

MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES
STRAFRECHT

Direktoren: Prof. Dr. HANS-JÖRG ALBRECHT • Prof. Dr. Dr. h.c. ALBIN ESER, M.C.J.

- Gutachtenreferat-

Prof. Dr. Günter Heine

Stellungnahme zu folgender Frage:

**“Strafrechtliche Grundlagen einer Strafverfolgung General
Pinochets in der Bundesrepublik Deutschland wegen an
deutschen Staatsangehörigen begangenen Taten“**

Bearbeiter:

wissenschaftlicher Referent Assessor Dr. Kai Ambos

unter Mitarbeit von:

wissenschaftlicher Mitarbeiter Assessor Jan Woischnik.

Freiburg im Breisgau, 2.11.1998/5./6.11.1998 (Ergänzungen)

O. Vorbemerkung

Aufgrund einer äußerst kurzen Bearbeitungszeit (29.10 bis 2.11.1998) war es nicht möglich, sämtliche Rechtsfragen vertiefend zu erörtern. Wir müssen unserer kursorischen Prüfung deshalb spätere Ergänzungen vorbehalten.

I. Strafanwendungsrechtliche Zuständigkeit der deutschen Gerichte

Strafanwendungsrechtlich entspricht der Fall den schon bei den Staatsanwaltschaften Nürnberg-Fürth und Tübingen anhängigen Strafverfahren gegen argentinische Militärs wegen des Verschwindenlassens deutscher Staatsangehöriger bzw. deutschstämmiger Opfer während der argentinischen Militärdiktatur (1976-83). Insoweit kann auf ein Gutachten des Max-Planck Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht (EuGRZ 1998, 468 ff.; **in Kopie als Anlage 1 anbei**) verwiesen werden. Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall:

1. Da es sich bei den Tatopfern um Deutsche handelt, ergibt sich die Zuständigkeit der deutschen Strafgewalt *vorrangig* aus § 7 Abs. 1 StGB (*passives Personalitätsprinzip*). Nach dieser Vorschrift gilt das deutsche Strafrecht für Taten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist. Damit setzt die Vorschrift - neben der deutschen Staatsangehörigkeit oder Deutschstämmigkeit des Opfers¹ - voraus, daß die Tat auch am Tatort, also in Chile, mit Strafe bedroht war. Dieses sog. Erfordernis der "identischen Tatnorm" bedeutet, daß das Tatortrecht dem deutschen Recht entsprechende Strafvorschriften enthält und einer Bestrafung keine *materiellen* Strafausschlußgründe entgegenstehen.

2. Bei den in Rede stehenden Taten handelt es sich - *nach dem uns zur Prüfung vorgegebenen Sachverhalt* - um gefährliche bzw. schwere Körperverletzungen (§§ 223, 223 a, 224 a.F./224, 226 n.F. StGB), Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) und Nötigung (§ 240 StGB). Diese Taten sind auch nach dem chilenischen Código Penal von 1874 strafbar (vgl. Art. 141 CP, 395 ff.; **Anlage 2 a) und b)**)

3. Die im Jahre 1978 erlassene chilenische *Amnestie* (Decreto Ley 2.191) steht einer Strafverfolgung vor deutschen Gerichten nicht entgegen, da sie insoweit unbeachtlich, im übrigen auch völkerrechtswidrig ist; insoweit kann auf unser o.g. Gutachten verwiesen werden, das diese Frage eingehend behandelt.² Danach kommt es nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nur auf die materielle Strafbarkeit am Tatort, nicht auf prozessuale Verfolgungshindernisse an.³ Dies

¹ Zur Deutschstämmigkeit vgl. EuGRZ 1998, 473, Fn. 72.

² Vgl. EuGRZ 1998, 474 ff.; zur chilenische Amnestien im besonderen: *Ambos*, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, Freiburg i. Br. 1997, S. 101 f., 238 f., 239 ff.

³ RGSt 40, 402 ff.; BGH NJW 1954, 1086; 1992, 2775; BGHSt 2, 161.

entspricht auch der h.L., die ebenfalls prozessuale Verfolgungshindernisse, etwa eine Amnestie, jedenfalls im Rahmen von § 7 Abs. 1 StGB für unbeachtlich hält.⁴

Inzwischen hat auch der chilenische Oberste Gerichtshof (*Corte Suprema de Justicia*) die Amnestie für unanwendbar erklärt, wenn Täter oder Opfer noch nicht ermittelt wurden (Fall *Poblete Córdova*, Urteil vom 9.9.1998, **Anlage 3**).

4. Darüberhinaus ist auch an eine strafanwendungsrechtliche Zuständigkeit der deutschen Gerichte aufgrund des *Weltrechtsprinzips* zu denken. Gemäß § 6 Nr. 9 StGB kann die deutsche Strafjustiz - unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Täter oder Opfer - alle Taten verfolgen, zu deren Verfolgung sich die Bundesrepublik in zwischenstaatlichen Abkommen verpflichtet hat. Diese Vorschrift entspricht § 23 Abs. 4 g) des spanischen Gerichtsverfassungsgesetzes (*Ley Organica del Poder Judicial*), das nach der gerade ergangenen Entscheidung der *Audiencia Nacional*⁵ die Grundlage der spanischen Strafgewalt im Fall Pinochet bildet. Die deutsche Strafgewalt würde sich aus § 6 Nr. 9 i. V.m. der UN-Folterkonvention von 1984⁶ ergeben. Die Folterkonvention verpflichtet die Vertragsstaaten, Foltertaten weltweit zu verfolgen, sie enthält in den Art. 5-8 zahlreiche Prinzipien des Strafanwendungsrechts, u.a. auch das Weltrechtsprinzip. Sie stellt demnach ein zwischenstaatliches Abkommen im Sinne von § 6 Nr. 9 dar, unabhängig von der Frage, ob solche Abkommen das Weltrechtsprinzip enthalten müssen⁷ oder nicht.⁸

In Chile haben auch nachweislich Folterungen stattgefunden (zu Nachweisen unten II. 2.).

Das *Rückwirkungsverbot* steht einer rückwirkenden Begründung der strafanwendungsrechtlichen Zuständigkeit seinem Zwecke nach nicht entgegen. Das Rückwirkungsverbot schützt das Vertrauen des Täters darauf, daß er nicht für ein Verhalten bestraft wird, das zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht strafbar war.⁹ Die in Rede stehenden Taten waren aber in den betreffenden Staaten, insbesondere auch in Chile, zum Tatzeitpunkt strafbar.¹⁰ Der Täter verdient

⁴ *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl. 1997, § 7 Rdnr. 11; *Eser*, JZ 1993, 875 (m.w.N. auf S. 878); *Tröndle*, in: Leipziger Kommentar 5, 10. Aufl. 1989, § 7 Rdnr. 6. Inwieweit dies auch bei stellvertretender Strafrechtspflege gilt, muß hier dahingestellt bleiben (für die Beachtlichkeit einer Amnestie insoweit *Eser*, JZ 1993, 876 ff.).

⁵ *Audiencia Nacional Sala de lo Penal Plena*. Rollo de Apelación 84/98. Sección Tercera. Sumario 19/97. Juzgado Central de Instrucción Número Cinco. 4.11.1998 (Argentina). *Audiencia Nacional Sala de lo Penal Plena*. Rollo de Apelación 173/98. Sección Tercera. Sumario 1/98. Juzgado Central de Instrucción Número Seis. 5.11.1998 (Chile). Vgl. auch den Auslieferungsantrag des Richters Baltasar Garzón, in: El País (Madrid), 4.11.1998, 6-7 (Gesamttext: <http://www.elpais.es>).

⁶ BGBl 1990 II 247.

⁷ So *Tröndle*, StGB, 48. Aufl. 1997, § 6 Rdnr. 9.

⁸ So *Eser*, in: Schönke/Schröder, o. Fn. 4, § 6 Rdnr. 10.

⁹ Gegen bloßen Vertrauensschutz für ein objektives Verständnis des Grundsatzes aber *Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, 213 ff. (219 f.).

¹⁰ Das chilenische Strafgesetzbuch von 1874 stellt etwa Totschlag (Art. 390), und verschiedene Formen der Körperverletzung (Art. 395 ff.) unter Strafe (Código Penal, edición oficial, Santiago de Chile, 15. Aufl. 1997).

keinen Schutz dahingehend, daß die faktische Nichtverfolgung im eigenen Land weltweit und für alle Zukunft auch als Hindernis internationaler bzw. zwischenstaatlicher Strafverfolgung beachtet wird. Eine Kollision mit dem Rückwirkungsverbot kommt in solchen Fällen nicht in Betracht. Selbst wenn man sie bejahen würde, muß man angesichts der bundesdeutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung in den Mauerschützenfällen¹¹ zu der Ansicht gelangen, daß das Rückwirkungsverbot bei den hier in Rede stehenden schweren internationalen Verbrechen zurückstehen muß. Wenn schon das DDR-Grenzgesetz als menschenrechtswidrig betrachtet und damit für unbeachtlich erklärt wird, so muß das erst recht bei ungleich schwereren Straftaten wie dem "Verschwindenlassen" von Personen gelten; Straftaten zudem, die zum Tatzeitpunkt - im Gegensatz zu den Todesschüssen an der Mauer (§ 27 DDR-GrenzG) - nicht einmal formell gerechtfertigt waren.¹² Im Falle schwerer internationaler Verbrechen muß der Grundsatz materieller Gerechtigkeit vor Erwägungen der Rechtssicherheit den Vorrang genießen.

II. Strafbarkeit nach deutschem Recht und Verantwortlichkeit Grl.

Pinochets

1. Die in Rede stehenden Taten sind gemäß § 223, 223a, 224 a.F./224, 226 n.F., 239, 240 StGB strafbar.

2. Grl. Pinochet war zum Tatzeitpunkt Oberbefehlshaber der chilenischen Streitkräfte und Präsident Chiles. Unter seiner Regierung kam es zu zahlreichen Menschenrechtsverletzungen in Chile, insbesondere im Zeitraum von 1973 bis 1978.¹³

Aus dem regierungsamtlichen Bericht über diese Zeit¹⁴ ergibt sich, daß die von Grl. Pinochet geleitete Militärdiktatur und vor allem die Sicherheitskräfte streng hierarchisch organisiert waren. Die Sicherheitskräfte, insbesondere der chilenische Geheimdienst DINA, haben ihre Taten auf Befehl Pinochets begangen. Alle unmittelbaren Täter waren in letzter Instanz Grl. Pinochet als alleinigem Führer der Junta verantwortlich. Zwar nennt der amtliche Bericht wegen des Gewaltenteilungsgrundsatzes keine Namen,¹⁵ doch ergibt sich daraus die Allmacht und Zuständigkeit des Präsidenten zur Anordnung von menschenrechtsverletzenden Taten.¹⁶ Zum Beleg dieser Situation erlauben wir

¹¹ Vgl. nur BGHSt 39, 1, 14 sowie BVerfG NJW 1997, 929 = EuGRZ 1996, 538. Dazu m.w.N. *Ambos*, StV 1997, 39 ff.; *ders.*, JA 1997, 983 ff.

¹² Zur generellen "Unzuständigkeit" des Rückwirkungsverbots bei staatsverstärkter Kriminalität: *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, S. 47 ff.

¹³ Vgl. *Ambos*, o. Fn. 2, S. 57 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁴ *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, 3 Bände, Santiago de Chile, 1991.

¹⁵ Vgl. *Informe*, o. Fn. 14, vol. I, 1, S. 28.

¹⁶ Vgl. etwa *ebd.*, S. 65.

uns als **Anlage 4** Auszüge aus dem zitierten regierungsamtlichen Bericht vorzulegen.¹⁷

3. Grl. Pinochet ist demnach für die genannten Taten als *mittelbarer Täter* kraft Organisationsherrschaft verantwortlich (§ 25 I 2 StGB).

Die Roxin'sche Theorie der Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate¹⁸ ist spätestens mit der Entscheidung des BGH zur Verantwortlichkeit des Nationalen Verteidigungsrats der DDR für die Todesschüsse an der Mauer¹⁹ von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt. Sie setzt voraus, daß der Hintermann "durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhaft Abläufe auslöst".²⁰

Diese Lehre wird auch von der üw.M. in der Literatur anerkannt.²¹

4. Wird ihr nicht gefolgt, ist Grl. Pinochet für die genannten Taten jedenfalls als *Mittäter* (§ 25 II StGB) oder *Anstifter* (§ 26 StGB) verantwortlich.²²

5. Nach dem chilenischen Código Penal ist als Täter (*autor*) verantwortlich, wer an der Tatausführung teilnimmt, sei es unmittelbar oder direkt, sei es zur Verhinderung der Tatvermeidung (Art. 15 Abs. 1 i.V.m. 14 Abs. 1 CP); wer einen anderen zur Tatbegehung anstiftet (Art. 15 Abs. 2 i.V.m. 14 Abs. 1 CP); wer die Mittel zur Tatbegehung bereitstellt oder die Tat beobachtet, ohne unmittelbar daran teilzunehmen (Art. 15 Abs. 3 i.V.m. 14 Abs. 1 CP).

Als Gehilfe (*complice*) ist strafbar, wer an der Tatausführung durch vorherige oder gleichzeitige Handlungen mitwirkt, ohne Täter zu sein (Art. 16 i.V.m. 14 Abs. 2 CP).

Nach Art. 17 CP ist auch die Strafvereitelung (*encubrimiento*) in verschiedenen Erscheinungsformen strafbar.

Vgl. zum ganzen **Anlage 2 c)**

III. Verfahrenshindernisse, insbesondere (staatliche) Immunität

1. Grl. Pinochet genießt bezüglich der genannten Taten keine *diplomatische* Immunität. Diplomatische Immunität wird nur im Lande akkreditierten Diplomaten gewährt oder solchen Personen, die sich in amtlicher Mission oder

¹⁷ Vgl. insbes. die in der Anlage 4 markierten Stellen.

¹⁸ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl. 1994, 242 ff.; GA 1963, 193, 200 ff.

¹⁹ BGHSt 40, 218= BGH NJW 1994, 2703; bestätigt bzgl. der "Generäle" BGH 5 StR 42/97 v. 30.4.1997.

²⁰ BGH NJW 1994, 2706.

²¹ Vgl. Ambos, GA 1998, 226 ff. m.w.N.

²² Vgl. *ebd.*, 231 ff. m.w.N.

auf amtliche Einladung im Lande aufhalten (vgl. Art. 31 i.V.m. 1 e) WDÜ²³, §§ 18-20 GVG). Nach Beendigung des Status ist die Strafverfolgung zulässig,²⁴ allerdings wirkt die Immunität bezüglich der während des Status' begangenen Handlungen fort (Art. 39 II 2 WÜD).²⁵ Pinochet hatte jedoch weder einen solchen Diplomatenstatus noch hat er sich zu einem amtlichen Besuch in London aufgehalten. Spezialmissionen bedürfen einer speziellen Vereinbarung zwischen Empfangs- und Entsendestaat.²⁶

Hinsichtlich fremder *Staatsoberhäupter* gilt das bisherige Gewohnheitsrecht. Danach ist ein Staatsoberhaupt zwar grundsätzlich für während des Amtes begangene Handlungen von ausländischer Strafgerichtsbarkeit befreit,²⁷ doch gilt dies nicht bei den hier in Rede stehenden internationalen Verbrechen. Diese sind per se keine amtlichen Handlungen. Die Einheit der Völkerrechtsordnung gebietet im übrigen eine einschränkende Auslegung der Immunität in solchen Fällen. Dies wurde schon im Statut des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals²⁸ und nun auch im Rom-Statut - das bisherige Recht zusammenfassend - anerkannt.²⁹ Die völkerrechtlichen Wertungen sind insoweit auch vom nationalen Recht zu berücksichtigen, zumal dann, wenn es sich, wie im Fall der EU, um völkerrechtsfreundliche Rechtsordnungen handelt. So muß auch der *State Immunity Act 1978*³⁰ restriktiv dahingehend ausgelegt werden, daß internationale Verbrechen nicht in seinen Anwendungsbereich fallen, da diese *per se* keine amtlichen Handlungen sind.

Dies folgt auch aus dem völkerrechtlichen Fremdenrecht. Danach obliegt dem Heimatstaat der (diplomatische) Schutz seiner Staatsangehörigen, und er hat das

²³ Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen, 18.4.1961, BGBl 1964 II S. 959.

²⁴ Pfeiffer, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, München, 3. Aufl. 1993, § 18 GVG Rndr. 6; Gornig, NJ 1992, 4 ff. (13).

²⁵ Vgl. auch Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Auflage 1983, S. 362.

²⁶ Vgl. Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 916; vgl. auch Fastenrath, FAZ vom 20.10.1998, 9 (bei Anlage 5).

²⁷ Vgl. Oehler, o. Fn.25, S. 361.

²⁸ Art. 7 IMT-Statut (UNTS 82 (1951), 280): "The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials on government departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigation punishment." Vgl. auch schon Verdross/Simma, o. Fn. 26, § 1177, Fn. 51; jüngst m.w.N. Gornig, NJ 1992, 13 f.

²⁹ Art. 27 Rome Statute of the International Criminal Court: " 1. This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence.

2. Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person."

(Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the establishment of an International Criminal Court on 16 July 1998. UN-Doc. A/Conf. 183/9; auch im Internet zugänglich: <www.un.org/icc>).

³⁰ Cfr. *The Queen v. Nicholas Evans et al., ex parte Augusto Pinochet Ugarte*, judgement 28.10.1998, par. 45 ff. <http://tap.ccta.gov.uk/courtser/>

Recht, einen *eigenen* Strafanspruch gegen einen anderen Staat geltend zu machen, wenn seine Staatsangehörigen auf dessen Territorium in ihren Rechten verletzt wurden (sog. *interstaatlicher* Strafanspruch des Heimat- oder Schutzstaates gegen den Territorial- oder Verletzerstaat).³¹ Die Anerkennung der grundlegenden Menschenrechte als *ius cogens* Normen und der daraus folgende Achtungsanspruch des Individuums gegenüber der Staatengemeinschaft (*obligatio erga omnes*), zwingt dazu, das klassische Konzept des diplomatischen Schutzes zu universalisieren: "... diplomatic protection is possible without regard to the nationality of the injured individual, so that any state can intervene on that individual's behalf."³²

Im Fall Pinochet kommt aus völkerrechtlicher Sicht hinzu, daß zahlreiche der in Rede stehenden Taten kurz nach dem Putsch begangen wurden, Pinochet aber erst am 26.6.1974³³ oder am 17.12.1974³⁴ zum Präsidenten ernannt wurde; vorher war er ein bloßer "de facto" Herrscher.

2. Die Taten sind auch nicht *verjährt*. Nach der Rspr. des BGH ist ein Ruhen der Verjährung anzunehmen, wenn die Tat "aus politischen, rassischen oder sonst mit wesentlichen Grundsätzen einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbaren Gründen nicht geahndet worden wäre".³⁵ Die systembedingte Nichtahndung habe "die Wirkung eines gesetzlichen Verfolgungshindernisses".³⁶ Der staatliche Verfolgungswille wird damit zur wesensimmanenten Voraussetzung für den Lauf der Verjährung.³⁷

Damit hat die Verjährung im vorliegenden Fall mindestens bis zum formalen Ende der chilenischen Diktatur im März 1990 geruht. Man wird jedoch sogar darüberhinaus ein Ruhen bis heute annehmen müssen, da die Amnestie von 1978 jegliche Verfolgung der zwischen 1973 und 1978 begangenen Taten bis heute verhindert hat. Der Beschuldigte war der zwischenstaatlichen Strafverfolgung bis zu seiner Festnahme in London faktisch entzogen.

Gegen ein Ruhen der Verjährung spricht auch nicht die oben erwähnte, neuere Rechtsprechung des chilenischen Obersten Gerichtshofs, denn dadurch wird nur ein Weiterermitteln bis zur Feststellung der Identität von Täter und Opfer

31 Vgl. näher *Ambos*, o. Fn. 2, S. 192 ff.

32 *Bröhmer*, State Immunity and the Violations of Human Rights, The Hague u.a. 1997, S. 143 ff. (158). Bröhmer weist nach, daß die fortschreitende normative Entwicklung des Menschenrechtsschutzes zu einer Einschränkung der Staatenimmunität führen muß, selbst wenn der Verletzerstaats *acte iure imperii* begangen hat.

33 *Asi ex parte Pinochet*, o. Fn. 30, par. 4.

34 Baltasar Garzón, o. Fn. 5, S. 6

35 So die auf § 78b Nr. 2 StGB beruhende - st. Rspr. des BGH im Falle der nationalsozialistischen und der SED-Diktatur: BGH NJW 1995, 1297 ff. - Kriegsverbrechen von Caiazzo

36 BGHSt 40, 113 (116); eingehend zum Ruhen der Verjährung bei systembedingter Nichtverfolgung *Zimmermann*, Strafrechtliche "Vergangenheitsbewältigung" und Verjährung, Freiburg i. Br. 1997, S. 65 ff. (91 ff.).

37 *Zimmermann*, o. Fn. 36, S. 117 ff.

ermöglicht, nicht aber eine strafrechtliche Aburteilung der einmal festgestellten Täter.

Aus *völkerstrafrechtlicher* Sicht ist außerdem darauf hinzuweisen, daß Freiheitsberaubung und Folter als Teil einer systematischen staatlichen Politik als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu klassifizieren sind (vgl. Art. 7 Abs. 1 (e), (f) Rom-Statut).³⁸ Solche Verbrechen sind unverjährbar.³⁹

Anlagen:

1. Gutachten zu Verfahren gegen argentinische Militärs (EuGRZ 1998, 468 ff.)
2. a) Auszug Código Penal von Chile, Besonderer Teil, Art. 141 ff.
b) Auszug Código Penal von Chile, Besonderer Teil, Art. 395 ff.
c) Auszug Código Penal von Chile, Allgemeiner Teil
3. Urteil der Corte Suprema de Justicia vom 9.9.1998.
4. Auszüge "Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación"
5. Zeitungsausschnitte zu rechtlichen Aspekten des "Falls Pinochet"
6. Amnesty International: European States protect Human Rights?

³⁸ Vgl. schon o. Fn. 29.

³⁹ Vgl. Art. I *Übereinkommen über die Nichtanwendbarkeit gesetzlicher Verjährungsfristen auf Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, 26.11.1968, UNTS 754, 73; Art. 29 Rom-Statut.