extent on the level of international justice a predominantly adversarial procedure is truly preferable or whether it should at least be interspersed with other structural elements, if not completely replaced by another procedural model. This is of crucial importance since international Criminal justice typically has to deal with a more grievous kind and higher complexity of crimes than is the case with everyday offences in domestic criminal practice.

My deep concern about this question is motivated, not only by theoretical-comparative interests, but much more by the political anxiety that the still young international criminal justice may get so lost that it will hardly reach its goal, if it should not even more or less fail. This uneasiness is not without reason. More than by critical voices which accompany the activity of the international criminal tribunals merely from the outside, I feel urged by my own experiences as a judge at the ICTY to point to certain objectionable trends which might require some correction.

This concern does not lose importance through the fact that the practice of the ad hoc Tribunals for Yugoslavia and Rwanda may no longer be susceptible to any basic amendment as the end of their life span is foreseeable. For even if insights gained from deficiencies in

---

2 For more details on the "adversarial" and "inquisitorial" criminal procedure systems as the "two dominant models" cf. Harding (2004) 11. Common as the confrontation of these two models may be, the increasing convergences between them should not go unnoticed, as shown in the comparative crosscut by Perron (1995) 560; cf. also Jörg/Field/Brants (1995) 41-56 and Hörnle (2005) 801-838. As to the degree to which these models are employed in the procedural systems of international courts, see references infra 5.

3 When procedural reforms along the "adversarial" line are adopted by a national legislation on free will, as it may have been the case in Italy, this choice, in respecting national sovereignty and democracy, may not be criticized from the outside, even though it seems worthwhile to mention that the Italian shift to "adversariality" appears not to function as well as expected [cf. Amodio (1990)]..Frank criticism, however, must be allowed with regard to the introduction of adversarial elements into traditionally different procedural systems by way of political pressure as it seems has been exerted by American organisations upon post-socialist criminal law reforms; cf., e.g., Schwarz/Degen (2005), esp. 458 s., 464, 472 ss. See also infra at 6 fn. 48 and accompanying text.

4 For more details see infra in fn. 29s., while leaving open at this point to what degree the courts concerned are in fact bound by their statutes and rules of procedure and evidence to the "adversarial" practice. As to doubts in this respect cf. infra 6.

the structure and practice of the ad hoc Tribunals may come too late for reforming them, it will be all the more essential for those international courts which are still in their infancy and, thus, less pre-programmed by certain traditions, to be warned as early as possible against potential undesirable developments.

3. The Objectives of International Criminal Justice as Criteria for Success or Failure

Whether and to what extent criminal justice can finally be evaluated as successful, critically depends on the objectives it is tasked with and expected to accomplish.[5] As concerns the aims of the ICC, quite a few of them are pronounced in the Preamble of the Rome Statute, some of them in an almost emphatic manner. In contrast, the ICTY Statute refrains from any pronouncement in this regard. This, however, does not mean that the ICTY is not led by certain aims; for, although not explicitly formulated in its Statute, the aims of the ICTY can be derived from resolutions of the U.N. Security Council and/or reports and other public statements of representatives of the Tribunal.[6] In which way however developed and by whom finally phrased, it appears appropriate to understand the "objectives", as they are pronounced on the homepage of the ICTY in its "General Information" as the main goals of this court:

- to bring to justice persons allegedly responsible for serious violations of international humanitarian law;
- to render justice to the victims;
- to deter further crimes;
- to contribute to the restoration of peace by promoting reconciliation in the former Yugoslavia.[7]

These objectives can be understood both as a general mission of this tribunal on the whole and as a leitmotif for each single proceeding. Institutionally, the ICTY is expected to contribute to the fight against the impunity of international crimes as well as to work towards the satisfaction of the victims, the prevention of future crimes and the restoration of peace by promoting reconciliation in the former Yugoslavia. A similar contribution is expected from the individual proceedings as well. Although a single trial typically aims at determining the guilt or innocence of the defendant, it must also be led by the further reaching goals of the judicial mission of the ICTY. To what extent this is, in fact, observed by the everyday practice of the ICTY, is, of course, difficult to prove. Even though I would prefer the optimistic option, I am afraid that a rather pessimistic version will come closer to reality. According to impressions gained from trial observations and exchanges of judicial experience, the usual participants in a criminal proceeding – both from the prosecution and the defence side as well as from the bench – seem to have a hard time freeing themselves from

---

5 As, for instance, with regard to the ascertainment of truth suitably observed by Jung (2004) 149, the role and weight of searching for the truth may turn out quite differently depending on the more or less far-reaching goal of a criminal proceeding.

6 Cf., in particular, the – more or less precisely phrased – reasoning in the Resolutions of the U.N. Security Council and the Report of the Secretary General of 3 May 1993 (S/25704) as well as the regular Reports of the President of the ICTY to the U.N. Security Council.

7 Homepage of the ICTY, General Information/Objectives. http://www.un.orgicty/glance/-e/index.htm.

their traditional role that is fixed on and limited to the question of the accused's guilt or innocence; within this narrow understanding of a criminal proceeding, there seems to be little openness to conceive the judges' and the parties' role on the level of international criminal justice differently than on the familiar domestic stage.

The statutes and procedural rules of the various international jurisdictions likewise turn out to be informative in different ways with regard to the essential maxims to be followed in view of the aims to be accomplished. As concerns the ICC, the Trial Chamber's competence to ascertain the truth by "order(ing) the production of evidence in addition to that already collected prior to the trial or presented during the trial by the parties" is already pronounced in the Rome Statute.[8] Contrary to this plain commitment to the search for truth, the CTY Statute refrains from any reference to this maxim – unlike fairness and expediency of the trial, which are both explicitly recognized.[9] Turning to the ICTY RPE, however, one can find three maxims which – more or less easily noticeable – shall guide the proceeding: ascertainment of the truth[10], fairness[11] and expediency of the proceeding.[12] These objectives, though not completely suspended thereby, have recently at least been overlaid, if not even exposed to an adverse pressure, by the so-called "Completion Strategy"[13] imposed upon the ICW by the U.N. Security Council.[14] This is not to ignore that the concern by which the completion demand is determined may in principle be legitimate; in pursuing this strategy, however, changes to the ICTY RPE have been focused on the expediency of the proceedings to such a degree that other procedural maxims have been left aside. With few other exceptions, the principle of fairness – but even this one with a one-sided fixation in favour of the accused[15] – seems to have remained the only maxim that still may find consideration in connection with measures in expediting proceedings.

Whatever undesired side-effects the Completion Strategy may have had, at any rate it has achieved that for the first time the widespread criticism of the length of the ICTY trials has

---

8 Art. 64 (6) (d) ICC Statute. A still open question is, however, whether this "ex officio power" of the Trial Chamber, as it is characterised by Bitty (1999) Art. 64 margin no. 23, is merely a privilege that still needs to be upgraded to a judicial duty, the neglect of which may be challenged on appeal, as submitted by Kirsch (2006) 276 ss. and also in this volume at 47.

9 Cf. Art 20 (1), 21(2) ICTY Statute.

10 Rule 90 (F) (i) ICTY RPE; furthermore cf. Rule 85 (B), 90 (A) (iii), 98 lCTY RPE; see also infra at 7. (7).

11 Rules 65*ter* (B), 73bis (D), (E), 89 (B), (D) ICTY RPE.

12 Rules 65ter (B), 73*bis* (D), (E), 89 (B), (D) ICTY RPE. Rules 65*ter* (B), 73*bis* (ID), (E), 90 (F) (ii) ICTY RPE. The same purpose is aimed at by the setting of various time limits.

13 This strategy is mainly directed at finalising the activity of the ICTY by a certain date, which has been determined for trial proceedings to be the end of 2008, with the possibility of being prolonged under certain conditions: see Resolution of the U.N. Security Council 1503 of 28 August 2003 (S/RES/1503) and Resolution 1534 of 26 March 2004 as well as the Completion Reports which have to be delivered every six months by the President of the ICTY and the ICTR to the U.N. For more details see Raab (2005) as well as Elewa Badar/Karsten (2007) 182 s.

14 As to measures taken within this concept cf. the reports by Mundis/Gaynor (2004) 906 ss. and 1186 s. as well as (2005) 292 s. and 510 ss.

15 As is characteristic of this one-sided narrow view, reference may be made to Fairlie (2004): while she is in principle rightly criticising the pressure the Completion Strategy is exerting on the expediency of trials, she seems only worried about the rights of the accused (cf. pp. 295 ss.): not so, however, about the ascertainment of truth that is hardly less endangered by the Completion Strategy.

sincerely been reflected upon. If the improvements asked for are to be more than of cosmetic nature, however, and if they are not to be limited to current bottlenecks, there is no getting away from searching for the deeper causes of this procedural malaise and, if necessary, to think about more fundamental structural reforms.

The following considerations shall be a first attempt in this direction. In a first step, it will be necessary to look for some of the causes to which the long duration of ICTY proceedings appear to be owed (4.). This exploration will be followed by the question whether and to what extent the adversarial structure of the procedure may be made responsible for these deficiencies (5.). As far as this turns out to be the case, the question arises whether and to what degree the Statute of the ICTY and its procedural structure may be open for changes (6.). If this is possible to a greater extent than commonly assumed, concluding attention has to be given to desirable measures and procedural changes as well as to potential side effects (7.).

4. The Length of Proceedings: Causes

In order to make the Completion Strategy a success, one of its main concerns and measures is to secure expediency by shortening the length of trials. In this respect, the basic evil seems to lie in excessively charged indictments. Consequently, the most easily available and, thus, most often called-for remedy is to limit the scope of indictments. If the OTP is not willing to do so of its own accord, this goal may be achieved by putting the ability to cut down the prosecution witness and exhibit list and restrict the time for presenting evidence in the prosecution case into the hands of the pre-trial judge and / or the Trial Chamber.

A first step into this direction has been taken by changing Rule 73 bis (D) and (E) ICTY RPE in two ways: first by authorising the Trial Chamber in the interest of a fair and expeditious trial, to invite the prosecutor to reduce the number of counts charged in the indictment and to fix a number of crime sites or incidents comprised in one or more of the charges, and, second, to direct the prosecutor to do so if he or she has not honoured the Trial Chamber's invitation.[16] Further efforts in the same direction may result in empowering the pre-trial judge and / or the Pre-Trial Chamber to cut down the number of witnesses and documentary evidence used by the prosecution to a greater extent than is already possible and to put stricter time limits on the presentation of evidence in the trial.

Before resorting to such a kind of judicial surgery, however, perhaps a more thorough diagnosis is called for. Let us leave aside for the moment to what extent a merely quantitative reduction of offered evidence would be in the best interests of justice, if that is sincerely understood as putting an end to impunity and ascertaining the truth to the best extent possible. Let's also leave aside whether a judicial limitation of the accusation – and that, to be sure, for mere reasons of expediency and not because of seemingly weak evidence[17] – is reconcilable with a correctly understood principle of accusation as it strikes one as truly

---

16 These amendments of the ICTY RPE were adopted by a Plenary Decision of 6 June 2006.

17 This very important difference must be kept in mind when learning about the not unusual powers of pre-trial judges in various systems to change the indictment of the prosecutor or to throw out certain counts, as is demonstrated In the comparative analysis by Ambos/Miller (2007) 348 ss. For If I am not mistaken, all these instances have to do with a lack of sufficient evidence or legal inconsistency, but not with judicial restrictions for reasons of pure expediency, as are at stake here.

essential for an adversarial system.[18] At any rate, it appears foremost advisable to ask for the reasons why the indictments and lists of evidence are as broad and long as commonly deplored at the ICTY: Is it merely stubbornness of the OTP? Or might it not be attributable to flaws in the present procedural structure and practice of that Tribunal?

Let me mention just a few features which should not be underestimated as possible causes of expansive indictments and lengthy trials.

- First, the more the prosecution is afraid that should a count fail or evidence expected to be successful turn out to be insufficient modifying an indictment and/or bringing additional evidence is precluded, the more the prosecution will be inclined, if not forced, to frame the indictment as broadly and comprehensively as possible and to present as many witnesses and exhibits as are available. Conversely, the defence will feel impelled to counteract with a correspondingly long list of witnesses and documents.[19]
- Second, although these expansive dynamics might be mastered by a stringent relevance regime, the filtering out of irrelevant evidence will likely succeed only if the Trial Chamber, as early as practicable rather than leaving it until the final judgement, takes control of what evidence to admit as relevant or, at least, gives the parties some guidance as to what it deems to be relevant; and, to be sure, this should be done with regard to lack of relevance both for legal or for factual reasons.[20] Otherwise, as appears to be the practice, if my impressions are not completely wrong, even well-intentioned prosecution and defence counsels will feel urged to define the relevance of evidence as broadly as possible to avoid running the risk of not having presented evidence which otherwise might have been considered as relevant in the eyes of the judges.
- Third, a similar uncertainty capable of inducing the broadest possible presentation of evidence can result from unresolved divergences in the conception of substantive law. Although so far scarcely discussed, if perceived at all, this is a particularly crucial point for procedural systems whith are primarily party-driven and not judge-

---

18 This association of "adversarial" and "accusatorial" is sometimes viewed as so essential that both concepts are even considered to be of equal meaning as, in particular, by Orie (2002). Such an equation, however, is neither conceptually nor historically correct, as has also been observed by Ambos (2003a) 2. For without wanting to go into details here, it should be remembered that the principle of accusation, rather than expressing the antagonism between prosecution and defence, originates in the endeavour to set against the former inquisitorial judge an independent prosecutor who, on the basis of sufficient grounds for suspicion and evidence, shall be responsible for the submission of indictment and its extent; cf. Schmidt (1964) 197 ss., Rieß (2006) 445, 456, 458. Against this background it is understandable that the cutting down of the accusation for reasons other than legal inconsistency or lack of evidence can be considered an impairment of the prosecution's independence, as was in fact monitored by the present Chief Prosecutor Carla del Ponte in her statement to the U.N. Security Council (ICTY-Press Release/Prosecutor 7 June 2006). For further discussions of the "accusatorial- instructorial" separation of powers cf. my upcoming "Reflexionen zum Prozeßsystem und Verfahrensrecht internationaler Strafgerichtsbarkeit", in: Eser (2008), 1491 ss.

19 Cf. Kirsch (2006) 289.

20 As also pointed out by Kirsch (2006) 289.

led.[21] In a pinarily judge-led trial, the bench is, as a rule, from the very beginning supposed to be familiar with the elements of the substantive law to be applied to the charges and, if there are uncertainties in the interpretation of the law, to make up its mind with regard to the requirements for coming to a verdict of guilty or not-guilty; accordingly the presiding judge will be in a position to direct the presentation of the evidence to the facts which might finally become relevant for the verdict, thereby avoiding time consuming presentations of legally irrelevant circumstances. If, compared with this, divergences in the conception of the substantive law to be applied to the charges occur in a trial primarily driven by the parties, they will, as a rule, not be in a position to foresee which alternative interpretation of the law the judge may finally follow. If in such a case the prosecution in its pre-trial brief interprets an element of the crime in broader terms than the defence is willing to accede in its brief,[22] and if the Trial Chamber reserves its understanding of the law to be applied until its final judgement, or if it refrains even from disclosing any prior indication as to what line of interpretation it will ultimately follow, then the parties, if they do not want to run a risk, have no choice other than to support their interpretation of the law with what they believe to be relevant evidence. If, for instance, the defence in Its pre-trial brief contends that a superior-subordinate relationship in terms of Article 7(3) ICTY Statute requires the existence of certain ranks and the bearing of certain insignia, while the prosecution considers both to be irrelevant, then the parties, as long as they do not know which interpretation the Trial Chamber will follow, will be forced to present evidence either (as the prosecution) to prove that ranks and insignia existed (although that is, in the prosecution's own view, wrongly required by the defence) or to prove (as the defence) that the fighters in question were not organised by ranks or insignia (as is, in the defence's own view, wrongly considered irrelevant by the prosecution). If the Trial Chamber in such a situation would as early as possible indicate to the parties whether or not it considered ranks and insignia material to establishing a superior-subordinate-relationship, a lot of irrelevant evidence could be avoided and time saved.

Fourth, the aforementioned factors leading to lengthy proceedings are exacerbated by the separation of the trial into a prosecution and a defence case.[23] If, as is typical for international trials, the indictment contains both a plurality and variety of counts, each of which may furthermore cover numerous events, then the presentation of evidence with regard to the same count and event by the prosecution on the one side and the defence on the other side may be months, if not years, apArt. In such a case, it is all the more difficult to keep the presentation or exclusion of evidence with regard to its relevance under control.

Fifth, the disadvantages of such distinctly separate trial phases become even more evident when, after the conclusion of the defence's case, a "rebuttal" is called for by the prosecution and then furthermore followed by a "rejoinder" of the defence.[24] If, on the one hand, rebuttal is admitted in too lax a manner, it can lengthen the trial by

---

21 As to the main differences between these two systems cf. supra fn. 2 with the accompanying text and infra 5 (a).

22 To the purpose and scope of these pre-trial briefs of the parties cf. Rule 65*ter* ICTY RPE.

23 Cf. Infra 5 (b).

24 For details on these possible trial phases cf. Rule 85 (A) ICTY RPE.

the presentation of cumulative evidence. This may occur where the Trial Chamber refrains from indicating that it does not need further supporting evidence as to the event concerned. On the other hand, a rigid rebuttal practice can turn out to be even more counter-productive. For example, if the prosecution must take into account that, due to a very strict and narrow rebuttal regime, the later introduction of evidence will be extremely difficult, if permitted at all, it will already at the pre-trial stage resort to precautions which may increase its list of witnesses and exhibits and, thus, lengthen the trial.[25] Further, if the prosecution has to take into account that, if it fails with one or two witnesses, it will be precluded from adducing further witnesses, then it will undoubtedly present several more witnesses in its case-in-chief in order to avoid the risk of foreclosure of evidence which would be deemed critical by the prosecution at the rebuttal stage of the proceedings. Thus, the less judicial allowance for substituting evidence which appears to have failed, either during or before the end of the trial, the more a party will, in order to be later on the safe side, feel compelled at the pre-trial stage to seek to have an over-abundance of evidence admitted.

- Sixth, apart from criticism concerning the comprehensiveness of the indictment, no less attention should be devoted to the vagueness or lack of clarity from which indictments suffer. It is bad enough that justice may be failed where clearly proven facts cannot be subsumed under the indictment because it was fixed on one alternative of the crime provision and yet missed another one which could have been fulfilled, or because the facts of the charge are described in such a way that they cannot with due certainty be subsumed under (possibly alternative) elements of criminal responsibility. In addition, if such ambiguities in the indictment are neither clarified in the pre-trial stage, nor can later be "healed" by "judicial warning" (as is, under certain conditions, possible in some jurisdictions),[26] a lot of time can be wasted on the presentation of senseless evidence. Furthermore, this does not only concern the trial phase, but the appeals stage as well. For the more the indictment is tainted by deficiencies and not corrected as early as possible, the greater the risk that even the Appeals Chamber will finally have to deal with submissions concerning the correct interpretation or even invalidity of the indictment, eventually resulting in an abundance of time-consuming evidence being turned into a wasted effort.

- Seventh, although at first glance it might appear as if the OTP is primarily to blame for flaws in the indictment and presentation of excessive evidence, such an impression would be only partly true. For in a similar way that the prosecution feels compelled as a precautionary measure to offer more evidence than necessary to convince the Trial Chamber of a certain incriminating fact, the defence, also being unaware of what the Trial Chamber will find relevant or is possibly already convinced of, will, in order not to be foreclosed later on in rejoinder, from the very beginning present an overly abundant witness and exhibit list. This may perhaps even include evidence with respect to non-indicted issues, aimed more at image considerations. Even an indictment flawed by vagueness or lack of clarity may be viewed as useful, and thus

---

25 As to difficulties which may arise for the Trial Chamber due to a too narrowly minded rebuttal regime cf., for instance, *Prosecutor v. Orić*, IT-03-68-T, Decision on the Motion to Present Rebuttal Evidence, 8 February 2006.

26 As, for instance, according to Section 265 German Criminal Procedure Code.

left unchallenged by the defence, in order to serve as grounds for error at the appeals stage.

5. Causes Conditioned by the Adversarial System

After having identified these and perhaps other possible causes for the length of adversarial trials, one could be inclined immediately to look for an appropriate remedy. Yet, if we want to accomplish more than a superficial cure of the symptoms, our diagnosis must go a step further in looking for the reasons by which those causes might be conditioned. Even though these factors may be manifold, I think we cannot refuse to see that the main causes for the phenomena identified previously lie in the adversarial system and/or in the manner it has – rightly or aberrantly – developed in practice.[27] Again, without pretending to be exhaustive, I draw your attention to two features, both of which appear to be characteristic of the adversarial system[28] and potential sources for the problems we are facing.

a. The Proceeding as Party-driven rather than Judgeled

The basic feature of the adversarial system implies that it is, at least in principle, left to the parties to decide what evidence to present, what witnesses and exhibits to introduce, and in what manner and sequence to perform the examination.[29] Thus, the length of the trial substantially depends on what the respective party considers to be relevant to its case (or what may serve as a platform for influencing the public at large).

Furthermore, supported by the adversarial philosophy, the judges should principally refrain from intervening, due to considering themselves primarily as arbiters or "referees", holding the "scales of justice evenly" between both sides.[30] Thus, a party, if not stopped by the opposite side, can exploit its power in presenting evidence largely uncontrolled. This can go so far as to have the converse effect that parties can withhold possibly relevant facts from the notice of the judges. No doubt that, at first glance, a non-interventionist judge is welcomed by parties in their longing for power. On the other hand, the more incommunicative the judge, the greater the uncertainty of the patties as to what might be relevant in the minds of the judges. Thus, again, the parties will be left unguided and feel seduced into expanding evidence.

---

27 For details to the main features and development of the adversarial system – and for a member of the "common law family" with remarkable criticism – cf. Langbein (2003).

28 To be sure, however, the choice of these characteristics may, from another point of view, turn out completely differently since the propositions of what is typically "adversarial", or what should rather be excluded from this concept, can widely diverge. A peculiarty narrow approach is, for instance, taken by Fairlie (2004) who, in her criticism of the ICTY-procedure, sees the adversarial character of a system already getting lost if the judge is empowered to question witnesses at any time or to order the production of additional evidence poprio motu because thereby he would lose his impartiality. If such adversarial purism was correct, even quite some American courts would have to be driven out of the adversarial camp because of granting their judges the right to ask questions, even if they may not make much use of it; cf. also infra to fn. 33. with accompanying text.

29 Using the dichotomy of "party-driven" vs. "judge-driven" cf. the description of the adversary structure by ICTY Judge Robinson (2005) 1039. Cf. also Cal vo-Goller (2006) 142 ss.

30 Robinson (2005) 1039. To the same effect see the practice report by Tochilovsky (2004) 332 ss., and the comparative assessment by Herrmann (1971) 298 ss. and by Perron (1995) 394 ss. Again going further by requesting "judicial passivity" as a "seminal role in the adversarial process" Fairlie (2004) 273.

Without questioning the virtue of "judicial restraint" in principle, certain peculiarities by which international criminal proceedings stand out from the basic adversarial model of domestic criminal justice should be noticed:

- First, the fundamental distinction between a lay jury system and a bench of professional judges. In the first case the jurors are the only ones to function as "fact-finder", a role in which they, should not be influenced by the judge. The latter's role is consequently limited to chairing the trial and to function as a mediator between the parties. Unlike the domestic setting of fact-finding in which the judge is commissioned to keep the procedural order, international courts such as the ICTY and the ICC are composed solely of three professional judges who are not only responsible for keeping the trial in procedural order (in principle through the presiding judge), but who also have to decide on the facts, the application of the law and the sentence.[31]
- A second feature prevailing in the adversarial system is the understanding of the proceeding as "the parties' case", the success or failure of which is supposed to stay in the responsibility of the parties – as if a wrong conviction of an innocent or a misguided discharge of a guilty defendant is none of the judge's business. With all due respect for the ostensibly noble superiority of the common law judge, the proposition that an international court should be limited to a mere formal control of the trial, leaving the outcome of the proceeding to the ability and discretion of the parties, is difficult to reconcile with the feelings of a bench of professional judges commissioned to decide on extraordinary serious international crimes. As the power and duty to prosecute international crimes are conferred upon the Court,[32] and not solely upon the parties, judges should not only blame them but themselves as well, if, due to not having sufficiently ascertained the truth, an accused is wrongly discharged or wrongly found guilty.
- Be that as it may in domestic adversarial tradition, this attitude of judicial "non-intervention" seems to stubbornly persist even where the international rules of procedure would allow the judges to step in by asking questions, to order the production of further evidence and proprio motu to summon witnesses.[33]

---

31 To these essential differences between a jury trial and a proceeding tried by professional judges see also Safferling (2001) 371. This difference has also been underlined by the then ICTY President Antonio Cassese in his "Statement by the President Made at a Briefing to Members of Diplomatic Missions" (IT/29, 11 February 1994, reprinted in: Morris/Scharf (1995) 649- 657) when arguing for the best possible free judicial evaluation of evidence: "There will be no jury sitting at the Tribunal, needing to be shielded from irrelevances or given guidance as to the weight of the evidence they have heard. We, as judges, will be solely responsible for weighing the probative value of the evidence before us" (651).

32 Cf. Art. 1 ICTY Statute and Art. 1 ICC Statute, respectively.

33 For references to these judicial powers cf. infra fn. 60-62 with accompanying text. – As to be drawn from the report by Robinson (2005) 1049 s., there are, indeed, still rather few cases in the practice of the ICTY in which additional witnesses were summoned by order of the judges. For another case in which the calling of other witnesses was declined by the majority of the bench, cf. *Prosecutor v. Orić* IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, para. 800 (with reference to the Oral Decision in the Hearing of 1 March 2006, Transcript p. 16041); cf. also Bourgon (2004) 530, Tochilovsky (2004) 333. In domestic jurisdictions, judges appear even more reluctant in

b. The Separation of the "Prosecution Case" and "Defence Case"

As already mentioned, the adversarial trial typically starts with the prosecution presenting its charges and evidence, followed – after a possible "interim acquittal" by the Court on counts lacking evidence capable of supporting a conviction[34] by the defence presenting its discharging evidence. This adversarial setting of consecutive prosecution and defence cases is even further prolonged by the fact that each phase begins with the examination in chief by the respective party, followed by the cross-examination through the counter-party and potentially continued by a re-examination by the first party. It cannot come as a surprise that this confrontative setting can produce undesirable side-effects. Only a few of them may be mentioned here:

- Since the witnesses are called by either one or the other party, the so-called "prosecution witnesses" and "defence witnesses" may from the very beginning feel themselves pushed into a one-sided role. This bias is further strengthened by the parties' practice of preparing their "own" witnesses by way of "proofing" them for their testimony in the trial.[35] Even if this does not grant the parties "ownership of witnesses"[36] and may not allow their "coaching"[37], a normal witness – in spite of being admonished by the judge to impartiality – will not so easily be able to free him- or herself from the role already internalised by having been called by the prosecution or by the defence.
- Due to the inherent confrontation which exists in a concept recognising two opposing parties, the criminal proceeding, from the very beginning, is considered a fight in which each side wants desperately to win. Thereby, despite all superficial nobility in the formal behaviour, a spirit of hostility is brought into the proceeding.
- In order to guarantee an "equality of arms" within this fight, the various prosecution and defence stages into which the trial is divided are supported by additional "fighting rules" for the manner in which the various chief-, cross-, re- and further examinations may be performed. Even in a simple murder case, it may be difficult to

---

making use of their power to ask questions or to order further investigations: cf. Herrmann (1971) 320 ss., Perron (1995) 394 s.

34 As presently provided for in Rule 98 bis ICTY RPE; cf. Robinson (2005) 1046 ss.

35 To this practice cf. – *inter alia* – Tochilovsky (2004) 329 ss.

36 It speaks for itself that propositions of some sort of "party ownership of witnesses" needed to be judicially rejected, as, for instance, by the Appeals Chamber in *Prosecutor v. Mrkšić*, IT-905-1311-AR73, Decision on Defense Interlocutory Appeal on Communication with Potential Witnesses of the Opposite Party, 30 July 2003).

37 Certainly, as a matter of recent case law, "proofing" of witnesses shall not go further than to prepare him or her for a testimony to be limited to essential facts (cf. ICTY-Pre-Trial Chamber in *Prosecutor v. Limaj*, 11-03-66-1, Decision on Defense Motion on Prosecution Practise of "Proofing" Witnesses, 10 December 2004, and ICC-Pre-Trial Chamber in *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 1CC-01/04-01/06 of 8 November 2006); cf. Elewa/Karsten (2007) 183 ss. As a matter of fact, however, one must be aware that the borderline between a purely formal "preparing" and a material "coaching" of a witness, if not controlled by a neutral authority, is fluid. The fundamentally different attitude against "witness proofing" by parties in German law becomes apparent in a contribution by Schlothauer (2005): although in this context the question may arise whether and to what extent the preparation of a witness may be supported by a party, this has apparently never entered this well-known defence counsel's mind.

avoid time-consuming repetition where evidence on the same elements is presented in fragments. The situation is exacerbated, if, as is typical for complex international criminal proceedings, one side has to present its evidence long before the other side, without being able to foresee what the later counter-evidence may be, thus, forcing this party to come forward with evidence covering as broad a scope as possible. Thus, well-meant as this network of rules for guaranteeing "equality of arms" may be, it is certainly lengthening the proceeding, if not even being highly detrimental to those defendants who are not able to handle the complicated procedural rules or not wealthy enough to be represented by competent counsel.

- This complexity is worsened further by certain examination rules, in particular those regarding "leading questions" which in the chief-, cross- or re-examination may be admissible on different terms for the defence and for the prosecution,[38] as well as the rules regarding so-called "hostile witnesses" which, in case of unexpected counterproductive testimony, may be challenged in their credibility by the party who brought them in only under certain restrictions.[39] Not only that these and similar rules are, indeed, very difficult to master[40] and prone to prolong the trial, they may also have a detrimental effect upon the search for truth. if an essential witness is not called by either party because each of them is afraid of not receiving exclusively favourable answers and does not want to run the risk of a perhaps counter-productive "hostile witness" requiring impeachment, then the result may be the mutual "blocking" of a key witness that might only be "de-blocked" by the judges, provided that they do not feel hindered by the need to preserve the adversarial image of a "non-interventionist" judge.

6. Changes Blocked by the Statute and / or the Procedural Structure?

In view of these findings that could easily be supplemented with further deficiencies, even convinced supporters of the adversarial tradition concede in conversation that this procedural system, as preferable as it may be for normal domestic criminal proceedings, is not – or at least not without certain modifications – appropriate for the complex challenges of international criminal justice. If this situation is to improve, then changes are indispensable. As soon, however, as changes to the present rules or practice that seem to contravene adversarial principles are proposed this will be instantly opposed by pointing to the relevant Statute and/or the procedural practice as it has developed at the ICTY. Like probably others, I have been impressed by these arguments for quite some time, but I am not prepared to do so any longer. For after having thoroughly studied both the Statute and the RPE of the ICTY, I think that the freedom to change this Tribunal's practice is much larger than is frequently believed.

- To start with the ICTY Statute as the binding fundament and framework of additional procedural rules and case law, when reading it without being prejudiced by

---

38 "Leading questions" in these terms, however, may not easily be identified with "suggestive questions" in terms of the German "Suggestivfragen"; cf. Herrmann (1971) 332 ss.

39 Cf. Robinson (2005) 1050 ss. With regard to the mostly required "impeachment" of the witness, cf. Herrmann (1971) 286 ss., 343 ss.

40 Cf. Tochilovsky (2004) 329 ss.

certain assumptions, one will hardly find any cogent indications of a one-sided preference for the adversarial system. Even if it may be true that certain drafters of the Statute had the introduction of an adversarial procedure in mind,[41] according to widely accepted rules of interpretation, individual "background opinions" of draft assistants might only gain some kind of binding force if they were somehow reflected in the text or system of the relevant provisions. As concerns the ICTY Statute, I cannot find any hint therein which would indicate a clear preference for the adversarial system.[42] And this must, in particular, also be kept in mind with regard to the rights of the accused guaranteed in Article 21 ICTY Statute.[43]

- So if at all, the only written evidence in favour of the adversarial system may be found in the ICTY RPE, which at least in the initial phase of this Tribunal appeared to be primarily designed along adversarial lines.[44] Even If the structure and practice of the ICTY procedure is properly described as being "predominantly adversarial",[45] it is neither completely nor unchangeably determinative of this Tribunal's RPE.[46] This may be demonstrated with regard to two basic provisions:
  - According to Rule 89 (A) the Chamber shall "not be bound by national rules of evidence", and according to Rule 80 (B), where a special provision is lacking, the Chamber shall apply rules of evidence which "are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law". These provisions clearly speak against, rather than for, the general preference for a particular national system over another.
  - Even where the RPE may be interpreted as favouring the adversarial system, it is reflected more in terms of a procedural option rather than a strict obligation without leaving room for alternatives This is particularly the case with regard to the sequence in which the evidence shall be presented at trial. For example, although Rule 85 (A) envisions the normal course of an adversarial trial in terms of the prosecution's and defence's cases, followed by rebuttal and rejoinder, and then followed perhaps by evidence and information ordered by the Trial Chamber, this is still subject to the discretion of the Trial

---

41 This proposition likes to be supported by reference to a report of Morris / Scharf (1995) 158 who had participated in the negotiations which finally led to the establishment of the ICTY.

42 And this also – though against the assumption of Fairlie (2004) that "some adversarial procedural decisions were pre-ordained by the Statute" (supra fn. 15, pp. 245, 248) – applies to the option granted the defendant in Article 20 (3) ICTY Statute "to enter a plea". This concession to the defendant could serve as argument for the adversarial system only if it would be unique to this procedural model and not reconcilable with other models, neither of which is in fact the case.

43 Cf. to this also infra 6. at the end.

44 As, in particular, pronounced by the first President of the ICTY Antonio Cassese in his (supra fn. 31 mentioned) statement: "[W]e have adopted a largely adversial approach to our procedures, rather than the inquisitorial approach found in continental Europe and elsewhere" (650). Cf. also Tochilovsky (2004) 321 ss. Cf. and Calvo Goller (2006) 147 ss.

45 Cf. – among others – Ntanda Nsereko (1994) 508, Robinson (2005) 1040. This assessment, however, appears only correct for the initial phase of the ICTY: cf. Ambos (2003a) 5 ss., Ambos (2004a) 44s., One (2002) 1463 ss.

46 This changeability of the ICTY RPE is not even denied by an advocate of the adversarial system as strong as Fairlie (2004) 294, though she is obviously only one-sidedly pointing at the improvement of the rights of the accused (306).

Chamber which, according to the Rule 85 (A) sentence 2, may in the interests of justice "otherwise direct" the presentation of evidence.[47] Similar examples of procedural rules granting discretion to the Trial Chamber can be observed throughout the RPE.

- Although the ICTY RPE are much more flexible than commonly assumed and, thus, would permit alternative solutions, there seems to exist a fear that certain "cornerstones" of a fair trial would be broken off if the adversarial system (or substantial parts of it) were to be abandoned. In view of such anxieties I cannot help feeling that such fears may be caused by misconceptions of foreign procedural systems or by exaggerated notions of one's own system: Just to give a few examples:
  - In discussions with practitioners of the "common law" system, I am often reminded that the so-called "inquisitorial system" of the "civil law" is persistently and wrongly perceived as not having made any fundamental changes,[48] thus ignoring that in quite a few jurisdictions, perhaps with the exception of the judges' duty to ascertain the truth ex officio, there is not much left of former infamous forms of "inquisition".[49]
  - Or with regard to the right to silence: even if recognizing that this privilege has over time gone well beyond the original freedom of not being forced to confess and of not being sanctioned for keeping silent or not telling the truth, is the adversarial method really the only one to guarantee fairness in this respect?
  - The same question may be raised regarding the other tights guaranteed to the accused in Article 21 ICTY Statute. Even if there may be national differences with regard to the scope and degree to which these rights are recognized, to my knowledge one will hardly find a so-called "civil law country" today in which these rights would be substantially less secure than in an adversarial system.

7. The Need and Chance for Procedural Changes within the Basic Adversarial Model

To have shown the changeability of the present procedural system of the ICTY does not necessarily lead to the conclusion that its adversarial elements should be completely substi-

---

47 As a matter of fact, however, it seems surprising that this possible option is, with the respectable exemption of Ambos (2003a) 350 s. – scarcely taken notice of. All the more remarkable with regard to the ICC is that both its Statute and its RPE refrain from prescribing a certain sequence of the trial.

48 As, not without irony, described by Jörg/Field/Brants (1995) 42, "The adversarial system invokes images of peaceful medieval folk-gatherings under sacred oaks, disputes solved voluntarily and satisfactorily by means of oaths before the elders of the tribe. The connotation of inquisitorial proceedings is very much more terrible: the sinister red robes and pointed hats of an all-powerful Inquisition from which there is no escape, and the establishment of 'truth' by means of confessions, extracted, if necessary, under torture." Though rightly considered "quite ridiculous when applied to modern criminal justice" (*ibidem*), the persistence of prejudices of that kind towards continental-European law is even conceded by Fairlie (2004) 247.

49 As in particular with regard to the far-reaching reforms of the German Criminal Procedure Code cf. Rieß (2006) 446 ss.

tuted by others. Moreover, such a crucial step would presuppose first to have scrutinized all other alternative models with regard to their appropriateness for international criminal justice. Besides this, one would have to take into account that a fundamental change of model in the procedural structure of a court, if still implementable at all, does not make much sense anymore when the end of a tribunal is already in sight.

Nevertheless, what still could and should be done is to activate already existing elements capable of being further developed to accomplish the aforementioned goals of international criminal justice as well as to replace counter-productive adversarial features with better ones. Even in as far as Such measures would be no use for the present practice of the ICTY in view of its expiring existence, there remains the hope that the following recommendations can be for the benefit of international courts that are still in their infancy. This expectation is all the more justified with regard to International jurisdictions which, as the ICC, are still less moulded to be adversarial than can be observed in the practice of the ICTY.[50]

Without pretending to be exhaustive, I would like to submit the following recommendations in the light of the goals of international criminal justice and the deficiencies and needs identified before. Due to the particular attention which in view of the Completion Strategy has been paid to the causes of widely criticised length of ICTY proceedings, recommendations regarding procedural expediency shall be started with (1-6). As desirable as quick proceedings may be, expediency must not take its toll on guaranteeing the ascertainment of the truth (7-9). The same applies with regard to long-term efforts of enduring peace and promoting reconciliation (10-11). Last but not least, the particular responsibility of the judges in accomplishing the full mandate of international criminal justice must be remembered (12).

a. Measures for the Expediency of the Proceeding

(1) As early as possible, ideally in the course of confirming the indictment,[51] the judge should be empowered and obliged not only to examine whether the charges are sufficiently based on supporting material, but also to make sure that the legal elements and modes of individual criminal responsibility are stated as clearly as possible. This is to enable both the parties and the Trial Chamber to recognize from the very beginning what is legally relevant and to be factually proven, and to limit the witness and exhibit list as well as to control the presentation of evidence in the trial accordingly.

(2) As to the legal submissions in the parties' pre-trial briefs, if they take substantially different positions with regard to essential elements, the Trial Chamber should indicate which approach it is going to follow, in order to again make the parties aware of what is legally relevant so that they may present their evidence accordingly. This kind of "warning" could be made, In a similar way as apparently already practiced by certain ICTY Chambers, by issuing guidelines on evidence to be observed during the trial.[52]

(3) In order to make the parties refrain from submitting an overabundance of witnesses and exhibits at the start of the trial, caused by the fear of being precluded from presenting such

---

50 Cf. Eser (2001) 24 s.: this first short assessment of the ICC Statute does, of course, require further elaboration in which divergent assessments shall also be dealt with.

51 Cf. Rules 47,50 ICTY RPE.

52 Cf., for instance, *Prosecutor v Orić*, IT-03-68-T, Order Concerning Guidelines on Evidence and the Conduct of Parties during Trial Proceedings, 21 October 2004. For further reference cf. Swoboda at p. 367.

evidence later if expectations with regard to a prior witness or exhibit fail, the parties should in a more flexible way be allowed to present additional evidence later on if the need should arise. The same should apply to a more flexible and broader admission of rebuttal and rejoinder evidence.

(4) A further step should be taken to allow the prosecution to use some sort of subsidiary/consecutive indictments. For example, a means of prosecuting successive stages of an indictment, such as prosecuting particular counts while holding others in abeyance.[53] Such a subsidiary indictment regime must, of course, not be applied without due consideration to the rights of the accused.

(5)Even within one comprehensive indictment with different counts and various events, a concentration in time and effort would be reached if the traditional division between (first) the whole prosecution case and (then) the whole defence case were to be broken up into various units, each of which dealing with the same count and event immediately from both sides, provided of course that the various charges allow for such separation and presentation. Where possible, and made use of in agreement by and between the parties, interim acquittals by the Trial Chamber might even be allowed.[54]

(6) A more active role of the Trial Chamber, and in particular its presiding judge, is also called for during the trial with regard to the relevance of the evidence to be presented.[55] By the same reasoning, when it comes to the final briefs and closing arguments, the Trial Chamber should indicate to the parties what issues they should in particular focus upon.

b. Measures for Ascertaining the Truth

(7) Expediency of the trial cannot be the only, and not even the most important, objective of the criminal proceeding. Much more fundamental has to be the ascertainment of truth as precondition of – equally genuine and literally true – justice.[56] In a civil proceeding that is

---

53 Although this recommendation appears similar to the restrictions imposed upon the prosecutor through the modified Rule 73 *bis* ICTY RPE (cf. supra 4. to fn. 16), there is an essential difference to be noted: according to Rule 73 *bis* (C) and (D) ICTY RPE the prosecutor can be invited, and finally even ordered, by the Trial Chamber to reduce the number of counts and events charged in the indictment, yet without being allowed to come back to one of, these skipped counts if a prior one has failed. According to the recommendation made here, however, the accusatory power of the prosecutor would, in principle, remain untouched. in this way enabled to subsidiary replacements of the indictment, the prosecutor would primarily be encouraged to self-restraint.

54 As, for instance, according to Rule 98 bis ICTY RPE; cf. fn. 34 and accompanying text.

55 In order to enable the judge to give advice with regard to the relevance of the evidence to be offered by the parties, however, it would be each party's duty, to indicate to the judge, no later than at the beginning of its examination, which facts the party considers to be relevant. Improvements in this direction, however, can, as is also sounding through in the criticism of Jung (2004) 151 s. on the occasion of a visit to the ICTY, hardly be expected from strong adversarial attitudes.

56 This principal challenge does, of course, not mean that in criminal proceedings the search for truth could and should be pursued "at any price". Not only for pragmatic reasons due to human failure but nowadays no less in respect for fundamental human rights, not the least of the accused, courts established and performed by human beings – and not by an omniscient God – will realistically never reach more than "procedural truth". Consequently, even jurisdictions with an "inquisitorial" tradition, such as, for instance, the German Federal Supreme Court, have left no doubt that it is "no principle of criminal procedure to explore the truth at any price"

directed towards a mere balancing of interests; it may be appropriate to leave it to the parties to decide what evidence of truth they might present to or withhold from the judge. This, however, can hardly be the maxim of criminal proceedings designed to ascertain the guilt or innocence of a person and the damage done to victims. Therefore, at least in the interest of a comprehensive ascertainment of truth in the area of international criminal justice, the judges should feel obliged to assume a pro-active role.

(8) This plea for a more active judge does not necessarily mean that examination by the parties, as is their typical privilege in adversarial systems, should instead primarily be put into the hands of the judge as it is practiced in the continental-European tradition.[57] Even if the primary examination should stay with the parties, it should at least be more open for inquiries from the judges. Fortunately, options along these lines can already be found in the ICTY RPE,[58] empowering the judges (1) to put at any stale any question to a witness,[59] (2) to permit enquiry into additional matters,[60] and (3) to order a party to produce additional evidence or proprio motu to summon witnesses and order their attendance.[61] These discretionary powers of the judges in the interest of ascertaining the truth are neither explicitly nor implicitly conditioned by any "adversarial" proviso.[62] As to the ICC, there is even less doubt about the Trial Chamber's obligation to ascertain the truth. To make use of their investigative powers to intervene, the judges should in particular feel called upon when deadlocks between the parties which, for contrary reasons, restrict the presentation of evidence,[63] should be "de-blocked".

(9) As for the rest, perhaps even a change in terminology would contribute to a more adequate understanding of the procedural structure of international criminal justice by characterising it as "contradictorial" rather than "adversarial".[64] Whereas "adversarial" has an inimical connotation of hostility, "contradictorial" is merely expressing the manner of elucidating the truth by way of contradiction, including confrontation. In such an understanding of the actors of a criminal proceeding as partners of a – though controversial – dialogue, the prosecution would be better enabled to comprehend itself not as a purely one-sided "adversary", determined to win the case by all means and, therefore, primarily looking for incriminating facts and evidence. Instead the prosecution would have to consider

---

(Bundesgerichtshof in Strafsachen – BGHSt 14 [1960], p. 358, 365). Not being able to find absolute truth, however, cannot excuse us from striding for best possible truth. With all realism, truth and justice are "intimately intertwined" to such a degree that a judgement can be accepted as "just" only if it is at least "based on honest effort to find the 'truth'", as has been concluded by Weigend (2003) in his comparative analysis of differently far-reaching truth-strategies of the "adversarial" and "inquisitorial" models; along the same lines see Jung (2004) 156. Further cf., not free from bitterness, the analysis of shortcomings in the ascertainment of truth by Arzt (2006).

57 In this respect I would not go as far as Kirsch (2006) 287 who, astonishing for a defence counsel, suggests leaving the examination-in-chief to the judge.

58 Cf. Orie (2002) 1464 ss.

59 Rule 85(B) ICTY RPE.

60 Rule 90 (H) (iii) ICTY RPE.

61 Rule 98 ICTY RPE.

62 For more deliberations on how this could be performed, cf. Eser (supra fn. 18), at 5 (b).

63 Cf. supra 5 (b) after fn. 39.

64 In the same way as this change in terminology could have an easing effect, the replacement of "inquisitorial" by "instructorials would, in addition, come closer to the history of the procedure: cf. Eser (2004) 63 s., 434 s. as well as the corresponding models by Perron (1995) 6, 553. For further details on these terminological adjustments see also Eser (supra fn. 18), at VI. 2.

itself as an "office" (in terms of the Roman duty-bound officium) which, though in a contradictorial manner, has to search both for incriminating and exonerating factors.[65]

c. Positive Side-effects upon the Mission of international Criminal Justice – Outlook

(10) Downgrading the "adversariality" of the proceedings, in treating witnesses as "witnesses of the court" rather than "prosecution witnesses" as opposed to "defence witnesses", would more easily avoid projecting the national/ethnical conflict behind the criminal events in the former Yugoslavia into the courtroom, and perhaps from there even fortify this lesson back to the watchful communities at home. If witnesses, instead of being attached, and accordingly labelled, to one or the other adversary side, could simply understand themselves as being neutral "court witnesses" in search of truth, this could also be a contribution to promoting reconciliation.

(11) If reconciliation between communities strained by historic-cultural tensions is to last and not to be endangered by new untruthful legends, then ascertaining the truth to the best extent possible is not only essential to rendering justice in the individual case, but also to illuminating the basis of controversial historical events.[66] Although judges are not historians, their findings serve as material for historiography. In this respect, an international tribunal's obligation to establishing the truth goes certainly well beyond that of a typical domestic court.

(12) Last but not least: if an international criminal tribunal fails, history will not care whether it was due to rules and structures which left it up to the parties to decide what to present or to withhold, depending on the adversarially one-sided interest of what may best serve to win one's own case. In the judgement of history, it will be the Court as a whole – with its judges at the forefront – that will be held responsible for failure or success in performing international criminal justice.

BIBLIOGRAPHY

Ambos, Kai (2002a): Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility, in: Cassese / Gaeta / Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford, 1003-1048.

Ambos, Kai (2003a): International Criminal Procedure: Adversarial", "Inquisitorial" or Mixed? International Criminal Law Review, 1-37.

---

65 As, by the way, the OTP at the ICC is obliged, according to Article 54 (1) (a) Rome Statute. A decision along the same lines was taken by the Chamber of the ICTY by requiring the prosecutor to present not only inculpatory, but also exculpatory evidence *Prosecutor v. Kupreskić* (IT-95-1 6-T), Decision on Communications between the Parties and the Witnesses, 21 September 1998; cf. also Ambos (2004a) 47. For more details to the role of the' prosecutor in international criminal justice see Eser (2006).

66 All that, in this respect, has been stated by Weigend (2003) 169 on the role of ascertaining the truth for settling individual conflicts is to an even greater degree valid for violent confrontations between ethnic groups. Along the same lines see ICTY Judge Christine van den Wyngaert in a (as far as I know unpublished) lecture on "International Criminal Courts as Fact (and Truth), Finders in Post-Conflict Societies" at the Annual Meeting of the American Society of international Law on 30 March 2006 in Washington, D. C.

Ambos, Kai (2004a): International Criminal Procedure: "Adversarial", "Inquisitorial" or Mixed? in: Eser / Rabenstein (eds.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Existenz und Fairness. Convergence and Divergence in Criminal Procedure Systems, Freiburg, 43-62, in a slightly broader version pre-published in Ambos (2003a).

Ambos, Kai / Miller, Dennis (2007): Structure and Function of the Confirmation Procedure before the ICC from a Comparative Perspective, International Criminal Law Review, 335-360.

Arzt, Gunther (2006): Der Internationale Strafgerichtshof und die formelle Wahrheit, in: Arnold et al. (eds.), Menschengerechte Strafjustiz. Festschrift für Albin Eser, Munich, 691-704.

Bourgon, Stèphane (2004): Procedural Problems Hindering Expeditious and Fair Justice, Journal of International Criminal Justice, 526-532.

Calvo-Goller, Karin (2006): The Trial Proceedings of the International Criminal Court, Leiden, Boston.

Elewa Badar, Mohamed / Karsten, Nora (2007): Current Developments at the International Criminal Tribunals, International Criminal Law Review, 163-186.

Eser, Albin (1992): Funktionswandel von Prozeßmaximen, Zeitschrift 'für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 361-397.

Eser, Albin (2001): Towards an International Criminal Court Genesis And Main Features Of The Rome Statute, University of Tasmania Law Review, 1-28.

Eser, Albin (2004): Schlussbetrachtungen, in: Eser / Rabenstein (eds.), Strafjustiz lm Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Convergence and Divergence in Criminal Procedure Systems, Freiburg, 433-437,

Eser, Albin (2006), Zur Schlüsselrolle des Anklägers für die intemationale Strafjustiz, in: Rainer Griesbaum et al. (eds.), Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kay Nehm, Berlin, 111-124.

Eser, Albin (2008), Reflexionen zum Prozesssystem und Verfahrensrecht internationaler Strafgerichtsbarkeit, in: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann. München, 1477-1495.

Fairlie, Megan (2004): The Marriage of Common and Continental Law at the ICTY and its Progeny, Due Process Deficit, International Criminal Law Review, 243-319,

Fernandez de Gurmendi, Silvia A. (2001): Elaboration of the RPE, in: Lee (ed.), The International Criminal Court Elements of Crimes and RPE, Ardsley, 235-257.

Harding, Christopher (2004): Overview of Different Types of Procedure, in: Eser/Rabenstein (eds.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Existenz und Fairness. Convergence and Divergence in Criminal Procedure Systems, Freiburg, 10-17.

Herrmann, Joachim (1971): Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, Bonn.

Herrmann, Joachim (1990): Der amerikanische Strafprozess, in: Jung (ed.), Der Strafprozess im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen. Frankreich, Österreich, Schweiz, UdSSR, USA, Berlin, 133-160.

Jörg, Nico / Field, Stewart I Brants, Chrisje (1995): Are Inquisitorial and Adversatorial Systems Converging? in: Harding et al. (eds.), Criminal Justice in Europe. A Comparative Study, Oxford, 41-56.

Jung, Heike (2004): Nothing but the Truth? Some Facts, Impressions and Confessions about Truth in Criminal Procedure, in: Duffy / Farmer / Marshall / Tadros (eds.), The Trial on Trial. Volume 1: Truth and Due Process, Oxford and Portland, 147-156.

Kirsch, Stefan (2006): The Trial Proceedings before the ICC, International Criminal Law Review, 275-292. Kittichaisaree, Kriangsak (2002): International Criminal Law, Oxford.

Langbein, John H. (2003): The Origins of Adversary Criminal Trial, Oxford.

May, Richard et al. (2001): Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald, The Hague.

Mundis, Daryl A. / Gaynor, Fergal (2004): Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals, Journal of International Criminal Justice, 879-909 and 1163-1187.

Nsereko, Daniel Ntanda (1994): Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for the former Yugoslavia, Criminal Law Forum, 507-555.

One, Alphons (2002): Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings Prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings before the ICC, in: Cassese / Gaeta / Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. II, Oxford, 1439-1495.

Perron, Waiter (1995a): Rechtsvergleichender Querschnitt und rechtspolitische Bewertung, In: Perron (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, Freiburg, 549-608.

Perron, Walter (1995b) Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozess (unter rechtsvergleichender Beracksichtigung des adversatorischen Prozessmodells), Berlin.

Raab, Dominic (2005): Evaluating the ICTY and its Completion Strategy: Efforts to Achieve Accountability for War Crimes and Their Tribunals, Journal of International Criminal Justice, 82-102.

Robinson, Patrick L (2000): Ensuring Fair and Expeditious Trials at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, European Journal of International Law, 569-589.

Robinson, Patrick L. (2005): Rough Edges in the Alignment of Legal Systems in the Proceedings at the ICTY, Journal of International Criminal Justice, 1037-1058.

Robinson, Patrick L. (2006): Fair but Expeditious Trials, in: Abtahi / Boas (eds.), The Dynamics of International Criminal Justice, Leiden, 169-192.

Safferling, Christoph J.M. (2001): Towards an International Criminal Procedure, Oxford.

Schmidt Eberhard (1964): Lehrkommentar für die Strafprozessordnung, Tell I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2nd ed., Goettingen.

Schwarz, Axel / Degen, Sarah (2005): Zwischen angloamerikanischem Sendungsbewusstsein und kontinentaleuropäischer Tradition: Das neue Strafprozessrecht in Bosnien und Herzegowina, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 458-474.

Tochilovsky, Vladimir (2002): Proceedings in the International Criminal Court: Some Lessons to Learn from 1CTY Experience, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 268-275.

Tochilovsky, Vladimir (2004): International Criminal Justice: 'Strangers in the Foreign System", Criminal Law Forum, 319-344.

Tochilovsky, Vladimir (2006): Jurisprudence of the International Criminal Courts, Procedure and Evidence, 3 rd ed., Nijmegen.

ALBIN ESER

ZUR SCHLÜSSELROLLE DES ANKLÄGERS FÜR DIE INTERNATIONALE STRAFJUSTIZ*

Bräuchte es eines Beweises für die Bedeutung, die der Staatsanwaltschaft für das Erscheinungsbild eines Justizsystems zukommt, so könnten die Auseinandersetzungen um die Funktion und Struktur des Office of the Prosecutor an den internationalen Strafgerichten aufschlussreiches Anschauungsmaterial liefern – zum Guten wie zum Schlechten. Auch wenn sich dies vor allem auf supranationaler Ebene abspielt, könnten sich aus dabei gewonnenen Einsichten doch auch Rückschlüsse für die Einschätzung nationaler Anklagebehörden ziehen lassen. Dies lässt erhoffen, mit einigen Beobachtungen und Überlegungen zur Rolle des Prosecutor in der internationalen Strafgerichtsbarkeit auch die Aufmerksamkeit des obersten Repräsentanten des entsprechenden deutschen Justizorgans zu finden. Dies umso mehr, als es in der Person von Generalbundesanwalt Kay Nehm einen Jubilar zu ehren gilt, der durch sein Grußwort zur Eröffnung eines internationalen Workshops über „The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court", der am Vorabend der Rom-Konferenz im Mai 1998 in Kooperation des Max-Planck-Instituts mit dem Office of the Prosecutor der internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda in Freiburg veranstaltet wurde, bereits sein besonderes Engagement für eine möglichst starke internationale Anklagebehörde bekundet hat[1]. Zugleich bietet sich damit die Gelegenheit, dem Jubilar für seine langjährige Mitwirkung im Kuratorium des Max-Planck-Instituts herzlich Dank zu sagen.

Dieser Festschriftbeitrag kann in der hier gebotenen Kürze natürlich keine umfassende, geschweige erschöpfende Rollenbeschreibung internationaler Anklagebehörden bieten, würde dies doch nicht zuletzt eine entwicklungsgeschichtliche Spurensuche[2] wie auch einen rechtsvergleichenden Rundblick erfordern, wie es in diesem Rahmen nicht möglich ist[3]. Deshalb kann hier nicht mehr beleuchtet werden als der folgenreiche Grundsatzstreit um den Grad von Unabhängigkeit, den der Ankläger – und zwar nicht zuletzt im problemträchtigen Verhältnis von nationaler und supranationaler Strafgerichtsbarkeit – haben sollte und welche Art von Initiativrecht und Verfolgungsermessen ihm dabei einzuräumen sei.

Wie angesichts einer wechselhaft erscheinenden Terminologie bereits aufgefallen sein mag, ist es offenbar nicht einfach, das hier in Frage stehende Justizorgan im Hinblick auf

---

* Originalbeitrag erschienen in: Rainer Griesbaum (Hrsg.): Strafrecht und Justizgewährung: Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag. Berlin: Berliner Wiss.-Verl., 2006, S. [111] – 124.

1 *Kay Nehm*, Opening Remarks, in: Louise Arbour/Albin Eser/Kai Ambos/Andrew Sanders (eds.), The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court, Freiburg 2000, S. 607.

2 Für die sich selbst in der bislang umfänglichsten historischen Untersuchung von *Heiko Ahlbrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, Baden-Baden 1999, nur kurze Hinweise zur Anklagevertretung in den neueren internationalen Strafgerichtshöfen finden (vgl. S. 88, 110, 288, 323, 384).

3 Immerhin kann aber insoweit auf die 33 Landesberichte, die zu dem (in Fn. 1) genannten Workshop erstattet worden waren (S. 191-493), wie auch auf die rechtsvergleichende Zusammenfassung von *Kai Ambos* (S. 495-528) verwiesen werden. Vgl. ferner Tom Vanderbeken/Michael Kilchling (eds.), The Role of the Public Prosecutor in the European Criminal Justice Systems, Brüssel 2000.

alle in Betracht zu ziehenden internationalen Gerichtsbarkeiten durch einen einheitlichen Terminus zu kennzeichnen[4]; denn während das Statut des Internationalen Militärischen Tribunals von Nürnberg (IMT) nur vom „Chief Prosecutor" sprach und es deren vier – jeweils für jedes am Tribunal beteiligte Land (Frankreich, Großbritannien, Sowjetunion und die USA) – gab, ohne dass diese in einem gemeinsamen Office oder sonstigen Amt zusammengefasst gewesen wären[5], das Internationale Militärische Tribunal von Tokio (IMTFE) hingegen einen „Chief of Counsel" für alle elf am Verfahren beteiligten Länder vorsah, sprechen die neueren Statuten des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda (ICTR) wie auch das des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (ICC) sowohl vom „Prosecutor"[6] als auch vom „Office of the Prosecutor"[7]. Auch wenn sich dafür in Deutsch das vertraute Sprechen von „Staatsanwalt" und „Staatsanwaltschaft" anbieten könnte[8], soll fortan die von den amtlichen Übersetzungen der Statuten gewählte Redeweise vom „Ankläger" bzw. von der „Anklagebehörde" Verwendung finden[9], selbst wenn damit im Grunde erst die eigentliche Anklagephase und nicht auch schon – wie dies aus dem lateinischen Ursprung des „Prosecutor" leichter herauszulesen ist – die vorausgehende Verfolgungs- und Ermittlungsphase zum Ausdruck gebracht wird[10]. Dabei soll, auch soweit dies in den einschlägigen Vorschriften nicht immer konsequent durchgehalten wird, der „Ankläger" grundsätzlich für alle mit diesem Organ verbundenen Rechte und Pflichten stehen und von „Anklagebehörde" nur dort die Rede sein, wo es um das Amt als organisatorische Einheit geht, während der Terminus des „Chefanklägers" (selbstredend einschließlich einer „Chefanklägerin")[11] dem Fall vorbehalten ist, dass es um den speziellen Status des obersten Amtsinhabers der Anklagebehörde geht[12].

---

4 Näher zu den Rechtsgrundlagen der nachfolgend behandelten Gerichte *Albin Eser*, Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof: Entstehung und Grundzüge des Rom-Statuts, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 139 (2003), S. 1-42 (2, 6 ff.) mit weiteren Nachweisen.

5 Vgl. hierzu wie auch zum Folgenden *Morten Bergsmo/Catherine Cissé/Christopher Staker*, The Prosecutors of the International Tribunals: The Cases of the Nuremberg and Tokyo Tribunals, the ICTY and ICTR, and die ICC compared, in: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (Fn. 1), S. 121-154 (125 f.).

6 Vgl. etwa Art. 11 (b), 16, 18, 19, 25, 30 ICTY-Statut, Art. 10 (b), 15, 17, 18, 19, 24, 29 ICTR-Statut bzw. Art, 14, 15, 18, 19, 51, 54 ICC-Statut.

7 Art. 16 (3) ICTY-Statut bzw. Art. 34, 42 ICC-Statut. Zur Entwicklungsgeschichte vgl. *John R.W.D. Jones*, The Office of the Prosecutor, in: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford 2002, vol. I, S. 269-274.

8 Wie etwa von *Kai Ambos*, Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs, in: ZStW 111 (1999), S. 175-210 (177), angenommen.

9 Wie namentlich auch von der derzeitigen Amtsinhaberin *Carla del Ponte*, Die UN-Tribunale für Ex-Jugoslawien und Ruanda – Herausforderungen für die Anklagebehörde, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 119 (2000), S. 317-327 bevorzugt.

10 Weswegen wohl *Stefan Wäspi*, Die Arbeit der Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda: Herausforderungen für die Anklage im internationalen Umfeld, NJW 2000, S. 2449-2457 auch von „Ermittlungs"- und „Anklagebehörde" spricht.

11 Vgl. *Wäspi* aaO.

12 Wie insbesondere in den Art. 16 (4), 30 ICTY-Statut, Art. 15 (3), 29 (2) ICTR-Statut bzw. Art. 42 (2)-(8), 46, 48, 49 ICC-Statut.

I. Entwicklungsstufen

Inwieweit im Interesse unabhängiger Strafjustiz nicht erst der Richter, sondern bereits der Ankläger eine möglichst starke und von Dritteinwirkungen freie Stellung haben soll, kann schon auf nationaler Ebene ein Streitpunkt sein, wie sich an immer wieder aufflammenden Diskussionen um Legalitätsbindung oder Opportunitätsermessen der Staatsanwaltschaft oder an gelegentlichem Aufmucken gegen ministerielle Weisungen demonstrieren ließe. Dies erscheint jedoch kaum mehr als ein Sturm im Wasserglas, wenn man es mit den orkanartigen Auseinandersetzungen um die Rolle des Anklägers zur Initiierung internationaler Strafprozesse vergleicht. Bei diesen bereits im Vorfeld und dann nicht weniger heftig während der Rom-Konferenz von 1998 geführten Debatten ging es letztlich um das Schicksal internationaler Strafjustiz überhaupt, stand dabei doch nicht nur ein national-internes Gewaltenteilungsproblem, sondern auch ein spannungsreicher Konflikt zwischen einer möglichst starken supranationalen Gerichtsbarkeit und nationalen Souveränitätsinteressen auf dem Spiel[13]. Dieses konnte schließlich mit überwältigender Mehrheit durch die Errichtung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofs gewonnen werden, dies freilich um den Preis der anhaltenden Gegnerschaft von Großmächten, die – wie namentlich die USA – ihre eigenen nationalen Interessen nicht durchzusetzen vermochten[14].

Versucht man das Problemknäuel etwas aufzudröseln, so geht es im Wesentlichen um die Ausbalancierung von drei Interessensphären:

- Zum einen um den Zuständigkeitsbereich, welcher der internationalen Strafgerichtsbarkeit im Verhältnis zur nationalen Strafjustiz einzuräumen ist,
- zum anderen um das – beschränkte oder unbeschränkte, alleinige oder mit anderen Organen zu teilende – Initiativrecht des Anklägers zur Ingangsetzung internationaler Strafverfolgung, sowie

---

13 Weswegen es der damaligen Chefanklägerin des ICTY und des ICTR *Louise Arbour* ein besonderes Anliegen war, durch einen Erfahrungsaustausch auf dem in Fn. 1 genannten internationalen Workshop Unterstützung für eine möglichst starke Stellung des Prosecutor zu finden; vgl. ebenda den Prologue (S. V f.), The Summary of Discussions von *Andrew Sanders* (S. 619-633) sowie die „Freiburg Declaration on the Position of the Prosecutor of a Permanent International Criminal Court" (S. 667-669), ferner *Louise Arbour*, The Need for an Independent and Effective Prosecution in the Permanent International Criminal Court, in: Windsor Yearbook of Access to Justice 17 (1999), S. 207-220 (insbes. 217 ff.).

14 Näher zu dieser Vorgeschichte des Rom-Statuts und dabei insbesondere zu den Auseinandersetzungen um das Verhältnis von nationaler und internationaler Strafjustiz und die Rolle des Anklägers als eine der „most controversial issues" *Philippe Kirsch/Darryl Robinson*, Reaching Agreement at the Rome Conference, sowie *dies.*, Initiation of Proceedings by the Prosecutor, in: Cassese/Gaeta/Jones (Fn. 7), S. 67-93 bzw. S. 657-664 (663 f.), *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5), S. 141, *Morten Bergsmo/Jelena Pejic*, Article 15: Prosecutor, in: Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden 1999, S. 359-372 (Rn. 1 ff.), *Albin Eser*, Das Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs als Herausforderung für die nationale Strafrechtspflege, in: Christian Grafl/Ursula Medigovic (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, Wien/Graz 2004, S. 355-373 (360 ff.), *Leila Nadja Sadat*, The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millenium, Ardsley/New York 2002, S. 94 ff., *Allison Marston Danner*, Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court, in: The American Journal of International Law (AJIL) 97 (203), S. 510-552 (513 ff.).

- zum dritten um den Grad von personaler und funktionaler Unabhängigkeit, auf die sich der Ankläger soll stützen können und die er in Form von Bindung oder Ermessen bei Ausübung seiner Rechte und Pflichten haben sollte.

Um diese miteinander verflochtenen und gegeneinander abzuwägenden Konfliktpunkte im Hinblick auf ihre unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten leichter einschätzen zu können, empfiehlt sich ein Vergleich der bislang drei Entwicklungsschritte, die 1945/46 mit den internationalen Militärtribunalen von Nürnberg und Tokio, 1993/94 mit den internationalen Ad hoc-Tribunalen für Jugoslawien und Ruanda sowie 1998 mit dem Ständigen Internationalen Strafgerichtshof von Rom erreicht wurden[15].

1. Die internationalen Militärtribunale von Nürnberg und Tokio von 1945/46

Für diese Tribunale kann es kaum überraschen, dass sie – als Einrichtungen unterschiedlich interessierter Siegermächte – weder eine beiderseits ausgehandelte und abgestufte Zuständigkeitsabgrenzung boten noch die Funktion des Anklägers klar umschrieben.

Demzufolge war der Zuständigkeitsbereich dieser Tribunale nur gegenständlich durch die inkriminierten Verbrechen sowie zeitlich und persönlich durch die erfassten Zeiträume und Täterkreise umschrieben[16], während sie im Verhältnis zur jeweiligen nationalen Strafjustiz, wenn vielleicht auch nicht theoretisch[17], so doch praktisch eine exklusive Strafhoheit für sich in Anspruch nehmen konnten[18].

Da man sich für die Strafverfolgung – jedenfalls für das Nürnberger Tribunal – auf keinen gemeinsamen Chefankläger einigen konnte, sondern, wie bereits erwähnt[19], jeder der vier Signatarstaaten einen eigenen Chief Prosecutor zu bestellen hatte[20], war deren Unabhängigkeit bereits dadurch beschränkt, dass das Komitee der Ankläger im Streitfall durch Mehrheitsentscheidung zu verfahren hatte. Dabei hatten sie als Repräsentanten ihres jeweiligen Staates zu fungieren, von dem sie auch in der personellen und sachlichen Ausstattung ihrer jeweiligen Büros abhängig waren[21]. Demzufolge kann zum damaligen Zeitpunkt von einer unabhängigen internationalen Anklagebehörde keine Rede sein.

Nimmt man hinzu, dass die Ankläger vor den Militärtribunalen von Nürnberg und Tokio ein praktisch unbegrenztes Verfolgungsermessen hatten[22] und dass die Anklage keinerlei richterlichen Vorprüfung unterlag[23], so blieb die internationale Strafverfolgung praktisch ganz der Politik überlassen.

---

15 Bei diesem Vergleich handelt es sich im Wesentlichen um ein Resümee der von *Bergsmo/Cissé/Staker* aus den auf dein Freiburger Workshop zusammengetragenen Einzeldaten (Fn. 1, 5).

16 Vgl. insbes. Art. 1, 6 IMT Charter bzw. Art. 1, 5 IMTFE Charter.

17 Vgl. Art. 11, 12 IMT Charter, während vergleichbare Vorbehalte zugunsten nationaler Strafverfolgung in der IMTFE Charter nicht zu finden sind.

18 Vgl. *Eser* (Fn. 4), S. 23 f.

19 Vgl. oben zu Fn. 5.

20 Vgl. Art. 14 IMT Charter bzw. Art. 8 IMTFE Charter.

21 Vgl. *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5), S. 125, 127, 129.

22 Vgl. Art. 14 (b) IMT Charter bzw. Art. 8 (a) IMTFE Charter sowie *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5), S. 134f.

23 Vgl. *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5), S. 234.

2. Die Ad hoc-Tribunale für Jugoslawien und Ruanda von 1993/94

Im Vergleich zu der einerseits rechtlich offenen, andererseits politisch stark abhängigen Rolle des Anklägers vor den Militärtribunalen von Nürnberg und Tokio bietet sich beim Blick auf die Ad hoc-Tribunale von 1993/94 bereits ein anderes Bild.

Zwar ist einerseits der Zuständigkeitsbereich auch hier sowohl gegenständlich wie auch räumlich/zeitlich auf bestimmte Völkerrechtsverbrechen, die auf einem bestimmten Territorium innerhalb eines bestimmten Zeitraums begangen wurden, beschränkt[24]. Auch wird diesen Tribunalen zunächst nur „concurrent jurisdiction" zugestanden; weil sie jedoch innerhalb dieses Konkurrenzverhältnisses „primacy" über nationale Gerichte haben sollen und von diesen jeder Zeit die Überstellung eines dort begonnenen Strafverfahrens verlangen können[25], bleibt diesen internationalen Strafgerichtsbarkeiten schon zuständigkeitshalber eine starke Stellung eingeräumt.

Der damit für die Strafverfolgung eröffnete Aktionsbereich wird zudem durch eine starke Stellung des Anklägers abgesichert. Das ist im Wesentlichen an folgenden Qualifizierungen und Rechten zu erkennen:

- Während den Anklägern vor den Militärtribunalen von Nürnberg und Tokio jegliche Privilegierung vorenthalten blieb, ist der Ankläger vor dem ICTY und dem ICTR – neben den Richterkammern und dem (als „Registrar" bezeichneten) Kanzler – als selbständiges Organ des Tribunals anerkannt[26].
- Dementsprechend ist der Ankläger keinerlei Weisungen seitens irgendeiner Regierung oder einer anderen Stelle unterworfen[27].
- Während des Weiteren bei den Tribunalen von Nürnberg und Tokio der Ankläger nach Belieben des jeweiligen Signatarstaates bestellt werden konnte[28], ist hier der Chefankläger nach Nominierung durch den UN-Generalsekretär vom Sicherheitsrat zu ernennen, wobei er unter den gleichen Bedingungen wie ein Untergeneralsekretär der UN zu behandeln ist[29].
- Ferner kann der ICTY- bzw. ICTR-Chefankläger Einfluss auf die personelle Besetzung der Anklagebehörde nehmen, indem die Ernennung des weiteren Personals auf seine Empfehlung hin durch den UN-Generalsekretär zu erfolgen hat[30].
- Vor allem aber – und das ist insbesondere gegenüber den später beim ICC-Ankläger gemachten Abstrichen im Gedächtnis zu behalten – hat der Ankläger beim ICTY und ICTR ein unbeschränktes Initiativrecht zur Ermittlung und Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen innerhalb des Jurisdiktionsbereichs dieser Tribunale[31].

---

24 Vgl. im Einzelnen Art. 1-8 ICTY-Statut bzw. Art. 1-7 ICTR-Statut.
25 Art. 9 ICTY-Statut bzw. Art. 8 ICTR-Statut.
26 Art. 11, 16 (2) S. 1 ICTY-Statut bzw. Art. 10, 15 (2). S. 1 ICTR-Statut.
27 Art. 16 (2) S. 2 ICTY-Statut bzw. Art. 15 (2) S. 2 ICTR-Statut.
28 *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5), S. 127.
29 Art. 16 (4) ICTY-Statut bzw. Art. 15 (3) ICTR-Statut.
30 Art. 16 (3) und (5) ICTY-Statut bzw. Art. 15 (3) ICTR-Statut.
31 Art. 16 (1) ICTY-Statut bzw. Art. 15 (1) ICTR-Statut.

- Das damit dem Ankläger eröffnete Ermittlungs- und Verfolgungsermessen[32] findet erst dort eine Grenze, wo es um die förmliche Anklage geht: Diese muss der Ankläger durch den zuständigen Richter der Verhandlungskammer überprüfen und bestätigen lassen[33], während ein Absehen von weiterer Verfolgung – anders als später beim ICC – keiner richterlichen Kontrolle unterliegt[34].
- Vor Anklageerhebung hingegen ist eine richterliche Mitwirkung lediglich für die etwaige Verweisung eines Strafverfahrens an ein nationales Strafgericht vorgesehen[35].

Fragt man nach den Konsequenzen, die aus einer Zusammenschau des Jurisdiktionsbereichs der beiden Ad hoc-Tribunale und den Verfolgungskompetenzen ihres Anklägers für die Unabhängigkeit dieser internationalen Strafgerichtsbarkeit zu ziehen sind, so wird ein bis dahin unerreicht hoher Stand erkennbar: Auch wenn sich einerseits die Begründung und Umschreibung der den Ad hoc-Tribunalen eingeräumten Jurisdiktionsgewalt dem Mandat des UN-Sicherheitsrats und damit politischem Kalkül und Willen verdankt, so wird doch andererseits, indem dem Ankläger innerhalb des Jurisdiktionsbereichs der Gerichtsbarkeit ein unbeschränktes Initiativrecht und Verfolgungsermessen eingeräumt wird, ein Höchstmaß an Unabhängigkeit dieser Strafgerichtsbarkeit erreicht.

3. Der Internationale Strafgerichtshof von 1998

Wahrscheinlich hatte man mit soviel supranationaler Strafgewalt der Ad hoc-Gerichte in den Augen mancher Länder des Guten zu viel getan, um eine gleiche Machtfülle auch einem ständigen internationalen Strafgerichtshof zugestehen zu können. Dies umso weniger, wenn sich die nationale Interessenssphäre nicht einmal mehr durch räumlich-zeitliche Zuständigkeitsbeschränkungen – wie im Hinblick auf das ehemalige Jugoslawien und Ruanda – gegen die Strafverfolgung eines internationalen Anklägers abschirmen lässt. Gleich ob es dabei ernstlich um die prinzipientreue Wahrung einer ausgewogenen Balance zwischen nationaler Souveränität und internationaler Solidarität bei der Bekämpfung von Völkerrechtsverbrechen ging, gleich ob mehr pragmatisch die friedensbesorgte Angst vor einem „wild running prosecutor", dem es in blindem Verfolgungseifer an der gebotenen Sensibilität für die politischen Imponderabilien bei Verdrängung eines Diktators fehlen könnte, nach externer Kontrolle rufen ließ[36], oder gleich ob man schlicht nationalegoistisch auf die Exemtion eigener Staatsangehöriger von internationaler Verantwortung aus war[37], jedenfalls hatte der letztlich in Rom erkämpfte Beschluss ein Regelungsgeflecht

---

32 Dazu – wie auch zu gewissen Leitlinien durch „Practice Direction" – vgl. *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5), S. 130 f, 135.

33 Art. 19 ICTY-Statut bzw. Art. 18 ICTR-Statut.

34 Vgl. *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5), S. 153.

35 Zu dieser im ICTY-Statut noch nicht ausdrücklich vorgesehenen Verweisungsmöglichkeit vgl. Rule 9 der Rules of Procedure and Evidence des ICTY (RPE).

36 In diesem Sinne machte etwa auch das Bild des „loose cannon" prosecutor, den man im Zaume halten müsse, die Runde: vgl. etwa *Daniel D. Ntanda Nsereko*, Article 18: Preliminary Rulings Regarding Admissibility, in: Triffterer (Fn. 14), S. 395-404 (Rn. 3).

37 Zu diesen wie auch weiteren – echten oder vorgeschobenen – Motiven, die vor und während der Rom-Konferenz zu den bereits angedeuteten Auseinandersetzungen geführt haben, vgl. neben den bereits oben in Fn. 14 Genannten u.a. das „Summary of Discussions" von *Andrew Sanders*, in Arbour/Eser/Ambos/Sanders (Fn. 1), S. 619-650, sowie *Silvia A. Fernandez de Gurmendi* The Rote of the International Prosecutor, in: Roy S. Lee (ed.), The International Court. The

zur Folge, das als „complicated and baroque“[38] noch recht freundlich apostrophiert ist, bleibt doch über gesetzestechnische Defizite hinaus auch die Kompromisshaftigkeit des Gesamtkonzepts zu monieren.

Ohne hier auf Details der in ihrem Gesamtzusammenhang zu sehenden Vorschriften des ICC-Statuts eingehen zu können[39], bleibt für die hier interessierende Frage nach der Bedeutung des Anklägers für die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit jedenfalls Zweierlei zu beleuchten: der grundsätzliche Jurisdiktionsbereich und die innerhalb dessen dem Ankläger eingeräumte Rolle.

Was den Jurisdiktionsbereich des ICC betrifft, so hätte es dem Anspruch eines –weil nicht erst ad hoc auf eine bestimmte Krisensituation agierenden – ständigen wie gleichermaßen globalen Strafgerichtshofs sicherlich am besten entsprochen, ihm für Völkerechtsverbrechen, die naturgemäß Schutzinteressen der Weltgemeinschaft berühren, grundsätzliche Strafgewalt nach dem Universalitätsprinzip einzuräumen[40]. Da sich eine solche Folgegerechtheit gegenüber den nationalen Eigeninteressen vieler um ihre nationale Souveränität besorgten Länder nicht durchsetzen ließ, ist die Gerichtsbarkeit des ICC bereits auf Zuständigkeitsebene in dreifacher Weise eingeschränkt:

- Zum ersten durch das Erfordernis eines bestimmten „Anknüpfungspunktes“, indem entweder der „Tatortstaat“, auf dessen Hoheitsgebiet das in Frage stehende Völkerrechtsverbrechen begangen wurde, oder der „Täterstaat“, dessen Angehörigkeit der Beschuldigte besitzt, als Vertragsstaat die Strafgewalt des ICC anerkannt haben muss (Art. 12 (2) ICC-Statut) oder ausnahmsweise als Nicht-Vertragsstaat eine tatbezogene Anerkennungserklärung abgibt (Art. 12 (3) ICC-Statut),
- zum zweiten dadurch, dass die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch einen bestimmten „Triggermechanismus“ ausgelöst wird (Art. 13 ICC-Statut), indem entweder (a) von einem Mitgliedsstaat eine „Situation“, in der ein Völkerrechtsverbrechen begangen worden sein könnte, dem Ankläger des ICC unterbreitet wird[41], oder (b) eine solche „Situation“ vom UN-Sicherheitsrat dem Ankläger vorgelegt wird, oder (c) der Ankläger in Eigeninitiative („proprio motu“) Ermittlungen ein-

---

Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results, Ardsley/New York 1998, S. 175-188, *Nsereko* (Fn. 36), Art. 18 Rn. 1 f., *Giuliano Turone*, Powers and Duties of the Prosecutor, in: Cassese/Gaeta/Jones (Fn. 7), Vol. II, S. 1137-1180 (1159 f., 1179).

38 So *Turone* (Fn. 37), S. 1147 allein schon hinsichtlich des komplizierten Komplementaritätsverfahrens der Art. 17-19 des ICC-Statuts.

39 Dies betrifft insbesondere die Art. 1, 12-19, 53, 54, 56, 57, 88, 99 ICC-Statut. Die Notwendigkeit einer Zusammenschau dieser Vorschriften und der sie ergänzenden Rules of Procedure and Evidence (RPE) wird insbesondere auch betont von *Morten Bergsmo/Pieter Kruger*, Article 53: Initiation of an Investigation, in: Triffterer (Fn. 14), S. 701-714 (Rn. 4) und von *Turone* (Fn. 37), S. 1138. Näher zum Ineinandergreifen der einschlägigen Vorschriften des ICC-Statuts und der RPE *Hakan Friman*, Investigation and Prosecution, in: Roy S. Lee, The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, Ardsley/New York 2001, S. 493-538 (insbes. 494 ff.).

40 Näher dazu *Eser* (Fn. 4), S. 18 f. mit weiteren Nachweisen, ferner insbesondere zur globalen Letztverantwortung supranationaler Strafgerichtsbarkeit für Völkerrechtsverbrechen *Albin Eser*, For Universal Jurisdiction: Against Fletcher's Antagonism, in: Tulsa Law Review 39 (2004), S. 955-978 (975 f.).

41 Vgl. dazu auch Art. 14 ICC-Statut.

geleitet hat[42] (wobei dieser Auslösungsmechanismus allerdings noch weiteren zu beachtenden Beschränkungen unterliegt)[43], sowie

- zum dritten und Fundamentalsten dadurch, dass zugunsten größtmöglichster Respektierung nationaler Strafverfolgungsinteressen dem ICC nur eine „komplementäre" Jurisdiktionsgewalt zugestanden wird, indem der nationalen Strafgerichtsbarkeit grundsätzlich Priorität eingeräumt ist und der ICC erst dann zum Zuge kommen kann, wenn die an sich zuständige nationale Justiz „nicht willens oder nicht in der Lage ist", die Verfolgung eines Völkerrechtsverbrechens ernsthaft zu betreiben (Art 17 (1) (a) und (b), 20 (3) ICC-Statut)[44].

Was die Rolle betrifft, die dem Ankläger innerhalb des zuvor umgrenzten Jurisdiktionsbereichs verbleibt, so kann er zwar, wie bereits erwähnt, grundsätzlich gleich dem Sicherheitsrat und irgendeinem Vertragsstaat durch das ihm eingeräumte Initiativrecht zur eigenen Ermittlung (Art. 15 (1) ICC-Statut) die Jurisdiktion des Gerichtshofs auslösen (Art. 13 (c) ICC-Statut). Diese scheinbar gleichberechtigte Verfügungsmacht ist jedoch in verschiedener Hinsicht eingeschränkt[45]:

- So bereits durch die Unterscheidung zwischen bloßer „Vorprüfung" und der Einleitung förmlicher „Ermittlungen": Während der Ankläger aufgrund jedweder erhaltenen Information über ein möglicherweise einschlägiges Verbrechen zu einer „preliminary examination" (Art. 15 (6) ICC-Statut) befugt ist[46] und zur Prüfung der Stichhaltigkeit zusätzliche Auskünfte von staatlichen und nichtstaatlichen Stellen einholen sowie am Sitz des Gerichtshofs auch schriftliche und mündliche Zeugenaussagen entgegennehmen darf (Art. 15 (2) ICC-Statut), bedarf es zur Einleitung einer formellen „investigation" (Art. 15 (1), 53 ICC-Statut) einer richterlichen Genehmigung durch die Vorverfahrenskammer (Art. 15 (3) ICC-Statut)[47]. Demzufolge ist das eigenständige Initiativrecht (Art. 15 (1) ICC-Statut), das dem Ankläger neben dem UN-Sicherheitsrat und jedem Vertragsstaat zur Auslösung der Gerichtsbarkeit eingeräumt ist (Art. 13 ICC-Statut), nur scheinbar gleichgewichtig. Ganz abgesehen davon, dass im Übrigen eine derartige richterliche Eingangskontrolle in einem Ermittlungsverfahren, sofern es nicht um die Anordnung

---

42 Art. 13 (c) in Verbindung mit Art. 15 ICC-Statut.

43 Zu diesen sog. „Triggermechanismen" vgl. *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5. 136 ff., *Matthew R. Brubacher*, Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court, in: Journal of International Criminal Justice 2 (2004), S. 71-95 (77 ff.), *Héctor Olásolo*, The Triggering Procedure of the International Criminal Court (etc.), in: International Criminal Law Review 5 (2005), S. 121-146.

44 Näher zu diesem in Rom erst im letzten Moment zum Durchbruch führenden „Komplementaritätsprinzip" *Eser* (Fn. 4), S. 24 ff. mit weiteren Nachweisen.

45 Wobei von Interesse sein mag, dass der erreichte Kompromiss auf einen argentinisch-deutschen Vorschlag zurückgeht: vgl. *Bergsmo/Pejić* (Fn. 14), Art. 15 Rn. 5, *Kai Ambos*, Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs, in: ZStW 111 (1999), S. 175-211 (181 f.).

46 Näher zu dieser Funktion des Prosecutor als „gate keeper of the ICC" *Héctor Olásolo*, The prosecutor of the ICC before the initiation of investigations: A quasi-judicial or political body?, in: International Criminal Law Review 3 (2003), S. 87-150 (89) sowie zu Umfang und Grenze der Vorprüfung *Turone* (Fn. 37), S. 1146 ff.

47 Nach *Nsereko* (Fn. 36), Art. 18 Rn. 15 war die Einrichtung einer Vorverfahrenskammer überhaupt „the price that the advocats of an effective and independent prosecutor had to pay". Zu weiteren Einzelheiten dieses richterlichen Genehmigungsvorbehalts vgl. *Bergsmo/Pejić* (Fn. 14), Art. 15 Rn. 1 ff., 25 ff., *Turone* (Fn. 37), S. 1156 ff.

von Zwangsmaßnahmen geht, in nationalen Verfahrensordnungen ungewöhnlich erscheint[48], findet sich der Ankläger des ICC bereits als eine Art von Prosecutor „under guardianship" bezeichnet[49].

Eine weitere Behinderung seiner Ermittlungen kann sich daraus ergeben, dass der Ankläger sowohl im Falle einer von einem Vertragsstaat unterbreiteten Situation (Art. 13 (a) ICC-Statut) als auch im Falle richterlich genehmigter eigenständiger Ermittlungen (Art. 13 (c), 15 ICC-Statut) alle Vertragsstaaten (und wohl auch Nicht-Vertragsstaaten)[50], deren nationale Strafgewalt begründet sein könnte, förmlich unterrichten muss, um diesen gegebenenfalls die eigene Strafverfolgung zu ermöglichen (Art. 18 (1) ICC-Statut)[51], mit der Folge, dass im Falle eines entsprechenden Ersuchens das Verfahren zu überweisen ist (Art. 18 (2) ICC-Statut)[52].

Weitaus gravierender ist das Interventionsrecht des Sicherheitsrats, indem dieser den Gerichtshof – und damit vor allem die Anklagebehörde als eines seiner Organe (Art. 34 ICC-Statut) – im Sinne einer verbindlichen Anweisung ersuchen kann, für einen (erneuerbaren) Zeitraum von zwölf Monaten keine Ermittlungen und keine Strafverfolgung einzuleiten oder fortzuführen (Art. 16 ICC-Statut)[53]. Dass eine solche politische Eingriffsmöglichkeit von außen, wie sie hinsichtlich der Strafverfolgung vor den Ad hoc-Tribunalen für Jugoslawien und Ruanda nie zur Debatte stand, nicht nur auf dem Papier steht, hätte kaum rapider als durch wiederholte Aufschubbeschlüsse des Sicherheitsrats, die prophylaktisch – und damit kaum dem Sinn dieser auf konkrete Ermittlungskonflikte ausgerichteten Abkühlungsklausel entsprechend – vor allem auf Betreiben der USA zur Abschirmung militärischer Missionen gegen strafrechtliche Ermittlungen durchgesetzt worden waren[54], unter Beweis gestellt werden können.

Nicht zuletzt ist das Verfolgungsermessen des ICC-Anklägers auch bei seiner Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung oder die Anklageerhebung wohl weniger frei, als dies im ICTY- und ICTR-Verfahren[55] der Fall und wohl auch von den nationalen Verfahrensordnungen kaum bekannt ist[56]. Nicht nur, dass dem Ankläger vergleichsweise detailliert und je nach der Quelle der erlangten Informationen oder der Unterbreitung der Sache durch einen Staat oder den Sicherheitsrat unterschiedliche Prüfungskriterien vorgegeben werden (Art. 53 ICC-Statut), und nicht

---

48 Vgl. *Nsereko* (Fn. 36), Art. 18 Rn. 5, *Turone* (Fn. 37), S. 11.60 sowie rechtsvergleichend *Kai Ambos*, The Role of the Prosecutor of an International Criminal Court from a Comparative Perspective, in: The Review – International Commission of Jurists, No. 53/1994, S. 45-56 (50 ff.) sowie in ZStW (Fn. 45), S. 182, wonach eine richterliche Prüfung staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit normalerweise erst mit Abschluss der Ermittlungen einsetzt.

49 *Turone* (Fn. 37), S. 1142.

50 So wohl zu Recht die Interpretation von *Nsereko* (Fn. 36), Art. 18 Rn. 9.

51 Zu Einzelheiten vgl. *Turone* (Fn. 37), S. 1162 ff.

52 Zu weiteren Einzelheiten dieses – nicht zuletzt durch Beschwerdemöglichkeiten – recht komplizierten Verfahrens, mit welchem dem Komplementaritätsprinzip zugunsten der nationalen Strafjustiz Rechnung getragen werden soll, vgl. *Ambos* (Fn. 45), S. 182 ff.

53 Zu Einzelheiten dieser höchst kontroversen Aufschubklausel vgl. *Turone* (Fn. 37), S. 1141 f.

54 Näher dazu *Eser* (Fn. 14), S. 364 f.

55 Vgl. *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5), S. 135, *Turone* (Fn. 37) S. 1157.

56 *Kai Ambos*, International criminal procedure: „adversatorial", „inquisitorial" or mixed?, in: Albin Eser/Christiane Rabenstein (eds.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness, Freiburg 2004, S. 43-62 (46 f.), sowie in: Review (Fn. 48), S. 51 ff.

nur, dass eine positive Entscheidung des Anklägers zu formeller Verfolgung und Anklageerhebung einer richterlichen Überprüfung unterliegt und einer Bestätigung der Vorverfahrenskammer bedarf (Art. 61 ICC-Statut)[57], vielmehr ist der ICC-Ankläger selbst bei einer negativen Entscheidung durch Verzicht auf weitere Ermittlungen oder Nichterhebung einer Anklage nicht völlig frei, sondern einer richterlichen Überprüfung unterworfen: indem er nämlich die Vorverfahrenskammer – und im Falle einer Unterbreitung der Sache durch den Sicherheitsrat oder einen Staat auch jeweils diesen – über seine Gründe zu unterrichten hat und von dieser erforderlichenfalls um eine Überprüfung seiner Einstellungsentscheidung ersucht werden kann (Art. 53 ICC-Statut)[58].

Was im Übrigen den Grad von Unabhängigkeit betrifft, dessen sich der ICC-Ankläger innerhalb der vorgegebenen Gerichtsbarkeit bei der Ausübung seiner Rechte und Pflichten erfreuen kann, so entspricht dies im wesentlichen dem bereits am ICTY und ICTR erreichten Standard, wenn auch mit gewissen Modifizierungen:

- So wird als eines der selbständigen Organe des ICC – im Unterschied zum ICTY und ICTR – nicht der Ankläger, sondern die Anklagebehörde genannt (Art. 34, 42 (1) S. 1 ICC-Statut).
- Dementsprechend wird Unabhängigkeit nicht nur, wie die Statuten der Ad hoc-Tribunale gedeutet werden könnten[59], dem Chefankläger, sondern der Anklagebehörde zuerkannt (Art. 42 (1) S. 1 ICC-Statut).
- Konsequenterweise soll nicht nur der Chefankläger, wie wiederum die Ad hoc-Statuten verstanden werden könnten[60], sondern kein Mitglied der Anklagebehörde Weisungen von einer Stelle außerhalb des Gerichtshofs einholen oder befolgen dürfen (Art. 42 (1) S. 3 ICC-Statut).

---

57 Wobei das ICC-Statut bemerkenswerterweise nicht mehr – der deutschen „Anklage" entsprechend und wie im ICTY-Statut (Art. 18, 19) der Sprachgebrauch – von „indictment", sondern lediglich von „charges" spricht (wobei freilich dieser andersartigen Terminologie in der amtlichen deutschen Übersetzung des Art. 61 ICC-Statut merkwürdigerweise nicht Rechnung getragen wird). Zu weiteren inhaltlichen Einzelheiten dieser Regelung vgl. *Turone* (Fn. 37), S. 1177 f.

58 Vgl. auch RPE 104-110 sowie zu weiteren Einzelheiten *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5), 136 ff., 154, *Turone* (Fn. 37), S. 1171 ff. Obwohl eine ähnliche Überprüfungsbeschwerde – etwa vergleichbar dem deutschen Klageerzwingungsverfahren – auch für das Opfer nahe gelegen hätte und durchaus auch gefordert worden war (wie insbesondere auch nachhaltig diskutiert auf dem Freiburger Workshop: vgl: *Sanders* (Fn. 37), S. 629 ff:), konnte sich die Rom-Konferenz dazu nicht durchringen. Immerhin sollen aber Opfer im Wege von Art. 15 (3) ICC-Statut in Verbindung mit RPE 85-93 durch entsprechende Vorstellungen vor der Vorverfahrenskammer Einfluss auf die weiteren Ermittlungen nehmen können (*Kirsch/Robinson* (Fn. 14), S. 662, *Turone* (Fn. 37), S. 1160 f.), vorausgesetzt natürlich, dass ihnen der Verfahrensstand bekannt ist. Allgemein zu den Rechten des Opfers im Rom-Statut vgl. *Claude Jorda/Jérôme de Hemptinne*, The Status and the Role of the Victim, in: Cassese/Gaeta/Jones (Fn. 14), vol. II, S. 1387-1419, *John Holmes*, Jurisdiction and Admissibility, in: Lee (Fn. 39), S. 321-348 (331 ff.). Insbesondere zum Vergleich mit der Position des Opfers vor dem ICC und den Ad hoc-Tribunalen vgl. *Sam Garkawe*, Victims and the International Criminal Court: Three Major Issues, in: International Criminal Law Review 3 (2003), S. 345-367.

59 Art. 16 (2) ICTY-Statut bzw. Art. 15 (2) ICTR-Statut.

60 Art. 16 (2) ICTY-Statut bzw. Art. 15 (2) ICTR-Statut.

- Naturgemäß fungiert der Chefankläger als Leiter der Anklagebehörde mit voller Dienstaufsicht über die Führung und Verwaltung der Behörde einschließlich ihres Personals, ihrer Einrichtungen und sonstigen Mittel (Art. 42 (2) ICC-Statut)[61].
- Ebenso wie bei den Richtern, wenngleich nach einfacheren Regeln, erfolgt die Wahl des Chefanklägers und etwaiger Stellvertretender Ankläger durch die Versammlung der Vertragsstaaten (Art. 42 (4) bzw. 36 ICC-Statut).
- Zudem sah man sich – im Unterschied zur Fehlanzeige bei den Ad hoc-Statuten – zur besonderen Absicherung der Unparteilichkeit und Integrität des Anklägers und seiner Stellvertreter veranlasst (Art. 42 (5)-(8) ICC-Statut).

II. VERGLEICH

Wenn man diese drei Entwicklungsstufen von den internationalen Militärtribunalen der Jahre 1945/46 über die Ad hoc-Gerichtshöfe der Jahre 1993/94 bis hin zum Ständigen Strafgerichtshof von 1998 im Hinblick auf die Bedeutung des Anklägers für den Wirkungsbereich und den Grad von Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit miteinander vergleicht, so sind bemerkenswerte Unterschiede festzustellen, wobei diese jedoch keineswegs geradlinig in eine bestimmte Auf- oder Abwärtsrichtung verlaufen, sondern gewisse Brüche aufweisen.

- Während der grundlegende Jurisdiktionsbereich sowohl bei den IMTs von Nürnberg und Tokio wie auch beim ICTY und ICTR von vornherein räumlich-zeitlich auf bestimmte regionale Konfliktsituationen eingegrenzt, im Übrigen aber innerhalb dieses Rahmens mit – jedenfalls praktischem – Vorrang gegenüber der nationalen Strafjustiz unbeschränkt ist, wird dem als permanent konzipierten ICC zwar grundsätzlich globale Zuständigkeit eingeräumt, wobei jedoch deren Inanspruchnahme an bestimmte territoriale und personale Anknüpfungspunkte („Tatort"- oder „Täterstaat" als Vertragsmitglieder) gebunden und von bestimmten „Triggermechanismen" (Auslösen der Jurisdiktion durch den Sicherheitsrat, einen Vertragsstaat oder gerichtlich genehmigte Verfahrenseinleitung durch den Ankläger) abhängig ist und zudem der nationalen Strafjustiz zunächst einmal die Priorität verbleibt.

  Noch erheblichere Unterschiede sind hinsichtlich des Initiativrechts des Anklägers zur Einleitung von Ermittlungen wie auch seines weiteren Verfolgungsermessens zu verzeichnen: Während bei den Militärgerichten dazu zwar keine ausdrücklichen Befugnisse oder Beschränkungen vorzufinden sind, ergeben sich solche aber indirekt daraus, dass diese Ankläger von ihren jeweiligen Regierungen abhängig waren und sich damit sowohl hinsichtlich der Einleitung und Verfolgung als auch der Beendigung eines Verfahrens gegenüber politischen Entscheidungsträgern zu verantworten hatten. Demgegenüber kann sich beim ICTY und ICTR der Ankläger eines Einleitungs- und Verfolgungsermessens erfreuen, das – über die üblichen rechtlichen Verdachtserfordernisse und Schutzgarantien für den Angeklagten hinaus – bei pflichtgemäßer Amtsführung weder politisch abhängig ist noch die Konkurrenz externer Verfahrensbetreiber zu befürchten braucht. Und selbst so-

---

61 Zu Einzelheiten vgl. *Morten Bergsmo/Frederik Harhoff*, Article 42: The Office of the Prosecutor, in: Triffterer (Fn. 14), S. 627-636 sowie vergleichend *Bergsmo/Cissé/Staker* (Fn. 5), S. 129 f.

weit es um richterliche Kontrolle geht, setzt diese, sofern nicht zuvor schon bestimmte Zwangsmaßnahmen anstehen, erst mit der Anklageerhebung ein, wobei zudem nur die positive Entscheidung dazu einer richterlichen Bestätigung bedarf, während über einen Verfolgungs- oder Anklageverzicht der Ankläger nach unkontrollierbarem Ermessen befinden kann. Hinter dieser starken Position beim ICTY und ICTR bleibt der Ankläger beim ICC in mehrfacher Hinsicht zurück: Nicht nur, dass das ihm grundsätzlich eingeräumte eigene Initiativrecht zur Einleitung von Ermittlungen bereits in Konkurrenz zu Gerichtsbarkeitsauslösungsrechten des Sicherheitsrats und jeden Vertragsstaates steht, auch kann er kontrollfrei nur im Rahmen der Vorprüfung von einschlägigen Informationen agieren, während er bereits zur Einleitung förmlicher Ermittlungen um richterliche Bestätigung durch die Vorverfahrenskammer zu ersuchen hat. Und nicht nur, dass die positive Absicht des Anklägers zur Unterbreitung von Anklagepunkten der richterlichen Bestätigung bedarf, vielmehr ist selbst sein Absehen von weiterer Ermittlung oder Anklageerhebung einer richterlichen Prüfung unterworfen. Damit nicht genug, schwebt über allem noch der Sicherheitsrat, der durch einen – nicht zuletzt von politischem Kalkül mitbeeinflussbaren – Aufschubbeschluss eine Strafverfolgung für einen immer wieder verlängerbaren Zeitraum stoppen kann.

Was seinen Status betrifft, so hatte der Ankläger bei den Militärtribunalen sicherlich den schwächsten Stand, konnte er sich doch als Regierungsbeamter schon mangels persönlicher Unabhängigkeit politischen Vorgaben und amtlichen Weisungen nicht entziehen. Demgegenüber kann sich der Ankläger sowohl beim ICTY und ICTR wie auch beim ICC eines gleichen Status mit entsprechender Unabhängigkeit erfreuen, wenngleich wiederum mit gewissen Unterschieden: Während sich beim ICTY und ICTR der Chefankläger als Hauptfigur mit nahezu unbegrenztem Verfolgungsermessen präsentieren kann, das erst, sofern es nicht vorher bestimmter Zwangsmaßnahmen bedarf, mit der Anklageerhebung einer richterlichen Kontrolle unterfällt, sind beim ICC die prosekutorischen Rechte und Pflichten vom Chefankläger weg mehr auf die Anklagebehörde hin fokussiert, wobei deren Verfolgungs- und Anklageermessen schon bei Eröffnung formeller Ermittlungen sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht einer richterlichen Kontrolle unterliegt.

Schlagwortartig lässt sich diese Entwicklung, die nicht zuletzt für das gesamte Erscheinungsbild der supranationalen Strafgerichtsbarkeit bezeichnend ist, folgendermaßen zusammenfassen: Nachdem bei den Internationalen Militärtribunalen von Nürnberg und Tokio die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen in das richterlich nicht überprüfbare Ermessen politisch abhängiger Ankläger gestellt war, hat bei den Ad hoc-Tribunalen für Jugoslawien und Ruanda der Ankläger innerhalb eines regional begrenzten Jurisdiktionsbereichs ein Höchstmaß an Unabhängigkeit und Verfolgungsermessen erreicht, was sich grundsätzlich erst mit der Entscheidung zu positiver Anklageerhebung einer richterlichen Kontrolle stellen muss. Von diesem Zenit kann es nicht anders denn als ein Abstieg verstanden werden, wenn die Anklagebehörde des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs der nationalen Strafgerichtsbarkeit den Vortritt lassen muss, stets das Damoklesschwert des Sicherheitsrats über sich schweben hat und schon mit der Einleitung formeller Ermittlungen gleichsam unter „richterliche Betreuung" gestellt wird.

III. Ausblick

Einen Abstieg zu konstatieren muss nicht heißen, besser auf der Höhe geblieben zu sein; auch dies kann in die Irre führen.

Um in dieser Hinsicht ein abschließendes Urteil zur Rolle des Anklägers in der internationalen Strafgerichtsbarkeit abzugeben, wäre natürlich nicht nur, wie dies im Wesentlichen bis hierher geschehen ist, die Vorverfahrensphase zu betrachten, sondern auch die Rolle des Anklägers in der Hauptverhandlung – und dabei insbesondere bei der Beweisaufnahme – in den Blick zu nehmen. Dies hinwiederum wäre nicht zu machen, ohne die Rolle des Anklägers im Konzert der übrigen Prozessparteien zu sehen und aus dem Charakter des Gesamtsystems zu bestimmen, wobei dieses je nach größeren oder geringeren Anteilen „adversatorischer" Elemente des common law oder „inquisitorischer" Einflüsse des kontinentaleuropäischen Rechts unterschiedliche Auswirkungen auf die Rolle des Anklägers haben kann – bis hin zur Frage einseitiger Parteilichkeit oder beidseitiger Objektivität mit entsprechend sowohl belastender als auch entlastender Wahrheitsermittlungspflicht. All dies ist in diesem Rahmen nicht zu leisten und einer weiteren Untersuchung vorzubehalten.

Deshalb kann im Sinne einer vorläufigen Einschätzung hier nicht mehr, aber immerhin soviel angedeutet werden:

Einerseits muss die internationale Strafgerichtsbarkeit um ihrer Legitimität und Akzeptanz willen so unabhängig wie möglich sein. Diese Unabhängigkeit ist nicht nur durch die Richter zu gewährleisten, sondern muss bereits beim Ankläger ansetzen: Je leichter er dem Anschein ausgesetzt ist, ein Instrument – und damit ein Spielball – politischer Kräfte zu sein, desto schwerer wird es für die internationale Strafjustiz als Ganzes sein, sich als Garant für gleichbehandelnde Gerechtigkeit und unvoreingenommene Fairness Respekt zu verschaffen. Deshalb muss bereits die Unabhängigkeit des Anklägers so stark wie möglich ausgestaltet und gegen politische Einflussnahmen abgesichert sein.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die internationale Strafjustiz naturgemäß mit Greueltaten befasst ist, die – anders als ein „normaler" Mord oder sonstige „Alltagsverbrechen" – einen politischen Hintergrund haben können, der im Interesse friedenssichernder Zukunftsperspektiven mitbedacht werden muss, wenn man gegen Tatverdächtige vorgehen will; dies umso mehr, wenn es sich dabei um Tyrannen handelt, denen kein Vorwand gegeben werden darf, ihre Machtstellung durch weitere Verbrechen abzusichern. Um solche Abwägungsfaktoren in Verfolgungsentscheidungen einfließen zu lassen, ist es nicht unverständlich, erforderlichenfalls eine politische Instanz mitentscheiden zu lassen: Denn wenn es gerade darauf ankommen muss, das Verfolgungsermessen des Anklägers um seiner Integrität als Organ der Justiz im Sinne von Gerechtigkeit willen von politischem Kalkül freizuhalten und ein solches noch weniger dem Richter zugemutet werden kann, bleibt offenbar kein anderer Weg, als friedenssichernde Abwägungsprozesse in die Hand eines auch sonst dafür ausgewiesenen Organs zu legen, wie etwa dem derzeit dafür zuständigen Sicherheitsrat. Dieser wird seiner Aufgabe freilich nur dann gerecht werden, wenn er nicht schon von vornherein die Eigeninteressen bestimmter Ratsmitglieder gegen Verfolgbarkeit abschirmen will, sondern im konkreten Einzelfall das Für und Wider abwägt. Anderenfalls muss auch die Integrität der Gerichtsbarkeit selbst Schaden leiden.

Sich gegen politische Einflussnahmen zu verwahren, braucht für den Ankläger jedoch nicht zu bedeuten, dass er sein Handeln nur auf Strafverfolgung auszurichten habe. Diese darf kein Selbstzweck sein, sondern muss neben der Verhütung künftiger Verbrechen auch die

Aussöhnung zwischen den Konfliktparteien zum Ziel haben – so wie dies beispielhaft in der eigenen Zielbeschreibung des ICTY zum Ausdruck kommt[62].

Nicht zuletzt bleibt dem internationalen Ankläger auch dies noch ins Stammbuch zu schreiben: Je mehr Unabhängigkeit ihm eingeräumt wird – und in diesem Sinne mag durchaus das vorangegangene Plädoyer verstanden werden –, desto größer wird damit auch seine Verantwortung für eine unparteiliche, auch die Risiken eines möglicherweise langwierigen Verfahrens abschätzende, auf Gerechtigkeit und Fairness ausgerichtete Ausübung seiner Verfolgungsmacht – wobei sowohl die unterschiedlichen Erwartungen von Tätern und Opfern im Auge zu behalten sind wie auch auf die Rolle der übrigen Verfahrensbeteiligten Bedacht zu nehmen sowie auf eine wechselseitige Gesamtverantwortung nationaler und internationaler Strafgerichtsbarkeit hinzuwirken ist.

62 Vgl. Homepage ICTY-General Information: Objectives.

ALBIN ESER

VERTEIDIGUNG IN DER INTERNATIONALEN STRAFGERICHTSBARKEIT*

EINE RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE

Das Recht auf Verteidigung gegen einen strafbaren Vorwurf, obgleich heute weltweit grundsätzlich als Menschenrecht anerkannt, wirft in Umfang und Wahrnehmung noch manche Fragen auf. Sich damit zu befassen, was läge dafür näher als die Festschrift für einen prominenten Strafverteidiger, mit dem man während gemeinsamer Assistentenzeit am damaligen Lehrstuhl von Horst Schröder in Tübingen Ort und Gedanken geteilt hat? In freundlicher Erinnerung daran seien diese Überlegungen zur Rolle der Verteidigung in der internationalen Strafjustiz Gunter Widmaier zu seinem siebzigsten Geburtstag gewidmet.

Zugleich ist mir dies eine willkommene Gelegenheit, auch der Institution des Strafverteidigers Respekt zu zollen. Obgleich ich als Rechtsprofessor durchaus dazu befugt gewesen wäre und auch immer wieder darum ersucht worden war, habe ich mich nie zur Übernahme einer Strafverteidigung durchringen können, wohl nicht zuletzt deshalb, weil ich mich auf der Richterbank oder in der Rolle eines parteiunabhängigen Gutachters wohler fühlte. Gleichwohl hoffe ich, das gebührende Einfühlungsvermögen in die von einem Strafverteidiger abverlangte Gratwanderung zwischen der „Loyalitätspflicht gegenüber dem Mandanten" und der „Wahrung der Integrität des Gerichtsverfahrens"[1] aufbringen zu können. Gleichermaßen hoffe ich, auch wenn dies im vorgegebenen Rahmen natürlich nicht problemerschöpfend möglich sein wird, mit meinen Überlegungen zur Klärung einiger derzeit brisanter Fragen speziell zur Strafverteidigung als der „Achillesferse" der internationalen Strafgerichtsbarkeit[2] beitragen und damit vielleicht auch zu größerem Engagement deutscher Strafverteidiger auf einem bislang ungewohnten, aber durchaus zukunftsträchtigen Terrain animieren zu können.

A. AUSGANGSLAGE IM RÜCKBLICK

Wenn man die gegenwärtige Rolle der Verteidigung im internationalstrafrechtlichen Verfahren angemessen einschätzen will, empfiehlt sich eine rückblickende Obersicht über die verschiedenen Proklamationen und Rechtsinstrumente, in denen die Verteidigung in Strafsachen seit dem Zweiten Weltkrieg auf völkerrechtlicher Ebene Anerkennung gefunden

---

* Originalbeitrag erschienen in: Heinz Schöch (Hrsg.): Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften: Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag am 28. September 2008. Köln: Heymann, 2008, S. 147-176.

1 So (übersetzt aus dem Englischen) die prägnante Beschreibung dieses Interessenkonflikts bei *Steven Kay/Bert Swart* The Role of the Defence, in: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R. W. D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. II, Oxford 2002, S. 1421-1437 (1433).

2 So die Charakterisierung des damaligen Kabinettchefs des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (und jetzigen stellvertretenden Chefanklägers) *David Tolbert* The ICTY and Defense Counsel: A Troubled Relationship, in: New England Law Review 37 (2003), S. 975-986 (975); vgl. auch *Michael Bohlander* Introduction, in: Michael Bohlander et al. (eds.), Defence in International Criminal Procedings. Cases, Materials and Commentary, 2006, S. 1 ff.

hat. Entgegen der – wahrscheinlich nicht nur von mir zuvor gehegten – Vermutung, dass es dabei in menschenrechtsfreundlichem Trend zugunsten des Beschuldigten wohl immer nur aufwärts gegangen sein könne, lässt das im Ganzen positive Gesamtbild in Einzelstrichen doch auch gewisse Uneinheitlichkeiten und Unzulänglichkeiten erkennen. Da diese in der üblichen pauschalen Beschwörung des Rechts auf Verteidigung gerne übersehen werden, sei einleitend dessen Anerkennung in internationalen Instrumenten kurz wiedergegeben und grob strukturiert. Wenn dazu die wörtliche Wiedergabe der einschlägigen Normen in Englisch erfolgt, so geschieht dies schon mit Rücksicht darauf, dass es sich dabei um authentische Fassungen handelt, zudem aber auch deshalb, weil im Vergleich mit den deutschen Übersetzungen nicht selten schon unterschiedliche Interpretationen zutage treten.

I. Im Hinblick auf Entstehungszeit, Rechtsquelle und Anwendungsbereich lassen sich in Statuten, Deklarationen und Konventionen, die seit dem Zweiten Weltkrieg – über zahlreiche Entwürfe hinaus – völkerrechtliche Autorität erlangt haben, im Wesentlichen vier Phasen unterscheiden:

- Da sind zunächst die mit den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen zusammenhängenden Erklärungen zur Rolle der Verteidigung im Statut des Internationalen Militärgerichtshofs (IMT-Statut),[3] in der dazugehörigen Verfahrensordnung (IMT-Procedure),[4] in den von der UN-Generalversammlung Ende 1946 grundsätzlich be-

---

3 Charter of the International Military Tribunal, Annexed to the London Agreement vom 8.8.1945.
Art. 16: In order to ensure fair trial for the Defendants, the following procedure shall be followed:
(a) The Indictment shall include full particulars specifying in detail the charges against the Defendants. [...]
(b) During any preliminary examination or trial of a Defendant he will have the right to give any explanation relevant to the charges made against him.
(c) [Vernehmung in einer dem Beschuldigten verständlichen Sprache].
(d) A Defendant shall have the right to conduct his own defense before the Tribunal or to have the assistance of Counsel.
(e) A Defendant shall have the right through himself or through his Counsel to present evidence at the Trial in support of his defense, and to cross-examine any witness called by the Prosecution.
Art. 23 (2): The function of Counsel for a Defendant may be discharged at the Defendant's request by any Counsel professionally qualified to conduct cases before the Courts of his own country, or by any other person who may be specially authorized thereto by the Tribunal.

4 Rules of Procedure of the International Military Tribunal (Adopted 29 October 1945), in: Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Nuernberg October 1946- April 1949 (veröffentlicht vom U.S. Government Printing Office, Washington D.C., Vol. XV: Procedure, Practice and Administration, S. 18– 22. Zur deutschen Fassung vgl. Fn. 65.
Rule 2: Notice to Defendants and Right to Assistance of Counsel.
(a) Each individual defendant in custody shall receive not less than 30 days before trial [...] (4) a statement of his right to the assistance of counsel as set forth in sub-paragraph (d) of this Rule, together with a list of counsel. [...].
(d) Each defendant has the right to conduct his own defense or to have the assistance of counsel. Application for particular counsel shall be filed at once with the General Secretary of the Tribunal at the Palace of Justice, Nuremberg, Germany. The Tribunal will designate counsel for any defendant who fails to apply for particular counsel or, where particular counsel requested is not within ten (10) days to be found or available, unless the defendant elects in writing to conduct his own defense. If a defendant has requested particular counsel who is not immediately to be

stätigten[5] und in deren Auftrag von der International Law Commission 1950 ausformulierten und kommentierten „Nürnberg Principles"[6] sowie in den zwischenzeitlich revidierten Uniform Rules of Procedure der Militärtribunale (Uniform Rules).[7]

- Teilweise zeitgleich hat das Recht auf Verteidigung seinen Niederschlag gefunden in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1950[8] und im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) von 1966.[9]

---

found or available, such counsel or a counsel of substitute choice may, if found and available before trial be associated with or substituted for counsel designated by the Tribunal, provided that (1) only one counsel shall be permitted to appear at the trial for any defendant, unless by special permission of the Tribunal, and (2) no delay of trial will be allowed for making such substitution or association.

5 Affirmation of the Principles of International Law by the Charter of the Nürnberg Tribunal, UN-Resolution 95 (I), 11 Dec. 1946 UN Doc. A/Res./1/95 (1946).

6 Formulation of the Principles of international law recognised in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the judgement of the Tribunal, in: Yearbook of the International Law Commission 1950, vol. II, S. 375.
Principle V: Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law.
The indictment shall include full particulars specifying in detail the charges against the defendants. A copy of the indictment and of all the documents lodged with the indictment, translated into a language which he understands, shall be furnished to the defendant at a reasonable time before the trial.
During any preliminary examination or trial of a defendant he shall have the right to give any explanation relevant to the charges made against him.
[Vernehmung des Beschuldigten in einer ihm verständlichen Sprache].
A defendant shall have the right to conduct his own defence before the Tribunal or to have the assistance of counsel.
A defendant shall have the right through himself or through his counsel to present evidence at the trial in support of his defence, and to cross-examine any witness called by the prosecution.

7 Uniform Rules of Procedure, Military Tribunals, Nuremberg, revised to 8 January 1948, in: Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Nuernberg October 1946-April 1949 (Fn. 4), S. 70-78. Rule 7: Right to Representation by Counsel.
(a) A defendant shall have the right to conduct his own defense, or to be represented by counsel of his own selection, provided such counsel is a person qualified under existing regulations to conduct cases before the courts of defendant's country, or is specially authorized by the Tribunal.
(b) Application for particular counsel shall be filed with the Secretary General promptly after service of the indictment upon the defendant.
(c) The Tribunal will designate counsel for any defendant who fails to apply for particular counsel, unless the defendant elects in writing to conduct his own defense.
(d) Where particular counsel is requested by a defendant but is not available or cannot be found within ten days after application therefore has been filed with the Secretary General, the Tribunal will designate counsel for such defendant, unless the defendant elects in writing to conduct his own defense. If thereafter, before trial, such particular counsel is found and is available, or if in the meanwhile a defendant selects a substitute counsel who is found to be available, such particular counsel, or substitute, may be associated with or substituted for counsel designated by the Tribunal; provided that (1) only one counsel shall be permitted appear at the trial for any defendant, except by special permission of the Tribunal, and (2) no delay will be allowed for making such substitution or association.

- Obgleich diese völkerrechtlichen Garantien unmittelbar nur auf die Absicherung der Verteidigungsrechte in den nationalen Strafgerichtsbarkeiten abzielen,[10] wird ihnen für die internationale Strafgerichtsbarkeit zumindest völkergewohnheitsrechtliche Bedeutung beizumessen sein.[11]
- Von besonderer Aktualität erweist sich die Absicherung der Verteidigungsrechte an den seit den 90er Jahren errichteten Ad-hoc-Gerichtshöfen,[12] wobei stellvertretend für die im wesentlichen inhaltsgleichen Statuten hier lediglich das des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien genannt sei (ICTY-Statut),[13]

---

8 The European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMRK), vom 5.11.1950. Art. 6: Right to a fair trial
3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him.

9 International Covenant on Civil and Political Rights vom 19.12.1966.
Art. 14 (3): In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be endtied to the following minimum guarantees, in full equality:
(a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;
(b) To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;
(d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it; (e) To examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him.

10 Vgl. *Wolfgang Strasser* Menschenrechte im Bereich des Strafrechts – ein Überblick der Straßburger Rechtssprechung, in: Europa und Strafverteidigung, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 14. Strafverteidigertag 1990, S. 105-115.

11 Vgl. *Wolfgang Schomburg/Tobias Wild* The Defence Rights in the Practice of the International Criminal Tribunals, in: ERA-Forum 5 (2004), S. 533-544 (534 f.).

12 Rechtsvergleichend dazu *Marc Forster* Die Internationalisierung des Strafrechts und der Verteidigungsrechte, in: Christian Meyer-Schatz/Rainer Schweitzer (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, 2000, S. 309-330 (322 ff.).

13 Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY) vom 25.5.1993.
Art. 18: Investigation and Preparation of Indictment
3. If questioned, the suspect shall be entitled to be assisted by counsel of his own choice, including the right to have legal assistance assigned to him without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it [..].
Art. 21: Rights of the accused:
4. In the determination of any charge against the accused pursuant to the present Statute, the accused shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

sowie des ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (ICC-Statut),[14] wobei zudem noch einzelne Regelungen in den jeweiligen Rules of Procedure and Evidence mit zu berücksichtigen sind.[15]

- Schließlich haben die Verteidigungsrechte durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-Charta) eine prinzipielle Absicherung erfahren,[16] wobei

---

(a) to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;
(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;
(d) to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;
(e) to examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him.

14 Rome Statute of the International Criminal Court vom 17.7.1998.
Art. 67: Rights of the accused:
1. In the determination of any charge, the accused shall be entitled to a public hearing, having regard to the provisions of this Statute, to a fair hearing conducted impartially, and to the following minimum guarantees, in full equality:
(a) To be informed promptly and in detail of the nature, cause and content of the charge, in a language which the accused fully understands and speaks;
(b) To have adequate time and facilities for the preparation of the defence and to communicate freely with counsel of the accused's choosing in confidence;
(c) [Trial without undue delay];
(d) Subject to Art. 63, paragraph 2 [removal of the accused due to his continued disrupting the trial], to be present at the trial, to conduct the defence in person or through legal assistance of the accused's choosing, to be informed, if the accused does not have legal assistance, of this right and to have legal assistance assigned by the Court in any case where the interests of justice so require, and without payment if the accused lacks sufficient means to pay for it;
(e) To examine, or have examined, the witnesses against him or her and to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her. The accused shall also be entitled to raise defences and to present other evidence admissible under this Statute;
(f) [Free interpreter];
(g) Not to be compelled to testify or to confess guilt and to remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence;
(h) To make an unsworn oral or written statement in his or her defence; and
(i) Not to have imposed on him or her any reversal of the burden of proof or any onus of rebuttal.
2. In addition to any other disclosure provided for in this Statute, the Prosecutor shall, as soon as practicable, disclose to the defence evidence in the Prosecutor's possession or control which he or she believes shows or tends to show the innocence of the accused, or to mitigate the guilt of the accused, or which may affect the credibility of prosecution evidence. In case of doubt as to the application of this paragraph, the Court shall decide.

15 Vgl. dazu die diesbezüglichen Hinweise im weiteren Text.

16 Charter of Fundamental Rights of the European Union, in: Henri Labayle, Anne Weyembergh (Hrsg.), Code of Criminal Law of the European Union 2005, S. 16-26. Art. 47 (Art. 11-107 III EU-Verfassungsvertrag): Right to an effective remedy and to a fair trial. (2) [...] Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented. Art. 48 (Art. 11-108 II EU-

dies allerdings nur in pauschaler Weise und lediglich mit Verbindlichkeit für die nationalen Gerichtsbarkeiten geschehen ist.[17]

- Auch über diesen vornehmlich auf Europa fokussierten Blick hinaus ist weltweit die grundsätzliche Anerkennung des Rechts des Angeklagten auf Verteidigung zu konstatieren.[18]

II. Als Basis der Verteidigung ist allen vorgenannten völkerrechtlichen Instrumenten gemeinsam, dass dem Beschuldigten sowohl das Recht, sich selbst zu verteidigen (Selbstverteidigung), als auch das Recht auf Beistand oder Vertretung durch einen Verteidiger (Drittverteidigung) garantiert wird. Diese auf internationaler Ebene zweispurige Absicherung ist aus deutscher Sicht umso bemerkenswerter, als hier nicht einmal das Recht auf Verteidigung ausdrücklich grundgesetzlich abgesichert ist, so dass es vielmehr erst mittelbar aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) abzuleiten ist.[19] Des weiteren geht es selbst in dem der „Verteidigung" gewidmeten 11. Abschnitt der Strafprozessordnung[20] der Sache nach praktisch nur um die Drittverteidigung, während die Selbstverteidigung des Beschuldigten allenfalls mittelbar daraus zu entnehmen ist, dass dieser sich „des Beistands eines Verteidigers bedienen" kann (§, 137 Abs. 1 StPO); dies wird sich wohlwollend dahingehend verstehen lassen, dass sich der Beschuldigte – sei es neben einem Beistand oder gar unter gänzlichem Verzicht auf die mögliche Beiziehung eines solchen – auch selbst verteidigen kann.[21]

III. Bei aller grundsätzlichen Absicherung des Rechts auf Verteidigung sind jedoch weder die sich daraus ergebenden Einzelbefugnisse noch deren Voraussetzungen und Grenzen einheitlich geklärt, weswegen sowohl die Selbstverteidigung des Beschuldigten

---

Verfassungsvertrag): Presumption of innocence and right of defence. (2) Respect for the rights of the defence of anyone who has been charged shall be guaranteed.

17 Vgl. *Albin Eser* Justizielle Rechte, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, Art. 47 Rn. 20 ff. (S. 485 ff.), Art. 48 Rn. 20 ff. (501 ff.).

18 Vgl. dazu die zwar bereits in den 90er Jahren erstellte, aber in der Zwischenzeit sicherlich noch umfangreicher zu gestaltende Anerkennungsliste von *M. Cherif Bassiouni* Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions, in: Duke Journal of Comparative and International Law 3 (1992-1993), S. 235-297, insbes. S. 281-285. In dieser sowohl nationale Verfassungen vergleichenden als auch außereuropäische Völkerrechtsinstrumente umfassenden Übersicht ist allerdings jeweils nur die grundsätzliche Anerkennung bestimmter Rechte aufgelistet, nicht aber der Wortlaut; um sich einen vollen Überblick in die Voraussetzungen und Grenzen der einzelnen Rechte zu verschaffen, wäre daher ein – in diesem Rahmen nicht möglicher – Einblick in die jeweiligen Normen erforderlich. Einen weiter zurückreichenden Rückblick bietet *Richard J. Wilson* in: Bohlander (o. Fn. 2) S. 31 ff.

19 Vgl. *Stephan Barton* Einführung in die Strafverteidigung, 2007, S. 8 sowie – auch zu weiteren Grundlagen – *Margret Spaniol* Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, S. 189 ff. *Susanne Walther* Rechtsstellung und Zentralpflichten des Strafverteidigers im Lichte des Grundrechts des Beschuldigten auf effektive Verteidigung, in: Thomas Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, 2008, S. 329-356 (332 f.). Zu weiteren Begründungswegen vgl. auch unten in und zu Fn. 43 f.

20 §§ 137-149 StPO.

21 Diese Ableitung ist jedoch selbst in einem so weit verbreiteten Praktikerkommentar, wie dem von *Meyer-Goßner* StPO, 50. Aufl. 2007, bei § 137 nicht zu finden, ebenso wenig in der ansonsten die Selbstverteidigung hervorhebenden Einführung von *Barton* (o. Fn. 19).

(B.) als auch die Drittverteidigung durch einen Rechtsbeistand (C.) noch einer näheren Betrachtung bedürfen und dabei auch der Wahlverteidigung und der Beiordnung eines Verteidigers besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist (D.). Vor allem aber ist das Verhältnis von Selbstverteidigung und Drittverteidigung in internationalstrafrechtlichen Verfahren zu einem erörterungsbedürftigen Streitpunkt geworden (E.).

B. SELBSTVERTEIDIGUNG

Wenn hier mit der Selbstverteidigung des Beschuldigten begonnen werden soll, so ist dies – historisch betrachtet – keineswegs selbstverständlich. So brauchte es beispielsweise in den USA, nachdem in der dortigen Verfassung nur das Recht auf Beistand eines Verteidigers ausdrücklich garantiert ist,[22] bis zu einer Entscheidung des US-Supreme Court vor rund 30 Jahren, um die Anerkennung der bis dahin allenfalls nach richterlichem Ermessen zugestandenen „Self-Representation" des Beschuldigten in Strafsachen als Grundrecht zu erringen.[23] Auch auf deutscher Seite wird beim Recht auf Verteidigung, wie bereits erwähnt und schon vor rund einem viertel Jahrhundert meinerseits mit Verwunderung festgestellt,[24] nur an den Beistand durch einen Verteidiger gedacht, und zwar derart exklusiv, dass die Selbstverteidigung des Beschuldigten meistens weder als Terminus noch inhaltlich im Sachverzeichnis auftaucht.[25] Angesichts solcher Ignorierung der Selbstverteidigung, wie sie vermutlich auch in weiteren Ländern festzustellen wäre, kann es nicht überraschen, dass auch in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948[26] das Recht auf Verteidigung – ohne Spezifizierung wie wahrzunehmen – allenfalls mittelbar und zudem nur insoweit vorkommt, als nach Art. 11 (1) einem Beschuldigten die Unschuldsvermutung bis zum Nachweis seiner Schuld in einem öffentlichen Verfahren, „in dem alle für seine Verteidigung nötigen Voraussetzungen gewährleistet waren", eingeräumt wird.[27]

Fragt man nach möglichen Gründen für die lange Geringschätzung der Selbstverteidigung, so bieten sich vielfältige Erklärungen an:

---

22 Sixth Amendment zur US-Constitution: „In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have the Assistance of Counsel for his defence."

23 So geschehen, aber selbst heute noch hinsichtlich der Weisheit dieses Schrittes Zweifeln ausgesetzt, in der Entscheidung Faretta v. California, 422 U.S. 806,819 (1975). Vgl. dazu *Erica J. Hashimoto* Defending the Right of Self-Representation: An Empirical Look at the Pro Se Felony Defendant, in: North Carolina Law Review 85 (2007), S. 424-487 (425), sowie zur weiteren Entwicklung *Nina H. B. Jørgensen* The Right of the Accused to Self-Representation before International Criminal Tribunals, in: The American Journal of International Law 98 (2004), S. 711-726 (717 f.). Vgl. auch unten E.

24 *Albin Eser* Einführung in das Strafprozessrecht, 1983, S. 166.

25 Wie beispielsweise hinsichtlich der Praxis zu *Meyer-Goßner* (o. Fn. 21) bzw. der Studienliteratur zu *Claus Roxin* Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, zu konstatieren ist; erfreulicherweise anders hingegen *Barton*, wie bereits oben zu Fn. 19 bemerkt. Auch in dem vom Jubilar herausgegebenen Anwaltshandbuch taucht das Recht auf Selbstverteidigung, soweit ersichtlich, lediglich im Zusammenhang mit dessen Garantie durch die EMRK auf: vgl. *Ralf Eschelbach* Kontrolle des Strafverfahrens durch BVerfG und EGMR, in: Gunter Widmaier (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, 5 29 Rn. 148 (S. 1206).

26 Resolution 217 (III) der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948, GAOR 3rd Session Resolutions I S. 71.

27 Selbst diese indirekte und mangels konkreter Ausgestaltung schwache Gewährleistung von Verteidigung war seinerzeit nicht ohne politische Kontroversen durchzusetzen: vgl. *Stefan Trechsel* Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, S. 243.

- Ein abschwächendes Indiz kommt bereits in der begrifflichen Unterscheidung zwischen materieller und formeller Verteidigung zum Ausdruck. Während der formale Status üblicherweise dem Drittverteidiger vorbehalten bleibt, wird die Selbstverteidigung als Teil des „Selbstschutzes des Angeklagten gegen die Anklage" verstanden.[28] Auch wenn dadurch die Gegenwehr des sich selbst verteidigenden Beschuldigten gegen die Strafverfolgung schlechthin eine gewisse Anerkennung und Aufwertung erfährt, bleibt ihm doch der Zutritt zu den institutionellen Hallen des Verteidigers verschlossen.
- Dies könnte auch damit zu tun haben, dass sich die moderne Aufwertung des Beschuldigten vom bloßen „Objekt" zu einem „Subjekt" des Verfahrens[29] noch nicht bis zu einer vorbehaltlosen Akzeptanz der Selbstverteidigung durchgesetzt hat. Obgleich sich dies inquisitorischen Rückständen zuzuschreiben scheint, tut sich doch auch das adversatorische Prozesssystem mit einem vorbehaltlosen Ernstnehmen des Beschuldigten schwer; denn gerade wenn das Strafverfahren als „party-driven" zu verstehen ist, wie man dies auch für die internationale Strafgerichtsbarkeit anzunehmen beliebt,[30] bedarf es für die erforderliche Waffengleichheit als Antipoden des Anklägers eines starken Verteidigers, wie er in der Regel in Gestalt eines professionellen Anwalts zu erwarten ist.[31] Insofern bewegte sich die Verfahrenskammer im Milošević-Verfahren in durchaus gewohnten Bahnen, wenn es dessen Insistieren auf Selbstverteidigung als „not normally appropriate in adversarial proceedings" bezeichnete.[32]

---

28 Vgl. *Friedrich-Christian Schröder* Formelle und materielle Verteidigung, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1987, 301-304, *Barton* (o. Fn. 19) S. 22 f. sowie für den internationalen Bereich *Spaniol* (o. Fn. 19) S. 219 ff., *Trechsel* (o. Fn. 27) S. 244.

29 Vgl. *Albin Eser* Die Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafprozess der Bundesrepublik Deutschland, in: Albin Eser/Günther Kaiser (Hrsg.), Deutsch-Ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1990, S. 147-167 (149 f.) sowie besonders nachdrücklich dazu auch *Karl Peters* Strafprozess, 4. Aufl. 1985, S. 204 f.

30 So namentlich die Beschreibung der adversatorischen Grundstruktur durch ICTY-Judge *Patrick L. Robinson* Rough Edges in the Alignment of Legal Systems in the Procedings at the ICTY, in: Journal of International Criminal Justice 3 (2005), S. 1037-1058 (1939); aus der Sicht eines ICTY-Defense Councel vgl. *John P. Ackerman* Assignment of Defence Counsel at the ICTY, in: Richard May et al. (eds.), Essays On ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabriel Kirk McDonald, 2001, S. 167-176 (172). Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Albin Eser* Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Prozesssystems in der internationalen Strafjustiz? Reflexionen eines Richters, FS Heike Jung, 2007, S. 167-187 (176 f.). Zu der demgegenüber stärkeren Ausrichtung des ICC amkontinentaleuropäischen Prozesssystem vgl. *Hans-Peter Kaul* Construction Site for More Justice: The International Criminal Court After Two years, in: The American Journal of International Law 99 (2005), S. 370-384 (376).

31 Zu den besonderen Herausforderungen, vor die sich ein Verteidiger in nicht rein „adversatorischen" Verfahren gestellt sehen kann, vgl. *Michael G. Karnavas* Gathering Evidence in International Criminal Trials – The View of the Defense Lawyer, in: Michael Bohlander (ed.), International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures, 2007, S. 75-152.

32 Prosecutor v. Milošević, IT-02-54, Oral Ruling by the Trial Chamber Dec. 18,2002 (Transcript S. 14574). Vgl. auch *Jørgensen* (Fn. 23), S. 719, sowie *Grew A. Swank* in: Defense of Rules And Roles: The Need to Curb Extreme Forms of Pro Se Assistance and Accommodation in Litigation, in: American University Law Review 54 (2005), S. 1538-1591 (1571 ff.).

- Nicht zu unterschätzen sind auch psychologisch bedingte Aversionen gegen Selbstverteidigung. Wenn beispielsweise Justice Blackmun in seiner Dissenting Vote gegen die verfassungsrechtliche Anerkennung eines Selbstvertretungsrecht des Angeklagten im Fall Faretta das alte Sprichwort beschworen hat, wonach „one who is his own lawyer has a fool for a client",[33] so richtet sich diese Warnung natürlich in erster Linie gegen den rechtlich unerfahrenen Laien,[34] betrifft aber auch den juristisch vorgebildeten Angeklagten, dem in einseitiger Fixierung und blindem Übereifer für seine Sache die prozesstaktisch nüchterne Abgewogenheit fehlen kann.[35]
- Nicht zu verschweigen sind auch weniger altruistische Konkurrenzängste seitens der Anwaltschaft: Nicht nur, dass der sich selbstverteidigende Angeklagte den professionellen Verteidiger um ein Mandat bringt; vielmehr kann er selbst bei einer gemeinschaftlichen Beteiligung, soweit zulässig und möglich,[36] durch eigenwillige Anträge oder sonstwie unkontrolliertes Auftreten dem Rechtsbeistand das Verteidigungskonzept verderben.[37]
- Nicht zuletzt kann sich der Angeklagte bei seiner Selbstverteidigung zu einer absturzgefährdeten Gratwanderung zu seinem Schweigerecht gezwungen sehen, wobei vor allem im adversatorischen Verfahrenssystem der Wechsel zwischen einer Verteidiger-, Zeugen- und Schweigerolle des Angeklagten zu einem Schlüsselproblem werden kann.[38]

Trotz dieser nicht zu verkennenden Vorbehalte und Schwächen ist jedenfalls heute das Recht des Beschuldigten, „sich selbst zu verteidigen",[39] allgemein anerkannt.[40] Soweit dies

---

33 Faretta v. California (o. Fn. 23) S. 852.

34 Zu offenbar besonders starken Vorbehalten in den USA selbst seitens der Gerichte vgl. die Belege von *Richard H. Chased*, Faretta and the Personal Defense: The Role of a Represented Defendant in Trial Tactics, in: California Law Review 65 (1977), S. 636-685 (651 ff.) sowie insbesondere hinsichtlich Beschuldigten in Untersuchungshaft die Note The Jailed Pro Se Defendant and the Right to Prepare a Defense, in: The Yale Law Journal 86 (1976), S. 292-316.

35 Zu gleichen Bedenken vgl. etwa *Hans Dahs* Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, S. 8.

36 Näher dazu unten E.

37 Zu Schwierigkeiten dieser Art vgl. etwa *Joseph A. Colquitt* Hybrid Representation: Standing the Two-side Coin on its Edge, in: Wake Forest Law Review 38 (2003), S: 55- 116 (101 ff.).

38 Vgl. *Albin Eser* Reflexionen zum Prozesssystem und Verfahrensrecht internationaler Strafgerichtsbarkeit, FS Klaus Tiedemann, 2008, S. 1453-1472 (1460 f.) sowie *Chused* (Fn. 34) S. 653, *Colquitt* (Fn. 37) S. 104, *Zappalà* (o. Fn. 40) S. 1350.

39 So wie dieses Recht in den deutschen Übersetzungen der in den Fn. 3-16 genannten Quellen durchgehend bezeichnet wird – im Unterschied zu den englischen Normierungen, in denen zunächst vom „right to conduct his own defence" (so in Art. 16 (d) IMT-Statut und den sich darauf beziehenden Folgevorschriften), sodann (von der EMRK bis zum ICTY-Statut) von right „to defend himself in person" gesprochen wird, um – so im Rom-Statut – schließlich wieder zum „conduct the defence in person" zurückzukehren, ohne dass sich aber diesen voneinander abweichenden Formulierungen eine unterschiedliche Regelungsabsicht entnehmen ließe.

40 Umso mehr muss es verwundern, dass in dem der Rolle der Verteidigung gewidmeten Beitrag von *Kay/Swart* (o. Fn. 1) die Selbstverteidigung des Angeklagten nicht einmal thematisiert wird. Auch in dem den „The Rights of the Accused" gewidmeten Handbuchbeitrag von *Salvatore Zappalà* (in: Cassese/Gaeta/Jones, Fn. 1, S. 1319-1354) ist, neben einem unspezifischen Hinweis auf „all guarantees necessary for his defense" (S. 1325), lediglich eine Erweiterung des Rechts auf Selbstverteidigung und einen Wahlverteidiger auf einen „assigned counsel" zu finden (S. 1350).

nicht, anders als in den vorgenannten internationalen und nationalen Normierungen,[41] bereits ausdrücklich geschehen ist, lässt sich das Recht auf Selbstverteidigung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder aus verteidigungsdienlichen Einzelrechten des Beschuldigten entnehmen. Selbst wenn sich insbesondere im deutschen Recht, wie bereits erwähnt, das Recht auf Selbstverteidigung nicht bereits als ein dem Rechtsbeistand vorgelagertes Recht verstehen ließe,[42] wären die dem Beschuldigten eingeräumten Einzelrechte kaum ohne ein zugrunde liegendes Selbstverteidigungsrecht zu erklären. Im Grunde handelt es sich dabei auch um Ausprägungen der positiven Aussagefreiheit des Beschuldigten: sein Recht, nicht nur schweigen, sondern auch reden zu dürfen.[43] Auch geht es dabei um mehr als nur um den Anspruch auf rechtliches Gehör, nämlich letztlich um die Wahrung der Menschenwürde: Soll der Beschuldigte nicht nur Verfahrensobjekt bleiben, sondern in seiner Subjektrolle zu respektieren sein, so ist dies kaum besser zu verwirklichen als durch sein Recht, sich aktiv und persönlich verteidigen zu dürfen.[44]

Die für eine Selbstverteidigung erforderlichen Einzelrechte sind freilich noch nicht überall im gleichen Umfang anerkannt: Während beispielsweise im deutschen Recht dem sich selbstverteidigenden Beschuldigten – mit gewissen Abstrichen[45] – grundsätzlich gleiche Rechte wie dem Drittverteidiger eingeräumt und er dementsprechend in vielfältiger Hinsicht befugt ist, Erklärungen abzugeben, Fragen und Beweisanträge zu stellen sowie ein Plädoyer zu halten,[46] erscheinen auf internationaler Ebene die ausdrücklichen Absicherungen weder gleich weitgehend noch einheitlich:

- So findet sich das Recht des Beschuldigten, sowohl bereits während des Vorverfahrens wie auch in der Hauptverhandlung jedwede Erklärung zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen abzugeben, nur im IMT-Statut und in den Nürnberg Principles garantiert.[47] Hingegen ist das als „echte Neuheit" bezeichnete Recht des Angeklagten, zu seiner Verteidigung eine uneidliche mündliche oder schriftliche Stellungnahme abzugeben,[48] nur im ICC-Statut zu finden,[49] ohne dass allerdings klargestellt wäre, inwieweit eine solche Erklärung bereits im Vorverfahren abgegeben werden kann.
- Auch das Recht auf ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung zu einer Verteidigung war dem Beschuldigten noch nicht in den Nürnberger Vorschriften eingeräumt, sondern wird erst seit der EMRK und dem IPbpR sowie in den ICTY- und ICC-Statuten gewährleistet.[50]

---

41 Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 3-9,13-16 sowie weitere Belege bei *Jørgensen* (o. Fn. 23) S. 714 ff.

42 Vgl. oben zu Fn. 20 f.

43 Zu einem solchen Verständnis des Selbstverteidigungsrechts als „positive Aussagefreiheit" vgl. bereits *Eser* (o. Fn. 29), S. 157.

44 Im gleichen Sinne das Recht auf Selbstverteidigung von der Würde und Autonomie des Angeklagten her begründend der US-Supreme Court: vgl. unten E. zu Fn. 134 f.

45 Vgl. unten zu Fn. 80.

46 Vgl. zu Einzelheiten *Eser* (Fn. 29) S. 157 ff., *Roxin* (o. Fn. 25) S. 117 ff.

47 Art. 16 (b) IMT-Statut bzw. Nürnberg Principle V (b).

48 Vgl. *William A. Schabas* Art. 67 Rn. 49 f., in: Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome-Statute of the International Criminal Court, 1999, S. 862.

49 Art. 67 (1) (h) ICC-Statut.

50 Art. 6 (3) (h) EMRK, Art. 14 (3) (b) IPbpR, Art. 21(4) (b) ICTY-Statut bzw. Art. 47 (1) (b) ICC-Statut.

- Auch hinsichtlich der Präsentierung von Beweismitteln finden sich gewisse Unterschiede: Während nach Nürnberger Recht der Beschuldigte mehr allgemein „Beweismittel für seine Verteidigung" vorbringen darf,[51] wird sowohl bereits in den Menschenrechtserklärungen[52] wie auch in den späteren Gerichtsstatuten[53] das Recht eingeräumt, die Ladung von Entlastungszeugen in gleicher Weise zu erwirken wie die von Belastungszeugen, wobei in den ICTY- und ICC-Statuten zudem noch das Recht zur Einbringung von Einreden und die Präsentierung anderer zulässiger Beweise gestattet wird. Auch bei diesen Rechten fehlt allerdings die jeweilige Klarstellung, ab welchem Verfahrensstadium sie geltend gemacht werden können.
- Was die Vernehmung von Zeugen betrifft, so wird dafür in den Nürnberger Vorschriften ausdrücklich die Form des Kreuzverhörs ermöglicht,[54] während die späteren Garantien lediglich das Recht einräumen, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen sowie die Vernehmung von Entlastungszeugen in der gleichen Weise wie die von Belastungszeugen zu erwirken.[55] Grundvoraussetzung für eine wirkungsvolle Geltendmachung der vorgenannten Rechte ist natürlich, dass der Betroffene so früh wie möglich über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe informiert wird. Dazu wird die Anklagebehörde schon seit den Nürnberger Vorschriften einschließlich der Vorlegung dazugehöriger Dokumente verpflichtet.[56] Selbst bei dieser Unterrichtungspflicht finden sich allerdings gewisse Unterschiede: Während nach den Nürnberger Vorschriften lediglich die Vorwürfe zu detaillieren sind, ist in den späteren Instrumenten über Art und Grund der Anklage und nach dem ICTY-Statut zudem auch über deren Inhalt zu informieren. Eine gleichermaßen wichtige Voraussetzung für eine erfolgreiche Selbstverteidigung ist die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung. Obgleich dies selbstverständlich erscheint und sich deshalb weder in den Nürnberger Vorschriften noch in der EMRK ausdrücklich erwähnt findet, wird seit dem IPbpR dem Angeklagten das Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung ausdrücklich zugesichert.[57]

Auch wenn vorangehend immer wieder auf gewisse Vorbehalte hinzuweisen war und noch weitere folgen werden, lässt doch schon dieser Überblick erkennen, dass das Recht auf Selbstverteidigung in internationalen Instrumenten sowohl in grundsätzlicher Zusicherung als auch durch Absicherung wesentlicher Verteidigungsmöglichkeiten eine beeindruckend weite Anerkennung gefunden hat. Inwieweit der Beschuldigte davon Gebrauch machen kann, hängt allerdings nicht zuletzt davon ab, welcher Raum für Selbstverteidigung ihm neben einer möglichen Drittverteidigung bleibt. In dieser Hinsicht scheinen die Auffassungen aber weit auseinander zu gehen: Für die einen ist das Recht auf Selbstverteidigung

---

51 Art. 16 (e) IMT-Statut, Nürnberg Principle V (e).

52 Art. 6 (3) (d) EMRK, Art. 14 (III) (e) IPbpR.

53 Art. 21(4) (e) ICTY-Statut, Art. 67 (1) (e) ICC-Statut.

54 Art. 16 (e) IMT-Statut, Nürnberg Principle V (e); vgl. allerdings auch unten zu Fn. 128.

55 Art. 6 (3) (d) EMRK, Art. 14 (3) (e) IPbpR, Art. 21(4) (d) ICTY-Statut, Art. 67 (1) (e) ICC-Statut.

56 Art. 16 (a) IMT-Statut, mit weiteren Details in Rule 2a in der IMT-Procedure, Nürnberg Principle V (a), ferner Art. 6 (3) (a) EMRK, Art. 14 (3) (a) IPbpR, Art. 21(4) (a) ICTY-Statut, Art. 67(1) (a) ICC-Statut.

57 Art. 14 (d) IPbpR, Art. 21 (4) (d) ICTY-Statut, Art. 67 (1) (d) ICC-Statut, wobei sich letzterenfalls aufgrund von verhandlungsstörenden Vorfällen in den ICTY-Verfahren die Notwendigkeit ergeben hatte, das Anwesenheitsrecht des Angeklagten unter einen Vorbehalt zu stellen.

offenbar derart selbstverständlich, dass man sich ohne weiteres Begründungsbedürfnis dem scheinbar weniger selbstverständlichen Recht auf Beistand eines Verteidigers zuwenden[58] oder im Sinne von Ausschließlichkeit sogar noch weiter gehend von einem „right not to be assisted by counsel" sprechen könne.[59] Demgegenüber können Formulierungen wie die, dass der Angeklagte das Recht zur Selbstverteidigung (nur ?) habe, „wenn er keinen Verteidiger gewählt hat und auch im Interesse der Rechtspflege keinen Verteidiger benötigt",[60] den Eindruck erwecken, als habe die Selbstverteidigung des Beschuldigten die Nicht-Verteidigung durch einen Dritten zur Vorbedingung. Bevor dieser Frage nach dem Verhältnis von Selbst- und Drittverteidigung nachzugehen ist, erscheint es jedoch angebracht, sich zunächst einmal die internationale Absicherung der Drittverteidigung zu vergegenwärtigen.

C. Drittverteidigung

Anders als bei dem im Deutschen einheitlich sogenannten Recht „sich selbst zu verteidigen" und den davon auch im Englischen kaum abweichenden Varianten,[61] ist das Recht auf Drittverteidigung in drei verschiedenen Fassungen vorzufinden. Während in den Nürnberger Texten dem Beschuldigten die „assistance of Counsel" zugesichert wird,[62] sprechen die Uniform Rules vom Recht des Beschuldigten „to be represented by counsel of his own selection."[63] Das damit zugesicherte Wahlrecht wird auch weiterhin aufrechterhalten, wobei aber nicht mehr von Repräsentation durch einen Counsel gesprochen, sondern zum Begriff der „legal assistance" zurückgekehrt und dies in der Weise mit der Selbstverteidigung kombiniert wird, dass dem Beschuldigten das Recht gegeben wird, „to defend himself ... through legal assistance of his own choosing".[64] Dementsprechend fallen auch die deutschen Übersetzungen unterschiedlich aus,[65] und zwar teils selbst bei identischer englischer Vorlage.[66]

---

58 So, ohne aber wohl in diesem Sinne verstanden sein zu wollen, *Spaniol* (o. Fn. 19) S. 1 sowie S. 223 mit Hinweis auf die „vorrangige Garantie der Selbstverteidigung".

59 So *Trechsel* (o. Fn. 27) S. 263 ff., wohl im gleichen Sinne bereits die Verfahrenskammer im Miloševic-Verfahren (vgl. *Williams*, unten Fn. 116, S. 562).

60 So *Peukert*, in: Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage 1996, Art. 6 Rn. 188 (S. 301).

61 Vgl. oben in und zu Fn. 39.

62 Art. 16 (d) IMT-Statut, Rule 2 (d) IMT-Procedure, Nürnberg Principle V (d).

63 Rule 7 (a) Uniform Rules.

64 Art. 6 (3) (e) EMRK, Art. 14 (3) (c) IPbpR, Art. 21(4) (d) ICTY-Statut sowie, wenngleich „to defend himself" ersetzend durch „to conduct the defence", Art. 67 (1) (d) ICC-Statut.

65 Während die „assistance of counsel"-Formel im IMT-Statut schlicht als Recht, „sich verteidigen zu lassen", wiedergegeben ist (Art. 16 [d]), findet sie sich bei der IMT-Procedure als Recht des Angeklagten, „sich des Beistandes eines Verteidigers zu bedienen", übersetzt (Art. 2 [d] Satz 1), wobei es sich dabei um die den Verteidigern im Nürnberger Prozess übergebene Fassung der Verfahrensordnung des Internationalen Militärgerichtshofs angenommen am 29. Oktober 1945, in: Sekretariat des Internationalen Militärgerichtshofes (Lawrence D. Egbert/Paul A. Joosten, Hrsg.), Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, 1947, S. 20-25 (20) handelt.

66 Während sich beispielsweise die EMRK-Garantie als Recht des Angeklagten, „den Beistand eines Verteidigers seiner Wahl zu erhalten", übersetzt findet (*Peukert* [o. Fn. 60] S. 150), wird derselbe englische Wortlaut der IPbpR-Garantie als Recht des Angeklagten, „sich durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen", wiedergegeben (so Beck-Texte im dtv).

Auch wenn diese Formulierungsvarianten nicht sonderlich gravierend erscheinen, sind doch gewisse Unterschiede bemerkenswert.

- Soweit lediglich von „legal assistance“[67] bzw. „Beistand“[68] die Rede ist, legt dies die Deutung nahe, dass die Hauptrolle der Verteidigung offenbar dem Beschuldigten verbleiben soll, während er von dritter Seite lediglich unterstützt wird. Als bloßer Assistent aber hätte der Drittverteidiger den Anweisungen des Beschuldigten als seinem Prinzipal zu folgen.
- Diese Deutung drängt sich um so mehr auf, wenn dem Beschuldigten bei dem ihm eingeräumten „choosing“ keine professionellen Vorgaben gemacht werden,[69] sodass er offenbar irgendjemanden zu seinem Beistand soll wählen dürfen.[70]
- Aber selbst da, wo ein wohl als professioneller Verteidiger zu verstehender „Counsel“ garantiert wird, bleibt dieser durch die Kennzeichnung seiner Rolle als den Beschuldigten „representing“[71] oder diesem „assistance“ gebend[72] weniger auf- als eher abgewertet.
- Auch soweit sich der Beschuldigte – statt in eigener Person – „durch“ einen Beistand verteidigen kann,[73] bleibt dessen Werkzeugfunktion nicht zu verkennen. Bemerkenswert ist ferner, dass sich das Recht auf freie Wahl eines Beistands erst seit den Uniform Rules von 1948 ausgesprochen findet.[74]
- Noch etwas länger, nämlich bis zum IPbpR, dauerte es, bis das Recht des Beschuldigten, über die Beiziehung eines Beistands belehrt zu werden, ausdrücklich Anerkennung fand.[75]
- Auch das noch besonders zu behandelnde Recht auf unentgeltliche Beiordnung eines Verteidigers war nicht von Anfang an garantiert.[76]
- Nicht zuletzt fehlte es lange an der ausdrücklichen Klarstellung des Zeitpunkts, von dem an der Beschuldigte zur Beiziehung eines Beistands berechtigt sein soll: Während sich dazu das Nürnberger IMT-Statut wie auch die EMRK völlig ausschwiegen, ergab sich immerhin aus Rule 2 (a) der IMT-Procedure, dass jedenfalls der seit

---

67 Wie in Art. 6 (3) (c) EMRK, Art. 14 (3) (d) IPbpR, Art. 21(4) (d) ICTY-Statut, Art. 67 (1) (d) ICC-Statut.

68 Wie in der deutschen Übersetzung der Regel 2 (d) IMT-Procedure.

69 Wie in den zuvor angeführten Artikeln der EMRK, des IPbpR sowie der ICTY- und ICC-Statuten.

70 Vgl. allerdings dazu auch die nachfolgend noch zu berücksichtigenden zusätzlichen Qualifikationskriterien.

71 So in Rule 7 der Uniform Rules.

72 Wie in Art. 16 (d) IMT-Statut, Rule 2 (d) IMT-Procedurc, Nürnberg Principle V (d).

73 Wie gemäß Art. 16 (e) IMT-Statut, Nürnberg Principle V (e), Art. 6 (3) (c) EMRK, Art. 14 (d) IPbpR, Art. 21(4) (d) ICTY-Statut, Art. 67(1) (d) ICC-Statut.

74 Rule 7 (a) Uniform Rules, Art. 6 (3) (c) EMRK, Art. 14 (d) IPbpR, Art. 21(4) (d) ICTY- Statut, Art. 67 (1) (d) ICC-Statut.

75 Art. 14 (3) (d) IPbpR, Art. 21(4) (d) ICTY-Statut, Art. 67 (1) (d) ICC-Statut. Immerhin war aber bereits nach Rule 2 (a) (4) IMT-Procedure dem in Haft befindlichen Angeklagten spätestens 30 Tage vor der Hauptverhandlung – neben anderem – eine Erklärung über sein Recht auf Rechtsbeistand zu übergeben.

76 Vgl. unten D. II.

mehr als 30 Tagen in Haft befindliche Beschuldigte einen Verteidiger beanspruchen kann. Nach Rule 7 (6) Uniform Rules hat der Beschuldigte, falls er sich einen bestimmten Verteidiger wünscht, einen entsprechenden Antrag unverzüglich nach Aushändigung der Anklage zu stellen, woraus zu schließen ist, dass er sich jedenfalls ab Anklageerhebung eines Beistands bedienen kann. Offen bleibt hingegen, ob er dazu auch schon in einem vorangehenden Ermittlungsverfahren berechtigt wäre. In dieser Hinsicht haben erst die ICTY- und ICC- Statuten insofern mehr Klarheit gebracht, als der Verdächtigte wohl bereits bei seiner ersten Vernehmung das Recht auf Beiordnung eines Rechtsbeistands haben soll.[77] Des weiteren wird daraus, dass der Beschuldigte zur Vorbereitung seiner Verteidigung ausreichend Zeit und Gelegenheit zum Verkehr mit seinem Verteidiger haben muss,[78] wie auch daraus, dass ein „suspect" oder „defendant" bei erster Gelegenheit die Gerichtskanzlei über seine Selbstverteidigungsabsicht informieren soll,[79] zu entnehmen sein, dass er sich vom ersten Verdachtsstadium an um die Mitwirkung eines Verteidigers bemühen kann.

Bei aller Unterschiedlichkeit in der Formulierung und zeitlichen Anerkennung scheinen sich die bisher betrachteten Gewährleistungen dennoch im grundsätzlichen Ansatz einig zu sein: Anders als die übliche Drittverteidigungspraxis es erwarten ließe, gehen die internationalen Verteidigungsgarantien – jedenfalls von ihrer sprachlichen Fassung her – offenbar alle primär vom Selbstverteidigungsrecht des Beschuldigten aus, der alternativ einen Drittverteidiger hinzuziehen oder sich von diesem vertreten lassen kann. Als dergestalt Assistierter oder Vertretener bleibt der Beschuldigte gleichwohl der Prinzipal, dem sich der Drittverteidiger verpflichtet wissen muss.

- Ganz abgesehen von der daraus entnehmbaren Abwertung, wie sie ein professioneller Verteidiger nicht leicht goutieren wird, bleibt jedoch zu fragen, ob die Drittverteidigung allein am Beschuldigten auszurichten ist oder nicht auch noch andere Interessen Berücksichtigung erheischen können. Das ist in der Tat der Fall, wie sich in dreifacher Hinsicht zeigen lässt:

- Zum einen daran, dass der Drittverteidiger unter Umständen weitergehende Befugnisse, wie beispielsweise das Akteneinsichtsrecht, haben kann, als sie dem Beschuldigten zugestanden werden.[80] Auch wenn solche Rechte zum individuellen Nutzen des Beschuldigten wahrzunehmen sind, kommt in deren Einräumung doch auch eine allgemeinen Fairnessgrundsätzen und damit letztlich auch staatlichen Gerechtigkeitsinteressen stützende Wertschätzung des Drittverteidigers zum Ausdruck.

- Zum zweiten ist eine solche Sonderstellung des Drittverteidigers nur dann gerechtfertigt, wenn er eine bestimmte Qualifizierung aufweisen kann. Dementsprechend ist der Beschuldigte in der Auswahl eines Verteidigers – wie anschließend zu zeigen – nicht völlig frei.

- Zum dritten kann dem Beschuldigten unter Umständen sogar gegen seinen Willen ein Drittverteidiger zugeordnet werden, wenn dies im ebenfalls zu berücksichtigenden Justizinteresse liegt. Damit wird zugleich das Verhältnis von Selbstverteidigung

---

77 Art. 18 (3) ICTY- Statut, Art. 55 (1) (c) ICC-Statut. Vgl. auch Rules 42, 44 und 45 ICTY-RPE.

78 Art. 14 (3) (b) IPbpR, Art. 21(4) (b) ICTY-Statut, Art. 47(1) (b) ICC-Statut.

79 Rule 45 (F) ICTY-RPE; ähnlich, wenngleich weniger spezifisch, Rule 21(4) ICC-PRE; vgl. allerdings auch Rule 20 (1) (c) ICC-RPE hinsichtlich verhafteter Personen.

80 Vgl. *Hans-Heiner Kühne* Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2003, S. 62, 122.

und Drittverteidigung auf eine harte Probe gestellt, was ebenfalls noch näher zu betrachten ist.

D. Wahlverteidigung und Beiordnung eines Verteidigers

I. Freie Verteidigerwahl unter beschränkenden Voraussetzungen

Soweit es um die alleinigen Interessen des Beschuldigten geht, wird es dieser, sofern er sich nicht ausschließlich selbst verteidigen will, grundsätzlich zu schätzen wissen, wenn er seinen Verteidiger frei und ohne einschränkende Vorgaben wählen kann. Eine derart weitgehende Wahlfreiheit wird jedoch in den hier in Betracht gezogenen völkerrechtlichen Instrumenten nur in unterschiedlichem Ausmaß eingeräumt.

- Der weiteste Spielraum findet sich in der EMRK und im IPbpR, wonach der Beschuldigte sich durch „legal assistance of his own choosing" verteidigen kann,[81] ohne dass für diesen Rechtsbeistand irgendwelche Qualifikationen vorgegeben würden.

- Demgegenüber war im Nürnberger IMT-Statut von vornherein nur der Beistand eines „Counsel" vorgesehen, und zwar ohne dass für die darin liegende Beschränkung auf einen professionellen Verteidiger Wahlfreiheit garantiert worden wäre.[82] Zudem war die Verteidigerwahl auf Personen beschränkt, die zum Auftreten als Rechtsbeistand in ihrem Heimatland berechtigt sind oder vom Gericht mit der Verteidigung besonders betraut werden.[83] Immerhin war aber der bereits mehr als 30 Tage in Haft befindliche Angeklagte über sein Recht auf Verteidigerbeistand zu unterrichten.[84] Auch das erstmals in den Uniform Rules ausdrücklich eingeräumte Recht auf einen „counsel of his own selection" wird zugleich durch bestimmte Qualifikationsanforderungen an dessen Person eingeschränkt.[85]

- Zwischen den beiden vorgenannten Positionen rangiert die Verteidigergarantie in den ICTY- und ICC-Statuten, indem zunächst – im Sinne der EMRK und des IPbpR – die Wahl eines nicht auf professionelle Verteidiger beschränkten Rechtsbeistands garantiert wird,[86] in den ergänzenden Rules of Procedure and Evidence hingegen recht strenge Qualifikationsanforderungen gestellt werden.[87]

---

81 Art. 6 (3) (c) EMRK bzw. Art. 14 (3) (b), (d) IPbpR.

82 Art. 16 (d) IMT-Statut (wortgleich übernommen in Nürnberg Principle V (d)). Immerhin lässt sich aber aus Art. 23 (2) IMT-Statut sowie aus Rule 2 (d) S. 2 IMT-Procedure eine gewisse Wahlfreiheit entnehmen. Tatsächlich scheint es in der Praxis auch keine Beschränkungen gegeben zu haben: so aus der Sicht eines Mitglieds der Verfolgungsbehörde *Benjamin D. Ferencz* Nurnberg Trial Procedure And the Rights of the Accused, in: Journal of Criminal Law and Criminology 39 (1948), S. 144-151 (146).

83 Art. 23 (2) IMT-Statut.

84 Rule 2 (a) IMT-Procedure.

85 Rule 7 (a) Uniform-Procedure.

86 Art. 21(4) (d) ICTY-Statut, Art. 67 (1) (d) ICC-Statut.

87 Vgl. Rules 44, 45 ICTY-RPE, Rules 20- 22 ICC-RPE. Zu Einzelheiten vgl. die Nachweise in Fn. 154.

Schaut man sich solche Auswahlvorbehalte etwas genauer an, so finden sich im Wesentlichen drei verschiedene Zulassungsvoraussetzungen:

- Zum einen begnügt man sich mit einer Orientierung am nationalen Recht, indem als Verteidiger jeder herangezogen werden kann, der vor den Gerichten seines Heimatlandes als Rechtsbeistand aufzutreten berechtigt ist.[88]
- Ferner kommt jede vom Gerichtshof besonders mit der Verteidigung betraute Person in Betracht,[89] ohne dass allerdings für diese besondere Zulassung bestimmte Voraussetzungen genannt würden.
- Umso umfangreicher ist der Qualifizierungskatalog nach den Verfahrensregeln des ICTY und des ICC, indem man sich nicht mit einer nationalen Zulassung als Anwalt oder mit dem Status eines Rechtsprofessors an einer Universität begnügt, sondern – unter anderem – die schriftliche und mündliche Beherrschung einer der beiden Arbeitssprachen des Gerichts[90] sowie die untadelige Mitgliedschaft in einer am Tribunal zugelassenen Berufsvereinigung verlangt wird.[91] Zudem werden für die Zulassung am ICC bereits vorhandene Sachkunde im Völkerrecht oder im Straf- und Strafverfahrensrecht wie auch entsprechende praktische Erfahrungen auf diesen Gebieten vorausgesetzt.[92]
- Des Weiteren ist über die vorgenannten Zulassungsvoraussetzungen hinaus das Verhalten des Verteidigers vor allem in den neueren Regelungen in zweifacher Hinsicht strengen Kontrollen unterworfen: zum einen durch berufsständische Regeln[93] und zum anderen durch die für die Common Law Tradition typische Disziplinierbarkeit von Verteidigerverhalten durch gerichtliche Verurteilung wegen „contempt of court".[94]

Solche professionellen Anforderungen sind schwerlich allein aus der Sicht des Beschuldigten erklärbar; denn ebenso wie er sich selbst auch ohne juristische Vorbildung zu seiner eigenen Verteidigung berechtigt halten darf, könnte ihm auch die Vorbildung oder nationale Zulassung eines Drittverteidigers gleichgültig sein, wenn er den als Beistand Ausersehenen auch ohne berufsübliche Zertifikate für kompetent hält. Auch dass es mit einem Anwaltserfordernis um die indirekte Förderung dieses Berufsstandes ginge, eine derartige Arbeitsbeschaffungspolitik wird man den Qualifizierungserfordernissen ebenso wenig unterstellen dürfen. Vielmehr ist deren Zweck offenbar darin zu erblicken, dass im Interesse einer funktionierenden Strafjustiz bestimmte Verteidigungsstandards gewährleistet sein sollen. Insofern soll die mögliche Unterstützung durch einen qualifizierten Rechtsbeistand

---

88 Art. 23 (2) IMT-Statut, Rule 7 (a) Uniform-Rules.

89 Art. 23 (2) IMT-Statut, Rule 7 (a) Uniform-Procedure.

90 Wobei von diesem Englisch- oder Französischerfordernis allerdings nicht selten Befreiung erteilt wird; vgl. *Tolbert* (o. Fn. 2) S. 978.

91 Rule 44 ICTY-RPE.

92 Rule 22 ICC-RPE. Zu weiteren Einzelheiten – insbesondere auch zu den für eine Zulassung als Verteidiger zu beachtenden Verfahrensregeln – vgl. die Nachweise in Fn. 154.

93 Näher dazu *Kay/Swart* (o. Fn. 1) S. 1432 f., *Christoph J. M. Safferling* International Criminal Procedure And Its Participants: An Examination of the Interaction of Judges, Prosecutor And Defense at the Yugoslav Tribunal, in: Yearbook of International Humanitarian Law 5 (2002), S. 219-252 (226 f.),

94 Näher dazu *Kay/Swart* (o. Fn. 1) S. 1433 f., *Safferling* (o. Fn. 93) S. 226 f.

nicht nur den Individualinteressen des Beschuldigten, sondern auch dem Allgemeininteresse an einer funktionsfähigen Strafgerichtsbarkeit dienen.[95]

Trotz dieses Mitschwingens von öffentlichen Kontrollinteressen lässt sich der freiwillig beigezogene und nach eigenem Gutdünken gekürte „Wahlverteidiger" als dessen „alter ego" verstehen, der primär, wenn nicht gar exklusiv, den Interessen des Beschuldigten zu dienen hat.

Das ist nicht mehr mit gleicher Ausschließlichkeit gewährleistet, wenn der Verteidiger nicht mehr vom Beschuldigten selbst ausgewählt, sondern von justizieller Seite beigeordnet wird. Zudem können die Interessen, je nachdem, ob dem Beschuldigten auf eigenen Wunsch ein Verteidiger bestellt oder ihm zwangsweise beigeordnet wird, unterschiedlich gewichtet sein.

II. Bestellung eines Verteidigers bei Mittellosigkeit des Beschuldigten

Das Recht auf freie Wahl eines Verteidigers ist natürlich praktisch nur so viel wert, wie sich der Beschuldigte einen kompetenten Verteidiger finanziell leisten kann.

- Zur Zeit der Nürnberger Prozesse scheint das Beibringen der erforderlichen Mittel eine Privatsache gewesen zu sein. Nachdem sich das IMT-Statut dazu ausgeschwiegen hatte, war in den IMT-Rules zwar die Beiordnung eines Verteidigers vorgesehen, wenn sich der Beschuldigte nicht innerhalb einer bestimmten Frist um einen bestimmten Verteidiger bemüht und nicht erklärt hatte, sich selber verteidigen zu wollen.[96] Indessen blieb dabei offen, wer für die Kosten einer solchen Verteidigerbestellung durch das Tribunal aufzukommen hatte.[97]
- Solche Zweifel wurden spätestens mit der EMRK beseitigt, indem im Falle von Mittellosigkeit dem Beschuldigten unentgeltlich ein Verteidiger zu bestellen ist, vorausgesetzt jedoch, dass dies „im Interesse der Rechtspflege" erforderlich ist.[98]

In dieser Verbindung von Mittellosigkeit und Rechtspflegeinteresse wird die doppelte Zielsetzung von Verteidigung sichtbar: Auf der einen Seite soll sie dem menschenrechtlich gewährleisteten Individualinteresse des Beschuldigten, sich effektiv – und dafür erforderlichenfalls mit Hilfe eines Rechtsbeistands – gegen den Vorwurf von Straftaten verteidigen zu können, dienen. Indem jedoch andererseits die Unentgeltlichkeit vom Rechtspflegeinteresse abhängig gemacht wird, drängt sich dadurch – unter gleichzeitiger Relativierung des Individualinteresses – das öffentliche Interesse an Verteidigung als Element eines rechtsstaatlich-fairen Verfahren in den Vordergrund.[99]

---

95 Vgl. *Barton* (o. Fn. 19) S. 12 ff.

96 Rule 2 (d) IMT-Procedure; auch übernommen in Rule 7 (d) Uniform Rules.

97 Auch ohne ausdrückliche Garantie scheinen jedoch die Verteidiger der Nürnberger Angeklagten auf deutsche Staatskosten großzügig entlohnt worden zu sein: vgl. Ferencz (o. Fn. 82) S. 147.

98 Art. 6 (3) EMRK; im gleichen Sinne, wenn auch in etwas anderem Wortlaut, vgl. Art. 14 (3) (d) IPbpR, Art. 21(4) (d) ICTY-Statut, Art. 67 (1) (d) ICC-Statut. Kritisch zu den Zulassungsvoraussetzungen vgl. *Michael Greaves* The Right to Counsel before the ICTY and the ICTR for Indigent Suspects: An Unfettered Right?, in: May, Essays (o. Fn. 30), S. 177- 185.

99 Wobei die zugrundeliegenden Motive ihrerseits unterschiedlich gewichtet sein können: vgl. etwa einerseits die Betonung des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausgestaltung als Gebot fairer Verfahrensführung in BVerfGE 49 (1978), 202 (210) oder andererseits die Betonung von „Waf-

III. Obligatorische Beiordnung eines Verteidigers

Das öffentliche Interesse an Drittverteidigung wird natürlich umso übergewichtiger, je mehr dem Beschuldigten auch gegen seinen Willen ein Verteidiger beigeordnet werden kann.

Im deutschen Recht ist diese als „notwendige Verteidigung" mögliche Beiordnung eines „Pflichtverteidigers" vergleichsweise klar in den §§ 140-142 StPO[100] und im Grundsätzlichen wohl auch weitgehend unangefochten geregelt.[101] Demgegenüber bewegt man sich in diesem Fragenbereich auf internationalstrafgerichtlicher Ebene auf einem noch weithin offenen und umstrittenen Gelände.[102]

- Während sich das Nürnberger IMT-Statut zur gerichtlichen Beiordnung eines Verteidigers noch völlig ausgeschwiegen hatte, ist in der IMT-Procedure die Designierung eines Verteidigers vorgesehen, wenn der Beschuldigte keinen Antrag auf einen besonderen Verteidiger gestellt und sich nicht ausdrücklich zu seiner Selbstverteidigung erklärt hat.[103] Gleichermaßen kommt eine gerichtliche Bestellung in Betracht, wenn ein vom Angeklagten gewählter Verteidiger nicht oder nicht rechtzeitig verfügbar ist.[104] In dieser wie auch in der von den Uniform Rules inhaltsgleich übernommenen Regelung[105] bleibt jedoch offen, ob es sich dabei um „notwendige Verteidigung" in dem Sinne handelt, dass dem Beschuldigten auch gegen seinen erklärten Willen ein „Pflichtverteidiger" zugeordnet werden kann.
- Eine solche obligatorische Beiordnung scheint jedenfalls die EMRK nicht beabsichtigt zu haben; denn selbst soweit darin erstmals das Rechtspflegeinteresse an der Beiordnung eines Verteidigers ins Spiel gebracht wird,[106] ist dieses wohl in erster Linie als ein Unentgeltlichkeitskriterium zu verstehen.[107]
- Dagegen kommt die IPbpR-Regelung dem Konzept der „notwendigen Verteidigung" bereits recht nahe, wenn dem Beschuldigten ein Verteidiger immer dann beigeordnet werden soll, wenn das Rechtspflegeinteresse dies erfordert, wobei

---

fengleichheit" bei *Ackerman* (o. Fn. 30) S. 169 und *Gallant* (o. Fn. 157) S. 90 ff. bzw. die „integrity of the judicial process" bei *Bassiouni* (o. Fn. 18) S. 283,

100 Wobei freilich bei der in Deutschland üblichen Redeweise von „notwendiger Verteidigung", „Pflichtverteidiger" oder „bestelltem Verteidiger" Vorsicht geboten ist, da diese wie auch ähnliche Kennzeichnungen einerseits teilweise deckungsgleich und andererseits nicht immer klar voneinander abzugrenzen sind. Vgl. *Eser* (o. Fn. 29) S. 160 ff. sowie *Barton* (o. Fn. 19) S. 90 ff.

101 Soweit ersichtlich, geht es bei Änderungsvorschlägen zur „notwendigen Verteidigung" jeweils nur um Verbesserungen, nicht aber um ihre grundsätzliche Infragestellung; vgl. etwa *Kühne* (o. Fn. 80) S. 105 ff.

102 Vgl. *Richard J. Wilson* Assigned defense counsel in domestic and international war crimes tribunals: The need for structural approach, in: International Criminal Law Review 2 (2002), S. 145-194.

103 Rule 2 (d) S. 2 IMT-Procedure.

104 Rule 2 (d) S. 3 IMT-Procedure.

105 Rule 7 (d) S. 2 und 3 Uniform Rules.

106 Art. 6(3) (c) EMRK.

107 So jedenfalls nach dem Gesamteindruck der von *Peukert* referierten Rechtssprechung (in: Frowein/Peukert, Fn. 60, Rn. 194-199), wobei aber immerhin gemäß Entscheidung des EGMR E 12350/86 vom 5.9.1990 eine Pflichtverteidigerbestellung auch ungeachtet des Wunsches nach Selbstverteidigung eines erfahrenen Juristen im Rechtspflegeinteresse möglich sein soll (Rn. 197).

dies im Falle von Mittellosigkeit des Beschuldigten unentgeltlich geschehen soll.[108] Gleiches gilt für die ohnehin nahezu wortgleichen Regelungen in den ICTY- und ICC-Statuten,[109] wobei zur obligatorischen Beiordnung eines „duty counsel" für das erste Erscheinen eines Verhafteten vor dem ICTY sogar das englische Äquivalent des „Pflichtverteidigers" Eingang in den internationalstrafrechtlichen Sprachgebrauch gefunden hat.[110]

Was sich aus den derzeit noch rudimentären Ansätzen im Sinne eines weiteren Ausbaus „notwendiger Verteidigung" noch alles entwickeln kann, ist schwer vorauszusagen. Jedenfalls bleibt zweierlei festzuhalten:

- Zum einen ist nicht zu verkennen, dass mit der Möglichkeit obligatorischer Beiordnung eines Drittverteidigers das Allgemeininteresse an einem rechtsstaatlich integren und fairen Strafverfahren[111] ein deutliches Übergewicht über das individuelle Verteidigungsinteresse des Beschuldigten erlangt. Selbst wenn der Beschuldigte vom Einsatz des von ihm abgelehnten „Pflichtverteidigers" profitieren mag, handelt es sich dabei gewissermaßen lediglich um eine Art von „aufgedrängtem Schutzreflex".
- Zum anderen erfährt durch die Möglichkeit obligatorischer Drittverteidigung das Verhältnis zur Selbstverteidigung des Beschuldigten besondere Brisanz. Deshalb kann es nicht verwundern, dass sich gerade diese Frage mangels klarer Regelung auf internationalstrafrechtlicher Ebene zu einem heißen Konzeptions- und Prinzipienstreit entwickelt hat.

E. Selbstverteidigung und Drittverteidigung: (nur) alternativ oder (auch) kumulativ?

Aus deutscher Sicht mag die vorangehende Frage nach alternativem oder kumulativem Verhältnis von Selbstverteidigung und Drittverteidigung verwundern. Denn sofern mir bei einer – zugegebenermaßen hier nur kursorisch möglichen – Durchsicht der Strafprozess- und Verteidigungsliteratur nichts Gegenteiliges entgangen sein sollte, scheint die Möglichkeit eines Nebeneinanders von Selbstverteidigung und Verteidigerbeistand hierzulande derart selbstverständlich zu sein, dass dazu keine grundsätzliche Problematisierung zu finden ist. Gewiss bleibt die Klugheit eines sich selbst verteidigenden Beschuldigten nicht unbezweifelt,[112] ebenso wie nicht verkannt wird, dass dem Beschuldigten persönlich bestimmte Verteidigungswege, wie etwa durch Akteneinsicht, verschlossen bleiben können, die einem professionellen Verteidiger offenstehen.[113] Solche Vorbehalte sind jedoch offenbar kein Grund, um dem Beschuldigten entweder nur die Selbstverteidigung oder nur die Vertretung durch einen Verteidiger zu gestatten. Dass vielmehr beides miteinander vereinbar sein soll, findet etwa darin Ausdruck, dass man in den Normen der EMRK und des

---

108 Art. 14 (3) (d) IPbpR.

109 Art. 21(4) (d) ICTY-Statut, Art. 67 (1) (d) ICC-Statut.

110 Rule 45 (C) ICTY-RPE. Vgl. *Nina H. B. Jørgensen* The Problem of Self-Representation at International Criminal Tribunals, in: Journal of International Criminal Justice 4 (2006), S. 64-77 (72).

111 Oder welche sonstigen Interessen auch immer für eine „notwendige Verteidigung" angeführt sein mögen: vgl. *Barton* (o. Fn. 19) S. 12 ff.

112 Wie etwa von Dabs (o. Fn. 35) S. 8 artikuliert.

113 Vgl. oben zu Fn. 80.

IPbpR vorbehaltlos „das Recht auf Verteidigerbeistand sowie auf Selbstverteidigung" bekräftigt sieht[114] bzw. gleichsinnig von „Recht auf Selbstverteidigung und [statt nur oder] auf Verteidigerbeistand" gesprochen wird.[115]

Ein ganz anderes, wenn nicht gar gegensätzliches Bild bietet sich auf der internationalen Bühne, auf der Selbstverteidigung und Drittverteidigung eher als alternatives „entweder-oder" verstanden werden und demzufolge nicht kumulativ „sowohl als auch" möglich sein sollen. Ohne die kontroverse Entwicklung – wie ursprünglich beabsichtigt war, sich aber in diesem Rahmen als nicht durchführbar herausgestellt hat – im Einzelnen nachzeichnen zu können, seien wenigstens die vor allem in den Verfahren gegen Šešelj, Miloševic und Krajišnik vertretenen Positionen in der Rechtssprechung des ICTY angedeutet.[116]

- Als das ICTY im Verfahren gegen Vojislav Šešelj über das Recht auf Verteidigung in eigener Person zu befinden hatte, sah die Verfahrenskammer durch die Selbstverteidigung nicht automatisch das Recht auf Drittverteidigung aufgehoben; vielmehr werde in der Garantie des Rechts „to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing" das Wort „or" missverstanden, wenn man daraus schließen wolle, dass die Selbstverteidigung die Ernennung eines Rechtsbeistands ausschließe oder umgekehrt.[117] Selbst bei dieser zugunsten kumulativer Wahrnehmung von Selbstverteidigung und Rechtsbeistand sprechenden Entscheidung bleibt jedoch zu beachten, dass die Verfahrenskammer dafür offenbar nur einen sogenannten „standby counsel" zulassen wollte, im Unterschied zu einem – dem deutschen Pflichtverteidiger vergleichbaren – „assigned counsel": Während letzterem eine volle Vertretungsbefugnis für den Angeklagten zustünde, soll der „standby counsel" lediglich nach den Anweisungen des Beschuldigten zu assistieren haben.[118]
- Nicht einmal zur Beiordnung eines standby counsel vermochte sich wenig später das Gericht im Verfahren gegen Slobodan Miloševic zu verstehen.[119] Nachdem die Verfahrenskammer bereits bei einem vorangegangenen mündlichen Beschluss die Beiordnung eines Verteidigers als „not normally appropriate in adversarial proceedings

---

114 *Barton* (o. Fn. 19) S. 7f.

115 So *Eschelbach*, in: Widmaier (o. Fn. 25) S. 1206.

116 Zu Einzelheiten der nachfolgend angeführten Rechtssprechung vgl. *Jørgensen* (o. Fn. 23) S. 718 ff. sowie zur neueren Entwicklung *Sarah Williams/Hannah Woolaver* The Role of the Amicus curiae Before International Criminal Tribunals, in: International Criminal Law Review 6 (2006), S. 151-189, *Mohamed Elewa Badar/Nora Karsten* Current Developments at the International Criminal Tribunals, in: International Criminal Law Review 7 (2007), S. 161-186 (177 ff.), *Michael P. Scharf* Self-Representation versus Assignment of Defence Counsel Before International Tribunals, in: Journal of International Criminal Justice 4 (2006), S. 12-30; *Joanne Williams* Slobodan Miloševic and the Guarantee of Self- Representation, in: Brooklyn Journal of International Law 32 (2007), S. 554-602.

117 Prosecutor v. Šešelj, IT-03-06-PT, Decision On Prosecutions's Motion For Order Appointing Counsel To Assist Vojislav Šešelj With His Defence, 9 May 2003, para. 29.

118 In diesem Sinne die Differenzierung der Beschwerdekammer in Prosecutor v. Šešelj, IT- 03-06-AR73.4, Decision on Appeal Against the Trial Chamber's Decision (No. 2) On Assignment of Counsel, 8 Dezember 2006, paras. 6, 24, 26.

119 Prosecutor v. Slobodan Miloševic IT-02-54, Reasons for Decision on the Prosecution Motion Concerning Assigment of Counsel, 4 April 2003. Eingehend zu diesem Verfahren *Williams* (Fn. 116),

such as these" bezeichnet hatte,[120] wurde die Beiordnung eines Verteidigers abgelehnt, sodass es bei der bloßen Mitwirkung eines schon zuvor bestellten „Amicus curiae" verblieb, der den Beschuldigten nicht repräsentieren kann und auch weniger diesem als vielmehr dem Gericht in der ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens zu dienen hat.[121] In gleichsinniger Zurückhaltung gegenüber einer kumulativen Selbst- und Drittverteidigung werden diese auch in der Entscheidung der Beschwerdekammer in „binary Opposition" gesehen.[122]

- Nachdem in diesen und weiteren Parteieinlassungen und Entscheidungen betont worden war, dass das Recht auf Selbstverteidigung kein absolutes sei und daher Beschränkungen unterworfen werden könne,[123] kann es denn auch kaum noch verwundern, dass auf dem Boden exklusiver Alternativität von Selbst- und Drittverteidigung im Falle überwiegenden öffentlichen Interesses an der Integrität des Verfahrens das Selbstverteidigungsrecht den Kürzeren ziehen könnte. So ist es dann tatsächlich in einer weiteren Šešelj-Entscheidung geschehen, in dem diesem permanent obstruktiven Angeklagten die Teilnahme am Verfahren nur noch „through counsel only" gestattet[124] und damit sein „Selbstverteidigungsstatus beendet" wurde.[125] Damit war der alternative Weg zur Beiordnung eines „assigned counsel" frei, der – im Unterschied zu einem bloßen „standby counsel" – volles Vertretungsrecht für den Beschuldigten hätte.[126]

---

120 Prosecutor v. Miloševic IT-02-54, Oral Ruling by the Trial Chamber, 6 August, 2002 (Transcript p. 14574).

121 Prosecutor v. Miloševic Order Inviting Designation of Arnicus curiae, IT-02-54, 30 August 2001. Allerdings hat sich in der ICTY-Praxis die Rolle der nach Rule 74 ICTY- RPE möglichen Figur des „amicus curiae", wie sie vor allem aus dem amerikanischen Recht bekannt ist (vgl. unten Fn. 143), immer wieder verändert, so dass Judge *Kwon* im Miloševic-Verfahren darin sogar eine dem Verteidiger vergleichbare Rolle sah (Transcript von 2 September 2004, S. 32388), wogegen sich freilich tatsächlich ernannte Amici ihrerseits zu verwahren scheinen: vgl. *Jarinde Temminck Tuinstra* Assisting an Accused to Present Himself. Appointment of Amici Curiae as the Most Appropriate Option, in: Journal of International Criminal Justice 4 (2006), S. 47-63 (52 ff.).

122 Prosecutor v. Miloševic IT-02-54-AR73.7, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Counsel, 1 November 2004, para. 11.

123 Vgl. insbesondere – mit weiteren rechtsvergleichenden Nachweisen – Prosecutor v. Miloševic IT-02-54-AR73.7, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Counsel, 1 November 2004, para.12, ferner Colquitt (Fn. 37) S. 62 f.

124 Prosecutor v. Šešelj IT-03-67-PT, Decision on Assignment of Counsel, 21 August 2006, paras. 80 f.

125 Wie von der Verfahrenskammer in einer ihrer Entscheidung nachfolgenden Order ausdrücklich festgestellt: Prosecutor v. Šešelj IT-03-67-PT, Order Concerning Appointment of Standby Counsel and Delayed Commencement of Trial, 25. Oktober 2006, para. 2.

126 In diesem Sinne die Differenzierung der Beschwerdekammer in Prosecutor v. Šešelj IT- 03-06-AR73.4, 8 December 2006 (Fn. 118), paras. 6, 24, 26. Dass die diesbezüglichen Beschlüsse und Verfügungen der Verfahrenskammer von der Beschwerdekammer teilweise aufgehoben wurden (wie dem Verfahrensrückblick in der vorgenannten Beschwerdeentscheidung in paras. 1 ff. zu entnehmen), hat nicht zu bedeuten, dass die Beschwerdekammer hinsichtlich des Verhältnisses von Selbst- und Drittverteidigung einen von der Verfahrenskammer abweichenden Standpunkt eingenommen haute, hatten die Aufhebungen doch mehr in formalen Verfahrensrügen ihren Grund. Vgl. auch *Temminck Tuinstra* (o. Fn. 101) S. 55 ff.

- Abweichend von dem vorangehenden Alternativtrend schien sich im Verfahren gegen Krajišnik zunächst eine Wende in kumulative Richtung anzudeuten, indem nämlich dem Angeklagten – als Ausnahme vom gewöhnlichen Regime – gestattet wurde, das Kreuzverhör seines Verteidigers mit eigenen Fragen zu ergänzen,[127] ein Recht, das insbesondere vom Nürnberger Tribunal den Angeklagten ausdrücklich verwehrt worden war.[128]
- Demgegenüber hat der Exklusivitätsgedanke wiederum starken Aufwind im Beschwerdeverfahren von Krajišnik gefunden, indem diesem zu seiner Verteidigung einerseits volles Selbstvertretungsrecht eingeräumt wurde, aber andererseits dem öffentlichen Interesse an einem ordnungsgemäßen Verfahren lediglich durch die Bestellung durch Amici curiae Rechnung zu tragen sei.[129] Die dem offensichtlich zugrundeliegende Annahme einer exklusiven Alternativität von Selbstverteidigung und Drittverteidigung wird in einem separaten zustimmenden Votum von Judge Shahabuddeen mit der Feststellung: „Self-representation and assignment of counsel are not consistent"[130] dezidiert offengelegt.

Als einziger prinzipieller Dissenter von dem am ICTY vorherrschenden „Entweder-oder"-Ansatz ist bislang wohl nur Judge Schomburg hervorgetreten, indem er die Dichotomie, wonach das Recht auf Selbstverteidigung das Recht auf Rechtsbeistand negiere, für grundsätzlich falsch erklärt.[131]

Fragt man nach Gründen für die in der Tat wenig überzeugende Exklusivitätsrechtssprechung des ICTY, so dürften diese in der unverkennbaren Anlehnung an amerikanische Vorbilder zu finden sein. Dabei ist dort bereits die grundrechtliche Ausgangsposition eine andere und zudem die einschlägige US-Rechtsprechung ihrerseits alles andere als konsistent und unangefochten.

- So beginnen die amerikanischen Besonderheiten bereits damit, dass im 6. Zusatzartikel zur US-Verfassung nur das Recht auf Beistand eines Verteidigers ausdrücklich garantiert ist.[132] Deshalb brauchte es, wie schon zuvor erwähnt, bis zur Entscheidung des US-Supreme Court in Faretta im Jahr 1975, um auch das Recht auf „self-representation" des Beschuldigten zu etablieren.[133] In diesem Sinne wird inzwischen die Selbstverteidigung als eine der höchstgeschätzten Ideale der Zivilisation, näm-

---

127 Prosecutor v. Krajišnik:Mik IT-00-39-T, Transkript vom 26. Mai 2005, T-13415-7, 13439-40. Vgl. aber auch Trial Chamber, Reasons for Oral Decision Denying Mr. Krajignik's Request to Proceed Unrepresented By Counsel, 18 August 2005, para. 3.

128 So laut *John Alan Appleman* Military Tribunals and International Crimes, 1954, S. 92 f.

129 Prosecutor v. Momcilo Krajišnik Appeal's Chamber, Decision on Momcilo Krajišnik's Request to Self-representation, IT-00-39-A, 11 May 2007, paras. 8 ff., 16 ff., 24.

130 Prosecutor v. Momcilo Krajišnik (o. Fn. 129), Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, para. 34. Mit Berufung auf diese Krajišnik-Entscheidung musste sich auch der Angeklagte Zdravko Tolimir in einer Statuskonferenz darüber belehren lassen, dass „self-representation and legal assistance from the Tribunal are mutually exclusive" (laut Pressebericht von SENSE-Tribunal vom 14.09.2007).

131 Prosecutor v. Momcilo Krajišnik (o. Fn. 129), Fundamentally Dissenting Opinion of Judge Schomburg on the Right to Self-representation, para. 2.

132 Vgl. oben in und zu Fn. 22.

133 Vgl. oben in und zu Fn. 23 mit weiteren Nachweisen.

lich „the right of an individual to determine his own destiny", bezeichnet[134] und damit die Würde und Autonomie des Angeklagten bestätigt.[135] Aber selbst dort, wo das Recht auf Selbstverteidigung inzwischen sogar in den Verfassungen zahlreicher Einzelstaaten der USA verankert ist,[136] tun sich die Gerichte schwer, Selbstverteidigung und Drittverteidigung gleichberechtigt nebeneinander anzuerkennen.[137]

- Einer der juristischen Gründe für die zögerliche Akzeptierung der Selbstverteidigung könnte – neben wohlmeinenden Zweifeln an der Klugheit solchen Vorgehens[138] und wohl noch mehr wegen prozessökonomischer Befürchtungen von Verfahrensobstruktion[139] – darin liegen, dass man Selbstvertretung des Angeklagten nur meint gewähren zu können, wenn dieser zuvor in aller Form auf sein Grundrecht auf Rechtsbeistand durch einen Verteidiger verzichtet hat.[140]

- Wenn in dieser Weise der Verzicht auf Drittverteidigung zur Voraussetzung der Selbstverteidigung gemacht und dadurch beide in alternativer Exklusivität einander gegenübergestellt werden, dann bleibt für ein kumulatives Nebeneinander beider naturgemäß nur wenig Raum. Wenn überhaupt, so ist ein solcher praktisch nur auf zwei Wegen zu gewinnen: Zum einen dass man mit Ausnahmen von der verfassungsrechtlichen Rechtsbeistandsgarantie zugunsten von Selbstverteidigung arbeitet, diese aber ihrerseits wiederum im Falle gesundheitlicher Verteidigungsunfähigkeit[141] oder missbräuchlicher Verfahrensobstruktion einschränken lässt;[142] oder dass man zum anderen neben der Selbstverteidigung nur Minderformen anwaltlicher Mitwirkung erlaubt: wie durch einen den Beschuldigten lediglich assistierenden standby counsel[143] oder einem primär dem Gericht dienenden Amicus curiae.[144]

- Dieser nur mit manchen Winkelzügen durchhaltbare Exklusivitätskurs wird jedoch offenbar auch in den USA immer mehr für fragwürdig gehalten. So mehren sieh sowohl die Fälle wie auch die Stimmen, die in Form von „hybrid representation" ei-

---

134 So in Jones v. Barnes 463 U.S. 745, 753 n.6 (1983).

135 Vgl. *McKaskle v. Wiggins* 465 U.S. 168, 176-77 (1984).

136 Wie namentlich in den Verfassungen von Connecticut State Constitution, Art. 1st, sec. 8, New York State Constitution, Art. I, 6, Texas State Constitution, Art. 1, sec. 10, wo jeweils von Verteidigung in eigener Person und (also nicht nur oder) durch einen Anwalt die Rede ist und diese mögliche Kumulation in der Texas Constitution sogar noch durch „both" wörtlich hervorgehoben wird. Vgl. zum Ganzen auch *Colquitt* (Fn. 37) S. 79 ff.

137 Negative Beispiele dieser Art finden sich in Landers v. State (Texas), 550 S.W. 2d. 272 (1977), People v. Richardson (New York), 149 N.E. 2d 875 (1958), State v. Gethers (Connecticut), 407 A. 2d 408 (1985).

138 Vgl. oben in und zu Fn. 34.

139 Vgl. etwa die von Chief Justice *Burger* beifällig aufgenommene Bemerkung von Justice *Douglas*: „Laymen, foolishly trying to defend themselves, may understandably create awkward and embarrassing scenes", in: Mayberry v. Pennsylvania, 400 US. 455, 462, 468 (1971).

140 Zu den recht strengen Anforderungen an einen wirksamen „waiver" des Rechts auf einen Verteidiger vgl. – unter anderem – *Chused* (o. Fn. 34) S. 636 f., 660, *Colquitt* (o. Fn. 37) S. 64 ff., 105 ff.

141 Vgl. *Colquitt* (o. Fn. 37) S. 61, *Williams* (Fn. 116) S. 576.

142 Vgl. *Williams* (o. Fn. 116) S. 576 ff.

143 Vgl. *Note* (o. Fn. 34) S. 311 ff., *Colquitt* (Fn. 37) S. 67 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

144 Vgl. *Williams/Woolaver* (o. Fn. 116) S. 151 ff. mit weiteren Nachweisen.

ne „concurrent representation by both defendant and counsel" zulassen wollen.[145] Bei dieser Form der Verteidigung teilen sich der Angeklagte und der Anwalt die Rolle des Verteidigers, wobei ersterer durchaus die Führung des Falles soll übernehmen können.[146]

Richtet man von dieser Entwicklung den Blick zurück auf die Selbstverteidigungsrechtsprechung des ICTY, mag es verwundern, dass man den amerikanischen Vorbildern nur auf dem Exklusivitätskurs gefolgt ist, ohne aber dann auch die kumulative Wende zur „hybriden Verteidigung" mitzumachen.

- Dabei müsste der Schritt zu kumulativer Zulassung von Selbstverteidigung und Drittverteidigung dem ICTY schon aus konstitutionellen Gründen leichter fallen, nachdem im ICTY-Statut – anders als in der nur den Drittbeistand garantierenden US-Verfassung – sowohl die Selbstverteidigung als auch die Drittverteidigung gleichrangig garantiert werden,[147] ohne dass sich dem Wortlaut auch nur andeutungsweise entnehmen liege, dass die eine Form der Verteidigung hinter der anderen zurückzutreten hätte.[148] Insofern stehen Selbstverteidigung und Drittverteidigung weder in der einen noch in der anderen Richtung in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zueinander, ganz zu schweigen davon, dass man auf das eine Recht völlig verzichten müsste, um das andere wahrnehmen zu können. Gegenteiliges ist auch nicht dem in der Selbstverteidigung und der Drittverteidigung zwischengestellten „or" zu entnehmen. Gewiss kann ein „oder" in der Weise mehrdeutig sein, dass es im Sinne eines alternativen „Entweder-oder" wie auch eines kumulativen „Sowohl-als-auch" verstanden werden kann. Ersteres wird jedoch im Sinne einer streng-exklusiven Alternativität nur dann anzunehmen sein, wenn dem „oder" ein „entweder" vorangestellt ist oder der Sinnzusammenhang eindeutig dazu zwingt. Keines von beidem ist jedoch hier der Fall. Im Gegenteil: nachdem seit der EMRK die Drittverteidigung dahingehend beschrieben wird, dass sich der Beschuldigte „through" legal assistance verteidigt, wird er selbst in diesem Fall durch den Drittverteidiger nicht völlig verdrängt, sondern bleibt – in kumulativem Sinne – Mitbeteiligter an seiner Verteidigung.[149]
- Auch wenn die betreffenden Beistandsgarantien dem Wortlaut nach auf die Beiziehung eines Wahlverteidigers gemünzt sind, schließt dies, zumal bei der Normschaf-

---

145 State v. Cornell, 878 P.2d 1352, 1363 (Arizona 1994); vgl. ferner Locks v. Sumner 703F.2d 403, 407 (1983) (9th Cir.); Metcalf v. State, 629 So. 2d558, 562 (Mississippi 1993); Merrit v. State, 475 S.E.2d 684, 686 (Georgia 1996).

146 Vgl. Locks v. Sumner 703 F.2d 403, 407 (1983) (9th Cir.); Metcalf v. State, 629 So. 2d558, 562 (Mississippi 1993); Merrit v. State, 475 S.E.2d 684, 686 (Georgia 1996); Mc Kaskle v. Wiggins, 465 U.S. 168, 178.179 (1984); vgl. im Ganzen auch *Chused* (o. Fn. 34) und *Colquitt* (o. Fn. 37) S. 59 ff.

147 Art. 21(4) (d) ICTY-Statut; das gleiche gilt für die in Fn. 3-16 genannten völkerrechtlichen Instrumente.

148 Ebenso wenig lässt sich dem Wortlaut dieser Garantien entnehmen, dass, wie von *Peukert* zur EMRK bemerkt (in: Frowcin/Peukert, Fn. 60, S.301), mit der Wahl eines Rechtsbeistands die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte grundsätzlich auf diesen übergehe.

149 Insofern lässt sich die Feststellung von *Bassiouni*, dass „the right to self-representation complements the right to counsel and is not meant as a substitute thereof" (o. Fn. 18, S. 283), auch dahingehend umdrehen, dass das Recht auf Verteidigerbeistand das Recht auf Selbstverteidigung ergänzt und nicht dessen Ersetzung bedeutet. Vgl. auch *Williams* (o. Fn. 116) S. 600 ff.

fung offenbar noch nicht mitbedacht, für den Fall einer „notwendigen Verteidigung" die Beiordnung eines Drittverteidigers nicht aus. Dies wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn die Verteidigungsgarantie als „Recht auf ausschließliche Selbstverteidigung" gefasst wäre. Das ist jedoch offensichtlich nicht der Fall.[150]

Eines solchen Zurückweichens würde es nämlich nur dann bedürfen, wenn das Recht auf Selbstverteidigung als exklusiv zu verstehen wäre, nicht aber dann, wenn von vornherein von einem möglichen Nebeneinander von Selbstverteidigung und Drittverteidigung auszugehen ist.

F. Offene Fragen

Eine Konkurrenz von Selbstverteidigung und Drittverteidigung kann natürlich zu Konflikten führen. Das ist vor allem dann zu befürchten, wenn dem Beschuldigten – wie insbesondere aus Krankheitsgründen oder wegen missbräuchlicher Obstruktion des Verfahrens – ein Verteidiger beizuordnen ist. Doch ähnlich wie bei anderen Grundrechtskollisionen kommt es auch hier darauf an, im Wege einer Abwägung zu einer Herstellung „praktischer Konkordanz"[151] der widerstreitenden Interessen zu gelangen. Wie das im Einzelnen zu geschehen hat und welche Faktoren es dabei zu berücksichtigen gilt, muss einer weiteren Untersuchung vorbehalten bleiben.

Gleiches gilt für eine Darstellung der einzelnen Verteidigungsrechte, die dem Beschuldigten oder einem Drittverteidiger – jeweils allein oder im Wechselspiel – zustehen sollen.[152] Auch in dieser Hinsicht ließen sich vielleicht manche grundsätzliche Konfrontationen leichter arrangieren, wenn man sich in der Frage von Selbst- und Drittverteidigung von einem starren „Entweder-oder" lösen und im Sinne eines kumulativen „Sowohl-als-auch" um „praktische Konkordanz" der beiderseitigen Interessen bemühen würde.

Von besonderer praktischer Brisanz ist auch die Qualifikation und Auswahl der Verteidiger. Nachdem selbst aus Anwaltskreisen über mangelnde Verteidigungsqualität mancher

---

150 So nachdrücklich daher dem Eintreten von Judge *Schomburg* für die Möglichkeit eines Nebeneinanders von Selbstverteidigung und Drittverteidigung zuzustimmen ist, so einschränkungsbedürftig erscheint mir seine abschließende Formulierung, dass im Falle eines Konflikts mit dem übergeordneten Recht auf ein faires, öffentliches und zügiges Verfahren „the right to [exclusive] self-representation must yield" (Fundamentally Dissenting Opinion, in: Prosecutor v. Krajišnik, Fn. 131, para. 83).

151 Wie namentlich von *Konrad Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Auflage 1966, S. 28 f., 20. Aufl. 1995, S. 28 f., 142 ff. ausformuliert.

152 Allgemein zu den – hier nicht im Einzelnen darstellbaren – Verteidigungsaufgaben und Verteidigungsbefugnissen vgl. die materialreiche Sammlung von *Bohlander* (o. Fn. 2) sowie *John R. W. D. Jones* The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Ruanda, 2nd ed., 2000, S. 259-263, 567-572; *Karnavas* (o. Fn. 31) S. 85 ff., *Stefan Kirsch* The Trial Proceedings before the ICC, in: International Criminal Law Review 6 (2006), S. 275-292 (280 ff.), *Peter Robinson* So You Want to be an International Criminal Lawyer? – Getting and Defending a Case at the War Crimes Tribunals, in: *Stefan Kirsch* (Hrsg.), Internationale Strafgerichtshöfe, 2005, S. 113-128. Zu Reformvorschlägen vgl. neuestens die von *Weigand* (o. Fn. 19) herausgegebenen Beiträge sowie *Jörg Arnold* Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes des Strafverteidigers: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverteidiger?, in: HRRS 1/2008, S. 10-23.

Kollegen geklagt wird,[153] ist es verständlich, dass bei den Kanzlern der internationalen Gerichte eine Liste zulassungsfähiger Anwälte geführt wird.[154] Eine solche Vorauswahl birgt natürlich immer auch die Gefahr der Schaffung von „closed jobs" in sich,[155] wobei nicht zuletzt auch gewissen nationalen Schlagseiten, wie sie bislang durch die nicht zu übersehende Vorherrschaft von Verteidigern aus dem Bereich des Common Law zu beobachten sind,[156] entgegenzuwirken wäre.

Worauf es für die Zukunft der Verteidigung in der internationalen Strafgerichtsbarkeit insgesamt ankommen wird, ist ihr Ausbau zu einer „vierten Säule" neben der Richterschaft, der Anklagebehörde und der Gerichtskanzlei. Wenn diese nicht zuletzt auch von Bundesjustizministerin Zypries erhobene Forderung[157] erfüllt würde, könnte das vielleicht auch deutsche Strafverteidiger mehr als bisher ermuntern, unter Einbringung eigener Rechtsvorstellungen und Erfahrungen an der aktiven Gestaltung der internationalen Strafjustiz engagierter mitzuwirken.

---

153 Wie bereits zu den Nürnberger Prozessen kritisiert (vgl. *Kay/Swart* [co. Fn. 111 S. 1423), so auch heute moniert von *Ackerman* (o. Fn. 30) S. 169 ff., 174 f., *Toma Fila* The ICTY from the Perspective of Defense Counsel from the Former Yugoslavia: My Point of View, in: May, Essays (Fn. 30) S. 187-194 (193), *Tolbert* (Fn. 2) S. 977.

154 Vgl. Rule 45 (C) ICTY-RPE, Rule 44 bis (A), 45 (A) ICTR-RPE, Rule 21(2) ICC-RPE. Näher zu Einzelheiten der Qualifikationsanforderungen und des Auswahlverfahrens sowie etwaiger Ausschließungen vgl. *Kay/Swart* (Fn. 1) S. 1428 ff., *Christian Rohde/ Nikolaus Toufar* Der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien als internationale ad hoc Organisation – Stellung und Aufgaben der Gerichtskanzlei unter besonderer Berücksichtigung der Verteidigerschaft, in: Stefan Kirsch (o. Fn. 152), S. 89 – 12 (99 ff., 103 ff.), *Tolbert* (o. Fn. 2) S. 978 ff.

155 Vgl. *Safferling* (o. Fn. 93) S. 225 f., *Fila* (o. Fn. 153) S. 192 ff.

156 Vgl. *Tolbert* (o. Fn. 2) S. 981 mit ähnlichen Beobachtungen zugunsten kanadischer und französischer Anwälte am ICTR.

157 *Brigitte Zypries* Das Völkerstrafrecht 60 Jahre nach den Nürnberger Prozessen unter besonderer Berücksichtigung der Herausforderungen an die Anwaltschaft, in: Martin Henssler u.a. (Hrsg.), Rechtspolitik und Berufspolitik. Felix Busse zum 65. Geburtstag, 2005, S. 317-329; im gleichen Sinn die „Defence" als „Third Pillar" neben den „Judicial and Prosecution pillars" als ausbaubedürftig verstehend *Kenneth S. Gallant*, Politics, Theory and Institutions: Three Reasons Why International Criminal Defense Is Hard And What Might Be Done About One of Them, in: Criminal Law Forum 14 (2004), S. 314-334 (327 ff.).

ALBIN ESER

WHERE THE WORLD SEEKS REDRESS*

The Hague, the seat of the government in the Netherlands, has good reason to claim to be the capital of international justice, given that since World War I the city's Peace Palace has been home to the International Court of Justice, the body tasked with settling disputes between states. In the interim, The Hague has also become the seat of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the permanent International Criminal Court (ICC), which recently triggered a diplomatic storm with its indictment of Sudan's President Al-Baschir. The ICTY also attracted worldwide attention with the arrest of former Serbian leader Radovan Karadzic.

Some of the headline-grabbing comments that accompanied the arrest of Karadzic and the failure to capture Ratko Mladic to date, were enough to give the impression that the Tribunal will be seen to have failed in its task if these two are not convicted. This assumption is not wrong, nor yet is it correct either. It is right insofar as the international criminal justice system would indeed have failed in its mission if only the lower ranks were called to account for atrocities on such a massive scale, while those principally responsible once again escaped the consequences. On the other hand, with more than 160 suspects accused and over 115 already convicted, it would be wrong to conclude that the ICTY has done other than give an unmistakable warning that those who committed international crimes are not as immune to prosecution as they may once have appeared to be.

Ever since my own period of service as a Judge at the ICTY, I have been concerned with the question of whether the international criminal justice system is possessed of the optimum procedural structure to enable it to achieve its long-term goals: Namely to convict the guilty and acquit the innocent on the basis of truth ascertained fair means and as effectively as possible, to give victims satisfaction and prevent future international crimes, and – of particular importance in the aftermath of genocide and war crimes that go way beyond the prosecution of mundane criminality – to work towards reconciliation between former hostile groups.

The judge as mere referee?

To put it frankly, these goals will be hard to attain under the kind of "adversarial" structure that has been all too indiscriminately carried over from Anglo-American common law into the international criminal justice system. In the briefest possible terms, it is characteristic of this procedural system that the conduct of the trial, being party-driven rather than judge-led, lies mainly in the hands of the parties, that is to say, the prosecution and the defense. It is essentially left to the parties to decide what evidence they produce, what witnesses and documents they wish to introduce into the proceedings and how and in what order the trial is to proceed.

The judge is practically nothing more than a formal referee who – as one ICTY judge put it – is no longer expected to hold "the scales of justice evenly" between both sides without actively intervening in the process of ascertaining the truth. That may suffice for courts trying mundane crimes. But as judges drawn from the world of common law have them-

* Originalbeitrag erschienen in: MaxPlanckResearch 2008, H. 4, S. 15-18

selves admitted in the meantime, it is hardly adequate to do justice to the far greater complexity of international crimes.

It is not merely a question of the excessive length for which adversarial proceedings are much criticized, but (far more seriously) of the potential defects inherent in turning over the establishment of truth to parties focused each on their own unilateral interests. Nor is there any room for victims – beyond their basic role as witnesses – to pay any major part alongside the prosecutor and defender.

Responding to this criticism does not necessarily mean entirely dispensing with the adversarial system in favor of an "inquisitorial" alternative, such as that typified by the continental European tradition. But international criminal practice ought certainly to be revised in various ways in order to ensure that both convictions and acquittals are arrived at fairly and promptly on the best possible basis of truth. Without pretending to be a complete list, in my opinion, the following improvements above all would appear to be necessary.

To start with, the much lamented length of the proceedings, the underlying chain of causation leads back to the very division of adversarial procedure: There is the prosecution case in which the prosecutor must present his or her entire body of evidence to substantiate all of the often myriad charges, and the subsequent defense case in which the defenders may submit their evidence for exoneration.

But since the prosecutor cannot know in advance how the defense may possibly counter his arguments and must assume that if one strand of evidence should fail he or she will have little or no opportunity to substitute another, there remains no alternative but for him or her from the outset to introduce every witness statement and every document likely to support his case. And when the time comes, the defense will of course proceed in like manner in presenting its evidence.

The inherent excess of potentially superfluous evidentiary material is still further exacerbated by the fact that the parties cannot know what is going on in the minds of the silently reclining judges: Whether they believe the case already proved and all else to be superfluous, or whether there remain other substantial aspects to be tested – with the consequence that the parties must attempt to address this uncertainty by presenting comprehensive but possibly unnecessary or even counterproductive proofs.

To counter such superfluity – or indeed deficiency – and steer the presentation of evidence towards aspects that are legally relevant, and accordingly towards facts that require to be proven, the judges should be entitled and obliged as early as possible, ideally when the indictment is first admitted, to assess whether the charges are supported by evidence that appears adequate and whether the legal modalities and elements of criminal responsibility are stated as clearly as possible.

In this way, both the parties and the court itself should be in a position to recognize what is legally necessary to secure a conviction and what actually requires to be proved. It would also then be easier to keep some control over the list of witnesses and other items of evidence and the manner in which these are presented by the parties.

What is more, in order to prevent the parties from introducing an excess of witnesses and documents for fear of any subsequent production of evidence being excluded, the parties should be afforded some flexible means of presenting further evidence at a later time, whether to prove guilt or innocence. Naturally, even such methods of sorting and accelerating the proceedings presuppose that the court, and in particular the presiding judge, does

not merely adopt a posture of formal arbitration, but is prepared to intervene and be more active in the interests of testing the relevance of the evidence

On the other hand, speed can only be one goal of the criminal process, and by no means the most important one. It is far more fundamental to establish the truth as a precondition for genuine, and indeed literally true, justice. In a civil case aimed simply at the reconciliation of interests, it might be appropriate to leave it to the parties to decide what evidence of the truth they choose to present or withhold. But that can hardly hold for a criminal trial that is concerned with establishing the guilt or innocence of an individual and with the victims touched by the crime. Therefore, at least as far as international criminal justice is concerned, the judges should feel obliged to play a proactive role in the interests of ascertaining the whole truth.

This need not in any way mean that the cross-questioning that in some adversarial systems is exclusively the preserve of the parties should primarily be replaced by the continental European tradition of interrogation by the judge. However, the initial examination of witnesses by the parties should allow more scope for additional questions from the bench.

Truth by contradiction

I am pleased to say that moves in this direction are already incorporated into the rules of procedure for the ICTY, insofar as the judges are empowered to put, at any stage, any question to a witness, to permit inquiry into additional matters, and to order a party to produce additional evidence or to summon witnesses by virtue of their office. In practice, however, because these conflict with the spirit of adversarial procedure to some extent, little use is made of such proactive powers afforded to judges.

Yet it is a fact that interventions from the bench would be an appropriate way of preventing the parties from simply blocking one another. For example, in the by no means rare event that the parties fail to introduce evidence that is seemingly essential to the establishment of truth because of their mutual fear of potentially being confronted with unwelcome testimony.

Maybe even a change in terminology might contribute to a better understanding of the procedural structure that international criminal justice should be aiming for: It might be better to describe this less as "adversarial" than as "contradictory".

The term adversarial carries overtones of "hostility". Whereas contradictory merely expresses the means by which truth is established through contradiction, including the concomitant confrontation. If the parties to a criminal trial were accordingly to perceive themselves as partners in a (albeit confrontational) dialog, it would be easier for the prosecutor to see himself or herself less as a unilateral "opponent", let alone as an "enemy" who is firmly resolved to win by any means and who is therefore primarily interested only in incriminating facts and evidence. Rather, the office of the prosecutor – in the sense of the Roman "officium" and the duties that entailed – should perceive itself as an office tasked, even if by way of contradiction, with seeking out both incriminating as well as exonerating factors.

Downgrading the "adversarial nature" of the proceedings is also important for the way in which the witnesses see themselves. All the time that witnesses are customarily called by one party or the other and are accordingly described as either "prosecution witness" or as "defense witness", they must inevitably feel constrained within a unilateral role. All the

more so when their examination during the trial is preceded, as is also commonly the case, by a unilateral "witness proofing" by the party that called them, whereby for lack of supervision under the public eye it is hard to say where this is likely to spill over into "witness coaching" with a view of pre-programming their testimony.

Neutral witnesses for the court

Despite warnings from the bench to remain impartial, it is not easy to persuade a witness who has been prepared in this way to relinquish his or her adopted role. To counteract this detrimental risk to the unbiased establishment of truth, there is little other option but to prohibit the uncontrolled preparation of witnesses who should perceive themselves not solely as "witnesses for the prosecution" or "witnesses for the defense" but as "witnesses for the court" in search of truth.

Neutralizing the role of witnesses in this way is particularly important on grounds of atmosphere in trials for genocide or war crimes that are typically the product of political and ethnic conflicts. In cases like these, when the incriminating statements mostly come from the victims' side while the exonerating testimony is given by adherents of the accused, by allocating corresponding roles to the witnesses it is all too simple for the front lines to be redrawn in the courtroom, from where they are broadcast through the international medium of television back to suspicious and easily emotionalized warring parties in their homeland.

If, on the other hand, instead of being assigned to one opposing party or another and labeled accordingly, the witnesses were to be perceived simply as neutral "witnesses for the court" in its search for the truth, it may be hoped that this would help to encourage reconciliation.

In the interests of sustained reconciliation between conflicting groups it is all the more important to establish and preserve the truth with impartiality when hostilities, as is commonly the case in ethnic conflicts, are fueled by legends and the distortion of history. Therefore, it is essential to ascertain the truth as soundly as possible not only to support a just verdict in individual cases, but also to bring light into the darkness of the history that preceded the conflict.

Naturally, judges need not perceive themselves as historians. Nevertheless, history is written in the assembled facts that underlie the verdict of the court. In this respect the duty incumbent on the international criminal justice system to ascertain the truth certainly extends beyond the duty of a typical national court.

Last but not least, the following concern should not be overlooked: If an international court should fail, history will not be concerned with whether its failure is due to rules and structures that left it to the parties to the trial to decide what evidence to present to the judges, or withhold from them, dependent on how their own cause might best be served. The verdict of history will be a verdict on the court as a whole – with its judges at the fore – which will be held responsible for the success or failure of international criminal justice.

As a specialist in criminal law, Albin Eser was a Director at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg until 2003, before serving from 2004 until 2006 as a Judge at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in The Hague.

ALBIN ESER

HERAUSFORDERUNGEN UND HÜRDEN INTERNATIONALER STRAFGERICHTSBARKEIT AUF DEM WEG ZU EINEM KANTISCHEN WELTBÜRGERRECHT?*

I.

In seiner Schrift „Zum ewigen Frieden", zu deren Titel er nach eigenem Bekunden durch ein satirisches Wirtshausschild mit einem darauf gemalten Kirchhof angeregt worden war, hat IMMANUEL KANT das Postulat eines „Weltbürgerrechts" beschworen. Auch wenn er dieses noch „auf Bedingungen der allgemeinen Hospitalität eingeschränkt" zu sehen meinte und damit an dessen rechtsverbindlichen Charakter offenbar noch nicht so recht glauben mochte, so bedeutete ihm doch der ewige Friede, wie er sein Traktat dazu ausklingen lässt, „keine leere Idee, sondern eine Aufgabe, die nach und nach aufgelöst, ihrem Ziele (weil die Zeiten, in denen gleiche Fortschritte geschehen, hoffentlich immer kürzer werden) ständig näher kommt".

Mit seiner Hoffnung auf immer größer werdende Fortschritte war KANT freilich, wie die Menschheit noch schmerzlich erfahren sollte, seiner Zeit weit voraus. Auch wenn revolutionäre Bewegungen in Europa und Unabhängigkeitserklärungen in Amerika den Menschen als ein mit eigenen Rechten geborenes Individuum anzuerkennen begannen, war der Bürger, sofern Mann und Frau, Weißer und Farbiger diesen Status überhaupt schon erreicht hatten, noch keineswegs von seiner nationalstaatlichen Unterworfenheit befreit. Im Gegenteil, je mehr sich die Staaten als Repräsentanten einer bestimmten Nation verstanden und dafür innere und äußere Souveränität für sich in Anspruch nahmen, desto größer wurde die Abhängigkeit des Einzelnen von seinem Staat und desto mehr musste seine Hoffnung auf ein Weltbürgerrecht in die Ferne rücken. Während das Reden von „internationalem" Recht immer noch den Anschein von Grenzüberschreitung sowohl in horizontaler wie in vertikaler Richtung zu bewahren vermochte, konnte mit „Völkerrecht" kaum explizit-exklusiver zum Ausdruck kommen, dass es sich dabei allein um ein Recht der Völker – und zwar eben dieser wie auch nur zwischen ihnen – und niemand sonst handeln sollte: Für das Individuum als Subjekt war darin kein Platz, es sei denn als staatsabhängiges Schutzobjekt.

Offenbar bedurfte es daher erst der ungeheuerlichen Kriegsverbrechen des 20. Jahrhunderts bis hin zu seinen rassistischen Unmenschlichkeiten und ethnisch-nationalistischen Perversionsexzessen, um dem souveränitätsfixiert rein zwischenstaatlichen Völkerrechtsverständnis den Offenbarungseid unzulänglichen Individualrespekts abzuverlangen. Und zwar in zweifacher Hinsicht: Zum Einen im Blick auf die Opfer, die sich des Schutzes durch den eigenen Staat nicht mehr sicher sein konnten, ja möglicherweise dessen verbrecherischem System sogar hilflos ausgeliefert sehen mussten. Und zum Anderen im Blick auf die Täter, die als Repräsentanten eben dieses Unrechtsstaates unter dem Schutzmantel nationaler Souveränität eine Verfolgung ihrer Verbrechen nicht zu fürchten brauchten.

---

* Originalbeitrag erschienen in: Berthold Lange (Hrsg.): Menschenrechte und ihre Grundlagen im 21. Jahrhundert – Auf dem Wege zu Kants Weltbürgerecht; Ergon Verlag 2010, S. 117 – 124.

Diesen Systemmängeln des traditionellen Völkerrechts war erst dadurch abzuhelfen, dass in das Recht der Völker auch das Individuum als Schutz- und Schuldobjekt Eingang fand und zwischen den Staaten die Allmacht ihrer nationalen Souveränität übergeordnetem humanitären Recht unterworfen wurde.

II.

Diese Entwicklung von einem staatsfixierten Völkerrecht hin zu einem auch den Menschen einbeziehenden und kosmopolitisch ausgerichteten Weltbürgerrecht könnte kaum plakativeren Ausdruck finden als in der Errichtung internationaler Strafgerichtsbarkeit: indem Verbrechen individueller Täter an individuellen Opfern auf überstaatlicher Ebene zur Verantwortung gezogen werden können. Auch wenn KANT sich seinen „Weltbürger" weniger als Verbrecher oder Opfer vorgestellt haben mag und der mögliche Zwangscharakter supranationaler Strafgerichtsbarkeit weit über die „Hospitalität" seines Weltbürgerrechts hinausgeht, bleibt zu hoffen, dass er auch in dieser Entwicklung einen Schritt zu seinem Ziel eines „ewigen Friedens" erblicken könnte.

Um diesem Ziel, falls angesichts unausrottbarer Verderbtheit von Mensch und Gesellschaft überhaupt erreichbar, wenigstens näher zu kommen, bleibt allerdings noch viel zu tun. Das gilt nicht nur im Großen, wie zum grundsätzlichen Zuständigkeitsbereich internationaler Strafgerichtsbarkeit und ihrem Verhältnis zur nationalen Strafjustiz oder der möglichen Abhängigkeit von anderen supranationalen Einrichtungen, wie insbesondere dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Vielmehr hängt die Zielerreichung auch von vielem – vermeintlich oder tatsächlich – Kleinem ab, wie vor allem von der Prozessstruktur der internationalstrafrechtlichen Verfahren. Und allein darum soll es im Folgenden gehen. Mich darauf zu konzentrieren, sehe ich mich nicht zuletzt durch meine eigene Tätigkeit als Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag (IStGHJ) veranlasst. Aufgrund der dort gemachten Erfahrungen stellt sich mir immer mehr die drängende Frage, ob die internationale Strafgerichtsbarkeit bereits ihre optimale Prozeßstruktur gefunden hat, um langfristig die ihr gesetzten Ziele zu erreichen: aufgrund bestmöglicher und in fairer Weise durchgeführter Wahrheitsermittlung Schuldige zur Verantwortung zu ziehen und Unschuldige freizusprechen, den Opfern Genugtuung zu verschaffen, künftigen Völkerrechtsverbrechen entgegenzusteuern und – weil über die Aburteilung „normaler" Alltagskriminalität hinausgehend für Völkermord und Kriegsverbrechen besonders wichtig – auf Versöhnung verfeindeter Gruppen hinzuwirken.

III.

Diese Ziele werden – um es unumwunden zu sagen – mit einer „adversarischen" Verfahrensstruktur, wie sie aus dem anglo-amerikanischen common law allzu unbesehen in die internationale Strafgerichtsbarkeit eingebracht wurde, schwerlich zu erreichen sein. So knapp wie möglich ausgedrückt, ist für dieses Prozesssystem charakteristisch, dass die Durchführung der Hauptverhandlung – als „party driven" anstatt „judge led" – vornehmlich in den Händen der Parteien, dem Ankläger und dem Verteidiger, liegt, wobei es im wesentlichen diesen überlassen bleibt, welche Beweise sie präsentieren, welche Zeugen und Dokumente sie in den Prozess einführen wollen und in welcher Weise und Abfolge die Beweisaufnahme erfolgen soll. Dabei verbleibt dem Richter praktisch nur die mehr formale Rolle eines Schiedsrichters, von dem – wie von einem IStGHJ-Richter beschrieben – nicht mehr erwartet wird, als „die Waage der Gerechtigkeit gleichmäßig zwischen den Parteien zu halten", ohne also selbst aktiv in die Wahrheitsermittlung einzugreifen.

Das mag für die Aburteilung von „Alltagskriminalität" taugen, vermag jedoch schwerlich, wie inzwischen selbst von Richtern aus dem Common Law eingeräumt wird, der weitaus größeren Komplexität von völkerrechtlichen Verbrechen gerecht zu werden.

Dabei geht es nicht nur um die viel beklagte Überlänge adversarischer Strafverfahren, sondern – und dies noch weitaus schwerwiegender – um mögliche Mängel in der den jeweils einseitigen Interessen der Parteien überlassenen Wahrheitsermittlung. Auch für eine Mitwirkung von Opfern bleibt – über eine bloße Zeugenrolle hinaus – neben dem Ankläger und dem Verteidiger als den Hauptakteuren kein Raum.

Dieser Kritik Rechnung zu tragen, braucht nicht zu heißen, dass das „adversarische" Verfahrenssystem schlichtweg durch ein „inquisitorisches" System, wie es für die kontinentaleuropäische Tradition charakteristisch ist, zu ersetzen wäre. Wohl aber wären in der internationalen Strafgerichtspraxis verschiedene Korrekturen vorzunehmen, um sowohl Verurteilungen als auch Freisprüche in fairer und zügiger Weise auf bestmöglicher Wahrheitsgrundlage treffen zu können.

IV.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit erscheinen mir vor allem folgende Verbesserungen erforderlich:

Um mit der vielbeklagten Überlänge der Verfahren zu beginnen, so hat die dahin führende Ursachenkette ihre Anfang bereits in der Aufspaltung des adversarischen Verfahrens in den „prosecution case", in dem der Ankläger für alle – und die oft sehr zahlreichen – Anklagepunkte sein ganzes Beweismaterial unter Beweis zu stellen hat, und dem sich anschließenden „defense case", in dem die Verteidigung ihr Entlastungsmaterial vorlegen kann.

Da nun aber der Ankläger noch nicht wissen kann, was ihm von Seiten des Verteidigers möglicherweise entgegengehalten wird, und er damit rechnen muss, beim Scheitern eines seiner Beweismittel nicht ohne weiteres ein anderes nachschieben zu können, bleibt ihm, um kein Risiko einzugehen, nichts anderes üblich, als von vorneherein alle anklagedienlich erscheinenden Zeugenaussagen und Dokumente in die Beweisaufnahme einzubringen. Dementsprechend wird zu gegebener Zeit natürlich auch die Verteidigung mit ihrem Entlastungsmaterial verfahren.

Das damit vorprogrammierte Übermaß an möglicherweise überflüssigem Beweismaterial wird zudem dadurch noch weiter erhöht, dass die Parteien nicht wissen können, was in den Köpfen der sich verschwiegen zurücklehnenden Richter vorgeht: ob und was diese bereits für ausreichend beweiskräftig und demzufolge alles weitere für überflüssig halten, oder ob nicht stattdessen wesentlich Anderes unter Beweis zu stellen wäre – mit der Folge, dass die Parteien auch dieser Unsicherheit mit allumfassender, aber dabei möglicherweise überflüssiger oder auch verfehlter Beweisführung vorzubeugen versuchen.

Um einer solchen Überfülle – oder auch Lückenhaftigkeit – entgegenzuwirken und die Beweisführung auf die rechtlich relevanten Elemente und dementsprechend beweisbedürftigen Tatsachen hinzulenken, sollten die Richter berechtigt und verpflichtet sein, so früh wie möglich, idealerweise bereits bei Zulassung der Anklage, zu prüfen, ob die Anklagepunkte durch hinreichend erscheinendes Beweismaterial abgestützt und die rechtlichen Modalitäten und Elemente der strafrechtlichen Verantwortlichkeit so klar wie möglich benannt sind.

Auf diese Weise sollen sowohl die Parteien wie auch das Gericht selbst von Anfang an in Stand gesetzt werden zu erkennen, was für eine Verurteilung rechtlich erforderlich und dazu tatsächlich zu beweisen ist. So ist dann auch die Zeugen- und sonstige Beweisliste wie auch die Beweispräsentation der Parteien leichter unter Kontrolle zu halten.

Um zudem die Parteien davon abzuhalten, aus Sorge vor der Ausschließung nachträglicher Beweise, falls sich etwa die in ein Beweismittel gesetzten Erwartungen nicht erfüllen sollten, ein Übermaß an Zeugen und Dokumenten in die Beweisaufnahme einzuführen, sollte den Parteien in flexiblerer Weise gestattet sein, nachträglich weitere Beweise, gleich ob belastender oder entlastender Art, einzubringen.

Schon solche Aussortierungs- und Beschleunigungsmaßnahmen setzen natürlich voraus, dass das Gericht, und dabei insbesondere der Vorsitzende Richter, eine nicht nur formal streitschlichtende, sondern zwecks Relevanzprüfung auch material intervenierende Funktion und dazu eine aktivere Rolle einnimmt.

V.

Zügigkeit des Verfahrens kann jedoch nur eines und schon gar nicht das wichtigste Ziel des Strafprozesses sei. Weitaus fundamentaler ist die Ermittlung der Wahrheit als – gleichermaßen echter wie buchstäblich wahrhafter – Gerechtigkeit. Es dabei einfach den Parteien zu überlassen, was sie an Wahrheitsbeweisen vorzubringen oder auch vorzubehalten belieben, das mag in einem auf bloßen Interessenausgleich gerichteten Zivilprozess angehen; dagegen kann dies schwerlich die Maxime eines Strafverfahrens sein, in dem es um die Feststellung von Schuld oder Unschuld eines Menschen und davon betroffenen Opfern geht. Deshalb sollten sich – jedenfalls für den Bereich der internationalen Strafjustiz – die Richter auch im Interesse einer umfassenden Wahrheitsermittlung zu einer pro-aktiven Rolle verpflichtet fühlen.

Dies braucht keineswegs zu bedeuten, dass die Befragung durch die Parteien, wie sie diesen in manchen adversarischen Systemen sogar ausschließlich vorbehalten ist, nach kontinental-europäischer Tradition primär durch den Richter zu ersetzen wäre. Wohl aber wäre die Erstbefragung von Zeugen durch die Parteien für Nachfragen seitens der Richter offener zu gestalten.

Erfreulicherweise gibt es dahingehende Möglichkeiten bereits in den Verfahrensregeln des IStGHJ, indem den Richtern gestattet ist, in jedem Stadium des Verfahrens dem Zeugen Fragen zu stellen, die Untersuchung zusätzlicher Gegenstände zu erlauben, die Parteien zur Vorlegung weiterer Beweismitteln anzuweisen oder dies gar von Amts wegen selbst anzuordnen. Von einer derart pro-aktiven Rolle des Richters wird jedoch, weil gewissermaßen dem Geist des adversarischen Verfahrens widersprechend, in der Praxis nur wenig Gebrauch gemacht. Dabei wären richterliche Interventionen umso mehr geboten, wenn es ein beiderseitiges Abblocken der Parteien zu überwinden gilt, wie etwa in dem nicht seltenen Fall, dass die Parteien ein für die Wahrheitsfindung wesentlich erscheinendes Beweismittel nicht einbringen, weil sie wechselseitig fürchten, mit möglicherweise unangenehmen Aussagen konfrontiert zu werden.

VI.

Vielleicht könnte im übrigen schon ein Wechsel in der Terminologie zu einem besseren Verständnis der für die internationale Strafjustiz anzustrebenden Prozessstruktur beitragen: indem diese weniger als „adversatorisch" denn als „kontradiktorisch" bezeichnet wird.

„Adversatorisch" ist schon durch die gegnerische Konnotation von „Feindlichkeit" belastet. Demgegenüber wird durch „kontradiktorisch" lediglich die Art und Weise, in der die Wahrheit durch Widersprechen – einschließlich der dafür erforderlichen Konfrontation – ermittelt wird, zum Ausdruck gebracht. Bei einem solchen Verständnis der Akteure eines Strafverfahrens als Partner eines – wenngleich kontroversen – Dialogs wäre es auch für den Ankläger leichter, sich nicht als einseitigen „Gegner", geschweige als „Feind" zu verstehen, fest entschlossen, den Fall mit allen Mitteln zu gewinnen und daher primär nur nach belastenden Tatsachen und Beweismitteln zu suchen. Stattdessen hätte sich das „Office of the Prosecutor" – im Sinne des römischen pflichtgebundenen „officium" – als ein Amt zu verstehen, das, wenngleich in kontradiktorischer Weise, sowohl nach belastenden als auch nach entlastenden Faktoren zu suchen hat.

Auch für das Selbstverständnis der Zeugen wäre eine Degradierung der „Adversarität" des Verfahrens wichtig. Solange wie bisher üblich die Zeugen von der einen oder der anderen Partei gerufen und dementsprechend als „prosecution witness" und als „defense witness" bezeichnet werden, müssen sie sich von vorneherein in eine einseitige Rolle gedrängt fühlen. Dies umso mehr, wenn der Vernehmung in der Hauptverhandlung, wie ebenfalls meist üblich, ein einseitiges „witness proofing" durch die jeweilige Partei vorausgeht, wobei mangels öffentlicher Kontrolle die Grenzziehung zu einem die Aussage vorprogrammierenden „witness coaching" nicht leicht zu bestimmen sein wird. Ein so „vorbereiteter" Zeuge wird sich – trotz richterlicher Ermahnungen zur Unparteilichkeit – aus einem nun einmal eingenommenen Rollenverständnis nicht so leicht herauslösen können. Dieser für eine unvoreingenommene Wahrheitsermittlung abträglichen Gefahr wird kaum anders als dadurch zu begegnen sein, dass unkontrollierte Zeugenvorbereitung untersagt wird und die Zeugen sich weder einseitig als „Zeugen der Anklage" noch als „Zeugen der Verteidigung", sondern als „Zeugen des Gerichts" auf der Suche nach Wahrheit zu verstehen haben.

Eine solche Neutralisierung der Zeugenrolle ist gerade für Verfahren wegen Völkermord und Kriegsverbrechen auch atmosphärisch wichtig, da diesen typischerweise politisch-ethnische Konflikte zugrunde liegen. Wenn bei solchen Verfahren die belastenden Aussagen meist von Seiten der Opfer und entlastende Zeugnisse aus dem Umkreis des Angeklagten kommen, werden Frontstellungen durch entsprechend gekennzeichnete Zeugenrollen leicht in den Gerichtssaal hinein verlängert und von dort aus auf dem Wege grenzüberschreitender Fernsehübermittlungen bis in die argwöhnisch-emotionalisierbaren Konfliktgruppen des Heimatlandes rückübertragen. Wenn die Zeugen hingegen, anstelle der einen oder anderen gegnerischen Partei zugeordnet und dementsprechend plakatiert zu werden, sich einfach als neutrale „Zeugen des Gerichts" auf dessen Suche nach Wahrheit verstehen könnten, so wäre davon auch ein Beitrag zur Förderung von Aussöhnung zu erhoffen.

VII.

Für eine nachhaltige Versöhnung zwischen Konfliktgruppen ist eine unparteiliche Feststellung der Wahrheit und deren Bewahrung umso mehr geboten, wenn Feindseligkeiten, wie bei ethnischen Konflikten nicht selten der Fall, zu einem beträchtlichen Teil aus Legenden

und Geschichtsverzerrungen gespeist werden. Deshalb ist die bestmögliche Ermittlung der Wahrheit nicht nur für einen gerechten Urteilsspruch im einzelnen Strafverfahren wesentlich, vielmehr hat sie auch zur Erhellung der damit zusammenhängenden historischen Konfliktgründe zu dienen.

Gewiss brauchen sich die Richter nicht als Historiker zu verstehen. Gleichwohl dient das den Urteilen zugrunde gelegte und dafür zusammengetragene Tatsachenmaterial als gar nicht hoch genug einzuschätzende Quelle für die Geschichtsschreibung. In dieser Hinsicht geht die Wahrheitsermittlungspflicht einer internationalen Strafgerichtsbarkeit sicherlich über die eines typischen nationalen Gerichts hinaus.

Nicht zuletzt sei auch diese Sorge nicht unterdrückt: Wenn ein internationales Gericht scheitern sollte, wird sich die Geschichte nicht darum kümmern, ob dies Regeln und Strukturen anzulasten ist, die es den Prozessparteien überlassen haben, was sie den Richtern zu präsentieren oder vorzubehalten belieben – jeweils einseitig davon abhängig, was dem Sieg der eigenen Sache am besten dienen könnte. Im Urteil der Geschichte wird es die Gerichtsbarkeit als Ganze – mit ihren Richtern an vorderster Front – sein, die für den Erfolg oder das Scheitern internationaler Strafgerechtigkeit für verantwortlich befunden wird.

VIII.

Damit sind wir eigentlich auch wieder zurück bei IMMANUEL KANT und den von ihm erhofften Schritten hin auf den „ewigen Frieden". Dafür wird die internationale Strafgerichtsbarkeit gewiss nur einen Teilbeitrag leisten können, aber sicherlich einen nicht unwesentlichen. Frieden setzt Gerechtigkeit voraus, und Gerechtigkeit Wahrheit. Wenn diese Zwischenziele nicht durch die Nationalstaaten zu gewährleisten sind, wenn ihr Erreichen gar durch Berufung auf Souveränität den eigenen Staatsbürgern gegenüber vereitelt wird, dann bedarf zwischenstaatliches Völkerrecht der Überhöhung durch ein humanitäres Weltbürgerrecht: vielleicht weitergehend als KANT es sich zeitbedingt nur unter den Einschränkungen allgemeiner „Hospitalität" vorstellen konnte, aber wohl auch nicht entgegen zeitüberschreitenden Visionen.

Ohne damit die epochale Bedeutung des „Westfälischen Friedens" von 1648 für die Sicherung eines gleichen Existenz- und Integritätsrechts im Verhältnis von Staat zu Staat in Frage stellen zu wollen, darf doch keinesfalls dieses Souveräntitätsprinzip dem Schutz des Menschen – notfalls gegenüber dem eigenen Staat – im Wege stehen. Ebenso wie der Staat nicht um seiner selbst als vielmehr um des Menschen willen da ist, wird auch Souveränität dem Staat nicht um ihrer selbst, sondern um des äußeren Schutzes seiner Bürger willen eingeräumt. Wenn dazu die nationale Gerichtsbarkeit nicht willens oder nicht fähig ist, muss sich die Weltgemeinschaft zur Letztverantwortung für die Herstellung von Frieden durch Gewährleistung von Sicherheit, Freiheit und Gerechtigkeit aufgerufen wissen. In diesem Sinne gebührt auch der internationalen Strafgerichtsbarkeit eine wichtige Rolle innerhalb eines humanitären Völker- und Weltbürgerrechts.

ALBIN ESER

AUSWAHL WEITERER VERÖFFENTLICHUNGEN / SELECTION OF FURTHER PUBLICATIONS

STRAFRECHTSVERGLEICHUNG/COMPARATIVE LAW

The Principle of 'Harm' in the Concept of Crime: A comparative analysis of the criminally protected legal interests.
Duquesne University Law Review 4 (1966), S. 345-417
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3655

Die allgemeinen Lehren des amerikanischen Strafrechts. Zugleich Besprechung von Honig: Das amerikanische Strafrecht.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 79 (1967), S. 193-208
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3998

Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren. Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtsstellung des Beschuldigten.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 79 (1967), S. 565-623
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3700

Le droit du prévenu au silence et son droit à être assisté par un défenseur au cours de la phase préjudiciare en Allemagne et aux Etats-Unis d'Amérique.
Mitautor Cyril D. Robinson. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1967, S. 567-618
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4056

Gesellschaftsgerichte in der Strafrechtspflege. Neue Wege zur Bewältigung der Kleinkriminalität in der DDR.
Tübingen: Mohr/Siebeck 1970, 64 Seiten
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4068

Absehen von Strafe - Schuldspruch unter Strafverzicht. Rechtsvergleichende kriminalpolitische Bemerkungen, namentlich im Blick auf das DDR-Strafrecht.
Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf. Karlsruhe: C.F. Müller 1972, S. 257-273
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6277

The Politics of Criminal Law Reform: Germany.
The American Journal of Comparative Law 21 (1973), S. 245-262
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6293

Justification and Excuse.
The American Journal of Comparative Law 24 (1976), S. 621-637
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3765

Zwischen „Heiligkeit" und „Qualität" des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutz.

Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät. Herausgegeben von Joachim Gernhuber. Tübingen: Mohr/Siebeck 1977, S. 377-414
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3556

Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB neu abzugrenzen?

Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag Berlin 1980., München: C.H. Beck 1980, 201 Seiten
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4059

Die vorsätzlichen Tötungstatbestände. Eine rechtsvergleichend-reformpolitische Struktur- und Kriterienanalyse.

Mitautor Hans-Georg Koch. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 92 (1980), S. 491-560
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3838

"Sanctity" and "Quality" of Life in a Historical-Comparative View

Suicide and Euthanasia. The Rights of Personhood. Herausgegeben mit Samuel E.Wallace, Knoxville: The University of Tennessee Press 1981, S. 103-115
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3631

Schwangerschaftsabbruch im Ausland. Ein rechtsvergleichender Überblick.

Ethische Probleme in der Pädiatrie. Herausgegeben von Helmuth Müller/Hermann Olbing. München: Urban & Schwarzenberg 1982, S. 64-73.

Strafrechtliche Entwicklung im Ausland.

Juristenzeitung 38 (1983), S. 673.

Recht und Humangenetik – Juristische Überlegungen zum Umgang mit menschlichem Erbgut.

Möglichkeiten und Grenzen der Humangenetik. Herausgegeben von Werner Schloot. Frankfurt/New York: Campus 1984, S. 185-209.

Strafrechtsentwicklung in Europa. Landesberichte 1982/1984 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur.

Herausgegeben mit Barbara Huber. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationals Strafrecht 1985, 917 Seiten.

Gentechnologie – Rechtspolitische Aspekte aus internationaler Sicht.

Eingriffe in das Leben, Herausgegeben von H. M. Gardner. Innsbruck: Solaris 1986, S. 117-124
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3996

Zweites deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Rechtfertigung und Entschuldigung • Schwangerschaftsabbruch • Gewaltkriminalität • Stellung des Verletzten.

Herausgegeben mit Günther Kaiser/Ewa Weigend. Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft, 1986, 443 Seiten.

Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz.

Herausgegeben mit Jürgen Meyer. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1986, 367 Seiten.

Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung: Rückblick und Tendenzen.

Criminal Law in Action. An overview of current issues in Western societies. Herausgegeben von Jan van Dijk.u.a. Arnhem: Gouda Quint 1986, S. 49-66
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3654

Reform of German Abortion Law: First Experiences.

The American Journal of Comparative Law 34 (1986), S. 369-383
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3690

Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium.

Herausgegeben mit Karin Cornils. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987, 255 Seiten.

Der Forscher als „Täter" und „Opfer". Rechtsvergleichende Beobachtungen zu Freiheit und Verantwortlichkeit von Wissenschaft und Technologie.

Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Wilfried Küper. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1987, S. 925-949
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3568

The Researcher as 'Offender' and 'Victim' – Comparative Observations as to Freedom and Responsibility of Science and Technology.

Brigham Young University Law Review 2/1987, S. 571-585
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3607

Forschung mit Embryonen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht.

Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken? Herausgegeben von Hans-Ludwig Günther/Rolf Keller. Tübingen: Mohr/Siebeck, 1987, S. 263-292
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3385

Experiments with Embryos: Legal Aspects in Comparative Perspective.

Towards an International Ethic for Research with Human Beings. Documents of an International Summit Conference on Bioethics. Edited by Medical Research Council of Canada, Ottawa/Canada April 5-10, 1987, S. 158-191.

Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Rechtliche Regelungen – Soziale Rahmenbedingungen – Empirische Grunddaten. Teil 1: Europa, Teil 2: Außereuropa.

Herausgegeben mit Hans-Georg Koch. Baden-Baden: Nomos, 1988, 1743 Seiten; 1989, 1353 Seiten

Rechtfertigung und Entschuldigung – Rechtsvergleichende Perspektiven/Justification and Excuse – Comparative Perspectives.

Herausgegeben mit George P. Fletcher. 2 Bände. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987/1988, 1644 Seiten.

Zur Rechtslage der Sterilisation geistig Behinderter im Ausland.

Die Sterilisation geistig Behinderter. Herausgegeben von H.-D. Hiersche u.a. Berlin/New York/Tokio: Springer 1988, S. 104-108.

Old Ways and New Needs in Criminal Legislation. Documentation of a German-Icelandic Colloquium on the Development of Penal Law in General and Economic Crime in Particular.

Herausgegeben mit Jonatan Thormundsson. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1989, 324 Seiten.

Strafrecht in Staat und Kirche. Einige vergleichende Beobachtungen.

Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat. Herausgegeben von Dieter Schwab. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, S. 493-513
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3852

Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und internationale Tendenzen.

Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Herausgegeben von Gerhard Dornseifer u.a. Köln: Heymann 1989, S. 723-747
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3718

La víctima en el proceso penal. Tendencias internacionales desde el punto de vista alemán.

Hacia una nueva justicia penal. Herausgegeben von Presidencia de la Nación. Buenos Aires 1989, Tomo I, S. 173-200
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3461

Hundred years German penal legislation – Development and trends.

De Jure 22/1 (1989), S. 1-22
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3766

Sterilisation geistig Behinderter: Zur Reformdiskussion im Inland mit Blick auf das Ausland.

Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck/Theo Vogler. Berlin/New York: Walter de Gruyter 1989, S. 625-645
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3720

Reforma de la Regulación del Aborto en el Derecho Penal Alemán: Evolución y Primeras Experiencias.

Criminología y Derecho Penal al Servicio de la Persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain. Herausgegeben von José Luís de la Cuesta et al. Donostia (San Sebastián): Instituto Vasco de Criminología 1989, S. 719-739
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4071

Rechtsvergleichende Aspekte der Embryonenforschung.

Respekt vor dem werdenden Leben. München: Berichte und Mitteilungen der Max-Planck-Gesellschaft 4/89, 1989, S. 112-130.

Neuartige Bedrohungen ungeborenen Lebens: Embryoforschung und „Fetozid" in rechtsvergleichender Perspektive.

Heidelberg: C.F. Müller, 1990, 74 Seiten
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6272

Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg i.Br.

Herausgegeben mit Günther Kaiser/Kurt Madlener. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1. Aufl., 1990, 333 Seiten.

Regelungen der Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik. Eine internationale Dokumentation gesetzlicher und berufsständischer Rechtsquellen.

Herausgegeben mit Hans-Georg Koch/Thomas WiesenbArt. Frankfurt/New York: Campus, 1990, 2 Bände. 442 und 345 Seiten.

Deutsch-ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Sanktionensystem • Stellung des Beschuldigten • Strafvollzug.

Herausgegeben mit Günther Kaiser. Baden-Baden: Nomos 1990, 313 Seiten.

Strafrechtsentwicklung in Europa 3. Landesberichte 1986/1988 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur.

Herausgegeben mit Barbara Huber. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1990/1991, 2 Bände: 3.1 1990, 817 Seiten; 3.2 1991, 690 Seiten.

Alman Ve Türk Ceza Huhakemesi Hukukunda Sanigin Hukuki Durumu. [Die rechtliche Stellung des Angeklagten im deutschen und türkischen Strafprozeßrecht]

Yargitay Dergisi 16 (1990), S. 313-338
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4349

Beginn des menschlichen Lebens: Rechtsvergleichende Aspekte zum Status des Embryos.

Möglichkeiten und Grenzen der Forschung an Embryonen. Herausgegeben von Christoph Fuchs. Stuttgart: Gustav Fischer 1990, S. 113-125
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/ 6321

The Status of the Human Embryo: Legal View.

Human Embryos and Research. Proceedings of the Bioethics Conference Mainz 1988. Herausgegeben von Umberto Bertazzoni u.a. Frankfurt/New York: Campus 1990, S. 105-117
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3537

Legal Aspects of Bioethics.

Europe and Bioethics. Proceedings of the 1st Symposium of the Council of Europe on Bioethics. Herausgegeben von Council of Europe. Strasbourg 1990, S. 41-52.

Wúibópsóng kwa Chángdanghwa sayu. Wónch'ik kwa sarye, chóngdang pangwúi, gingúp pinan, pihaeja úi súngrak./Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung. Grundsätze und Einzelfälle, insbesondere zu Notwehr, Notstand und Einwilligung.

Koreanisch-deutsche Ausgabe. Seoul: Bóp mun sa 1991, 276 Seiten
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4089

Materialien zur Sterbehilfe. Eine internationale Dokumentation.

Herausgegeben mit Hans-Georg Koch. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1991, 799 Seiten.

Rechtfertigung und Entschuldigung III. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990.

Herausgegeben mit Walter Perron. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1991, 429 Seiten.

Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Strafrechtsreform in Polen und Deutschland • Untersuchungshaft • Hilfeleistungspflicht und Unfallflucht.

Herausgegeben mit Günther Kaiser/Ewa Weigend. Baden-Baden: Nomos 1991, S. 47-86
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3660

Forschung mit Embryonen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht.

Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – Strafrechtliche Schranken? Herausgegeben von Hans-Ludwig Günther/Rolf Keller. Tübingen: Mohr/Siebeck, 2. Aufl, 1991, S. 263-292.

Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg i.Br.

Herausgegeben mit Günther Kaiser/Kurt Madlener. Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2. Aufl. Freiburg 1992, 333 Seiten.

Fünftes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Strafrechtsreform in der UdSSR und in Deutschland • Problemschwerpunkte des strafprozessualen Vorverfahrens • Schadenswiedergutmachung • Wirtschaftskriminalität.

Herausgegeben mit Günther Kaiser. Baden-Baden: Nomos 1992, S. 49-81
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3727

Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung: Ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs.

Criminal Law Theory in Transition. Herausgegeben von Raimo Lahti/Kimmo Nuotio. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company 1992, S. 301-317
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3383

Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales.

De los delitos y de las víctimas. Herausgegeben von Julio B.J. Maier. Buenos Aires: AD-HOC 1992, S. 13-52
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3465

The Legal Status of the Embryo in Comparative Perspective.

International Journal of Medicine and Law 11 (7/8 1992), S. 579-590
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3798

Strafrechtsprobleme im geeinten Deutschland: Die Strafrechtswissenschaft vor neuen Herausforderungen.

Mitautor Jörg Arnold. Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht. Kriminalpolitische Reformtendenzen im Strafrecht osteuropäischer Länder. Herausgegeben mit Günther Kaiser/Ewa Weigend. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1993, S. 603-647
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4115

Strafrechtsentwicklung in Europa 4. Landesberichte 1989/1992 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur.

Herausgegeben mit Barbara Huber. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 3 Bände: 4.1 1993, 884 Seiten; 4.2 1994, 1079 Seiten; 4.3: Gerhard Dannecker, Strafrecht der Europäischen

150 chronia poinikis nomothesias: mia ellinogermaniki sygkrisi.
[150 Jahre Strafgesetzgebung: in griechisch-deutschem Strafrechtsvergleich]

Poinika Chronika 43 (1993), S. 593-635
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4112

Gesellschaftsgerichte in der DDR.

Kleines Kriminologisches Wörterbuch. Herausgegeben von Günther Kaiser. Heidelberg: C.F. Müller, 2. Aufl. 1993, S. 164-171
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3710

Strafprozessuale Reformfragen – Erkenntnisse aus rechtsvergleichenden Gutachten.

In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 105 (1993), S. 383-385
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3560

Schwangerschaftsabbruch: Zwischenergebnisse eines internationalen Vergleichs.

Festschrift für Prof. Dr. Hae-Mock Sonn. Seoul: Bob Moon Sa 1993, S. 665-678
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3647

Strafrechtsprobleme im geeinten Deutschland: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor neuen Herausforderungen.

Mitautor Jörg Arnold. Neue Justiz 47 (1993) Teil 1: S. 245-252, Teil 2: S. 289-295
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3767

Umweltstrafrecht in England, Kanada und den USA.

Herausgegeben mit Günter Heine. Freiburg: Eigenverlag des Max-Planck-Instiuts für ausländisches und internationales Strafrecht 1994, 687 Seiten.

Der „gesetzliche Richter" und seine Bestimmung für den Einzelfall. Rechtsvergleichende Beobachtungen und rechtspolitische Überlegungen zur spruchkörperinternen Geschäftsverteilung.

Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannskarl Salger. Herausgegeben mit Hans-Josef Kullmann u.a. Köln: Heymann 1994, 775 Seiten.
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3381

A Vision of a "Humane" Criminal Justice. Sketch of a Criminal Law and Procedure System oriented towards Man as an Individual and as a Social Being.

University of Pretoria, Prestige Lectures 1995 No. 1, 22 Seiten
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4067

Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Strafrechtsreform • Strafverfahrensrecht • Wirtschafts- und Umweltstrafrecht • Strafvollstreckungsrecht.

Herausgegeben mit Günther Kaiser. Baden-Baden: Nomos 1995, 352 Seiten.

Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal).

Herausgegeben mit Gimbernat/Walter Perron. Madrid: Centro de Estudios Judiciales 1995, 235 Seiten.

Rechtfertigung und Entschuldigung IV. Ostasiatisch-deutsches Strafrechtskolloquium Tokio 1993.

Herausgegeben mit Haruo Nishihara. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1995, 493 Seiten.

Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht – national und international.

Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich. Herausgegeben von Hans-Heiner Kühne/Koichi Miyazawa. Köln: Carl Heymanns 1995, S. 97-125 =www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3670

Laienrichter im Strafverfahren. Ein Vergleich zwischen inquisitorischem und adversatorischem System aus deutscher Sicht.

Vom nationalen zum transnationalen Recht. Herausgegeben von Karl Kroeschell/Albrecht Cordes. Heidelberg: C.F. Müller 1995, S. 161-181 =www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6280

Beweisermittlung und Beweiswürdigung in vergleichender Perspektive. Einige überbrückende Betrachtungen zwischen „adversatorischem" und „inquisitorischem" System.

Festschrift für Koichi Miyazawa. Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses. Herausgegeben von Hans-Heiner Kühne. Baden-Baden: Nomos 1995, S. 561-569 =www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3664

Entwicklung des Strafverfahrensrecht in der Europäischen Union – Orientierung an polizeilicher Effektivität oder an rechtsstaatlichen Grundsätzen?

Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigung, Aktuelle Probleme der Strafverteidigung unter neuen Rahmenbedingungen. Köln 1995, S. 59-86.

Schuld und Entschuldbarkeit von Mauerschützen und ihren Befehlsgebern. Zu einem unbewältigten Problem bei der Bewältigung von DDR-Alttaten.

Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag. Herausgegeben von Reinhard Böttcher u.a. Berlin/New York: Walter de Gruyter 1996, S. 337-349 =www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6258

Wiedergutmachung im Kriminalrecht – Internationale Perspektiven / Reparation in Criminal Law – International Perspectives.

Herausgegeben mit Susanne Walther. 2 Bände. Freiburg: edition iuscrim, Band 1 1996, 635 Seiten, Band 2 1997, 465 Seiten.

Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa. Orientierung an polizeilicher Effektivität oder an rechtsstaatlichen Grundsätzen?

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 108 (1996), S. 86-127 =www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3384

The Acceleration of Criminal Proceedings and the Rights of the Accused: Comparative Observations as to the Reform of Criminal Procedure in Europe.

Maastricht Journal of European and Comparative Law 3 (4/1996), S. 341-369 =www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3763

Reform of Criminal Law.
Israel Law Review 30 (1996), S. 3-4, 28-35, 347-349
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3797

Il "Giudice Naturale" e la Sua Individuazione Per Il Caso Concreto. Osservazioni comparatistiche e riflessioni di politica del dirito sulla ripartzione delle cause all'Interno degli organi giudiziari.
Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 2/3 (1996), S. 387-411
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3845

Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht. Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz.
Herausgegeben mit Michael Überhofen/Barbara Huber. Freiburg: edition iuscrim 1997, 795 Seiten.

Rechtfertigung und Entschuldigung im japanischen Recht aus deutscher Perspektive.
Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Albin Eser. Baden-Baden: Nomos 1998, S. 41-65
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3677

Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego. Strafrecht und politischer Sytemwechsel.
Herausgegeben mit Andrzej Zoll. ZAKAMYCZE, Kraków/Freiburg: edition iuscrim 1998, 498 Seiten.

Strafrechtsentwicklung in Europa 5. Landesberichte 1993/1996 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur.
Herausgegeben mit Barbara Huber. Freiburg: edition iuscrim, Band 5.1 1997, Band 5.2 1999, zusammen 1390 Seiten.

The Importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Sciences.
Law in Motion. International Encyclopeadia of Laws. Herausgegeben von R. Blanpain. The Hague: Kluwer Law International 1997, S. 492-517
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3759

Legal Aspects of Experimentation of the Living: A Comparative Survey.
The Ethics of Life. Herausgegeben von Denis Noble/Jean-Didier Vincent. Paris: UNESCO Publishing. Paris 1997, S. 125-155
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3518

Jueces legos en el proceso penal. Una comparación entre los sistemas inquisitivo y adversativo desde la perspectiva alemana.
Estudios Jurídicos en memoria del Profesor D. José Casabó Ruiz. Herausgegeben von Universidad de Valencia/Instituto de Criminología. Valencia 1997, Vol. I, S. 39-6
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3462

Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. European Colloquium 1996 on Individual, Participatory and Collective Responsibility in Criminal Law.

Herausgegeben mit Barbara Huber/Karin Cornils. Freiburg: edition iuscrim 1998, 440 Seiten.

Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Teil 3: Rechtsvergleichender Querschnitt – Rechtspolitische Schlußbetrachtungen – Dokumentation zur neueren Rechtsentwicklung.

Mitautor Hans-Georg Koch. Baden-Baden: Nomos 1999, 932 Seiten.

Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium Berlin 1998.

Herausgegeben mit Günter Heine/Barbara Huber. Freiburg: edition iuscrim 1999, 379 Seiten.

Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive.

Festschrift für Hans-Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Thomas Weigend/Georg Küpper. Berlin/New York: Walter de Gruyter 1999, S. 465-483 =www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3736

Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich: Befunde – Einsichten – Vorschläge.

Mitautor Hans-Georg Koch. forschung aktuell – research in brief 1 (2000). Freiburg: edition iuscrim, 2000, 33 Seiten =www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3688

Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick.

Herausgegeben mit Winfried Hassemer/Björn Burkhardt. München: C. H. Beck 2000, 465 Seiten.

Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse/Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights to Transitional Process. Band/Volume 1: Internationales Kolloquium/International Colloquium Freiburg, 2.-5.6.1999.

Bd. 1-7 herausgegeben mit Jörg Arnold. Freibrg: edition iuscrim 2000-2003, Bd. 8-13 herausgegeben mit Ulrich Sieber/Jörg Arnold. Berlin: De Gruyter 2005-2009. 477 Seiten.

„Menschengerechte" Strafjustiz im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung.

Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Festschrift für Stanisław Waltós. Herausgegeben von Janina Czapska u.a. Warszawa: Wydewnictwa Prawnicze PWN 2000, S. 169-192 =www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3696

The Law of Incitement and the Use of Speech to Incite Others to Commit Criminal Acts: German Law in Comparative Perspective.

Freedom of Speech and Incitement Against Democracy. Herausgegeben von David Kretzmer/Francine Kershman Hazan. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 2000, S. 119-146
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3722

Strafrechtsprobleme im geeinten Deutschland: Die Strafrechtswissenschaft vor neuen Herausforderungen. Einige Schwerpunkte gegenwärtiger und zukünftiger Forschung.

Mitautor Jörg Arnold. Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit am Beispiel der DDR. Herausgegeben von Jörg Arnold. Baden-Baden: Nomos 2000, S. 55-99
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3851

Einflüsse deutschen Strafrechts auf Polen und Japan. Zweites Deutsch-Polnisch-Japanisches Strafrechtskolloquium 1999 in Osaka.

Herausgegeben mit Keiichi Yamanaka. Baden-Baden: Nomos 2001, 280 Seiten.

Neighbours in Law. Are Common Law and Civil Law Moving Closer Together?

Herausgegeben mit Christiane Rabenstein. Freiburg: edition iuscrim 2001, 213 Seiten.

Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven. Reparation in Criminal Law – International Perspectives. Band 3.

Herausgegeben mit Susanne Walther. Freiburg: edition iuscrim 2001, 343 Seiten.

Una justicia penal „a la medida del ser humano" en la Época de la Europeización y la Globalización.

Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Herausgegeben von der Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid 2001, S. 15-38
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3457

Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes. A Project Report,

Mitautoren Jörg Arnold und Helmut Kreicker. Freiburg: edition iuscrim 2002, 17 Seiten.
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6349

Von der Konkurrenz zur Kongruenz nationaler Strafrechtsordnungen. Wege zur Rechtsannäherung in Europa.

Poinikos Logos 5/2002, S. 2157-2170
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4248

Funzioni, Metodi e Limiti della Ricerca in Diritto Penale Comparato.

Diritto penale XXI secolo 1 (Padua 2002), S. 1-37
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3758

Schwangerschaftsabbruch und Recht. Vom internationalen Vergleich zur Rechtspolitik.

Mitautor Hans-Georg Koch. Baden-Baden: Nomos 2003, 360 Seiten.

Brauchen wir ein Europäisches Strafgesetzbuch?

Recht schafft Zukunft. Perspektiven der Rechtspolitik in einer globalisierten Welt. Herausgegeben von Herta Däubler-Gmelin/Irina Mohr. Bonn: J.H.W. Dietz 2003, S. 136-150
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3674

Justizielle Rechte.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Herausgegeben von Jürgen Meyer. Baden-Baden: Nomos 2003, S. 501-555.

Harmonization of Penal Sanctions in Europe: Comparative Typology of Convergences and Divergences.

L'Harmonisation des sanctions pénales en Europe. Herausgegeben von Mireille Delmas-Marty u.a. Paris: Société de Législation Comparée 2003, S. 379-442
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4077

Rechtsprobleme biomedizinischer Fortschritte in vergleichender Perspektive. Zur Reformdiskussion um das deutsche Embryonenschutzgesetz.

Mitautor Hans-Georg Koch. Gedächtnisschrift für Rolf Keller. Herausgegeben von den Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät u.a. Tübingen: Mohr/Siebeck 2003, S. 15-36
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3868

Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen im In- und Ausland. Rechtsgutachten zu den strafrechtlichen Grundlagen und Grenzen der Gewinnung, Verwendung und des Imports sowie der Beteiligung daran durch Veranlassung, Förderung und Beratung.

Mitautor Hans-Georg Koch. Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen. Strafrechtliche Grundlagen und Grenzen. Herausgegeben von Deutsche Forschungsgemeinschaft. Weinheim: WILEY-VCH Verlag 2003, S. 37-207
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4091

Laienbeteiligung in der deutschen Strafjustiz in vergleichender Perspektive.

Human Rights, Crime-Criminal Policy. Essays in Honour of Alice Yotopoulos-Marangopoulos. Herausgegeben von A. Manganas. Athen: Nomiki Bibliothek 2003, Vol. A, S. 339-356
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4319

Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Criminal Justice between Crime Control and Due Process.

Herausgegeben mit Christiane Rabenstein. Berlin: Duncker & Humblot 2004, 446 Seiten.

Institutions against Corruption. A Comparative Study of the National Anti-Corruption Strategies reflected by GRECO's First Evaluation Round.

Mitautor Michael Kubiciel. Baden-Baden: Nomos 2005, 125 Seiten =www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6499

Strafrechtsentwicklung in Osteuropa. Zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen.

Herausgegeben mit Jörg Arnold und Julie Trappe. Berlin: Duncker & Humblot 2005, 436 Seiten.

„Sanctity" and „Quality" of Life. A Comparative Review in the Light of the German Law.

Democracy, Human Rights, Justice. Essays in Honor of Jyun-hsyong Su. Herausgegeben von International Association of Penal Law (AIDP), Taiwan Chapter. Taipei: Angle Publishing 2005, S. 215-249.

Internationale Perspektiven zu Status und Schutz des extrakorporalen Embryos/International Perspectives on the Status and Protection of the Extracorporeal Embryo. Rechtliche Regelungen und Stand der Debatte im Ausland.

Herausgegeben mit Hans-Georg Koch/Carola Seith. Baden-Baden: Nomos 2007, 500 Seiten.

Criminality of organizations: lessons from domestic law – a comparative perspective.

Mitautor Felix Rettenmaier. System Criminality in International Law. Herausgegeben von André Noellkaemper/Harmen van der Wilt. Cambridge: Cambridge University Press 2009, S. 222-237.

"Justification and Excuse": As a Guideline to a Max Planck Project on a "General Structural Comparison of Criminal Law".

Waseda Proceedings of Comparative Law, 12 (2009), pp. 345-357.

Über Grenzen – Streben nach Mitte.

Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. Herausgegeben von Eric Hilgendorf. Berlin: Walter De Gruyter 2010, S. 75-122.

Die Überschreitung der Grenzen von Rechtfertigungsgründen – Notwehrexzess aus Erregung, Furcht oder Schrecken.

Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht. Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung. Herausgegeben von Walter Gropp u.a. Baden-Baden: Nomos 2010, S. 247-259.

Herausforderungen des Medizinrechts im Zeitalter der modernen Biotechnologie.

Estudios em Homenagem ao Jorge de Figueiredo Dias, Studia Iuridica 100. Herausgegeben von Manuel da Costa Andrade u.a. Coimbra Editora, Vol. III, 2010, S. 317-343.

Transnationales Strafanwendungsrecht / Exterritorial Application of National Law

Geltungsbereich – Internationales Strafrecht (§§ 3-9 StGB).
Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar. Bearbeitet von Theodor Lenckner u.a. München: C. H. Beck, 18. Auflage 1976, S. 46-77

Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht.
Goltdammer's Archiv für Strafrecht 138 (1991), S. 241-268
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3613

Intānetto to kokusaikeiho. [Internet und internationales Strafrecht]
Intānetto jōhōshakaito hō. Nishi-Doku Sinpojiumu [Internet und Informationsgesellschaft und Recht. Japanisch-deutsches Symposion] Freiburg 2001. Herausgegeben von Hiroyuki Matsumoto u.a. Tokio: Shinzansha Verlag 2002, S. 385-425
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4880

Les Compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe „ne bis in idem" (auch in englisch und spanisch).
Mitautor José Luis de la Cuesta. Revue Internationale de Droit Pénal 72 (2002). S. 739-777.

De la Concurrencia a la Congruencia de los Ordenamientos Penales Nacionales. Vías para el Acercamiento Jurídico en Europa.
Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Herausgegeben von Jacobo López Barja de Quiroga u.a. Madrid: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons 2004, S. 217-234
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4117

Preface to: XVIIth International Congress of Penal Law on "Concurrent National and International Jurisdiction", and to:"Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union."
Revue Internationale de Droit Pénal. XVIIth International Congress of Penal Law, 73/3-4 (2002), S. 669-670 bzw. S. 1195-1197.

Justizielle Rechte.
Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Herausgegeben von Jürgen Meyer. Baden-Baden: Nomos 2. Auflage 2006, S. 477-526
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4245

Hacia un derecho penal mundial.
Granada: Editorial Comares 2009, 145 S.

Rechtmäßige Tötung im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus.
Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch. Herausgegeben von Dieter Dölling u.a. Berlin: De Gruyter 2010, S. 461-480.

Territoriales und transnationales Strafanwendungsrecht (sog. Internationales Strafrecht) (§§ 3-10 StGB)

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar. Bearbeitet von Albin Eser u.a. München: C. H. Beck 28. Auflage 2010, S. 64-107

Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen / International Cooperation in Criminal Law

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Rechtsprechungssammlung 1949–1988.

Herausgegeben mit Otto Lagodny. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1989, 536 Seiten.

Grundsatzfragen transnationaler Kooperation in Strafsachen: Eine Problemskizze.

VIIIth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders 1990 in Havanna. Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz. Bonn 1990, S. 15-19 (in deutsch, englisch und französisch)
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6257/3469/3456

Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law. Documentation of an International Workshop 1991 Freiburg im Breisgau.

Herausgegeben mit Otto Lagodny. Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1992, 881 Seiten.

Internationale Hilfe in Strafsachen. Rechtsprechungssammlung 1949–1992, 2., fortgeschriebene Auflage.

Herausgegeben mit Otto Lagodny/Peter Wilkitzky, Freiburg: Eigenverlag Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1993, 697 Seiten.

The Power of National Courts to Compel the Production of Evidence and its Limits. An amicus curiae brief to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.

Mitautor Kai Ambos. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 6 (1/1998), S. 3-20
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3517

The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters. A Comparative Study.

Herausgegeben mit Otto Lagodny/Christopher L. Blakesley. Baden-Baden: Nomos 2002, 770 Seiten.

Current perspectives of transnational criminal law.

Rechtsraum Europa. The European Area of Justice. Perspectives for Harmonisation. Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz. Berlin 2002, S. 53-94
= www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/4758/

Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung. Zur Sicherung von ‚ne bis in idem' und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten

Handbuch zum Europäischen Strafrecht (§36). Herausgegeben vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht durch Ulrich Sieber u.a. Baden-Baden: Nomos (im Druck), ca. 25 Seiten.

VÖLKERSTRAFRECHT/SUPRANATIONAL CRIMINAL JUSTICE

The Need for a General Part.

Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind. Herausgegeben von M. Cherif Bassiouni. Toulouse: Editions Erès 1993, S. 43-52.

„Defences" in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen.

Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag. Herausgegeben von Kurt Schmoller. Wien/New York: Springer 1996, S. 755-775
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3460

The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court.

Herausgegeben mit Louise Arbour u.a. Freiburg: edition iuscrim 2000, 708 Seiten.

Towards an International Criminal Court: Genesis and Main Features of the Rome Statute.

University of Tasmania Law Review 20 (1/2001), S. 1-28
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3671

Verso una Corte Penale Internazionale: Nascita e Fondamenti dello Statuto di Roma.

L'Indice Penale, Nuova Serie V/1 (2002), S. 279-305
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3761

Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen/National Prosecution of International Crimes.

Bd. 1 und 2 herausgegeben mit Helmut Kreicker. Freiburg: edition iuscrim 2003. Bd. 3-7 herausgegeben mit Ulrich Sieber/Helmut Kreicker. Berlin: Duncker & Humblot 2004-2006.

Prefacio e introducción al proyecto „Persecución penal nacional de crímenes *internacionales*".

Mitautor Helmut Kreicker. Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España. Herausgegeben von Kai Ambos/Ezequiel Malarino.Uruguay: Konrad Adenauer-Stiftung 2003, S. 13-22
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6269

Responsabilidade Penal Individual.

O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Herausgegeben von Kai Ambos/Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris 2005, S. 99-158
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6289

Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Prozesssystems in der internationalen Strafjustiz? Reflektionen eines Richters.

Festschrift für Heike Jung. Herausgegeben von Heinz Müller-Dietz u.a. Baden-Baden: Nomos 2007, S. 167-187
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6295

Zur Sache Völkerstrafrecht: „Wo die Welt zu ihrem Recht kommt".

MaxPlanckForschung 3/2008, S. 14-18
=www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/6305

Recommendations for Procedural Improvements of International Criminal Justice.

Waseda Proceedings of Comparative Law 12 (2009), S. 339-344.

Procedural Structure and Features of International criminal Justice: Lessons from the ICTY.

The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Herausgegeben von Bert Swart/Göran Sluiter/Alexander Zahar. Oxford: OUP (im Druck), ca. 40 Seiten.

Andechser Trilogie im BWV

Die Bände der **Andechser Trilogie** befassen sich mit einer fundamentalen Kritik an der Ausformung und Entwicklung des modernen Strafrechts. Nun ist der letzte Band erschienen:

Bernd Schünemann (Hrsg.)

Risse im Fundament, Flammen im Gebälk: Zum Zustand des kontinentaleuropäischen Strafverfahrens

In ihm wird die Entwicklung des rechtsstaatlich-liberalen Strafverfahrens seit dem 19. Jahrhundert analysiert. Die Autoren konstatieren einen Mangel an Balance im Strafverfahren hinsichtlich der Position der Verteidigung und beschreiben diese Entwicklung anhand der Gesetzgebung Deutschlands, Österreichs und Europas.

2010, 110 S., kart., 19,– €, ISBN 978-3-8305-1864-8

Die beiden Vorgängerbände ergänzen diesen Band, indem sie ebenfalls auf ein Ungleichgewicht in der strafrechtlichen Verfolgung hinweisen: **„Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?“** beschreibt eine zunehmende Kriminalisierung von Handlungen zur Verbrechensprävention, die im Zusammenhang mit Terrorismus und organisiertem Verbrechen als notwendig erachtet wird, während es auf der anderen Seite zu einer Vernachlässigung der strafrechtlichen Verfolgung von Kriminalität kommt. **„Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?“** analysiert die Rolle des Strafrechts in der Aufarbeitung der Finanzkrise und kritisiert, dass die Straftaten nicht als solche gewertet und damit umfassend verfolgt wurden.

Bernd Schünemann (Hrsg.)

Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?

2010, 109 S., 2 s/w Abb., kart., 19,– €, ISBN 978-3-8305-1771-9

Roland Hefendehl (Hrsg.)

Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?

2010, 110 S., kart., 19,– €, ISBN 978-3-8305-1802-0

BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Markgrafenstr. 12–14 • 10969 Berlin • Tel. 030 / 841770-0 • Fax 030 / 841770-21

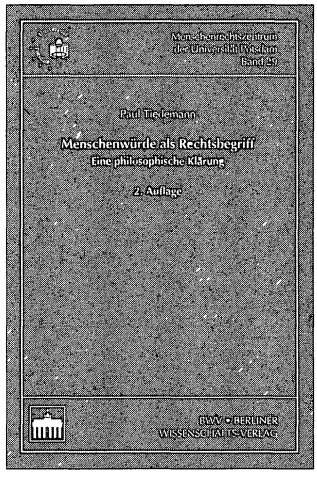
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de • Internet: http://www.bwv-verlag.de

Aktuell im BWV

Paul Tiedemann

Menschenwürde als Rechtsbegriff

Eine philosophische Klärung – 2. Auflage



In diesem Buch geht es um eine rationale Rekonstruktion des Begriffs der Menschenwürde, die unabhängig von metaphysischen und kulturellen Vorverständnissen globale Verständigung erstrebt.

Echo zur 1. Auflage:

- Insgesamt eine umfassende Darstellung des komplexen Themas, das auch für Nichtjuristen gut verständlich geschrieben ist. *[Stefan Kirste, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie]*
- ... er argumentiert behutsam und vermeidet wolkige Formulierungen. An diesem Buch ... wird von nun an wohl niemand ... vorbei können. *[Stefan v. Kempis, Radio Vatikan]*
- ... Grundlegung eines kulturübergreifenden Verständnisses von Menschenwürde und damit ein wichtiger Beitrag zur Fortbildung des humanitären Völkerrechts ... *[Victor Pfaff, Zeitschrift für Ausländerrecht]*
- ... wie kaum ein anderes geeignet, die diffuse Diskussion über Menschenwürde in rationale Bahnen zu lenken ... *[Harald Dörig, Deutsches Verwaltungsblatt]*
- ... sowohl lesbar als auch richtungweisend *[U. Jauch, Neue Zürcher Zeitung]*
- ... klar und verständlich geschrieben ... *[Götz Böttner, Justizministerialblatt für Hessen]*

2. Aufl. 2010, 686 S., kart., 89,– €, ISBN 978-3-8305-1865-5

Peter Becker, Reiner Braun, Dieter Deiseroth (Hrsg.)

Frieden durch Recht?

Die Normen des Völkerrechts, die auf die Bewahrung und Schaffung des Friedens ausgerichtet sind, aber auch die Gewaltverbote und Friedensgebote des nationalen Rechts werden immer wieder missachtet, gerade auch von denen, die einen Amtseid auf die Verfassung und damit zugleich auch auf das geltende Völkerrecht geleistet haben. Dies geschieht nicht nur durch Regierungen und Exekutivorgane, die sich in ihrer Außenpolitik nach ihren Worten immer nur für „den Frieden" einsetzen. Es gilt auch für Gerichte, deren Entscheidungen friedensrechtliche Gebote fahrlässig übersehen, übergehen oder gar missachten. Die jüngere und jüngste Vergangenheit bietet dafür zahlreiche illustrative Beispiele, auch für Deutschland.

Es ist deshalb dringend an der Zeit, die konkreten Inhalte und Funktion(en) der Friedensgebote des Grundgesetzes und des geltenden Völkerrechts neu zu vermessen.

2010, 438 S., kart., 49,– €, ISBN 978-3-8305-1721-4

BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Markgrafenstr. 12–14 • 10969 Berlin • Tel. 030 / 841770-0 • Fax 030 / 841770-21

E-Mail: bwv@bwv-verlag.de • Internet: http://www.bwv-verlag.de