

ბაჩანა ჯიშკარიანი (რედ.)
Bachana Jishkariani (Hrsg.)

მარტინ პაულ ვაჰმერი (რედ.)
Martin Paul Waßmer (Hrsg.)

გერმანულ-ქართული სამართლის დიალოგი
DEUTSCH-GEORGISCHER RECHTSDIALOG

სისხლის სამართალი და ადამიანის უფლებები
STRAFRECHT UND MENSCHENRECHTE

კონფერენციის მასალები
TAGUNGSBAND
2024



თბილისი
TBILISI
2025

კრებული მომზადებულია ქართულ-გერმანული სამართლის დიალოგის ფარგლებში, 2024 წლის 11-12 ოქტომბერს გამართული კონფერენციის მასალების საფუძველზე, რომელიც სისხლის სამართალსა და ადამიანის უფლებებს ეხებოდა. კონფერენცია ორგანიზებული იყო საქართველოს უნივერსიტეტის ქართული, გერმანული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის ინსტიტუტისა (ხელმძღვ. პროფ. ბაჩანა ჯიშკარიანი) და ვიოლნის უნივერსიტეტის სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტის (პროფ. მარტინ პაულ ვასმერი) მიერ. პროექტი განხორციელდა ფრიდრიხ ნუმანის ფონდის სამხრეთ კავკასიაში წარმომადგენლობის ფინანსური მხარდაჭერით.

Dieser Band wurde aufgrund der Materialien vorbereitet, die im Rahmen der am 11-12. Oktober 2024 durchgeführten Tagung über Strafrecht und Menschenrechte bearbeitet wurden. Die Tagung fand in Zusammenarbeit zwischen dem Institut für georgisches, deutsches und internationales Strafrecht (Leiter: Prof. Dr. Bachana Jishkariani) der University of Georgia und dem Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln (Prof. Dr. Dr. h. c. Martin Paul Waßmer) statt.

Das Projekt des deutsch-georgischen Rechtsdialogs wurde mit finanzieller Unterstützung der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, Büro Südkaukasus, verwirklicht.

დამკაბადონებელი: თამარ ქიტუაშვილი
მთარგმნელები: ლაშა კალანდაძე, ეთუნა ჩაჩანიძე
Übersetzt von: Lasha Kalandadze, Etuna Chachanidze

ყველა უფლება დაცულია. ამ წიგნის არც ერთი ნაწილი (ეს იქნება ტექსტი, ფოტო-ილუსტრაცია თუ სხვა) არანაირი ფორმით და საშუალებით (იქნება ეს ელექტრონული თუ მექანიკური), არ შეიძლება გამოყენებულ იქნას რედაქტორების წერილობითი ნებართვის გარეშე.

საავტორო უფლებების დარღვევა ისჯება საქართველოს კანონმდებლობით.

© ბაჩანა ჯიშკარიანი, მარტინ პაულ ვასმერი, 2025



გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“

თბილისი, მ. კოსტავას №75; ტელ.: 238 35 99; 557 51 51 34

ელ-ფოსტა: Lawyers.world@yahoo.com;

ვებ-გვერდი: www.law.ge

www.facebook.com/PublishingWorldofLawyers

ISBN 978-9941-9947-1-5

კრეზულის ავტორები

ბაჩანა ჯიშკარიანი, LL.M. (München), კრეზულის სამეცნიერო რედაქტორი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, ქართული გერმანული და საერთაშორისო სისხლი სამართლის ინსტიტუტის ხელმძღვანელი, საქართველოს უნივერსიტეტი

მარტინ პაულ ვასმერი, კრეზულის სამეცნიერო რედაქტორი, სამართლის დოქტორი, საპატიო დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის კათედრა – გერმანული, ევროპული, საერთაშორისო, ეკონომიკური, საგადასახადო და მედიცინის სისხლის სამართალი, კიოლნის უნივერსიტეტი

ბესიკ ქვარცხავა, საქართველოს პროკურატურა, მონვეული ლექტორი, ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი

ევა კილი, სამართლის დოქტორი, ჰამბურგის პროკურატურა, მონვეული ლექტორი, კიოლნის უნივერსიტეტი

ირაკლი დვალიძე, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

ლასლო ბაკი, LL.M. (München), უნგრეთის კონკურენციის სააგენტო

ტილ ციმერმანი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის კათედრა, დიუსელდორფის ჰაინრიხ ჰაინეს უნივერსიტეტი

ფრანკ ციმერმანი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, გერმანული და ევროპული სისხლის სამართლის, სისხლის სამართლის პროცესისა და დიგიტალიზაციის სისხლის სამართლის კათედრა, ფრაიბურგის უნივერსიტეტი

ჰანეს კლოპმაიერი, ესენ-შტეველეს პირველი ინსტანციის სასამართლო მოსამართლე

AUTORENVERZEICHNIS

Prof. Dr. **Bachana Jishkariani**, LL.M. (München), Herausgeber, Leiter des Instituts für georgisches, deutsches und internationales Strafrecht, University of Georgia

Prof. Dr. Dr. h.c. **Martin Paul Waßmer**, Herausgeber, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht - deutsches, europäisches und internationales Wirtschafts-, Steuer- und Medizinstrafrecht, Universität zu Köln

PD **Besik Kvartskhava**, Staatsanwaltschaft Georgiens, Staatliche Ilia Universität

PD Dr. **Eva Kiel**, Staatsanwältin, Hamburg, Universität Köln

Prof. Dr. **Irakli Dvalidze**, Staatliche Ivane Javakhishvili Universität Tbilissi

László Bak, LL.M. (München), Hungarian Competition Authority

Prof. Dr. **Till Zimmermann**, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Prof. Dr. **Frank Zimmermann**, Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht sowie Strafrecht der Digitalisierung, Universität Freiburg

Hannes Klopmeier, Richter am Amtsgericht Essen-Steele

სარჩევი

კრებულის ავტორები	3
AUTORENVERZEICHNIS	4
ბერბანის მინოდების ჯაჭვის შესახებ კანონიდან	
ევროკავშირის მინოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივამდე	7
VOM DEUTSCHEN LIEFERKETTENGESETZ ZUR EU-LIEFERKETTENRICHTLINIE	29
კორუფციასთან ბრძოლა „უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების“ დასაბამობით?	47
KORRUPTIONSBEKÄMPFUNG DURCH DIE BESTRAFUNG VON „AMTSMISSBRAUCH“?	59
სამოხელეო დანაშაულები ქართულ სისხლის სამართალში და ევროკავშირის სამართლის კოტენციური გავლენები კორუფციასთან ბრძოლის დირექტივის კრემეტიის მიხედვით	69
AMTSDELIKTE IM GEORGISCHEN STRAFECHT UND POTENZIELLER EINFLUSS DES EU-RECHTS NACH DEM RICHTLINIENENTWURF ZUR BEKÄMPFUNG DER KORRUPTION	82
კონკურენციის სამართლის სისხლისსამართლებრივი და ძირითადი უფლებების ასკვეტები – უნგრეთის გამოცდილება	92
STRAFRECHTLICHE UND GRUNDRECHTLICHE ASPEKTE DES KARTELLRECHTS – AUSBLICK UNGARN	109
სისხლის სამართალი და კოლიტიკური კრემეტი – ევროკული ძირითადი უფლებების კერსკვეტივა	123

DER UMGANG DES STRAFRECHTS MIT POLITISCHEM PROTEST – AUS DER PERSPEKTIVE DER EUROPÄISCHEN GRUNDRECHTE	139
ქონების დაუფლება კორუფციული გარიგებით	153
ERWERB VON VERMÖGEN DURCH KORRUPTIVE ABSPRACHEN	169
წინასწარი პატიმრობა და უდანაშაულობის პრეზუმფცია – მოსაზრებები სამართლებრივი პრინციპის გაძლიერებასთან დაკავშირებით, მოსამართლის პრობლემატან ურთიერთკავშირში	182
UNTERSUCHUNGSCHAFT UND UNSCHULDSVERMUTUNG – ÜBERLEGUNGEN ZUR STÄRKUNG EINES RECHTSPRINZIPS IM ZUSAMMENHANG MIT HAFTRICHTERLICHEN PROGNOSEN	198
პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილება ბრალის წარდგენისას	212
DAS ERMESSEN DER STAATSANWALTSCHAFT BEI DER ANKLAGEERHEBUNG	220
პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილება სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისას ქართულ სისხლის სამართლის პროცესში	227
ERMESSEN DES STAATSANWALTS BEI DER EINLEITUNG DER STRAFVERFOLGUNG IM GEORGISCHEN STRAFPROZESS	245

გერმანიის მინოდების ჯაჭვის შესახებ კანონიდან ევროკავშირის მინოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივამდე

პროფ. დოქტ. მარტინ გასმერი, კიოლნის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD ან CS3D), ანუ, ევროკავშირის „კომპანიების მდგრადობის ბრუნვისა და წინდახედულების ვალდებულებების“ შესრულებად წოდებული, მინოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივა ((EU) 2024/1760,¹ *EU-Lieferkettenrichtlinie*), მიზნად ისახავს ადამიანის უფლებათა სტანდარტების დაცვასა და გარემოს დაცვის უზრუნველყოფას, ასევე პასუხისმგებლიანი სანარმოო მართვის ხელშეწყობას.² 2023 წლის 14 დეკემბერს, ევროპარლამენტმა და წევრი სახელმწიფოების შუამავლებმა მიაღწიეს კონკრეტულ შეთანხმებას, რომელიც ეფუძნებოდა 2022³ წლის თებერვლის წარდგინებას. თუმცა, ყველასდა გასაოცრად, მან ვერ მოიპოვა ევროკავშირის მინიმუმ 15 წევრი სახელმწიფოს სახით აუცილებელი კვალიფიციური უმრავლესობა, ევროკავშირის საბჭოს მუდმივ წარმომადგენელთა კომიტეტის სხდომაზე (COREPER), რომელთა მოსახლეობის ნაწილის ხვედრითი წილი უნდა შეადგენდეს 65 %-ს. ამის მიზეზი იყო, მათ შორის, გერმანიაც, რომელმაც, *FDP*-ს (თავისუფალი დემოკრატიული პარტია) მოთხოვნით, თავი შეიკავა კენჭისყრაზე. ლიბერალები მიიჩნევდნენ, რომ კომპანიები, ბიუროკრატიის შიშისა და სამართლებრივი რისკის გამო, დატოვებდნენ ევროპას.⁴ 2024 წლის 15 მარტს კი, გერმანიის გარეშე, მიღებულ იქნა შედარებით შესუსტებული პროექტისთვის აუცილებელი მხარდაჭერა.⁵ ამის შემდგომ,

1 Abl. EU L 2024/1760.

2 <https://www.bmz.de/de/themen/lieferketten>.

3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltpflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit vom 23.2.2022, COM(2022) 71 final.

4 <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/lieferkettengesetz-verfehlt-mehrheit-unter-eu-laendern-a-78b3b519-7a75-4a03-8630-2bb203527a71>.

5 <https://www.zeit.de/wirtschaft/2024-03/eu-staaten-stimmen-fuer-lieferkettengesetz>.

ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივა ძალაში შევიდა 2024 წლის 25 ივლისს. ეს ნიშნავს, რომ ყველა წევრმა სახელმწიფომ უნდა დანერგოს აღნიშნული დირექტივა. გერმანია კი ვალდებულია, დირექტივას მიუსადაგოს 2023 წლის 1 იანვრიდან მოქმედი, მიწოდების ჯაჭვში სამეწარმეო წინდახედულობის ვალდებულების შესახებ კანონი („Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG)“ 16.7.2021),⁶ მოკლედ: *მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონი*.

II. მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონი (LkSG)

1. ისტორია

მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის მიღებით, გერმანელმა კანონმდებელმა განიზრახა, ადამიანის უფლებათა და დასაქმებულთა დაცვის დანერგვის კანონისმიერი საფუძვლის შექმნა.⁷ ძალიან რთული იყო კანონის მიღებისკენ მიმავალი გზა. 2011 წელს, გაეროს ადამიანის უფლებათა საბჭომ შეიმუშავა *ეკონომიკის, ბიზნესისა და ადამიანის უფლებათა სახელმძღვანელო პრინციპები*⁸. ეს „რბილი ძალა“ („Soft Law“) ავალდებულებს სახელმწიფოებს და კომპანიებს, უზრუნველყონ ადამიანის უფლებების დაცვა. ეს ძალზე მნიშვნელოვანია, რამეთუ მსოფლიო ვაჭრობის დაახლოებით 80% წარმოადგენს გლობალურ მიწოდების ჯაჭვებს.⁹ ბევრი საქონელი იწარმოება იმ ქვეყნებში, სადაც გაბატონებულია სახიფათო სამუშაო პირობები.

გაეროს სახელმძღვანელო პრინციპების ფონზე, ევროკომისიამ მოუწოდა წევრ სახელმწიფოებს *ეროვნული სამოქმედო გეგმების* შემუშავებისაკენ.¹⁰ გერმანიის მმართველმა დიდმა კოალიციამ (CDU/

6 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 16.7.2021, BGBl. I 2959.

7 BT-Drs. 19/28649, 23.

8 UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), UN doc A/HRC/17/31.

9 შუად. https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Aussenhandel/_inhalt.html.

10 *Europäische Kommission*, Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM(2011) 681 endgültig.

CSU, SPD, ანუ, ქრისტიან-დემოკრატიული კავშირი/ქრისტიან-სოციალური კავშირი, სოციალ-დემოკრატიული პარტია) განსაზღვრა კოალიციის ხელშეკრულებაში, რომ 2013 წლის ნოემბრიდან განეხორციელებინა გარკვეული აქტივობები.¹¹ „ეკონომიკის და ადამიანის უფლებათა ეროვნული სამოქმედო გეგმა“ მიღებულ იქნა 2016 წლის დეკემბერში.¹² აღნიშნული გეგმის საფუძველზე, იმ კომპანიებს, რომლებსაც ჰყავთ 500 დასაქმებულზე მეტი, დაეკისრათ, მიწოდების ჯაჭვებში, ადამიანის უფლებათა სტანდარტების „ნებაყოფლობით“ უზრუნველყოფა.¹³ კვლავ არჩეულმა დიდმა კოალიციამ, 2018 წლის კოალიციის შეთანხმებაში განსაზღვრა აქტივობების გაგრძელება, იმ შემთხვევაში, თუ ეს თვითვალდებულება არ აღმოჩნდებოდა საკმარისი.¹⁴ ამან იჩინა თავი 2020 წელს, როდესაც მონიტორინგმა აჩვენა, რომ კომპანიების მხოლოდ 17% აკმაყოფილებდა მოთხოვნებს.¹⁵

მანამდე, გერმანიის ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების სამინისტრომ (BMZ), 2019 წელს, შეიმუშავა ე.წ. „მდგრადი ფასწარმოქმნის ჯაჭვის“ კანონპროექტი, „წინდახედულობის ვალდებულების კანონი“¹⁶, რომელიც ითვალისწინებდა სისხლისსამართლებრივ დებულებებსა და ფულად სახდელებს. თუმცა, კანონპროექტი უკან იქნა გახმობილი.¹⁷ 2020 წლის მარტში კი, გერმანიის შრომისა და სოციალურ საკითხთა ფედერალურმა სამინისტრომ (BMAS) გამოაქვეყნა „წინდახედულობის ვალდებულების კანონის“ საკვანძო საკითხების პროექტი, რომლიდანაც

11 *CDU Deutschlands/CSU Landesleitung/SPD*, Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 124 f.

12 *Die Bundesregierung*, Nationaler Aktionsplan, Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte 2016–2020.

13 კრიტ. *Amnesty International*, *Brot für die Welt, Misereor u.a.*, Kein Mut zu mehr Verbindlichkeit, 6.2.2017, 2 ff.

14 *CDU Deutschlands/CSU Landesleitung/SPD*, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, S. 156.

15 Monitoring des Umsetzungsstandes der im Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte 2016-2020 beschriebenen menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht von Unternehmen, Abschlussbericht, 2020, S. 5.

16 <https://www.business-humanrights.org/de/neuste-meldungen/text-des-gesetzentwurfs-f%C3%BCR-verbindliche-menschenrechtliche-sorgfaltspflichten-von-unternehmen>.

17 *Breckheimer*, jurisPR-IWR 6/2020 Anm. 1.

ამოღებული იყო სისხლისსამართლებრივი ნორმები.¹⁸ აღნიშნულმა სამინისტრომ მოახდინა რეფერენტების პროექტის¹⁹ პრეზენტაცია 2021 წლის თებერვალში, რის შემდეგაც, აღნიშნული კანონი ძალაში შევიდა 2022 წლის ივლისში. მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონი კი სრულად ამოქმედდა მისი ოფიციალური გამოქვეყნების შემდეგ, 2023 წლის პირველი იანვრიდან.

2. მიზნები და ზოგადი კრიტიკა

მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონმა უნდა გააუმჯობესოს ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო მდგომარეობა, აწესებს რა მოთხოვნებს *მიწოდების ჯაჭვის მართვის* მიმართ.²⁰ ამ უზენაესი მიზნის მიუხედავად, კანონი მოექცა კრიტიკის ქარცეცხლში. კრიტიკოსთა აზრით, ეს ნიშნავდა, საერთაშორისო დონეზე, *კონკურენციის შემცირებას*,²¹ მეტ ბიუროკრატიასა და ხარჯებს, რთული რეგიონებიდან გასვლას, საზღვარგარეთ „ასპარეზის დათმობას საქმონებისთვის“.²² ასევე აუცილებელია იმაზე მითითება, რომ სხვა სახელმწიფოებმაც განახორციელეს გარკვეული აქტივობები. მაგალითად, საფრანგეთმა დანერგა გაეროს სახელმძღვანელო პრინციპები, მიიღო რა „Loi de vigilance“ (2017)²³; დიდმა ბრიტანეთმა - „Modern Slavery Act 2015“,²⁴ ავსტრალიამ - „Modern Slavery Act 2018“²⁵, ხოლო ნიდერლანდებმა კი, 2019 წელს - „Wet zorgplicht kinderarbeid“.²⁶ ამას გარდა, უნდა აღინიშნოს, რომ კანონი უნდა იყოს

18 *BMAS und BMZ*, Entwurf für Eckpunkte eines Bundesgesetzes über die Stärkung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in globalen Wertschöpfungsketten (Sorgfaltspflichtengesetz).

19 <https://perma.cc/QK5T-WZHS>.

20 BT-Drs. 19/28649, 2.

21 *Schmidt*, EuZW 2021, 273, 274.

22 *Brockhaus*, in Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, Vor § 24 LkSG Rn. 15; *DAV-Ausschüsse*, NZG 2021, 546, 547; *Schmidt*, EuZW 2021, 273, 274.

23 LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre; hierzu *Wagner*, ZIP 2021, 1095, 1098.

24 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents>.

25 <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>.

26 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.html>.

ბაზრის ჩამოშლის საპირწონე. ნედლეული, პროდუქტები და მომსახურება ხშირად ბევრად უფრო ხელსაყრელია დაბალი ხელფასების მქონე ქვეყნებში, რამეთუ იქ არ მოქმედებს სამრეწველო ქვეყნების მაღალი სოციალური და ეკოლოგიური სტანდარტები.²⁷

3. გამოყენების სფერო

მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის *საგნობრივი* გამოყენების სფერო ძალიან ფართოა. მიწოდების ჯაჭვი ვრცელდება „კომპანიის ყველა პროდუქტსა და მომსახურებაზე“ (§ 2 პ. 5 ნ. 1), მოიცავს რა „გერმანიასა და მის ფარგლებს გარეთ ყველა ნაბიჯს, რომლებიც აუცილებელია პროდუქციის საწარმოებლად და მომსახურების გასაწევად, დაწყებული ნედლეულის მოპოვებიდან, ვიდრე საბოლოო მომხმარებელთან მიწოდებამდე;“ მოიაზრება ყველა მიმწოდებელი (§ 2 პ. 5 ნ. 2).

მიწოდების ჯაჭვის კანონის *პერსონალური* გამოყენების სფერო კი ერთობ შეზღუდულია. ერთის მხრივ, ეს მოქმედებს მხოლოდ იმ კომპანიების მიმართ, რომლებსაც აქვთ მთავარი ოფისი, მთავარი ფილიალი, ასევე ადმინისტრაციული და იურიდიული მისამართი გერმანიაში (§ 1 პ. 1 Nr. 1 მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონი). ის ასევე ვრცელდება იმ უცხოურ კომპანიებზე, რომლებსაც აქვთ გერმანიაში ფილიალი (§ 1 პ. 1 ნ. 2). კანონის მოქმედება არ ვრცელდება სხვა უცხოური კომპანიებზე, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ მათ აქვთ მაღალი ბრუნვა.²⁸ მეორეს მხრივ, კომპანიასა თუ კონცერნს, კანონის ამოქმედებისას, კერძოდ, 2023 წლის პირველი იანვრის მდგომარეობით, უნდა ჰყოლოდა მინიმუმ 3 000 დასაქმებული გერმანიაში. 2024 წლის პირველ იანვარს კი, დასაქმებულთა მინიმალური რაოდენობის ნიშნული შემცირდა 1 000 დასაქმებულამდე, რამაც განაპირობა აღნიშნული რეგულაციის 2 200-მდე კომპანიაზე გავრცელება.²⁹ ეს არ არის დამაკმაყოფილებელი, რამეთუ გერმანიაში, 2024 წელს, რეგისტრირებული იყო 3,61 მილიონი საწარმო. მათ შორის, ევროკომისიის განმარტებით,³⁰ მათი 99,3% იყო მიკრო,

27 *Ehmann*, ZVertriebsR 2021, 205, 207.

28 *Valdini*, BB 2021, 2955, 2958.

29 BT-Drs. 19/28649, 63.

30 Empfehlung 2003/361/EG: Kleinunternehmen (10 Mitarbeiter); kleine Unternehmen

მცირე და საშუალო საწარმოები. საბოლოოდ, მათი არგათვალისწინება დაბალანსდება იმით, რომ უამრავი კომპანია, რომელიც 1000-ზე ნაკლებ თანამშრომელს ასაქმებს, მსხვილი საწარმოების მომწოდებლად მუშაობს. ამით შედარებით დიდი კომპანიები ახდენენ კანონისმიერი მოთხოვნების სახელშეკრულებო დელეგირებას (*trickledown-Effekt*) მათ მიმწოდებლებზე, რითაც კანონის გამოყენების სფერო, ფაქტობრივად, ფართოვდება.³¹

4. დაცული სამართლებრივი პოზიციები

მატერიალური შეზღუდვა გამომდინარეობს იქიდან, რომ კანონი იცავს მხოლოდ იმ სამართლებრივ პოზიციებს, რომლებიც გამომდინარეობს კანონის დანართში ჩამოთვლილი ადამიანის უფლებათა დაცვის შესახებ საერთაშორისო შეთანხმებებიდან (§ 2 პ. 1- მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონი). ამაში მოიაზრება შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის ცხრა საერთაშორისო ხელშეკრულება, გაეროს სამოქალაქო უფლებების პაქტი და გაეროს სოციალური პაქტი. დაცული ადამიანის უფლებები გამომდინარეობს მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის § 2 პ. 2 Nr. 1–12-დან. *ადამიანის უფლებათა რისკი* არის იმგვარი მდგომარეობა, „როდესაც, ფაქტობრივი გარემოებების საფუძველზე, საკმარისი ალბათობით“, მოსალოდნელია 11 აკრძალვის დარღვევა: 15 წლამდე ასაკის ბავშვების დასაქმება; ბავშვთა შრომის მძიმე ფორმები; იძულებითი შრომა; მონობა; ეროვნული შრომის დაცვის უგულვებელყოფა; გაერთიანებების თავისუფლების უგულვებელყოფა; არათანასწორი დამოკიდებულება დასაქმებისას; გონივრული გასამრჯელოს გადაუხდელობა; ნიადაგის, წყლის, ჰაერის დაბინძურება, მავნე, ხმაურის გამომწვევი ემისიებისა და გადაჭარბებული წყლის მოხმარებით; უკანონო იძულებითი გასახლება და მიწის ნაკვეთის, ტყისა და წყლის რესურსების უკანონო ჩამორთმევა; სპეცდანიშნულების ძალების გამოყენება, რომლებიც არღვევენ ადამიანის უფლებებს. ამას გარდა, კანონის *მოგადი დებულება*³² კრძალავს ნებისმიერი სახის იმგვარ მოქმედებას, „რომელსაც უშუალოდ ხე-

(unter 50 Mitarbeiter); mittlere Unternehmen (unter 250 Mitarbeiter).

31 BT-Drs. 19/28649, 23.

32 კრიტ. *Wagner/Rutloff*, NJW 2021, 2145, 2147.

ლენიფება, განსაკუთრებით, მძიმე სახით, შეზღუდოს დაცული სამართლებრივი სტატუსი და რომლის უკანონობა თვალსაჩინოა, ყველა შესაძლო გარემოების გასაგები შეფასებისას“. *გარემოსდაცვითი რისკები* განსაზღვრულია კანონის § 2-ის მე-3 პუნქტით, რომელიც ეფუძნება სამ სხვადასხვა კონვენციას, კერძოდ, ვერცხლისწყლის კონვენციას, სტოკჰოლმის მდგრადი ორგანული მავნე ნივთიერებების კონვენციასა და ბაზელის სახიფათო ნარჩენების ტრანსსასაზღვრო გადაზიდვისა და მათ განთავსებაზე კონტროლის კონვენციას.

5. წინდახედულობის ვალდებულებები

მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის მე-2 თავი აყალიბებს წინდახედულობის მნიშვნელოვან ვალდებულებებს. ზოგადად, კომპანიები ვალდებული არიან, მათი მიწოდების ჯაჭვებში, გაითვალისწინონ ადამიანის უფლებებსა და გარემოს დაცვაზე ორიენტირებული სტანდარტები, რათა აირიდონ თავიდან და შეამცირონ რისკები ან შეწყვიტონ ვალდებულებების დარღვევა (§ 3 პ. 1 წ. 1). კომპანიებმა უნდა ჩამოაყალიბონ *რისკმენეჯმენტი* და *დაასახელონ ადამიანის უფლებათა საკითხებში რწმუნებულო*³³ (§ 4). სისტემატურად უნდა ჩატარდეს რისკის ანალიზი (§ 5). რისკის გამოვლენის შემთხვევაში, უნდა განხორციელდეს პრევენციული ღონისძიებები (§ 6), დარღვევების აღმოჩენის შემთხვევაში, უნდა გატარდეს დამხმარე ზომები (§ 7), შესაძლოა, ასევე შეწყდეს საქმიანი ურთიერთობა (§ 7 პ. 3). ასევე, უნდა განხორციელდეს შიდა ადმინისტრაციული წარმოება (§§ 8, 9), რომელიც შესაძლებლობას მოგვცემს, მივუთითოთ რისკებსა და დარღვევებზე, რომლებიც წარმოიშვა საკუთარ სამეწარმეო თუ მიმწოდებლის საქმიანობაში. საქმისწარმოების განხორციელება უნდა დაეკისროს საჩივრის რწმუნებულს (§ 8 პ. 1 წ. 4)³⁴. წინდახედულების ვალდებულების შესრულება არა მხოლოდ უნდა გადაინომროს და აღირიცხოს, არამედ უნდა შედგეს წლიური ანგარიში, რომელიც საჭაროდ ხელმისაწვდომი უნდა გახდეს (§ 10) და მიეწოდოს ბიზნესისა და ექსპორტის კონტროლის ფედერალური ზედამხედველობის

33 ამის შესახებ იხ. *Bertke/Sandbrink*, NJW 2024, 319, 320 ff.; კრიტიკ. *Teichmann*, ZWH 2022, 133, 136.

34 *Bertke/Sandbrink*, NJW 2024, 319, 323 ff.

უნყებას (BAFA; § 12 მიწოდების ჯაჭვის კანონი). ამგვარად, კომპანიებმა უნდა შექმნან შიდა კონტროლის ეფექტური სისტემა (*Compliance*).³⁵

შემზღვევები გამომდინარეობს იქიდან, რომ რისკების ანალიზი (§ 5) ძირითადად საჭიროა მხოლოდ საკუთარი ბიზნეს სფეროსთვის და პირდაპირი მომწოდებლებისთვის (§ 2 პ. 7). არაპირდაპირ მომწოდებლებთან მიმართებაში (§ 2 პ. 8) რისკების ანალიზი უნდა ჩატარდეს მხოლოდ მაშინ, როდესაც მიღებული იქნება „დასაბუთებული ინფორმაცია“ შესაძლო დარღვევების შესახებ (§ 9 პ. 3). გარდა ამისა, კომპანიებმა წინდახედულობის ვალდებულებები (მხოლოდ) „სათანადო წესით უნდა დაიცვან“ (§ 3 პ. 1), რითაც დადგინდა მხოლოდ მცდელობის ვალდებულება.³⁶

6. სპეციალური საპროცესო წარმომადგენლობა და სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობა

მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონმა მისცა შესაძლებლობა პროფკავშირებსა და არასამთავრობო სექტორს, დაიცვას დაინტერესებულ პირთა უფლებები *სპეციალური საპროცესო წარმომადგენლობის* გზით (§ 11). თუმცა უფლებამოსილება ეხება მხოლოდ იმ ტიპის სარჩელებს, რომელთა საგანია ადამიანის უფლებების დარღვევა.³⁷ კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი შემზღვევა გამომდინარეობს იქიდან, რომ წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევა არ წარმოშობს „*სამოქალაქოსამართლებრივ პასუხისმგებლობას*“ (§ 3 პ. 3 ნ. 1). ამის შედეგია ის, რომ მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონს არ აქვს დამცავი ხასიათი.³⁸ კანონმა ვერ გააუმჯობესა, ადამიანის უფლებათა დარღვევის შედეგად დაზარალებულთა სამართლებრივი მდგომარეობა,³⁹ ვინაიდან „უცვლელი“ რჩება მოქმედი საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი რეგულაციები.⁴⁰ შესაბამის შემთხვევებში, კვლავინდებურად გამოიყენება უცხოური სამართალი,

35 *Leuering/Rubner*, NJW-Spezial 2021, 399.

36 BT-Drs. 19/28649, 2; *Ehmann/Berg*, GWR 2021, 287, 288; *Hübner*, NZG 2020, 1411.

37 *Wagner/Rutloff*, NJW 2021, 2145, 2151.

38 იხ. მხოლოდ *Beck*, ZIP 2022, 1471, 1475; *Wagner/Rutloff*, NJW 2021, 2145, 2150.

39 *Kamann/Irmscher*, NZWiSt 2021, 249, 251.

40 BT-Drs.19/28649, 53.

რომლის საფუძველზე, გერმანიაში დაზარალებულს არ ეძლევა ზიანის ანაზღაურება.

7. დანერგვა და სანქციები

BAFA აკონტროლებს წინდახედულობის ვალდებულებების შესრულებას (მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის § 19).⁴¹ იგი ამოწმებს ანგარიშებს (§ 13 პ. 1), აქვს მათი ჩასწორებების მოთხოვნის უფლება (§ 13 პ. 2) და ასევე, დარღვევების გამოსავლენად, თავიდან ასაცილებლად და აღმოსაფხვრელად, მასშტაბური ღონისძიებების გატარების უფლება (§ 15). უწყებას აქვს შესვლისა და დათვალიერების უფლება, ასევე ინფორმაციის გაცემისა და დოკუმენტაციის გადაცემის დაკისრების უფლებამოსილება (§§ 16–18). ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში, შესაძლებელია *ფულადი სახდელის დაკისრება* (§ 24), ხოლო, მიღებული ქონებრივი სარგებელი კი, ექვემდებარება კონფისკაციას (§ 17 ნაწ. 4, ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსი). რეგულაციის საგანია როგორც *განზრახ*, ისე *გაუფრთხილებლობით ჩადენილი* დარღვევები.

ფიზიკური პირების მიერ პრევენციული და გამოსასწორებელი ზომების, ასევე საჩივრების პროცედურის შექმნასთან დაკავშირებული დარღვევები (§ 8 პ. 1 ნ. 1) შეიძლება იქნას სანქცირებული 800 000 ევროს ოდენობით (§ 24 პ. 2 Nr. 1 a, b). დარღვევები რისკების მართვის, რისკების ანალიზის, ღონისძიებათა ეფექტურობის შემოწმების, საჩივრების პროცედურების, ღონისძიებების განახლების პროცესში, ასევე აღსრულებადი ბრძანებების წინააღმდეგ შეიძლება დაჯარიმდეს 500,000 ევრომდე თანხით (§ 24 პ. 2 Nr. 2). სხვა დარღვევებზე, შესაძლებელია 100 000 ევროს ოდენობის სახდელის დაწესება (§ 24 პ. 2 Nr. 3). გაუფრთხილებლობის შემთხვევაში, მაქსიმალური თანხები უნდა განახევრდეს (§ 17 ნაწ. 2 - ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსი). ამასთან, მოსალოდნელია სახელმწიფო დაკვეთების აკრძალვა (§ 22). *იურიდიული პირებისა და პირთა გაერთიანებებისათვის*, ფულადი სახდელი იზრდება ათმაგ ოდენობამდე (§ 24 პ. 2 ნ. 2). 400 მილიონ ევროზე მეტი საშუალო წლიური

41 *Ehmann, ZVertriebsR 2021, 141, 150; Koch, MDR 2022, 1, 4 f.*

ბრუნვის შემთხვევაში, სახდელმა შეიძლება შეადგინოს წლიური ბრუნვის 2%-ს (§ 24 პ. 3). კანონმდებელი ამ მაღალ სახდელს იმით ამართლებს, რომ საქმე ეხება ადამიანის უფლებათა დაცვასა და მსხვილ კომპანიებს.⁴² მიწოდების ჯაჭვის კანონის კრიტიკა ეხება იმას, რომ მოთხოვნილია რისკის „გონივრული“ ანალიზი, რაც ნიშნავს განსაზღვრულობის პრინციპის დარღვევას (გერმანიის ძირითადი კანონის 103-ე მუხლის მე-2 პუნქტი).⁴³ სასამართლო პრაქტიკის მხრიდან ამ კრიტერიუმის დაკონკრეტებამდე, დასაშვებია, მხოლოდ ცალსახა და მძიმე დარღვევების დასაწესიერება.⁴⁴ ამას გარდა, ფულადმა სახდელებმა შეიძლება მიაღწიონ მილიარდებსა და სახელმწიფო შეკვეთებიდან ამორიცხვამ კი, შესაძლოა, შექმნას ეგზისტენციალური პრობლემები.⁴⁵ პრაქტიკაში, დაუშვებელია გადაჭარბებულად მაღალი ფულადი სახდელების დაწესება. ამავდროულად, კომპანიებს აქვთ შესაძლებლობა, თავი აარიდონ სანქციებს ასიმილაციის გზით (კონკურენციის შემღუდვის კანონის § 125; მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის § 22 პ. 1). კრიტიკის საგანია ის ფაქტიც, რომ ბევრი ღონისძიება უნდა განხორციელდეს საზღვარგარეთ, თუმცა ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის §§ 5, 7 პუნქტი 1-ით დადგენილი ტერიტორიული შემღუდვის გამო, სანქციები შეიძლება გამოყენებულ იქნას მხოლოდ მაშინ, როდესაც დანაშაულის ჩადენის ადგილი არის ქვეყნის შიგნით.⁴⁶ ესეც არ არის დამატებელი, რადგან გერმანული კომპანიის ხელმძღვანელმა პირებმა თავდაპირველად გერმანიიდან უნდა მოსთხოვონ მომწოდებლებს ადამიანის უფლებების დაცვა, რის გამოც სათანადო ვალდებულებები გერმანიაში უნდა შესრულდეს და დანაშაულის ჩადენის ადგილი ქვეყნის შიგნით მდებარეობს.⁴⁷

42 BT-Drs. 19/28648, 58.

43 *Brosthaus/Schefer*, wistra 2023, 410, 413; *Kamann/Irmscher*, NZWiSt 2021, 249, 254.

44 *Neuhöfer*, in Johann/Sangi (Hrsg.), LkSG, 2023, § 24 Rn. 34.

45 *Nietsch/Wiedmann*, CCZ 2021, 101, 109.

46 *Brosthaus/Schefer*, wistra 2023, 410, 415; *Mitsch*, NZWiSt 2021, 409, 410.

47 BT-Drs. 19/28649, 28 und 48 f.

III. ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივა

1. მიზნები და დაცული სამართლებრივი პოზიციები

ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივისა და მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის მიზანია, მდგრადი და პასუხისმგებლიანი მოქმედების ხელშეწყობა და სამენარმეო საქმიანობასა და სანარმოო მართვაში, ადამიანის უფლებათა და გარემოს დაცვითი ასპექტების ასახვა. კომპანიებმა უნდა გაითვალისწინონ ნეგატიური ზეგავლენა მათი „აქტივობების ჯაჭვებში“ (chain of activities). ის უფლებები და აკრძალვები, რომლებიც გამომდინარეობს ადამიანის უფლებათა ინსტრუმენტებიდან (შეად. მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის § 2 პ. 2), ასევე ადამიანის უფლებებისა და ძირითადი თავისუფლებების ინსტრუმენტები (შეად. მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის დანართი), შესულია პირველი ნაწილის დანართში. შესაბამისად, დირექტივის მეორე ნაწილი მოიცავს, გარემოს დაცვის სფეროში, ინსტრუმენტებში შემავალ ვალდებულებებსა და აკრძალვებს (შეად. მიწოდების ჯაჭვის კანონის § 2 პ. 2; ასევე მიწოდების ჯაჭვის კანონის დანართი). მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის პარალელური სტრუქტურა კი არის გაურკვეველი, მაშინ როცა, ადამიანის უფლებათა ვალდებულებების ჩამონათვალი, ბევრად უფრო მასშტაბურია, მათ შორის, პირად ცხოვრებაში თვითნებური და უკანონო ჩარევის აკრძალვა (გაეროს სამოქალაქო უფლებების პაქტის მე-17 მუხლი), სიტყვის, სინდისისა და რელიგიის თავისუფლების უფლება (გაეროს სამოქალაქო უფლებების პაქტის მე-18 მუხლი). აკრძალვა მოიცავს ასევე, დასაქმებულის მხრიდან, გონივრულ საცხოვრებელ ფართთან ხელმისაწვდომობის უფლების შეზღუდვას (გაეროს სამოქალაქო უფლებების პაქტის მე-11 მუხლი). გარემოსდაცვითი აკრძალვებისა და ვალდებულებების ჩამონათვალიც მოიცავს დამატებით შეთანხმებებსა და კონვენციებს, როგორც, მაგალითად, ვაშინგტონის გადაშენების საფრთხის წინაშე მყოფი სახეობებით საერთაშორისო ვაჭრობის კონვენციას (CITES). ამას გარდა, აკრძალულია გარემოს მძიმე დაზიანება ნიადაგის ცვლილებით, წყლისა და ჰაერის დაბინძურება, ემისიები და წყლის გადაჭარბებული მოხმარება. მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონთან შედარებით, გასათვალისწინებელია მეტი უფლება, აკრძალვა და

ვალდებულება, რაც ბრდის აღრიცხულ კომპანიებზე გენოლას.⁴⁸

2. გამოყენების სფერო

მონესრიგების საგანია ის კომპანიები, რომლებიც დაფუძნებულია ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოს სამართლის საფუძველზე, ჰყავთ რა 1 000 დასაქმებულზე მეტი და 450 მილიონი ევროს ოდენობით ნეტო წლიური ბრუნვა (დირექტივის მუხლი 2 პ. 1a). 2023 წლის დეკემბრის პროექტით კი, გათვალისწინებული იყო კომპანიებისათვის 500 დასაქმებულზე მეტი და 150 მილიონი ევროს ოდენობით ნეტო ბრუნვის დათქმა. ამ მაღალი მოთხოვნების ქვეშ, მოექცა მხოლოდ 5 400 კომპანია, ანუ, ყველა კომპანიის მხოლოდ 0,05%.⁴⁹ ჯამური ბრუნვის გათვალისწინების მოთხოვნა სცილდება მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის ფარგლებს. სხვათა შორის, აღნიშნული რეგულაცია ეხება ასევე იმ ევროკავშირის გარეთ დაფუძნებულ კომპანიებსაც, რომლებსაც ევროკავშირში აქვთ 450 მილიონი ევროს ოდენობის წლიური ნეტო ბრუნვა (დირექტივის მუხლი 2 პ. 2 a).

დირექტივაში ასევე გათვალისწინებულია *ძალიან გრძელი გარდამავალი ვადები*. მისი ძალაში შესვლიდან სამი წლის განმავლობაში, რეგულაცია ვრცელდება ევროკავშირის იმ კომპანიებზე, რომელთა დასაქმებულთა საერთო რაოდენობა აღემატება 5 000-ს, ხოლო წლიური ბრუნვა კი - 1,5 მილიარდ ევროს; ოთხი წლის შემდეგ კი, ზღვარი ეცემა 3 000 დასაქმებულამდე და 900 მილიონ ევრომდე, ხოლო, ხუთი წლის შემდეგ კი - 1 000 დასაქმებულსა და 450 მილიონ ევრომდე (მუხლის 37 პ. 1 a, b და e). იგივე წესი ვრცელდება არაევროპულ კომპანიებზე (მუხლი 37 პ. 1 c, d და e).

კიდევ ერთი შეზღუდვა მდგომარეობს იმაში, რომ ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივა, განსხვავებით გერმანიის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონისგან, ვრცელდება მხოლოდ *კომპანიების გარკვეულ ფორმებზე*. ესენია: სააქციო საზოგადოებები, კომანდიტური

48 Lutz-Bachmann/Vorbeck/Wengenroth, BB 2022, 835, 838 f.

49 <https://www.hrw.org/de/news/2024/05/24/neues-eu-lieferkettengesetz-fuer-unternehmen-fragen-und-antworten>.

საზოგადოებები აქციებზე, შებლდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებები და ღია სავაჭრო საზოგადოებები და კომანდიტური საზოგადოებები (მუხლი 3 პ. 1 a Ziff. i ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივა ბალანსის შესახებ დირექტივის (2013/34/EU) პირველ და მეორე დანართებთან ურთიერთკავშირში). სხვა წევრ სახელმწიფოებშიც (მუხლი 3 პ. 1 a Ziff. ii), რეგულაცია ვრცელდება ანალოგიურ სამართლებრივ ფორმებზე. სამართლებრივი ფორმებისაგან დამოუკიდებლად, მოწესრიგებულია მხოლოდ *მედამხედველი ფინანსური კომპანიები* (მუხლი 3 პ. 1 a. Ziff. iii). 2023 წლის დეკემბრის პროექტისაგან განსხვავებით, ამოღებულია *რისკიანი სექტორების* სპეციალური რეგულაციები. ეკონომიკისა და ბიზნესის იმ სფეროებში, სადაც უფრო მაღალია ადამიანის უფლებათა დარღვევისა და გარემოს დაცვის ზიანის მიყენების რისკი, სოფლის მეურნეობაში, სატყეო და თევზის მრეწველობაში, ტექსტილისა და მინერალების მრეწველობაში, მოწესრიგება უნდა შეხებოდა ასევე ნაკლები რაოდენობის მქონე საწარმოებს.⁵⁰

აღრიცხულ კომპანიებს ეკისრებათ, *მათი საერთო აქტივობების ჯაჭვში*, ადამიანის უფლებათა და გარემოს დაცვითი რისკების იდენტიფიცირების, შემცირებისა და ანგარიშგების ვალდებულება. ამ თვალსაზრისით, ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივა ბევრად სცილდება მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის რეგულაციებს. ერთის მხრივ, რეგულაციის საგანია ყველა საქმიანი პარტნიორი, რომელიც კავშირშია საქონლის წარმოებასა და მომსახურების განწევასთან (upstream; მუხლი 3 პ. 1 g ქვეპ. i), ანუ, ყველა პირდაპირი და არაპირდაპირი მიმწოდებელი. მეორეს მხრივ, აქტივობის ჯაჭვი (downstream) ვრცელდება საქმიანი პარტნიორების საქმიანობაზე, გასაღებას, გადაზიდვასა და დასაწყობებასთან ურთიერთკავშირში (მუხლი 3 პ. 1 g ქვეპ. ii). რეგულაციის საგანს არ წარმოადგენს, როგორც ამას ითვალისწინებდა 2023 წლის დეკემბრის პროექტი, კომპანიის მომსახურება და პროდუქტის გატანა ან გადაამუშავება.

50 ob. https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en.

3. რისკზე დაფუძნებული წინდახედულობის ვალდებულება

რისკზე დაფუძნებული წინდახედულობის ვალდებულება (მუხ. 5) მოიცავს ღონისძიებებს, რომლებიც, ძირითადად, მონესრიგებულია დოკუმენტში „ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის სახელმძღვანელო პრინციპები წინდახედულობის ვალდებულების შესასრულებლად პასუხისმგებლიანი სამეწარმეო საქმიანობისათვის“⁵¹ და ასევე განსაზღვრულია ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივის მე-7-16 მუხლებში. ესენია:

- წინდახედულობის პრინციპის ჩართვა სანარმოო პოლიტიკასა და რისკის მართვის სისტემებში (მუხ. 7);
- ფაქტობრივი და პოტენციური ნეგატიური ზეგავლენის გამოძიება და შეფასება (მუხ. 8) და საჭიროების შემთხვევაში პრიორიტეტულ საკითხად დაყენება (მუხ. 9);
- პოტენციური ნეგატიური ზეგავლენის თავიდან აცილება, შემცირება და ფაქტობრივი ნეგატიური ზეგავლენის შეწყვეტა (მუხ. 10-11);
- დახმარება ფაქტობრივი ნეგატიური ზეგავლენის დროს (მუხლი 12)
- დაინტერესებული მხარეების ჩართულობა (მუხლი 13);
- შეტყობინების სისტემის, ანგარიშგების მექანიზმისა და საჩივრების პროცედურების შექმნა და შენარჩუნება (მუხლი 14);
- სტრატეგიისა და ღონისძიების ეფექტურობის მონიტორინგი (მუხლი 15);
- წინდახედულობის ვალდებულების შესრულების შესახებ საჯარო კომუნიკაცია (მუხლი 16).

კომუნიკაციის თვალსაზრისით, კომპანიებმა, მათ ვებ-გვერდებზე, უნდა გამოაქვეყნონ ყოველწლიური ანგარიში (მუხლი 16 პ. 1), რომელიც 2029 წლის პირველი იანვრიდან წლიდან უნდა მიეწოდოს ეროვნული საკოორდინაციო უწყებას, რათა ინფორმაცია ხელმისაწვდომი იყოს ცენტრალური ევროპული პორტალის გზით (European Single Access Point,

51 <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-leitfaden-fur-die-erfullung-der-sorgfaltspflicht-fur-verantwortungsvolles-unternehmerisches-handeln.pdf>.

ESAP; მუხლი 17). ამ პორტალმა უნდა უზრუნველყოს, ინვესტორებისათვის საჭარო ინფორმაციის ხელმისაწვდომობა ფინანსურ მომსახურებაზე, კაპიტალის ბაზრებსა და მდგრადობაზე. გარდა ამისა, კომპანიებმა უნდა შეუქმნან და დანერგონ კლიმატის დაცვის გეგმები, „ყველა ღონე იხმარონ“, რათა მათი კომერციული მოდელი თავსებადი იყოს მდგრად ეკონომიკაზე გადასასვლელად, გლობალური დათბობის 1,5°C-ით შესაზღუდად, როგორც ამას განსაზღვრავს პარიზის კონვენცია, ასევე იმ მიზნით, რათა, 2050 წლამდე, შენარჩუნდეს კლიმატური ნეიტრალიტეტი (მუხლი 22). და ბოლოს, თითოეულმა კომპანიამ უნდა დანიშნოს უფლებამოსილი პირი, რომელიც პასუხისმგებელი იქნება საზედამხედველო ორგანოებისგან შეტყობინებების მიღებაზე და აღჭურვილი იქნება საჭირო უფლებამოსილებებითა და საშუალებებით (მუხლი 23).

4. სამოქალაქოსამართლებრივი პასუხისმგებლობა, ზიანის ანაზღაურება და საპროცესო წარმომადგენლობა

ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივა, განსხვავებით მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონისაგან, ადამიანის უფლებათა დაცვის მხრივ, ითვალისწინებს სამოქალაქოსამართლებრივ პასუხისმგებლობას, განზრახ და გაუფრთხილებლობით ჩადენილი დარღვევების შემთხვევაში (მუხლი 29). დირექტივა მიჰყვება *combined public-private enforcement*-ის სულისკვეთებას.⁵² თუმცა, პასუხისმგებლობა შემოიფარგლება ცალკეული დარღვევებით. პასუხისმგებლობის საკითხი არ დადგება, თუ ზარალი გამოწვეულია მხოლოდ საქმიანი პარტნიორების მიერ აქტივობების ჯაჭვში (მუხლი 29 პ. 1 ნ. 2). დარღვევებისას დადგენილია *სრული კომპენსაციის* მოთხოვნის წამოყენების უფლება ეროვნული სამართლებრივი ნორმების საფუძველზე (მუხლი 29 პ. 2). მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონის მსგავსად, შესაძლებელია *საპროცესო წარმომადგენლობის* უფლების მინიჭება, რათა სავარაუდო დაზარალებულმა სარჩელის აღძვრის უფლებამოსილება მიანიჭოს პროფკავშირებს, ადამიანის უფლებათა თუ გარემოს დამცველ ან სხვა არასამთავრობო ორგანიზაციებს (მუხ. 29 პ. 3d).

52 Lutz-Bachmann/Vorbeck/Wengenroth, BB 2022, 835, 842.

ყოველივე ეს ხელს უწყობს ე.წ. კოლექტიური სარჩელების აღძვრას,⁵³ რომლებიც ესკალაციისა და დიდ რეპუტაციულ რისკებს შეიცავენ საქმესთან შემხებლობაში მყოფი კომპანიების მიმართ.⁵⁴

5. აღსრულება და სანქციები

ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივა ავალდებულებს წევრ სახელმწიფოებს, დაანესონ ისეთი *სანქციები* დადგენილი ვალდებულებების დარღვევის შემთხვევაში (მუხლი 27), რომლებიც უნდა იყოს ქმედითი, თანაბომიერი და პრევენციული (მუხლი 27 პ. 1 ნ. 2). ამ დროს აუცილებლად გასათვალისწინებელია: დარღვევის სახეობა, სიმძიმე, ხანგრძლივობა და შედეგები; თანამშრომლობა შედეგების დასაძლევად; წინა დარღვევები; გამოსასწორებელი ზომების მოცულობა; დარღვევის შედეგად მიღებული ფინანსური სარგებელი ან თავიდან აცილებული ზარალი (მუხლი 27 პ. 2). სანქციის სახით *აუცილებელია სულ მცირე ფულადი სახდელეების დაწესება* (მუხლი 27 პ. 3). მაქსიმალურ სანქციად შეიძლება დაინიშნოს წინა სამეურნეო წლის მსოფლიო ნეტო ბრუნვის მინიმუმ 5 %, სადაც, კონცერნის შემთხვევაში, გადამწყვეტია მთლიანი კონცერნის ბრუნვა და არა რომელიმე ცალკეული საზოგადოების ბრუნვა (მუხლი 27 პ. 4). აუცილებელია *გამოქვეყნდეს და გასაჯაროვდეს* ყველა ის გადაწყვეტილება, რომელიც ეხება სანქციებს („Naming and Shaming“). ისინი მინიმუმ ხუთი წელი უნდა იყოს საჯაროდ ხელმისაწვდომი და წარდგენილი ზედამხედველობის ორგანოთა ევროპულ ქსელისთვის (მუხლი 20 პ. 5). და ბოლოს, უნდა იქნას უზრუნველყოფილი, რომ *ვალდებულებების შესრულება* გათვალისწინებულ იქნას სახელმწიფო დაკვეთებისა და ტენდერების პროცედურისას (მუხლი 31).

სანქციები *ბევრად უფრო მკაცრია*, ვიდრე ეს მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონშია. თუმცა, ევროკავშირის დირექტივა, ადგენს მხოლოდ ჯარიმების დაკისრების ვალდებულებას, რომელიც გაუქმდება ვალდებულების მოგვიანებით შესრულების შემთხვევაში. მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონით გათვალისწინებულ სახდელეებს კი, აქვთ რეპრესიული ხასიათი,

53 *Jaspers, GmbH* 2024, R52, R53.

54 *Wüstemann/Büchner*, BB 2024, 579, 584.

ვინაიდან გადახდა სავალდებულოა ვალდებულებების შესრულების შემთხვევაშიც კი.⁵⁵ აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ კანონმდებელი დიდი ალბათობით განავრცობს მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონს, გაითვალისწინებს რა ფულადი სახდელების შესახებ უკვე არსებულ დებულებებსაც, რაც გაზრდის ფულადი სახდელების ოდენობას.

6. კრიტიკა

კრიტიკას ევროკავშირის დირექტივის მისამართით, გამოთქვამს, ერთის მხრივ, ზოგიერთი მომხრე, რომლებიც თვლიან, რომ ის საკმაოდ შორს არ მიდის. მაგალითად, გერმანიის გარემოს დაცვის ორგანიზაციამ განაცხადა, რომ დირექტივა შერბილებულია და მხოლოდ შემდგომში მოხდება სრული ძალით გამოყენება.⁵⁶ მოწინააღმდეგეები კი, პირიქით, დირექტივის ტექსტში, ხედავენ ზედმეტ რეგულაციებსა და გადაჭარბებულ ბიუროკრატias. დირექტივა განიხილება, როგორც ევროპის კონკურენტუნარიანობის „დამატებითი უკუსვლა“⁵⁷ და „ბიუროკრატის გამარჯვება“.⁵⁸

IV. სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დარღვევებისას

მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონი და ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივა არ ითვალისწინებენ არანაირ სისხლისსამართლებრივ სანქციებს. თუმცა, ეს არ გამორიცხავს იმას, რომ შესაბამისი კომპანიების ხელმძღვანელი პირები სისხლის სამართლებრივად პასუხისმგებელი არიან მომწოდებლების მიერ

55 შუად. *Waßmer*, in Dicken/Fehrenbacher/Henrichs/Kleindiek/Watrin (Hrsg.), Bilanzrecht, 2024, § 331 Rn. 64.

56 Pressemitteilung der Deutschen Umwelthilfe vom 15. 3. 2024, <https://www.duh.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/deutsche-umwelthilfe-zu-eu-lieferkettengesetz-zum-gluock-laesst-sich-europa-im-gegenatz-zur-bundes>.

57 <https://bdi.eu/artikel/news/eu-lieferkettengesetz-weiterer-rueckschlag-fuer-europas-wettbewerbsfaehigkeit>.

58 <https://bga.de/im-fokus/artikel/lieferkettenrichtlinie-zu-recht-ohne-mehrheit-1>.

ჩადენილი ადამიანის უფლებების და გარემოს წინააღმდეგ ჩადენილი დარღვევებისთვის. გარდა ამისა, არსებობს შესაძლებლობა, რომ კომპანიებს, რომლებიც დაფუძნებულნი არიან როგორც იურიდიული პირები და პირთა გაერთიანებები, დაეკისროთ ჯარიმები (ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კანონის 30-ე პარაგრაფი), მიუხედავად იმისა, რომ გერმანულ კანონმდებლობაში კომპანიების სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა ჯერ არ არსებობს.

1. საერთაშორისო სისხლის სამართლის კოდექსი

შესაძლებელია ასევე დასჯადობა საერთაშორისო სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით. თუმცა, როდესაც მომწოდებლები ადამიანის უფლებებს არღვევენ, ეკონომიკური კავშირების გამო დანაშაულის შემადგენლობა მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში იქნება განხორციელებული.⁵⁹ ამისათვის საჭირო იქნება სამოქალაქო მოსახლეობაზე ფართო და სისტემატური თავდასხმა (§ 7 საერთაშორისო სისხლის სამართლის კოდექსი) ან შეიარაღებული კონფლიქტის (§§ 8, 9 საერთაშორისო სისხლის სამართლის კოდექსი) არსებობა. თუ ხდება სამოქალაქო მოსახლეობაზე ასეთი თავდასხმა, შესაძლოა, დახმარების (beneficial complicity) გამო მოხდეს დასჯა⁶⁰, შეკვეთილი საქონლის მიწოდების და განუელი მომსახურების გამო.⁶¹ საამისოდ კი, ხელმძღვანელი პირები უნდა მოქმედებდნენ პირდაპირი განზრახვით.⁶²

2. ძირითადი და დამატებითი სისხლის სამართალი

გარდა ამისა, დასაშვებია ხელმძღვანელი პირების დასჯადობა გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის ან დამატებითი სისხლის სამართლის დებულებების მიხედვით, იმ შემთხვევაში, თუ გახსნილია

59 *Oehm*, in: *Krajewski/Oehm/Saage-Maaß* (Hrsg.), *Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen*, 2018, 177, 183 f.

60 *Brockhaus*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 3. Aufl. 2024, Vor § 24 LkSG Rn. 14; *Kamann/Irmscher*, *NZWiSt* 2021, 249, 252.

61 შეად. *Momsen/Willumat*, *KriPoZ* 2019, 323, 326.

62 *Oehm*, in: *Krajewski/Oehm/Saage-Maaß* (Hrsg.), *Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen*, 2018, 177, 185.

გერმანული სისხლის სამართლის მოქმედების ფარგლები (გსსკ § 3-9). განსაკუთრებით, ეს ეხება *ინდივიდუალური სამართლებრივი სიკეთეების* დაცვას.⁶³

შეიძლება განვიხილოთ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა იძულებითი შრომისთვის (გსსკ § 232b). შრომითი ექსპლუატაცია გულისხმობს, რომ „დასაქმება ხორციელდება მოგების მიზნით ისეთ სამუშაო პირობებში, რომლებიც მკვეთრად შეუსაბამოა იმ თანამშრომელთა სამუშაო პირობებთან, რომლებიც ასრულებენ იგივე ან მსგავს სამუშაოს“ (გსსკ § 232 მუხლის 1-ლი პუნქტის მე-2 წინადადება). შესაბამისად, არ არის საკმარისი, თუ სამუშაო პირობები ზოგადად მნიშვნელოვნად უარესია, ვიდრე გერმანიაში. ასევე შესაძლებელია სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა სამუშაო ძალის ექსპლუატაციისთვის (§ 233 StGB), რაც მოითხოვს იძულებითი მდგომარეობის ან უმწეობის გამოყენებას, რაც დაკავშირებულია უცხო ქვეყანაში ყოფნასთან, ან 21 წლამდე პირთან მიმართებაში.⁶⁴

შრომის დაცვის სტანდარტების უგულვებელყოფისას, შესაძლებელია *ჯანმრთელობის განზრახ დაზიანებისა და მკვლელობის შემადგენლობების განხორციელება* (გსსკ §211 და შემდგომი, 223 და შემდგომი). გერმანული კომპანიის ხელმძღვანელი პირების, როგორც *ორგანიზატორის*, დასჯადობის წინაპირობაა შესაბამისი ორგანიზაციული პასუხისმგებლობა.⁶⁵ თუმცა, როდესაც საქმე ეხება უცხოელ მიმწოდებელს, უნდა გავითვალისწინოთ, რომ ის კომპანია, უმეტეს შემთხვევაში, სამართლებრივად დამოუკიდებელი ერთეული იქნება. შესაბამისად, გერმანული კომპანიის ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხი დგება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მისი კომპანია, „ფაქტობრივად“, ბატონობს მიმწოდებელზე.⁶⁶ ხელმძღვანელი პირების დასჯა *დახმარების* გამო, შესაბამის დამტკიცებას მოითხოვს.

63 შვად. *Waßmer*, in: Wollenschläger (Hrsg.), Handbuch des Ausländerrechts, 92. Aktualisierungslieferung 2022, 2J Rn. 40 ff.

64 *Waßmer*, in: Bross (Hrsg.), Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2016, Kap. 17 Rn. 26.

65 *Momsen/Willumat*, KriPoZ 2019, 323, 327f.

66 *Wittig*, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 195, 208.

უშუალოდ ძირითადი დარღვევების გამოსავლენადაც კი აუცილებელია ადგილობრივი პოლიციისა და მართლმსაჯულების სხვა ორგანოების თანამშრომლობა. დაბალი სახელფასო განაკვეთების მქონე ქვეყნებში, სამართლებრივი სისტემა კი საკმაოდ სუსტია.⁶⁷ ასევე რთულია, დამხმარე პირის განზრახვის დადასტურება.⁶⁸ როგორც წესი, ხელმძღვანელი პირები განაცხადებენ, რომ არაფერი იცოდნენ დანაშაულებრივი ქმედებების შესახებ. სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ყოველდღიურ „ნეიტრალურ“ ქცევებზე არგასავრცელებლად, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ⁶⁹ განავითარა შემლუღული მიდგომა. კერძოდ, ხელმძღვანელი პირი დახმარებისთვის პასუხს აგებს მხოლოდ მაშინ, თუ მან იცის, რომ დანაშაულის ჩადენა ხდება, რამეთუ ამის ფონზე მისი ქცევა უკვე კარგავს „ყოველდღიურ ხასიათს“. იმ შემთხვევაში, თუ ის მხოლოდ შესაძლებლად მიიჩნევდა დანაშაულის ჩადენას, დასჯადი ქმედების შეცნობილი რისკი იმდენად მაღალი უნდა ყოფილიყო, რომ მას უნდა გაეცნობიერებინა ქმედებისაკენ მიდრეკილი პირის ქცევა, ანუ, დანაშაულის ჩადენა „აუცილებლად დასაშვებად“ უნდა მიეჩნია.⁷⁰ შესაბამისი მტკიცებულების წარდგენა ამ დრომდე თითქმის შეუძლებელი იყო, რამეთუ ხელმძღვანელ პირებს არ ეკისრებოდათ მიმწოდებლებში რისკის მოძიების ვალდებულება. მიწოდების ჭაჭვის შესახებ კანონმა და ევროკავშირის დირექტივამ კი ეს ყველაფერი შეცვალა. კომპანიებმა უნდა განახორციელონ მასშტაბური რისკის მართვა, ასევე რისკის ანალიზი ადამიანის უფლებათა და გარემოს დაცვითი თვალსაზრისით და გაატარონ შესაბამისი ღონისძიებები.

ეფექტური *რისკის მართვა* უმაღვე შეიცნობს არსებულ რისკებს. თუ მენეჯმენტისთვის უკვე ცნობილი რისკები არ შემცირდება, დანაშაულებრივი ქმედების გამოვლენილი რისკი იმდენად მაღალია, რომ ისინი „ეთანხმებიან“ აშკარად დანაშაულისკენ მიდრეკილი დამნაშავის ხელშეწყობას. მოსალოდნელი სისხლისსამართლებრივი

67 Müller-Hoff, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 223, 233 m.w.N.

68 Wittig, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 195, 200.

69 საფუძვლიანად BGHSt 46, 107, 112.

70 BGHSt 46, 107, 113.

პასუხისმგებლობის გათვალისწინებით, ხელმძღვანელი პირები თავს შეიკავებენ „პრობლემური“ მომწოდებლების გამოყენებისგან, მიუხედავად იმისა, რომ კომპანიებს ბევრად უფრო დაბალი სანქციები ემუქრებათ (§ 30, ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსი), ვიდრე მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონითა და ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივით გათვალისწინებული ფულადი ჯარიმებია. მაქსიმალური ჯარიმის ოდენობა, განზრახ ქმედებებისას, შეიძლება იყოს მხოლოდ 10 მილიონი ევრო. დამატებით შეიძლება მოხდეს მოგების ჩამორთმევა (ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის § 17 ნაწ. 4). თუ კომპანიაში დანერგილი რისკების მართვა არაეფექტურია, ხელმძღვანელ პირებს შეუძლიათ განაცხადონ, რომ მათთვის რისკები უცნობი იყო, რითაც გამოირიცხება მათი მხრიდან დახმარების ჩადენა. თუმცა, ამ შემთხვევაში სათანადო წინდახედულობის ვალდებულებების შეუსრულებლობის გამო, ხელმძღვანელი პირებისა და მათი კომპანიების მიმართ შეიძლება დაწესდეს მნიშვნელოვანი ჯარიმები.

უნდა აღინიშნოს, რომ ამ თვალსაზრისით სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა შესაძლებელია მხოლოდ განზრახი დანაშაულისთვის, რომელიც უკავშირდება სულ მცირე არაპირდაპირ განზრახვას. დასჯადობა გაუფრთხილებლობით ჩადენილი დელიქტების გამო (განსაკუთრებით, გსსკ §§ 229, 222), რომელიც უკავშირდება წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევას, ვერ მოხერხდება, ვინაიდან ამ ვალდებულებების დარღვევამ შეიძლება გამოიწვიოს მხოლოდ ფულადი ჯარიმები და არა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა. შესაბამისად, გაუფრთხილებლობით ჩადენილი დანაშაულის კონტექსტში კანონისა და დირექტივის გამოყენება ეწინააღმდეგება სამართლებრივი ინსტრუმენტების დაცვის მიზანს.

V. დასკვნა და სამომავლო პერსპექტივები

ევროკავშირის დირექტივა და მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონი არის სწორი მიმართულებით გადადგმული ნაბიჯი, რამეთუ ისინი ავალდებულებენ მსხვილ კომპანიებს, ჩამოაყალიბონ რისკის მართვის სისტემა ადამიანის

უფლებებისა და გარემოს დაცვითი თვალსაზრისით. დედამიწის ყველაზე მნიშვნელოვანი ეკონომიკური ზონის ერთიანი მოდელი ხელს შეუწყობს გაეროს სახელმძღვანელო პრინციპების დანერგვას ბიზნესისა და ადამიანის უფლებებისათვის. თუმცა, ყოველივე ეს ეხება კომპანიების მხოლოდ ნაწილს. *შინაარსობრივად*, ევროკავშირის მიწოდების ჯაჭვის შესახებ დირექტივა მნიშვნელოვნად სცილდება მიწოდების ჯაჭვის შესახებ გერმანულ კანონს. წინდახედულობის ვალდებულება უფრო მოცულობითია, რამეთუ არ ხდება მიწოდებლებს შორის განსხვავება და ასევე გათვალისწინებულია საქმიანი პარტნიორები. ცალსახად გათვალისწინებულია *სამოქალაქოსამართლებრივი პასუხისმგებლობა სრული კომპენსაციის სახით*. დირექტივით დადგენილი სანქციები უფრო მკაცრია. ეს განსაკუთრებით პრობლემურია იმის გამო, რომ წინდახედულობის ვალდებულებები ძალიან ფართოა. საბოლოოდ, სასამართლოებმა უნდა უზრუნველყონ, რომ არ წარმოიქმნას კომპანიებისთვის არაპროპორციული წნეხი.

სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მხრივ, ვერც მიწოდების ჯაჭვის შესახებ კანონსა და ვერც ევროკავშირის დირექტივაში შევხვდებით დათქმებს. მიუხედავად ამისა, ეს საერთო სურათზე მაინც იქონიებს ზეგავლენას. *ხელმძღვანელმა პირებმა* სამომავლოდ უნდა მიაქციონ ყურადღება იმას, მოსალოდნელია თუ არა, მიწოდებისა ჯაჭვებში, გარკვეული დარღვევები. საქმიანი პარტნიორების ჩართულობისას, როდესაც რისკის ანალიზი ავლენს ამ მხრის პრობლემების პოტენციალს, მოსალოდნელია ფულადი ჯარიმები და თავისუფლების აღკვეთა დახმარების გამო. კომპანიებსაც დაეკისრებათ ფულადი სახდელები. იმ შემთხვევაში, თუ რისკის მართვა ზოგადად არაეფექტურია, ასევე მოსალოდნელია მაღალი ფულადი სახდელები.

VOM DEUTSCHEN LIEFERKETTENGESETZ ZUR EU-LIEFERKETTENRICHTLINIE

Prof. Dr. Dr. h.c. **Martin Paul Waßmer**, Universität zu Köln

I. Einführung

Die *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD oder CS3D), die Richtlinie (EU) 2024/1760 „über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit“,¹ kürzer: *EU-Lieferkettenrichtlinie*, hat das Ziel, die Einhaltung von Menschenrechtsstandards und Umweltschutz zu gewährleisten und eine verantwortungsvolle Unternehmensführung zu fördern.² Bereits am 14.12.2023 hatten sich das Europäische Parlament und die Unterhändler der Mitgliedstaaten auf eine Fassung geeinigt, die auf einem Vorschlag vom Februar 2022³ fußte. Diese erhielt jedoch in der Sitzung des Ausschusses der Ständigen Vertreter des Rats der Europäischen Union (COREPER) überraschend nicht die erforderliche qualifizierte Mehrheit von mindestens 15 Mitgliedstaaten mit einem EU-Bevölkerungsanteil von mindestens 65 %. Dies lag auch an Deutschland, das sich auf Betreiben der *FDP* bei der Abstimmung enthielt. Die Liberalen befürchteten, dass sich Unternehmen aus Angst vor Bürokratie und rechtlichen Risiken aus Europa zurückziehen.⁴ Am 15.3.2024 wurde dann – ohne Deutschland – für einen abgeschwächten Entwurf die erforderliche Mehrheit erreicht.⁵ Damit konnte die CS3D am 25.7.2024 in Kraft treten. Nunmehr haben alle Mitgliedstaaten die Richtlinie umzusetzen. Deutschland wird sein bereits seit dem 1.1.2023 geltendes „Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (Lieferket-

1 Abl. EU L 2024/1760.

2 <https://www.bmz.de/de/themen/lieferketten>.

3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit vom 23.2.2022, COM(2022) 71 final.

4 <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/lieferkettengesetz-verfehlt-mehrheit-unter-eu-laendern-a-78b3b519-7a75-4a03-8630-2bb203527a71>.

5 <https://www.zeit.de/wirtschaft/2024-03/eu-staaten-stimmen-fuer-lieferkettengesetz>.

tensorgfaltspflichtengesetz – LkSG)⁶ vom 16.7.2021,⁶ kurz: *Lieferkettengesetz*, entsprechend anpassen müssen.

II. Lieferkettengesetz (LkSG)

1. Hintergründe

Mit der Verabschiedung des LkSG wollte der deutsche Gesetzgeber eine Grundlage dafür schaffen, dass die Menschenrechte und der Arbeitnehmerschutz weltweit eingehalten und umgesetzt werden.⁷ Der Weg zu dem Gesetz war beschwerlich. Bereits im Jahr 2011 hatte der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen *Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte*⁸ verabschiedet. Dieses „Soft Law“ verpflichtet Staaten zum Schutz der Menschenrechte und Unternehmen zur Achtung der Menschenrechte. Dies ist sehr bedeutsam, da rund 80 Prozent des Welthandels auf globalen Lieferketten beruhen⁹ Viele Waren stammen aus Staaten, in denen prekäre Arbeitsbedingungen bestehen.

In Reaktion auf die UN-Leitprinzipien forderte die EU-Kommission die Mitgliedstaaten zur Entwicklung *Nationaler Aktionspläne* auf.¹⁰ In Deutschland beschloss die Große Koalition (CDU/CSU, SPD) in ihrem Koalitionsvertrag vom November 2013 tätig zu werden.¹¹ Der „Nationale Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte“ wurde jedoch erst im Dezember 2016 verabschiedet.¹² Hierin wurden Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern aufgefordert, entlang ihren Lieferketten „freiwillig“ Menschenrechtsstandards zu gewährleisten.¹³ Im Koalitionsvertrag vom

6 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten vom 16.7.2021, BGBl. I 2959.

7 BT-Drs. 19/28649, 23.

8 UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPR), UN doc A/HRC/17/31.

9 Vgl. https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Aussenhandel/_inhalt.html.

10 *Europäische Kommission*, Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM(2011) 681 endgültig.

11 *CDU Deutschlands/CSU-Landesleitung/SPD*, Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 124 f.

12 *Die Bundesregierung*, Nationaler Aktionsplan, Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte 2016–2020.

13 Kritisch *Amnesty International*, *Brot für die Welt*, *Misereor u.a.*, Kein Mut zu mehr

Februar 2018 vereinbarte die wiedergewählte Große Koalition ein Tätigwerden, falls diese Selbstverpflichtung nicht genügen sollte.¹⁴ Dies zeigte sich im Juli 2020 als ein Monitoring ergab, dass nur 17 % der Unternehmen die Vorgaben erfüllten.¹⁵ Bereits im Vorgriff hatte das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) im Jahr 2019 den Entwurf eines „*Nachhaltigen Wertschöpfungskettengesetzes*“ nebst einem „Sorgfaltpflichtengesetz“¹⁶ ausgearbeitet, das Straf- und Bußgeldvorschriften vorsah. Der Entwurf wurde aber zurückgezogen.¹⁷ Im März 2020 veröffentlichte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) den Eckpunkteentwurf eines „Sorgfaltpflichtengesetzes“, das keine Strafvorschriften mehr enthielt.¹⁸ Nachdem das BMAS den Referentenentwurf¹⁹ im Februar 2021 präsentierte, konnte das Gesetz im Juli 2022 verabschiedet werden. Das LkSG trat nach seiner Verkündung überwiegend zum 1.1.2023 in Kraft.

2. Zielsetzung und generelle Kritik

Das LkSG soll die internationale Menschenrechtslage verbessern, indem es Anforderungen an das *Management von Lieferketten* normiert.²⁰ Trotz dieses hehren Ziels wurde das Gesetz von Anfang an scharf kritisiert. Es bedeute international einen *Wettbewerbsnachteil*,²¹ es führe zu mehr *Bürokratie und Kosten*, mit dem

Verbindlichkeit, 6.2.2017, 2 ff.

14 CDU Deutschlands/CSU-Landesleitung/SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, S. 156.

15 Monitoring des Umsetzungsstandes der im Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte 2016-2020 beschriebenen menschenrechtlichen Sorgfaltpflicht von Unternehmen, Abschlussbericht, 2020, S. 5.

16 Abrufbar unter <https://www.business-humanrights.org/de/neuste-meldungen/text-des-gesetzesentwurfs-f%C3%BCr-verbindliche-menschenrechtliche-sorgfaltpflichten-von-unternehmen>.

17 Breckheimer, jurisPR-IWR 6/2020 Anm. 1.

18 BMAS und BMZ, Entwurf für Eckpunkte eines Bundesgesetzes über die Stärkung der unternehmerischen Sorgfaltpflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in globalen Wertschöpfungsketten (Sorgfaltpflichtengesetz).

19 Abrufbar unter <https://perma.cc/QK5T-WZHS>.

20 BT-Drs. 19/28649, 2.

21 Schmidt, EuZW 2021, 273, 274.

Rückzug aus schwierigen Regionen werde *Geschäftemachern* im Ausland das Feld überlassen.²² Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass andere Staaten bereits tätig wurden. Frankreich hatte mit dem „Loi de vigilance“ 2017²³ die UN-Leitprinzipien umgesetzt, das Vereinigte Königreich den „Modern Slavery Act 2015“,²⁴ Australien den „Modern Slavery Act 2018“²⁵ und die Niederlande 2019 den „Wet zorgplicht kinderarbeid“ eingeführt.²⁶ Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass das Gesetz einem *Marktversagen* entgegenwirken soll. Rohstoffe, Produkte und Dienstleistungen sind in Niedriglohnländern deshalb oft günstiger, weil dort die hohen sozialen und ökologischen Standards der Industriestaaten nicht gelten.²⁷

3. Anwendungsbereich

Der *sachliche* Anwendungsbereich des LkSG ist sehr weit. Die Lieferkette bezieht sich auf „alle Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens“ (§ 2 Abs. 5 S. 1 LkSG) und umfasst „alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistungen erforderlich sind, angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zu der Lieferung an den Endkunden,“ einbezogen sind alle Zulieferer (§ 2 Abs. 5 S. 2 LkSG).

Der *persönliche* Anwendungsbereich des LkSG ist dagegen stark begrenzt. Es gilt zum einen nur für Unternehmen mit Hauptverwaltung, Hauptniederlassung, Verwaltungs- oder Satzungssitz in Deutschland (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 LkSG) sowie für ausländische Unternehmen, die in Deutschland über eine Zweigniederlassung verfügen (§ 1 Abs. 1 S. 2 LkSG). Andere ausländische Unternehmen sind nicht erfasst, selbst wenn sie hohe Umsätze erzielen.²⁸ Zum anderen musste bei Inkrafttreten des Gesetzes am 1.1.2023 ein Unternehmen bzw. Konzern mindestens

22 Brockhaus, in Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, Vor § 24 LkSG Rn. 15; *DAV-Ausschüsse*, NZG 2021, 546, 547; *Schmidt*, EuZW 2021, 273, 274.

23 LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre; hierzu *Wagner*, ZIP 2021, 1095, 1098.

24 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents>.

25 <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>.

26 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.html>.

27 *Ehmann*, ZVertriebsR 2021, 205, 207.

28 *Valdini*, BB 2021, 2955, 2958.

3.000 Arbeitnehmer im Inland beschäftigen. Zum 1.1.2024 ist die Grenze auf 1.000 Arbeitnehmer gesunken, womit nunmehr rund 2.200 Unternehmen in den Anwendungsbereich fallen.²⁹ Dies ist weiterhin unbefriedigend, da in Deutschland im Jahr 2024 rund 3,61 Mio. Unternehmen registriert waren. Hiervon zählten gemäß der Definition der EU-Kommission³⁰ 99,3 % zu den kleinsten, kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). Letztlich soll die Nichteinbeziehung aber dadurch abgemildert werden, dass sich zahllose Unternehmen, die weniger als 1.000 Mitarbeiter beschäftigen, als Zulieferer von Großunternehmen betätigen. Diese geben die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben vertraglich weiter (*trickledown-Effekt*), womit der Anwendungsbereich faktisch erweitert wird.³¹

4. Geschützte Rechtspositionen

Eine materielle Einschränkung resultiert daraus, dass das Gesetz nur Rechtspositionen schützt, die sich aus den in der Anlage zum LkSG gelisteten *Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte* ergeben (§ 2 Abs. 1 LkSG). Einbezogen sind neun völkerrechtliche Verträge der ILO, der UN-Zivilpakt und der UN-Sozialpakt. Die geschützten Menschenrechte folgen aus § 2 Abs. 2 Nr. 1–12 LkSG. Ein *menschenrechtliches Risiko* ist ein Zustand, „bei dem aufgrund tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit“ ein Verstoß gegen elf Verbote droht: Beschäftigung von Kindern unter 15 Jahren; schwerste Formen der Kinderarbeit; Zwangsarbeit; Sklaverei; Missachtung des nationalen Arbeitsschutzes; Missachtung der Koalitionsfreiheit; Ungleichbehandlung bei der Beschäftigung; Vorenthalten angemessenen Lohns; Verunreinigung von Boden, Gewässer, Luft, unter Einschluss schädlicher Lärmemissionen und übermäßigen Wasserverbrauchs; widerrechtliche Zwangsräumung und widerrechtlicher Entzug von Land, Wäldern und Gewässern; Einsatz von Sicherheitskräften, die Menschenrechtsverletzungen begehen. Darüber hinaus untersagt eine *Generalklausel*³² jedes Verhalten, das „unmittelbar geeignet ist, in besonders schwerwiegender Weise

29 BT-Drs. 19/28649, 63.

30 Empfehlung 2003/361/EG: Kleinstunternehmen (10 Mitarbeiter); kleine Unternehmen (unter 50 Mitarbeiter); mittlere Unternehmen (unter 250 Mitarbeiter).

31 BT-Drs. 19/28649, 23.

32 Krit. *Wagner/Rutloff*, NJW 2021, 2145, 2147.

eine geschützte Rechtsposition zu beeinträchtigen und dessen Rechtswidrigkeit bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist“. *Umweltbezogene Risiken* definiert § 2 Abs. 3 LkSG durch Bezugnahme auf drei Übereinkommen, nämlich das Minamata-Übereinkommen über Quecksilber, das Stockholmer Übereinkommen über persistente organische Schadstoffe und das Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung.

5. Sorgfaltspflichten

Abschnitt 2 des LkSG formuliert umfangreiche Sorgfaltspflichten. Generell sind Unternehmen verpflichtet, in ihren Lieferketten menschenrechtliche und umweltbezogene Sorgfaltspflichten zu beachten, um Risiken vorzubeugen, sie zu minimieren oder Pflichtverletzungen zu beenden (§ 3 Abs. 1 S. 1 LkSG). Die Unternehmen haben ein *Risikomanagement* einzurichten und einen *Menschenrechtsbeauftragten*³³ zu benennen (§ 4 LkSG). Regelmäßig sind Risikoanalysen durchzuführen (§ 5 LkSG). Wird ein Risiko festgestellt, sind Präventionsmaßnahmen (§ 6 LkSG), bei der Feststellung von Verletzungen Abhilfemaßnahmen (§ 7 LkSG) zu ergreifen, ggf. ist die Geschäftsbeziehung abzubrechen (§ 7 Abs. 3 LkSG). Es ist ein internes Beschwerdeverfahren einzurichten (§§ 8, 9 LkSG), das es ermöglicht, auf Risiken sowie Verstöße hinzuweisen, die im eigenen Geschäftsbereich oder dem eines Zulieferers entstanden sind. Mit der Durchführung des Verfahrens sind Beschwerdebeauftragte zu betrauen (§ 8 Abs. 1 S. 4 LkSG)³⁴. Die Erfüllung der Sorgfaltspflichten ist nicht nur fortlaufend zu dokumentieren, sondern es ist ein Jahresbericht zu erstellen, öffentlich zugänglich zu machen (§ 10 LkSG) und beim Bundesaufsichtsamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) einzureichen (§ 12 LkSG). Unternehmen müssen also ein zeit- und kostenintensives *Compliance-System* einrichten bzw. ihr System entsprechend anpassen.³⁵

Einschränkungen resultieren daraus, dass Risikoanalysen (§ 5 LkSG) grds. nur

33 Hierzu *Bertke/Sandbrink*, NJW 2024, 319, 320 ff.; krit. *Teichmann*, ZWH 2022, 133, 136.

34 *Bertke/Sandbrink*, NJW 2024, 319, 323 ff.

35 *Leuering/Rubner*, NJW-Spezial 2021, 399.

für den eigenen Geschäftsbereich und unmittelbare Zulieferer (§ 2 Abs. 7 LkSG) erforderlich sind. In Bezug auf mittelbare Zulieferer (§ 2 Abs. 8 LkSG) ist eine Risikoanalyse erst dann durchzuführen, wenn „substantiierte Kenntnis“ von möglichen Verstößen erlangt wird (§ 9 Abs. 3 LkSG). Zudem haben die Unternehmen die Sorgfaltspflichten (nur) „in angemessener Weise zu beachten“ (§ 3 Abs. 1 LkSG), womit eine bloße Bemühenspflicht statuiert wurde.³⁶

6. Besondere Prozessstandschaft und zivilrechtliche Haftung

Das LkSG hat Gewerkschaften und NGOs die Möglichkeit eröffnet, Rechte Betroffener im Wege der *besonderen Prozessstandschaft* geltend zu machen (§ 11 LkSG). Einbezogen sind allerdings nur Klagen, welche die Verletzung von Menschenrechten betreffen.³⁷ Eine weitere starke Restriktion resultiert daraus, dass nach § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG die Verletzung von Sorgfaltspflichten ausdrücklich „keine zivilrechtliche Haftung“ begründet. Konsequenz ist, dass das LkSG keinen Schutzgesetzcharakter hat.³⁸ Damit hat es die Rechtsposition der Opfer von Menschenrechtsverstößen nicht verbessert.³⁹ Da die geltenden Regeln des Internationalen Privatrechts „unberührt“ bleiben,⁴⁰ gelangt in einschlägigen Fällen weiterhin ausländisches Recht zur Anwendung, womit den Opfern in Deutschland Schadensersatz verwehrt bleibt.

7. Durchsetzung und Sanktionen

Die Sorgfaltspflichten werden durch das BAFA kontrolliert und durchgesetzt (§ 19 LkSG).⁴¹ Es überprüft die Berichte (§ 13 Abs. 1 LkSG), kann Nachbesserungen verlangen (§ 13 Abs. 2 LkSG) und umfangreiche Maßnahmen zur Feststellung, Verhinderung sowie Beseitigung von Verstößen treffen (§ 15 LkSG). Es hat Betretens- und Besichtigungsrechte, kann zur Erteilung von Auskünften und zur Herausgabe von Unterlagen verpflichten (§§ 16–18 LkSG). Verstöße gegen die Sorg-

36 BT-Drs. 19/28649, 2; *Ehmann/Berg*, GWR 2021, 287, 288; *Hübner*, NZG 2020, 1411.

37 *Wagner/Rutloff*, NJW 2021, 2145, 2151.

38 Siehe nur *Beck*, ZIP 2022, 1471, 1475; *Wagner/Rutloff*, NJW 2021, 2145, 2150.

39 *Kamann/Irmscher*, NZWiSt 2021, 249, 251.

40 BT-Drs. 19/28649, 53.

41 *Ehmann*, ZVertriebsR 2021, 141, 150; *Koch*, MDR 2022, 1, 4 f.

faltspflichten können verfolgt und gem. den *Bußgeldvorschriften* des § 24 LkSG geahndet werden, wobei erlangte Vermögensvorteile abzuschöpfen sind (§ 17 Abs. 4 OWiG). Erfasst sind sowohl *vorsätzliche* als auch *fahrlässige* Verstöße.

Verstöße *natürlicher Personen* betreffend Präventions- und Abhilfemaßnahmen sowie die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens (§ 8 Abs. 1 S. 1 LkSG) können mit Geldbuße bis zu 800.000 EUR geahndet werden (§ 24 Abs. 2 Nr. 1 lit. a, b LkSG). Auf Verstöße beim Risikomanagement, bei der Risikoanalyse, bei der Überprüfung der Wirksamkeit von Maßnahmen und beim Beschwerdeverfahren, bei der Aktualisierung von Maßnahmen sowie gegen vollziehbare Anordnungen kann mit Geldbuße bis zu 500.000 EUR reagiert werden (§ 24 Abs. 2 Nr. 2 LkSG). Für sonstige Verstöße ist eine Geldbuße bis zu 100.000 EUR möglich (§ 24 Abs. 2 Nr. 3 LkSG). Bei Fahrlässigkeit sind die Höchstbeträge zu halbieren (§ 17 Abs. 2 OWiG). Darüber hinaus droht der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen (§ 22 LkSG). Für *juristische Personen und Personenvereinigungen* verzehnfacht sich das Höchstmaß der Verbandsgeldbuße (§ 24 Abs. 2 S. 2 LkSG). Bei einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 400 Mio. EUR kann sie bis zu zwei Prozent des Jahresumsatzes betragen (§ 24 Abs. 3 LkSG). Der Gesetzgeber rechtfertigt diese hohen Bußgeldandrohungen damit, dass sie mit Blick auf den Rang der Menschenrechte angezeigt seien und es um Großunternehmen geht.⁴²

Die *Kritik* am LkSG richtet sich dagegen, dass eine „angemessene“ Risikoanalyse gefordert wird, was vage erscheint, womit eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG) droht.⁴³ Bis zur hinreichenden Konkretisierung durch die Rechtsprechung dürften deshalb nur eindeutige und schwerwiegende Verstöße geahndet werden.⁴⁴ Weiter wird moniert, dass die Geldbußen Milliardenbeträge erreichen können und der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge existenzbedrohend sei.⁴⁵ In der Praxis dürften jedoch extrem hohe Geldbußen kaum festgesetzt werden. Zudem können Unternehmen dem Ausschluss von der Vergabe durch den Nachweis der Selbstreinigung nach § 125 GWB entgehen (§ 22 Abs. 1 LkSG). Schließlich wird kritisiert, dass viele Maßnahmen im Ausland

42 BT-Drs. 19/28648, 58.

43 *Brosthaus/Schefer*, wistra 2023, 410, 413; *Kamann/Irmscher*, NZWiSt 2021, 249, 254.

44 *Neuhöfer*, in Johann/Sangi (Hrsg.), LkSG, 2023, § 24 Rn. 34.

45 *Nietsch/Wiedmann*, CCZ 2021, 101, 109.

zu ergreifen seien, wegen der territorialen Begrenzung durch die §§ 5, 7 Abs. 1 OWiG eine Sanktionierung aber nur dann in Betracht komme, wenn der Tatort im Inland liege.⁴⁶ Auch dies überzeugt nicht, da die Leitungspersonen des deutschen Unternehmens zunächst die Zulieferer zur Einhaltung der Menschenrechte von Deutschland aus auffordern müssen, womit die Sorgfaltspflichten in Deutschland zu erfüllen sind und sich der Tatort im Inland befindet.⁴⁷

III. EU-Lieferkettenrichtlinie (CS3D)

1. Zielsetzung und geschützte Rechtspositionen

Die CS3D hat wie das LkSG zum Ziel, nachhaltiges und verantwortungsvolles Handeln zu fördern sowie Menschenrechts- und Umweltaspekte in der Geschäftstätigkeit und Unternehmensführung zu verankern. Die Unternehmen sollen negative Auswirkungen in ihren „Aktivitätsketten“ (chain of activities) angehen. Die *Rechte und Verbote*, die in Menschenrechtsinstrumenten enthalten sind (Pendant: § 2 Abs. 2 LkSG), sowie die Instrumente für Menschenrechte und Grundfreiheiten (Pendant: Anhang LkSG) listet Anhang Teil I. Entsprechend sind in Teil II die im Bereich der Umwelt in Instrumenten enthaltenen Verpflichtungen und Verbote gelistet (Pendant: § 2 Abs. 2 LkSG; Anhang LkSG). Die zum LkSG parallele Struktur ist unübersehbar, wobei der Katalog der menschenrechtlichen Verpflichtungen deutlich größer ist, u.a. auch das Verbot von willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in das Privatleben (Art. 17 UN-Zivilpakt), das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 18 UN-Zivilpakt) und das Verbot umfasst, den Zugang der Arbeitnehmer zu angemessenem Wohnraum einzuschränken (Art. 11 UN-Zivilpakt). Auch der Katalog der umweltbezogenen Verbote und Verpflichtungen schließt weitere Übereinkünfte ein, wie das Washingtoner Artenschutzübereinkommen (CITES). Darüber hinaus sind schwere Umweltschädigungen durch Bodenveränderungen, Wasser- oder Luftverschmutzung, Emissionen und übermäßigen Wasserverbrauch verboten. Gegenüber dem LkSG sind damit mehr Rechte, Verbote und Verpflichtungen zu

46 *Brosthaus/Schefer*, wistra 2023, 410, 415; *Mitsch*, NZWiSt 2021, 409, 410.

47 BT-Drs. 19/28649, 28 und 48 f.

beachten, was den Druck auf die erfassten Unternehmen erhöht.⁴⁸

2. Anwendungsbereich

Erfasst werden Unternehmen, die nach den Rechtsvorschriften eines EU-Staats gegründet wurden und über mehr als *1.000 Beschäftigte und 450 Mio. € Nettojahresumsatz* verfügen (Art. 2 Abs. 1 lit. a. CS3D). Der Entwurf vom Dezember 2023 wollte dagegen Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten und 150 Mio. € Nettojahresumsatz einbeziehen. Durch die höheren Anforderungen sind jedoch lediglich rund 5.400 und damit 0,05% aller Unternehmen in der EU erfasst.⁴⁹ Die kumulative Berücksichtigung des Umsatzes geht über das LkSG hinaus. Im Übrigen sind auch Nicht-EU-Unternehmen einbezogen, wenn sie in der EU einen Nettojahresumsatz von mehr als 450 Mio. € erzielen (Art. 2 Abs. 2 lit. a. CS3D).

Vorgesehen sind *sehr lange Übergangsfristen*. Drei Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie gelten die Vorgaben zunächst für EU-Unternehmen mit mehr als 5.000 Beschäftigten und mehr als 1,5 Mrd. € Jahresumsatz, nach vier Jahren sinkt die Grenze auf 3.000 Beschäftigte und 900 Mio. € und erst nach fünf Jahren auf 1.000 Beschäftigte und 450 Mio. € (Art. 37 Abs. 1 lit. a, b und e CS3D). Entsprechend ist für *Nicht-EU-Unternehmen* ein gestaffeltes Inkrafttreten vorgesehen (Art. 37 Abs. 1 lit. c, d und e CS3D).

Eine weitere Einschränkung resultiert daraus, dass die CS3D – anders als das LkSG – nur für bestimmte *Unternehmensformen* gilt. Erfasst sind folgende Rechtsformen des deutschen Rechts: Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften (Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. i CS3D i.V.m. Anhang I und II der Bilanzrichtlinie 2013/34/EU). In den anderen Mitgliedstaaten (Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. ii CS3D) sind vergleichbare Rechtsformen erfasst. Lediglich *beaufsichtigte Finanzunternehmen* sind unabhängig von der Rechtsform einbezogen (Art. 3 Abs. 1 lit. a. Ziff. iii) CS3D). Gegenüber dem Entwurf vom Dezember 2023 wurden die Sonderregelungen für *Risikosektoren* gestrichen. Zuvor sollten

48 Lutz-Bachmann/Vorbeck/Wengenroth, BB 2022, 835, 838 f.

49 <https://www.hrw.org/de/news/2024/05/24/neues-eu-lieferkettengesetz-fuer-unternehmen-fragen-und-antworten>.

in Wirtschaftszweigen, in denen das Risiko für Menschenrechtsverletzungen oder Umweltschäden höher bewertet wird – bei der Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft, Lebensmittelproduktion, der Textil- und Mineralienindustrie – auch Unternehmen mit weniger Beschäftigten einbezogen sein.⁵⁰

Die erfassten Unternehmen sind verpflichtet, die menschenrechtlichen und umweltbezogene Risiken in ihrer *gesamten Aktivitätskette* zu identifizieren, zu mindern und darüber zu berichten. Damit geht die CS3D über das LkSG deutlich hinaus. Zum einen bezieht sie im Zusammenhang mit der Herstellung von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen (upstream) alle vorgelagerten Geschäftspartner ein (Art. 3 Abs. 1 lit. g. Ziff. i CS3D), d.h. direkte und indirekte Lieferanten. Zum anderen gehören zur Aktivitätskette auch (downstream) die Tätigkeiten der nachgelagerten Geschäftspartner im Zusammenhang mit dem Vertrieb, der Beförderung und der Lagerung (Art. 3 Abs. 1 lit. g. Ziff. ii CS3D). Nicht einbezogen sind jedoch, wie dies noch in der Fassung vom Dezember 2023 vorgesehen war, Dienstleistungen des Unternehmens und die Entsorgung bzw. das Recycling von Produkten.

3. Risikobasierte Sorgfaltspflicht

Die risikobasierte Sorgfaltspflicht (Art. 5 CS3D) umfasst Maßnahmen, die im Wesentlichen bereits im „OECD-Leitfaden zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln“⁵¹ enthalten sind und in den Art. 7–16 CS3D festgelegt werden:

- Einbeziehung der Sorgfaltspflicht in Unternehmenspolitik und Risikomanagementsysteme (Art. 7 CS3D);
- Ermittlung und Bewertung tatsächlicher oder potenzieller negativer Auswirkungen (Art. 8 CS3D) und ggf. Priorisierung (Art. 9 CS3D);
- Verhinderung und Minderung potenzieller negativer sowie Abstellung tatsächlicher negativer Auswirkungen (Art. 10 und 11 CS3D);

50 Siehe https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/corporate-sustainability-due-diligence_en.

51 <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-leitfaden-fur-die-erfullung-der-sorgfaltspflicht-fur-verantwortungsvolles-unternehmerisches-handeln.pdf>.

- Abhilfe bei tatsächlichen negativen Auswirkungen (Art. 12 CS3D);
- Einbeziehung von Interessenträgern (Art. 13 CS3D);
- Einrichtung und Aufrechterhaltung von Meldemechanismus und Beschwerdeverfahren (Art. 14 CS3D);
- Überwachung der Wirksamkeit der Strategien und Maßnahmen (Art. 15 CS3D);
- öffentliche Kommunikation über die Sorgfaltspflicht (Art. 16 CS3D).

In Bezug auf die Kommunikation müssen die Unternehmen auf ihrer Website jährlich eine Erklärung veröffentlichen (Art. 16 Abs. 1 CS3D), die ab dem 1.1.2029 bei einer nationalen Sammelstelle einzureichen ist, damit die Informationen über das *zentrale europäische Zugangsportal* (European Single Access Point, ESAP) zugänglich sind (Art. 17 CS3D). Dieses Portal soll Anlegern den Zugriff auf öffentlich verfügbare Informationen zu Finanzdienstleistungen, Kapitalmärkten und Nachhaltigkeit eröffnen. Darüber hinaus müssen die Unternehmen *Klimaschutzpläne* annehmen und umsetzen, „alles in ihrer Macht Stehende tun“, um ihr Geschäftsmodell mit dem Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft und der Begrenzung der Erderwärmung auf 1,5°C, wie im Übereinkommen von Paris festgelegt, sowie mit dem Ziel, bis 2050 klimaneutral zu werden, in Einklang zu bringen (Art. 22 CS3D). Schließlich muss jedes Unternehmen einen *Bevollmächtigten* ernennen, der zur Entgegennahme von Mitteilungen der Aufsichtsbehörden zuständig und mit den erforderlichen Befugnissen und Mitteln auszustatten ist (Art. 23 CS3D).

4. Zivilrechtliche Haftung, Schadensersatz und Prozesstandschaft

Im Bereich der Menschenrechte sieht die CS3D – im Gegensatz zum LkSG – ausdrücklich eine zivilrechtliche Haftung bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen vor (Art. 29 CS3D). Die Richtlinie folgt damit einem *combined public-private enforcement*.⁵² Hierbei ist die Haftung jedoch auf eigene Verstöße beschränkt, da keine Haftung besteht, wenn der Schaden nur von den Geschäftspartnern in der Aktivitätskette verursacht wurde (Art. 29 Abs. 1 S. 2 CS3D). Bei Verstößen

52 Lutz-Bachmann/Vorbeck/Wengenroth, BB 2022, 835, 842.

besteht Anspruch auf *vollständige Entschädigung* nach Maßgabe des nationalen Rechts (Art. 29 Abs. 2 CS3D). Wie nach dem LkSG ist die *Prozessstandschaft* zu eröffnen, sodass ein mutmaßlich Geschädigter eine Gewerkschaft, nichtstaatliche Menschenrechts- oder Umweltorganisation oder sonstige NGO ermächtigen kann, Klage zu erheben (Art. 29 Abs. 3 lit. d CS3D). Damit werden Popularklagen ermöglicht,⁵³ die für die betroffenen Unternehmen große Eskalations- und Reputationsrisiken bergen.⁵⁴

5. Durchsetzung und Sanktionen

Die CS3D verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, bei einem Verstoß gegen die nationalen Umsetzungsvorschriften *Sanktionen* (Art. 27 CS3D) vorzusehen, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind (Art. 27 Abs. 1 S. 2 CS3D). Zu berücksichtigen sind: Art, Schwere und Dauer des Verstoßes und Auswirkungen; Zusammenarbeit zur Bewältigung der Auswirkungen; frühere Verstöße; Umfang der Abhilfemaßnahmen; durch den Verstoß erlangte finanzielle Vorteile bzw. vermiedene Verluste (Art. 27 Abs. 2 CS3D). Mindestens sind *Zwangsgelder* vorzusehen (Art. 27 Abs. 3 CS3D). Das Höchstmaß beträgt mindestens 5 % des weltweiten Nettoumsatzes des vorausgegangenen Geschäftsjahres, wobei bei Konzernen der Konzernumsatz – nicht bloß der Umsatz der Einzelgesellschaft – maßgebend ist (Art. 27 Abs. 4 CS3D). Alle Beschlüsse, die Sanktionen betreffen, müssen *veröffentlicht* werden („Naming and Shaming“), mindestens fünf Jahre lang öffentlich zugänglich sein und dem Europäischen Netz der Aufsichtsbehörden übermittelt werden (Art. 20 Abs. 5 CS3D). Schließlich ist sicherzustellen, dass die *Einhaltung der Verpflichtungen* bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen Berücksichtigung findet (Art. 31 CS3D).

Im Ansatz sind damit die Sanktionen *wesentlich schärfer* als nach dem LkSG. Allerdings besteht nach der CS3D lediglich die Pflicht zur Verhängung von Zwangsgeldern, die im Fall der späteren Pflichterfüllung aufgehoben werden. Demgegenüber dienen die Geldbußen des LkSG zugleich der Repression, sodass sie auch

53 *Jaspers*, GmbH 2024, R52, R53.

54 *Wüstemann/Büchner*, BB 2024, 579, 584.

im Fall der Pflichterfüllung zu entrichten sind.⁵⁵ Anzunehmen ist jedoch, dass der Gesetzgeber das LkSG ergänzen und an die bestehenden Bußgeldvorschriften anknüpfen wird, womit sehr hohe Geldbußen drohen.

6. Kritik

Kritisch zur CS3D äußern sich einerseits einige *Befürworter*, denen die Richtlinie nicht weit genug geht. So hat die Deutsche Umwelthilfe angemerkt, dass die CS3D abgeschwächt wurde und erst spät vollumfänglich Anwendung finden soll.⁵⁶ Umgekehrt erblicken die *Gegner* eine Überregulierung und überbordende Bürokratie. Die Richtlinie wird als „weiterer Rückschlag“ für Europas Wettbewerbsfähigkeit bezeichnet,⁵⁷ als „Sieg für die Bürokratie“.⁵⁸

IV. Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Verstößen

Das LkSG und die CS3D sehen *keine strafrechtlichen Sanktionen* vor. Dies schließt es aber nicht aus, dass die *Leitungspersonen* der erfassten Unternehmen für Menschenrechts- und Umweltverstöße, die durch Zulieferer begangen wurden, strafrechtlich verantwortlich sind. Zudem besteht die Möglichkeit, gegen *Unternehmen*, die als juristische Personen und Personenvereinigungen verfasst sind, Verbandsgeldbußen nach § 30 OWiG festzusetzen, selbst wenn eine Strafbarkeit von Unternehmen im deutschen Recht bislang nicht existiert.

1. Völkerstrafgesetzbuch

Denkbar ist zunächst eine Strafbarkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB). Wenn Zulieferer Menschenrechtsverletzungen begehen, werden jedoch die Straf-

55 Vgl. *Waßmer*, in Dicken/Fehrenbacher/Hennrichs/Kleindiek/Watrin (Hrsg.), Bilanzrecht, 2024, § 331 Rn. 64.

56 Pressemitteilung der Deutschen Umwelthilfe vom 15. 3. 2024, <https://www.duh.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/deutsche-umwelthilfe-zu-eu-lieferkettengesetz-zum-glueck-laesst-sich-europa-im-gegensatz-zur-bundes->

57 <https://bdi.eu/artikel/news/eu-lieferkettengesetz-weiterer-rueckschlag-fuer-europas-wettbewerbsfaehigkeit>.

58 <https://bga.de/im-fokus/artikel/lieferkettenrichtlinie-zu-recht-ohne-mehrheit-1>.

tatbestände wegen des wirtschaftlichen Bezugs nur ganz ausnahmsweise erfüllt sein.⁵⁹ In aller Regel wird es an einem ausgedehnten oder systematischen Angriff gegen die Zivilbevölkerung (§ 7 VStGB) bzw. einem bewaffneten Konflikt (§§ 8, 9 VStGB) fehlen. Liegen die Voraussetzungen vor, etwa wenn gezielt gegen Bevölkerungsteile vorgegangen wird, kommt eine begünstigende Beihilfe (beneficial complicity)⁶⁰ in Betracht, sofern Waren und Dienstleistungen bestellt werden.⁶¹ Hierfür müssen die Leitungspersonen jedoch mit direktem Vorsatz gehandelt haben.⁶²

2. Kern- und Nebenstrafrecht

Denkbar ist weiter eine Strafbarkeit der Leitungspersonen nach Strafvorschriften des StGB oder des Nebenstrafrechts, sofern das deutsche Strafrecht nach dem Strafanwendungsrecht (§§ 3–9 StGB) anwendbar und der Schutzbereich der jeweiligen Strafvorschrift eröffnet ist. Dies ist vor allem der Fall, wenn es um den Schutz von *Individualrechtsgütern* geht.⁶³

In Betracht kommt etwa eine Strafbarkeit wegen *Zwangsarbeit* (§ 232b StGB). Eine ausbeuterische Beschäftigung setzt jedoch voraus, dass „die Beschäftigung aus rücksichtslosem Gewinnstreben zu Arbeitsbedingungen erfolgt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen solcher Arbeitnehmer stehen, welche der gleichen oder einer vergleichbaren Beschäftigung nachgehen“ (§ 232 Abs. 1 S. 2 StGB). Es genügt daher nicht, wenn die Arbeitsbedingungen im Allgemeinen wesentlich schlechter als in Deutschland sind.⁶⁴ Denkbar ist weiter eine Strafbarkeit wegen *Ausbeutung der Arbeitskraft* (§ 233 StGB), die aber die Ausbeutung einer Zwangslage oder Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, oder einer Person unter 21 Jahren erfordert.

59 Oehm, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 177, 183 f.

60 Brockhaus, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, Vor § 24 LkSG Rn. 14; Kamann/Irmscher, NZWiSt 2021, 249, 252.

61 Vgl. Momsen/Willumat, KriPoZ 2019, 323, 326.

62 Oehm, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 177, 185.

63 Vgl. Waßmer, in: Wollenschläger (Hrsg.), Handbuch des Ausländerrechts, 92. Aktualisierungslieferung 2022, 2J Rn. 40 ff.

64 Waßmer, in: Bross (Hrsg.), Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2016, Kap. 17 Rn. 26.

Bei der Missachtung von Arbeitsschutzvorschriften ist an *vorsätzliche Körperverletzungs- und Tötungsdelikte* (§§ 211 ff., 223 ff. StGB) zu denken. Eine Strafbarkeit der Leitungspersonen des deutschen Unternehmens als *Organisationstäter* setzt eine entsprechende Organisationsverantwortlichkeit voraus.⁶⁵ In der Regel handelt es sich bei einem ausländischen Zulieferer jedoch um eine rechtlich selbständige Einheit. Eine Verantwortlichkeit kommt nur in Betracht, wenn das Unternehmen den Zulieferer „faktisch“ beherrscht.⁶⁶ Für die Strafbarkeit der Leitungspersonen wegen *Beihilfe* gilt, dass diese nachgewiesen werden muss. Bereits der Nachweis der Haupttaten setzt die Kooperation der lokalen Polizei- und Justizbehörden voraus. In Niedriglohnländern ist das Rechtssystem jedoch nicht selten schwach ausgeprägt.⁶⁷ Ebenso ist der Nachweis des Gehilfenvorsatzes sehr schwierig.⁶⁸ In aller Regel werden die Leitungspersonen angeben, dass sie von den Straftaten keine Kenntnis hatten. Um die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei alltäglichen, „neutralen“ Verhaltensweisen zu begrenzen, hat die Rspr. des BGH⁶⁹ eine Restriktion vorgenommen. Zu bejahen ist eine Beihilfe, wenn die Leitungsperson weiß, dass Straftaten begangen werden, da ihr Verhalten dann den „Alltagscharakter“ verliert. Hielt sie dagegen die Begehung lediglich für möglich, muss das erkannte Risiko strafbaren Verhaltens derart hoch gewesen sein, dass sie sich die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters „angelegen“ sein ließ, d.h. die Begehung von Straftaten für „überaus wahrscheinlich“ hielt.⁷⁰ Der entsprechende Nachweis war bislang kaum zu erbringen, da die Leitungspersonen zu einer Suche nach Risiken bei Zulieferern nicht verpflichtet waren. Mit dem LkSG und der CS3D hat sich dies geändert. Die Unternehmen müssen ein umfangreiches Risikomanagement betreiben, hinsichtlich menschenrechtlicher und umweltbezogener Risiken eine Risikoanalyse durchführen und ggf. Maßnahmen ergreifen.

65 *Momsen/Willumat*, KriPoZ 2019, 323, 327.

66 *Wittig*, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 195, 208.

67 *Müller-Hoff*, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 223, 233 m.w.N.

68 *Wittig*, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 195, 200.

69 Grundlegend BGHSt 46, 107, 112.

70 BGHSt 46, 107, 113.

Ein *wirksames Risikomanagement* wird vorhandene Risiken erkennen. Werden die den Leitungspersonen nunmehr bekannten Risiken nicht minimiert, ist das erkannte Risiko eines strafbaren Verhaltens derart hoch, dass sie sich die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters „angelegen“ sein lassen. Angesichts der drohenden Strafbarkeit werden Leitungspersonen davor zurückschrecken, „belastete“ Zulieferer einzusetzen – auch wenn die Verbandsgeldbußen, die Unternehmen durch § 30 OWiG drohen, wesentlich milder sind, als die nach dem LkSG und künftig gemäß der CS3D drohenden Geldbußen. Maximal können bei vorsätzlich begangenen Straftaten „nur“ 10 Mio. € als Sanktion festgesetzt werden. Zusätzlich erfolgt eine Gewinnabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG. Ist das Risikomanagement dagegen *unwirksam*, können sich die Leitungspersonen zwar dahingehend einlassen, dass ihnen die Risiken nicht bekannt waren, womit eine Beihilfe ausscheidet. In diesem Fall wurden jedoch die Sorgfaltspflichten nicht erfüllt, sodass gegen die Leitungspersonen und ihre Unternehmen empfindliche Geldbußen und Verbandsgeldbußen festgesetzt werden können.

Klarzustellen ist, dass insoweit nur eine Strafbarkeit aus *Vorsatzdelikten* in Betracht kommt, die an das zumindest bedingt vorsätzliche Wissen um und Wollen der Tatbestandsverwirklichung anknüpft. Eine Strafbarkeit aus Fahrlässigkeitsdelikten (insbesondere §§ 229, 222 StGB), die auf die Verletzung der Sorgfaltspflichten nach dem LkSG bzw. der CS3D abstellen könnte, scheitert daran, dass die Verletzung dieser Sorgfaltspflichten nur die vorgesehenen Geldbußen und gerade keine Strafbarkeit auslösen soll. Einer Anknüpfung im Rahmen von Fahrlässigkeitsdelikten steht damit der Schutzzweck der Rechtsinstrumente entgegen.

V. Fazit und Ausblick

Die CS3D ist wie das LkSG ein *Schritt in die richtige Richtung*, da es Großunternehmen dazu verpflichtet, ein Risikomanagement für menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken einzurichten. Das geschlossene Vorgehen der bedeutendsten Wirtschaftszone der Erde wird die Durchsetzung der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte fördern. Allerdings wird im Kern nur ein Bruchteil der Unternehmen erfasst. *Inhaltlich* geht die CS3D über das LkSG sehr deutlich hinaus. Die Sorgfaltspflichten sind umfassender, es wird nicht zwischen

den Zulieferern differenziert und auch nachgelagerte Geschäftspartner sind einbezogen. Ausdrücklich ist *eine zivilrechtliche Haftung nebst vollständiger Entschädigung* vorgesehen. Ebenso sind die *Sanktionen*, welche die CS3D vorschreibt, schärfer. Dies ist nicht zuletzt deshalb bedenklich, weil die Sorgfaltspflichten sehr weitreichend sind. Letztendlich werden die Gerichte sicherstellen müssen, dass keine unverhältnismäßige Belastung entsteht.

Für die *strafrechtliche Verantwortlichkeit* fehlen sowohl im LkSG als auch in der CS3D Vorgaben, dennoch werden die Sorgfaltspflichten hierauf Auswirkungen haben. Die *Leitungspersonen* müssen künftig darauf achten, ob in den Liefer- bzw. Aktivitätsketten menschenrechtliche und umweltbezogene Verstöße drohen. Bei der Einbindung von Geschäftspartnern, bei denen die Risikoanalyse hohe Risiken aufzeigt, drohen ihnen Geld- und Freiheitsstrafen wegen Beihilfe und den Unternehmen Verbandsgeldbußen. Ist das Risikomanagement hingegen unwirksam, drohen sehr hohe Geldbußen sowie Verbandsgeldbußen.

კორუფციასთან ბრძოლა „უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების“ დასჯადობით?

პროფ. დოქტ. ტილ ციმერმანი, დიუსელდორფის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

ბევრი სამართლებრივი სისტემა აწესრიგებს უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემადგენლობას. შესაბამისი დანაშაულები მონესრიგებულია გაეროს კორუფციასთან ბრძოლის კონვენციის მე-19 მუხლში, ავსტრიის (§ 302 öStGB), შვეიცარიისა (312-ე მუხლი) და თურქეთის სისხლის სამართლის კოდექსებში (257-ე მუხლი). თუმცა, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსში, არ არსებობს მსგავსი ნორმა. საკითხი იმის შესახებ, არის თუ არა გონივრული ან სულ მცირე შესაძლებელი ასეთი შემადგენლობის შემოღება, გერმანიაში აქამდე ნაკლებად განხილულა. რამდენიმე აპოდიქტურ-უარყოფითი მოსაზრების გარდა,¹ უახლესი პერიოდიდან არსებობს მხოლოდ ფრანკ ციმერმანის, ძირითადად, შედარებით-სამართლებრივი კვლევა.²

ევროკომისიის ანტიკორუფციული დირექტივის პროექტიდან გამომდინარე,³ გერმანელი კანონმდებელი და ეროვნული სისხლისსამართლებრივი დოქტრინა იძულებულნი არიან, განიხილონ აღნიშნული საკითხი.⁴ სავარაუდოდ, მოსალოდნელია, რომ დირექტივა

1 შეად. *Fischer*, Strafbarkeit beim Dealen mit dem Recht? HRRS 2014, 324, 327 Fn. 36 (www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/14-09/index.php?sz=6); *Kaiser*, „Eine Hand wäscht die andere ...“ – Korruption in Politik und Wirtschaft, Universitas 1991, 1062, 1064.

2 *F. Zimmermann*, Ergänzung der Bestechungsdelikte durch einen Tatbestand des Amtsmisbrauchs?, in: T. Zimmermann (Hrsg.), Korruptionsstrafrecht, 2023, 31 ff. (www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748933304/korruptionsstrafrecht?page=1).

3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption v. 3.5.2023, COM(2023) 234 final, S. 4 (<https://t1p.de/322i9>)

4 ამასთან დაკავშ. იხ. *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, Auswirkungen der EU-Vorschläge für einen neuen Antikorruptions-Rechtsrahmen auf das deutsche Strafrecht, wistra 2023, 353 ff.; *F. Zimmermann*, Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM[2023] 234 final), ZfStw

რეკომენდაციას გაუწევს ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს, დანერგონ უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემადგენლობა. გერმანულ თარგმანში, „უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებით“ („Abuse of functions“) დასათაურებული, დირექტივის პროექტის მე-11 მუხლი შემდეგნაირად გამოიყურება:

წევრი სახელმწიფოები ახორციელებენ ყველა აუცილებელ ზომას, იმის უზრუნველსაყოფად, რომ დასჯადი იქნება შემდეგი ქმედებები, მათი განზრახ ჩადენის შემთხვევაში:

(1) ის მოქმედებები, რომლებსაც საჯარო მოსამსახურე უკანონოდ განახორციელებს ან უმოქმედობას ჩაიდენს, სამსახურებრივი უფლებამოსილებების განხორციელებისას, თავისთვის ან სხვისთვის რაიმე გაუმართლებელი უპირატესობის მისაღებად;

(2) ქმედებები, რომლებსაც პირი, რომელიც კერძო სანარმოში ხელმძღვანელ ან სხვა პოზიციაზე მუშაობს, ეკონომიკური, ფინანსური, ბიზნეს ან კომერციული საქმიანობის ფარგლებში, თავისი მოვალეობების დარღვევით ახორციელებს ან არ ასრულებს, რათა თავისთვის ან მესამე პირისთვის მოიპოვოს გაუმართლებელი უპირატესობა.

წინამდებარე ტექსტი დეტალურად განიხილავს სამ, ამ წარდგინებასთან დაკავშირებულ კომპლექსურ, საკითხს. კერძოდ, პირველი - საკითხს, თუ რას ნიშნავს „უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება“ და რაში გამოიხატება მისი უმართლობა; მეორე - ეს უმართლობის ტიპი თუ რა სახით უკავშირდება „კორუფციას“ და მესამე - როგორ უნდა მოწესრიგდეს ამგვარი შემადგენლობა, რათა დაკმაყოფილდეს სამართლებრივი სახელმწიფოს მოთხოვნები.

2023, 383 ff. (https://www.zfistw.de/dat/artikel/2023_6_1588.pdf); *Friedrich/Gierok*, Mit wenig Maß, aber wichtigem Ziel – Der neue Vorschlag für eine EU-Korruptionsbekämpfungsrichtlinie, *NZWiSt* 2024, 165 ff.; *Wegner*, in *Jishkariani/Waßmer* (Hrsg.), *Strafrecht und Menschenrechte*, Deutsch-Georgischer Rechtsdialog, Tagungsband 2023, 2024, S. 16 ff.

II. „უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების“, როგორც დანაშაულის კონცეფცია

1. გამოყენების სფერო

„უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების“ ცნების ქვეშ, როგორც წესი, იგულისხმება ორგანიზაციის შიგნით თანამდებობის პირის მიერ მოვალეობების განზრახ არასწორი შესრულება. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, საქმე ეხება ძალაუფლების ბოროტად გამოყენებას. პირველ რიგში საკითხავია, ორგანიზაციის თუ რომელ ტიპს ეხება ეს კონცეფცია. გერმანული ტერმინოლოგიის საფუძველზე, ლოგიკურად ჩანს, რომ ეს ეხება მხოლოდ საჯარო დაწესებულებების თანამშრომლებს. რამეთუ ტერმინი „თანამდებობა“ ან „თანამდებობის პირი“ (შეად. გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის მე-11 პარაგრაფის პირველი ნაწილის მე-2 ქვეპუნქტი), გერმანულ სისხლის სამართალში, გულისხმობს იმ პირებს, რომლებიც, როგორც სახელმწიფო მოსამსახურეები, ახორციელებენ საჯარო ამოცანებს. ამ ვიწრო გაგების საფუძველია ასევე გაეროს კორუფციასთან ბრძოლის კონვენციის მე-19 მუხლით გათვალისწინებული, უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების ცნება, რომელიც შემოიფარგლება „თანამდებობის პირთა“ („public officials“) გადაცდომებით.

როგორც წესი, აქ განხილვის საგნად ქცეულ დანაშაულს, საერთაშორისო დონეზე, „Abuse of functions“-ს უწოდებენ; გაეროს კორუფციასთან ბრძოლის კონვენციის მე-19 მუხლის ოფიციალური თარგმანია არა „უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება“, არამედ „ამოცანების არასათანადო, თანამდებობრივი უფლებამოსილების უგულვებელყოფით შესრულება“. მსგავსი მიდგომით, ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება თეორიულად შეიძლება მოხდეს კერძო ორგანიზაციებშიც. სწორედ ამიტომ, ცალსახაა, რომ ევროკომისიის მიერ შემოთავაზებული შემადგენლობა შემოიფარგლება არა მხოლოდ სახელმწიფო თანამდებობის პირებით, არამედ მოიცავს ასევე პირებსაც, რომლებიც დასაქმებულნი არიან კერძო სექტორში. ერთობ დამაბნეველია ის ფაქტი, რომ აღნიშნული შემადგენლობა იწოდება გერმანულ თარგმანში, როგორც „თანამდებობრივი უფლებამოსილების

ბოროტად გამოყენება“.⁵ ნებისმიერ შემთხვევაში, უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებისა თუ მოვალეობების არასათანადო შესრულების კონცეფცია არ შემოიფარგლება აპრიორი მხოლოდ საჯარო სექტორში დასაქმებული პირებით.

2. უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების უმართლობა

სახელმწიფო მოსამსახურე შებოჭილია „კანონითა და სამართლით“ (გერმანიის ძირითადი კანონის მე-20 მუხლის მე-3 პუნქტი).⁶ განზრახ არასწორი თანამდებობრივი მოქმედება მეტწილად წარმოადგენს უმართლობას. რამდენადაც სახელმწიფო მოხელე მასზე დაკისრებულ მოვალეობას შეგნებულად არასწორად ასრულებს, ის, როგორც წესი, არღვევს თავის საჯარო სამსახურებრივ ვალდებულებებს კანონიერი მოვალეობების შესრულების კუთხით⁷ იმ შემთხვევაში, თუ ამ დარღვევამ განაპირობა ცალკეული მოქალაქეებისათვის ზიანის მიყენება, მაშინ სახეზეა ადმინისტრაციულსამართლებრივი დარღვევა. იგივე წესი ვრცელდება კერძო სექტორში დასაქმებულ პირებზეც. მათი მხრიდან, განზრახ არასწორი ქმედება, როგორც წესი, წარმოადგენს შრომითსამართლებრივი ვალდებულების დარღვევას; ხოლო, იმ შემთხვევაში, თუ დაზარალებიან მესამე პირებიც, მაგ. კლიენტები, მაშინ დადგება სახელშეკრულებო ვალდებულებების დარღვევის საკითხიც.

სისხლის სამართლის და კრიმინალური პოლიტიკის თვალსაზრისით გადამწყვეტი კითხვაა, საკმარისია თუ არა ასეთ მოვალეობათა დარღვევებზე რეაგირება დისციპლინური ან შრომის სამართლის საშუალებებით, თუ დამატებით სისხლის სამართლებრივი სანქციაც არის საჭირო. ქვეყნები, რომლებმაც შექმნეს სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების ზოგადი შემადგენლობა,

5 შეად. *F. Zimmermann*, ZfJStw 2023, 383, 389: „Etikettenschwindel“.

6 ევროკავშირის ფარგლებში სამართლიანი სახელმწიფოს პრინციპი ჩადებულია, მათ შორის, ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მეორე მუხლის პირველ წინადადებაში; დანგრ. *ob. Payandeh*, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, JuS 2021, 481 ff.

7 შეად. § 36 BeamStG, wonach Beamte „für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung [tragen]“.

ამ კითხვას დადებითად პასუხობენ (სულ მცირე იმპლიციტურად). გერმანული პასუხი კი დიფერენცირებულია. როგორც აღინიშნა, სამსახურებრივი მოვალეობის განზრახ დარღვევა გერმანული სამართლის მიხედვით, ცალკე აღებული, არ არის დასჯადი. თუმცა, სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების ზოგადი შემადგენლობის არარსებობამ არ უნდა შეგვიყვანოს შეცდომაში, ვინაიდან გერმანიაშიც სამსახურებრივი უფლებამოსილების განზრახ ბოროტად გამოყენება მრავალ სპეციალურ რეგულაციაში სექტორულად არის დასჯადი. თუმცა, ამისთვის აუცილებელია, რომ სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებით დაირღვეს კონკრეტული, საკმარისად მნიშვნელოვანი სამართლებრივი ინტერესი. გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსით, დასჯადია თანამდებობის პირთა მიერ ჩადენილი შემდეგი ქმედებები: ჯანმრთელობის დაზიანება (§340), მართლმსაჯულებისათვის ხელშეშლა (§258a), უდანაშაულო პირთა დევნა (§344), კონფიდენციალობის ვალდებულების დარღვევა (§§ 353b, 355), ყალბი ცნობის გაცემა (§ 348) ან თანამდებობრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებით ჩადენილი გადასახადებისაგან თავის არიდება (§ 370 ნაწ. 3 წინ. 2 Nr. 2) ან კიდევ სხვა, სახელმწიფო ხაზინისთვის ზიანის მიმყენებელი ქმედებები (§ 266 და § 263 ნაწ. 3 წინ. 2 Nr. 4).

საინტერესოა, რომ გერმანული სისხლის სამართალი ამ სპეციალურ შემთხვევებზე სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შებლულულ *ultima ratio* მიდგომას თანმიმდევრულად არ იცავს. მართლმსაჯულების არასწორად განხორციელების შემადგენლობა (გსსკ §339) მოითხოვს, რომ ზოგადად, თანამდებობის პირის მიღებული ნებისმიერი განზრახ არასწორი გადაწყვეტილება საქმის წარმართვისას ან გადაწყვეტისას დანაშაულად დაკვალიფიცირდეს. არსებითად, ეს არის სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების სპეციალური შემადგენლობა, რომელიც ეხება მოსამართლეებს.⁸ მოსალოდნელი მაღალი სასჯელის ზომის გამო, სასამართლო პრაქტიკა ცდილობს ამ შემადგენლობის ვიწრო განმარტებას. კერძოდ, „ყველა ობიექტური და სუბიექტური გარემოების მთლიანი შეფასების“ ფარგლებში, სასამართლო სვამს კითხვას, კონკრეტული საქმის განხილვისას, არის თუ

8 *Überhofen, Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich, 1999, S. 231.*

არა სახეზე დასჯადი „ელემენტარული სამართალდარღვევა“.⁹ ეს მიდგომა უკიდურესად კაზუსტურია და განაპირობებს იმას, რომ ძალიან რთულად პროგნოზირებადია, არის თუ არა ჩადენილი მართლმსაჯულების განზრახ არასწორად განხორციელების შემადგენლობა.

ამას გარდა, გერმანული სისხლის სამართალი აწესრიგებს აქტიური და პასიური მექთამეობის შემადგენლობებს, სადაც საკმარისია, ქრთამის მიმღების მხრიდან, სამსახურებრივი მოვალეობების ნებისმიერი სახის დარღვევა, როგორც საპასუხო ქმედება (§§ 332, 334 თანამდებობის პირთა მიმართ) ან კერძო კომპანიის წინაშე, მისი შრომითსამართლებრივი ვალდებულებების დარღვევა (§ 299 ნაწ. 1 Nr. 2, ნაწ. 2 Nr. 2). ეს ნიშნავს, რომ გერმანული სისხლის სამართალი დასჯად ქმედებად აწესრიგებს ნებისმიერი სახის სამსახურებრივი თუ შრომითსამართლებრივი ვალდებულებების დარღვევას, თუ პირის ქმედება სარგებლის დაპირების სანაცვლოდ ხორციელდება.

III. უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება = კორუფცია?

ბოლოს განხილული საკითხი უშუალოდ უკავშირდება სხვა საკითხს, არის თუ არა უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება კორუფციული დანაშაული. პასუხი დამოკიდებულია იმაზე, თუ კორუფციის რომელი ცნება დაედება მსჯელობას საფუძვლად. იმ შემთხვევაში, თუ ამოსავალი წერტილია არასამთავრობო ორგანიზაციის, „საერთაშორისო გამჭვირვალობის“ ცნობილი „catch all“ განმარტება, რომ კორუფცია არის „მინდობილი ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება, პირადი სარგებლის მისაღებად“,¹⁰ მაშინ, უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება გამოდის, როგორც კორუფციული შემადგენლობის ერთ-ერთი მაგალითი.¹¹ გაეროს კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლის კონვენციისა და ევროკავშირის ანტიკორუფციული დირექტივის პროექტის ავტორები

9 ბოლო გადაწყვეტილება BGH NStZ 2024, 683 Rn. 20.

10 ფუნდამენტურად *Pope*, TI Source Book 2000, S. 1 Fn. 2 (<https://bsahely.com/wp-content/uploads/2016/10/the-ti-source-book-20001.pdf>).

11 *T. Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption – Eine strafrechtliche Theorie, 2018, S. 88.

ამოდიან სწორედ ამ სულისკვეთებიდან.¹² გერმანულ სისხლის სამართლის დოქტრინაში, უპირატესობა მეტწილად ენიჭება კორუფციის უფრო ვიწრო კონცეფციებს.¹³ სტატიის ავტორმა განმარტა კორუფცია, როგორც არაკორექტული გადაწყვეტილების ყიდვა ან გაყიდვა.¹⁴ ამ ვიწრო გაგებით, კორუფცია არის სარგებელზე ორიენტირებული სპეციალური შემთხვევა, რომელიც მიზნად ისახავს თანამდებობრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებისაკენ წაქეზებას.¹⁵ უკუდასკვნის სახით კი, უნდა აღინიშნოს, რომ თანამდებობრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების ყოველი შემთხვევა, არ წარმოადგენს კორუფციას. არსებითად, ამ ტერმინოლოგიურ დავას, არ აქვს სისხლის სამართლის დოგმატიკისათვის არანაირი მნიშვნელობა. მიზეზი, თუ რატომ დაუჭირა ევროკავშირმა მხარი ამ ტერმინის ფართო განმარტებას, არის კომპეტენციურ-სამართლებრივი ბუნების; ანტიკორუფციული დირექტივის პროექტის ნაწილობრივ ძალიან ფართო კონტექსტუალური წინადადებები თავსებადია, მხოლოდ კორუფციის ექსტენსიური გაგების საფუძველზე, ევროკავშირის სისხლისსამართლებრივი ჰარმონიზაციის კომპეტენციასთან, ტრანსნაციონალური მძიმე დანაშაულის კონტექსტში (ევროკავშირის საქმიანობის წესის ხელშეკრულების 83-ე მუხლის პირველი პუნქტი).¹⁶

IV. უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების კრიმინალიზაცია და კანონის უზენაესობა

დასასრულ, განვიხილავ კიდევ რამდენიმე საკითხს, რომლებიც

12 *EU-Kommission/Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, Gemeinsame Mitteilung über die Bekämpfung der Korruption v. 3.5.2023, JOIN(2023) 12 final, S. 2* (<https://t1p.de/21dgg>).

13 მიმოხილვა იხ. *Yumak*, *Korruptionsbekämpfung und das Bestechungsstrafrechtssystem*, 2020, S. 87 ff.; *T. Zimmermann* (Fn. 11), S. 100 ff.

14 *T. Zimmermann*, *Die Universalgrammatik der Korruptionsdelikte* (Teil 1), GA 2024, 301, 312.

15 *T. Zimmermann* (Fn. 11), S. 398.

16 შეად. *Kubiciel*, *Richtlinien-Entwurf zur Korruptionsbekämpfung: Eine Problemübersicht*, *jurisPR-StrafR*, 21/2023, Anm. 1.

აუცილებლად გასათვალისწინებელია უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემადგენლობის შემოღების კონტექსტში.

1. კონცეფციის დადებითი მხარეები

განზრახ არასწორი თანამდებობრივი მოქმედების მოცულობითი კრიმინალიზაციის ამ კონცეფციის ყველაზე დიდი სარგებელი მდგომარეობს იმაში, რომ არ რჩება არანაირი დასჯადობის ხარვეზი. აქტუალური მაგალითი ეხება ამერიკის შეერთებული შტატების პრეზიდენტს, დონალდ ტრამპის მიმართ ბრალდებას (მოხსნილია მისი ხელახალი არჩევის შემდეგ), მისი მცდელობის გამო, უკანონო მეთოდებით, აერიდებინა მისი გადარჩევა 2020 წლის საპრეზიდენტო არჩევნებზე. ზეწოლა ცალკეულ ხმოსნებზე, „იზოვონ“ ტრამპის ხმები, ან კიდევ მისი მცდელობა, დაერწმუნებინა მაშინდელი ვიცე-პრეზიდენტი, მაიკ პენსი, გამოეცხადებინა არასწორი საარჩევნო შედეგები, შესაძლოა, ამერიკული სამართლით, განხილულ იქნას, როგორც უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების ნაქმების მცდელობა.¹⁷ გერმანული სამართალი აქ ავლენს გარკვეულ ხარვეზს, რამეთუ, მის საფუძველზე, სამსახურებრივი უფლებამოსილების დარღვევისაკენ ნაქმება დასჯადია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ნაქმების საშუალებად გამოყენებულია სარგებლის დაპირება.

ბუნებრივია, განმარტებას საჭიროებს ის ფაქტი, თუ რატომ არის დასჯადი მშენებლობის უკანონო ნებართვის გაცემაზე ზეგავლენა, იმ შემთხვევაში, თუ ნებართვა გაცემულია ქრთამის გადახდის შედეგად, ხოლო, რატომ არ უნდა იყოს დასჯადი იმგვარი ქმედება, რომლის საფუძველიც არის „მხოლოდ“ პოლიტიკური კავშირის არსებობა ან პირადი სარგებლის მიღება. ეს, შესაძლოა, განხილულ იქნას, როგორც ბრძნული თავშეკავება და მიუთითებდეს სისხლის სამართლის დაქსაქსულობაზე. თუმცა, ვერ ვიხსენებ, რომ ამ საკითხზე გერმანიაში დისკუსია გამართულიყო.

გარდა ამისა, გერმანული სამართლებრივი სისტემისთვის მნიშვნელოვან

17 დაწვრ. იხ. *T. Zimmermann, USA v. Donald Trump – Zur Strafbarkeit lügnerischer Wahlergebnisanfechtung*, NSW 2024, 412, 419 ff. (<https://nsw-online.com/article/usa-v-donald-trump-zur-strafbarkeit-luegnerischer-wahlergebnisanfechtung/>).

სირთულეს წარმოადგენს საერთაშორისო დონეზე სულ უფრო აღიარებული დანაშაულის - ზეგავლენით ვაჭრობის (ინგლ. trading in influence) დასჯადობის ახსნა. ეს დანაშაული გათვალისწინებულია, მაგალითად, გაეროს კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლის კონვენციის მე-18 მუხლსა და ევროპარლამენტის დირექტივის პროექტის მე-10 მუხლში. დოგმატური თვალსაზრისით, საქმე ეხება სამრგოლიანი ნაქმების ჯაჭვის პირველ ორ რგოლს შორის უკანონო შეთანხმების კრიმინალიზაციას, რომელიც საბოლოოდ მიმართულია თანამდებობის პირის მიერ სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებისკენ.¹⁸ ჯაჭვის ბოლო რგოლი - ანუ უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებელი თანამდებობის პირი - ზეგავლენით ვაჭრობის შემადგენლობით საერთოდ არ არის მოცული, შესაბამისად, ეს არის მოსამზადებელი დანაშაული. სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების მომზადების დასჯადობა კი შესაძლებელია მხოლოდ მაშინ, როდესაც დასჯადია თავად ძირითადი ქმედება - ანუ სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება.

2. კონცეფციის უარყოფითი მხარეები

უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემადგენლობის შემოღება უკავშირდება ორ ძირითად რისკს. პირველი, ეს არის ზედმეტი კრიმინალიზაციის საფრთხე, რამეთუ, თუ სამომავლოდ, შიდა სამსახურებრივი წესებიდან, ნებისმიერი განზრახ გადახვევა (თუნდაც ე.წ. „დრესკოდიდან“) დასჯადი იქნება,¹⁹ დანამდვილებით „დავხოცავთ ბელურებს ქვემეხებით“.²⁰

მეორე პრობლემას წარმოადგენს ნორმის განსაზღვრულობის საკითხი. რას ნიშნავს „სამსახურებრივი ვალდებულებების დარღვევა“? ეს ტერმინი ფრიად დაუზუსტებელი და ბუნდოვანია. განსაკუთრებით, ეს ეხება შეფასებისა და დისკრეციის უფლებამოსილებას. გერმანიაში, კლასიკური

18 *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353, 358.

19 ამასთან დაკავშირებით, მაგ. *Rönnau/Golombek*, Die Aufnahme des „Geschäftsherrenmodells“ in den Tatbestand des § 299 StGB, ZRP 2007, 193, 194 (zur arbeitsrechtlichen Pflichtverletzung bei § 299 StGB).

20 შუად. *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, EU-Antikorruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“? ZRP 2023, 211, 213 f.

მექრთამეობის დანაშაულების სფეროში, ათწლეულების განმავლობაში მიმდინარეობდა დავა იმის შესახებ, თუ როდის არის მოსყიდული დისკრეციული გადაწყვეტილება «მოვალეობის საწინააღმდეგო²¹ და, მიუხედავად იმისა, რომ დღეს არსებობს კანონისმიერი რეგულაცია (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის § 332 ნაწ. 3 Nr. 2 და §334 ნაწ. 3 Nr. 2), მაინც სადავოა ცალკეული კომპონენტები – ე.წ. დაჩქარებული კორუფციის სფეროში (expediting payments).²² იგივე ეხება მართლმსაჯულებისათვის ხელშეშლის დელიქტის კონტექსტს, სადაც ჯერ კიდევ სადავოა, ქმნის თუ არა წმინდა საპროცესო დარღვევები ქმედების შემადგენლობას.²³

უფრო რთულად არის საქმე აღმასრულებელი და სხვა პოლიტიკური გადაწყვეტილებების კონტექსტში, რომლებსაც ახასიათებთ ფართო შეფასებითი ფარგლები. რა თქმა უნდა, ამ სფეროშიც შესაძლებელია განზრახი არასათანადო ქცევა - თუნდაც გავიხსენოთ თიურინგიის პარლამენტში უხუცესი პრეზიდენტის მიერ სხდომის წარმართვა.²⁴ თუმცა, ასეთი პოლიტიკური ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების კრიმინალიზაცია - ირონიულად - თავად შეიცავს ბოროტად გამოყენების პოტენციალს. არ არის შემთხვევითი, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებების უმეტესობა, რომლებიც ეხება პოლიტიკურად ინსტრუმენტალიზებულ სისხლის სამართლის საქმეებს, გამოტანილია პოლიტიკოსების მიმართ სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების გამო.²⁵

21 დაწვრ. იხ. *T. Zimmermann* (Fn. 11), S. 329 ff.

22 დაწვრ. *T. Zimmermann/Stolz*, Die Strafbarkeit von Beschleunigungskorruption am Beispiel von Airport Fast Lanes, JZ 2024, 233, 235 f.

23 მხოლოდ პროცედურული წესების დარღვევის არდასჯადობასთან მიმართებით იხ. მაგ. *Hoven/Rostalski*, Grenzen der Rechtsbeugung bei der Annahme von Befangenheit, NSTZ 2024, 65, 68 ff.; დისკუსიებთან მიმართებით იხ. *Kuhlen/T. Zimmermann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *NomosKommentar StGB*, 6. Aufl. 2023, § 339 Rn. 75 ff.

24 შეად. ThürVerfGH NVwZ 2024, 1916.

25 EGMR NJW 2014, 283 (თვითნებურად წარმოებული სისხლის სამართლის საქმე უკრაინელი პოლიტიკოსის, იულია ტიმოშენკოს წინააღმდეგ, „თანამდებობრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების“ გამო, რუსეთთან დადებული გამზის მიწოდების ხელშეკრულება); EGMR NJW 2013, 2409 (უკრაინის ერთ-ერთი ყოფილი მინისტრის თვითნებური პატიმრობა).

3. საკითხის გადაწყვეტის გზები

დასასრულ, რამდენიმე მოსაზრება იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ შეიძლება, სამართლებრივი სახელმწიფოს გადმოსახედიდან, უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების მოწესრიგება.

პირველ რიგში, მსგავსი ქმედების შემადგენლობა, როგორც ამას აქვს ადგილი ცალკეულ სამართლებრივ სისტემებში, შეიძლება უკავშირდებოდეს ბიანის დადგომას, რის გამოც, „უწყინარი“ დარღვევები შეიძლება ამოვარდეს ქმედების შემადგენლობიდან. თუმცა, ეს სრულიად არაფერს ცვლის, რამეთუ ყველაზე ხშირად, არასწორი გადაწყვეტილებები განაპირობებს, რომელიმე მონაწილე პირის ინტერესების დარღვევას.

ქმედების შემადგენლობის დაკონკრეტების თვალსაზრისით, დიდად არც მაგალითად, გაეროს კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლის კონვენცია გამოდგება, რომლის მიხედვით, ქმედების შემადგენლობა უკავშირდება სარგებლის მიღებას. რამეთუ, თითქმის ყოველთვის, არსებობს ვინმე, რომელიც იღებს გარკვეულ სარგებელს არასწორი თანამდებობრივი ქმედებიდან.²⁶ თუმცა, დასაშვებია, რომ ეს კონცეფცია შემოიფარგლოს სარგებლის მიმღებ პირთა წრის შემზღვევით, მაგალითად, ბოროტმოქმედი და მასთან დაახლოებული პირები.²⁷ იმ შემთხვევაში, თუ უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემადგენლობის შემოღების მიზანია, როგორც ამას ევროკავშირიც ისურვებდა, ე.წ. grand corruption-თან ბრძოლა, მაშინ გასათვალისწინებელია ასევე ის, რომ აღნიშნული შემადგენლობა უნდა შემოიფარგლოს ევროკავშირის დირექტივის პროექტიდან გამომდინარე, მხოლოდ „მაღალჩინოსანთა“ კატეგორიით (შეად. მუხლი 2, Nr. 8).

რესტრიქციული (შეზღუდული) შემადგენლობის შემოღების კიდევ ერთი ვარიანტია ის, რომ მოწესრიგდეს უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების მხოლოდ განსაკუთრებით მძიმე დარღვევები. მსგავს მიდგომას ვხვდებით ესპანურ მოდელში, რომლის მიხედვით, დასჯადია მხოლოდ „თვინებური“ ან შეგნებულად არასწორი, მიზანმიმართული გადაწყვეტილებები.²⁸ ეს შემზღვევა მოდელი გერმანიაში გამოიყენება

26 შეად. T. Zimmermann (Fn. 11), S. 432.

27 ემხრობა El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann, wistra 2023, 353, 360.

28 ამასთან დაკავშ. იხ. F. Zimmermann (Fn. 2), 31, 41 f.

მართლმსაჯულების სფეროში არასწორი გადაწყვეტილებების მიღების დასჯადობის კონტექსტში.²⁹ იგივე ითქმის გაფლანგვის შემადგენლობაზეც, რომელიც შემოიფარგლება „ვალდებულებების სერიოზული დარღვევებით“.³⁰ ამ მარეგულირებელი სისტემის პრობლემა მდგომარეობს იმაში, რომ არ არსებობს საიმედო კრიტერიუმი მძიმე და «ჩვეულებრივი» ვალდებულებების დარღვევის გასამიჯნად. პრობლემები, რომლებიც გერმანულ სისხლის სამართალს დღესაც აქვს ამ გამიჯვნის საკითხთან დაკავშირებით მართლმსაჯულების განხორციელებისას დარღვევებისა და გაფლანგვის შემადგენლობების მიმართ, სავარაუდოდ, კიდევ უფრო გამწვავდება უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შესახებ ნორმის შემოღებით. ნებისმიერ შემთხვევაში, კვლავ მოგვიწევს მასიურად განსაზღვრულობის პრობლემასთან გამკლავება.

ავტორი ჯერ კიდევ არ არის დარწმუნებული, თუ რომელი გზაა საუკეთესო სისხლის სამართლის პოლიტიკის თვალსაზრისით. უნივერსალური მოდელი ნამდვილად არ ჩანს. შუალედური დასკვნა მდგომარეობს იმაში, რომ გერმანულ სამართალში უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემადგენლობა განხილულ უნდა იქნას მხოლოდ ვიწრო განმარტებასთან კავშირში და მხოლოდ საჭარო და არა კერძო სექტორში. იმის გათვალისწინებით, რომ ევროკავშირის საბჭომ დირექტივის პროექტზე სამხმრივი მოლაპარაკებების წინ განაცხადა, რომ სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემადგენლობას არ გაავრცელებს კერძო სექტორზე და, გარდა ამისა, მას დაიყვანს მხოლოდ ფაქულტატურად შემოსადებელ დანაშაულამდე,³¹ სავარაუდოა, რომ გერმანია მომავალშიც შეინარჩუნებს თავის ფრაგმენტულ მიდგომას და უარს იტყვის უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების ზოგადი შემადგენლობის შემოღებაზე.

29 *Kuhlen/T. Zimmermann*, in: NK-StGB, § 339 Rn. 42, 59 ff.

30 *Waßmer*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 3. Aufl. 2024, § 266 Rn. 133 ff.; *T. Zimmermann*, in: Minkoff/Sahan/Wittig (Hrsg.), *Konzernstrafrecht*, 2020, § 13 (Konzernuntreue), Rn. 95.

31 *Rat der Europäischen Union*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption v. 17.6.2024, 2023/0135(COD), S. 38 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11272-2024-INIT/de/pdf>).

KORRUPTIONSBEKÄMPFUNG DURCH DIE BESTRAFUNG VON „AMTSMISSBRAUCH“?

Prof. Dr. **Till Zimmermann**, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

I. Einleitung

Vielen Rechtsordnungen ist ein allgemeiner Amtsmisbrauchstatbestand geläufig. Entsprechende Delikte finden sich z.B. in Art. 19 UNCAC, im österreichischen Strafrecht (§ 302 öStGB), in der Schweiz (Art. 312 schweizStGB) und in der Türkei (Art. 257 türkStGB). Demgegenüber kennt das deutsche Strafrecht keinen Amtsmisbrauchstatbestand. Die Frage, ob es sinnvoll oder zumindest möglich wäre, einen solchen Tatbestand einzuführen, ist in Deutschland bislang auch kaum diskutiert worden. Neben einer Handvoll apodiktisch-ablehnender Stellungnahmen¹ existiert aus neuerer Zeit lediglich eine vornehmlich rechtsvergleichende Untersuchung von *Frank Zimmermann*.²

Anlässlich eines aktuellen Vorschlags der Europäischen Kommission zur Verabschiedung einer Anti-Korruptionsrichtlinie³ sind allerdings sowohl der deutsche Gesetzgeber als auch die nationale Strafrechtswissenschaft dazu gezwungen, sind mit dieser Frage auseinanderzusetzen.⁴ Denn es ist

1 Vgl. *Fischer*, Strafbarkeit beim Dealen mit dem Recht?, HRRS 2014, 324, 327 Fn. 36 (online abrufbar unter www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/14-09/index.php?sz=6); *Kaiser*, „Eine Hand wäscht die andere ...“ – Korruption in Politik und Wirtschaft, Universitas 1991, 1062, 1064.

2 *F. Zimmermann*, Ergänzung der Bestechungsdelikte durch einen Tatbestand des Amtsmisbrauchs?, in: T. Zimmermann (Hrsg.), *Korruptionsstrafrecht*, 2023, 31 ff. (www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748933304/korruptionsstrafrecht?page=1).

3 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption v. 3.5.2023, COM(2023) 234 final, S. 4 (<https://t1p.de/322i9>)

4 S. dazu *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, Auswirkungen der EU-Vorschläge für einen neuen Antikorruptions-Rechtsrahmen auf das deutsche Strafrecht, *wistra* 2023, 353 ff.; *F. Zimmermann*, Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM[2023] 234 final), *ZfStw* 2023, 383 ff. (https://www.zfistw.de/dat/artikel/2023_6_1588.pdf); *Friedrich/Gierok*, Mit wenig Maß, aber wichtigem Ziel – Der neue Vorschlag für eine EU-Korruptionsbekämpfungsrichtlinie, *NZWSt* 2024, 165 ff.; *Wegner*, in *Jishkariani/Waßmer* (Hrsg.), *Strafrecht und Menschenrechte, Deutsch-Georgischer Rechtsdialog, Tagungsband 2023, 2024*, S. 16 ff.

absehbar, dass die Richtlinie den EU-Mitgliedstaaten die Einführung eines Amtsmissbrauchstatbestandes anempfehlen wird. Der in deutscher Übersetzung mit „Amtsmissbrauch“ (engl.: „Abuse of functions“) überschriebene Art. 11 des Richtlinien-Entwurfs (im Folgenden: RiLi-E) hat folgenden Wortlaut:

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die folgenden Handlungen unter Strafe gestellt werden, wenn sie vorsätzlich begangen wurden:

(1) Handlungen, die ein öffentlicher Bediensteter in Ausübung seines Dienstes rechtswidrig durchführt oder unterlässt, um sich selbst oder einem Dritten einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen;

(2) Handlungen, die eine Person, die für ein Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder sonstiger Stellung tätig ist, im Rahmen von wirtschaftlichen, finanziellen, geschäftlichen oder gewerblichen Tätigkeiten, unter Verletzung ihrer Pflichten durchführt oder unterlässt, um sich selbst oder einem Dritten einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen.

Der nachfolgende Text geht auf drei mit diesem Vorschlag zusammenhängende Themenkomplexe näher ein. Nämlich erstens, was „Amtsmissbrauch“ überhaupt ist und worin sein Unrecht liegt (dazu II.); zweitens, was dieser Unrechtstypus mit „Korruption“ zu tun hat (dazu III.); und drittens, wie ein solcher Straftatbestand ausgestaltet werden könnte, um rechtsstaatlichen Ansprüchen zu genügen (dazu IV.).

II. Das Konzept des „Amtsmissbrauchs“ als Straftat

1. Anwendungsbereich

Unter dem Begriff „Amtsmissbrauch“ versteht man üblicherweise die vorsätzlich inkorrekte Aufgabenerfüllung durch einen Funktionsträger innerhalb einer Organisation. Mit anderen Worten, es geht um Machtmissbrauch. Fraglich ist dabei zunächst, auf welche Art von Organisation sich das Konzept bezieht. Auf der Basis der deutschen Terminologie liegt es nahe, dass es ausschließlich um die Mitarbeiter *von Behörden* geht; denn der Begriff des Amtes bzw. derjenige des Amtsträgers (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) ist im deutschen Strafrecht für Personen reserviert, die als Bedienstete des Staates öffentliche Aufgaben wahrnehmen.

Dieses enge Verständnis liegt auch dem Amtsmissbrauchs-Mustertatbestand in Art. 19 der UNCAC zugrunde, der auf das Fehlverhalten von „Amtsträgern“ (engl.: „public officials“) beschränkt ist.

Indes wird der hier in Rede stehende Deliktstypus im internationalen Bereich zumeist als „Abuse of functions“ bezeichnet; die amtliche deutsche Übersetzung der Überschrift von Art. 19 UNCAC lautet dementsprechend auch nicht „Amtsmissbrauch“, sondern „Missbräuchliche Wahrnehmung von Aufgaben“. So verstanden, kann der titelgebende Machmissbrauch theoretisch auch in *privatwirtschaftlichen* Organisationen stattfinden. Es ist daher durchaus konsequent, dass der von der EU-Kommission vorgeschlagene Straftatbestand nicht auf staatliche Funktionsträger beschränkt ist, sondern auch Personen erfasst, die „im privaten Sektor“ tätig sind. Dass dieser Tatbestand in der amtlichen deutschen Übersetzung gleichwohl „Amtsmissbrauch“ heißt, ist insoweit irreführend.⁵ Festzuhalten ist jedenfalls, dass das Konzept des Amtsmissbrauchs bzw. der missbräuchlichen Aufgabenwahrnehmung nicht per se auf *staatliche* Funktionsträger begrenzt ist.

2. Unrecht des Amtsmissbrauchs

Staatsdiener sind „an Gesetz und Recht gebunden“ (Art. 20 Abs. 3 GG).⁶ Vorsätzlich falsches Amtshandeln stellt in den allermeisten Fällen ein Unrecht dar. Soweit ein Staatsdiener die ihm übertragene Aufgabe bewusst unrichtig wahrnimmt, verstößt er damit in aller Regel gegen seine beamten- oder dienstrechtlichen Pflichten zur rechtstreuen Aufgabenwahrnehmung;⁷ sind konkrete Bürger davon nachteilig betroffen, wird auch ein Verstoß gegen das Verwaltungsrecht hinzukommen. Ähnliches gilt hinsichtlich der Bediensteten im Privatsektor. Hier geht vorsätzliches Fehlverhalten typischerweise mit einem arbeitsrechtlichen Pflichtverstoß einher; sind zudem Dritte, etwa Kunden des Unternehmens, betroffen, können diesen gegenüber Vertragspflichten verletzt sein.

5 Vgl. *F. Zimmermann*, ZfStw 2023, 383, 389: „Etikettenschwindel“.

6 Auf EU-Ebene ist das Rechtsstaatsprinzip u.a. in Art. 2 S. 1 EUV verankert; näher *Payandeh*, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, JuS 2021, 481 ff.

7 Vgl. § 36 BeamtStG, wonach Beamte „für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung [tragen]“.

Die aus strafrechtlicher bzw. kriminalpolitischer Sicht entscheidende Frage ist, ob es ausreicht, auf derartige Pflichtverstöße mit den Mitteln des Disziplinar- bzw. des Arbeitsrechts zu reagieren, oder ob zusätzlich eine strafrechtliche Sanktion angebracht ist. Länder, die einen allgemeinen Amtsmisbrauchstatbestand geschaffen haben, bejahen durch seine Schaffung diese Frage (zumindest implizit). Die deutsche Antwort fällt hingegen differenzierend aus. Eine vorsätzliche Amtspflichtverletzung ist, wie erwähnt, nach deutschem Recht nicht per se strafbar. Aber das Fehlen eines allgemeinen Amtsmisbrauchstatbestands darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch in Deutschland vorsätzlich falsches Amtshandeln in zahlreichen Spezialregelungen sektoriell unter Strafe gestellt ist. Voraussetzung ist dabei jedoch jeweils, dass durch den Amtsmisbrauch ein bestimmtes, hinreichend gewichtiges rechtliches Interesse beeinträchtigt wird. Entsprechend werden bspw. durch Amtsträger begangene Körperverletzungen (§ 340 StGB), Strafreitelungen (§ 258a StGB) bzw. – spiegelbildlich – Verfolgungen Unschuldiger (§ 344 StGB), Geheimnisverletzungen (§§ 353b, 355 StGB), Falschbeurkundungen im Amt (§ 348 StGB) oder amtsmissbräuchliche Steuerhinterziehungen (§ 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 AO) bzw. sonstige ungetreue Schädigungen der Staatskasse (§ 266 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB) pönalisiert.

Interessant ist, dass das deutsche Strafrecht diesen auf Spezialfälle missbräuchlichen Amtshandelns beschränkten Ultima ratio-Ansatz jedoch nicht konsequent durchhält. Zum einen bedingt der Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 339 StGB), dass grds. jede vorsätzliche Fehlentscheidung eines Amtsträgers bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache als Verbrechen strafbar ist. Der Sache nach handelt es sich hierbei um einen Amtsmisbrauchstatbestand speziell für Richter.⁸ Vor allem aufgrund der hohen Strafdrohung ist die Rspr. allerdings um eine restriktive Interpretation des Rechtsbeugungstatbestands bemüht. Diese fragt im Rahmen einer „wertenden Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände“ danach, ob im Einzelfall ein strafwürdiger „elementarer Rechtsbruch“ gegeben ist.⁹ Dieser Ansatz ist freilich extrem kasuistisch und hat dazu geführt, dass sich in Bezug auf konkrete Einzelfälle nur schwer vorherzusagen lässt, ob eine Rechtsbeugung vorliegt oder nicht.

8 *Überhofen*, Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich, 1999, S. 231.

9 So zuletzt BGH NStZ 2024, 683 Rn. 20.

Des Weiteren kennt das deutsche Strafrecht Tatbestände der aktiven und passiven Bestechung, die als vereinbarte Gegenleistung des Bestochenen jegliche Verletzung seiner Dienstpflichten (§§ 332, 334 StGB in Bezug auf Amtsträger) bzw. seiner arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber einem Privatunternehmen (§ 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB) ausreichen lassen. Das bedeutet also, dass das deutsche Strafrecht prinzipiell jegliche dienst- oder arbeitsrechtliche Pflichtverletzung für strafwürdig erachtet, soweit der Funktionsträger hierzu qua Vorteilsversprechen angestiftet worden ist.

III. Amtsmissbrauch = Korruption?

Der zuletzt angesprochene Punkt leitet über zu der Frage, ob ein Amtsmissbrauchstatbestand eigentlich ein Korruptionsdelikt ist. Die Antwort darauf hängt davon ab, welchen Korruptionsbegriff man zugrunde legt. Geht man mit der bekannten catch all-Definition der NGO Transparency International davon aus, dass unter Korruption jeder „Missbrauch anvertrauter Macht zum privaten Vorteil“ zu verstehen ist,¹⁰ dann handelt es sich beim Tatbestand des Amtsmissbrauchs geradezu um das Musterbeispiel eines Korruptionstatbestands.¹¹ Auch die Verfasser der UNCAC und des Entwurfs der EU-Antikorruptions-Richtlinie gehen von diesem Verständnis aus.¹² In der deutschen Strafrechtswissenschaft werden allerdings mehrheitlich engere Korruptionskonzepte befürwortet.¹³ *Verf.* hat Korruption als den Kauf bzw. Verkauf einer inkorrekten Entscheidung definiert.¹⁴ Nach diesem engen Verständnis ist Korruption der Spezialfall einer vorteilsgestützten Anstiftung zu einem Amtsmissbrauch.¹⁵ Im Umkehrschluss

10 Grundlegend *Pope*, TI Source Book 2000, S. 1 Fn. 2 (<https://bsahely.com/wp-content/uploads/2016/10/the-ti-source-book-20001.pdf>).

11 *T. Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption – Eine strafrechtliche Theorie, 2018, S. 88.

12 *EU-Kommission/Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik*, Gemeinsame Mitteilung über die Bekämpfung der Korruption v. 3.5.2023, JOIN(2023) 12 final, S. 2 (<https://t1p.de/21dgg>).

13 Überblicke bei *Yumak*, Korruptionsbekämpfung und das Bestechungsstrafrechtssystem, 2020, S. 87 ff.; *T. Zimmermann* (Fn. 11), S. 100 ff.

14 *T. Zimmermann*, Die Universalgrammatik der Korruptionsdelikte (Teil 1), GA 2024, 301, 312.

15 *T. Zimmermann* (Fn. 11), S. 398.

bedeutet das aber, dass nicht jeder Amtsmissbrauch etwas mit Korruption zu tun hat. In der Sache hat dieser Streit um Begriffe aber für die Strafrechtsdogmatik keine unmittelbare Bedeutung. Der Grund dafür, dass sich zuletzt die EU für das weite Begriffsverständnis ausgesprochen hat, dürfte übrigens kompetenzrechtlicher Natur sein; so sind nämlich die teils sehr weitreichenden Vorschläge in der Anti-Korruptions-Richtlinie nur auf der Basis eines extensiven Korruptionsverständnisses mit der EU-Kompetenz zur Strafrechtsharmonisierung in Bezug auf die grenzüberschreitender Schwerekriminalität (Art. 83 Abs. 1 AEUV) vereinbar.¹⁶

IV. Kriminalisierung von Amtsmissbrauch und Rechtsstaatlichkeit

Abschließend seien einige Punkte hervorheben, die es bei der Frage zu beachten gilt, ob man einen allgemeinen Amtsmissbrauchstatbestand einführen sollte.

1. Vorteile des Konzepts

Der größte Vorteil dieses Konzepts der umfassenden Kriminalisierung von vorsätzlich unrichtigem Amtshandeln liegt darin, dass keine Strafbarkeitslücken zurückbleiben. Ein aktuelles Beispiel betrifft die – nach seiner Wiederwahl allerdings fallengelassenen – Anklagen gegen den ehemaligen US-Präsidenten Donald Trump wegen des Versuchs, seine Abwahl im Jahr 2020 mit unlauteren Mitteln zu verhindern. Die Einwirkungen auf einige Wahlleiter, Wahlstimmen für Trump zu „finden“ oder sein Bemühen, den damaligen Vize-Präsidenten Mike Pence dazu zu überreden, ein unrichtiges Wahlergebnis zu verkünden, können nach US-Recht als Versuch der Anstiftung zum Amtsmissbrauch bestraft werden.¹⁷ Das deutsche Recht weist an dieser Stelle möglicherweise eine bedenkliche Leerstelle auf. Denn nach deutschem Recht sind Anstiftungen zu Dienstpflichtverletzungen eben

16 Vgl. *Kubiciel*, Richtlinien-Entwurf zur Korruptionsbekämpfung: Eine Problemübersicht, *jurisPR-StrafR*, 21/2023, Anm. 1.

17 Näher *T. Zimmermann*, USA v. Donald Trump – Zur Strafbarkeit lügnerischer Wahlergebnisanfechtung, *NSW* 2024, 412, 419 ff. (<https://nsw-online.com/article/usa-v-donald-trump-zur-strafbarkeit-luegnerischer-wahlergebnisanfechtung/>).

meistens nur dann strafbar, wenn als Anstiftungsmittel ein Vorteilsversprechen eingesetzt worden ist.

Es ist jedoch generell zumindest erklärungsbedürftig, warum etwa das Bestimmen bzw. Sich-bestimmen-Lassen zur Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung dann strafbar ist, wenn dies mit einer Geldzahlung bewirkt worden ist, das Bestimmen bzw. Sich-bestimmen-Lassen jedoch straflos bleibt, wenn die Anstiftung z.B. „nur“ auf politischer Verbundenheit oder dem Schulden eines persönlichen Gefallens beruht. Man mag dies als weise Zurückhaltung betrachten und insoweit auf die Fragmentarität des Strafrechts verweisen. Es ist allerdings nicht feststellbar, dass hierzu in Deutschland bisher eine nennenswerte Diskussion stattgefunden hätte.

Ferner bereitet es der deutschen Rechtsordnung erhebliche Schwierigkeiten, die Strafwürdigkeit des international zunehmend anerkannten Delikts der missbräuchlichen Einflussnahme (engl.: trading in influence) zu erklären. Dieses Delikt findet sich z.B. in Art. 18 UNCAC und Art. 10 des RiLi-E. Dogmatisch betrachtet handelt es sich dabei um die Kriminalisierung des Unrechtspakts zwischen den ersten beiden Gliedern einer dreiteiligen Kettenanstiftung, die an ihrem Ende auf die Begehung eines Amtsmissbrauchs durch einen Amtsträger gerichtet ist.¹⁸ Das letzte Glied der Kette – also der missbräuchlich handelnde Amtsträger – wird von dem Delikt der Einflussnahme allerdings gar nicht erfasst, sodass es sich um ein Vorbereitungsdelikt handelt. Die Pönalisierung der Vorbereitung eines Amtsmissbrauchs ist jedoch nur dann ohne größere kriminalpolitische Friktionen möglich, wenn auch die Haupttat – also der Amtsmissbrauch selbst – unter Strafe gestellt ist.

2. Nachteile des Konzepts

Die Einführung des Amtsmissbrauchsdelikts ist mit zwei erheblichen Risiken verbunden. Das erste ist die Gefahr einer Überkriminalisierung. Denn wenn künftig jedes vorsätzliche Abweichen von einer internen Dienstvorgabe – und sei dies nur

18 *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353, 358.

die organisationsinterne Kleiderordnung¹⁹ – unter Strafe steht, wird ersichtlich mit Kanonen auf Spatzen geschossen.²⁰

Das zweite Problem ist dasjenige der hinreichenden Bestimmtheit. Was bedeutet eigentlich „Verletzung der Dienstpflicht“? Der Begriff ist höchst unscharf und vage. Die Frage stellt sich insbesondere bei Beurteilungs- und Ermessensspielräumen. Im Bereich der klassischen Bestechungsdelikte hat man in Deutschland um die Frage, wann eine gekaufte Ermessensentscheidung „pflichtwidrig“ ist, jahrzehntelang gerungen;²¹ und obwohl es dazu heute sogar eine gesetzliche Klarstellung gibt (in § 332 Abs. 3 Nr. 2 bzw. § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB), sind die Randbereiche dazu immer noch umstritten – etwa im Bereich der sog. Beschleunigungskorruption (expediting payments).²² Dasselbe gilt im Kontext des Delikts der Rechtsbeugung, bei dem nach wie vor umstritten ist, inwieweit auch bloße Verfahrensverstöße tatbestandlich sind.²³

Noch schwieriger ist die Feststellung im Bereich gubernativer und sonstiger politischer Entscheidungen, die wesensmäßig von einem breiten Beurteilungsspielraum geprägt sind. Selbstverständlich ist auch in diesem Bereich vorsätzliches Fehlverhalten denkbar – man denke nur an die Sitzungsführung des Alterspräsidenten im thüringischen Parlament.²⁴ Solche politischen Machtmissbräuche unter Strafe zu stellen ginge aber – ironischerweise – seinerseits mit einem Missbrauchspotenzial einher. Es ist kein Zufall, dass die meisten EGMR-Entscheidungen zu missbräuchlich politisch instrumentalisierten Strafverfahren gegen Verurteilungen von Politikern wegen Amtsmissbrauchs

19 Vgl. zu diesem Bsp. bereits *Rönnau/Golombek*, Die Aufnahme des „Geschäftsherrenmodells“ in den Tatbestand des § 299 StGB, ZRP 2007, 193, 194 (zur arbeitsrechtlichen Pflichtverletzung bei § 299 StGB).

20 Vgl. *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, EU-Antikorruptions-Rechtsrahmen – ein „Meilenstein“?, ZRP 2023, 211, 213 f.

21 Nachzeichnung der Entwicklung bei *T. Zimmermann* (Fn. 11), S. 329 ff.

22 Näher *T. Zimmermann/Stolz*, Die Strafbarkeit von Beschleunigungskorruption am Beispiel von Airport Fast Lanes, JZ 2024, 233, 235 f.

23 Für Tatbestandslosigkeit bloßer Verfahrensverstöße etwa *Hoven/Rostalski*, Grenzen der Rechtsbeugung bei der Annahme von Befangenheit, NStZ 2024, 65, 68 ff.; zum Diskussionsstand *Kuhlen/T. Zimmermann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *NomosKommentar StGB*, 6. Aufl. 2023, § 339 Rn. 75 ff.

24 Vgl. ThürVerfGH NVwZ 2024, 1916.

ergangen sind.²⁵

3. Lösungsvorschläge

Abschließend seien ein paar Vorschläge skizziert, wie sich die Kriminalisierung von Amtsmissbrauch rechtsstaatlich einhegen ließe.

Als erstes kann ein solcher Tatbestand, wie es in manchen Rechtsordnungen auch der Fall ist, an den Eintritt eines Schadens geknüpft werden, sodass im Wortsinn harmlose Bagatellen aus dem Tatbestand herausfallen. Allerdings ist damit wenig gewonnen. Denn die allermeisten Fehlentscheidungen führen bei irgendeinem Beteiligten zu einer nachteiligen Interessenbeeinträchtigung.

Keine nennenswerte Restriktionswirkung dürfte zudem von der – z.B. von der UNCAC favorisierte – Variante ausgehen, wonach der Tatbestand auf das Erlangen eines Vorteils abstellt. Denn fast immer gibt es irgendjemanden, der von der inkorrekten Amtsführung etwas hat, d.h. einen Vorteil erlangt.²⁶ Denkbar wäre es immerhin, dieses Konzept durch eine Verengung des Kreises der Vorteilsempfänger, z.B. auf den Täter selbst und ihm nahestehende Personen, zu reduzieren.²⁷ Zielt man mit dem Amtsmissbrauchstatbestand zudem, wie auch die EU dies andeutet, vornehmlich auf die sog. grand corruption ab, wäre daran zu denken, den Tatbestand auf die – im EU-Entwurf ohnehin bereits legaldefinierte – Gruppe der „hochrangigen Beamten“ (vgl. Art. 2 Nr. 8 RiLi-E) zu beschränken.

Eine weitere Möglichkeit der restriktiven Tatbestandsfassung besteht darin, nur besonders schwerwiegende Amtspflichtverletzungen zu erfassen. Nicht strafwürdige „kleinere“ Verstöße wären damit aus der Strafbarkeit herausgenommen. Dieses Regelungsmodell liegt etwa dem spanischen Amtsmissbrauchstatbestand zugrunde, wonach nur „willkürliche“ oder absichtliche Fehlentscheidungen strafbar sind.²⁸ Der Sache nach wird dieser Restriktionsansatz auch in Deutschland

25 S. EGMR NJW 2014, 283 (willkürlich geführtes Strafverfahren gegen die ukrainische Politikerin Julia Timoschenko wegen „Amtsmissbrauchs“ durch Abschluss von Gaslieferungsverträgen mit Russland); EGMR NJW 2013, 2409 (willkürliche Haft eines ukrainischen Ex-Ministers).

26 Vgl. T. Zimmermann (Fn. 11), S. 432.

27 Dafür El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann, wistra 2023, 353, 360.

28 Dazu F. Zimmermann (Fn. 2), 31, 41 f.

schon heute im Bereich der Rechtsbeugung bemüht.²⁹ Dasselbe gilt hinsichtlich des Tatbestands der Untreue, der vielfach auf „gravierende Pflichtverletzungen“ beschränkt wird.³⁰ Das Problem dieser Regelungstechnik besteht allerdings darin, dass es keinen verlässlichen Maßstab dafür gibt, schwere von „normalen“ Pflichtverletzung zu unterscheiden. Die Probleme, die das deutsche Strafrecht schon heute mit diesem Abgrenzungsproblem in Bezug auf die Tatbestände der Rechtsbeugung und der Untreue hat, dürften sich beim Amtsmissbrauch noch einmal verschärfen. In jedem Falle hätte man also weiterhin mit einem massiven Bestimmtheitsproblem zu kämpfen.

Der *Verf.* ist sich selbst noch nicht schlüssig, welcher Weg unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten der beste ist. Ein Königsweg ist jedenfalls nicht zu erkennen. Das einstweilige Fazit zur Problematik besteht darin, dass im deutschen Recht ein Amtsmissbrauchstatbestand nur in Verbindung mit einem überzeugenden Restriktionsansatz und auch nur für den Bereich der Amtsträger, nicht aber für denjenigen der Privatwirtschaft überhaupt erwogen werden sollte. Angesichts der Tatsache, dass der Rat der EU im Vorfeld der Trilog-Verhandlungen zum Richtlinienentwurf bekannt gegeben hat, den Amtsmissbrauchstatbestand doch nicht auf den Privatsektor erstrecken und diesen zudem zu einem lediglich fakultativ einzuführenden Delikt herabzustufen zu wollen,³¹ steht es am ehesten zu vermuten, dass Deutschland auch künftig seinen fragmentarischen Ansatz beibehalten und auf die Einführung eines allgemeinen Amtsmissbrauchstatbestands verzichten wird.

29 S. Kuhlen/T. Zimmermann, in: NK-StGB, § 339 Rn. 42, 59 ff.

30 Waßmer, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2024, § 266 Rn. 133 ff.; T. Zimmermann, in: Minkoff/Sahan/Wittig (Hrsg.), Konzernstrafrecht, 2020, § 13 (Konzernuntreue), Rn. 95.

31 Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption v. 17.6.2024, 2023/0135(COD), S. 38 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11272-2024-INIT/de/pdf>).

**სამოხელეო დანაშაულები ქართულ სისხლის
სამართალში და ევროკავშირის სამართლის კოტენციური
გავლენები კორუფციასთან ბრძოლის დირექტივის
პროექტის მიხედვით**

პროფ. დოქტ. **ბაჩანა ჯიშკარიანი**, საქართველოს უნივერსიტეტი

I. შესავალი

სამოხელეო დანაშაულები საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ცალკე, 39-ე თავში არის თავმოყრილი და აერთიანებს მთელ რიგ შემადგენლობებს, იქნება ეს სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება, სამსახურებრივი უფლებამოსილების გადამეტება, ქრთამის აღება თუ სხვა. ქართულ-გერმანული სამართლის დიალოგის მიზანია ორი სამართლებრივი სისტემის ძირითადი ასპექტების ერთმანეთთან შედარება, მათ შორის საერთაშორისო და ევროპული სამართლის გავლენების გათვალისწინებით, რათა ამის საფუძველზე ხელი შეეწყოს ქართული სისხლის სამართლის კიდევ უფრო მეტ ინტერნაციონალიზაციას. ყოველივე აქედან გამომდინარე, მოხსენება არ შეეხება სსკ-ის 39-ე თავში ასახულ ყველა დანაშაულს და მხოლოდ ცალკეული პრობლემატური ასპექტების შეჭერება მოხდება. მიმოვიხილავთ კორუფციასთან დაკავშირებულ ნორმებს. ასევე, ყურადღებას დაგუთმობთ სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების საკითხს, ვინაიდან ევროკომისიის მიერ შემოთავაზებული ახალი დირექტივის პროექტი სწორედ ამ დანაშაულთან მიმართებაში დისკუსიის საგანია. ნაშრომის შედარებით მოკლე ფორმატიდან გამომდინარე შევხებით არა დეტალურად ყველა დანაშაულს და მის ასპექტებს, არამედ მხოლოდ ცალკეულ საკითხებს ქართული და ევროპული სამართლის ჭრილში, რათა პერსპექტივაში დავინახოთ, თუ პოტენციურად რა ცვლილებების განხორციელება მოგვიწევს შიდასახელმწიფოებრივ სისხლის სამართალში.

II. ევროკავშირის ახალი დირექტივის პროექტი

ევროკომისიამ 2023 წლის 5 მაისს გამოაქვეყნა კორუფციასთან ბრძოლის შესახებ ახალი დირექტივის პროექტი,¹ რომლის ზოგადი საფუძველი იყო კორუფციასთან უკეთესი გამკლავება ევროკავშირისა და მთელი მსოფლიოს მასშტაბით.² აღნიშნული ნაბიჯი იმით იქნა დასაბუთებული, რომ კორუფციის ტრანსნაციონალური მასშტაბიდან გამომდინარე, ცალკეულ სახელმწიფოებში გატარებულ ღონისძიებებთან შედარებით, ევროკავშირის ფარგლებში ახალი დირექტივის გამოცემა და ერთიანი სისხლისსამართლებრივი სტანდარტების დადგენა ბევრად უფრო ეფექტური იქნება.³ ევროკომისიის მოსაზრებით, გაერთიანების ფარგლებში აქამდე მოქმედი სისხლისსამართლებრივი მექანიზმები⁴ არ არის საკმარისი, არ მოიცავს ყველა რელევანტურ ქმედებას და შესაბამისად, განვითარებას საჭიროებს.⁵

პროექტის მიხედვით, რამდენიმე მიმართულების გამოყოფა შეიძლება, რომლებიც არის როგორც ზოგადი, არასისხლისსამართლებრივი ხასიათის და პრევენციას ემსახურება, ასევე კონკრეტული სისხლისსამართლებრივი სტანდარტების. ესენია, მაგალითად, საჯარო სექტორის გამჭვირვალობის მეტად უზრუნველყოფა, განსაკუთრებით ინტერესთა კონფლიქტების ჭრილში, საგანმანათლებლო ღონისძიებათა ხელშეწყობა კორუფციის მიმართ ცნობიერების ამაღლების გზით, კორუფციასთან ბრძოლის სპეციალური უწყებების შექმნა და მათი შესაბამისი რესურსებით აღჭურვა. რაც შეეხება წმინდა სისხლისსამართლებრივ საკითხებს, გათვალისწინებულია სისხლისსამართლებრივი დეფინიციების ჰარმონიზაცია ყველა წევრ სახელმწიფოში და აქამდე ჰარმონიზებული, კორუფციასთან დაკავშირებული შემადგენლობების სია ბევრად ფართოვდება. განსაკუთრებით საინტერესოა ის მომენტი, რომ კორუფცია საჯარო და კერძო სექტორში ერთ აქტშია მოხსენიებული. მასში საუბარია მთელ რიგ დანაშაულებზე: ქრთამის აღება, გაფლანგვა, ზეგავლენის მოხდენა, უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება, მართლმსაჯულების განხორციელებისთვის ხელის შეშლა და კორუფციასთან დაკავშირებული ქმედებებით შემოსავლის მიღება.

პროექტის შემუშავებამდე, ყველა წევრ სახელმწიფოში მოქმედი შესაბამისი ნორმების ანალიზი მოხდა და დადგინდა, რომ მნიშვნელოვანი

დეფიციტებია უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებას, გაფლანგვასა და ზეგავლენით ვაჭრობასთან მიმართებით. ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს შორის არსებული განსხვავებები კი (ზოგან ისჯება, ზოგან არა, ზოგან სხვა ნორმის ქვეშ არის ნაგულისხმევი) ხელს უშლის ტრანსნაციონალური შემთხვევების დროს სისხლისსამართლებრივ დევნას.⁶

ახლა კი მოკლედ შეგვხოთ დირექტივის პროექტით გათვალისწინებულ ცალკეულ შემადგენლობებს, რათა მომდევო თავში ისინი უფრო დეტალურად შევადაროთ ქართულ სისხლისსამართლებრივ რეგულაციებს. მე-7 მუხლი ეხება საჯარო სექტორში, განზრახ ჩადენილი, მექრთამეობის საკითხს და მასში გაერთიანებულია საჯარო მოსამსახურის მხრიდან ქრთამის აღება და მისთვის ქრთამის მიცემა. დანაშაული დამთავრებულია მოთხოვნის ან შეთავაზების გაკეთების მომენტიდანვე. იქვე, მე-8 მუხლი, უკვე კერძო სექტორში კორუფციის საკითხზე გადადის. მასშიც, როგორც მომსყიდველის, ასევე მოსყიდულის დასჯადობის ვალდებულებაზეა საუბარი. უშუალოდ ქმედება საწარმოში ხელმძღვანელის ან სხვა ფუნქციის მატარებელმა პირმა უნდა განახორციელოს ან ის მის მიმართ უნდა განხორციელდეს, რათა მან თავისი ვალდებულებების დარღვევით რაიმე მოქმედება ან უმოქმედობა ჩაიდინოს.

საინტერესოა დირექტივის პროექტის მე-9 მუხლი, რომელიც გაფლანგვას ეხება. აქვე არ უნდა დაგვავიწყდეს იმის აღნიშვნა, რომ ტერმინოლოგიური თვალსაზრისით, მუხლის სახელწოდება არ უნდა გავაიგივოთ წევრ სახელმწიფოებში არსებულ მსგავს ტერმინებთან. სხვადასხვა სახელმწიფოში, თავიანთი სისხლისსამართლებრივი თავისებურებებიდან გამომდინარე, ბევრი ტერმინი, სიტყვასიტყვით იდენტური შეიძლება იყოს, მაგრამ შინაარსობრივად სრულიად განსხვავებული.⁷ დირექტივების გამოცემის გზით, ევროკავშირის პარლამენტი და საბჭო წევრ სახელმწიფოებს მხოლოდ ჰარმონიზაციის მინიმალურ სტანდარტებს უდგენენ და გამოყენებული ტერმინოლოგიაც უფრო ზოგადია.⁸ სხვა შემთხვევაში, წევრ სახელმწიფოებს პირდაპირ მოუწევდათ ყველა დანაშაულის ერთი-ერთში გადატანა შიდა კანონმდებლობაში, რაც წინააღმდეგობაში მოვიდოდა მათ სისხლის სამართალთან ფრთხილად

მოპყრობის პრინციპთან.⁹ წვერი სახელმწიფოების სამართლისადმი პატივისცემის პრინციპს ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მეორე ნაწილიც ადგენს.¹⁰

შესაბამისად, თავიდანვე რომ ავიცილოთ გაუგებრობები ქართულ სისხლის სამართალთან მიმართებით, ევროკავშირის განსახილველ დოკუმენტში გამოყენებული გაფლანგვის ტერმინი, ქართული სისხლის სამართლის გადმოსახედიდან, უფრო მითვისებასა და გაფლანგვის ერთიანობას ქმნის საჯარო და კერძო სექტორში,¹¹ ვინაიდან ღირექტივის პროექტის მე-9 მუხლის მიხედვით, დასჯადია, როგორც საჯარო სექტორში დასაქმებული პირის, ასევე კერძო სექტორში ხელმძღვანელობითი ან სხვა უფლებამოსილებების მატარებელი პირის მიერ მისთვის მინდობილი, მის განკარგვაში მყოფი ქონების განზრახ, არამიმზობრივად გამოყენება, მითვისება ან გაცემა.

პირველად, სისხლისსამართლებრივი შინაარსის ღირექტივის ფარგლებში, ევროკავშირის დონეზე ჩნდება ზეგავლენით ვაჭრობის ცნებაც. მე-10 მუხლი, ორივე მხარის, როგორც ზეგავლენით მოვაჭრის, ასევე მისთვის მიმმართველი პირის სანქცირების ვალდებულებას ითვალისწინებს. ქმედება განზრახ უნდა იყოს ჩადენილი და არა აქვს მნიშვნელობა, შედეგი გამოიღო თუ არა მან (მუხ. 10, ნაწ. 2). ისევ ტერმინოლოგიურ საკითხს თუ მივუბრუნდებით, ღირექტივის პროექტის გერმანულ ვერსიაში მისი სათაური იკითხება, როგორც „აკრძალული ზეგავლენის მოხდენა“ (Unerlaubte Einflussnahme), ინგლისური ვერსია „ზეგავლენით (ან შეიძლება ტერმინი „გავლენაც“ გამოვიყენოთ) ვაჭრობითა“ (Trading in influence) დასათაურებული. ქმედების შემადგენლობის ობიექტური მხარე გულისხმობს, ძალიან მოკლედ რომ

9 ეს პრინციპი გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომაც ახსენა თავის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში - BVerfG NJW 2009, 2274.

10 დაწვრ. იხ. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl., 2022, § 9 Rn. 9.

11 დაწვრ. მითვისება/გაფლანგვასთან დაკავშ. იხ. *ჭიშკარიანი*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული საკუთრების წინააღმდეგ, 2024, აბზ. 376 და შემდეგი. ასევე, *დვალაიძე*, კომენტარებში: დვალაიძე/ხარანაული/თუმანიშვილი, საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით, 2023, 162 და შემდეგი.

შევაჯამოთ, ნებისმიერი სახის უპირატესობის შეთავაზებას ან ასეთი დაპირების მიღებას, რათა ზეგავლენა მოხდეს სახელმწიფო მოხელეზე. საუბარია რეალურად შუამავლის მსგავს პერსონაზე. მაგალითად, ა მიმართავს ბ-ს, რათა მან ზეგავლენა მოახდინოს მის ნაცნობ მოხელე გ-ზე გარკვეული დოკუმენტის მისაცემად. ამის სანაცვლოდ კი ბ ა-სგან საჩუქარს მიიღებს. ასეთ დანაშაულს ქართული სისხლის სამართლის კოდექსი, უკვე დიდი ხანია იცნობს, თუმცა, ქართულ სამართალთან შედარებით ანალიზს მომდევნო თავში მივუბრუნდებით.

ღირექტივის პროექტში საკმაოდ ფართოდ არის ჩამოყალიბებული უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემადგენლობა (მუხ. 11). როგორც საჯარო, ასევე კერძო სექტორში, დასაქმებული პირის მიერ, თავისთვის ან სხვისთვის რაიმე გამორჩენის მისაღებად განხორციელებული მართლსაწინააღმდეგო მოქმედება ან უმოქმედობა, საკუთარი ვალდებულებების დარღვევით, უკვე დამთავრებულ დანაშაულად უნდა ჩაითვალოს ქმედების განხორციელებისთანავე. რამე კონკრეტული შედეგის დადგომა არ არის აუცილებელი.

ევროკომისიამ, ახალი ღირექტივის პროექტში, კონკრეტულად აქ განხილულ დანაშაულებთან დაკავშირებით, მართლმსაჯულების განხორციელებისთვის ხელის შეშლის დასჯადობის ვალდებულებაც გაითვალისწინა. კერძოდ, მე-12 მუხლის მიხედვით, ევროკავშირის წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა გაატარონ სათანადო სისხლისსამართლებრივი ღონისძიებები იმ პირების წინააღმდეგ, რომლებიც პირადად თუ სხვა პირების მეშვეობით მიმართავენ მუქარას, ძალადობას ან დაპირებას, რათა გავლენა მოახდინონ მოწმის ჩვენებაზე ან ზოგადად მტკიცებულებების მოპოვებაზე (მუხ. 12, ნაწ. 1). დანაშაულად უნდა ჩაითვალოს ასევე მართლმსაჯულების სფეროში დასაქმებულ პირებზე ზეწოლა ფიზიკური ძალადობის ან დამუქრების სახით (მუხ. 12, ნაწ. 2).

კორუფციასთან ეფექტური ბრძოლის მიზნებიდან გამომდინარე, ღირექტივის პროექტი კიდევ უფრო შორს მიდის და კორუფციული დანაშაულების საფუძველზე მოპოვებულ ქონებასაც მოიცავს. კერძოდ, ყველა ის საჯარო მოსამსახურე უნდა დაისაჯოს, რომელის განზრახ, წინასწარი შეცნობით, შეიძენს, ფლობს ან სარგებლობს ზემოთ განხილული დანაშაულების ჩადენის საფუძველზე, სხვის მიერ მოპოვებული

ქონებით (მუხ. 13) და ამ დროს არ აქვს მნიშვნელობა, ის უშუალოდ ჩართული იყო თუ არა წინარე დანაშაულის ჩადენაში.

ამავდროულად, პროექტი, წევრ სახელმწიფოებს თავიანთ სისხლის სამართალში მთელი რიგი დამამძიმებელი ან შემამსუბუქებელი გარემოებების გათვალისწინებასაც ავალდებულებს. დამამძიმებელია მაგ. დანაშაულის ჩადენა მაღალი რანგის მოხელის მიერ, მნიშვნელოვანი ზიანის გამოწვევა, მნიშვნელოვანი სარგებლის მიღება და ა.შ. (მუხ. 18, ნაწ. 1). შემამსუბუქებელ გარემოებად კი ჩაითვლება მაგ. გამოძიებასთან თანამშრომლობა (მუხ. 18, აბზ. 2).

III. ევროპული სამართლის არსებული გავლენები ქართულ სისხლის სამართალზე

ქართული სისხლის სამართალი, უკვე დიდი ხანია, საბჭოთა კავშირის დაშლიდანვე მალე მოექცა საერთაშორისო გავლენების ქვეშ და ეს ბუნებრივიცაა, ვინაიდან მთლიანობაში შეიცვალა სახელმწიფო იდეოლოგია. წინა პლანზე წამოვიდა კერძო სექტორის მნიშვნელობა. სახელმწიფო უკვე აღარ ითვლებოდა სისხლისსამართლებრივი დაცვის უპირატეს ინტერესად და მთლიანობაში, მიდგომები სხვადასხვა სამართლებრივი სიკეთის მიმართ შეიცვალა. მაგალითად, საბჭოთა სისხლის სამართლის კანონმდებლობა, უფრო მკაცრად იცავდა სახელმწიფო საკურთების ინტერესს, ვიდრე პირად საკურთებას¹². 1999 წელს მიღებული, დღეს მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსი კი კერძო და საჯარო ინტერესებს შორის ასეთ ხისტ დიფერენცირებას არ ახდენს.

ეს პირდაპირ ეხება ჩვენს მიერ განსახილველ საკითხსაც, ვინაიდან სამოხელეო დანაშაულების ჩადენის შედეგად, ზიანი აღგება არა მხოლოდ საჯარო ინტერესებს, არამედ ცალკეული პირების ინტერესებსაც.

ევროპულ სამართლის გავლენები ევროგაერთიანების ჭრილში აქტუალური გახდა 1996 წლიდან, როდესაც საქართველოსა და აღ-

12 *ლევკეიშვილი*, წიგნში: *ლევკეიშვილი/მამულაშვილი/თოდუა*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი I, წიგნი პირველი, 2023, 27.

ნიშნულ გაერთიანებს შორის ხელი მოეწერა პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ შეთანხმებას.¹³ მოგვიანებით ეს ურთიერთობები კიდევ უფრო ინტენსიური გახდა და 2014 წელს დაგვირგვინდა ასოცირების შეთანხმებით საქართველოსა და ევროკავშირს შორის.¹⁴

ქართული სისხლის სამართლის ევროპეიზაცია, ბუნებრივია, ევროსაბჭოს ფარგლებშიც მიმდინარეობდა და ამ თვალსაზრისით, განსაკუთრებით აღსანიშნავია ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, თუმცა, ეს გავლენები შედარებით სხვა სპეციფიკისაა, ვიდრე ეს ევროგაერთიანების სამართლის შემთხვევაშია. მიუხედავად იმისა, რომ საქართველო არ არის ევროკავშირის წევრი სახელმწიფო, სისხლის სამართლის სფეროში ევროგაერთიანების მიერ დადგენილი მინიმალური სტანდარტების იმპლემენტაცია საკმაოდ ინტენსიურად ხორციელდება.

ჩვენს მიერ განსახილველი საკითხის თვალსაზრისით, თუნდაც ასოცირების ხელშეკრულების მე-17 მუხლია საინტერესო, სადაც პირდაპირ არის ნახსენები, რომ მხარეები ითანამშრომლებენ, მათ შორის, კორუფციასთან ბრძოლის, თანხების გაფლანგვის ან დოკუმენტების გაყალბების მიმართულებით. თუმცა, აქვე უნდა ითქვას, რომ ევროდირექტივების თუ სხვა სტანდარტების ასახვა ამ შეთანხმების დადებამდეც ხდებოდა. ყოველივე აქედან გამომდინარე, ევროკომისიის კორუფციასთან ბრძოლის ახალი დირექტივის პროექტიც, მაღალი ალბათობით, გავლენებს მოახდენს ქართულ სისხლის სამართალზეც მისი ამ შინაარსით თუ სხვანაირად მიღების შემთხვევაში. შესაბამისად, მნიშვნელოვანია, მოკლედ გავაანალიზოთ, თუ რა კუთხით შეიძლება აისახოს ეს გავლენები ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსში. ან საკითხი შეიძლება სხვანაირადაც დაისვას - ხომ არ იცნობს ქართული კანონმდებლობა უკვე ისედაც იმ დანაშაულის შემადგენლობებს, რაზეც პროექტშია საუბარი?

13 ABI. L 205, 4.8.1999, 3. დანვრ. იხ. *კიშკარიანი*, ევროპული სისხლის სამართალი ევროკავშირის ფარგლებში, მეორე გამოცემა, 2018, აბზ. 1 და შემდეგი.

14 ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთის მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის - <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959?publication=0> (ნანახია 4.9.2024). დანვრ. იხ. *კიშკარიანი*, ევროპული სისხლის სამართალი ევროკავშირის ფარგლებში, მეორე გამოცემა, 2018, აბზ. 19 და შემდეგი.

IV. ცალკეული სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობები ქართულ სისხლის სამართალში და პერსპექტივები

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 39-ე თავი, რომელიც მთლიანად სამოხელეო დანაშაულებს ეხება, შემდეგ დანაშაულებს იცნობს: მუხ. 332 – სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება, მუხ. 333 – სამსახურებრივი უფლებამოსილების გადამეტება, მუხ. 334 – ბრალდებულის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლება, მუხ. 335 – განმარტების, ჩვენების ან დასკვნის მიცემის იძულება, მუხ. 337 – სამენარმეო საქმიანობაში უკანონო მონაწილეობა, მუხ. 338-ქრთამის აღება, მუხ. 339 – ქრთამის მიცემა, მუხ. 339¹ – ზეგავლენით ვაჭრობა, მუხ. 340 – კანონით აკრძალული საჩუქრის მიღება, მუხ. 341 – სამსახურებრივი სიყალბე, მუხ. 342 – სამსახურებრივი გულგრილობა, მუხ. 342¹ – სპეციალური პენიტენციური სამსახურის მოსამსახურის ან მასთან გათანაბრებული პირის მიერ სამსახურში დადგენილი წესის დარღვევა.

როგორც ვხედავთ, ქართული სისხლის სამართლის კოდექსი, სამოხელეო დანაშაულების თვალსაზრისით საკმაოდ ყოვლისმომცველია და პირდაპირ თუ ირიბად, დიდწილად ყველა იმ ძირითად დანაშაულს ეხება, რომლებიც დირექტივის პროექტში არის ნახსენები. განსაკუთრებით საინტერესოა დირექტივის პროექტის მე-11 მუხლში ჩადებული **უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება** საჯარო და კერძო სექტორში. ამ დანაშაულებს ქართული კანონმდებლობა, უკვე კარგა ხანია იცნობს სსკ-ის 332 (უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება საჯარო სფეროში) და 220-ე (უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება კერძო სექტორში) მუხლების სახით. თუმცა, გვხვდება გარკვეული განსხვავებები ქართულ და ევროპულ მიდგომებს შორის. კერძოდ, როგორც უკვე ზემოთ აღინიშნა, დირექტივის პროექტის მიხედვით, საჯარო, ასევე კერძო სექტორში, დასაქმებული პირის მიერ ჩადენილი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება, უკვე დამთავრებულ დანაშაულად უნდა ჩაითვალოს ქმედების განხორციელებისთანავე. რამე კონკრეტული შედეგის დადგომა არ არის აუცილებელი. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 220-ე და 332-ე მუხლები კი შედეგის დადგომის სახით მოითხოვს მნიშვნელოვან ზიანს (220-ე მუხლის შემთხვევაში) ფიზიკური პირის, იურიდიული პირის,

საზოგადოების ან სახელმწიფოს კანონიერი ინტერესის არსებითი დარღვევის სახით (332-ე მუხლის შემთხვევაში). მაშასადამე, დირექტივის პროექტის ევროკავშირის დონეზე საბოლოოდ მიღების შემთხვევაში, გარკვეული აცდენები წარმოიშობა ორ სამართლებრივ სისტემას შორის და ჰარმონიზაციის შემთხვევაში, აღნიშნული შემაღენლობების ფორმალურ დანაშაულებად გადაკეთება მოგვიწევს.

ამის შედეგად, კიდევ უფრო გაფართოვდება ამ ნორმების გამოყენების ფარგლები, რაც პრაქტიკაში მეტი პრობლემის წინაშე დაგვაცენებს, შედარებით სუსტი დემოკრატიის ქვეყნებში. საქართველოში, უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების საკითხი, როგორც ასეთი, ხშირად ხდება პოლიტიკური დისკუსიების საგანი, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საუბარია ხელისუფლების შეცვლის შემდეგ წინა ხელისუფლებების მალაჩინოსანი წევრების პასუხისგებაში მიცემისას. კონკრეტული საქმეების პოლიტიკური შეფასების გარეშეც ცხადია, რომ ნორმების მოქმედი რედაქციები ისედაც საკმაოდ ფართოა და ევროკავშირის კანონმდებლობასთან ჰარმონიზაცია, რაოდენ უცნაურიც არ უნდა იყოს, კიდევ უფრო სადავოს გახდის ამ შემაღენლობებს. მყიდვე სამართალდამცავი სისტემების პირობებში მსგავსი ე.წ. რეზინის ნორმები უფრო სახიფათო იარაღი ხდება ხელისუფლების ხელში.

რას ნიშნავს საერთოდ უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება ქართულ სისხლის სამართალში? როგორც უკვე ზემოთ ვახსენეთ, სამოხელეო დანაშაულებთან დაკავშირებით ბევრი სხვადასხვა ნორმა არსებობს, იქნება ეს ქრთამის აღება, სამსახურებრივი გულგრილობა, სამსახურებრივი სიყალბე თუ სხვა. შესაბამისად, ეს ნორმები უფრო სპეციალური ნორმებია. მაშასადამე, უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებაში ისეთი ქმედებები მოიაზრება, რომლებიც, როგორც წესი, არცერთ სპეციალურ ნორმაში არ ექცევა და მის მიღმა რჩება. გარკვეულწილად, სსკ-ის 332-ე მუხლი სარემერგო ნორმადაც კი შეიძლება მივიჩნიოთ, რათა მნიშვნელოვანი სამოხელეო დარღვევები არ დარჩეს დაუსჯელი. სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების დროს მოხელე არ სცილდება თავისი კომპეტენციის ფარგლებს, მაგრამ ამავდროულად, ის საჯარო ინტერესების საწინააღმდეგოდ მოქმედებს (მაგ. პროკურორის მიერ სისხლისსამართლებრივი დევნის

არდაწყება ვინმეს ნაცნობობის გამო).¹⁵ უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემთხვევად მიიჩნევა ასევე არამიზნობრივი ხარჯების განევაც (მაგ. ისეთი ნივთის შეძენა, რომელიც ორგანიზაციის მიზნებს არ შეესაბამება).¹⁶ თუმცა, სავარაუდო დარღვევები ამომწურავად არც პრაქტიკასა და არც დოქტრინაში დაკონკრეტებული არ არის და სწორედ ეს იწვევს ნორმის ბოროტად გამოყენების რისკებს. თუ რა შეიძლება ჩაითვალოს არამიზნობრივ ხარჯად საჯარო ან კერძო ორგანიზაციაში, საკმაოდ სადავოა. თუ სახელმწიფოს დაჭირდება რეპრესიული ხასიათის გამოჩენა, შეუძლია ნებისმიერ ხელმძღვანელ პირს მოედავოს იმაში, თუ მაგალითად, რატომ დახარჯა თანხები ე.წ. კორპორატიულ გეიმში, მაშინ როდესაც მსგავს სხვა საქმეზე არ განახორციელებს სისხლისსამართლებრივ დევნას.

დირექტივის იმპლემენტაცია ასევე პრობლემას გამოიწვევს კერძო სექტორში უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების თვალსაზრისით. დირექტივის ნორმა იმდენად ფართოდ არის ჩამოყალიბებული, რომ მასში ისეთი ქმედებაც კი შეიძლება მოექცეს, როგორიცაა, მაგ. რესტორნის მიმტანის მიერ ფულის არგამორთმევა თავისი მეგობრისთვის, რის შედეგადაც რესტორანს შემოსავალი დააკლდება. თუ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 220-ე მუხლი დასჯადობის წინაპირობად მნიშვნელოვანი ზიანის დადგომას მოითხოვს, დირექტივის იმპლემენტაციის შემთხვევაში ეს ბარიერი მოიხსნება და ქმედების განხორციელებისთანავე, შედეგის დადგომის გარეშეც, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხი დადგება.¹⁷ გარდა ამისა, სსკ-ის მოქმედი რედაქცია დანაშაულის

15 *ლეკვეიშვილი/თოდუა*, წიგნში: *ლეკვეიშვილი/მამულაშვილი/თოდუა*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წ. 2, ნაწ. მეორე, 367, 2020.

16 *ლეკვეიშვილი/თოდუა*, წიგნში: *ლეკვეიშვილი/მამულაშვილი/თოდუა*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წ. 2, ნაწ. მეორე, 368, 2020.

17 შეიძლება ამ კაზუსთან მიმართებით გაფლანგვის შემადგენლობაზეც გვემსჯელო, მაგრამ ეს შორს წავიყვანს. ამ თვალსაზრისით კრიტიკულად აფასებენ დირექტივას ასევე *Wegner/Zimmermann*, *Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption, zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI des Rates und des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, sowie zur Änderung der Richtlinie*

სუბიექტად მიიჩნევს სანარმოში ან ორგანიზაციაში ხელმძღვანელობითი, წარმომადგენლობითი ან სხვა სპეციალური უფლებამოსილების განმახორციელებელ პირს,¹⁸ დირექტივის პროექტი კი საუბარია ხელმძღვანელობითი ან სხვა პოზიციაზე მომუშავე პირზე. მაშასადამე, ამსრულებელთა წრეც გაფართოვდება.

კიდევ ერთი საკითხი, რომელიც დირექტივის ფორმატში ახალია, არის **ზეგავლენით ვაჭრობა** (მუხ.10). ეს დანაშაული საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში, ევროსაბჭოს კორუფციის შესახებ კონვენციის საფუძველზე, 2006 წელს აისახა. აქედან გამომდინარე, კორუფციასთან ბრძოლის შესახებ დირექტივის მიღების შემთხვევაში ქართულ სამართალში ამ თვალსაზრისით რამე განსაკუთრებული ცვლილება არ იქნება შესატანი. ეროვნული კანონმდებლობა ისედაც უსწრებს ევროკავშირის კანონმდებლობას დროის თვალსაზრისით. დეტალურად არ შეგუდგებით აღნიშნული დანაშაულის შემადგენლობის ანალიზს, მაგრამ ის მოკლედ შეგვიძლია გავმიჯნოთ ქრთამის აღებისგან. მაგ. მოხელე შეიძლება სხვა პირს პირდებოდეს თავისი პირადი, ახლობლური ურთიერთობების გამოყენებით სხვადან მის დასაქმებას და ამის სანაცვლოდ ითხოვდეს გარკვეულ თანხას.¹⁹ ეს იქნება ზეგავლენით ვაჭრობა. უშუალოდ საკუთარი სამოხელეო უფლებამოსილების, ავტორიტეტის გამოყენებით სხვისი დასაქმების კი შემთხვევაში გვექნებოდა მოხელის მიერ ქრთამის აღება.

ქრთამის აღებისა და მიცემის საკითხს რაც შეეხება საჯარო სექტორში, ეს საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის ის 338-ე (ქრთამის აღება) და 339-ე (ქრთამის მიცემა) მუხლებში არის მონქსრიგებული. აღსანიშნავია, რომ დირექტივის პროექტის მე-7 მუხლი, საკმაოდ მოკლედ და ზოგადად არის ჩამოყალიბებული, განსხვავებით ქართული რეგულაციისგან. დირექტივაში საუბარია საჯარო მოხელის მიერ პირადად

(EU) 2017/1371 des Europäischen Parlamentes und des Rates, 9 - <https://www.bundestag.de/resource/blob/976924/0e3a309650bec85dcbcacdd8c4c9d3f8/Stellungnahme-Wegner.pdf> (ნანახია 7.9.2024).

18 *მამულაშვილი/თოდუა*, წიგნი: *ლევკვიშვილი/მამულაშვილი/თოდუა*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წ. 1, ნაწ. მეორე, 246, 2023.

19 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება #497აპ.-16.

ან სხვისი მეშვეობით თავისთვის ან სხვისთვის ნებისმიერი უპირატესობის მოთხოვნაზე, მაშინ, როდესაც სსკ-ის 338-ე მუხლი არამართლზომიერ უპირატესობაზე საუბრობს. მაშასადამე, გარკვეულწილად გამოდის, რომ ამ შემთხვევაშიც დირექტივის პროექტთან შედარებით ქართული რეგულაცია უფრო კონკრეტულია და ავინროვებს პასუხისმგებლობის ფარგლებს. დირექტივის ასეთი ზოგადი რედაქციით იმპლემენტაციის შემთხვევაში, წარმოიქმნება რისკები, რომ მაგ, პარლამენტის წევრი თუ შეუთანხმდება სხვა პარტიის პარლამენტის წევრს, რომ მის კანონპროექტს მხარს დაუჭერს, თუ ისიც აქეთ დაუჭერს მის სხვა კანონპროექტს მხარს, მოექცევა დასჯადობის ქვეშ (სსკ მუხ. 338, ნაწ. 2, ქვეპ. ა), ვინაიდან გამოვა, რომ მან მიიღო მეორე პირისგან უპირატესობა, სარგებელი ხმის მიცემის სახით თავისი ხმის სანაცვლოდ. ასეთი დასჯადობა კი პოლიტიკურ პროცესებთან შეუთავსებელი იქნებოდა. შესაბამისად, მომავალში დირექტივის ქართულ სამართალში იმპლემენტაცია ამ თვალსაზრისითაც გამოიწვევს პრაქტიკაში ვინრო განმარტებების გაკეთების აუცილებლობას, ვინაიდან სხვა შემთხვევაში, პოლიტიკურ პროცესებს შეეშლება ხელი.²⁰

დირექტივის პროექტი ცალკე მუხლის (მუხ. 12) სახით ეხება **მართლ-მსაჯულებისთვის ხელის შეშლის საკითხსაც**. ამაში იგულისხმება, მაგ. პირადად ან სხვისი მეშვეობით მონმეგემ შემოქმედება მუქარის ან დაპირების სახით, რათა მან კორუფციულ დანაშაულებთან დაკავშირებით ცრუ ჩვენება მისცეს. მართალია, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი მსგავს სპეციალურ, მხოლოდ კორუფციულ დანაშაულებთან დაკავშირებულ მუხლს არ შეიცავს, თუმცა, სსკ-ის 372-ე მუხლი ისედაც ეხება შემოქმედების განხორციელებას გამოსაკითხ პირზე, მონმეგემ, დაზარალებულზე, ექსპერტზე ან თარჯიმანზე და მისი გავრცელება უპრობლემოდ შეიძლება დირექტივაში ნახსენებ დანაშაულებებზე. იგივეს თქმა შეიძლება მართლმსაჯულების განხორციელებაში ჩართულ პირზე (მაგ. გამომძიებელი) მსგავსი შემოქმედების მოხდენაზეც.

20 იგივე პრობლემის წინაშე დადგება გერმანული სისხლის სამართალიც. იხ. *Wegner/Zimmermann, Stellungnahme, 3* - <https://www.bundestag.de/resource/blob/976924/0e3a309650bec85dcbcacdd8c4c9d3f8/Stellungnahme-Wegner.pdf> (ნანახია 7.9.2024).

V. დასკვნა

მთლიანობაში, დადებითად შეიძლება შეფასდეს ევროკომისიის მცდელობა, რომ უფრო აქტიური გახდეს კორუფციასთან ბრძოლა საჯარო და კერძო სექტორში, ერთიანი, მინიმალური სტანდარტების დადგენის სახით ყველა წევრი სახელმწიფოსთვის. თუმცა, როგორც ვხედავთ, ამას, ცალკეულ შემთხვევებში, გარკვეული სამართლებრივი რისკები ახლავს თან და კიდევ უფრო მეტი ბუნდოვანება შეიძლება გამოიწვიოს არამხოლოდ წევრი სახელმწიფოების, არამედ საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობაშიც. შესაბამისად, იმედია, დირექტივის პროექტი საბოლოოდ მიღებამდე დაიხვეწება.

AMTSDELIKTE IM GEORGISCHEN STRAFRECHT UND POTENZIELLER EINFLUSS DES EU-RECHTS NACH DEM RICHTLINIENENTWURF ZUR BEKÄMPFUNG DER KORRUPTION

Prof. Dr. **Bachana Jishkariani**, University of Georgia

I. Einleitung

Die Amtsdelikte sind gesondert in Kapitel 39 des georgischen Strafgesetzbuches (gStGB) geregelt, das eine Reihe von Straftatbeständen wie Amtsmissbrauch, Machtüberschreitung, Bestechlichkeit etc. zusammenfasst. Ziel des deutsch-georgischen Rechtsdialogs ist es, die grundlegenden Aspekte beider Systeme auch unter Berücksichtigung der Einflüsse internationaler und europäischer Rechtsordnungen zu vergleichen und damit die weitere Internationalisierung des georgischen Strafrechts zu fördern. Dementsprechend befasst sich die vorliegende Abhandlung nicht mit einzelnen Straftatbeständen des Kapitels 39 gStGB, sondern geht zusammenfassend auf einzelne problematische Aspekte ein. Dazu gehören auch die Korruptionstatbestände. Besonderes Augenmerk wird auf die Frage des Amtsmissbrauchs gelegt, da sich der Entwurf der Europäischen Kommission für eine Antikorruptionsrichtlinie derzeit in der Diskussion befindet. Aufgrund des überschaubaren Umfangs des vorliegenden Beitrags werden nicht alle Straftatbestände und ihre Aspekte im Einzelnen erörtert, sondern nur bestimmte Themen im Lichte des georgischen und europäischen Rechts aufgegriffen, um mögliche Änderungsbedarfe im nationalen Strafrecht aufzuzeigen.

II. Der Entwurf der neuen EU-Richtlinie

Die Europäische Kommission hat am 5. Mai 2023 einen Entwurf für eine neue Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption¹ veröffentlicht, deren allgemeine

1 COM(2023) 234 final – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=COM%3A2023%3A234%3AFIN> (zuletzt abgerufen am 4.8.2024).

Grundlage eine wirksamere Bekämpfung der Korruption in der Union und weltweit ist.² Begründet wurde dieser Schritt damit, dass aufgrund der transnationalen Dimension der Korruption eine neue Richtlinie auf EU-Ebene mit einheitlichen strafrechtlichen Standards wesentlich effektiver sei als Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten.³ Nach Auffassung der Europäischen Kommission seien die bisher in der Union geltenden strafrechtlichen Mechanismen unzureichend,⁴ erfassten nicht alle relevanten Handlungen und müssten daher fortentwickelt werden.⁵

Der Entwurf enthält sowohl präventive als auch spezifisch strafrechtliche Maßnahmen, wobei der Schwerpunkt eher auf Prävention als auf strafrechtlicher Sanktionierung liegt. Dazu gehören beispielsweise die Erhöhung der Transparenz im öffentlichen Sektor, insbesondere in Bezug auf Interessenskonflikte, die Förderung von Bildungsmaßnahmen zur Sensibilisierung für Korruption sowie die Einrichtung von Sonderbehörden zur Korruptionsbekämpfung und deren angemessene Ausstattung.

Im rein strafrechtlichen Bereich sieht der Entwurf eine Harmonisierung der Definitionen in allen Mitgliedstaaten und eine erhebliche Ausweitung der bisher harmonisierten Korruptionsstraftatbestände vor. Besonders bemerkenswert ist, dass die Korruption im öffentlichen und privaten Sektor in einem einzigen Rechtsakt behandelt wird. Der Entwurf bezieht sich auf eine Reihe von Straftatbeständen wie Bestechung, Untreue, Bestechlichkeit, Amtsmissbrauch, Behinderung der Justiz und die Erzielung von Gewinnen aus korrupten Handlungen.

Der Ausarbeitung des Entwurfs ging eine Analyse der bestehenden Regelungen in allen Mitgliedstaaten voraus. Dabei wurde festgestellt, dass insbesondere in den Bereichen Amtsmissbrauch, Untreue und Bestechung erhebliche Defizite bestehen. Die Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten (einige Mitgliedstaaten stellen bestimmte Handlungen unter Strafe, andere nicht, wieder andere nach anderen

2 Ausf. dazu Presseerklärung der EU-Kommission – https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_2516 (zuletzt abgerufen am 4.8.2024).

3 COM(2023) 234 final, S. 6.

4 Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22.7.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor – ABl. L 192, 31.7.2003, 54; siehe auch: Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte beteiligt sind – ABl. C 195, 25.6.1997, S. 2.

5 COM(2023) 234 final, S. 2.

Vorschriften) erschweren die strafrechtliche Verfolgung grenzüberschreitender Fälle.⁶

Im Folgenden werden die einzelnen Straftatbestände des Richtlinienentwurfs untersucht, bevor sie in einem späteren Abschnitt mit den entsprechenden strafrechtlichen Regelungen in Georgien verglichen werden.

Art. 7 behandelt die Bestechung im öffentlichen Sektor und umfasst sowohl die Bestechung eines Amtsträgers als auch die Bestechlichkeit. Die Tat gilt bereits mit der Forderung oder dem Angebot als vollendet.

Art. 8 bezieht sich auf die Bestechung im privaten Sektor und sieht ebenfalls die Strafbarkeit sowohl des Bestechenden als auch des Bestochenen vor. Die Tat muss von einer Person, die in leitender oder sonstiger Stellung tätig ist, begangen werden oder sich gegen eine solche Person richten, um sie zur Verletzung ihrer Pflichten zu veranlassen.

Von besonderem Interesse ist Art. 9, der sich mit der Veruntreuung befasst. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Überschrift des entsprechenden Artikels bzw. die Bezeichnung dieser Straftat nicht mit ähnlichen Begriffen in den Mitgliedstaaten gleichgesetzt werden sollte. Aufgrund nationaler strafrechtlicher Besonderheiten können wörtlich identische Begriffe inhaltlich stark voneinander abweichen. Die EU legt in ihren Richtlinien nur Mindeststandards für die Harmonisierung fest, die verwendeten Begriffe sind eher allgemeiner Natur.⁷ Andernfalls würden die Mitgliedstaaten zu einer vollständigen Übernahme aller Tatbestände in ihr nationales Recht veranlasst, was dem Gebot der Zurückhaltung bei der Ausgestaltung des nationalen Strafrechts widersprechen würde.⁸ Der Grundsatz der Achtung der Rechte der Mitgliedstaaten ist im EU-Vertrag verankert.⁹

Um Missverständnisse mit dem georgischen Strafrecht zu vermeiden, sollte der im Entwurf verwendete Begriff „Veruntreuung“ aus georgischer Sicht eher als eine Kombination aus Unterschlagung und Veruntreuung verstanden werden – sowohl

6 COM(2023) 234 final, S. 14.

7 *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2023, § 2 Rn. 135.

8 Dieser Grundsatz wurde auch vom Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung erwähnt, BVerfG NJW 2009, 2274.

9 Ausf. dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 9 Rn. 9.

im öffentlichen als auch im privaten Sektor,¹⁰ denn nach Art. 9 des Entwurfs ist sowohl die vorsätzliche und zweckwidrige Verwendung, Unterschlagung oder Veräußerung von anvertrautem Vermögen durch eine im öffentlichen Sektor tätige Person als auch durch eine Führungskraft oder eine andere befugte Person im privaten Sektor strafbar.

Erstmals in einer EU-Strafrechtsrichtlinie wird auf Unionsebene die Formulierung „Handel mit Einfluss“ eingeführt. Art. 10 sieht die Strafbarkeit sowohl des Einflussvermittlers als auch des Auftraggebers vor. Die Tat muss vorsätzlich begangen werden, unabhängig davon, ob sie tatsächlich zum gewünschten Erfolg geführt hat (Art. 10 Abs. 2).

Zurück zur Terminologie: Die deutsche Fassung des Entwurfs spricht in der Überschrift von „Unerlaubter Einflussnahme“, während die englische Fassung den Begriff „Trading in influence“ verwendet. Der objektive Tatbestand umfasst – kurz zusammengefasst – das Anbieten oder Annehmen von Vorteilen jeder Art, um auf einen Amtsträger Einfluss zu nehmen. In der Praxis geht es häufig um eine Vermittlerrolle: So bittet beispielsweise A den B, Einfluss auf den Beamten C auszuüben, um ein bestimmtes Dokument zu erhalten. Im Gegenzug erhält B einen Vorteil von A. Dieser Straftatbestand ist im georgischen Strafgesetzbuch bereits seit langem geregelt, eine detaillierte vergleichende Analyse mit dem georgischen Recht erfolgt in einem späteren Abschnitt.

Art. 11 des Richtlinienentwurfs regelt den Amtsmissbrauch umfassend. Er betrifft sowohl den öffentlichen als auch den privaten Sektor und stellt jede rechtswidrige Handlung oder Unterlassung unter Strafe, die unter Verletzung einer Pflicht begangen wird, um einen Vorteil für sich oder einen Dritten zu erlangen. Ein konkreter Erfolg der Tat ist für die Strafbarkeit nicht erforderlich.

Die Europäische Kommission hat in den neuen Entwurf auch die Strafbarkeit der Behinderung der Rechtspflege aufgenommen. Art. 12 verpflichtet die Mitgliedstaaten, geeignete strafrechtliche Maßnahmen gegen Personen zu ergreifen, die durch Drohungen, körperliche Gewalt oder Versprechungen

10 Ausführlicher zur Aneignung/Veruntreuung *Jishkariani*, Strafrecht Besonderer Teil, Eigentumsdelikte, 2024, Rn. 376 ff.; siehe auch *Dvalidze*, in: *Dvalidze/Kharanauli/Tumanishvili*, Eigentumsdelikte nach dem georgischen Strafgesetzbuch, 2023, S. 162 ff.

versuchen, Zeugen zu beeinflussen oder die Beweiserhebung zu behindern (Art. 12 Abs. 1). Auch die Anwendung körperlicher Gewalt oder die Drohung mit körperlicher Gewalt gegen Bedienstete in der Justiz ist strafbar (Art. 12 Abs. 2).

Im Sinne einer effektiven Korruptionsbekämpfung geht der Richtlinienentwurf weiter und erfasst auch Vermögenswerte, die durch Korruptionsdelikte erlangt wurden. Nach Art. 13 soll jeder Amtsträger bestraft werden, der wissentlich und vorsätzlich Vermögensgegenstände erwirbt, besitzt oder verwendet, die aus einer der vorgenannten Straftaten stammen, unabhängig davon, ob er an der Vortat beteiligt war.

Darüber hinaus verpflichtet der Entwurf die Mitgliedstaaten, in ihrem Strafrecht eine Reihe von erschwerenden und mildernden Umständen zu berücksichtigen. Als erschwerende Umstände gelten beispielsweise die Begehung der Tat durch einen hochrangigen Amtsträger, die Verursachung eines erheblichen Schadens oder die Annahme erheblicher finanzieller Vorteile (Art. 18 Abs. 1). Die Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden kann als mildernder Umstand gewertet werden (Art. 18 Abs. 2).

III. Der Einfluss des europäischen Rechts auf das georgische Strafrecht

Das georgische Strafrecht war seit der Auflösung der Sowjetunion internationalen Einflüssen ausgesetzt, was angesichts des grundlegenden Wandels der Staatsideologie nur natürlich ist. Die Bedeutung des Privatsektors rückte in den Vordergrund und der Staat wurde nicht mehr als primäres Schutzobjekt des Strafrechts angesehen. Insgesamt veränderte sich der strafrechtliche Umgang mit verschiedenen Rechtsgütern. So schützte das sowjetische Strafrecht die Interessen des Staates oft strenger als das Privateigentum.¹¹ Das 1999 verabschiedete Strafgesetzbuch Georgiens, das bis heute in Kraft ist, unterscheidet nicht mehr so strikt zwischen privaten und öffentlichen Interessen. Dies betrifft unser Thema unmittelbar, da durch Amtsdelikte nicht nur öffentliche Interessen, sondern auch Privatpersonen geschädigt werden können.

11 *Lekveishvili/Todua*, in: *Lekveishvili/Mamulashvili/Todua*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, Teil 1, 2023, S. 27.

Der Einfluss des europäischen Rechts wurde insbesondere seit 1996 relevant, als Georgien und die Europäische Union (EU) ein Partnerschafts- und Kooperationsabkommen unterzeichneten.¹² In der Folge wurden die Beziehungen weiter intensiviert und mündeten 2014 in ein Assoziierungsabkommen.¹³

Die Europäisierung des georgischen Strafrechts erfolgte auch im Rahmen des Europarats, wobei insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) hervorzuheben ist. Diese Einflüsse unterscheiden sich jedoch in ihrer Spezifik von denen des EU-Rechts. Obwohl Georgien kein EU-Mitgliedstaat ist, werden die von der EU vorgegebenen strafrechtlichen Mindeststandards bereits intensiv umgesetzt.

Von besonderem Interesse für unser Thema ist Art. 17 des Assoziierungsabkommens, der ausdrücklich vorsieht, dass die Vertragsparteien unter anderem bei der Bekämpfung von Korruption, Unterschlagung und Urkundenfälschung zusammenarbeiten. Die Umsetzung von EU-Richtlinien und anderen Standards wurde jedoch bereits vor Abschluss dieses Abkommens kontinuierlich vorangetrieben. Es ist daher wahrscheinlich, dass auch der neue Richtlinienentwurf der EU-Kommission zur Korruptionsbekämpfung nach seiner Verabschiedung mit diesem oder modifiziertem Inhalt das georgische Strafrecht beeinflussen wird. Es ist daher wichtig, kurz zu analysieren, in welchen Bereichen sich dieser Einfluss auf das georgische Strafrecht auswirken könnte. Mit anderen Worten: Enthält das georgische Recht bereits Regelungen zu den im Richtlinienentwurf genannten Straftatbeständen?

12 ABl. L 205, 4.8.1999, 3; ausf. dazu *Jishkariani*, Europäisches Strafrecht im Rahmen der EU, 2. Aufl. 2018, Rn. 1 ff.

13 Das Assoziierungsabkommen zwischen Georgien einerseits und der Europäischen Union bzw. der Europäischen Atomgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits – <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959?publication=0> (zuletzt abgerufen am 4.9.2024); ausf. dazu *Jishkariani*, Europäisches Strafrecht im Rahmen der EU, 2. Aufl. 2018, Rn. 18 ff.

IV. Einzelne strafrechtliche Tatbestände im georgischen Strafrecht und Zukunftsperspektiven

Das georgische Strafgesetzbuch enthält im 39. Kapitel, das sich mit Amtsdelikten befasst, folgende Straftatbestände: Art. 332: Amtsmissbrauch, Art. 333: Amtsüberschreitung, Art. 334: Strafbefreiung des Beschuldigten, Art. 335: Erzwingung einer Aussage oder eines Gutachtens, Art. 337: Unrechtmäßige Teilnahme an einer unternehmerischen Tätigkeit, Art. 338: Bestechung, Art. 339: Bestechlichkeit, Art. 339¹: Einflussnahme, Art. 340: Annahme eines gesetzlich verbotenen Geschenks, Art. 341: Fälschung im Amt, Art. 342: Vernachlässigung der Amtspflichten, Art. 342¹: Verletzung der Dienstvorschriften durch einen Beamten des Sondervollzugsdienstes.

Dennoch bestehen Unterschiede zwischen dem georgischen und dem europäischen Ansatz. Während nach dem Richtlinienentwurf der Amtsmissbrauch bereits mit der Handlung selbst als vollendetes Delikt gilt, setzt das georgische Strafgesetzbuch für die Strafbarkeit einen erheblichen Schaden voraus. So verlangt Art. 220 gStGB (Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor) das Vorliegen eines erheblichen Schadens, während Art. 332 gStGB eine erhebliche Beeinträchtigung der legitimen Interessen einer natürlichen oder juristischen Person, der Gesellschaft oder des Staates voraussetzt. Sollte die EU-Richtlinie in ihrer jetzigen Form verabschiedet werden, würde dies zu Diskrepanzen zwischen den beiden Systemen führen. Im Falle einer Harmonisierung müsste das georgische Strafrecht dahingehend angepasst werden, dass diese Tatbestände als schlichte Tätigkeitsdelikte ausgestaltet werden.

Dies würde den Anwendungsbereich der Normen erheblich erweitern, was in Staaten mit schwächeren demokratischen Strukturen problematisch sein könnte. In Georgien wird das Thema Amtsmissbrauch („abuse of power“) häufig politisch diskutiert, insbesondere im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verfolgung ehemaliger hochrangiger Beamter nach einem Regierungswechsel. Auch ohne die politische Bewertung von Einzelfällen wird deutlich, dass die bestehenden georgischen Regelungen bereits sehr weit gefasst sind. Eine Harmonisierung mit dem EU-Recht würde diese Tatbestände noch umstrittener machen und könnte in einem fragilen Rechtssystem als politisches Instrument missbraucht werden (sog. Gummiparagrafen).

Was bedeutet Amtsmissbrauch im georgischen Strafrecht? Wie bereits erwähnt, gibt es eine Vielzahl von Amtsdelikten wie die Bestechlichkeit, Dienstpflichtverletzung, Fälschung im Amt oder andere. Diese Normen sind spezieller Natur. Der Amtsmissbrauch umfasst aber auch Handlungen, die von keiner dieser speziellen Normen erfasst werden und geht somit über diese hinaus. Art. 332 gStGB kann gewissermaßen als Auffangtatbestand betrachtet werden, um sicherzustellen, dass schwere Amtsdelikte nicht straflos bleiben. Beim Amtsmissbrauch überschreitet der Amtsträger zwar nicht die Grenzen seiner Befugnisse, handelt aber dem öffentlichen Interesse zuwider (z.B. wenn ein Staatsanwalt aufgrund persönlicher Beziehungen von einer Strafverfolgung absieht).¹⁴ Als Amtsmissbrauch gilt auch die zweckwidrige Verwendung von Haushaltsmitteln (z.B. der Kauf eines Gegenstands, der nicht den Zielen der Organisation entspricht).¹⁵ Die möglichen Straftatbestände sind jedoch weder in der Praxis noch in der Lehre abschließend definiert, was die Gefahr eines Missbrauchs erhöht. Die Frage, was in einer öffentlichen oder privaten Organisation als zweckwidrige Ausgabe angesehen werden kann, ist sehr umstritten. Falls der Staat repressiv agieren möchte, könnte er z. B. jeden Manager wegen der Ausgaben für eine Betriebsfeier strafrechtlich verfolgen, während in einem vergleichbaren anderen Fall keine Strafverfolgung erfolgt.

Ein weiteres Problem könnte sich bei der Implementierung der Richtlinie im privaten Sektor ergeben. Die Formulierung der EU-Richtlinie ist so weit gefasst, dass selbst das Verhalten eines Kellners, der einem Freund kostenloses Essen spendiert und damit dem Restaurant Einnahmen entzieht, darunterfallen könnte. Das georgische Strafgesetzbuch (Art. 220) setzt daher für eine Strafbarkeit einen erheblichen Schaden voraus, während dieser Schwellenwert durch die EU-Richtlinie entfallen würde, sodass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit eintreten würde.¹⁶ Darüber

14 *Lekveishvili/Todua*, in: *Lekveishvili/Mamulashvili/Todua*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, Teil 2, 2020, S. 368.

15 *Lekveishvili/Todua*, in: *Lekveishvili/Mamulashvili/Todua*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, Teil 2, 2020, S. 368.

16 In diesem Fall wäre es denkbar, eine Veruntreuung anzunehmen, jedoch würde dies zu weit führen. Aus dieser Perspektive bewerten die Richtlinie ebenso kritisch *Wegner/Zimmermann*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption, zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses

hinaus erweitert der Richtlinienentwurf den Kreis der potenziellen Täter. Während das georgische Recht nur Personen mit Leitungs-, Vertretungs- oder sonstigen besonderen Befugnissen in Unternehmen erfasst,¹⁷ spricht die EU-Richtlinie von „leitenden oder anderen Personen“, womit der Täterkreis erweitert wird. Auch der für die EU-Richtlinie neue Straftatbestand des Handels mit Einfluss (Art. 10) ist für Georgien nicht neu. Die Verankerung im georgischen Strafgesetzbuch (Art. 339¹) erfolgte bereits 2006, basierend auf der Korruptionskonvention des Europarats, weshalb in diesem Bereich kein unmittelbarer Änderungsbedarf besteht.

Die nationale georgische Gesetzgebung hat die europäische Gesetzgebung in zeitlicher Hinsicht bereits überholt. Eine detaillierte Analyse dieses Delikts soll an dieser Stelle nicht durchgeführt werden, jedoch kann eine kurze Abgrenzung vom Straftatbestand der Bestechlichkeit erfolgen. Ein Beispiel für die Abgrenzung ist, dass ein Beamter einem anderen verspricht, durch seine persönlichen oder familiären Beziehungen ihm eine Anstellung an einem anderen Ort zu verschaffen, und im Gegenzug Geld verlangt.¹⁸ Dies würde als Handel mit Einfluss gelten. Demgegenüber wäre ein Handeln des Beamten, der seine eigenen dienstlichen Befugnisse oder Autorität nutzt, um eine andere Person zu beschäftigen, als Bestechlichkeit zu werten.

Hinsichtlich der Bestechlichkeit und Bestechung im öffentlichen Sektor findet sich eine Regelung im gStGB in Art. 338 (Bestechlichkeit) und Art. 339 (Bestechung). Es sei darauf hingewiesen, dass Art. 7 des Entwurfs der Richtlinie im Gegensatz zur georgischen Regelung eine relativ kurze und allgemeine Formulierung enthält. Die georgische Regelung ist konkreter und regelt eine umfassendere Verantwortlichkeit. Die Implementierung der Richtlinie könnte jedoch das Risiko bergen, dass beispielsweise ein Abgeordneter, der sich mit dem Abgeordneten einer anderen Partei darauf einigt, dessen Gesetzesvorhaben zu unterstützen, wenn dieser das Gesetzesvorhaben des ersten Abgeordneten unterstützt, bestraft

2003/568/JI des Rates und des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, sowie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 10. November 2023, S. 9 – <https://www.bundestag.de/resource/blob/976924/0e3a309650bec85dcbcacdd8c4c9d3f8/Ste-llungnahme-Wegner.pdf> (zuletzt abgerufen am 7.9.2024).

17 *Mamulashvili/Todua*, in: Lekveishvili/Mamulashvili/Todua, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, Teil 2, 2023, S. 246.

18 Beschluss des Obersten Gerichtshofs Georgiens #497სპ.-16.

wird (Art. 338 Abs. 2 Buchstabe a gStGB), da er einen Vorteil (die Stimme) im Austausch für seine eigene Stimme erhält. Eine solche Strafbarkeit wäre jedoch mit politischen Prozessen nicht vereinbar. Infolgedessen wäre bei Implementierung der Richtlinie in das georgische Rechtssystem eine engere Auslegung erforderlich, um die Effektivität politischer Prozesse zu gewährleisten.¹⁹

Ein weiteres relevantes Thema ist die in einem gesonderten Artikel geregelte Behinderung der Justiz (Art. 12), zu der beispielsweise die Einflussnahme auf Zeugen durch Drohungen oder Versprechen, um falsche Aussagen zu Korruptionsdelikten zu erzwingen, zählt. Obwohl das georgische Strafrecht keine spezifische Norm für die Behinderung der Justiz bei Korruptionsfällen enthält, existiert mit Art. 372 bereits eine allgemeine Regelung zur Beeinflussung von Zeugen, die problemlos auf die in der Richtlinie genannten Delikte angewandt werden kann. Dasselbe gilt für die Fälle der Einflussnahme auf die an Strafverfolgung (z. B. auf Ermittler).

V. Fazit

Zusammenfassend ist der Versuch der EU-Kommission, Korruption durch einheitliche Mindeststandards aktiver zu bekämpfen, zu begrüßen, wobei jedoch anzumerken ist, dass die Umsetzung der Richtlinie in einzelnen Bereichen rechtliche Risiken birgt und zu noch größerer Unklarheit nicht nur für die Mitgliedstaaten, sondern auch für das georgische Strafrecht führen könnte. Es bleibt zu hoffen, dass der Richtlinienentwurf vor seiner endgültigen Verabschiedung einer Überarbeitung unterzogen wird.

19 Dasselbe Problem wird auch im deutschen Strafrecht bestehen, siehe *Wegner/Zimmermann*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption, zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI des Rates und des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, sowie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 10. November 2023, S. 3 – <https://www.bundestag.de/resource/blob/976924/0e3a309650bec85-dcbcacdd8c4c9d3f8/Stellungnahme-Wegner.pdf> (zuletzt abgerufen am 7.9.2024).

კონკურენციის სამართლის სისხლისსამართლებრივი და ძირითადი უფლებების ასკეპტები – უნგრეთის გამოცდილება

ლასლო ბაკი, უნგრეთის კონკურენციის სააგენტო

I. შესავალი

კონკურენციის სამართალი ჰგავს სისხლის სამართალს. მის ფარგლებში ხდება მაღალი ფულადი სახდელების დაწესება, ევროკავშირის კარტელურ უწყებებს კი გააჩნია ჩხრევის ჩატარების კომპეტენცია. ფულადი სახდელის დაწესებისას, კომპანიების რეციდივი განიხილება დამამძიმებელ გარემოებად. შესაძლებელია, დამხმარე პირების დასჯაც. ეს ტერმინოლოგია ჩვენთვის ცნობილია უფრო სისხლის სამართლიდან. ცალკეულ ქვეყნებში, კონკურენციის სამართალი ადმინისტრაციული სამართალს ან სისხლის სამართალს მიეკუთვნება. ანგლო-საქსონურ სამართლებრივ სივრცეში კი ის ორივე სფეროს, ადმინისტრაციული და სისხლის სამართლის, განუყოფელი ნაწილია. ვინაიდან კონკურენციის სამართლის ბუნება მეგავლენას ახდენს მხარეთა საპროცესო და ძირითად უფლებებზე და ეს არაერთხელ გამხდარა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს განხილვის საგანი, წინამდებარე სტატიაში, განხილულ იქნება როგორც დოგმატიკა, ასევე უნგრეთის კონკურენციის სამართლის პრაქტიკული გამოცდილება.

II. ევროკავშირის ჰარმონიზებული კონკურენციის სამართალი

ვინაიდან კონკურენცია საბაზრო ეკონომიკის უმნიშვნელოვანესი მამოძრავებელი ძალაა, აკრძალულია კონკურენციის შემზღვეველი შეთანხმებების დადება. კარტელი არის კომპანიებს შორის არსებული, უკიდურესად მავნე, დამაზიანებელი (კორიპონტალური და ვერტიკალური) შეთანხმებები ფასებზე, რაოდენობასა და ბაზრებზე, ასევე მათ პირობებზე. კარტელი განაპირობებს ფასების ზრდას, შემოთავაზებების ვარდნასა

და ეფექტურობის დანაკარგს. კარტელური შეთანხმება შეიძლება იყოს უკიდურესად დამაზიანებელი, როდესაც საქმე ეხება საჯარო ტენდერებს, რამეთუ ისინი, უპირველეს ყოვლისა, ამიანებენ გადასახადის გადამხდელებს. კონკურენციის სამართლით ნაგულისხმევი მთავარი აკრძალვა ნიშნავს, რომ დაუშვებელია კონკურენტებს შორის ფასებსა და რაოდენობაზე შეთანხმებები (ე.წ. Hardcore კარტელები). ეს აკრძალვა აღმოცენდა დამოუკიდებლობის პოსტულატიდან, რომლის თანახმად, ბიზნესის სტრატეგიები დამოუკიდებლად უნდა იქნას განხორციელებული ბაზრის მონაწილეთა მხრიდან. სხვაგვარად, ბაზრის ქცევამ შეიძლება განაპირობოს კონკურენციის შეზღუდვა და ნეგატიურად ასახვა ფასებზე. ზიანის ანაზღაურების დირექტივის საფუძველზე¹, ივარაუდება, რომ კარტელი იწვევს ზიანს. უნგრეთის კონკურენციის სამართალში 10%-ით განისაზღვრება კარტელური გარიგების შედეგად გამოწვეული სავარაუდო ფასნამატი, როგორც კანონისმიერი პრეზუმფცია. ეს კი ნიშნავს, რომ კარტელი 10%-ით ზრდის ნორმალურ საბაზრო პირობებში განსაზღვრულ ფასს². ამავდროულად, მხოლოდ აღნიშნული ფასნამატით არ შემოიფარგლება სრული ზიანი (ქონებრივი და არაქონებრივი ზიანი). უნგრეთის კონკურენციის სამართალი ჰარმონიზებულია ევროკავშირის სამართალთან. 2004 წელს, უნგრეთის ევროკავშირში განწვრიანების შემდეგ, უნგრეთის კონკურენციის სააგენტო (Gazdasági Versenyhivatal, GVH) უშუალოდ იყენებს ევროკავშირის კარტელურ დებულებებს. ევროკავშირის Nr. 1/2003 კარტელური სამართლებრივი რეგულაციის მე-3 მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, წევრ სახელმწიფოებს, არ აქვთ ევროკავშირის რეგულაციის გამკაცრების უფლება, რის გამოც, ზოგადი კონკურენციის ამკრძალავი ნორმები მეტნაკლებად იდენტურია წევრი სახელმწიფოების კანონმდებლობაში. ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ დაადგინა *Allianz Hungária*-ს საქმეზე, რომ არსებობს ევროკავშირის სამართლის უნიფიცირებული განმარტების

1 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349/1, Art. 17 (2).

2 Gesetz Nr LVII von 1996 gegen den unfairen Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkungen (uKartG) § 88/G. (6)

ინტერესი. ამდენად, სასამართლოს, მათ შორის, ევროკავშირის სამართლით სრულად ჰარმონიზებული შიდასახელმწიფოებრივი კარტელური აკრძალვის რეგულაციის საფუძველზე, გააჩნია წინასწარი წარმოების გზით შუამდგომლობის გადაწყვეტის კომპეტენცია, რათა თავიდან იქნას აცილებული ევროკავშირის სამართლიდან დანერგილი დებულებებისა და ტერმინების განმარტების სამომავლო განსხვავებები.³ ამ გადაწყვეტილებამ ბიძგი მისცა უნგრეთის კონკურენციის სააგენტოს, მათ შორის, წმინდა შიდასახელმწიფოებრივ კარტელურ-სამართლებრივ საკითხებზე, დაყრდნობოდა ევროკავშირის სამართლებრივ დებულებებს. ზოგადად, კარტელებთან დაკავშირებულ უნგრულ პრაქტიკაში ხდება ევროკავშირის რეგულაციებზე მითითება, რათა ეს არგუმენტები აისახოს და გამყარდეს გადასინჯვასთან დაკავშირებულ სასამართლო გადაწყვეტილებებშიც.

III. ფულადი ჯარიმა, როგორც სანქცია

ერთი ჩახედვაც კი უნგრეთის კონკურენციის ორგანოსა⁴ და ევროკომისიის⁵ სახდელების სტატისტიკაში და იქ ასახული მილიონობით ევროს ოდენობით ჯარიმების ნახვა საკმარისია იმისათვის, რათა ეს იყო კომპანიებისათვის გარკვეულ სტიგმა. იმ შემთხვევაში, თუ სანქციების ბუნება და სახე მართლაც ზეგავლენას ახდენენ კომპანიის ბედზე, ჩნდება დოგმატური კითხვა: აქვს თუ არა კარტელურ სახდელს, როგორც სანქციას, სისხლისსამართლებრივი თუ ადმინისტრაციულსამართლებრივი ხასიათი? სანქციის დოგმატური პოზიციონირება იძლევა სიცხადეს, რათა შესაბამისი საპროცესო გარანტიები იქნას უზრუნველყოფილი წარმოების დროს.

ევროკავშირის ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციასთან

3 2013 წლის 14 მარტის გადაწყვეტილება Allianz Hungária, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, Rn.19-20.

4 <https://tinyurl.com/5kf3xhtu>

5 https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics_en

მიერთებაზე ორჯერ ჩაშლილი მცდელობის მიუხედავად⁶, ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის 52-ე მუხლის მე-3 პუნქტის საფუძველზე, მაინც ივარაუდება ევროკავშირის სამართლის ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაზე მიერთება იმ დათქმით, რომ ქარტიითა და კონვენციით უზრუნველყოფილი ძირითადი უფლებები იდენტურია და აბსოლუტურ თანაფარდობაშია.

ევროკავშირის კარტელური საპროცესოსამართლებრივი დებულების ამოსავალი წერტილია (მუხლი 23, პუნქტი 5) ის, რომ ფულადი სახდელები არ წარმოადგენს სისხლისსამართლებრივი სანქციებს. ეს სწორია სამართლებრივი დოგმატიკის თვალსაზრისით, რამეთუ ევროკავშირს არ გააჩნია სისხლისსამართლებრივი კომპეტენციები. ამისდა მიუხედავად, როგორც უკვე აღინიშნა, ფულადი სახდელების დოგმატური ბუნება იზომება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს პრაქტიკით. ამდენად, მნიშვნელოვანია ამ ორივე სასამართლოს პრაქტიკა. ე.წ. ენხელის კრიტერიუმების თანახმად⁷, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლიდან გამომდინარე, სანქცია შემდეგი წინაპირობების არსებობისას ითვლება სისხლისსამართლებრივად: პირველი - იგი, ეროვნულ დონეზე, მიეკუთვნება სისხლის სამართალს, მეორე - გადაცდომის მიმართ რეპრესიული რეაგირება ხდება. მესამე - სანქცია თავისი შინაარსითა და სიმძიმით არის სისხლისსამართლებრივი ბუნების.⁸ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ *Jussila*-ში შემუშავა ფულადი სახდელების, როგორც სანქციის, სამართლებრივი კლასიფიკაცია, განმარტარა, რომ არსებობს მკაფიო, სხვადასხვა სიმძიმის „სისხლისსამართლებრივი პრეტენზიები“. ის შემთხვევები, რომლებიც

6 ევროკავშირის ხელშეკრულების (Vertrag über die Europäische Union) მე-6 მუხლი განსაზღვრავს ევროკავშირის ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაზე მიერთების შესაძლებლობას, თუმცა, აღნიშნული პროცესი ორჯერ ჩაიშალა. ალბათ, იმიტომ რომ დაუშვებელია საერთაშორისო სასამართლოსათვის ევროკავშირის სამართლის სავალდებულო განმარტების კომპეტენციის დელეგირება – აცხადებს ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლო.

7 Engel et al. v. the Netherlands, Urteil vom 8. Juni 1976, Nr. 5100/71, § 82.

8 ბოლო ორი პირობა უფრო ალტერნატიული, ვიდრე კონიუნქტიური წინაპირობებია.

არ მიეკუთვნება სისხლის სამართლის ტრადიციულ კატეგორიებს, როგორცაა, მაგალითად, კონკურენციის სამართალი, სცდება ძირითად სისხლის სამართალს, რის გამოც სისხლისსამართლებრივი საპროცესო გარანტიები არ მოქმედებს სრული სიმკაცრით.⁹

Menarini-ის¹⁰ საქმეზე, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ იტალიის კონკურენციის სააგენტოს მიერ დაწესებული ფულადი სახდელი (6 მილიონი ევრო) იყო სისხლისსამართლებრივი ბუნების. ეს გადაწყვეტილება კონკურენციის სამართლის სივრცეში, აღქმულ იქნა, როგორც პრეცედენტული, რამეთუ ევროკავშირისა და უნგრეთის ფულადი სახდელის წარმოება ძალიან ჰგავს იტალიურს.

IV. რას ნიშნავს კომპანიებისათვის სისხლისსამართლებრივი ბუნება კარტელურ-სამართლებრივი გამოძიების დროს?

Menarini-ის საქმეში, განხილულია ასევე კონკურენციის სამართლის სხვა ასპექტიც. კერძოდ, შეესაბამება თუ არა ერთი ორგანოს მიერ განხორციელებული სრული წარმოება (საქმის გახსნის, გამოძიებისა და გადაწყვეტილების მიღების კომპეტენციების თავმოყრა ერთი ორგანოს ხელში) ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლით განსაზღვრულ სამართლიანი სასამართლოს უფლებას. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ხაზი გაუსვა, რომ მსგავსმა ადმინისტრაციულმა ორგანომაც შეიძლება დააწესოს სისხლისსამართლებრივი სანქციები, რომლებიც არ შეესაბამება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის მოთხოვნებს¹¹. თუმცა, ადმინისტრაციულსამართლებრივი აქტი უნდა ექვემდებარებოდეს გადასინჯვას შეუზღუდავი კომპეტენციის მქონე სასამართლოს მხრიდან.

9 Jussila v. Finland, Nr. 73053/01, Judgment of 23 November 2006 (Grand Chamber), REports 2006-XIV, § 43.

10 Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy, Nr. 43509/08, ARRÊT de 27 Septembre 2011 (Deuxième Section), § 62.

11 DEBÚT Zrt. and Others v. Hungary, Nr. 24851/10, Decision of 20 November 2012 (Second Section) §3.

ამაში იგულისხმება ქვემდგომი ორგანოს (როგორცაა, მაგალითად, კონკურენციის სააგენტო) გადაწყვეტილების ფაქტობრივად ყველა პუნქტში, მატერიალური და საპროცესოსამართლებრივი შეცვლის უფლებამოსილება (შეუზღუდავად გაუქმება, ფულადი სახდელის შემცირება ან გამრდა).¹²

აღნიშნული მოსაზრება გაიზიარა ასევე ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ¹³ და უნგრეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ გზათმშენებლობის კარტელის შესახებ გადაწყვეტილებაში¹⁴: „მართალია, კონკურენციის სამართალი არ მიეკუთვნება სისხლის სამართალს ვიწრო გაგებით, თუმცა, სამართლიანი სასამართლოს უფლება, მოქმედებს ამ სფეროშიც, მაგრამ არა იგივე მოცულობით, როგორც სასამართლოში“. საკონსტიტუციო სასამართლომ განაცხადა, რომ ადმინისტრაციულ წარმოებაში არ იყო უზრუნველყოფილი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლით განსაზღვრული მიუკერძოებელი და დამოუკიდებელი სამართლიანი სასამართლოს პრინციპი. მართალია, უნგრეთის კონკურენციის სააგენტო იღებს გადაწყვეტილებას, როგორც კონკურენციის საბჭო, რომელიც დაკომპლექტებულია დამოუკიდებელი მოხელეებით, თუმცა არა მოსამართლეებით. სწორედ ამიტომ, საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადგინა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლით განსაზღვრული საპროცესო გარანტიები უნდა იყოს უზრუნველყოფილი სასამართლო გადასინჯვის გზით. კარტელური საპროცესო სამართალი იმგვარად უნდა იყოს მოწყობილი, რომ ჯერ კიდევ სააგენტოში წარმოების მიმდინარეობისას, მასში სამართლიანი სამართალწარმოების უზრუნველყოფად მაქსიმალურად ბევრი გარანტია იქნას ჩადებული..¹⁵

ამის მაგალითია თუნდაც უდანაშაულობის პრეზუმფცია. აღმი-

12 Menarini, § 58, 64-65.

13 2013 წლის 18 ივლისის გადაწყვეტილება Schindler, C501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rn. 31-38.

14 უნგრეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება Nr. 30/2014. (IX. 30.) AB határozat, § 62 (<https://tinyurl.com/mptmbtx6>).

15 Nr. 30/2014. (IX. 30.) AB határozat, § 48: „უდავოა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო არ შემოიფარგლება სამართლიანი სასამართლოს უფლების გავრცელებით მხოლოდ ვიწრო გაგებით სისხლის სამართლის მიმართ“.

ნისტრაციული ორგანოს ვალდებულებაა კონკრეტული კარტელური გარიგების დამტკიცება, ხოლო, ეჭვის არსებობის შემთხვევაში, კომპანიის სასარგებლო გადაწყვეტილების მიღება.¹⁶ კომპანიას ვერ დაევისრება თვითინკრიმინირების ვალდებულება, თუმცა მან ამომწურავი პასუხი უნდა გაეცეს უწყების ყველა პრეტენზიას. შესაბამის უწყებას შეუძლია ფაქტებიდან გამომდინარე მტკიცებულების მოშველიება, მაგრამ ის ვერ დაეფუძნება წმინდა წყლის სპეკულაციებსა და ვარაუდს. მტკიცებულებები უნდა ეფუძნებოდეს ფაქტობრივ გარემოებებს ან მათ ერთობლიობას.¹⁷ ასევე, დასაშვებია, სამართლებრივი ვარაუდის გამოყენებაც, თუ ეს ვარაუდი არ გაცდება გონივრულ ფარგლებს.¹⁸ მტკიცებულებათა შეფასებისას, გადამწყვეტი როლი აქვს მოსამართლის შინაგან რწმენასაც. სამართლიანი სასამართლო ნიშნავს მხარეებისთვის მტკიცებულებათა წარდგენას, რათა მათ შეძლონ დაცვის უფლების გამოყენება.

უნგრეთის უზენაესმა სასამართლომ (Kúria) დაადგინა თავის გადაწყვეტილებაში საბანკო კარტელების საქმეზე (VJ/74/2011.),¹⁹ რომ რაც უფრო მეტად შეესაბამება ადმინისტრაციული წარმოება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით განსაზღვრული სამართლიანი სასამართლოს მოთხოვნებს, მით უფრო ნაკლებად აუცილებელია სასამართლოს მხრიდან ყველა საპროცესო ასპექტის გადასინჯვა.

ფულადი სახდელებზე გადაწყვეტილებები უნგრეთში მიიღება დისკრეციული უფლებამოსილების საფუძველზე. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის კონტექსტში, იბადება კითხვა, როგორ უნდა ხდებოდეს დისკრეციული გადაწყვეტილებების სასამართლო წესით გადასინჯვა - სრულად თუ შეზღუდულად. უნგრეთის ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 85-ე მუხლის მე-5 ნაწილიდან გამომდინარე გადასინჯვა ხდება შეზღუდულად. ანუ, მოწმდება, მოქმედებდა თუ არა ადმინისტრაციული ორგანო დისკრეციული უფლებამოსილების

16 საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, § 70.

17 ამასთან დაკავშირებით. 2011 წლის 3 მარტის გადაწყვეტილება Siemens AG, T110/07, ECLI:EU:T:2011:68, Rn. 46-47.

18 შეაღ. Öcalan v. Turkey, Nr. 46221/99, Judgment of May 12 2005 (Grand Chamber), Reports 2005-IV, § 180

19 Kúria, გადაწყვეტილება Kfv.III.37.582/2016/16., § 113.

ფარგლებში და იკითხება თუ არა შესაბამისი დასაბუთება ადმინისტრაციული აქტიდან. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ უბრალოდ სუბსუმცია, ანუ საქმის ფაქტობრივი გარემოებებისადმი შესაბამისი ნორმის მორგება კონკურენციის სააგენტოს მიერ, სასამართლო პრაქტიკით, არ ითვლება დისკრეციის გამოყენების ეფექტურ გამოვლინებად და შესაბამისად, ყველა მსგავსი გადაწყვეტილება ექვემდებარება სრულ სასამართლო გადასინჯვას.²⁰ დისკრეციული გადაწყვეტილების მიმართ შეზღუდული სასამართლო კონტროლის განხორციელება დისკრეციულ შეცდომებსა თუ მიზანშეწონილობაზე, არ ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის მოთხოვნებს, რამეთუ დისკრეცია არის გადაწყვეტილების მიღების პროცესი, რომელიც მოიცავს მრავალ კანონიერ ალტერნატიულ გადაწყვეტილებას.

V. ჩხრევა, როგორც პირად სფეროში ჩარევა

საინტერესოა კითხვა, თუ რა სახით უნდა ხორციელდებოდეს სასამართლო კონტროლი ჩხრევის შემთხვევაში? უნგრეთის კონკურენციის სააგენტო უფლებამოსილია, ჩაატაროს კომპანიების კომერციული თუ კერძო ფართის ჩხრევა, რაც ნიშნავს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლით დაცულ, კომპანიის კერძო სფეროში ჩარევას.²¹ ევროკავშირის ცალკეულ წევრ სახელმწიფოებში, ჩხრევის ჩატარება შიდაუნეებრივი კომპეტენციაა (მაგალითად, სლოვაკეთი და ჩეხეთი), ხოლო უნგრეთში კი - სასამართლოს პრეროგატივა. უნგრეთის კონკურენციის შესახებ კანონის 65-ე მუხლის მე-4 პუნქტის შესაბამისად, სასამართლო აკმაყოფილებს ჩხრევის ჩატარების შუამდგომლობას, თუ, პირველ რიგში, უწყება, თავის შუამდგომლობაში, დაადასტურებს, რომ სხვა რომელიმე საგამოძიებო მოქმედება ვერ გამოიღებს

20 დაწვრ. *TÓTH, A versenyügyek hozzájárulása a magyar közigazgatási bíraskodás fejlesztéséhez* (JK, 2021/7-8., 319-325. o.)

21 უნგრეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში Nr.1004/B/2004. (III.4.), დაადგინა, რომ კონკურენციის სააგენტოს მიერ ჩატარებულ ასეთი ჩხრევა იძულებითი ღონისძიებაა.

სასურველ შედეგს. მეორე მხრივ, არსებობს მოლოდინი იმისა, რომ სახეგვა კარტელთან დაკავშირებული მტკიცებულებები. მესამე მხრივ კი, როდესაც ჩანს, რომ აღნიშნული მტკიცებულებები ნებაყოფლობით არ წარედგინება კონკურენციის სააგენტოს ან კიდევ განადგურდება. მაშასადამე, კომპანიის კერძო სფეროში ჩარევის გასამართლებლად, უნდა არსებობდეს კონკურენციის პრინციპის უგულვებელყოფით დადებული შეთანხმების დასაბუთებული ვარაუდი.

სლოვაკეთსა და ჩეხეთში, უშუალოდ ჩხრევის ჩატარებისთანავე, შესაძლებელია მისი კანონიერების სასამართლოს მიერ გადამოწმება, ხოლო უნგრეთში კი - მხოლოდ საქმეზე საბოლოო გადაწყვეტილების მიღების შემდეგ. საქმეზე *Delta Pékarny*²² ადამიანის უფლებათა ევროპულ-მა სასამართლომ დაადგინა, რომ აუცილებელი არ არის, კონკურენციის ეროვნული უწყების მხრიდან, ჩხრევის სასამართლო ნებართვის გაცემის წინასწარ მოთხოვნა. თუმცა, სასამართლო იქვე აღნიშნავს, რომ წინასწარი სასამართლო კონტროლის არარსებობა, უნდა დაბალანსდეს შემდგომში განხორციელებული, ეფექტური სასამართლო კონტროლით. როგორც უკვე აღინიშნა, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლით უზრუნველყოფილი გარანტიების მხრივ, ადამიანის უფლებათა ასპექტების სწორად შესაფასებლად, ძალიან მნიშვნელოვანია, კარტელებთან მებრძოლი უწყების ინსტიტუციონალური მონყოლა და გამოძიების მტკიცებულებითი სტანდარტი.

ავტორის აზრით, წინასწარი სასამართლო ნებართვის მიღება უფრო პრაქტიკულია, რამეთუ გამოძიების ეტაპი არ ჭიანურდება გასაჩივრებით. ასევე, რეპუტაციული თვალსაზრისითაც, ჩხრევის დასაბუთებულობის დამოუკიდებელი და სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპებზე მორგებული სასამართლოსმიერი გადასინჯვა, უფრო მიზანშეწონილია.

22 *Delta Pékarny v. Czech Republic*, Nr. 97/11, ARRÊT de 2 Octobre 2014 (Cinquième Section), § 87.

VI. განსაზღვრულობის პრინციპი და კონკურენციის სამართალი

კარტელურ-სამართლებრივი წესები პრინციპული წესებია, რომლებიც ჩამოყალიბებულია ძირითადი წესების სახით. კარტელების აკრძალვა განსაზღვრულია ევროკავშირის საქმიანობის წესის ხელშეკრულების 101-ე მუხლითა და უნგრეთის კარტელების შესახებ კანონის მე-11 მუხლით, რომლებიც შეიცავს სამი ან ოთხი ნაწილისგან შემდგარ თითო ნორმას, ცალკეული ქმედების შემადგენლობებისა და კარტელური გარიგების ბათილობის შემთხვევაში, სამართლებრივი შედეგების ჩათვლით. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-7 მუხლის პირველ პუნქტთან დაკავშირებული პრაქტიკით, ქმედების შემადგენლობები და სასჯელები კანონიერების პრინციპიდან გამომდინარე, მკაფიოდ უნდა იყოს ფორმულირებული. განსაზღვრულობის პრინციპი (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) დეტალურად განმარტებულია AC-Treuhand AG²³-ს საქმეში. დავა ეხებოდა შვეიცარიულ საკონსულტაციო კომპანიას, რომელიც თავად არ ყოფილა კარტელის წევრი, თუმცა მას ევალეზოდა კარტელის გარკვეული დოკუმენტაციის შენახვა, კარტელის მონაწილეთა ბიზნესსაქმიანობის ამსახველი ცალკეული მონაცემების მოგროვება, ასევე გარკვეული ლოგისტიკური და სამდივნო ფუნქციების შესრულება. ევროკომისიამ გადაწყვიტა, რომ საკონსულტაციო ფირმა, რომელიც უშუალოდ არ საქმიანობას კონკრეტულ ბაზარზე, თუმცა ითავსებს ორგანიზაციულ ფუნქციებს, უნდა იქნას განხილული, როგორც „კარტელური შუამავალი“ (კარტელური შეთანხმების მხარე). სასამართლო, თავის მხრივ, განჭვრეტადობის თვალსაზრისით, დაეყრდნო მანამდე არსებულ სასამართლო პრაქტიკას²⁴, რამეთუ სამოსამართლეო სამართალიცა და კარტელური უწყების სახელმძღვანელო პრინციპებიც,²⁵ განსაზღვრულობის პრინციპის ნაწილს წარმოადგენენ. სამართლებრივი

23 2007 წლის 12 სექტემბრის გადაწყვეტილება AC-Treuhand AG, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 141.

24 შეად. Kokkinakis gegen Griechenland, Urteil vom 25. Mai 1993, Serie A, Bd. 260A, Rn. 40, 41 und 52.

25 Urteil vom 28. Juni 2005, *Dansk Rørindustri*, C189/02 P, C202/02 P, C205/02 P bis C208/02 P და C213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 223.

ნორმების განჭვრეტადობის პრინციპის გათვალისწინებით, გადამწყვეტი მნიშვნელობისაა გამოქვეყნებული სახელმძღვანელო პრინციპები, სასამართლოსა და უწყებების მიერ მიღებული, საჯაროდ ხელმისაწვდომი კარტელურ-სამართლებრივი გადაწყვეტილებები. უნგრეთის კონკურენციის სააგენტოს და სასამართლოების მიერ 1997 წლიდან მიღებული გადაწყვეტილებები, ხელმისაწვდომია უწყების ვებ-გვერდზე. სახელმძღვანელო პრინციპები და საინფორმაციო მასალა კი ეხმარება სამართლის მაძიებლებს მათი თავდაცვის სტრატეგიის შემუშავებისა და ეკონომიკური საქმიანობის დროს.

VII. ვადის ამოწურვა – ფულადი სახდელის დაწესების უფლებამოსილების დაკარგვა?

სადავო სასამართლო გადაწყვეტილება იქნა მიღებული ე.წ. ბატარეების კარტელურ საქმეზე, რომელშიც Kúria-მ²⁶ დაადგინა, რომ ოთხი თვით საპროცესო ვადის დარღვევა იწვევს უნგრეთის კონკურენციის სააგენტოს მხრიდან ფულადი სახდელის დაწესების უფლებამოსილების დაკარგვას. ეს საკითხი ზოგადად, გადაწყდა მრავალი წლის შემდეგ, უზენაესი სასამართლოსა²⁷ და საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკით. იმ შემთხვევაში, თუ კომპეტენტური უწყება არღვევს ვადას, მაშინ, ამასთან დაკავშირებული სამართლებრივი შედეგები დადგება იმისდა მიხედვით, დაარღვია თუ არა კომპეტენტურმა უწყებამ მატერიალურსამართლებრივი თუ საპროცესოსამართლებრივი ვადა. მატერიალურსამართლებრივი ვადის დარღვევის შემთხვევაში, უქმდება ფულადი სახდელის დაწესების შესაძლებლობა. თუმცა, საპროცესო ვადების დაუცველობა, ავტომატურად არ იწვევს სანქციონების შესაძლებლობების შემცირებას. ამ შემთხვევაში, ყველაფერი დამოკიდებულია ვადის გადაცილების მასშტაბსა და კარგი მმართველობის სტანდარტზე - შეიძლება, კომპეტენტურმა უწყებამ უარი თქვას ფულადი სახდელების დაწესებაზე ან მის შემცირებაზე. ვადის ამოწურვა არ ნიშნავს ავტომატურად კარგი მმართველობის, გონივრული

26 Kúria გადაწყვეტილება Kf.II.37.959/2018/14. Alcufer és társai.

27 Kúria განჩინება Jpe.I.60.019/2022/9.

ვადის ფარგლებში, უფლების დარღვევას (ქართის 41-ე მუხლი). ვადის გონივრულობა კი იზომება საკონსტიტუციოსამართლებრივი პრაქტიკით, ობიექტური კრიტერიუმების საფუძველზე, იქნება ეს ვადის გადაცილების მასშტაბი, წარმოების კომპლექსურობა თუ ვადის გაგრძელების სამართლებრივი ბუნება.²⁸

VIII. ბრალდების მოწმეთა პროგრამები და სისხლისსამართლებრივი იმპლიკაციები

2003 წლიდან, უნგრეთის კონკურენციის სააგენტოში მოქმედი, ბრალდების მოწმეთა პროგრამა გულისხმობს იმ კომპანიების მხრიდან თვითმხილების შესაძლებლობას, რომლებიც ჩართულნი არიან კარტელში და სურთ ამ კარტელის დატოვება.²⁹ მოწმეთა პროგრამების გარეშე, ძალიან რთულია კარტელების გახსნა. სწორედ ამიტომ, მაღალია მსგავს ბრალდების მოწმეთა მონაწილეობის მაჩვენებელი (60%) კარტელურ-სამართლებრივ საქმეებში. ბრალდების მოწმე ის კომპანიაა, რომელიც ამჟღავნებს კარტელს, წერს განაცხადსა და თანამშრომლობს კომპეტენტურ უწყებასთან. სანაცვლოდ, მას საერთოდ არ ეკისრება ან ეკისრება შედარებით ნაკლები ოდენობით ფულადი სახდელი. ამავდროულად, აქ მნიშვნელოვანია განაცხადების თანმიმდევრობა: პირველი განმცხადებელი თავისუფლდება სახდელისაგან, მეორესა და მესამეს კი - 50% ან 30%-იანი შეღავათით ეკისრებათ სახდელი. 2018 წლიდან წარდგენილია 28 თვითმხილების შესახებ განაცხადი, მათგან 3 - გამოძიების ჩატარებამდე, ხოლო 25 - გამოძიების მიმდინარეობის დროს. ტენდერებში კარტელების მონაწილეობა კრიმინალიზებულია უნგრეთში 2005 წლიდან³⁰, რამეთუ არსებობს ასეთი კარტელების სისხლისსამართლებრივი დევნის სამართლებრივ-პოლიტიკური ინტერესი გადასახადების გადამხდელებისთვის ზიანის მიყენების

28 საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება Nr. 25/2020. (XII. 2.) AB határozat, § 74.

29 § 78/A uKartG.

30 § 420 uStGB.

პოტენციალის გამო. როგორც წესი, თავისუფლების აღკვეთა ეხებათ იმ პირებს, რომლებმაც განზრახ მიიღეს მონაწილეობა კომპანიის გადაწყვეტილებაში, განურჩევლად იმისა, თუ რა სამართალურთიერთობა აქვთ ამ პირებს აღნიშნულ კომპანიასთან. ქმედების შემადგენლობა ითვალისწინებს შედარებით მცირე სასჯელს იმ ტენდერებში მონაწილეობისთვის, რომელსაც გააჩნდა შედარებით ნაკლები ფინანსური ღირებულება.

სისხლისსამართლებრივი და კარტელურ-სამართლებრივი წესების პარალელურმა დანერგვამ შეიძლება შეაფერხოს ორივე რეგულაციის კომპლემენტარობა, განსაკუთრებით კი, ბრალდების მოწმეთა სისხლისსამართლებრივი დასჯადობა. არ შეიძლება, კრიმინალპოლიტიკურ მიზანს წარმოადგენდეს, ერთი მხრივ, ბრალდების მოწმის კარტელურ წარმოებაში პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლება, ხოლო მეორე მხრივ, სისხლის სამართლის საქმეზე - მისი დევნა. სწორედ ამიტომ, 2012 წელს, ცვლილებები შევიდა უნგრეთის სისხლის სამართლის კოდექსში³¹. ახალი რეგულაციით³², სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან თავისუფლდება კარტელის მონაწილე, რომელიც პირველი წარმოადგენს მტკიცებულებებს (პრაქტიკულად, ეს ნიშნავს, რომ არ მიმდინარეობს კარტელური გამოძიება). მიმდინარე კარტელური წარმოების შემთხვევაში კი, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლება ან ბრალის შემსუბუქება შეიძლება მოხდეს. ბრალდების მოწმის განაცხადმა/შუამდგომლობამ შეიძლება შეწყვიტოს ან შეამსუბუქოს პერსონალური სისხლისსამართლებრივი შედეგები, იმისდა მიხედვით, მიმდინარეობს თუ არა კარტელური გამოძიება. ამის წინაპირობაა, გამოძიების დროს, სამართალდამცავ ორგანოებთან მჭიდრო თანამშრომლობა.

მიუხედავად იმისა, რომ სასჯელის მოხსნის ან შემსუბუქების ეს ნორმები ჯერ კიდევ არ გამოყენებულა პრაქტიკაში, ბრალდების მოწმეთა შუამდგომლობებში, ჩანს გარკვეული ტენდენციები ამ მიმართულებით, რამეთუ კარტელის მონაწილეები, როგორც მინიმუმ სამართლებრივად, ორმაგად მოტივირებულნი არიან, წარადგინონ თვითმხილების შესახებ შუამდგომლობა.

31 Gesetz Nr C von 2012 über das Strafgesetzbuch (uStGB).
32 § 420 Abs 5 und 6 uStGB.

პრაქტიკაში, მაინც შეინიშნება გარკვეული თავშეკავებულობა, ბრალდების მოწმეების მხრიდან, ფულადი სახდელების პატიების მოთხოვნასთან დაკავშირებით, რამეთუ, ამ დრომდე, ცნობილია მხოლოდ ორი, სისხლისსამართლებრივი გადაწყვეტილება, რომლებითაც დამნაშავეებს მიესაჯათ შედარებით მსუბუქი სასჯელი (თავისუფლების აღკვეთა პირობითი მსჯავრის სახით). სწორედ ამიტომ, მათ არ ჰქონდათ საკმარისად დამაშინებელი, ანუ, პრევენციული დატვირთვა. სისხლის სამართლის საქმეებზე მიღებული განაჩენების დაბალი რაოდენობა განპირობებულია იმით, რომ სამართალდამცავი ორგანოები არ მოქმედებენ მაინცდამაინც ეფექტურად უნგრეთის შესაბამისი უწყების მიმართვის დროს. მათ არ აქვთ კონკურენციის სფეროს საკმარისი ცოდნა, რათა განახორციელონ ქმედების შემადგენლობის საფუძვლიანი სისხლისსამართლებრივი გამოძიება. ამას მოწმობს ასევე უნგრეთის კონკურენციის სააგენტოს სტატისტიკაც. გასული 10 წლის განმავლობაში, უწყებიდან გაგზავნილი 20 საჩივრიდან, 16 საქმეზე განხორციელდა საგამოძიებო მოქმედებები, თუმცა ბრალდება წარდგენილ იქნა მხოლოდ 3 შემთხვევაში. კონტრპროდუქტიულია ასევე ის გარემოება, რომ ის განმცხადებლები, რომლებიც თანამშრომლობენ უწყებასთან კარტელურ წარმოებაში და იძლევიან ჩვენებას საკუთარი თავის წინააღმდეგ, მოგვიანებით, სამოქალაქო წესით, მაინც ვალდებულნი ხდებიან ზიანის ანაზღაურებაზე, მიუხედავად იმისა, რომ ზიანის ანაზღაურების შესახებ ევროპული დირექტივა, როგორც წესი, ათავისუფლებს მათ მსგავსი სრული პასუხისმგებლობისაგან.³³

IX. სისხლისსამართლებრივი მტკიცებულებების გამოყენება ადმინისტრაციულ წარმოებაში

მედიკამენტების (VJ/28/2013) სახელმწიფო ტენდერებთან დაკავშირებულ საქმეში, უნგრეთის კონკურენციის უწყებამ დაადგინა³⁴, რომ კარტელში

33 Richtlinie 2014/104/EU über Schadensersatzklagen in Wettbewerbssachen, Art. 11 Abs. (5)- (6).

34 <https://tinyurl.com/3xtpjpec>

მონაწილე კომპანიები შეთანხმდნენ სატენდერო პირობებზე იმ მიზნით, რათა გამოერიცხათ სხვა ფარმაცევტული კომპანიები სატენდერო პროცესიდან. ჯერ კიდევ ადმინისტრაციული წარმოების მიმდინარეობისას, კონკურენციის სააგენტოს შუამდგომლობით, პარალელურად მიმდინარე, სისხლის სამართლის საქმის ფარგლებში, ტელესაკომუნიკაციო მიყურადება-თვალთვალის შედეგად მოპოვებული ჩანაწერები, გადატანილი იქნა ადმინისტრაციულ საქმეში. თუმცა, მხარეებმა დაუშვებლად მიიჩნიეს ეს მტკიცებულებები, რამეთუ, მათი მოსაზრებით, სისხლის სამართლის საქმეზე მოპოვებულ მტკიცებულებებთან მიმართებით უნდა არსებობდეს გარკვეული გარანტიები, ხოლო, მსგავსი ჩანაწერების გადაცემა სააგენტოსთვის კი, ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6, მე-7 და მე-8 მუხლებს.

Kúria-მ (უზენაესი სასამართლო) თავის გადაწყვეტილებაში³⁵, ერთმანეთისგან განასხვავა ჩანაწერთა დასაშვებობისა და სისხლის სამართლის საქმეზე მათი გამოყენების საკითხები. ჩანაწერთა დასაშვებობას ამონიშნებს ე.წ. გამომძიებელი-მოსამართლე, ხოლო, მტკიცებულებად გამოყენების საკითხზე კი, მსჯელობს სისხლის სამართლის საქმეთა მოსამართლე განაჩენის ფორმით. Kúria-მ, სისხლის სამართლებრივი მტკიცებულებების ადმინისტრაციულ წარმოებაში გადატანის მხრივ, მოიშველია ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს გადაწყვეტილება *WebMindLicenses*-ის³⁶ საქმეზე. მტკიცებულებათა გადატანის საკითხის შეფასება არ უნდა ეფუძნებოდეს „ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის მე-8 მუხლით უზრუნველყოფილი პერსონალურ მონაცემთა დაცვის უფლებას, რამეთუ WML არ არის ფიზიკური პირი და ის, ამდენად, ვერ დაეყრდნობა ამ დაცვას“. საკითხი უნდა შეფასდეს, ამავე ქარტიის მე-7 მუხლით განსაზღვრული პირად ცხოვრებაში ჩარევის კონტექსტში, რაც უნდა ეფუძნებოდეს კანონით გათვალისწინებულ საფუძვლებს. საბოლოოდ, მტკიცებულებების გამოყენება ადმინისტრაციულ წარმოებაში არ შეფასდა დარღვევად, ვინაიდან ეს გათვალისწინებული იყო უზრუნველყოფის პოლიციის

35 Kúria გადაწყვეტილება Kf.IV.37.468/2019/17 (<https://tinyurl.com/yn24zyvk>).

36 2015 წლის 15 დეკემბრის გადაწყვეტილება, *WebMindLicenses Kft.*, C419/14., ECLI:EU:C:2015:832, Rn. 79.

შესახებ კანონის 71-ე მუხლის მე-3 ნაწილით და ასევე სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 71-ე მუხლის პირველი ნაწილით³⁷. სამართალდამცავი ორგანო უფლებამოსილია, გადასცეს დოკუმენტები ადმინისტრაციულ ორგანოს, მისთვის კანონით მინიჭებული ფუნქციების ფარგლებში, ხოლო, მეორე მხრივ კი, უნგრეთის კონკურენციის სააგენტო უფლებამოსილია, მოითხოვოს უწყებრივი დახმარება.

ამგვარად, სახეზეა ტელესაკომუნიკაციო მიყურადების, დოკუმენტების გადაცემისა და გამოყენების გამამართლებელი გარემოება. საინტერესო საკითხია საქმის სასამართლოში გადასინჯვის დროს იმის გარკვევა, იყო თუ არა მხარეებისთვის ხელმისაწვდომი სისხლის სამართლის პროცესზე მოპოვებული მტკიცებულებები, რამეთუ უკანონობა იქნებოდა, იმგვარი კარტელურ-სამართლებრივი გადაწყვეტილების მიღება, რომელიც ეფუძნება მტკიცებულებებს, რომელთა მართლობიერებაშიც მხარეები ვერ დარწმუნდნენ კონტრადიქტორულ სისხლის სამართლის საქმეზე, ევროკავშირის სამართალთან შესაბამისობის ჭრილში.³⁸ სასამართლომ დაადგინა, რომ სხვა წარმოებიდან გადაცემული მტკიცებულებების შემთხვევაზეც ვრცელდება სამართლიანი სასამართლოს უფლება. სწორედ ამიტომ, მხარეებს უნდა ჰქონდეთ ადმინისტრაციული საქმის მასალების გაცნობის უფლება.³⁹

X. დასკვნა

კონკურენციის სამართლის სისხლისსამართლებრივი ხასიათი ნიშნავს, რომ კარტელურ წარმოებაშიც გასათვალისწინებელია სისხლის სამართლის ისეთი საპროცესო გარანტიები, როგორებიცაა პირადი ცხოვრების პატივისცემა, სამართლიანი სასამართლოს

37 § 71/B (1) Nr XIX von 1998 über die Strafprozessordnung (uStPo): „[...] საჯარო ადმინისტრაციული ორგანოს შუამდგომლობით [...], იმ მოცულობითა და ხანგრძლივობით –, რაც აუცილებელია კანონისმიერი ამოცანების შესასრულებლად, სასამართლო გასცემს [...] სისხლის სამართლის საქმის მასალებს ან დამონშებულ ასლებს ან კიდევ უზრუნველყოფს საქმის მასალების ხელმისაწვდომობას.“

38 WebMindLicenses, Rn. 88.

39 Kúria, გადაწყვეტილება Kf.IV.37.468/2019/17., აბზ. 86.

უფლება, განსაზღვრულობის პრინციპი. ამ კონტექსტში, გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვთ ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების საერთო სასამართლოებსა და საკონსტიტუციო სასამართლოებს. საპროცესო გარანტიების უზრუნველყოფა კარტელურ წარმოებაში, როგორც შიდასახელმწიფოებრივი კომპეტენცია, უნდა აკმაყოფილებდეს კარტელის გამოვლენის კომპლექსურობას. ამასთანავე, გასათვალისწინებელია ასევე კომპანიების ძირითადი უფლებები, რომლებმაც არ უნდა გადაფაროს ეფექტური კარტელური გამოძიების საჯარო ინტერესი. კონკურენტობადი უფლებების ეს შეწონადობა განპირობებულია წევრი სახელმწიფოების კულტურული და სამართლებრივი სახელმწიფოს თავისებურებებით, თუმცა, მათი განმარტება უნდა მოხდეს ევროკავშირის კონკურენციის წესების *effet utile* პრინციპის გათვალისწინებით.

წინამდებარე ნაშრომი ადასტურებს, რომ კონკურენციის სამართლისა და სისხლის სამართლის ურთიერთგადაფარვის გამო, აუცილებელია კარტელებთან ბრძოლის ორგანოსა და სამართალდამცავი ორგანოების მჭიდრო თანამშრომლობა. ბრალდების მონშეთა პროგრამები კი ცხადყოფს, რომ თავისუფალი კონკურენციის ხელშესაწყობად და კარტელების გამოსავლენად, სასჯელისაგან გათავისუფლება თუ სასჯელის შემსუბუქება, სამართლებრივ-პოლიტიკურად გამართლებულია. ადმინისტრაციულ საქმეზე სისხლისსამართლებრივი მტკიცებულებების გამოყენებისას, მათი დასაშვებობისა და გამოყენების მხრივ, აუცილებელია მკაცრი სისხლის საპროცესოსამართლებრივი რეგულაციების დაცვა. იმავედროულად, აუცილებელია კომპანიებისათვის დაცვის უფლების უზრუნველყოფა ადმინისტრაციულ საქმეზე. სამართლის ორივე სფეროს ჰარმონიული თანაცხოვრება შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც ერთმანეთთან შეთანხმებულია არა მხოლოდ საპროცესოსამართლებრივი, არამედ მატერიალურსამართლებრივი დებულებები.

STRAFRECHTLICHE UND GRUNDRECHTLICHE ASPEKTE DES KARTELLRECHTS – AUSBLICK UNGARN

László Bak, Hungarian Competition Authority

I. Einführung

Das Kartellrecht ähnelt dem Strafrecht. Es werden hohe Bußgelder verhängt, die Kartellbehörden der EU haben Durchsuchungsbefugnisse, Wiederholungstaten von Unternehmen werden als erschwerender Umstand bei der Verhängung von Bußgeldern berücksichtigt und sogar Kartellgehilfen können bestraft werden. Diese Terminologie ist aus dem Strafrecht bekannt. Diesem besonderen Rechtscharakter wird in einigen Ländern dadurch Rechnung getragen, dass das Wettbewerbsrecht dogmatisch entweder dem Verwaltungs- oder dem Strafrecht zugeordnet wird. Im angelsächsischen Rechtsraum wird das Kartellrecht sogar von beiden Rechtsgebieten geprägt. Da die Rechtsnatur des Kartellrechts Auswirkungen auf die Verfahrens- und Grundrechte der Parteien hat und sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) wiederholt mit dieser Frage befasst haben, werden in diesem Beitrag die Dogmatik und die praktischen Erfahrungen des ungarischen Kartellrechts dargestellt.

II. Harmonisiertes Kartellrecht in der EU

Da der Wettbewerb die wichtigste Triebkraft der Marktwirtschaft ist, sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen verboten. Kartelle sind äußerst schädliche (horizontale oder vertikale) Absprachen zwischen unabhängigen Unternehmen über Preise, Mengen, Märkte, Bedingungen usw. Ein Kartell führt zu Preiserhöhungen, Verknappung des Angebots und Effizienzverlusten. Kartelle können sehr schädlich sein, wenn öffentliche Aufträge betroffen sind, da auf diesem Wege vorwiegend der Steuerzahler geschädigt wird. Das

allgemeine kartellrechtliche Verbot besagt, dass Preis- oder Mengenabsprachen zwischen Wettbewerbern verboten sind (sog. Hardcore-Kartelle). Dieses Verbot wurzelt im Autonomiepostulat, wonach die Geschäftsstrategien der Marktteilnehmer autonom zu verfolgen sind, da andernfalls das Marktverhalten zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen mit negativen Auswirkungen auf die Preise führt. Aufgrund der EU-Schadensersatzrichtlinie¹ wird widerlegbar vermutet, dass Kartelle einen Schaden verursachen. Im ungarischen Kartellrecht wird für den Fall einer festgestellten Kartellbildung gesetzlich vermutet, dass der so zustande gekommene Preis 10 % höher liegt, als der unter normalen Marktzuständen festgelegten Preis,² wobei die Preissteigerung nicht unbedingt mit dem Vollschaden gleichzusetzen ist (Vermögens- und Nichtvermögensschaden).

Das ungarische Kartellrecht wurde mit dem Unionsrecht harmonisiert. Seit Ungarns Beitritt zur Europäischen Union im Jahr 2004 wendet das ungarische Kartellamt (Gazdasági Versenyhivatal, GVH) unmittelbar die unionsrechtlichen Kartellvorschriften an. Gemäß dem Konvergenzkriterium aus Art. 3 Abs. 2 der EU-Kartellrechtsverfahrensordnung Nr. 1/2003 dürfen die Mitgliedstaaten keine strengeren Vorschriften erlassen, sodass das allgemeine Kartellverbot in allen Mitgliedstaaten annähernd gleich ist. In Übereinstimmung damit stellte der EuGH in *Allianz Hungária* fest, dass ein Interesse an der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts besteht, weshalb der Gerichtshof auch im Wege eines Vorabentscheidungsersuchen zuständig für Entscheidungen für das vollständig mit dem Unionsrecht harmonisierte nationale Kartellverbot ist, um künftige Auslegungsunterschiede der aus dem Unionsrecht übernommenen Vorschriften und Begriffe zu vermeiden.³ Dieses Urteil ebnete den Weg für das ungarische Kartellamt, sich auch in rein innerstaatlichen kartellrechtlichen Angelegenheiten auf das EU-Wettbewerbsrecht zu berufen. In der Regel wird daher in ungarischen kartellrechtlichen Ermittlungen

1 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349/1, Art. 17 (2).

2 Gesetz Nr. LVII von 1996 gegen den unfairen Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkungen (uKartG) § 88/G. (6).

3 EuGH, Urteil vom 14. März 2013, *Allianz Hungária Biztosító u.a.*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, Rn.19-20.

und Entscheidungen auf das EU-Kartellrecht Bezug genommen, damit die Argumente auch in den Entscheidungen der Rechtsmittelgerichte ihren Niederschlag finden und gefestigt werden.

III. Kartellgeldbuße als Sanktion

Ein Blick in die Bußgeldstatistiken der GVH⁴ und der EU-Kommission⁵ zeigt, dass die oft in Millionenhöhe verhängten Bußgelder für die betroffenen Unternehmen ein nicht unerhebliches Stigma darstellen können. Wenn eine Sanktion ihrer Art und Weise nach auf ein Unternehmen derart einwirkt, stellt sich die rechtsdogmatische Frage, ob die Kartellbuße als Sanktion strafrechtlichen oder eher verwaltungsrechtlichen Charakter hat. Die dogmatische Einordnung der Sanktion schafft Klarheit darüber, welche prozessuale Garantien im Verfahren gewährleistet werden müssen.

Trotz des zweimaligen Scheiterns des Beitritts der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK),⁶ kann man von einer Eingliederung der Unionsrechtsordnung in die EMRK durch Art. 52 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-Grundrechte-Charta) reden, vorausgesetzt, Bedeutung und Tragweite der Grundrechte in der Charta und der EMRK stimmen überein.

Im Ausgangspunkt stellt die EU-Kartellverfahrensordnung (Art. 23 Abs. 5.) fest, dass Geldbußen keinen strafrechtlichen Charakter haben. Dies ist rechtsdogmatisch korrekt, da die EU keine generelle Strafrechtssetzungskompetenz hat. Gleichwohl ist der dogmatische Charakter der Geldbußen, wie oben ausgeführt, auch an der Charta und der EMRK zu messen. Daher ist die Rechtsprechung des

4 <https://tinyurl.com/5kf3xhtu>.

5 https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/cartels-cases-and-statistics_en.

6 Art. 6 EUV (Vertrag über die Europäische Union) sieht einen Beitritt der EU zur EMRK vor, jedoch ist dieser Prozess schon zweimal gescheitert, weil einem internationalen Gericht die Zuständigkeit für eine verbindliche Auslegung des Unionsrechts nicht übertragen werden darf – so der EuGH.

EGMR und des EuGH anwendbar. Nach den vom EGMR entwickelten sog. *Engel-Kriterien*⁷ ist eine Sanktion im Sinne des Art. 6 EMRK dann als strafrechtliche Sanktion zu qualifizieren, wenn sie erstens nach nationalem Recht dem Strafrecht zugeordnet ist, zweitens die Art der Straftat repressiv normiert ist und drittens Art und Schwere der Sanktion strafrechtlichen Charakter aufweisen.⁸ Der EGMR entwickelte die sanktionsrechtliche Einordnung der Geldbuße in der Rechtssache *Jussila gg. Finnland* weiter, indem er feststellte, dass es eindeutig „strafbare Handlungen“ unterschiedlicher Schwere gebe. Fälle, die nicht in die traditionellen Kategorien des Strafrechts fallen, wie z.B. das Wettbewerbsrecht, würden vom Kernstrafrecht abweichen, sodass die strafrechtlichen Verfahrensgarantien nicht notwendigerweise in voller Strenge anwendbar seien.⁹

In der Rechtssache *Menarini*¹⁰ stellte der EGMR letztendlich fest, dass die Art und Schwere der durch die italienische Kartellbehörde verhängten Kartellgeldbuße (6 Mio. Euro) strafrechtlichen Charakter hat. Das Urteil wurde als richtungweisend betrachtet, denn das Bußgeldverfahren in der EU und in Ungarn ähnelt dem von Italien.

IV. Was bedeutet der strafrechtliche Charakter für Unternehmen in einer Kartellrechtsuntersuchung?

In der Rechtssache *Menarini* wurde auch ein anderer Aspekt des Kartellrechts exponiert, nämlich, ob das Verfahren eines monolithischen Durchsetzungsorgans, das Aufdeckungs-, Ermittlungs-, Entscheidungskompetenzen in sich vereint, dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK gerecht wird. Der EGMR unterstrich, dass auch solche Verwaltungsorgane eine strafrechtliche Sanktion verhängen können, die den Voraussetzungen des Art. 6. EMRK nicht gerecht

7 EGMR, Urteil vom 8. Juni 1976, *Engel et al. gg. die Niederlande*, Nr. 5100/71, § 82.

8 Die letzten beiden Bedingungen sind eher alternative als konjunktive Bedingungen.

9 EGMR, Urteil vom 23. November 2006, *Jussila gg. Finnland*, Nr. 73053/01, § 43.

10 EGMR; Urteil vom 27. September 20011, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. gg. Italien*, Nr. 43509/08, § 62.

werden,¹¹ jedoch muss der Verwaltungsakt einem Rechtsprechungsorgan mit Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung unterliegen. Zu den Merkmalen eines solchen Organs gehöre die Befugnis, die Entscheidung des untergeordneten Organs, sprich der Kartellbehörde, in allen Punkten, tatsächlichen wie materiell- oder prozessualrechtlichen, abzuändern (unbeschränkte Aufhebung, Herabsetzung oder Erhöhung der Geldbuße).¹²

Dieser Auffassung folgten der EuGH¹³ und auch das ungarische Verfassungsgericht in seiner Entscheidung im Straßenbau-Kartell¹⁴: „*Das Wettbewerbsverfahren kann daher nicht als harter Kern des Strafrechts betrachtet werden, und daher können an solche Verfahren nicht die gleichen strengen Anforderungen wie an gewöhnliche Strafverfahren gestellt werden.*“. Das Verfassungsgericht führte aus, dass die Voraussetzungen gegenüber einem – unparteiischen und unabhängigen – Gericht im Sinne des Art. 6 EMRK in einem Verwaltungsverfahren nicht gegeben seien. Im Kartellverfahren entscheidet ein Wettbewerbsrat, der sich aus weisungsfreien, nur dem Gesetz unterworfenen Beamten und nicht aus Richtern zusammensetzt. Das Verfassungsgericht hat daher entschieden, dass die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK erst im gerichtlichen Überprüfungsverfahren voll gewährleistet sein müssen. Das Kartellverfahrensrecht ist so auszugestalten, dass bereits im Verfahren vor dem Kartellamt möglichst viele Sicherungen eingebaut sind, die ein faires Verfahren gewährleisten.¹⁵

So gilt beispielsweise die Unschuldsvermutung. Es obliegt der Behörde, das kartellrechtswidrige Verhalten nachzuweisen und im Zweifel zugunsten des Unternehmens zu entscheiden.¹⁶ Das Unternehmen kann nicht gezwungen werden, sich selbst eines Kartellverstoßes zu bezichtigen (Verbot der Selbstbezichtigung),

11 EGMR, Entscheidung vom 20. November 2012, *DEBÚT Zrt. et al. gg.. Ungarn*, Nr. 24851/10, § 3.

12 EGMR; Urteil vom 27. September 20011, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. gg. Italien*, Nr. 43509/08, §§ 58, 64-65.

13 EuGH, Urteil vom 18. Juli, 2013, *Schindler*, C501/11 P, ECLI:EU:C:2013:522, Rn. 31-38.

14 Urteil des ungarischen Verfassungsgerichts Nr. 30/2014. (IX. 30.) AB határozat, § 62 (<https://tinyurl.com/mptmbtx6>).

15 Nr. 30/2014. (IX. 30.) AB határozat, § 48: „*Unstrittig ist, dass der Verfassungsgerichtshof den Anwendungsbereich des Rechts auf ein faires Verfahren nicht auf den Bereich des Strafrechts im engeren Sinne beschränkt.*“.

16 Urteil des ungarischen Verfassungsgerichts Nr. 30/2014. (IX. 30.) AB határozat, § 70.

muss aber Auskunftsverlangen der Kartellbehörde vollständig nachkommen. Die Kartellbehörde kann sich auch auf Indizien stützen. Die von der Behörde ermittelten Tatsachen dürfen jedoch nicht auf bloßen Spekulationen und Vermutungen beruhen. Der Sachverhalt muss auf der Grundlage unzweifelhafter Beweismittel festgestellt werden, wobei es ausreicht, wenn die von der Behörde angeführten Beweismittel in ihrer Gesamtheit diesen Anforderungen genügen.¹⁷ Der Rückgriff auf rechtliche Vermutungen ist möglich, sofern sich diese Vermutungen in vernünftigen Grenzen halten.¹⁸ Bei der Beweiswürdigung spielt auch die persönliche Überzeugung des Richters oder der Richterin eine wichtige Rolle. Zu einem fairen Verfahren gehört, dass den Parteien die Beweise zur Verfügung gestellt werden, damit sie ihre Verteidigungsrechte wahrnehmen können.

In seiner Entscheidung zum Banken-Kartell (VJ/74/2011) hat das Oberste Gericht Ungarns (die Kúria)¹⁹ den Grundsatz aufgestellt, dass die gerichtliche Kontrolle umso weniger alle Verfahrenserfordernisse berücksichtigen muss, je mehr das Verwaltungsverfahren den Anforderungen der EMRK an ein faires Verfahren entspricht.

Bußgeldentscheidungen, die in Ungarn Teil der kartellrechtlichen Entscheidung sind, werden nach Ermessen getroffen. Im Hinblick auf Art. 6 EMRK stellte sich daher die Frage, ob Ermessensentscheidungen einer vollen oder nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Gemäß § 85 Abs. 5 der ungarischen Verwaltungsgerichtsordnung unterliegen Bußgeldentscheidungen einer eingeschränkten Überprüfung, d.h. es wird geprüft, ob die Verwaltungsbehörde ihre Befugnisse im Rahmen ihres Ermessens ausgeübt hat und ob die Aspekte des Ermessens und deren Begründung aus dem Verwaltungsakt hervorgehen. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung der Rechtsnorm auf den Sachverhalt (Subsumtion) keine Ermessensentscheidung ist und diese Entscheidungen der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegen.²⁰ Die eingeschränkte ge-

17 Siehe dazu EuGH, Urteil vom 3. März 2011, *Siemens AG*, T110/07, ECLI:EU:T:2011:68, Rn. 46-47.

18 Vgl. auch EGMR, Urteil vom 12. Mai 2005, *Öcalan gg. Türkei*, Nr. 46221/99, § 180.

19 Kúria, Urteil Kfv.III.37.582/2016/16, § 113.

20 Hierzu näher TÓTH, *A versenyügyek hozzájárulása a magyar közigazgatási bíráskodás fejlesztéséhez* (JK, 2021/7-8., 319-325. o.).

richtliche Überprüfung einer Ermessensentscheidung auf Ermessensfehler oder Zweckmäßigkeit verstößt nicht gegen Art. 6 EMRK, da es um einen Entscheidungsprozess geht, der mehrere rechtmäßige Alternativentscheidungen in sich birgt.

V. Hausdurchsuchungen als Eingriff in die Privatsphäre

Interessant ist die Frage, inwieweit eine richterliche Kontrolle bei Durchsuchungen zu gewähren ist. Die GVH hat Durchsuchungsbefugnisse in Bezug auf Geschäfts- und Privaträume von Unternehmen, was einen Eingriff in die Privatsphäre der Unternehmen gemäß Art. 8 EMRK darstellt.²¹ In einigen EU-Mitgliedstaaten werden Durchsuchungen behördenintern genehmigt (z.B. Slowakei, Tschechien), in Ungarn jedoch durch das Gericht. Gemäß § 65/A Abs. 4 uKartG bewilligt das Gericht die beantragte Hausdurchsuchung, wenn erstens die Kartellbehörde in ihrem Antrag darlegt, dass weitere Ermittlungsmaßnahmen zu keinem Ergebnis führen würden, zweitens die begründete Annahme besteht, dass sich an Ort und Stelle kartellrelevante Beweismittel befinden, und drittens anzunehmen ist, dass diese Beweismittel der Kartellbehörde nicht freiwillig zur Verfügung gestellt oder unbrauchbar gemacht werden. Es zeigt sich also, dass ein begründeter Verdacht auf eine wettbewerbswidrige Absprache vorliegen muss, um einen Eingriff in die Privatsphäre des Unternehmens zu rechtfertigen.

In der Slowakei und der Tschechischen Republik besteht unmittelbar nach der Durchsuchung gerichtlicher Rechtsschutz, in Ungarn erst nach der endgültigen Entscheidung in der Kartellsache. Im Fall *Delta Pékarny*²² entschied der EGMR, dass eine vorherige richterliche Genehmigung einer Durchsuchung durch eine nationale Wettbewerbsbehörde nicht erforderlich ist. Das Fehlen einer vorherigen richterlichen Genehmigung müsse jedoch durch eine nachträgliche wirksame richterliche Kontrolle ausgeglichen werden. Wie schon bezüglich der Garantien nach Art. 6 EMRK ausgeführt, spielen die institutionelle Ausgestaltung

21 Das ungarische Verfassungsgericht bestätigte in dem Beschluss Nr.1004/B/2004 (III.4.), dass die Hausdurchsuchungen der GVH als „Zwangmaßnahmen“ zu betrachten sind.

22 EGMR, Entscheidung vom 2. Oktober 2014, *Delta Pékarny gg.*, Nr. 97/11, § 87.

einer Kartellbehörde und der Beweisstandard einer Kartelluntersuchung eine wichtige Rolle, um die menschenrechtlichen Aspekte der Ermittlungs- und Entscheidungsphase der Kartellaufdeckung richtig einschätzen zu können.

Nach Überzeugung des Verfassers ist eine vorherige richterliche Genehmigung praktikabler, da die Ermittlungsphase nicht durch Rechtsmittelverfahren verzögert wird, aber auch aus Reputationsgründen erscheint eine unabhängige und rechtsstaatliche Prüfung der Begründetheit einer Durchsuchung durch den Richter vorteilhafter.

VI. Bestimmtheitsgrundsatz und Kartellrecht

Bei kartellrechtlichen Regelungen handelt es sich um generalklauselartige Grundsatzbestimmungen. Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV und § 11 uKartG bestehen jeweils aus einem Absatz mit 3 bzw. 4 Unterabsätzen, die einige Einzeltatbestände und die Rechtsfolgen der Nichtigkeit von Kartellabsprachen enthalten. Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR zu Art. 7 Abs. 1 EMRK gebietet es das Legalitätsprinzip, dass Straftatbestände und Strafen im Gesetz klar umschrieben sind. Das Bestimmtheitsgebot (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) wurde vom EuGH in der Rechtssache *AC-Treuhand AG*²³ ausführlich dargestellt. In diesem Fall ging es um ein schweizerisches Beratungsunternehmen, das selbst nicht Mitglied eines Kartells war, aber mit der Aufbewahrung von Kartellunterlagen, der weiteren Erhebung bestimmter Daten über die Geschäftstätigkeit der Kartellmitglieder, der Kommunikation mit diesen sowie der Erledigung bestimmter logistischer und Sekretariatsaufgaben betraut war. Die EU-Kommission entschied, dass auch ein Beratungsunternehmen, das nicht auf dem relevanten Markt tätig ist, aber eine organisatorische Funktion ausübt, als „Kartellvermittler“ (Partei der Kartellvereinbarung) anzusehen ist. Zu den Argumenten der Vorhersehbarkeit und Bestimmtheit verwies das Gericht auf die ständige Rechtsprechung,²⁴ wonach auch

23 EuGH, Urteil vom 12. September 2007, *AC-Treuhand AG*, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 141.

24 Vgl. EGMR, Urteil vom 25. Mai 1993, *Kokkinakis gegen Griechenland*, Serie A, Bd. 260A, Rn. 40, 41 und 52.

Richterrecht oder Leitlinien einer Wettbewerbsbehörde²⁵ zum Bestimmtheitsgebot gehören. Aufgrund des Gebots der Vorhersehbarkeit kommt veröffentlichten Leitlinien und öffentlich einsehbaren kartellrechtlichen Entscheidungen von Gerichten und Behörden eine wesentliche Bedeutung zu. Die Entscheidungen des GVH und der Nachprüfungsgerichte sind bis 1997 auf der Homepage der Behörde transparent abrufbar. Leitfäden und Informationsmaterial unterstützen Rechtssuchende bei ihrer Verteidigungsstrategie und Compliance-Aktivitäten.

VII. Fristablauf – Untergang des Rechts auf Bußgeldsanktion?

Eine umstrittene Gerichtsentscheidung erging im sog. Batteriekartell, in dem die Kúria²⁶ feststellte, dass eine Überschreitung der Kartellverfahrensfrist um 4 Monate den Verlust des Bußgeldanspruchs der GVH zur Rechtsfolge hatte. Dieses Dilemma wurde erst nach mehreren Jahren durch die höchstrichterliche Rechtsprechung²⁷ und das Verfassungsrecht allgemein gelöst. Versäumt eine Behörde eine Frist, so bestimmen sich die daran anknüpfenden Rechtsfolgen danach, ob eine materiell-rechtliche oder eine verfahrensrechtliche Frist versäumt wurde. Bei Überschreitung einer materiell-rechtlichen Frist entfällt – mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung – die Möglichkeit der Verhängung einer Bußgeldsanktion. Die Nichteinhaltung von Verfahrensfristen (z.B. in einem Kartellverfahren) führt jedoch nicht automatisch zu einer Verringerung der Sanktionsmöglichkeiten. In diesem Fall hängt es von der Schwere der Fristüberschreitung und ihren Auswirkungen auf das Recht auf eine gute Verwaltung ab, ob die Behörde von der Verhängung einer Geldbuße absehen kann oder ob deren Höhe herabgesetzt werden kann. Der Ablauf der Frist bedeutet nicht automatisch eine Verletzung des Rechts auf eine gute Verwaltung innerhalb einer angemessenen Frist (Art. 41 EU-Grundrechte-Charta). Die Angemessenheit der Frist wird nach der Verfassungsrechtsprechung anhand objektiver Kriterien wie dem Umfang der

25 EuGH, Urteil vom 28. Juni 2005, *Dansk Rørindustri*, C189/02 P, C202/02 P, C205/02 P bis C208/02 P und C213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 223.

26 Kúria, Urteil Kf.II.37.959/2018/14. Alcufer és társai.

27 Kúria, Beschluss Jpe.I.60.019/2022/9.

Fristüberschreitung, der Komplexität des Verfahrens oder der Rechtsnatur der Fristverlängerung beurteilt.²⁸

VIII. Kronzeugenprogramme und strafrechtliche Implikationen

Das Kronzeugenprogramm der GVH, das seit 2003 in Kraft ist, beinhaltet eine gesetzliche Regelung²⁹ der Selbstanzeige für Unternehmen, die in ein Kartell verwickelt sind und sich daraus lösen wollen. Ohne Kronzeugenprogramme sind Kartelle nur schwer aufzudecken. Dies zeigt die hohe Beteiligung von Kronzeugen (60%) an Kartellverfahren. Ein Kronzeuge ist ein Unternehmen, das einen Antrag stellt, mit der Behörde kooperiert und das Kartell offenlegt. Als Belohnung kann die Geldbuße erlassen oder reduziert werden. Dabei kommt es auf die Reihenfolge der Anträge an: Dem ersten Antragsteller wird die Geldbuße erlassen, der zweite und dritte Antragssteller erhält eine Ermäßigung von bis zu 50 % bzw. 30 %. Seit 2018 wurden 28 Kronzeugenanträge gestellt, davon 3 vor und 25 während der Kartelluntersuchungen.

In Ungarn sind Bieterkartelle seit 2005 kriminalisiert,³⁰ da ein rechtspolitisches Interesse besteht, Kartelle, die den Steuerzahler unmittelbar schädigen, strafrechtlich zu sanktionieren. Die Freiheitsstrafe gilt grundsätzlich für Täter, die vorsätzlich an der wettbewerbswidrigen Entscheidung des Unternehmens mitgewirkt haben, unabhängig davon, in welchem Rechtsverhältnis diese Personen zu dem Unternehmen standen. Der Tatbestand sieht eine mildere Strafe für Kartellabsprachen von geringem Wert vor.

Da eine parallele Anwendung von strafrechtlichen und kartellrechtlichen Vorschriften die Komplementarität der beiden Regelwerke stören kann, ist die strafrechtliche Sanktionierung von Kronzeugen besonders zu regeln. Denn es kann nicht das kriminalpolitische Ziel sein, einen Kronzeugen im Kartellverfahren zu entlasten, ihn aber im Strafverfahren zu verfolgen. Aus diesem Grund wurde

28 Verfassungsgericht, Nr. 25/2020. (XII. 2.) AB határozat, § 74.

29 § 78/A uKartG.

30 § 420 uStGB.

das uStGB³¹ im Jahr 2012 geändert. Seitdem³² wird derjenige Kartellbeteiligte von Strafe befreit, der als erster Beweismittel vorlegt (in der Praxis bedeutet dies, dass noch kein Kartellverfahren anhängig ist). Ist ein Kartellverfahren bereits anhängig, gilt für Kronzeugen eine Strafmilderung: Die Strafe kann ganz oder teilweise erlassen werden. Ein Kronzeugenantrag kann also – je nachdem, ob bereits ein Kartellverfahren anhängig ist oder nicht – die persönlichen strafrechtlichen Folgen beseitigen oder mildern. Weitere Voraussetzung ist die ernsthafte Kooperation mit den Strafbehörden während der Ermittlungen.

Auch wenn diese Regelungen zum Straferlass oder zur Strafmilderung für Kronzeugen in der Praxis bisher nicht zur Anwendung gekommen sind, lassen sich aus den Kronzeugenanträgen in Bieterkartellen gewisse Tendenzen ablesen, da die Kartellbeteiligten – zumindest rechtlich – einen doppelten Anreiz hätten, einen Kronzeugenantrag zu stellen.

In der Praxis zeigt sich jedoch eine gewisse Zurückhaltung bei Kronzeugenanträgen auf Erlass der Geldbuße, da bisher nur zwei Strafurteile bekannt sind, die lediglich eine milde Strafe (Freiheitsstrafe auf Bewährung) aussprachen und damit keine ausreichende Abschreckungswirkung entfalteten. Die geringe Anzahl strafrechtlicher Gerichtsentscheidungen dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Strafverfolgungsbehörden aufgrund der Strafanzeigen der GVH nicht allzu effizient vorgehen bzw. zu wenig wettbewerbsrechtliche Expertise für eine gründliche strafrechtliche Aufklärung des Sachverhalts haben. Dies wird durch die Strafanzeigenstatistik belegt. Von den 20 Strafanzeigen, die die GVH in den letzten 10 Jahren erstattet hat, wurde in 16 Fällen ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, aber nur in 3 Fällen Anklage erhoben. Kontraproduktiv ist auch, dass Antragsteller, die in einem Kartellverfahren mit der Wettbewerbsbehörde kooperieren und sich selbst belasten, später in einem Schadensersatzprozess einer zivilrechtlichen Haftung ausgesetzt sind, obwohl die EU-Schadenersatzrichtlinie Kronzeugen grundsätzlich von der gesamtschuldnerischen Haftung für den gesamten Schaden befreit und die Höhe des Schadensersatzes begrenzt.³³

31 Gesetz Nr. C von 2012 über das Strafgesetzbuch (uStGB).

32 § 420 Abs. 5 und 6 uStGB.

33 Richtlinie 2014/104/EU über Schadensersatzklagen in Wettbewerbssachen, Art. 11 Abs. (5)-(6).

IX. Übermittlung strafrechtlicher Beweismittel in das Verwaltungsverfahren

Im Bieterkartell von Unternehmen betreffend eine öffentliche Ausschreibung von Arzneimitteln (VJ/28/2013) stellte das GVH in seiner Entscheidung³⁴ fest, dass die kartellbeteiligten Unternehmen Absprachen über die Ausschreibungsbedingungen mit dem Ziel getroffen hatten, andere Pharmaunternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen. Noch während des Kartellverfahrens wurden auf Antrag der GVH Aufzeichnungen von Telekommunikationsüberwachungen aus dem – parallel und zeitlich vor der Kartellentscheidung geführten – Strafverfahren gegen die Beschuldigten in das Verwaltungsverfahren eingeführt. Diese Beweise dienten als stichhaltiges Beweismittel für die Feststellung der wettbewerbswidrigen Absprache, wurden aber von den Parteien als unzulässig gerügt, da bei strafrechtlichen Beweismitteln die strafrechtlichen Garantien gewährleistet sein müssen und die Übermittlung solcher Aufzeichnungen an die GVH und deren Verwendung gegen Art. 6, 7 und 8 EMRK verstoße.

In ihrer Entscheidung³⁵ unterschied die Kúria dogmatisch zwischen der Zulässigkeit der Aufzeichnungen und der Verwertbarkeit dieser Beweise im Strafverfahren. Erstere wird in der Regel vom Untersuchungsrichter geprüft, letztere vom Strafgericht in Form eines Urteils. Hinsichtlich der Übermittlung der strafrechtlichen Beweismittel in das Verwaltungsverfahren zitierte die Kúria die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *WebMindLicenses*,³⁶ wonach bei der Übermittlung der Beweismittel nicht darauf abzustellen sei, ob das in „*Art. 8 der Charta garantierte Recht auf Schutz personenbezogener Daten verletzt wurde, da WML keine natürliche Person ist und sich daher nicht auf diesen Schutz berufen kann*“, sondern der Eingriff in das Privatleben nach Art. 7 der Charta gesetzlich gerechtfertigt sein müsse. Dies war durch § 71 Abs. 3 des ungarischen Polizeigesetzes gegeben, und die Übermittlung der Aufzeichnungen an die GVH war durch § 71/B Abs. 1 uStPO gedeckt: Erstens war die Strafverfolgungsbehörde berechtigt, Dokumente an die Verwaltungsbehörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit zu übermitteln, und zweitens war die GVH berechtigt, um Amtshilfe zu ersuchen.

34 <https://tinyurl.com/3xtpjpec>.

35 Kúria, Urteil Kf.IV.37.468/2019/17 (<https://tinyurl.com/yn24zyvk>).

36 EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2015, *WebMindLicenses Kft.*, C419/14., ECLI:EU:C:2015:832, Rn. 79.

Damit waren die Telekommunikationsüberwachung, die Übermittlung und Verwendung der Dokumente gerechtfertigt. Eine weitere interessante Frage war, ob die Parteien Zugang zu den im Strafverfahren erlangten Beweismitteln hatten, da es rechtswidrig wäre, ein kartellrechtliches Urteil auf der Grundlage von Beweismitteln zu erlassen, deren Rechtmäßigkeit die Parteien in einem kontradiktorischen (Straf-)Verfahren nicht überprüfen konnten, um festzustellen, ob sie im Einklang mit dem Unionsrecht erlangt wurden.³⁷ Das Gericht stellte fest, dass das Grundrecht auf ein faires Verfahren auch in den Fällen bestehe, in denen die vorgelegten Beweise gewürdigt worden seien, weshalb den Parteien Einsicht in die Verwaltungsakten zu gewähren sei.³⁸

X. Fazit

Der strafrechtliche Charakter des Kartellrechts bringt es zunehmend mit sich, dass die aus dem Strafrecht bekannten Verfahrensgarantien wie das Recht auf Achtung des Privatlebens, das Recht auf ein faires Verfahren oder der Bestimmtheitsgrundsatz im Kartellverfahren besonders beachtet werden müssen. Dabei kommt den mitgliedstaatlichen Rechtsmittel- und Verfassungsgerichten eine wichtige Rolle zu. Die Ausgestaltung der Verfahrensgarantien im Kartellverfahren – als nationale Kompetenz – muss der Komplexität der Kartellaufdeckung gerecht werden, wobei die weitreichenden Grundrechte der Unternehmen das öffentliche Interesse an einer effizienten Kartellaufdeckung möglichst nicht überwiegen sollten. Diese Abwägung konkurrierender Rechte ist von den kulturellen und rechtsstaatlichen Besonderheiten der Mitgliedstaaten geprägt, sollte aber im Sinne des *effet utile* der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln ausgelegt werden.

Der Beitrag zeigt, dass wegen der Überschneidungen zwischen Kartell- und Strafrecht eine effiziente Zusammenarbeit zwischen Kartell- und Strafverfolgungsbehörden erforderlich ist. Im Hinblick auf Kronzeugenprogramme wurde sichtbar, dass das rechtspolitische Interesse an der Aufdeckung von Kartellen durch Straf-

37 EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2015, *WebMindLicenses Kft.*, C419/14., ECLI:EU:C:2015:832, Rn. 88.

38 Kúria, Urteil Kf.IV.37.468/2019/17., Rn 86.

aufhebungsgründe und Strafmilderung für den freien Wettbewerb förderlich sein kann. Bei der Verwertung strafrechtlicher Beweise im Verwaltungsverfahren sind die strengen strafprozessualen Regeln für die Zulässigkeit und Verwertung der Beweise maßgebend, sodass die Verteidigungsrechte der Unternehmen auch im Verwaltungsverfahren gewahrt bleiben. Ein harmonisches Nebeneinander der beiden Rechtsgebiete ist nur gewährleistet, wenn nicht nur die prozessualen, sondern auch die materiell-rechtlichen Regelungen aufeinander abgestimmt sind.

სისხლის სამართალი და პოლიტიკური პრობლემატიკა – ევროპული ძირითადი უფლებების პერსპექტივა

პროფ. დოქტ. **ფრანკ ციმერმანი**, ფრაიბურგის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

მხოლოდ რამდენიმე საკვანძო სიტყვაც კი კმარა იმის სადემონსტრაციოდ, რომ პოლიტიკის ეპოქაში ვცხოვრობთ: COVID-19-ის პანდემია, სამართლებრივი სახელმწიფოს კრიზისი, კლიმატური კრიზისი, ომი უკრაინასა და ლაზარს სექტორში. აქ, საქართველოში კი, უნდა აღინიშნოს ქვეყნის პროდასავლური ორიენტაციის შესახებ შიდაპოლიტიკური რყევები. ეს კრიზისები ყოველთვის პოლიტიკური პროტესტის საფუძველია. ვინაიდან ეს სისხლის სამართლის კონფერენციაა, აქ, უპირველეს ყოვლისა, საინტერესოა სისხლისსამართლებრივი ასპექტები. იმ შემთხვევაშიც კი, თუ საქმე არ მიდის ფიზიკურ დაპირისპირებად, პოტენციური დანაშაულის შემადგენლობათა სპექტრი უზარმაზარია. ერთი მხრივ, შეიძლება ვიფიქროთ უფრო ფორმალურ სისხლის სამართლის ნორმებზე, რომლებიც არეგულირებენ დემონსტრაციების რეგისტრაციისა და ჩატარების გარკვეულ მოთხოვნებს. მეორე მხრივ, არსებობს მრავალი ზოგადი დანაშაული, როგორცაა წინააღმდეგობის განწევა პოლიციის ბრძანებების შეუსრულებლობასთან დაკავშირებით, ქუჩის გადაკეტვისას მძღოლების იძულება და საგზაო მოძრაობის საშიში ხელყოფა, შეურაცხყოფა, ქონების დაზიანება (მაგალითად, როდესაც საჯარო ობიექტები გრაფიკით ბინძურდება) და ა.შ. ამ ჩამონათვალის გაგრძელება კიდევ დიდხანს შეიძლება.

ეს სტატია ეხება საკითხს, თუ რა შემდგომი ნარმოქმნება ძირითადი უფლებებიდან – და უფრო კონკრეტულად: ევროპული ფუნდამენტური უფლებებიდან – პოლიტიკური პროტესტების გამო სისხლისსამართლებრივი დევნის მიმართ. ამისთვის მე თავდაპირველად მოკლედ მიმოვიხილავ შიდასახელმწიფოებრივ ძირითად უფლებებს გერმანული სამართლის მაგალითზე. შემდეგ განვიხილავ, ისევ ზოგადად, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გარანტიებს და

გარდა ამისა, შევეხები ძირითად უფლებებს ევროკავშირის სამართალში, განსაკუთრებით ევროკავშირის ძირითად უფლებათა ქარტიას.

II. შიდასახელმწიფოებრივი ძირითადი უფლებები

როდესაც თბილისში ბოლო მოხსენება მქონდა, მისი სათაური იყო: „სისხლის სამართლისა და სიტყვისა და შეკრების თავისუფლების თავსებადობა გერმანიაში პოლიტიკური დემონსტრაციების დროს“. ვინაიდან ჩემი მოხსენების ტექსტი გამოქვეყნებულია,¹ დღეს აღარ შევეხები თავის დროზე განხილულ ასპექტებს. შემაჯამებლად, მსურს განვაცხადო: გერმანიაში პოლიტიკური საპროტესტო აქციების კონტექსტში, გადამწყვეტია სიტყვის თავისუფლებისა (გერმანიის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტი) და შეკრების თავისუფლების (გერმანიის ძირითადი კანონის მე-8 მუხლი) ძირითადი უფლებები. თუმცა ორივე პრინციპი არ მოქმედებს შეუზღუდავად: სიტყვის თავისუფლება ექვემდებარება ზოგადი კანონების შემზღუდვეს (გერმანიის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტი), მათ შორის, განსაკუთრებით, სისხლის სამართლის კანონების მხრიდან. შეკრებები დაცულია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ისინი მიმდინარეობს „მშვიდობიანად“ – შესაძლოა, ამაში ეჭვი შევიტანოთ ზედაპირული მსჯელობისას, როდესაც, შეკრების ფარგლებში, მოხდება დანაშაულებრივი ქმედების ჩადენა (განსაკუთრებით, იძულება, გერმანიაში ძალიან გავრცელებულ „ძალადობის“ ქმედების შემადგენლობასთან კავშირში). სწორედ ამიტომ, გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ, ჯერ კიდევ საკმაოდ ადრე გადაწყვიტა, რომ (სისხლის სამართალი) კანონები, რომლებიც გარკვეულ ფარგლებს უწესებს სიტყვის თავისუფლებას, ამ უკანასკნელის კონტექსტშიც კი, მკაცრად, ვინროდ უნდა იქნას განმარტებული.² შეკრების მშვიდობიანობა დამოკიდებულია არა იმაზე, ჰქონდა თუ არა ადგილი დასჯად იძულებას, არამედ დამოუკიდებელ,

1 F. Zimmermann, in: Jishkariani/Waßmer (Hrsg.), Deutsch-Georgischer Rechtsdialog. Strafrecht und Menschenrechte, Tbilissi 2023, 169 ff.

2 BVerfGE 7, 198 (208 f.); BVerfGE 93, 266 (290); BVerfGE 111, 147 (155).

კონსტიტუციურ-სამართლებრივ მასშტაბზე. პროტესტის უსიური ფორმები ექცევა შეკრების თავისუფლების დაცულ სფეროში, განურჩევლად იმისა, რომ შესაძლოა, ეს ფორმები, სისხლისსამართლებრივი გადამოსახედიდან, წარმოადგენდეს „ძალადობას“.³

თუმცა, შიდასახელმწიფოებრივი ძირითადი უფლებებს საკმარისი სივრცეს ტოვებენ პოლიტიკური საპროტესტო აქციების დასასჯელად. გერმანიაში საკმაოდ ცნობილია ძალადობის ცნების ფარგლები, კერძოდ, იძულების ქმედების შემადგენლობა (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის § 240). როგორც კი საპროტესტო აქცია ფიზიკურ დაზარალებას ქმნის სხვა პირებისათვის (მაგალითად, გზის სავალ ნაწილზე თავის მიბმა, მიწვება), მასში შესაძლებელია იძულებად დასაკვალიფიცირებელი ძალადობის აქტის დანახვა.⁴ ალბათ ყველა გერმანელ, იურიდიული ფაკულტეტის სტუდენტს სმენია „მეორე რიგის პრეცედენტული სამართლის“ შესახებ, რომლის თანახმადაც სისხლისსამართლებრივი იძულება შეიძლება არსებობდეს მაშინაც კი, როდესაც მკდომარე დემონსტრაცია იწვევს მძღოლების გაჩერებას და მერე ეს მძღოლები თავად ხდებიან ფიზიკური ბარიერი სხვა მოძრაობის მონაწილეებისთვის.⁵ ისეთი ფუნდამენტური უფლებები, როგორიცაა შეკრების თავისუფლება და საზოგადოებრივი კომუნიკაციის საჭიროება, შეიძლება გათვალისწინებულ იქნას მხოლოდ სისხლის სამართლის კოდექსის 240-ე მუხლის მე-2 პუნქტით განსაზღვრულ „დასაძრახობის“ დადგენის ფარგლებში.⁶ მასობრივი ბლოკადის აქციების შემთხვევაში, ამასთან დაკავშირებული საერთო შეფასება ადვილად გადადის ბრალდებულის საწინააღმდეგოდ.⁷ გარდა სისხლისსამართლებრივი დებულებების ფარგლებისა, ნაწილობრივ,

3 BVerfGE 73, 206 (248 f.); BVerfGE 104, 92 (104 ff., insb. 106); *Gusy*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 23 f.

4 OLG Karlsruhe BeckRS 2024, 2340 (Rn. 9); OLG Karlsruhe BeckRS 2015, 3539 (Rn. 7); *Schluckebier/Werner*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch-Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 240 Rn. 5 ff., insb. Rn. 9.

5 BGHSt 41, 182 (184 ff.).

6 *Schluckebier/Werner*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch-Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 240 Rn. 9, 20; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 26 f.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2023, § 240 Rn. 22.

7 KG Berlin NJ 2024, 180 (182); AG Freiburg BeckRS 2023, 11463 (Rn. 24-43); *Erb*, NSTz 2024, 577 (578 f.).

ეს არის ძირითადი უფლებების ვიწროდ განმარტებული დაცული სფერო, რომელიც ქმნის დასჯადობის რისკებს. ამდენად, გერმანიაში გაურკვეველია, ექცევა თუ არა წმინდა ან, როგორც მინიმუმ, მეტწილად ფაქტობრივი ქცევა, სიტყვის თავისუფლების ცნების ქვეშ,⁸ ხოლო სიტყვისა და შეკრების თავისუფლება კი არ ამართლებს და არ იცავს სხვის საკუთრებაში ჩარევას.⁹ სწორედ აქ, გვსურს აღვნიშნოთ, რომ ამ ხედვის გადატანა შეუძლებელია სხვა სამართლებრივ სისტემებზე. მაგალითად, საფრანგეთში არსებობს უმაღლესი სასამართლო პრაქტიკა, რომლის მიხედვითაც, სიტყვის თავისუფლებამ, გარკვეული პირობებით, შესაძლოა, გაამართლოს ნივთების ჩამოხსნა (კონკრეტულად, საქმე ეხებოდა ქვეყნის პრეზიდენტის პორტრეტის ჩამოხსნას საჯარო შენობიდან).¹⁰ ეს მაგალითი ადასტურებს, რომ ნამდვილად ღირს, შიდასახელმწიფოებრივი პერსპექტივის სხვა სამართლებრივი სისტემების ძირითადი უფლებების გარანტიებთან შედარება.

III. ძირითადი უფლებები ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაში

მოდით, გადავხედოთ ევროპაში უდავოდ ყველაზე მნიშვნელოვან ძირითად უფლებათა წესრიგს, ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციას.

კონვენციის მე-11 მუხლით უზრუნველყოფილმა შეკრების თავისუფლებამ დასაბამი დაუღო ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს არაერთ გადანწყვიტებას, რომლებსაც აქ ვერ შევხებით. განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიდგომა, რომ მაგალითად, დემონსტრაციების რეგისტრაციისა და ნებართვის გაცემის ფორმალური მოთხოვნები

8 *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 105 EL. 2024, Art. 5 Rn. 82.

9 *Kaiser*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Rn. 69; *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 105. EL 2024, Art. 8 Rn. 85.

10 Cour de cassation, Crim., 29.03.2023, n° 22-83.458; Überblick zur Entwicklung der Rechtsprechung und Kritik bei *Saenko*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial 2023, 463.

(რომელსაც სასამართლო არ მიიჩნევს ზოგადად დაუშვებლად), არ უნდა იქცეს შეკრების თავისუფლების და გამოხატვის ფარულ დაბრკოლებად.¹¹ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ითხოვს სახელმწიფო სასამართლოებისაგან, ამ ფორმალური წინაპირობების გაუთვალისწინებლობისას, ტოლერანტობის გარკვეულ მასშტაბს; მათი შესრულება არ წარმოადგენს თვითმიზანს, რის გამოც, მათ მიმართ, კომპეტენტური უწყებების მხრიდან, მოქნილი მიდგომა უნდა მოხდეს.¹²

განსაკუთრებულად აღნიშვნის ღირსია საქმე კუდრევიჩიუსი ლიტვის წინააღმდეგ (Kudrevičius et al. v. Litauen), მათ შორის, გზის გადაკეტვის გერმანული მიდგომის გათვალისწინებით.¹³ საქმე ეხებოდა ფერმერების მიერ გზის გადაკეტვას, რამაც განაპირობა ფიზიკური დაპირისპირება შეფერხებული სატვირთო ავტომობილების მძღოლებთან. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ხაზი გაუსვა, რომ ცალკეული პირების სპორადული ძალადობრივი ქმედებები, არ ზღუდავს სხვების შეკრების თავისუფლებას.¹⁴ სასამართლომ გზის გადაკეტვა შეაფასა, როგორც „მშვიდობიანი“, მიუხედავად იმისა, რომ გადაკეტვის ფაქტმა ფიზიკური დაბრკოლება წარმოშვა სატვირთო ავტომობილების მძღოლებისათვის. ეს არის „თითის დაქნევა“ გერმანული სასამართლოსათვისაც, რათა მან არ დაივიწყოს შეკრების თავისუფლება კლიმატის პროტესტების დროს.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა ცალკეულ გადაწყვეტილებებში, რომ იგი სიტყვის თავისუფლების გამოყენების სფეროს უფრო დიდსულოვნად ისურვებდა, ვიდრე ამას აკეთებდა გერმანია. მაგალითად, 2022 წელს, სასამართლომ სიტყვის თავისუფლების დარღვევად მიიჩნია ფრანგული სასამართლოს მიერ ფემინის აქტივისტების ექსპიზიციონიზმის ქმედების შემადგენლობის გამო გასამართლება.¹⁵ იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც დემონსტრანტები მესამე

11 EGMR, Urte. v. 07.02.207, Lashmankin and Others v. Russia, 57818/09, Rn. 451 ff., 456; Urte. v. 15.11.2018, Nawalnyy v. Russia, 29580/12, Rn. 140–142.

12 EGMR, Urte. v. 15.10.2015, Kudrevičius and Others v. Lithuania, 37553/05, Rn. 150; Urte. v. 15.11.2018, Nawalnyy v. Russia, 29580/12, Rn. 143.

13 EGMR, Urte. v. 15.10.2015, Kudrevičius and Others v. Lithuania, 37553/05.

14 EGMR, a.a.O., Rn. 94.

15 EGMR, Urte. v. 13.10.2022, Bouton v. France, 22636/19, Rn. 31 ff.

პირებს აფერხებენ გარკვეული მოქმედებების განხორციელებაში, მათ მაინც შეუძლიათ დაეყრდნონ სიტყვის თავისუფლებას: ეს გადაწყვეტილება (Steel and Others v. Vereinigtes Königreich¹⁶) ეხებოდა გარემოს აქტივისტების მოქმედებებს, Moorhuhn-ის ნადირობის თამაშებსა და გზების მშენებლობის საკითხებს; სასამართლომ დაადგინა: „It is true that these protests took the form of physically impeding the activities of which the applicants disapproved, but the Court considers nonetheless that they constituted expressions of opinion within the meaning of Article 10.“¹⁷ საქმეზე დრიმანი ნორვეგიის წინააღმდეგ (Drieman et al. v. Norwegen)¹⁸ დავის საგანი იყო ორგანიზაცია Greenpeace-ის საპროტესტო აქცია, რომლითაც ნორვეგიული გემი შეფერხდა ვეშაპის ჭერის დროს. ამ შემთხვევაშიც, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განაცხადა, რომ სიტყვის თავისუფლების დაცული სფერო (არ უმსჯელია რა ამომწურავად) უნდა იყოს სახეზე ფაქტობრივი ქცევის დროს. თუმცა, მოგვიანებით, სასამართლომ, ორივე გადაწყვეტილებაში, დასაშვებად მიიჩნია, ძირითადი უფლებების დონეზე, გარკვეული შეზღუდვების არსებობა. კონკრეტულად, დრიმანის გადაწყვეტილებაში, სასამართლომ დაადგინა, რომ ძალადობის აქტები არ თავსდება იგივე დაცულ სფეროში, როგორც პოლიტიკური დებატები ან კიდევ არაძალადობრივი შეკრებები: „[...] the particular method of action used by the applicants amounted to a form of coercion forcing the whalers to abandon their lawful activity. In the Court’s view, the disputed interference related to conduct which could not enjoy the same privileged protection under the Convention as political speech or debate on questions of public interests or the peaceful demonstration of opinions on such matters [...].“¹⁹ როგორც მინიმუმ, დაცული სფეროს დონეზე, სტრასბურგის სასამართლოს პრაქტიკა უფრო დიდ სივრცეს ქმნის სიტყვის თავისუფლებით ფაქტობრივი ქცევის დასაცავად. და ბოლოს, ყურადსაღებია ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის შემდეგი სტანდარტი: მე-18 მუხლი შეიცავს დებულებას, რომელიც კრძალავს ძირითადი უფლებების შეზღუდვის ბოროტად

16 EGMR, Ur t. v. 23.09.1998, Steel and Others v. The United Kingdom, 7/1997/851/1058.
17 EGMR, a.a.O., Rn. 92.
18 EGMR, Beschl. v. 04.05.2000, Drieman and Others v. Norway, 33678/96.
19 EGMR, a.a.O.

გამოყენებას. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ, უკანასკნელ წლებში, დამოუკიდებელი როლი მიანიჭა ამ თითქოსდა უმნიშვნელო დებულებას, როდესაც სისხლის სამართალი ან სისხლის სამართლის საქმე/სამართალწარმოება პოლიტიკური მიზნებისათვის გამოიყენებოდა.²⁰ ეს ავტომატურად არ იგულისხმება უმეტეს შემთხვევებში, როდესაც პოლიტიკური პროტესტი გახდება სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების განხილვის საგანი. მაგრამ, იმ შემთხვევაში, თუ ასეთი სახის სისხლის სამართლის საქმეებზე, ჩამოყალიბდება სისტემა, რომელიც ორიენტირებული იქნება განსხვავებული აზრის ჩახშობაზე, ამას მოყვება მოპასუხე სახელმწიფოს დამატებითი გასამართლება მე-18 მუხლის დებულებების დარღვევის გამო. ამას კი განსაკუთრებით მასტიგმატიზებული მოქმედება აქვს.²¹

IV. ევროკავშირის ძირითადი უფლებები

გადავდივარ ჩემი მოხსენების მესამე ნაწილზე, ევროკავშირის ძირითადი უფლებების როლი პოლიტიკური საპროტესტო აქციების კონტექსტში. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ევროკავშირის 2009 წლიდან სავალდებულო, ძირითადი უფლებების ქარტიაში ჩადებული უფლებები წარმოადგენს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ანალოგიას. ქარტიის 52-ე მუხლის მე-3 პუნქტი განსაზღვრავს, რომ ქარტით უზრუნველყოფილ გარანტიებს უნდა ჰქონდეთ იგივე მასშტაბები, როგორც შინაარსობრივად შესაბამის კონვენციურ უფლებებს. თუმცა შესაძლებელია, ქარტიამ უზრუნველყოს დაცვის უფრო მაღალი სტანდარტი, ვიდრე ადამიანის უფლებათა ევროპულმა კონვენციამ. იმის გათვალისწინებით, რომ ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოები თავისუფლების უფრო პროგრესულ სივრცედ აღიქვამენ საკუთარ თავს, არ არის გამორიცხული, რომ ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ სამომავლოდ

20 დაწვრ. იხ. EGMR, Urt. v. 28.11.2017, Merabishvili v. Georgia, 72508/13 Rn. 264 ff. und 287 ff.; ასევე უფრო ადრინდელი საქმე Urt. v. 31.05.2011, Khodorkovskiy v. Russia, 5829/04, Rn. 254 f.; Urt. v. 03.07.2012, Lutsenko v. Ukraine, 6492/11, Rn. 108 ff.

21 Satzger/Zimmermann/Eibach, EuCLR 2014, 91, 111 ff.

უფრო ძლიერად მოახდინოს, საპროტესტო აქციების დროს, გარკვეული ძირითადი უფლებების ირგვლივ მსჯელობის გაშლა, ვიდრე ამას ამ დრომდე აკეთებდა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო. თუმცა, ვინაიდან ეს ამ ეტაპზე ჯერ მოსალოდნელი არ არის, წინამდებარე ნაწილი ნაკლებად ეძღვნება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციასთან შედარებად, ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის შინაარსობრივ დებულებებს, არამედ მათი გამოყენების საკითხს. ამას აქვს ორი მიზეზი: ერთი მხრივ, ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის გამოყენება, მოქალაქის გადმოსახედიდან, ნიშნავს წარმოების გამარტივებას, იმ მოქალაქისა, რომლის მიმართ წარდგენილია სისხლისსამართლებრივი ბრალდება. მას არ მოუწევს, ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში, ინდივიდუალური საჩივრის წარსადგენად, გრძელი გზის გავლა (განსაკუთრებით, გასაჩივრების შიდასახელმწიფოებრივი რესურსების ამოწურვა), არამედ შეეძლება ზეგავლენა იქონიოს წევრი სახელმწიფოს ნებისმიერი ინსტანციის სასამართლოს მიერ წარდგინების გაკეთებაზე. მეორე მხრივ, ევროკავშირის ძირითადი უფლებები მონაწილეობას იღებს ევროკავშირის სამართლის უპირატეს გამოყენებაში.²² იმ შემთხვევაშიც კი, თუ შესაბამისი სისხლის სამართლის ნორმა მისი სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობით ცალსახად განხორციელებული იქნებოდა, დაუსჯელობის დასაბუთება მეთოდოლოგიურად შედარებით ადვილი იქნებოდა ევროკავშირის სამართლის ზოგადად აღიარებული უპირატესი გამოყენების პრინციპის საფუძველზე (რაც შეგვიძლია შევადაროთ კონვენციის შესაბამის სამართლის განვითარებას).²³

22 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2024, Art. 51 Rn. 25; *Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Einl. Rn. 9, Art. 51 Rn. 19.

23 შიდა ბაზართან დაკავშ. იხ. მაგ. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl., 2020, § 9 Rn. 92 ff., insbes. Rn. 95.

1. რეტროსპექტივა: პოლიტიკური პროტესტი და თავისუფალი გადაადგილება შიდა ბაზარზე

თუ რა როლი აქვს ძირითად უფლებებს ევროკავშირის სამართალში – ან აღრინდელ ევროგაერთიანებაში – პოლიტიკური საპროტესტო აქციების კონტექსტში, არც თუ ისე ახალი საკითხია. ეს კითხვა გაჩნდა ჯერ კიდევ 25 წლის წინ, როდესაც, საპროტესტო აქციის შედეგად, გადაიკეტა ავსტრიასა და იტალიას შორის ავტობანი. ამის შედეგად, სატრანსპორტო კომპანიები რამდენიმე დღით შეფერხდნენ და ვერ ახერხებდნენ ავტობანით სარგებლობას, რის გამოც ავსტრიის რესპუბლიკისგან ზიანის ანაზღაურება მოითხოვეს. მათი დასაბუთება იყო შემდეგი: საქონელბრუნვის ევროპული თავისუფლების დასაცავად, ავსტრიის კომპეტენტურ უწყებებს უნდა უზრუნველყოთ აღნიშნული ბლოკადის აღკვეთა და დაშლა. ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ კი აღნიშნა, შმიდბერგერის საქმეზე, რომ ევროპული ძირითადი თავისუფლებები (როგორცაა, მაგალითად, საქონელბრუნვის თავისუფლება) შეზღუდვადია, იმ ძირითადი უფლებების უზრუნველსაყოფად, როგორებიცაა სიტყვისა და შეკრების თავისუფლება.²⁴ სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, წევრი სახელმწიფოები, მსგავს შემთხვევაში, უფლებამოსილნი არიან, დაუშვან პოლიტიკური საპროტესტო აქცია. ეს სულაც არ არის წევრი სახელმწიფოების ვალდებულება. გადანწყვეტილებაში არაფერია ნათქვამი იმასთან დაკავშირებით, შესაძლებელია თუ არა, რომ პოლიტიკური საპროტესტო აქციების დროს, ევროპულმა ძირითადმა უფლებებმა განაპირობონ ეროვნული სისხლის სამართლის შეზღუდვა. ნებისმიერ შემთხვევაში, ერთი ტენდენცია ნამდვილად შეინიშნება: შეზღუდვადია თვით ძირითადი თავისუფლებებიც კი, როგორცაა ევროპული შიდა ბაზარი, თუ ეს აუცილებელია მოქალაქეთა დემოკრატიულ საზოგადოებაში პოლიტიკური მონაწილეობისთვის.

24 EuGH, Rs. C-112/2000, Schmidberger, Rn. 74 ff.

2. ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტია

როდესაც განვიხილავთ ადამიანის ძირითად უფლებათა ქარტიას, მნიშვნელოვანი საკითხია, თუ საერთოდ რამდენად გამოყენებადია ისინი, როდესაც პოლიტიკური პროტესტი იქცევა სისხლისსამართლებრივ სანქციებად. ამ თვალსაზრისით მნიშვნელოვანია ძირითადი უფლებების ქარტიის 51-ე მუხლის პირველ პუნქტი: ქარტიის ძირითადი უფლებები სავალდებულოა წევრი სახელმწიფოებისთვის ევროკავშირის სამართლის „დანერგვის დროს“. იმ შემთხვევაშიც კი, თუ ევროკავშირის ძირითადი უფლებები უზრუნველყოფს დაცვის ფართო სტანდარტს, როგორც ეროვნულ გარანტიას, რაც გერმანული და არა ევროკავშირის გადმოსახედიდან, უფრო მეტად გამონაკლისია (ვინ იცის, იქნებ სამომავლოდ, ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლო პრაქტიკა უფრო ძლიერად განვითარდეს ევროკავშირის ძირითადი უფლებების მიმართულებით, რათა ეს, გერმანული გადმოსახედიდან, უფრო მნიშვნელოვანი გახდეს?), წინასწარ ყოველთვის იბადება კითხვა, შესაძლებელია თუ არა მისი გამოყენება სისხლის სამართლის საქმეზე, პოლიტიკური პროტესტის ფონზე. აქ ვხედავ ძალიან საინტერესო საარგუმენტაციო პოტენციალს.

a) სისხლისსამართლებრივი დებულებები ევროკავშირის სამართლის დასაწერად

ქარტით უზრუნველყოფილი გარანტიების გამოყენება შესაძლებელია 51-ე მუხლის პირველი პუნქტის საფუძველზე, იმ შემთხვევაში, თუ ქმედების შემადგენლობა წარმოადგენს ევროკავშირის სამართლის რეგულირების საგანს. განსაკუთრებით, თუ მისი მიზანია, ევროკავშირის სამართლებრივი აქტის დანერგვა წევრი სახელმწიფოების სისხლის სამართლის სპრემონიზაციის მიზნით. გერმანული გადმოსახედიდან, კარგი მაგალითია ორგანიზებულ დანაშაულთან ბრძოლის შესახებ 2008 წლის ჩარჩო-გადაწყვეტილება,²⁵ რომელიც ავალდებულებს წევრ სახელმწიფოებს, კრიმინალური დაჯგუფების წევრობის ქმედების შემადგენლობის შემოღებას (ან არსებულის შენარჩუნებას). გერმანიაში,

25 Rahmenbeschluss 2008/841/JI, ABI. L 300 vom 11.11.2008, 42-45.

კლიმატის დაცვის ინტენსიური პროტესტის გამო, მიმდინარეობდა გამოძიება „ბოლო თაობის“ დაჯგუფების წევრების წინააღმდეგ, თითქოსდა მათ ჩაედინოთ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 129-ე პარაგრაფით დასჯადი ქმედება.²⁶ ამ გამოძიების საფუძველი გახდა ის, რომ აღნიშნული ჯგუფის წევრები სისტემატურად აწყობდნენ გზის გადაკეტვის აქციებს, რაც, გარკვეული წინაპირობების საფუძველზე, ქმნიდა შემდეგ ქმედების შემადგენლობებს, კერძოდ, იძულებას ან სატრანსპორტო მოძრაობისთვის საფრთხის შექმნას. ამ შემთხვევაში საქმე ეხება კავშირის სამართლით განსაზღვრული, ანუ ხსენებული ჩარჩო-გადაწყვეტილების იმპლემენტაციისთვის განკუთვნილი დანაშაულის შემადგენლობის (სსკ § 129) გამოყენებას, რის გამოც ევროკავშირის ძირითად უფლებათა ქარტიის გამოყენება მისი 51-ე მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად შესაძლებელია.

თუმცა, აქ თავს იჩენს სპეციფიკური პრობლემა: ევროკავშირის ჩარჩო-გადაწყვეტილება განსაზღვრავს დანაშაულებრივ გაერთიანებას, როგორც პირთა წრეს, რომლებიც ჩადიან დანაშაულს ფინანსური სარგებლის მისაღებად. ასეთი სარგებლის მიღების მოტივაცია კი არ ამოძრავებდა „ბოლო თაობას“. გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 129-ე პარაგრაფით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობა, თავის მხრივ, არ შეიცავს ფინანსური სარგებლის მიღების მოტივაციას, როგორც დასჯის წინაპირობას; ანუ, გერმანელი კანონმდებელი უფრო შორს წავიდა ქმედების კრიმინალიზაციის მხრივ, ვიდრე ამას მოითხოვდა ევროკავშირის სამართლებრივი აქტი. შეიძლება ითქვას ამის ფონზე, რომ აღნიშნული გერმანული სისხლისსამართლებრივი ნორმა ემსახურება ევროკავშირის რეგულაციის დანერგვის მიზანს? ფორმალურად, პასუხი საკმაოდ ცხადია - „არა“: ევროკავშირის ჰარმონიზაციის სამართლებრივი აქტები, სისხლის სამართლის სფეროში, განსაზღვრავს კრიმინალიზაციის მხოლოდ მინიმალურ სტანდარტს (ევროკავშირის საქმიანობის წესის ხელშეკრულების 83-ე მუხლით გათვალისწინებული კომპეტენცია).

26 ob. მაგ. „Durchsuchungen in sieben Bundesländern – Razzien bei ‚Letzte Generation‘ und Homepage abgeschaltet“ in: Legal Tribune Online, 24.05.2023, https://www.lto.de/persistent/a_id/51839 (ნანახია 17.12.2024); კრიტ. *Kuhli/Papenfuß*, *KriPoZ* 2023, 71-77; *Seel*, *StV* 2023, 784-791; *Ebbinghaus*, *HRRS* 2023, 318-325.

იმ შემთხვევაში, თუ ქმედების შემადგენლობის მოწესრიგება წევრ სახელმწიფოში მოიცავს იმგვარ შემთხვევას, რომელიც არ უნდა იყოს დასჯადი ევროკავშირის სამართლებრივი აქტით, ნორმა, ერთი შეხედვით, არ ემსახურება ევროკავშირის რეგულაციის დანერგვის მიზანს. სხვაგვარად იქნებოდა საქმე, ევროკავშირის სამართლებრივი აქტი დასჯადი ქმედების ზედა ზღვარს რომ აწესებდეს (რაც რთულად წარმოსადგენია ევროკავშირის დღევანდელი კომპეტენციის საფუძველზე, სპეციფიურად სისხლისსამართლებრივად მოწესრიგებული სამართლებრივი აქტების დროს²⁷).

თუმცა, მე მაინც მინდა შევეცადო ვაჩვენო, რომ სხვა არგუმენტაციაც არ არის სრულიად გამორიცხული: პირველ რიგში, შეიძლება ითქვას, რომ განსახილველი დანაშაული - გერმანიის შემთხვევაში კრიმინალური გაერთიანება § 129-ის მიხედვით - აბსტრაქტულად მაინც ემსახურება ევროკავშირის ჩარჩო-გადაწყვეტილების იმპლემენტაციას. მაშინაც კი, როდესაც ის გამოიყენება საქმეზე, რომელიც არ არის მოცული ევროკავშირის კრიმინალიზაციის მოთხოვნით, გამოიყენება ნორმა, რომელიც (სხვა მახასიათებლების მხრივ, ანუ პირთა ორგანიზებული გაერთიანების დანაშაულის ჩადენის მიზნით) ემსახურება კავშირის სამართლის იმპლემენტაციას. მეორე, ძირითადი უფლებების პერსპექტივიდან, საკმაოდ უცნაურად შეიძლება მოგვეჩვენოს, რომ შინაარსობრივად უფრო შებლუდული სისხლის სამართლის ნორმის მიმართ მოქმედებს ევროკავშირის ძირითადი უფლებები, ხოლო უფრო ფართო შინაარსის სისხლის სამართლის ნორმის მიმართ, რომლითაც წევრი სახელმწიფო სცდება ევროკავშირის მოთხოვნებს - არა. თუ კავშირის კანონმდებელი მიიჩნევს, რომ ქმედება (მაგალითად, დანაშაულის ჩასადენად გაერთიანება ეკონომიკური სარგებლის მიღების განზრახვის გარეშე) არ არის იმდენად მძიმე, რომ საჭიროებდეს კავშირის მასშტაბით დასჯადობას, მაშინ წევრი სახელმწიფოს უფრო მკაცრი სისხლის სამართლის ნორმა უნდა ექვემდებარებოდეს კიდევ

27 ეს შესაძლებელია სამართლებრივ აქტებში, მაგალითად, ერთიანი შიდა ბაზრის სფეროში, რომლებიც განსაზღვრავს იმას, თუ რა წინაპირობების საფუძველზეა შესაძლებელი გარკვეული საქონლისა ან მომსახურების მიმოქცევაში შემოტანა, ასევე მათი იმავდროული განმარტება, თუ რა არ უნდა იყოს დასჯადი.

უფრო მკაცრ ძირითად უფლებათა შემოწმებას. მიუხედავად იმისა, რომ შეიძლება არგუმენტირება, რომ ასეთ შემთხვევაში მოქმედებს ევროკავშირის ძირითადი უფლებები, ეს აბსტრაქტული ხედვა, ქარტიის 51-ე მუხლის პირველი პუნქტის ფუნქციის გათვალისწინებით, რომელიც ზღუდავს ევროკავშირის კომპეტენციებს და იცავს ეროვნულ ძირითად უფლებათა რეჟიმებს, საუკეთესო შემთხვევაში მყიფე საფუძველზე დგას.

თუმცა, მოდით, გვერდზე გადავლოთ ეს სპეციალური პრობლემა და დავასკვნათ შემდეგი: რამდენადაც პოლიტიკური პროტესტების დროს გამოყენებული უნდა იყოს სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობა, რომელიც ევროკავშირის სამართლით არის განსაზღვრული, გამოიყენება ევროკავშირის ძირითადი უფლებები. კრიმინალური დაჯგუფებების მიღმა მაგალითები არსებული ჰარმონიზაციის სამართლებრივი აქტების საფუძველზე ალბათ არც ისე ბევრი მოიძებნება. ისრაელის მხრიდან ღამასა და ღამებში მოქმედებასთან დაკავშირებით მიმდინარე საპროტესტო აქციების ფონზე, შესაძლებელია რასიზმისა და ქსენოფობიის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ ჩარჩო-გადაწყვეტილებაზე მითითება,²⁸ რომელიც 1-ლი მუხლის 1-ლი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტით წევრ სახელმწიფოებს ავალდებულებს, დასჭადად გამოაცხადონ რელიგიური ნიშნით განსაზღვრული პირთა ჯგუფის მიმართ სიძულვილის გაღვივება. იმ შემთხვევაში, თუ გამოიყენება სისხლისსამართლებრივი ნორმა, რომლის მიზანია კრიმინალიზაციის ვალდებულების დანერგვა, გამოყენებადია ევროკავშირის ძირითადი უფლებები. დასაფიქრებელია ასევე საპროტესტო აქციები, რაც გვაძლევს კომპიუტერული საბოტაჟის შემადგენლობას, ევროკავშირის საინფორმაციო სისტემებზე თავდასხმასთან ბრძოლის დირექტივის შესაბამისად²⁹. ზოგადად, რაც უფრო სიღრმისეულად ერევა ევროკავშირი წევრი სახელმწიფოების სისხლის სამართალში (მუდმივად განხილვის ქვეშ მყოფი, თუმცა ჯერ კიდევ არმიღებული სიძულვილის ენასთან ზოგადი სისხლისსამართლებრივი ბრძოლის დირექტივის კონტექსტში)³⁰, მით უფრო მარტივია ამ სფეროში ევროკავშირის ძირითად უფლებებზე დაყრდნობა.

28 Rahmenbeschluss 2008/913/JI, ABl. L 328 vom 06.12.2008, 55-58.

29 Richtlinie 2013/40/EU, ABl. L 218 vom 14.08.2013, 8-14.

30 თუმცა, იხ. die Richtlinie (EU) 2024/1385 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen (ABl. L 2024/1385 vom 24.05.2024), რომელიც ციფრულ სამყაროში სიძულვილის ენის გამოვლინებასაც ეხება (Art. 7 und 8).

b) ევროკავშირის ძირითადი უფლებების გამოყენება ევროპული დემოკრატიის პრინციპის საფუძველზე?

ნება მიბოძეთ, დასასრულ, წარმოგიდგინოთ იდეა, თუ როგორაა შესაძლებელი, პოლიტიკური პროტესტის ფონზე, ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქართის უფრო მასშტაბური გამოყენება. ევროკავშირის რომელიმე წევრ სახელმწიფოში მიმდინარე პოლიტიკური პროტესტი, უპირველეს ყოვლისა, ეხება მასა და მის სამართლებრივ სისტემას. იმავდროულად, ევროკავშირს შეუძლია, ევროპული გადაწყვეტილების კონტექსტში, ზეგავლენა იქონიოს წევრი სახელმწიფოს პოზიციაზე – როდესაც ეროვნული ხელისუფლება, საპროტესტო ტალღის ფონზე, დაბლოკავს ევროკავშირის გეგმას. უფრო მეტიც, ლისაბონის ხელშეკრულების ამოქმედების შემდეგ, მნიშვნელოვნად გაძლიერდა ევროპარლამენტის პოზიცია; თანაგადაწყვეტილების პროცედურა, რომლის საფუძველზეც სამართლებრივ აქტზე აუცილებელია ევროპარლამენტის თანხმობაც, სისხლის სამართალშიც მოქმედებს. ბუნებრივია, ევროპარლამენტის წევრები აირჩევიან დემოკრატიულად. პოლიტიკურმა პროტესტმა კი შეიძლება ზეგავლენა მოახდინოს ევროპარლამენტართა მოქმედებებზე დემოკრატიულ პროცესებში. რა თქმა უნდა, ამას შეიძლება მოჰყვეს შედეგები ამომრჩეველთა გადაწყვეტილების თვალსაზრისით ევროპარლამენტის არჩევნებზე.

ეს არ არის წმინდა წყლის ფაქტობრივი დაკვირვება, არამედ გამაგრებულია ევროპულ პირველად სამართალში. ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-2 მუხლის მიხედვით, დემოკრატიის პრინციპი არის მთლიანობაში ევროკავშირის საყრდენი სვეტი. ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-10 მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, ევროკავშირის საქმიანობის წესი ეფუძნება წარმომადგენლობითი დემოკრატიის პრინციპს; მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტი კი განსაზღვრავს ევროპულ საბჭოში წარმოდგენილ მთავრობათა, მათივე სახელმწიფოში დემოკრატიულ ანგარიშვალდებულებას. მე-10 მუხლის მე-3 პუნქტი კი უფლებას ანიჭებს ნებისმიერ მოქალაქეს, მონაწილეობა მიიღოს ევროკავშირის პოლიტიკურ ცხოვრებაში. სწორედ ამიტომ, მსურს, დავსვა ეს კითხვა, შეიძლება თუ არა, ევროკავშირის ძირითადი უფლებების გამოყენება გამომდინარეობდეს ევროპული სამართლის ამ განხორციელებული

დემოკრატიის პრინციპიდან? იმ შემთხვევაში, თუ წევრი სახელმწიფო სისხლისსამართლებრივად რეაგირებს პოლიტიკურ პროტესტზე, იგი ხომ არ არის შებოჭილი ევროკავშირის სამართლებრივი დებულებებით? სისხლისსამართლებრივი დევნა ხომ უხეშად ხელყოფს პოლიტიკურ ცხოვრებაში მონაწილეობის უფლებას (ლისაბონის ხელშეკრულების მე-10 მუხლის მე-3 პუნქტი). შესაძლოა, დემოკრატიის პრინციპის ხსენებული ნორმები, ლისაბონის ხელშეკრულების დადებისას, მოიაზრებოდა, როგორც დეკლარაციული ხასიათისა, რამეთუ სერიოზულად არავის უფიქრია იმაზე, რომ პოლიტიკური აზრის თავისუფლებაში ჩასარეგად, ევროპაში მოხდებოდა სისხლის სამართლის ბოროტად გამოყენება. ამისდა მიუხედავად, ეს ნორმები დღესდღეობით მოქმედი ევროპული სამართალია, ხოლო წევრი სახელმწიფო კი, რომელიც, სისხლისსამართლებრივი მეთოდებით ებრძვის პოლიტიკურ პროტესტს, შებოჭილია მათი მოქმედებით. ანუ, ნებისმიერ მათგანს ეკისრება მტკიცების ტვირთი, შეესაბამება თუ არა სისხლისსამართლებრივი დევნა მოქალაქეთა მიერ პოლიტიკურ პროცესებში მონაწილეობის პრინციპს. თავად დასაბუთების ვალდებულებაც კი ცხადყოფს იმას, რომ აუცილებელია ლისაბონის ხელშეკრულების მე-10 მუხლის მე-3 პუნქტით გათვალისწინებულ დებულებებზე, ანუ, ევროკავშირის პრინციპების გამოყენებაზე ორიენტაცია, იმ შედეგით, რომ გამოყენებადი იყოს ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის 51-ე მუხლის პირველი პუნქტის ნორმები.

ამასთანავე, შესაძლებელია მე-10 მუხლის მე-3 პუნქტის უშუალოდ გამოყენება მისი შინაარსობრივი სიცხადისა და განუსაზღვრელობის გამო,³¹ რის გამოც ეს ნორმა შეიძლება კოლიზიური იყოს წევრი სახელმწიფოს სამართალში სისხლისსამართლებრივი დევნისა. ამ შემთხვევაში, საჭირო აღარ იქნება ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიის 51-ე მუხლის პირველი პუნქტის „შემოვლითი გზა“. თუმცა, ევროკავშირის სამართლით განსაზღვრული სისხლისსამართლებრივი დევნა შესაძლებელი უნდა იყოს ძირითადი უფლებების საფუძველზე. საბოლოოდ, ყველაფერი მანაც დამოკიდებულია ძირითადი უფლებების ქარტიის განმარტებაზე.

31 *Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl., 2020, § 8 Rn. 14.*

ამ სამართლებრივი კონსტრუქციის შედეგები საკმაოდ მასშტაბურია. თუმცა, ვინაიდან ეს არ არის მხოლოდ საკვირაო ქადაგება, რომ ევროკავშირი წარმოადგენს ევროპის ხალხთა უფრო მჭიდრო გაერთიანებას (ლისაბონის ხელშეკრულების პირველი მუხლი), გასათვალისწინებელია ასევე სულ უფრო მზარდი პოლიტიკური კონტექსტი. როდესაც პოლიტიკური პროტესტი ეხება იმსაკითხს, რომელიც (ასევე) წარმოადგენს ევროკავშირის რეგულირების კომპეტენციას, მას აქვს ევროპული განზომილება. სწორედ ამიტომ, გაგვიჩნია ევროპული ძირითადი უფლებების გამოყენების კარგი არგუმენტები.

V. დასკვნა

რა დასკვნა შეგვიძლია დასასრულ გამოვიტანოთ? მე შევეცადე, ცალკეული, შერჩეული გადაწყვეტილებების საფუძველზე, გამეკეთებინა გარკვეული განმარტებები, თუ რამდენად შესაძლებელია დამატებითი შეზღუდვების დაწესება სისხლის სამართლის საქმეზე, პოლიტიკური პროტესტის გამო, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ძირითადი უფლებების მხრივ, ისეთი სახელმწიფოს გადმოსახედიდან, როგორცაა გერმანია, რომელიც აცხადებს საკუთარ თავს სრულყოფილ დემოკრატიულ სამართლებრივ სახელმწიფოდ. ასევე შევეცადე, ამეხსნა, რომ უფრო ძლიერი როლი ეკისრება ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიასაც. შესაძლოა, ეს უკანასკნელი შინაარსობრივად ჯერ არ იყოს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციამე უფრო მასშტაბური, თუმცა, ის მაინც აძლიერებს ევროპული ძირითადი უფლებების უნარიანობას სისხლის სამართლის საქმეზე. ხოლო, თუ ამან ხელი შეიძლება შეუწყოს იმას, რომ ნებისმიერ დემოკრატიულ საზოგადოებაში მიმდინარე პოლიტიკური პროტესტი თავისუფალი იყოს არაპროპორციული სისხლის სამართლებრივი რეპრესიებისაგან, ეს, ნებისმიერ შემთხვევაში, იქნება სწორი მიმართულებით გადადგმული ნაბიჯი.

DER UMGANG DES STRAFRECHTS MIT POLITISCHEM PROTEST – AUS DER PERSPEKTIVE DER EUROPÄISCHEN GRUNDRECHTE

Prof. Dr. **Frank Zimmermann**, Universität Freiburg

I. Einleitung

Schon wenige Stichworte genügen, um zu veranschaulichen, dass wir in einer Zeit der Polykrise leben: COVID-19-Pandemie, Rechtsstaatskrise, Klimakrise, Krieg in der Ukraine und in Gaza. Hier in Georgien müssen außerdem natürlich die innenpolitischen Verwerfungen mit Blick auf eine prowestliche Ausrichtung des Landes erwähnt werden. Solche Krisen sind stets auch Anlass für politische Proteste – und da dies eine strafrechtliche Tagung ist, interessiert hier in erster Linie deren strafrechtliche Schattenseite. Auch wenn es dabei nicht zu körperlichen Auseinandersetzungen kommt, ist die Bandbreite in Betracht kommender Straftatbestände immens. Denken lässt sich zum einen an eher formale Strafvorschriften, die etwa bestimmte Anforderungen an die Anmeldung oder Durchführung von Demonstrationen regeln. Zum anderen kommen zahlreiche Allgemeindelikte in Betracht, etwa Widerstandsdelikte im Zusammenhang mit der Nichtbefolgung polizeilicher Anweisungen, bei einer Straßenblockade eine Nötigung von Verkehrsteilnehmern sowie ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, der Tatbestand der Beleidigung und andere Äußerungsdelikte, Sachbeschädigung (z.B. wenn öffentliche Gegenstände mit Graffiti beschriftet werden) etc. Diese Auflistung ließe sich noch lange fortsetzen.

Dieser Beitrag wird der Frage nachgehen, welche Grenzen sich aus den Grundrechten – und genauer: den europäischen Grundrechten – für die Strafverfolgung anlässlich politischer Proteste ergeben. Dafür werde ich zunächst kurz einige Schlaglichter auf die innerstaatlichen Grundrechte werfen, und zwar am Beispiel des deutschen Rechts. Zweitens werde ich mich, wiederum nur überblicksartig, mit Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) befassen. Drittens werde ich mich den Grundrechten im Recht der Europäischen Union (EU) zuwenden, insbesondere der EU-Grundrechtecharta (GRC).

II. Die innerstaatlichen Grundrechte

Als ich das letzte Mal in Tbilissi einen Vortrag halten durfte, lautete der Titel: „Das Verhältnis von Strafrecht und Meinungs- bzw. Versammlungsfreiheit bei politischen Demonstrationen in Deutschland“. Da dieser Text zwischenzeitlich publiziert wurde,¹ werde ich auf die seinerzeit behandelten Aspekte heute nicht noch einmal vertieft eingehen. Zusammenfassend lässt sich aber Folgendes sagen: Bei politischen Protestaktionen spielen in Deutschland die Grundrechte der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) eine zentrale Rolle. Beide sind jedoch nicht vorbehaltlos gewährleistet: Die Meinungsfreiheit unterliegt den Schranken der allgemeinen Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG), wozu insbesondere auch die Strafgesetze zählen. Versammlungen sind nur geschützt, soweit sie „friedlich“ ablaufen – daran ließe sich bei oberflächlicher Betrachtung zweifeln, wenn es im Rahmen einer Versammlung zur Begehung von Straftaten kommt (insbesondere einer Nötigung mit dem in Deutschland sehr weit verstandenen Tatbestandsmerkmal der „Gewalt“). Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht schon früh festgehalten, dass die (Straf-)Gesetze, die der Meinungsfreiheit Grenzen setzen, selbst im Lichte der Meinungsfreiheit restriktiv ausgelegt werden müssen.² Ebenso bestimmt sich die Friedlichkeit einer Versammlung nicht danach, ob es im Zuge derselben zu strafbaren Nötigungen kommt, sondern anhand eines eigenständigen, verfassungsrechtlichen Maßstabs. Danach fallen jedenfalls passive Formen des Protests – mögen sie sich aus einer strafrechtlichen Perspektive auch als „Gewalt“ darstellen – in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit.³

Allerdings lassen die innerstaatlichen Grundrechte teils beträchtliche Spielräume für die Bestrafung von politischen Protestaktionen. Berühmt-berüchtigt ist in Deutschland die schon angeklungene Weite des Gewaltbegriffs im Nötigungstatbestand des § 240 StGB. Sobald eine Protestaktion ein physisches Hindernis für andere Personen begründet (etwa durch Anketten, wohl auch durch

1 *F. Zimmermann*, in: Jishkariani/Waßmer (Hrsg.), *Deutsch-georgischer Rechtsdialog. Strafrecht und Menschenrechte*, Tbilissi 2023, S. 169 ff.

2 BVerfGE 7, 198 (208 f.); BVerfGE 93, 266 (290); BVerfGE 111, 147 (155).

3 BVerfGE 73, 206 (248 f.); BVerfGE 104, 92 (104 ff., insb. 106); *Gusy*, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Aufl. 2024, Art. 8 Rn. 23 f.

das Festkleben an der Straße), kann darin ein als Nötigung zu qualifizierender Akt der Gewalt gesehen werden.⁴ Ebenso hat jede deutsche Jurastudierende wohl schon einmal von der „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ gehört, der zufolge eine strafbare Nötigung auch vorliegen kann, wenn eine Sitzdemonstration dazu führt, dass Autofahrer anhalten und selbst zu einem körperlichen Hindernis für weitere Verkehrsteilnehmer werden.⁵ Grundrechte wie die Versammlungsfreiheit und ein gesellschaftliches Kommunikationsanliegen können dann nur noch im Rahmen der Feststellung der von § 240 Abs. 2 StGB vorausgesetzten „Verwerflichkeit“ berücksichtigt werden.⁶ Die hiermit verbundene Gesamtabwägung fällt gerade bei massenwirksamen Blockadeaktionen leicht zuungunsten des Angeklagten aus.⁷ Neben der Weite von Strafvorschriften ist es teils auch der eng interpretierte Schutzbereich von Grundrechten, der Strafbarkeitsrisiken schafft. So ist in Deutschland zweifelhaft, inwieweit rein oder doch wenigstens vorwiegend tatsächliches Verhalten der Meinungsfreiheit unterfällt,⁸ und sowohl die Meinungs- als auch die Versammlungsfreiheit schützen im Grundsatz keine Eingriffe in fremdes Eigentum.⁹ Schon an dieser Stelle sei erwähnt, dass diese Sichtweise nicht zwangsläufig auf andere Rechtsordnungen übertragen werden kann. So gibt es beispielsweise in Frankreich höchstrichterliche Rechtsprechung dazu, dass die Meinungsfreiheit unter bestimmten Umständen selbst die Wegnahme von Gegenständen (konkret ging es um ein Portrait des Staatspräsidenten aus einem öffentlichen Gebäude) legitimieren kann.¹⁰ Dieser hier nur angedeutete Blick

4 OLG Karlsruhe BeckRS 2024, 2340 (Rn. 9); OLG Karlsruhe BeckRS 2015, 3539 (Rn. 7); *Schluckebier/Werner*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch-Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 240 Rn. 5 ff., insb. Rn. 9.

5 BGHSt 41, 182 (184 ff.).

6 *Schluckebier/Werner*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch-Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 240 Rn. 9, 20; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 26 f.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2023, § 240 Rn. 22.

7 KG Berlin NJ 2024, 180 (182); AG Freiburg BeckRS 2023, 11463 (Rn. 24-43); *Erb*, NStZ 2024, 577 (578 f.).

8 *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 105 EL 2024, Art. 5 Rn. 82.

9 *Kaiser*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Rn. 69; *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 105. EL 2024, Art. 8 Rn. 85.

10 Cour de cassation, Crim., 29.03.2023, n° 22-83.458; Überblick zur Entwicklung der Rechtsprechung und Kritik bei *Saenko*, Revue Trimestrielle de Droit Commercial 2023, S. 463.

über die Grenze zeigt, dass es sich lohnt, die innerstaatliche Perspektive mit den Grundrechtsgarantien anderer Rechtsordnungen abzugleichen.

III. Die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)

Lassen Sie uns deshalb nun im nächsten Schritt auf die zweifellos bedeutsamste Grundrechtsordnung in Europa blicken: die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).

Speziell die in Art. 11 EMRK gewährleistete Versammlungsfreiheit hat bereits zu einer so großen Vielzahl von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Anlass gegeben, dass sie hier nicht ansatzweise referiert werden kann. Wichtig ist insbesondere das Verlangen des EGMR, dass formale Anforderungen, etwa an die Anmeldung oder Genehmigung von Demonstrationen (die der Gerichtshof nicht pauschal für unzulässig hält), nicht zu einem versteckten Hindernis für die Ausübung der Versammlungsfreiheit werden dürfen.¹¹ Der EGMR verlangt von den staatlichen Gerichten bei der Nichtbeachtung solcher formaler Voraussetzungen ein gewisses Maß an Toleranz; ihre Einhaltung stelle keinen Selbstzweck dar, weshalb sie seitens der Behörden flexibel gehandhabt werden müssten.¹²

Besondere Erwähnung verdient vor dem Hintergrund der gerade geschilderten deutschen Herangehensweise an Straßenblockaden auch der Fall *Kudrevičius et al. v. Litauen*.¹³ Dort ging es um eine Straßensperre von Bauern, die partiell zu körperlichen Auseinandersetzungen mit an der Durchfahrt gehinderten LKW-Fahrern führte. Der EGMR betonte insoweit, dass sporadische Gewalttätigkeiten Anderer einem Versammlungsteilnehmer nicht den Schutz der Versammlungsfreiheit nehmen.¹⁴ Die Straßenblockade als solche ordnete

11 EGMR, Urt. v. 07.02.207, *Lashmankin and Others v. Russia*, 57818/09, Rn. 451 ff., 456; Urt. v. 15.11.2018, *Nawalnyy v. Russia*, 29580/12, Rn. 140–142.

12 EGMR, Urt. v. 15.10.2015, *Kudrevičius and Others v. Lithuania*, 37553/05, Rn. 150; Urt. v. 15.11.2018, *Nawalnyy v. Russia*, 29580/12, Rn. 143.

13 EGMR, Urt. v. 15.10.2015, *Kudrevičius and Others v. Lithuania*, 37553/05.

14 EGMR, a.a.O., Rn. 94.

der Gerichtshof im Umkehrschluss als „friedlich“ ein, obwohl sie ein physisches Hindernis für die LKW-Fahrer begründete. Darin können (und sollten) auch deutsche Gerichte einen Fingerzeig sehen, dass sie die Versammlungsfreiheit bei Klimaprotesten jedenfalls nicht vorschnell außer Acht lassen dürfen.

In manchen Entscheidungen hat der Gerichtshof ferner angedeutet, dass er auch den Anwendungsbereich der Meinungsfreiheit etwas großzügiger zu ziehen scheint, als dies in Deutschland der Fall ist. So hat er im Jahr 2022 die Verurteilung einer Femen-Aktivistin aufgrund eines Exhibitionismus-Tatbestands durch ein französisches Gericht als Verletzung der Meinungsfreiheit gerügt.¹⁵ Selbst wenn Demonstrierende Dritte körperlich an der Vornahme einer Handlung hindern, ist es ihnen nicht von vornherein verwehrt, sich auf die Meinungsfreiheit zu berufen: Die Entscheidung *Steel and Others v. Vereinigtes Königreich*¹⁶ betraf Proteste von Umweltaktivisten gegen eine Moorhuhnjagd und einen Straßenbau; hierin stellte der Gerichtshof recht deutlich fest: „It is true that these protests took the form of physically impeding the activities of which the applicants disapproved, but the Court considers nonetheless that they constituted expressions of opinion within the meaning of Article 10.“¹⁷ Im Fall *Drieman et al. v. Norwegen*¹⁸ ging es um eine Protestaktion von Greenpeace, mit der ein norwegisches Schiff am Walfang gehindert wurde. Auch in diesem Fall unterstellte der Gerichtshof zunächst (ohne sich insoweit abschließend festzulegen), dass der Schutzbereich der Meinungsfreiheit bei rein tatsächlichem Verhalten eröffnet sein kann. Allerdings nahm der Gerichtshof in beiden Entscheidungen später eine Einschränkung auf der Ebene der Grundrechtsschranken vor. Speziell in der *Drieman*-Entscheidung postulierte der Gerichtshof, dass Akte der Nötigung nicht den gleichen rechtlichen Schutz genießen wie politische Debattenbeiträge oder gewaltfreie Versammlungen: „[...] the particular method of action used by the applicants amounted to a form of coercion forcing the whalers to abandon their lawful activity. In the Court’s view, the disputed interference related to conduct which could not enjoy the same privileged protection under the Convention as political speech or

15 EGMR, Urf. v. 13.10.2022, *Bouton v. France*, 22636/19, Rn. 31 ff.

16 EGMR, Urf. v. 23.09.1998, *Steel and Others v. The United Kingdom*, 7/1997/851/1058.

17 EGMR, a.a.O., Rn. 92.

18 EGMR, Beschl. v. 04.05.2000, *Drieman and Others v. Norway*, 33678/96.

debate on questions of public interests or the peaceful demonstration of opinions on such matters [...].¹⁹ Zumindest auf der Ebene des Schutzbereichs aber lässt sich in der EGMR-Rechtsprechung eine größere Aufgeschlossenheit für den Schutz tatsächlichen Verhaltens durch die Meinungsfreiheit sehen.

Zuletzt sei noch auf ein Spezifikum der EMRK hingewiesen: Ihr Art. 18 enthält eine Vorschrift, die einen Missbrauch von Grundrechtseinschränkungen untersagt. Dieser auf den ersten Blick recht unscheinbaren Vorschrift hat der EGMR in den letzten Jahren eine eigenständige Rolle beigemessen, wenn das Strafrecht oder Strafverfahren zu politischen Zwecken missbraucht wird.²⁰ Davon wird man sicherlich bei den allermeisten Fällen, wenn politische Proteste zu einem Fall für die Strafjustiz werden, noch nicht sprechen können. Wenn sich in solchen Strafverfahren aber ein System offenbart, das auf die Unterdrückung einer missliebigen Meinung ausgerichtet ist, kommt unter Umständen eine zusätzliche Verurteilung des betreffenden Staates wegen eines Verstoßes gegen Art. 18 EMRK in Betracht – die dann sogar eine besonders stigmatisierende Wirkung hat.²¹

IV. Die Grundrechte der Europäischen Union

Ich komme nun zum dritten Teil des Vortrags: Der Rolle der Grundrechte der Europäischen Union bei politischen Protestaktionen. Dabei ist vorwegzuschicken, dass die in der seit 2009 rechtsverbindlichen Grundrechte-Charta verbürgten Rechte vielfach der EMRK nachgebildet sind. Art. 52 Abs. 3 der Charta sagt ausdrücklich, dass die Charta-Garantien dieselbe Reichweite haben sollen wie inhaltlich entsprechende Konventionsrechte. Natürlich bleibt es aber möglich, dass die Charta ein höheres Schutzniveau bereitstellt als die EMRK – im Hinblick darauf, dass die Mitgliedstaaten der EU sich als besonders fortschrittlicher Raum

19 EGMR, a.a.O.

20 Ausführliche Zusammenstellung und Konsolidierung der Rechtsprechung in EGMR, Urt. v. 28.11.2017, *Merabishvili v. Georgia*, 72508/13 Rn. 264 ff. und 287 ff.; zuvor etwa Urt. v. 31.05.2011, *Khodorkovskiy v. Russia*, 5829/04, Rn. 254 f.; Urt. v. 03.07.2012, *Lutsenko v. Ukraine*, 6492/11, Rn. 108 ff.

21 *Satzger/Zimmermann/Eibach*, EuCLR 2014, 91, 111 ff.

der Freiheit verstehen, erscheint es nicht prinzipiell ausgeschlossen, dass der EuGH künftig bestimmte Grundrechtspositionen bei politischen Protesten noch stärker akzentuieren wird als bislang der EGMR. Da dies derzeit aber jedenfalls noch nicht absehbar ist, widmet sich der folgende Abschnitt weniger den der EMRK vergleichbaren inhaltlichen Aussagen der EU-Grundrechte, sondern der vorgelagerten Frage nach ihrer Anwendbarkeit. Dies hat zwei Gründe: Zum einen würde die Anwendbarkeit der EU-Grundrechte-Charta aus der Perspektive der Bürgerin, die sich strafrechtlicher Vorwürfe erwehren muss, eine Vereinfachung des Verfahrens bedeuten. Sie müsste nicht den zeitaufwändigen Weg einer Individualbeschwerde zum EGMR beschreiten (insbesondere den innerstaatlichen Rechtsweg ausschöpfen), sondern könnte auf eine Vorlage bereits durch das mitgliedstaatliche Instanzgericht hinwirken. Zum anderen nehmen die EU-Grundrechte am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teil.²² Selbst wenn die betreffende Strafnorm ihrem Wortlaut nach eindeutig verwirklicht wäre, ließe sich die Straflosigkeit mittels des prinzipiell allgemein anerkannten unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs – verglichen etwa mit einer konventionskonformen Rechtsfortbildung – methodisch relativ leicht begründen.²³

1. Ein Rückblick: Politischer Protest und die Freizügigkeit im Binnenmarkt

Welche Rolle die Grundrechte im Recht der Europäischen Union – oder früher der Europäischen Gemeinschaften – bei politischen Protestaktionen spielen, ist keine ganz neue Frage. Sie stellte sich schon vor einem Vierteljahrhundert, als eine Protestaktion zur Blockade der Brenner-Autobahn zwischen Österreich und Italien führte. Dies hinderte Transportunternehmen für einige Tage an einem Transport über diese Route, weshalb sie von der Bundesrepublik Österreich Schadensersatz begehrten. Ihre Begründung: Zur Wahrung der europäischen Warenverkehrsfreiheit hätten die österreichischen Behörden die fragliche Blockade unterbinden oder auflösen müssen. Der Europäische Gerichtshof

22 *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2024, Art. 51 Rn. 25; *Jarass*, in: Jarass (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Einl. Rn. 9, Art. 51 Rn. 19.

23 S. für die Grundfreiheiten des Binnenmarktes etwa *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl., 2020, § 9 Rn. 92 ff., insbes. Rn. 95.

entschied seinerzeit in der Rechtssache Schmidberger, dass die europäischen Grundfreiheiten (wie die Warenverkehrsfreiheit) eingeschränkt werden können, um Grundrechten wie der Meinungs- und der Versammlungsfreiheit Rechnung zu tragen.²⁴ Mit anderen Worten: Es ist den Mitgliedstaaten *erlaubt*, in einem solchen Fall eine politische Protestaktion zuzulassen. Das bedeutet freilich nicht, dass sie hierzu auch *verpflichtet* wären. Für die uns interessierende Frage, ob die europäischen Grundrechte eine Einschränkung des nationalen Strafrechts bei politischen Protestaktionen *erzwingen* können, ist die Entscheidung daher wenig aussagekräftig. Allenfalls eine Tendenz lässt sich ihr entnehmen: Selbst die Grundfreiheiten als Herzstück des europäischen Binnenmarktes können eingeschränkt werden, soweit die in einer demokratischen Gesellschaft unerlässliche politische Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger es erforderlich macht.

2. Die Grundrechte-Charta der Europäischen Union (GRC)

Wenn wir uns der Grundrechte-Charta zuwenden, ist *die* zentrale Frage, inwieweit sie überhaupt anwendbar ist, wenn politischer Protest zu strafrechtlichen Sanktionen führt. Die maßgebliche Vorschrift findet sich in Art. 51 Abs. 1 GRC: Danach sind die Grundrechte der Charta für die Mitgliedstaaten verbindlich „bei der Durchführung“ von Unionsrecht. Auch wenn EU-Grundrechte also einen weitergehenden Schutzstandard als nationale Garantien versprechen – was aus deutscher Perspektive wohl eher die Ausnahme sein dürfte, aus der Perspektive anderer Mitgliedstaaten aber vielleicht nicht (und wer weiß, ob sich nicht künftig die Rechtsprechung des EuGH stärker in Richtung einer Betonung der EU-Grundrechte entwickelt, so dass dies auch aus deutscher Sicht bedeutsamer wird?) –, stellt sich vorab stets die Frage, ob sie in einem Strafverfahren aufgrund einer Form von politischem Protest zur Geltung gebracht werden können. Und hier sehe ich interessantes Argumentationspotenzial.

24 EuGH, Rs. C-112/2000, Schmidberger, Rn. 74 ff.

a) Strafvorschriften zur Umsetzung von Unionsrecht

Ohne Weiteres lässt sich auf der Grundlage des Art. 51 Abs. 1 GRC die Anwendbarkeit der Charta-Garantien begründen, sofern der zur Anwendung kommende Straftatbestand unionsrechtlich beeinflusst ist – das ist insbesondere der Fall, wenn er der Umsetzung eines EU-Rechtsakts zur Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Strafrechts dient. Ein gerade aus deutscher Sicht interessantes Beispiel ist der Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität aus dem Jahr 2008.²⁵ Er verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen Straftatbestand der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung einzuführen (oder, falls sie ihn bereits haben, ihn beizubehalten). Im Zuge der in Deutschland bis vor Kurzem sehr intensiven Proteste für mehr Klimaschutz wurde gegen Mitglieder der Gruppe „Letzte Generation“ wegen des Verdachts ermittelt, sie seien in einer kriminellen Vereinigung aktiv, und hätten sich daher nach § 129 StGB strafbar gemacht.²⁶ Hintergrund dieser Ermittlungen war, dass die besagte Gruppe regelmäßig Blockadeaktionen im Straßenverkehr durchführte, die unter bestimmten Voraussetzungen z.B. den deutschen Straftatbeständen der Nötigung oder der Gefährdung des Straßenverkehrs unterfielen. Im Ausgangspunkt handelt es sich hierbei um die Anwendung eines unionsrechtlich determinierten, also der Umsetzung des genannten Rahmenbeschlusses dienenden Straftatbestands (§ 129 StGB), so dass eine Anwendung der EU-Grundrechte-Charta gem. deren Art. 51 Abs. 1 in Betracht kommt.

Allerdings stellt sich insoweit ein spezielles Problem: Im EU-Rahmenbeschluss ist eine kriminelle Vereinigung als Zusammenschluss von Personen definiert, die Straftaten zur Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils begehen. Dies war bei der „Letzten Generation“ eindeutig nicht der Fall. Der deutsche Straftatbestand des § 129 StGB hingegen enthält das einschränkende Merkmal des beabsichtigten wirtschaftlichen Vorteils nicht; der deutsche Gesetzgeber ist also bei der Kriminalisierung weiter gegangen, als es der EU-Rechtsakt verlangt. Lässt sich

25 Rahmenbeschluss 2008/841/JI, ABI. L 300 vom 11.11.2008, S. 42-45.

26 S. etwa den Artikel „Durchsuchungen in sieben Bundesländern – Razzien bei ‚Letzte Generation‘ und Homepage abgeschaltet“ in: Legal Tribune Online, 24.05.2023, https://www.lto.de/persistent/a_id/51839 (abgerufen am: 17.12.2024); kritisch *Kuhli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, 71-77; *Seel*, StV 2023, 784-791; *Ebbinghaus*, HRRS 2023, 318-325.

trotzdem sagen, dass die deutsche Strafnorm des § 129 StGB in ihrer konkreten Gestalt der Durchführung von Unionsrecht dient? Formal betrachtet ist die Antwort recht eindeutig „nein“: EU-Harmonisierungsrechtsakte im Bereich des Strafrechts legen schon mit Blick auf die in Art. 83 AEUV enthaltenen Kompetenznormen nur Mindestvorschriften für die Kriminalisierung fest. Wenn die Ausgestaltung des Straftatbestands in einem Mitgliedstaat einen Fall erfasst, der nach dem EU-Rechtsakt nicht unter Strafe gestellt werden müsste, dient die Norm *insoweit* auf den ersten Blick *nicht* der Umsetzung von Unionsrecht. Anders wäre dies, soweit ein EU-Rechtsakt zugleich eine Obergrenze des Strafbaren bestimmen würde (was auf der Grundlage der heutigen EU-Kompetenzen bei spezifisch strafrechtlich ausgerichteten Rechtsakten schwer möglich ist²⁷).

Jedoch möchte ich hier zumindest den Versuch unternehmen, aufzuzeigen, dass eine andere Argumentation nicht völlig ausgeschlossen ist: Erstens ließe sich sagen, dass der fragliche Straftatbestand – im Fall der kriminellen Vereinigung in Deutschland also § 129 StGB – abstrakt ja trotzdem der Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses diene. Auch bei seiner Anwendung auf einen Fall, der nicht von der EU-Kriminalisierungsvorgabe erfasst ist, kommt eine Norm zum Einsatz, die (hinsichtlich der anderen Merkmale, also des organisierten Zusammenschlusses einer Mehrzahl von Personen zur Begehung von Straftaten) der Umsetzung von Unionsrecht dient. Zweitens mag es aus einer grundrechtlichen Perspektive recht seltsam anmuten, dass hinsichtlich einer inhaltlich stärker umgrenzten Strafnorm die EU-Grundrechte gelten sollen, hinsichtlich einer weiterreichenden Strafnorm, mit der ein Mitgliedstaat über die EU-Vorgaben hinausgeht, aber nicht: Wenn der Unionsgesetzgeber davon ausgeht, dass ein Verhalten (etwa ein Zusammenschluss zur Begehung von Straftaten, ohne die Absicht, wirtschaftliche Vorteile zu erzielen) nicht so schwerwiegend ist, dass es unionsweit unter Strafe gestellt werden muss, sollte die hierüber noch hinausgehende mitgliedstaatliche Strafnorm eigentlich einer umso strengeren grundrechtlichen Prüfung unterliegen. Obwohl deshalb argumentiert werden *könnte*, dass die EU-Grundrechte in einem

27 Denkbar erschiene dies aber bei Rechtsakten z.B. auf dem Gebiet des einheitlichen Binnenmarktes, die festlegen, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Güter oder Dienstleistungen in Verkehr gebracht werden dürfen, und die damit zugleich definieren, was nicht strafbar sein darf.

solchen Fall gelten, steht diese abstrakte Sichtweise angesichts der Funktion des Art. 51 Abs. 1 GRC, die EU-Kompetenzen zu beschränken und die nationalen Grundrechtsregime zu schonen, bestenfalls auf wackeligem Fundament.

Lassen wir dieses Spezialproblem aber beiseite, bleibt es bei der Feststellung von eben: Soweit bei politischen Protesten ein Straftatbestand zur Anwendung kommen soll, der unionsrechtlich determiniert ist, sind die EU-Grundrechte anwendbar. Beispiele jenseits krimineller Vereinigungen dürften auf der Grundlage der existierenden Harmonisierungsrechtsakte nicht allzu zahlreich zu finden sein. Denkbar erschiene angesichts der aktuellen Nahost-Proteste rund um das Vorgehen Israels in Gaza und dem Libanon ein Abstellen auf den Rahmenbeschluss zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit,²⁸ der in Art. 1 Abs. 1 Buchstabe a die Mitgliedstaaten u.a. verpflichtet, das Aufstacheln zum Hass gegen eine nach den Kriterien der Religion definierte Gruppe von Personen unter Strafe zu stellen. Kommt eine Strafnorm zur Anwendung, die der Umsetzung dieser Kriminalisierungspflicht dient, dürften somit die EU-Grundrechte anwendbar sein. Andenken ließe sich dies möglicherweise noch bei Protestaktionen, die zu einer Computersabotage im Sinne der EU-Richtlinie zur Bekämpfung von Angriffen auf Informationssysteme²⁹ führen. Allgemein gilt: Je tiefer die EU in das Strafrecht der Mitgliedstaaten eingreift – etwa mit einer immer wieder diskutierten, aber bislang nicht verabschiedeten Richtlinie zur allgemeinen³⁰ strafrechtlichen Bekämpfung von Hate Speech – desto leichter wird es, sich auch in diesem Bereich auf die EU-Grundrechte zu berufen.

b) Anwendbarkeit der EU-Grundrechte aufgrund des europäischen Demokratieprinzips?

Lassen Sie mich zum Abschluss eine weitere Idee präsentieren, wie bei politischen Protesten noch sehr viel umfassender die Anwendung der EU-Grundrechte-Charta legitimiert werden könnte: Politische Proteste in einem Mitgliedstaat

28 Rahmenbeschluss 2008/913/JI, ABI. L 328 vom 06.12.2008, S. 55-58.

29 Richtlinie 2013/40/EU, ABI. L 218 vom 14.08.2013, S. 8-14.

30 S. aber die Richtlinie (EU) 2024/1385 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen (ABI. L 2024/1385 vom 24.05.2024), die auch einige Erscheinungsformen von Hate Speech im digitalen Raum erfasst (Art. 7 und 8).

der Europäischen Union betreffen zwar vordergründig zunächst einmal diesen und dessen Rechtsordnung. Zugleich können sie aber die Position dieses Mitgliedstaats bei europäischen Entscheidungen beeinflussen – etwa wenn die nationale Regierung unter dem Eindruck des Protests ein EU-Vorhaben blockiert. Mehr noch: Seit dem Vertrag von Lissabon ist die Position des Europäischen Parlaments erheblich gestärkt; das Mitentscheidungsverfahren, bei dem auch das Europäische Parlament einem Rechtsakt zustimmen muss, ist nun – auch im Strafrecht – der Regelfall. Selbstverständlich werden die Mitglieder des Europäischen Parlaments demokratisch gewählt. Politische Proteste können also auch das Agieren der Europaabgeordneten im demokratischen Prozess beeinflussen. Und natürlich können sie ebenso Folgen für die Wahlentscheidung der Bevölkerung bei Wahlen zum Europäischen Parlament haben.

Dies ist keine rein tatsächliche Beobachtung, sondern sie ist im europäischen Primärrecht verankert: Nach Art. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) ist das Demokratieprinzip insgesamt eine tragende Säule der Union. Nach Art. 10 Abs. 1 EUV beruht die Arbeitsweise der gesamten Union auf dem Gedanken der repräsentativen Demokratie; nach Art. 10 Abs. 2 EUV müssen die im Rat vertretenen Regierungen in ihrem jeweiligen Mitgliedstaat demokratisch Rechnung ablegen. Nach Art. 10 Abs. 3 EUV haben alle Bürgerinnen und Bürger das Recht, am politischen Leben der Union teilzunehmen. Ich möchte deshalb zur Diskussion stellen, ob aus diesen das Demokratieprinzip realisierenden Vorschriften des Unionsrechts die Anwendbarkeit der EU-Grundrechte folgen kann. Wenn ein Mitgliedstaat auf politischen Protest mit den Mitteln des Strafrechts reagiert, ist er dann etwa nicht an die genannten Normen des Unionsrechts gebunden? Die Strafverfolgung greift dann schließlich drastisch in das Recht auf Teilhabe am politischen Leben (Art. 10 Abs. 3 EUV) ein. Es mag sein, dass den genannten Vorschriften zum Demokratieprinzip bei ihrer Schaffung mit dem Vertrag von Lissabon ein vorwiegend deklaratorischer Charakter zugeordnet war, weil man nicht ernsthaft damit rechnete, dass in Europa das Strafrecht missbraucht werden könnte, um in den Wettstreit der politischen Meinungen einzugreifen. Dennoch sind diese Normen heute geltendes Unionsrecht, und ein Mitgliedstaat, der gegen politische Proteste mit dem Mittel des Strafrechts vorgeht, ist an sie gebunden. Er muss also begründen können, weshalb die Strafverfolgung mit dem Recht der

Bürgerinnen und Bürger auf politische Teilhabe in Einklang steht. Schon dieser Begründungsprozess stellt, weil er sich an der Wertung u.a. von Art. 10 Abs. 3 EUV orientieren muss, die Anwendung von Unionsrecht dar – mit der Folge, dass gem. Art. 51 Abs. 1 der Charta die EU-Grundrechte anwendbar sind.

Ebenso ließe sich andenken, Art. 10 Abs. 3 EUV aufgrund seiner inhaltlichen Klarheit und Bestimmtheit für unmittelbar anwendbar zu halten,³¹ so dass diese Vorschrift selbst einer Strafdrohung im mitgliedstaatlichen Recht entgegenstehen könnte. Des „Umwegs“ über Art. 51 Abs. 1 GRC bedürfte es dann – vermeintlich – nicht. Allerdings dürften die Grenzen einer unionsrechtlich legitimierbaren Strafdrohung auch dann letztlich durch einen Rückgriff auf grundrechtliche Wertungen zu gewinnen sein. Es käme also letztlich wieder auf die Wertungen der Grundrechte-Charta an.

Gewiss: Die Konsequenzen dieser rechtlichen Konstruktion wären weitreichend. Aber wenn es nicht nur eine Sonntagsrede sein soll, dass die EU eine immer engere Union der Völker Europas darstellt (Art. 1 EUV), muss sie selbst als zunehmend politische Entität gedacht werden. Jedenfalls wenn politischer Protest eine Frage betrifft, die (auch) in die Regelungszuständigkeit der Union fällt, hat er daher eine europäische Dimension. Es sprechen dann gute Gründe für die Anwendung der europäischen Grundrechte.

V. Fazit

Was können wir abschließend festhalten? Ich habe versucht, anhand einiger, sehr selektiv ausgewählter Entscheidungen deutlich zu machen, dass die Grundrechte der EMRK selbst aus der Perspektive eines Staats, der sich wie Deutschland als reifen demokratischen Rechtsstaat versteht, zusätzliche Schranken für Strafverfahren anlässlich politischer Proteste errichten können. Sodann habe ich versucht, aufzuzeigen, dass daneben ergänzend auch die Grundrechte der EU-Charta eine stärkere Rolle einnehmen können. Mögen sie auch derzeit inhaltlich nicht wesentlich weiter gehen als die EMRK, stärkt dies doch insgesamt

31 *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl., 2022, § 8 Rn. 14.

die Durchschlagskraft der europäischen Grundrechte in Strafverfahren. Und wenn dies dazu beitragen kann, dass der in jeder demokratischen Gesellschaft unerlässliche politische Protest von übermäßigen strafrechtlichen Repressalien freigestellt wird, wäre dies auf jeden Fall ein Schritt in die richtige Richtung.

ქონების დაუფლება კორუფციული გარიგებით

პროფ. დოქტ. **ირაკლი დვალიძე**, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

I. შესავალი

საბაზრო ეკონომიკის პირობებში როგორც სახელმწიფო, ისე სამეწარმეო ორგანიზაციები დაინტერესებულები არიან ნაკლები დანახარჯებით და ხარისხიანად შეასრულონ მათ წინაშე არსებული ამოცანები (მაგალითად, გზების მშენებლობა, შენობა-ნაგებობების სარემონტო სამუშაოები, ორგანიზაციის გამართული მუშაობისთვის საჭირო პროდუქციის შექმნა, წყალმომარაგება და ა.შ.). სასამართლო პრაქტიკაში ხშირია შემთხვევები, როდესაც დგინდება, რომ სახელმწიფოს ან კერძო სამეწარმეო ორგანიზაციის მიერ გამოცხადებულ ტენდერში გამარჯვებული მენარმის მიერ ფაქტობრივად გაწეული ხარჯები არ შეესაბამება სატენდერო ხელშეკრულებით დადგენილი მომსახურების ანდა საქონლის რეალურ ღირებულებას. მსგავს სიტუაციებში პასუხისმგებელ პირთა არაკომპეტენტურობისა და დაუდევრობის გვერდით, მრავლად არის განზრახი ქმედებები, რომლებიც კორუფციული გარიგებების საფუძველზე განხორციელებული საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული შესაბამისი დანაშაულის ნიშნების შემცველია, თუმცა ფაქტობრივი გარემოებების არასწორიან არასრულყოფილი შეფასებისა და სისხლისსამართლებრივი ნორმის მცდარი განმარტების შედეგად, ჩადენილ ქმედებებს ზოგჯერ არასწორი კვალიფიკაცია ეძლევა.

მსგავს სიტუაციებში კვალიფიკაციის კუთხით, უმთავრესად პრობლემურია, ერთი მხრივ, საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებსა და, მეორე მხრივ, სამეწარმეო ან სხვა ორგანიზაციაში სამსახურის ინტერესის წინააღმდეგ მიმართულ და სამოხელეო დანაშაულებს შორის კონკურენციის საკითხის გადანწყვეტა.

ამ მხრივ მეტად აქტუალურია ტენდერში გამარჯვებული პირის მიერ სატენდერო ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ ვალდებულებათა შესრულებისთვის რეალურად საჭირო თანხის უკანონო გაზრდა და

მასთან დაკავშირებული დანაშაულებრივი ოპერაციები, რაც ქართულ არაოფიციალურ საუბრებში საკმაოდ ხშირად რუსული ჟარგონით „Откат“-ით მოიხსენიება.

II. „თანხის შემობრუნება“

ქართულ ენაზე რუსული ჟარგონის „Откат“-ის შესატყვისი ტერმინი არ არსებობს¹. სასამართლო პრაქტიკა აჩვენებს, რომ „Откат“-ის მეთოდით გარკვეული თანხების დანაშაულებრივი დაუფლება საკმაოდ ხშირად ხორციელდება. ვინაიდან მდიდარ ქართულ ენაში არ იძებნება რუსული ჟარგონის „Откат“-ის შესაბამისი ტერმინი, მიზანშეწონილია, მეცნიერებაში შემუშავდეს ასეთი დანაშაულებრივი მეთოდის გამოყენებით ჩადენილი დანაშაულებრივი პროცესის ამსახველი ტერმინი.

„Откат“-ის შესატყვისი ტერმინის დასახელებამდე აუცილებელია ამ მეთოდის გამოყენებით განხორციელებული დანაშაულებრივი პროცესის დახასიათება და ტერმინის მახასიათებელი შესაბამისი გვარეობითი ნიშნების მოძიება. საზოგადოდ, „Откат“-ის მთელი არსი ისაა, რომ თანხის გაცემაზე უფლებამოსილი პირის (რომელიც, თავის მხრივ, ვალდებულია ხელშეკრულების მეორე მხარეს მართლ-მომიერად გადასცეს გარკვეული თანხა) ნებართვით ან სატენდერო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებების შესრულებაზე „ზედამხედველობის“ განმახორციელებელი პირის „დასტურით“ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულების შემსრულებელ პირზე უკანონოდ გაიცემა ხელოვნურად გაზრდილი თანხა. ამის შემდეგ აღნიშნული თანხის ნაწილი უკან უბრუნდება ამ თანხის უკანონოდ გამცემ უფლებამოსილ პირს ანდა სატენდერო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებების შესრულებაზე „ზედამხედველობის“ განმახორციელებელ პირს. ბუნებრივია, ასეთი მანიპულაცია, პრაქტიკულად ყოველთვის წინასწარ არის დამნაშავეებს შორის შეთანხმებული. დაბეჭითებით, შეიძლება ითქვას, რომ

1 ინგლისურად „kickback“, გერმანულად „Gewinnanteil“ ან „Rücklauf“.

პრაქტიკულად გამორიცხულია ისეთი შემთხვევა, როდესაც, ერთი მხრივ, ტენდერში გამარჯვებული კომპანიის წარმომადგენელსა და, მეორე მხრივ, სხვისი საკუთრებიდან თანხის გაცემაზე უფლებამოსილ პირს ანდა სატენდერო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებების შესრულებაზე „მედამხედველობის“ განმახორციელებელ პირს შორის დანაშაულებრივი გარიგება თანხის უკანონოდ გაზრდას, გადარიცხვასა და თანხის დაბრუნებაზე თანხის ჩარიცხვამდე, რომ არ არსებობდეს.

მაშასადამე, რუსული ჟარგონი „Откат“, ფუნქციონალურად თუ განიმარტება, სხვა არაფერია, თუ არა სატენდერო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული თანხის არამართლმომიერად გაზრდა და მისი დანაშაულებრივი დაუფლება თანამონაწილეობით. წინამდებარე კვლევაში, პირობითად, რუსული ჟარგონის „Откат“-ის შესატყვის ქართულ სიტყვებად გამოყენებული იქნება „თანხის შემობრუნება“.

III. მექრთამეობა თუ საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ შესაბამის დანაშაულში თანამონაწილეობა?

ერთი შეხედვით, „თანხის შემობრუნებაში“ იკვეთება მექრთამეობის (კომერციული მოსყიდვის) ნიშნები, მაგრამ საკითხის სიღრმისეული განხილვით ნათლად წარმოჩინდება, რომ აქ ადგილი აქვს საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულში თანამონაწილეობას. ბუნებრივია, ამ დანაშაულებრივ მოქმედებას თან ახლავს კორუფციული გარიგება, მაგრამ ეს იმას არ ნიშნავს, რომ ქმედება ან კომერციულ მოსყიდვად ან მექრთამეობად უნდა შეფასდეს.

საზოგადოდ ცნობილია, რომ სისხლის სამართალში აკრძალულია ერთი ქმედების ორჯერ შეფასება. შესაბამისად, ერთი ქმედებისთვის ორმაგი კვალიფიკაციის მინიჭებით დაირღვევა ნორმათა კონკურენციის წესები. ამის თავიდან ასაცილებლად აუცილებელია, ზუსტად განისაზღვროს მექრთამეობის (კომერციული მოსყიდვის) და საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ შესაბამის დანაშაულებში თანამონაწილეობის მახასიათებლები. ასევე გასათვალისწინებელი ისიც, რომ ქვემოთ განხილული საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული

შესაბამისი დანაშაულები კანონმდებლის მიერ დანაშაულის ძირითად შემადგენლობასთან ერთად წარმოდგენილია ისეთი კვალიფიციური შემადგენლობების სახით, სადაც „სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენება“ დანაშაულის ჩადენის საშუალებად გვევლინება, რაც იმას ნიშნავს, რომ აქ უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება (სსკ-ის 220-ე მუხლი) ანდა სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება (სსკ-ის 332-ე მუხლი) ნაგულისხმებია და ამ ორ უკანასკნელ მუხლზე მითითება დამატებითი კვალიფიკაციისთვის სავალდებულო არ არის.²

განსახილველი პრობლემის უკეთესად წარმოსაჩენად, უპირველეს ყოვლისა, მიზანშეწონილია, სასამართლო პრაქტიკაში არსებული რამდენიმე სისხლის სამართლის საქმის გახილვა. ერთ-ერთი სისხლის სამართლის საქმის მიხედვით:

მოხელე გ.დ-მ³, რომელსაც ეკავა რუსთავის მერიის ინფრასტრუქტურის, მშენებლობისა და კეთილმოწყობის სამსახურის სამშენებლო-სარეაბილიტაციო სამუშაოების ტექნიკური ზედამხედველობის განყოფილების მთავარი სპეციალისტის თანამდებობა, შპს „ფ-ს“ წარმომადგენელს რ.ე-ს შესთავაზა, რომ ევროკავშირის დაფინანსებით შესრულებულ 165 კვ.მ საბაგშვო ბაღის ჭერის მოწყობის სამუშაოს შეეყვანდა შესრულებული სამუშაოს მიღება-ჩაბარების აქტში (ფორმა №2), რაც თითქოს შესრულებულია აღნიშნული კომპანიის მიერ, ხოლო სანაცვლოდ რ.ე-ს ქრთამის სახით უნდა გადაეცა ფორმა №2-ში შეყვანილი თანხის, კერძოდ, თითქოს შესრულებული სამუშაოს ღირებულების, ე.ი. 2330 ლარის ნახევარი.⁴ რუსთავის მერიისგან შპს „ფ-ს“ ანგარიშზე ჩაირიცხა თითქოს შესრულებული სამუშაოსთვის გათვალისწინებული თანხა. აღნიშნული აქტის გაფორმების შემდეგ რ.ე-მ გ.დ-ს გადასცა მოთხოვნილი თანხა

2 ანალოგიური მოსაზრება იხ. *ლეკვეიშვილი/თოდუა*, წიგნში: *ლეკვეიშვილი/თოდუა/შამუღაშვილი*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი 1, ნაწილი მეორე, მერვე გამოცემა, 2023, 80.

3 წინამდებარე ნაშრომში ბრალდებულთა სახელები და გვარები შეცვლილია და გადმოცემულია ინიციალებით. ასევე შეცვლილია ტენდერში გამარჯვებული კერძო კომპანიების დასახელებები და გადმოცემულია შემოკლებულად.

4 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2017 წლის 16 თებერვლის განაჩენი, საქმე №1/4929-16, 2.

1100 ლარის ოდენობით.⁵ პროკურორსა და ბრალდებულ გ.დ-ს შორის გაფორმდა საპროცესო შეთანხმება, ხოლო გ.დ-ს ქმედება დაკვალიფიცირდა სსკ-ის 338-ე მუხლის პირველი ნაწილით (ქრთამის აღება).⁶

აღნიშნულ სისხლის სამართლის საქმეში ქრთამად წოდებული თანხა 2330 ლარი სინამდვილეში არის უკანონოდ გაზრდილი თანხა, რომლის ნაწილი (საქმის მიხედვით 1100 ლარი), ბრალდებულ გ.დ-ს გადაეცა მას შემდეგ, რაც მან ყალბი მონაცემები ჩაწერა ფორმა №2-ში, რომლის საფუძველზეც რუსთავის მერიისგან შპს „ფ-ს“ ანგარიშზე ჩაირიცხა თითქოს შესრულებული სამუშაოსთვის გათვალისწინებული თანხა. ფაქტობრივი გარემოებებიდან ნათლად იკვეთება, რომ ბრალდებულ გ.დ-სა და რ.ე-ს შორის, უპირველეს ყოვლისა, შედგა დანაშაულებრივი გარიგება, რაც გულისხმობდა რუსთავის მერიის ბიუჯეტიდან თანხის მოტყუებით მიღებას, რაც რეალურადაც გეგმის მიხედვით განხორციელდა. ნათელია, რომ აქ ადგილი აქვს თაღლითობას. ამ დანაშაულის ამსრულებელი ანუ მცდარი უშუალოდ ინფორმაციის მიმწოდებელი (მოტყუების უშუალოდ განმახორციელებელი) არის გ.დ., ხოლო რ.ე. არის დამხმარე, რადგან სწორედ მის ანგარიშზე ირიცხება თანხა, რომლის დახმარებითაც გ.დ. იღებს კუთვნილ წილს. შესაბამისად, აქ შეთანხმება ხდება თაღლითობის განსახორციელებლად. დამატებითი კვალიფიკაცია სსკ-ის 338-ე მუხლით (ქრთამის აღება), ქმედების ორჯერ შეფასებას გამოიწვევს, რაც სისხლის სამართალში აკრძალულია. მაშასადამე, გ.დ-ს ქმედება უნდა დაკვალიფიცირებულიყო სსკ-ის 180-ე მუხლის⁷ მე-2 ნაწილის „ბ“ და მე-3 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტებით (თაღლითობა, რამაც მნიშვნელოვანი ზიანი გამოიწვია და ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით), ხოლო გ.ე-ს ქმედება – აღნიშნულ დანაშაულში დახმარებაა.

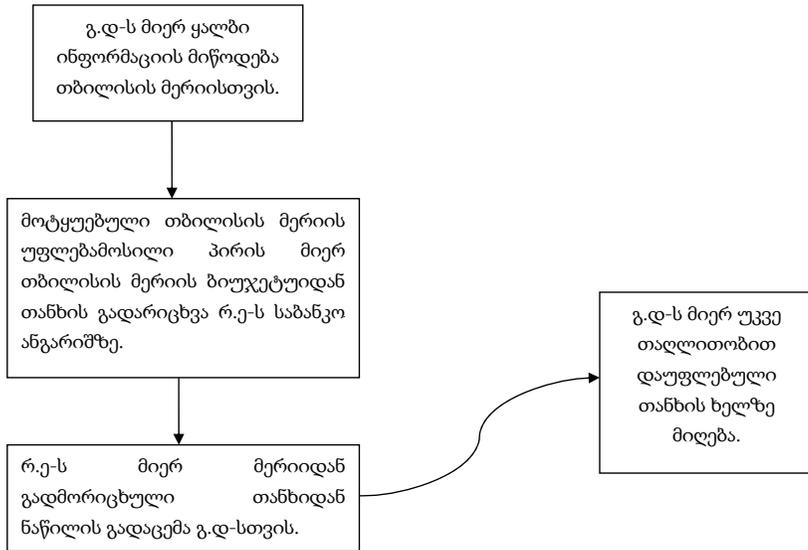
სსკ-ის 180-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ბ“ და მე-3 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტებით

5 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2017 წლის 16 თებერვლის განაჩენი, საქმე №1/4929-16, 2.

6 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2017 წლის 16 თებერვლის განაჩენი, საქმე №1/4929-16, 4.

7 გერმანიის სსკ-ში მსგავსი დანაშაულის შემადგენლობა მოცემულია 263-ე პარაგრაფით (Betrug).

(თაღლითობა, რამაც მნიშვნელოვანი ზიანი გამოიწვია და ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით), გათვალისწინებული დანაშაულის განვითარება სქემატურად ასე გამოიყურება:



თითქმის ანალოგიურ საქმეში, - იმ განსხვავებით, რომ აქ მსჯავრდებულები წარმოდგენდნენ არა მოხელეებს, არამედ კერძო კომპანიის წარმომადგენლებს, - ბრალდების მხარის მიერ ქმედება მართებულად არ არის შეფასებული ქრთამის მიცემად და ქრთამის აღებად. კერძოდ:

ტენდერში გამარჯვებულმა შპს „ჯ-მ“ სრულად არ შეასრულა დაკისრებული სარეაბილიტაციო სამუშაოები. აღნიშნული სამუშაოების შესრულებაზე ზედამხედველობის განსახორციელებლად ტენდერის გამომცხადებელმა კომპანიის დირექტორმა ბრძანებით დანიშნა სამი პირი, კერძოდ, მ.ფ-მ, ი.ბ-მ და გ.გ-მ. აღნიშნულ პირებს ვგალებოდათ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული სარეაბილიტაციო სამუშაოების ტექნიკური შემოწმება, აღრიცხვა, დაფიქსირება და ფინანსური ანგარიშსწორების დოკუმენტის შემოწმება, შესრულებული სამუშაოების აქტების (ფორმა

№2) ხელმოწერით დამოწმება (დადასტურება), ასევე შესრულებულ სამუშაოთა მოცულობისა და ხარისხის შემოწმება. აღნიშნული პირები ტენდერში გამარჯვებულ კომპანიის წევრებს გაურიგდნენ და გაზარდეს შესრულებული სამუშაოების მოცულობა და ღირებულება, რათა მოტყუებით დაუფლებოდნენ ტენდერის ჩამტარებელი კომპანიის დიდი ოდენობით თანხებს, რომელიც სარეაბილიტაციო სამუშაოების ჩასატარებლად იყო განკუთვნილი. ორგანიზებული ჯგუფის მიერ შემუშავებული დანაშაულებრივი გეგმის მიხედვით, ხსენებული პირების მიერ შედგენილი და ხელმოწერით დადასტურდა მიღება-ჩაბარებისა და შესრულებული სამუშაოების აქტები (ფორმა №2). ტენდერის გამომცხადებელმა კომპანიამ ტენდერში გამარჯვებულ შპს „ჯ-ს“ ეტაპობრივად სრულად აუნაზღაურა ყალბ ოფიციალურ დოკუმენტებში (ფორმა №2) მითითებული თანხა, რომლის ნაწილსაც მოტყუებით დაეუფლნენ ორგანიზებული ჯგუფის წევრები.⁸

ამ უკანასკნელ საქმეში ბრალდების მხარის მტკიცებით, დამნაშავეთა ქმედებები დამამძიმებელ გარემოებებში ჩადენილ თაღლითობად (სსკ-ის 180-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ა“ და „ბ“, მე-4 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტები) და ყალბი დოკუმენტების დამზადებად და გამოყენებად (სსკ-ის 362-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტი) შეფასდა, თუმცა ზოგიერთი მსჯავრდებულის მიმართ პირველი ინსტანციის სასამართლომ ქმედება სსკ-ის უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებად (სსკ-ის 220-ე მუხლი) გადააკვალიფიცირა მტკიცებულებების არასაკმარისობის გამო, რაც სააპელაციო სასამართლომაც გაიზიარა.⁹ წინამდებარე კვლევის მიზნებიდან გამომდინარე, საინტერესოა ის, რომ ქმედება მართებულად არ არის შეფასებული ქრთამის აღებად და კვალიფიკაცია სწორად განხორციელდა სსკ-ის 180-ე და 362-ე მუხლებით.

ამ განაჩენების განხილვის შემდეგ ლოგიკურად უნდა გაჩნდეს კითხვა: როდესაც უკანონოდ გაზრდილი თანხის დაუფლებაში მონაწილეობს მოხელე ან შესაბამისი კერძო ორგანიზაციის პასუხისმგებელი პირი,

8 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2018 წლის 7 სექტემბრის განაჩენი, საქმე №1/ბ-147-17, 3-4.

9 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2018 წლის 7 სექტემბრის განაჩენი, საქმე №1/ბ-147-17, 1-2.

რატომ ფასდება მათი ქმედებები ქრთამის აღებად ანდა, შესაბამისად, კომერციულ მოსყიდვად? ამ კითხვაზე არსებობს მხოლოდ ერთი პასუხი: სათანადოდ არ არის გააზრებული საქმის ფაქტობრივი მასალა, კვალიფიკაციისას სწორად არ არის გამოყენებული სისხლის სამართლის ნორმები და მართებულად არ არის შეფასებული დანაშაულში თანამონაწილეთა ქმედებები.

მსგავს საქმეებში ყურადღება უნდა მიექცეს შემდეგს: *სხვისი თანხის უშუალოდ დაუფლების განმახორციელებელი პირის ანუ დანაშაულის ამსრულებლის მართლზომიერ მფლობელობაში ან გამგებლობაში ხომ არ არის აღნიშნული თანხა*, რადგან ასეთ შემთხვევაში უკვე ქმედება არა თაღლითობად (სსკ-ის 180-ე მუხლი), არამედ მითვისებად (სსკ-ის 182-ე მუხლი¹⁰) უნდა შეფასდეს. იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრების მიხედვით, ქრთამის აღებისას (სსკ-ის 338-ე მუხლი) პირი ქონებას თუ ქონებრივ სიკეთეს იღებს იმ პირისგან, ვის სასარგებლოდაც კონკრეტული მოხელის ან მასთან გათანაბრებული პირის სამსახურებრივ საქმიანობაში შემავალი ქმედება სრულდება, ხოლო მითვისებისას (სსკ-ის 182-ე მუხლი), დანაშაულზე სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით ეუფლება სხვის საკუთრებაში შემავალ ქონებას, რომელიც თვით დანაშაულის მართლზომიერ მფლობელობაში ან გამგებლობაში შედის.¹¹ როდესაც სახელმწიფოს ან კერძო ორგანიზაციის უფლებამოსილი პირი შესრულებული სამუშაოსთვის ხელშეკრულების მეორე მხარეს ზედმეტად ურიცხავს თანხას, რათა ეს ზედმეტი თანხა თვით ამ ორგანიზაციის ხელმძღვანელს გადაეცეს, „ყურადღების მიღმა რჩება ის ფაქტი, რომ ეს თანხა თავად მოხელემ ან კერძო ორგანიზაციის უფლებამოსილმა პირმა უკანონოდ ამოიღო სხვისი ქონებრივი ფონდებიდან და რეალურად ასეთ შემთხვევაში მოხელე მენარმისგან კი არ იღებს თანხას, არამედ თანხა თავად ზედმეტად გადაურიცხა მენარმეს, იმ მიზნით, რომ შემდგომ მას უკან მიეტანა.“¹² მართებული მოსაზრების მიხედვით, ასეთ შემთხვევაში

10 გერმანიის სსკ-ში მსგავსი დანაშაულის შემადგენლობა მოცემულია 246-ე პარაგრაფით (Unterschlagung).

11 *მაკალაშვილი*, სამართლის ჟურნალი, 2023, №2, 300 - <https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7708/7722> (ნანახია 10.09.2024).

12 *მაკალაშვილი*, სამართლის ჟურნალი, 2023, №2, 302-303 - <https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7708/7722> (ნანახია 10.09.2024).

მენარმის მოქმედება სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით მითვისებაში დახმარებად უნდა შეფასდეს.¹³

თუ მენარმეს სატენდერო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული თანხა ზუსტი შესაბამისობით კანონიერად ჩაერიცხა და ამ მოგებიდან მოხელე მენარმეს მოსთხოვს გარკვეულ თანხას, ბუნებრივია, მოხელის ქმედება ქრთამის აღებად (სსკ-ის 338-ე მუხლი) უნდა დაკვალიფიცირდეს.¹⁴ თუკი, ასეთი ტიპის გარიგებაზე შეთავაზება თვით მენარმისგან მოდის, მაშინ მენარმის ქმედება სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით მითვისების წაქეზებად (სსკ-ის 24-ე მუხლის მე-2 ნაწილი და 182-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „დ“ ქვეპუნქტი) უნდა დაკვალიფიცირდეს. ასეთ საქმეებში მენარმის ქმედება თანაამსრულებლობად ვერასდროს ვერ დაკვალიფიცირდება, რადგან მითვისება სპეციალური დელიქტია, სადაც სპეციალური ამსრულებელი შესაბამისი პირის საკუთრებაში არსებულ ქონებას მართლზომიერად ფლობს ან განაგებს.¹⁵

შესაძლებელია, სატენდერო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული თანხის ხელოვნურად გამრდილი „თანხის შემობრუნებისას“ მოხელის (ან შესაბამისი კერძო კომპანიის წარმომადგენლის) მართლზომიერ მფლობელობაში ან გამგებლობაში არ იყოს ქონება და ეს უკანასკნელი ხელშეკრულების შემსრულებელ მხარეს შეუთანხმდეს, რომ დოკუმენტაციაში არასწორი ინფორმაციის შეტანით სახელმწიფოს (ან კერძო ორგანიზაციის) ბიუჯეტიდან ზედმეტ თანხას ჩარიცხვას, ხოლო ეს ზედმეტი თანხა თვით ამ მოხელეს უნდა გადაეცეს. ამგვარი დანაშაულებრივი შეთანხმების რეალურად განხორციელებისას დამახინჯებული ინფორმაციის უშუალოდ მიმწოდებლის ქმედება სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით ჩადენილ თაღლითობად უნდა დაკვალიფიცირდეს (სსკ-ის 180-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტი), ხოლო სატენდერო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული

13 *მაკალაშვილი*, სამართლის ჟურნალი, 2023, №2, 303 - <https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7708/7722> (ნანახია 10.09.2024).

14 *მაკალაშვილი*, სამართლის ჟურნალი, 2023, №2, 303 - <https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7708/7722> (ნანახია 10.09.2024).

15 დანვრ. იხ. *დვალიძე*, კომენტარში: *დვალიძე/ხარანაული/თუმანიშვილი*, საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით (კომენტარი), 2023, 158-160.

გალდებულების შემსრულებელი პირის ქმედება აღნიშნულ დანაშაულში თანამონაწილეობად, კერძოდ, დახმარებად უნდა შეფასდეს.¹⁶

IV. „თანხის შემობრუნება“ და დანაშაულთა ერთობლიობა

სასამართლო პრაქტიკაში არის მრავალეპიზოდური საქმეები, სადაც ერთდროულად იკვეთება მექრთამეობის (კომერციული მოსყიდვის) და საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულთა რეალური ერთობლიობა. კერძოდ:

„საქართველოს რკინიგზის ინფრასტრუქტურის ფილიალის“, სალიანდაგო დეპარტამენტის, კაპიტალური დაგეგმარების სამსახურის, მექანიზაციის განყოფილების უფროსს – გ.დ-ს და ლიანდაგის სარემონტო სამშენებლო სამმართველოს მთავარ მექანიკოსს – ა. ბ-ს, ვგალებოდათ სს¹⁷ „საქართველოს რკინიგზის“ კუთვნილი მანქანა-მექანიზმების გამართულობის უზრუნველყოფა, მათ შესაკეთებლად საჭირო მასალების და დეტალების ნუსხის შედგენა და მომარაგება. 2018 წელს სს „საქართველოს რკინიგზამ“ გამოაცხადა ელექტრონული ტენდერი, რომელიც გულისხმობდა სამშენებლო ტექნიკის მიმდინარე შეკვეთების ტექნიკურ მომსახურებას. აღნიშნულ ტენდერში გაიმარჯვა შპს „ფ.რ-მ“ და ამავე წელს გაფორმდა ხელშეკრულება „ფ.რ-სა“ და სს „საქართველოს რკინიგზას“ შორის, რომლის ღირებულებაც განისაზღვრა 27056.47 აშშ დოლარით.¹⁸

გ.დ-მ და ა.ბ-მ, შესრულებული სამუშაოს, განუვლი მომსახურების რეალური ღირებულების დაფარვის და გარკვეული ქმედებების განხორციელების განთავის შეკავების სანაცვლოდ შპს „ფ.რ-ს“ დირექტორს თ.ე-ს მოსთხოვეს სატენდერო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული თანხიდან 5440 ლარის გადაცემა, რაც ეტაპობრივად მიიღეს კიდევ. ასევე გ.დ-მ და ა.ბ-მ

16 ანალოგიური მოსაზრება იხ. *შაკალაშვილი*, სამართლის ჟურნალი, 2023, №2, 305 - <https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7708/7722> (ნანახია 10.09.2024).

17 სს – სააქციო საზოგადოება (განმარტება ჩემბია. ი.დ.).

18 რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 2 სექტემბრის განაჩენი, საქმე №1/387-19, 2.

შემდგომ გასამართ ტენდერთან დაკავშირებით ხელშეწყობისთვის, თ.ე-ს მოსთხოვეს სახელშეკრულებო ღირებულებიდან გარკვეული ოდენობის თანხის გადაცემა.¹⁹

გ.დ-მ და ა.ბ-მ თ.ე-სთვის გადასაცემად დაამზადეს ყალბი დათვალიერების (დეფექტური) აქტები, შესასრულებელი მომსახურების აქტები და მიღება-ჩაბარების აქტები, სადაც მიუთითეს, რომ თითქოს შპს „ფ.რ-ს“ მიერ ელექტრონული ტენდერის თანახმად შესრულებული სამუშაოების ღირებულება შეადგენდა ჯამში 18104,78 ლარს, თუმცა აღნიშნული სამუშაოები და ხარჯები რეალურად შეადგენდა 10179,83 ლარს.²⁰

გ. დ-ს და ა. ბ-ს ქმედებები დაკვალიფიცირდა სკ-ის 221-ე მუხლის მე-4 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით (კომერციული მოსყიდვა, ჩადენილი ჯგუფურად) და სსკ-ის 210-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით (ყალბი საკრედიტო ან საანგარიშსწორებო ბარათის დამზადება, გასაღება ან გამოყენება, ჩადენილი ჯგუფურად).²¹

მოცემულ საქმეში ქმედების სსკ-ის 210-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით (ყალბი საკრედიტო ან საანგარიშსწორებო ბარათის დამზადება, გასაღება ან გამოყენება, ჩადენილი ჯგუფურად) კვალიფიკაცია მართებულია, მაგრამ სკ-ის 221-ე მუხლის მე-4 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით (კომერციული მოსყიდვა, ჩადენილი ჯგუფურად) უნდა შეფასებულიყო ის ეპიზოდი, სადაც გ.დ-მ და ა.ბ-მ შემდგომ გასამართ ტენდერთან დაკავშირებით ხელშეწყობისთვის, თ.ე-ს მოსთხოვეს სახელშეკრულებო ღირებულებიდან გარკვეული ოდენობის თანხის გადაცემა. რაც შეეხება იმ ეპიზოდს, სადაც გ. დ-მ და ა.ბ-მ თ.ე-სთვის გადასაცემად დაამზადეს ყალბი დათვალიერების (დეფექტური) აქტები, შესასრულებელი მომსახურების აქტები და მიღება-ჩაბარების აქტები, სადაც მიუთითეს, რომ თითქოს შპს „ფ.რ-ს“ მიერ ელექტრონული ტენდერის თანახმად შესრულებული სამუშაოების ღირებულება შეადგენდა ჯამში 18104,78

19 რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 2 სექტემბრის განაჩენი, საქმე №1/387-19, 2.

20 რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 2 სექტემბრის განაჩენი, საქმე №1/387-19, 3.

21 რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 2 სექტემბრის განაჩენი, საქმე №1/387-19, 7-8.

ლარს, თუმცა აღნიშნული სამუშაოები და ხარჯები რეალურად შეადგენდა 10179,83 ლარს, ქმედება უნდა დაკვალიფიცირებულიყო არა სსკ-ის 221-ე მუხლის მე-4 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით (კომერციული მოსყიდვა, ჩადენილი ჯგუფურად), არამედ სსკ-ის 180-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ა“ და „ბ“ ქვეპუნქტებით (თაღლითობა, ჩადენილი წინასწარი შეთანხმებით ჯგუფის მიერ, რამაც მნიშვნელოვანი ზიანი გამოიწვია).

სასამართლო პრაქტიკაში სისხლის სამართლის სხვა საქმეებიც მოიპოვება, სადაც რეალურად სახელმწიფო თუ კერძო კომპანიის სახსრებიდან ტენდერში გამარჯვებულ პირს უკანონოდ ერიცხება იმაზე მეტი თანხა ვიდრე, მომსახურებისა თუ საქონლის რეალური ღირებულებაა. სამწუხაროდ, ქვემოაღნიშნული განხილვიდან არ იკვეთება მრავალი ფაქტობრივი გარემოება, რის გამოც ქმედების სამართლებრივი შეფასებისთვის აუცილებელია ჰიპოთეტური მსჯელობის წარმართვა. კერძოდ:

სახელმწიფოს 100% წილობრივი მონაწილეობით დაფუძნებულ შპს „ს.ს-ში“ რ.ზ. ახორციელებდა საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებას და უზრუნველყოფდა შესყიდვებთან დაკავშირებული პროცედურებისა და საერთაშორისო სატენდერო პროცედურების განხორციელებას, სასესხო/საგრანტო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული შესყიდვების პროცედურების განხილვას, ხელშეკრულების კონტროლს, საჭიროების შემთხვევაში ცვლილებების ინიცირება-განხორციელებას და ხელშეკრულების შესრულების დამადასტურებელი დოკუმენტაციის (მიღება-ჩაბარების აქტების) შესაბამისობის მონიტორინგს.

რ.ზ. სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით მოპოვებულ ინფორმაციას შპს „ს.ს-ს“ მიერ გამოცხადებული ტენდერებისა და შესასყიდი პროდუქციის შესახებ აწვდიდა საკუთარ მამას ფ.ზ-ს, რომელსაც საქმიანი ურთიერთობა ჰქონდა უცხოურ კომპანიებთან. შესასყიდი ტექნიკის ჩამონათვალი და სპეციფიკაციები ფორმალურად განსაზღვრა შპს „G-მ“, თუმცა ამ უკანასკნელ შპს-ს აღნიშნული მონაცემები წინასწარ გაუწერა და მიაწოდა რ.ზ-ს მამამ ფ.ზ-მ. სწორედ ამ მონაცემების გათვალისწინებით რ.ზ-მ გააკეთა დადებითი მოხსენება, რომლის საფუძველზეც სატენდერო კომისიის გადაწყვეტილებით, შპს „ს.ს-ს“ მიერ გამოცხადებულ ტენდერში გაიმარჯვა შპს „დ-მ“.

აღნიშნული ხელშეკრულების ფარგლებში შპს „დ-ს“ მიერ მიწოდებული ტექნიკა მიღება-ჩაბარების აქტით ჩაიბარა შპს „ს.ს-ს“ საერთაშორისო შესყიდვების დეპარტამენტის უფროსმა რ.გ.-მ. შპს „დ-ს“ სატენდერო ხელშეკრულებით საქონლის მიწოდებისთვის ამის განვითარების ბანკიდან ჩაერიცხა 17891,93 აშშ დოლარი, ხოლო შპს „ს.ს-ს“ მიერ 89409 ლარი. შპს „დ-ს“ მიერ შპს „ს.ს-სთვის“ მიწოდებული საქონლის თვითღირებულებასა და მიწოდების ფასებს შორის სხვაობამ შეადგინა 341353 ლარი. მიღებული მოგებიდან შპს „დ-ს“ დირექტორმა ბ.ს-ს შპს „ს.ს-ს“გამოცხადებული სატენდერო კომისიის წევრის რ.გ.-ს მამას, ურთიერთშეთანხმების საფუძველზე, ჩაურიცხა თანხა 51125 ლარი, რათა გადაეცა საკუთარი შვილისთვის რ.გ.-სთვის.²²

ამ ეპიზოდში რ.გ.-ს ქმედება სასამართლოს მიერ შეფასებულია სსკ-ის 338-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ე“ ქვეპუნქტით (ქრთამის აღება განსაკუთრებით დიდი ოდენობით), ხოლო მისი მამის მოქმედება აღნიშნულ დანაშაულში დახმარებად დაკვალიფიცირდა.²³

უპირველეს ყოვლისა, აღსანიშნავია, რომ რ.გ.-მ, რომელიც საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებას ახორციელებდა, სამსახურებრივი უფლებამოსილება ბოროტად გამოიყენა, რადგან იგი კერძო კომპანიებს საკუთარი მამის დახმარებით აწვდიდა შპს „ს.ს-ს“ საიღუმლო ინფორმაციას. სწორედ, აღნიშნული ინფორმაციის მიწოდებით შპს „დ-მ“ მთავრად შესაბამისი მონაცემები სატენდერო პირობებს და რ.გ.-ს დადებითი მოხსენების საფუძველზე გაიმარჯვა ტენდერში. ბუნებრივია, ამით არსებითად არის დაზიანებული სახელმწიფოს კანონიერი ინტერესი, რადგან დარღვეულია საკონკურსო პირობები, რაც, თავის მხრივ, სახელმწიფო თანხების სამომავლო დაზოგვასთან არის დაკავშირებული.

მეორე, განაჩენიდან ნათლად ირკვევა, რომ ე.წ. „ქრთამის საგნად“ გადაცემულია ის თანხა, რომელიც ზემოაღნიშნული საქონლისა და მიწოდების ფასებს შორის სხვაობის შემადგენელი ნაწილია. მაშასადამე, გადაცემულია ის თანხა, რომელიც შპს „დ-ს“ ზედმეტად დაერიცხა.

22 იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2022 წლის 11 ივლისის განაჩენი, საქმე №1/3631-22, გვ. 2.

23 იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2022 წლის 11 ივლისის განაჩენი, საქმე №1/3631-22, გვ. 14-15.

სამწუხაროდ, განაჩენიდან ასევე არ იკვეთება რ.გ-ს მართლზომიერ მფლობელობაში ან გამგებლობაში იყო თუ არა შპს „ს.ს-ს“ ქონება. თუ გამოძიებით ეს ფაქტი დადგინდებოდა, მაშინ რ.გ-ს ქმედება უნდა დაკვალიფიცირებულიყო მითვისებად, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით და დიდი ოდენობით (სსკ-ის 182-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „დ“ და მე-3 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტები), ხოლო რ.გ-ს მამის ფ.გ-ს ქმედება – აღნიშნულ დანაშაულში დახმარებად. თუკი არ დადგინდებოდა რ.გ-ს მიმართ შპს „ს.ს-ს“ ქონების მართლზომიერი მფლობელობა ან გამგებლობა, მაშინ რ.გ-ს ქმედება უნდა დაკვალიფიცირებულიყო თაღლითობად, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით და დიდი ოდენობით (სსკ-ის 180-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ა“ და „ბ“ ქვეპუნქტები), ხოლო რ.გ-ს მამის ფ.გ-ს ქმედება – აღნიშნულ დანაშაულში დახმარებად.

მესამე, განსახილველი განაჩენის მიხედვით ქრთამის აღება (სსკ-ის 338-ე მუხლი) და მიცემა (სსკ-ის 339-ე მუხლი), იმიტომ გამოირიცხება, რომ ადგილი აქვს სახელმწიფო ქონების დაუფლებაზე დანაშაულებრივ გარიგებას ანუ დამნაშავეები თანხმდებიან სხვისი საკუთრების (ამ შემთხვევაში სახელმწიფო საკუთრების) ხელყოფაზე. ამასთან, როგორც აღინიშნა, სისხლის სამართალში აკრძალულია ერთი ქმედების ორჯერ შეფასება. შესაბამისად, თუ კვალიფიკაცია უკანასკნელ შემთხვევაში მექრთამეობის მუხლებითაც განხორციელდებოდა, მაშინ ასეთი აკრძალვა დაირღვეოდა.

დაბოლოს, მხოლოდ ქრთამის აღებით (სსკ-ის 338-ე მუხლი) და მიცემით (სსკ-ის 339-ე მუხლი) ქმედების კვალიფიკაციისას შეფასების გარეშე რჩება სახელმწიფო საკუთრების ხელყოფა. სადავო არ არის ის ფაქტი, რომ უკანასკნელ შემთხვევაში ადგილი აქვს სახელმწიფო საკუთრების მართლსაწინააღმდეგო ხელყოფას.

პრაქტიკაში შეიძლება წარმოიშვას ისეთი სიტუაცია, როდესაც კორუფციული გარიგების საფუძველზე ტენდერში ისეთი პირი იმარჯვებს, ვინც ვერ აკმაყოფილებს სატენდერო პირობებს. შესაბამისად, თუკი მოხელე ან რომელიმე კერძო ორგანიზაციის ხელმძღვანელი გამოცხადებულ ტენდერში ისეთ კანდიდატს გაამარჯვებინებს, რომელიც ვერ აკმაყოფილებს ტენდერით წაყენებულ პირობებს, მაშინ დამატებით

უნდა დადგინდეს, თუ რის სანაცვლოდ იქნა ამგვარი გადაწყვეტილება მიღებული. მსგავს სიტუაციაში გადაწყვეტილების მიღების ორი კონკრეტული საფუძველი შეიძლება გამოიკვეთოს:

1) თუ გარკვეული ქონების ან არამართლზომიერი უპირატესობის სანაცვლოდ გამოცხადდა პირი ტენდერში გამარჯვებულად, მაშინ ადგილი აქვს ქრთამის აღებას (სსკ-ის 338-ე მუხლი) და სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებას (სსკ-ის 332-ე მუხლი), ხოლო კერძო სექტორში – კომერციულ მოსყიდვას (სსკ-ის 221-ე მუხლის მე-3 ნაწილი) და უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებას (სსკ-ის 220-ე მუხლი);

2) თუ გარკვეული ქონების ან არამართლზომიერი უპირატესობის სანაცვლოდ არ გამოცხადდა პირი ტენდერში გამარჯვებულად, მაშინ ქმედება შეფასდება მხოლოდ სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებად (სსკ-ის 332-ე მუხლი), ხოლო კერძო სექტორში – უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებად (სსკ-ის 220-ე მუხლი).

პრაქტიკაში შეიძლება წარმოიშვას ისეთი სიტუაციაც, როდესაც პირი ტენდერში მონაწილეობის მიმღებ მენარმეს არწმუნებს, რომ მას შეუძლია, გარკვეული ფულის სანაცვლოდ, გაგლენა მოახდინოს სატენდერო კომისიის წევრებზე, რათა მათ ტენდერში გამარჯვებულად სწორედ ის (ანუ ეს მენარმე) გამოაცხადონ. ბუნებრივია, გამოძიებით უნდა დადგინდეს, რომ ამ საქმიანობისთვის გარკვეული ქონება გადაწყვეტილების მიმღებ კომისიის წევრებზე ზემოქმედების მომხდენ პირს გადაეცემა და არა ამ უკანასკნელი პირის შუამავლობით თვით ამ კომისიის წევრებს. მსგავს სიტუაციაში ქმედება ზეგავლენით ვაჭრობად შეფასდება (სსკ-ის 339¹ მუხლი²⁴). თუკი ამ შემთხვევაში საქმე ისე წარიმართება, რომ სასურველი კანდიდატი ტენდერში გაიმარჯვებს, ხოლო ზეგავლენით მოვაჭრე შემდეგ სატენდერო კომისიის წევრს წააქმებს და იმაზე მეტ თანხას გადაარიცხვინებს ტენდერში გამარჯვებულისთვის, ვიდრე სატენდერო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული მომსახურება ან საქონელი ღირს, მაშინ სატენდერო კომისიის წევრის ქმედება, – თუ ქონება ამ უკანასკნელის მართლზომიერ მფლობელობაში ან გამგებლობაშია,

– უნდა დაკვალიფიცირდეს მითვისებად, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით (სსკ-ის 182-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „დ“ ქვეპუნქტი), ხოლო თუ ასეთი მართლზომიერი მფლობელობა ან გამგებლობა არ დასტურდება, მაშინ სატენდერო კომისიის წევრის ქმედება უნდა დაკვალიფიცირდეს თაღლითობად, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით (სსკ-ის 180-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტი). რაც შეეხება ზეგავლენით მოვაჭრის ქმედებას, ის დამატებით დაკვალიფიცირდება ზემოაღნიშნული მითვისების ან, შესაბამისად, თაღლითობის, წაქეზებად ან ორგანიზებად (სსკ-ის მე-24 მუხლის მე-2 და მე-3 ნაწილებით). ბუნებრივია, სრულყოფილი კვალიფიკაციისთვის, საქმის ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით, აუცილებელი იქნება ან სსკ-ის 210-ე მუხლზე (ყალბი საკრედიტო ან საანგარიშსწორებო ბარათის დამზადება, გასაღება ან გამოყენება), ან 341-ე მუხლზე (სამსახურებრივი სიყალბე), ანდა სსკ-ის 362-ე მუხლზე (ყალბი დოკუმენტის, ბეჭდის, შტამპის ან ბლანკის დამზადება, გასაღება ან გამოყენება) მითითება.

V. დასკვნა

წარმოდგენილი კვლევის ფარგლებში სასამართლოს გადაწყვეტილება ანალიზმა ცხადყო, რომ საგამოძიებო-სასამართლო პრაქტიკა ხშირად არაერთგვაროვანი და არათანმიმდევრულია. დანაშაულებრივი ქმედებები, რომლებიც კორუფციული გარიგებების საფუძველზე განხორციელებული საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული ან ანუ იმ დანაშაულის ნიშნების შემცველია, ხშირად შესაბამის სამეწარმეო ან სხვა ორგანიზაციაში სამსახურის ინტერესის წინააღმდეგ მიმართულ ანდა სამოხელეო დანაშაულად არის დაკვალიფიცირებული.

ნათლად გამოვლინდა, რომ სატენდერო ხელშეკრულების საფუძველზე სახელმწიფო ან კერძო კომპანიის სახსრებიდან თანხის უკანონოდ დაუფლებისას, აუცილებელია, ერთი მხრივ, „თანხის შემობრუნებისას“ საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული შესაბამისი დანაშაულის ამსრულებლობისა და ამ დანაშაულში თანამონაწილეობის, ხოლო, მეორე მხრივ, დანაშაულთა ერთობლიობისა და ნორმათა კონკურენციის საკითხის მართებულად გადანყვეტა.

ERWERB VON VERMÖGEN DURCH KORRUPTTE ABSPRACHEN

Prof. Dr. **Irakli Dvalidze**, Staatliche Ivane Javakhishvili Universität Tbilissi

I. Einführung

In einer Marktwirtschaft verfolgen sowohl staatliche als auch private Unternehmen das Ziel, Aufgaben mit minimalen Kosten und hoher Qualität zu erfüllen. Dies betrifft etwa den Straßenbau, Renovierungsarbeiten an Gebäuden, den Erwerb von Produkten für den reibungslosen Betrieb einer Organisation oder die Wasserversorgung. Nicht selten beschäftigen jedoch Fälle die Strafjustiz, in denen die tatsächlich anfallenden Kosten eines Unternehmers, der eine öffentliche oder private Ausschreibung gewonnen hat, nicht mit dem in der Ausschreibung vereinbarten Preis für Dienstleistungen oder Waren übereinstimmen. In solchen Fällen sind neben Inkompetenz und Fahrlässigkeit der Verantwortlichen oft auch vorsätzliche Handlungen zu beobachten, die auf korrupte Absprachen und Merkmale von Vermögensdelikten hinweisen. Dies führt häufig zu einer fehlerhaften rechtlichen Bewertung, da sowohl die tatsächlichen Umstände als auch strafrechtliche Normen unzureichend oder falsch angewendet werden. Ein zentrales Problem bei der strafrechtlichen Einordnung solcher Fälle ist die Abgrenzung zwischen Vermögensdelikten und Straftaten gegen Unternehmensinteressen oder Amtsdelikten.

Von besonderer Bedeutung ist dabei die rechtswidrige Erhöhung des tatsächlich für die Erfüllung von Ausschreibungsverpflichtungen erforderlichen Betrags durch den Ausschreibungsgewinner. Diese Praxis wird in der georgischen Umgangssprache häufig mit dem russischen Begriff „*Otkat*“ (Rückfluss) bezeichnet.

II. „Rückfluss“ von Geldern

Für den russischen Ausdruck „*Otkat*“ existiert keine direkte georgische Entsprechung. In der strafjustiziellen Praxis zeigt sich jedoch, dass die kriminelle Erlangung von Geldern mittels dieser Methode häufig vorkommt. Da es in der

georgischen Sprache keinen entsprechenden Begriff gibt, wäre es sinnvoll, in der Wissenschaft einen eigenen Terminus zu entwickeln.

Vor der Festlegung eines georgischen Begriffs ist es notwendig, das Kriminalitätsphänomen näher zu betrachten. Der Terminus „Otkat“ bezeichnet die rechtswidrige Überweisung einer Geldsumme durch eine befugte Person (d.h. eine Person, die im Rahmen eines Vertrags eine bestimmte Geldsumme rechtmäßig an die Gegenpartei überweisen muss) oder eine Person, die für die „Überwachung“ der Vertragserfüllung verantwortlich ist, an einen Auftragnehmer. Im Anschluss wird ein Teil dieses Betrags an die befugte Person oder den „Überwacher“ zurückgezahlt. In der Praxis sind solche Manipulationen fast immer im Voraus zwischen den Beteiligten abgesprochen. Es ist praktisch ausgeschlossen, dass der Vertreter des Unternehmens, das die Ausschreibung gewonnen hat, und eine befugte Person, die über die Überführung von fremden Geldern entscheidet oder die Vertragserfüllung überwacht, ohne eine vorherige kriminelle Absprache eine künstliche Erhöhung, Überweisung und Rückzahlung durchführen.

Der russische Ausdruck „Otkat“ kann in diesem Lichte als rechtswidrige Erhöhung eines vertraglich vereinbarten und geschuldeten Geldbetrags und dessen kriminelle Aneignung durch Teilnahme interpretiert werden. In diesem Beitrag wird daher als georgische Entsprechung der Begriff „Rückfluss von Geldern“ verwendet.

III. Bestechung oder Teilnahme an einem Vermögensdelikt?

Eine erste Analyse des „Rückflusses von Geldern“ lässt den Schluss zu, dass es sich dabei um eine Form der Bestechung (bzw. Bestechung im privaten Sektor) handeln könnte. Eine detaillierte Untersuchung ergibt jedoch, dass es um eine Beteiligung an einem Eigentumsdelikt geht. Obwohl diese kriminelle Handlung mit einer korrupten Absprache einhergeht, bedeutet dies nicht, dass sie nur als Bestechung bewertet werden sollte.

Es ist evident, dass im Strafrecht die doppelte Annahme der Strafbarkeit ein und

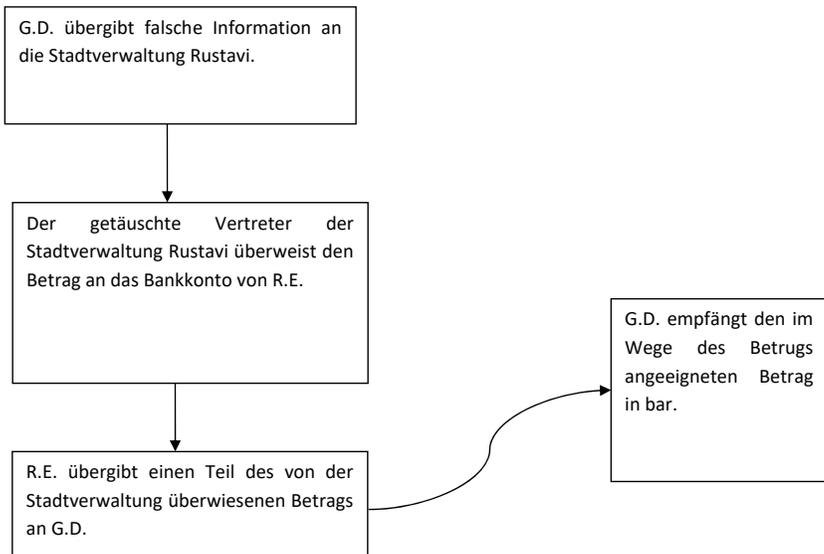
desselben Verhaltens gegen die Regeln der Normenkonkurrenz verstößt. Daher ist es essenziell, die Tatbestandsmerkmale der Bestechung und der in Betracht kommenden Vermögensdelikte trennscharf voneinander abzugrenzen.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass im georgischen Strafrecht im Rahmen der Vermögensdelikte Qualifikationstatbestände existieren, die die „Ausnutzung einer dienstlichen Stellung“ unter Strafe stellen. Das bedeutet, dass in diesen Fällen kein zusätzlicher Verweis auf Missbrauch von Befugnissen im privaten Sektor (Art. 220 gStGB) oder Amtsmissbrauch (Art. 332 gStGB) erforderlich ist. Zur Veranschaulichung dieses Problems soll ein konkreter Fall aus der Praxis analysiert werden:

Ein Beamter der Stadtverwaltung von Rustavi, G.D., der als Hauptspezialist für technische Bauaufsicht tätig war, bot dem Vertreter der F-GmbH, R.E., an, im Abnahmeprotokoll eines mit EU-Mitteln finanzierten Bauprojekts (165 m² Deckenverkleidung eines Kindergartens) zu bestätigen, dass die Arbeiten ausgeführt wurden, obwohl dies nicht der Fall war. Als Gegenleistung forderte G.D. von R.E. die Hälfte der im Abnahmeprotokoll (Formular Nr. 2) eingetragenen Summe in Höhe von 2.330 Lari als Bestechungsgeld. Nach der Überweisung des Betrags durch die Stadtverwaltung Rustavi auf das Konto der F-GmbH übergab R.E. den geforderten Betrag von 1.100 Lari an G.D.

Im anschließenden Strafverfahren wurde eine Prozessvereinbarung zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten G.D. geschlossen und dessen Tat gemäß Art. 338 Abs. 1 gStGB als Bestechung qualifiziert.

Allerdings wurde festgestellt, dass es sich bei dem als Bestechung deklarierten Betrag von 2.330 Lari um eine rechtswidrig erhöhte Summe handelt, von der 1.100 Lari nachträglich an G.D. gezahlt wurden, nachdem dieser im Abnahmeprotokoll (Formular Nr. 2) falsche Angaben gemacht hatte. Es konnte also festgestellt werden, dass zwischen G.D. und R.E. eine kriminelle Absprache bestand, die darauf abzielte, durch Täuschung Geld aus dem Haushalt der Stadtverwaltung Rustawi zu erlangen. Die Vorgehensweise kann schematisch wie folgt dargestellt werden:



Der vorliegende Fall erfüllt eindeutig die Tatbestandsmerkmale eines qualifizierten Betrugs gemäß Art. 180 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 lit. a gStGB¹ (Betrug mit erheblichem Schaden unter Ausnutzung der dienstlichen Stellung). Der Täter, der die falschen Angaben machte, war G.D., während R.E. als Gehilfe agierte, da die Gelder auf sein Konto überwiesen wurden, wodurch G.D. seinen Anteil erhielt. Die Handlung von R.E. wäre in diesem Fall als Beihilfe zu diesem Delikt zu bewerten. Für eine Strafbarkeit wegen Bestechung (Art. 338) verbleibt daneben kein Raum.

In einem nahezu identischen Fall, jedoch mit der Abweichung, dass die Angeklagten nicht Beamte, sondern Vertreter eines privaten Unternehmens waren, bewertete die Anklage die Handlung nicht als Bestechung oder Bestechlichkeit. Konkret führte das Unternehmen J, das die Ausschreibung gewonnen hatte, die ihm übertragenen Sanierungsarbeiten nicht vollständig aus. Zur Überwachung der Arbeiten ernannte der Direktor des ausschreibenden Unternehmens per Anordnung drei Personen – M.F., I.B. und G.W. Diese Personen waren dafür verantwortlich, die im Vertrag festgelegten Sanierungsarbeiten technisch zu prüfen, zu dokumentieren,

1 Im deutschen Strafgesetzbuch ist der Betrug in § 263 StGB geregelt.

festzuhalten sowie die Finanzdokumente zu überprüfen und durch ihre Unterschrift auf den Leistungsnachweisen (Formular Nr. 2) zu bestätigen. Des Weiteren oblag ihnen die Kontrolle des Umfangs und der Qualität der ausgeführten Arbeiten.

In Absprache mit den Vertretern des ausschreibungsgewinnenden Unternehmens erhöhten die zuvor genannten Personen den Umfang und den Wert der ausgeführten Arbeiten, um das ausschreibende Unternehmen zu täuschen und sich große Geldbeträge anzueignen, die eigentlich für die Sanierungsarbeiten vorgesehen waren. Gemäß dem gemeinsamen Tatplan wurden von den zuvor genannten Personen gefälschte Abnahme- und Leistungsnachweise (Formular Nr. 2) erstellt und unterzeichnet. Das ausschreibende Unternehmen erstattete dem Unternehmen J schrittweise den gesamten in den gefälschten offiziellen Dokumenten angegebenen Betrag. Anschließend teilten die Täter die Tatbeute anteilig untereinander auf.²

In diesem Fall bewertete die Anklage die Handlungen der Täter als Betrug unter erschwerenden Umständen (Art. 180 Abs. 2 lit. a und b sowie Abs. 4 lit. a gStGB) sowie als Herstellung und Nutzung gefälschter Dokumente (Art. 362 Abs. 2 lit. b gStGB). Einige Angeklagten wurden jedoch in der ersten Instanz aufgrund unzureichender Beweise wegen Amtsmissbrauchs im privaten Sektor (Art. 220 gStGB) verurteilt, was auch vom Berufungsgericht bestätigt wurde.³ Aus Sicht der vorliegenden Untersuchung ist interessant, dass die Tat nicht als Bestechlichkeit eingestuft wurde und die rechtliche Qualifikation stattdessen korrekt nach Art. 180 und 362 gStGB erfolgte.

Nach eingehender Analyse dieser Urteile stellt sich zwangsläufig die Frage, warum die Beteiligung eines Beamten oder einer verantwortlichen Person eines privaten Unternehmens an der Aneignung von unrechtmäßig erhöhten Geldern als Bestechlichkeit oder kommerzielle Bestechung eingestuft wird?

Die Antwort ist eindeutig: Die tatsächlichen Umstände des Falles wurden bei der Urteilsfindung nicht hinreichend berücksichtigt, die strafrechtlichen Normen, insbesondere der Qualifikationstatbestand des Betrugs mit erheblichem Schaden unter Ausnutzung der dienstlichen Stellung gemäß Art. 180 Abs. 2 lit. b und Abs.

2 Urteil des Appellationsgerichts Tiflis vom 7. September 2018, AZ №1/δ-147-17, 3-4.

3 Urteil des Appellationsgerichts Tiflis vom 7. September 2018, AZ №1/δ-147-17, 1-2.

3 lit. a gStGB wurde nicht korrekt angewandt und die Handlungen der Beteiligten wurden in diesem Licht nicht zutreffend bewertet.

In derartigen Fallkonstellationen gilt es zu differenzieren: Befindet sich das Geld bereits im rechtmäßigen Besitz oder unter der Kontrolle des Täters? Wenn dem so ist, sollte die Handlung nicht als Betrug (Art. 180 gStGB), sondern als Unterschlagung (Art. 182 gStGB⁴) klassifiziert werden. In der juristischen Literatur wird argumentiert, dass bei der Bestechung (Art. 338 gStGB) eine Person das Vermögen oder einen Vermögensvorteil von der Person erhält, in deren Interesse eine amtliche oder ihr gleichstehende Handlung ausgeführt wird. Bei der Unterschlagung hingegen eignet sich der Täter unter Nutzung seiner Amtsstellung fremdes Eigentum an, das sich bereits in seinem rechtmäßigen Besitz oder in seiner Verfügungsgewalt befindet.⁵ Wenn eine Person einer staatlichen oder privaten Organisation für eine erbrachte Leistung der Vertragspartei einen zu hohen Betrag überweist, damit dieser Betrag später an den Leiter der Organisation zurückgegeben wird, „wird oft nicht berücksichtigt, dass dieses Geld unrechtmäßig aus fremden Mitteln entnommen wurde, da in der Realität der Beamte den Betrag nicht vom Unternehmer erhält, sondern einen höheren Betrag überweist, um ihn von diesem wieder zurückzubekommen“.⁶ In solchen Fällen sollte die Handlung des Unternehmers als Beihilfe zur Unterschlagung durch Nutzung der dienstlichen Stellung eingestuft werden.⁷

Erhält der Unternehmer die im Vertrag vorgesehene Summe legal und fordert der Beamte später einen Teil dieser Summe, so sollte die Handlung logischerweise als Bestechung gemäß Art. 338 gStGB eingestuft werden.⁸ Falls das Angebot zur Zahlung von Bestechungsgeld vom Unternehmer selbst stammt, sollte dies als Anstiftung zur Unterschlagung durch Nutzung der dienstlichen Stellung gemäß

4 Vgl. § 246 dStGB.

5 *Zakalishvili*, Law Journal, 2023, №2, 300 – <https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7708/7722> (zuletzt abgerufen am 10.09.2024).

6 *Zakalishvili*, Law Journal, 2023, №2, 302-303 – <https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7708/7722> (zuletzt abgerufen am 10.09.2024).

7 *Zakalishvili*, Law Journal, 2023, №2, 303 – <https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7708/7722> (zuletzt abgerufen am 10.09.2024).

8 *Zakalishvili*, Law Journal, 2023, №2, 303 – <https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7708/7722> (zuletzt abgerufen 10.09.2024).

Art. 24 Abs. 2 und Art. 182 Abs. 2 lit. d gStGB qualifiziert werden. Das Verhalten des Unternehmers kann in solchen Fällen nicht als Mittäterschaft gewertet werden, da die Unterschlagung ein Sonderdelikt ist, das nur von einer Person begangen werden kann, die rechtmäßig über das fremde Eigentum besitzt oder darüber verfügt.⁹

In anderen Fällen kann es sein, dass das zu viel überwiesene Geld nicht im rechtmäßigen Besitz oder in der Verfügungsgewalt des Beamten oder des Unternehmensvertreters ist. In solchen Fällen einigen sich die Beteiligten darauf, falsche Informationen in die Dokumentation aufzunehmen, um eine überhöhte Zahlung aus dem Budget des Staates oder einer privaten Organisation zu veranlassen, wovon der Erhöhungsbetrag an den Beamten gezahlt wird. Wird diese betrügerische Vereinbarung umgesetzt, so ist das Verhalten der Person, die die falschen Informationen liefert, als Betrug durch Nutzung einer Amtsstellung (Art. 180 Abs. 3 lit. a gStGB) einzustufen, hingegen das Verhalten des Auftragnehmers als Beihilfe zu diesem Betrug.¹⁰

IV. „Geldrückfluss“ und Tatmehrheit

In der Rechtsprechung gibt es sich viele Fälle, in denen sowohl die Bestechung (im öffentlichen oder im privaten Sektor) als auch Delikte gegen das Eigentum in Tateinheit auftreten.

Der Leiter der Mechanisierungsabteilung des Kapitalplanungsdienstes der Gleisabteilung der Infrastrukturfiliiale der Georgischen Eisenbahn AG,¹¹ G.D., und der Hauptmechaniker der Abteilung für Gleisbau und -reparatur, A.B., waren für die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Maschinen im Besitz der Georgischen Eisenbahn AG verantwortlich. Zu ihren Aufgaben gehörte die Erstellung von Listen für die zur Reparatur erforderlichen Materialien und Ersatzteile sowie

9 Ausf. dazu *Dvalidze*, in: *Dvalidze/Kharanauli/Tumanishvili*, Eigentumsdelikte nach dem georgischen Strafgesetzbuch, 2023, S. 158-160.

10 Zustimmend *Zakalishvili*, *Law Journal*, 2023, №2, 305 – <https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/article/view/7708/7722> (zuletzt abgerufen am 10.09.2024).

11 AG – Aktiengesellschaft.

deren Beschaffung. Im Jahr 2018 wurde seitens der Georgischen Eisenbahn AG eine elektronische Ausschreibung durchgeführt, die die laufende technische Wartung und Reparatur von Baumaschinen betraf. Das Ausschreibungsverfahren gewann die F.R.-GmbH, woraufhin im selben Jahr ein Vertrag zwischen F.R. und der Georgischen Eisenbahn mit einem Gesamtvolumen von 27.056,47 US-Dollar geschlossen wurde.¹²

G.D. und A.B. forderten daraufhin vom Direktor der F.R.-GmbH, T.E., die Übergabe von 5.440 Lari aus dem im Ausschreibungsvertrag festgelegten Betrag. Dieser Betrag setzte sich aus dem realen Wert der erbrachten Arbeiten und Dienstleistungen sowie der Unterlassung bestimmter Handlungen zusammen. Die Übergabe der genannten Summe erfolgte in mehreren Raten. Weiterhin forderten G.D. und A.B. von T.E. eine Zahlung aus dem Vertragswert, um ihre Unterstützung bei zukünftigen Ausschreibungen zu sichern.¹³

G.D. und A.B. fertigten gefälschte Abnahme-, Defekt- und Dienstleistungsprotokolle an. Darin gaben sie an, dass der Wert der von der F.R.-GmbH im Rahmen des elektronischen Ausschreibungsverfahrens erbrachten Arbeiten insgesamt 18.104,78 Lari betrug, obwohl sich die tatsächlichen Kosten dieser Arbeiten nur auf 10.179,83 Lari beliefen.¹⁴

Die Handlungen von G.D. und A.B. sind eindeutig als Bestechung im privaten Sektor gemäß Art. 221 Abs. 4 lit. a gStGB zu qualifizieren.¹⁵ Allerdings sollte der Umstand, dass G.D. und A.B. von T.E. die Zahlung eines bestimmten Betrags aus dem Vertragswert zur Unterstützung bei zukünftigen Ausschreibungen verlangten, gemäß Art. 221 Abs. 4 lit. a gStGB (gemeinschaftliche Bestechung im privaten Sektor) bewertet werden. Der Umstand, dass G.D. und A.B. gefälschte Abnahme-, Defekt- und Dienstleistungsprotokolle anfertigten, in denen sie vorgaben, dass der Wert der von der F.R.-GmbH im Rahmen des elektronischen Ausschreibungsverfahrens erbrachten Arbeiten 18.104,78 Lari betrug, obwohl sich die Kosten tatsächlich nur auf 10.179,83 Lari beliefen, sollte die Handlung nicht nach Art. 221 Abs. 4 lit. a gStGB, sondern nach Art. 180 Abs. 2 lit. a und b

12 Urteil des Amtsgerichts Rustavi vom 2. September 2019, AZ №1/387-19, 2.

13 Urteil des Amtsgerichts Rustavi vom 2. September 2019, AZ №1/387-19, 2.

14 Urteil des Amtsgerichts Rustavi vom 2. September 2019, AZ №1/387-19, 3.

15 Urteil des Amtsgerichts Rustavi vom 2. September 2019, AZ №1/387-19, 7-8.

gStGB (gemeinschaftlicher Betrug, begangen gemäß einer vorherigen Absprache, der einen erheblichen Schaden verursacht hat) qualifiziert werden.

In der Rechtsprechung finden sich zahlreiche weitere Fälle, in denen dem Gewinner einer öffentlichen Ausschreibung rechtswidrig mehr Geld aus dem öffentlichen oder privaten Haushalt überwiesen wird, als der tatsächliche Wert der erbrachten Dienstleistung oder Ware beträgt. Das nachfolgende Urteil enthält leider keine tatsächlichen Umstände, sodass ich für die rechtliche Beurteilung des Verhaltens hypothetische Überlegungen anstellen muss. Konkret:

In der zu 100 % vom Staat gehaltenen S.S.-GmbH. übte R.Z. öffentliche Rechtsbefugnisse aus und sorgte für die Durchführung von Verfahren im Zusammenhang mit Beschaffungen sowie internationalen Ausschreibungsverfahren. Er prüfte Beschaffungsprozesse gemäß Darlehens-/Zuschussvereinbarungen, kontrollierte Verträge, leitete und führte Änderungen ein und überwachte die Übereinstimmung mit der Dokumentation zur Vertragserfüllung (Abnahmeprotokolle). R.Z. gab Informationen, die er durch seine dienstliche Position erhalten hatte, an seinen Vater F.Z. weiter, der Geschäftsbeziehungen zu ausländischen Unternehmen pflegte. Die Liste der zu beschaffenden Geräte und deren Spezifikationen wurden formal von der G-GmbH festgelegt, jedoch hatte diese die Daten bereits im Vorfeld von R.Z.'s Vater F.Z. erhalten. Unter Berücksichtigung dieser Daten erstellte R.Z. einen positiven Bericht, der dazu führte, dass die D-GmbH bei der Ausschreibung der S.S.-GmbH gewann.

Im Rahmen des Vertrages wurde die gelieferte Technik von R.Z., dem Leiter der Abteilung für internationale Beschaffungen der S.S.-GmbH, unter Hinzuziehung eines Abnahmeprotokolls entgegengenommen. Die D-GmbH erhielt 17.891,93 US-Dollar aus einem Darlehen der Asia Development Bank für die Lieferung der Ware und 89.409 Lari von der S.S.-GmbH. Die Differenz zwischen den Selbstkosten und dem Preis der gelieferten Ware betrug 341.353 Lari. Der Direktor der D-M-GmbH, B.S., überwies auf Basis einer Vereinbarung zwischen den Parteien 51.125 Lari an F.Z., den Vater von R.Z., damit dieser das Geld an seinen Sohn R.Z. weiterleitete.¹⁶

Das Gericht hat das Verhalten von R.Z. gemäß Art. 338 Abs. 3 lit. e gStGB (Bestechung in besonders großer Menge) und das Verhalten seines Vaters F.Z.

16 Urteil des Amtsgerichts Tbilissi vom 11. Juli 2022 AZ №1/3631-22, 2.

als Beihilfe hierzu gewertet.¹⁷

R.Z. missbrauchte seine Amtsbefugnisse, indem er als Vertreter des Staates geheime Informationen der S.S.-GmbH an private Unternehmen weitergab. Sein Vater half ihm dabei. Dadurch konnte die D-GmbH die Ausschreibungsbedingungen zu ihren Gunsten anpassen und die Ausschreibung auf Grundlage von R.Z.'s positivem Bericht gewinnen. Durch die Verletzung der Ausschreibungsbedingungen hat R.Z. die Interessen des Staates erheblich geschädigt. Dies hat Auswirkungen auf die zukünftige Einsparung von Staatsgeldern.

Im Rahmen des Vertrages wurde die gelieferte Technik von R.Z., dem Leiter der Abteilung für internationale Beschaffungen der „S.S.“ GmbH, mit einem Abnahmeprotokoll entgegengenommen. Die „D“ GmbH erhielt 17.891,93 US-Dollar aus dem Asia Development Bank Darlehen für die Lieferung der Ware, und 89.409 Lari von der „S.S.“ GmbH. Die Differenz zwischen den Selbstkosten und den Preisen der gelieferten Ware betrug 341.353 Lari. Der Direktor der „D-M“ GmbH, B.S., überwies auf Basis einer Vereinbarung zwischen den Parteien 51.125 Lari an F.Z., den Vater von R.Z., damit dieser das Geld an seinen Sohn R.Z. weiterleitete.

Ferner ist dem Urteil eindeutig zu entnehmen, dass der „Bestechungsbetrag“ der Teilbetrag war, der sich aus der Differenz zwischen den Preisen der Ware und der Lieferung bzw. Leistung ergibt. Das bedeutet, dass genau der Betrag, der von der D-GmbH zu viel berechnet wurde, weitergegeben wurde. Leider geht aus dem Urteil nicht eindeutig hervor, ob R.Z. rechtmäßiger Eigentümer oder Verwalter des Vermögens der S.S.-GmbH war. Sollten die Ermittlungen dies ergeben, wäre das Verhalten von R.Z. als Unterschlagung mit einem Vermögensverlust von großem Ausmaß durch Missbrauch einer dienstlichen Stellung (Art. 182 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 lit. b gStGB) zu qualifizieren. Das Verhalten von F.Z. wäre demnach als Beihilfe hierzu zu bewerten. Wenn R.Z. jedoch nicht als rechtmäßiger Eigentümer oder Verwalter des Vermögens der S.S.-GmbH betrachtet werden kann, muss sein Verhalten als Betrug mit einem Vermögensverlust großen Ausmaßes durch Missbrauch einer dienstlichen Stellung (Art. 180 Abs. 3 lit. a und b gStGB) bewertet werden. Das Verhalten von F.Z. ist dann ebenfalls als Beihilfe zu dieser

17 Urteil des Amtsgerichts Tbilissi vom 11. Juli 2022 AZ №1/3631-22, 14-15.

Tat einzustufen.

Des Weiteren wird in dem Urteil eindeutig festgestellt, dass das Vorgehen der Tatbeteiligten als eine kriminelle Absprache zur Aneignung fremden Vermögens zu bewerten ist, womit klar ist, dass Bestechlichkeit (Art. 338 gStGB) und Bestechung (Art. 339 gStGB) ausgeschlossen sind.

Schließlich bliebe bei einer strafrechtlichen Ahndung des Verhaltens ausschließlich wegen Bestechlichkeit (Art. 338 gStGB) und Bestechung (Art. 339 gStGB) die Verletzung des staatlichen Eigentums unberücksichtigt. Es besteht kein Zweifel, dass im letzten Fall eine unrechtmäßige Verletzung des staatlichen Eigentums vorliegt.

In der Praxis kann es vorkommen, dass eine Person aufgrund einer korrupten Absprache eine Ausschreibung gewinnt, obwohl sie die Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllt. Wenn ein Beamter oder der Leiter einer privaten Organisation einem Kandidaten im Ausschreibungsverfahren zum Gewinn verhilft, der die festgelegten Bedingungen nicht erfüllt, muss zusätzlich festgestellt werden, was im Gegenzug für diese Unterstützung geleistet wurde. In einer solchen Situation sind zwei Gründe für die Veranlassung solcher Entscheidungen denkbar: Wenn jemand aufgrund der Leistung eines Vermögens- oder sonstigen unrechtmäßigen Vorteils als Gewinner der Ausschreibung erklärt wird, handelt es sich um Bestechung (Art. 338 gStGB) und eine missbräuchliche Verwendung von Dienstbefugnissen (Art. 332 gStGB). Im privaten Sektor betrifft dies auch die Bestechung im geschäftlichen Verkehr (Art. 221 Abs. 3 gStGB) und missbräuchliche Verwendung von Befugnissen (Art. 220 gStGB). Wenn jemand aufgrund eines bestimmten Vermögens oder unrechtmäßigen Vorteils nicht zum Gewinner der Ausschreibung erklärt wird, ist die Handlung als eine missbräuchliche Verwendung von Dienstbefugnissen (Art. 332 gStGB) zu bewerten. Im privaten Sektor handelt es sich um eine missbräuchliche Verwendung von Befugnissen (Art. 220 gStGB).

Es kann auch eine Situation entstehen, in der einem Unternehmer, der an einer Ausschreibung teilnimmt, von einer Person versichert wird, gegen eine bestimmte Geldsumme Einfluss auf die Mitglieder der Ausschreibungskommission zu nehmen, damit diese ihn zum Gewinner der Ausschreibung erklären. Es

muss durch die Ermittlungen festgestellt werden, dass der Vermögens- oder sonstige Vorteil dem Einflussnehmer selbst und nicht über ihn als Mittelsmann den Mitgliedern der Entscheidungskommission übergeben wird. In diesem Fall ist die Handlung als Handel mit Einfluss zu bewerten (Art. 339¹ gStGB). Wenn der gewünschte Kandidat die Ausschreibung gewinnt und der Einflussnehmer anschließend ein weiteres Mitglied der Ausschreibungskommission anstiftet, dem Gewinner mehr als den Wert der Dienstleistung oder Ware zu überweisen, wird das Handeln des Ausschreibungskommissionsmitglieds – sofern das Vermögen rechtmäßig in seinem Besitz oder in seiner Verfügungsgewalt steht – als Unterschlagung eingestuft, begangen durch Missbrauch der Amtsstellung (Art. 182 Abs. 2 lit. d gStGB). Falls jedoch der rechtmäßige Besitz oder die Verfügungsgewalt nicht nachgewiesen werden kann, wird das Handeln des Ausschreibungskommissionsmitglieds als Betrug eingestuft (Art. 180 Abs. 3 lit. a gStGB). Das Handeln des Einflussnehmers wird zusätzlich als Anstiftung oder Organisation zur Unterschlagung oder gegebenenfalls zum Betrug qualifiziert (Art. 24 Abs. 2 und 3 gStGB). Für eine vollständige Qualifikation ist selbstverständlich auch auf Art. 210 (Fälschung, Verkauf oder Verwendung einer falschen Kredit- oder Zahlungskarte), Art. 341 (Fälschung im Amt) oder Art. 362 gStGB (Fälschung eines Dokuments, Stempels, Siegels oder Formulars) Bezug zu nehmen.

V. Fazit

Die Analyse gerichtlicher Entscheidungen im Rahmen der vorgestellten Untersuchung hat eindeutig ergeben, dass die Ermittlungs- und Rechtspraxis oft uneinheitlich und inkonsistent ist. Straftaten, die auf korrupten Absprachen basieren und gegen das Vermögen gerichtet sind, beinhalten häufig Merkmale von Straftaten, die entweder als gegen die Interessen eines Unternehmens oder einer anderen Organisation gerichtete Taten oder als Amtsdelikte zu bewerten sind. Es wurde deutlich, dass es bei einer rechtswidrigen Erlangung von Zahlungen eines staatlichen oder privaten Unternehmens auf der Grundlage eines Ausschreibungsvertrags rechtliche Fragestellungen sowohl bezüglich der

Täterschaft und der Teilnahme an Straftaten gegen das Vermögen in Fällen des „Geldrückflusses“ als auch hinsichtlich der Gesamtheit der Straftaten und der Konkurrenzen der Normen zu lösen gilt.

**წინასწარი პატიმრობა და უდანაშაულობის პრეზუმფცია
– მოსაზრებები სამართლებრივი პრინციპის
გაძლიერებასთან დაკავშირებით, მოსამართლის
პროგნოზთან ურთიერთკავშირში**

დოქტ. **ვეა კილი**¹, პროკურორი (ჰამბურგი)
კიოლნის უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი

I. შესავალი

წინასწარი პატიმრობა, როგორც გერმანიაში ყველაზე მკაცრი სისხლის საპროცესო-სამართლებრივი ღონისძიება,² მუდმივად არის კრიტიკული განხილვის საგანი. როგორც წესი, ამოსავალი წერტილი ამ დროს არის უდანაშაულობის პრეზუმფცია, რომელიც, თავის მხრივ, გამომდინარეობს სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპისა და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტის დანაწესიდან³. ყოველივე ამან ასახვა ჰპოვა გერმანიის ცალკეული ფედერალური მიწების წინასწარი პატიმრობის აღსრულების რეგულაციებში.⁴ პრაქტიკაში განსაკუთრებულ როლს თამაშობს წინასწარი პატიმრობის ექსპანსიური გამოყენება - რაც ასევე გაკრიტიკებულია ეკონომიკურ სისხლის სამართალში⁵ - დაუშვებელი, დაპატიმრების ე.წ. აპოკრიფული მიზნების მიღწევისთვის.⁶ საუბარია დაპატიმრების გამოყენებისას ფარულ მამოძრავებელ იმ მოტივებზე, რომლებიც არ არის განსაზღვრული კანონში.⁷ მოცემულ საკითხზე

1 ტექსტი გამოხატავს ავტორის პირად მოსაზრებებს.

2 *Dahs*, in: Festschrift Dünnebieber, 1882, S. 227; *Hermann*, StraFo 2016, 89 (91); *Bosch*, JURA 2017, 43; *Seebode*, StV 1989, 118; *Geppert*, JURA 1991, 269.

3 *BVerfGE* 82, 106 (114).

4 იხ. მაგ., § 4 Abs. 1 des Hamburgischen Untersuchungshaftvollzugsgesetzes (HmbU-VollzG).

5 იხ. მხოლოდ *MünchKollf*, in: Festschrift Rieß, 2002, S. 347 (360).

6 იხ. მხოლოდ *MünchKollf*, in: Festschrift Rieß, 2002, S. 347 (360).

7 *Paeffgen*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. II, 5. Aufl. 2016, § 112 Rn. 21c; *Theile*, wistra 2005, 327; *Lammer*, StraFo 1999, 366 (367);

მსჯელობისას განხილვის საგანია არა მხოლოდ წინასწარი პატიმრობის შეფარდება იმ მიზნით, რათა, თავისუფლების უშუალო აღკვეთით, მიღწეულ იქნას მსუსხავი ეფექტის გაძლიერება, არამედ, ასევე წინასწარი პატიმრობის გამოყენება, როგორც წინასწარი მსჯავრდება იმ საქმეებზე, რომლებშიც მოსალოდნელი არც კი არის საბოლოო სასჯელის სახედ თავისუფლების აღკვეთის გამოყენება. გარდა ამისა, გამოითქმის კრიტიკა, რომ წინასწარი პატიმრობა გამოიყენება ზენოლის საშუალებად აღიარებითი ჩვენების მისაღებად, როგორც „საპროცესო შეთანხმების დადების შესაძლებლობა“, საქმის წარმოების დროულად და იაფად დასასრულებლად“^{8,9} ამასთან, აღიარებითი ჩვენების მიღებას ენიჭება ყველაზე დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა.¹⁰ იმ შემთხვევაში, თუ შეუძლებელია ფაქტობრივი გარემოებების დადასტურება მის გარეშე, ვინაიდან ამოღებულია დიდი ოდენობით ოფიციალური დოკუმენტაცია¹¹, აშკარად შეინიშნება ბოროტად გამოყენების გარკვეული პოტენციალი, განსაკუთრებით კი, ეკონომიკური სისხლის სამართლის საქმეებზე სამართალწარმოებაში.¹² თუმცა, აქ საუბარი არ არის ხშირად მხოლოდ და მხოლოდ კომპლექსური ფაქტობრივი გარემოებების გამოკვლევაზე, რომელსაც თან ახლავს მოცულობითი მტკიცებულებების მოპოვება და (სავარაუდოდ) დიდი ოდენობით დამდგარი ზიანი¹³, არამედ, გასათვალისწინებელია ისიც, რომ ბრალდებულები, პატიმრობის მიმართ განსაკუთრებული მგრძობელობით გამოირჩევიან.¹⁴ თუმცა, კრიტიკა ზედმეტად შორის მიდის,¹⁵ როდესაც წინასწარი პატიმრობის

MünchKollf., StraFo 1999, 332; *Eidam*, StV 2005, 201; *König* (Fn. 5), § 4 Rn. 55.

8 *Weigend*, in: Festschrift Egon Müller, 2008, S. 739.

9 ob. ასევე ჩამონათვალი *Schlothauer/Nobis/Voigt/Wolf*, Untersuchungshaft, 6. Aufl. 2024, Rn. 645 ff. und *Nordhues*, Untersuchungshaft im Spannungsverhältnis von Recht und Praxis, 2013, S. 50 ff.

10 ob. მხოლოდ *Schlothauer/Nobis/Voigt/Wolf* (Fn. 8), Rn. 646; *Eidam*, StV 2005, 201; *Nobis*, StraFo 2012, 45 (47).

11 *Lemme*, wistra, 2004, 288 (290).

12 *Park*, wistra 2001, 247 (250) mit Blick auf den Haftgrund der Verdunkelungsgefahr.

13 *MünchKollf.* (Fn. 4), S. 347.

14 *Böttger*, in: ders. (Hrsg.) Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2023, Kap. 5, Rn. 215.

15 მსგავსი სათაურით სტატია *Eidam*, HRRS 2008, 241; ეთანხმება *Nobis*, StraFo 2012, 45 (48).

გამოყენებას უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებას უწოდებს.¹⁶ იმავდროულად სტატისტიკურად შეინიშნება შეფარდების პრაქტიკის გარკვეული დისბალანსი, როდესაც, 50%-ზე მეტ შემთხვევაში, მიმალვის საფრთხის გამო, შეფარდებული იქნა წინასწარი პატიმრობა, საბოლოოდ კი, თავისუფლების აღკვეთა განისაზღვრა პირობითი მსჯავრის სახით.¹⁷ მხოლოდ ცალკეულ, გამონაკლის შემთხვევებში, დადასტურდა მიმალვის საფრთხის შესახებ პროგნოზი.¹⁸ ვისაც სურს დაპატიმრების აპოკრიპტული მიზეზების ფენომენის კვლევა, დგას იმ გამოწვევის წინაშე, რომ სამართლისა და სამართლებრივი სინამდვილის, ემპირიული კვლევების საფუძველზე გამიჯნა მხოლოდ პირობითადაა შესაძლებელი¹⁹ და ეს არც დაპატიმრების ბრძანებიდან გამომდინარეობს²⁰. უდანაშაულობის პრეზუმციის პრინციპის გაძლიერების სურვილის შემთხვევაში, მნიშვნელოვანია, წინასწარი პატიმრობის „ღია ფლანგებზე“ ორიენტაცია, ვიდრე დავა დაპატიმრების აპოკრიპტული მიზეზების ემპირიული მტკიცებადობის საკითხზე. მხოლოდ ამის შემდგომ გახდება შესაძლებელი დაცვის ღონის ამალღებამზე ფიქრი.

16 შედარებით თავშეკავებულია *Lind*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 27. Aufl. 2019, Bd. 4, Teilband 1, Vor § 112 Rn. 30.

17 *Schlothauerl Nobisl Voigtl Wolf* (Fn. 8), Rn. 7 - წინასწარი პატიმრობის სტატისტიკის დასკვნებთან დაკავშირებით. ამ კონტექსტის წონალობა შეიძლება იყოს შემლუღელი, რამეთუ, თავისუფლების აღკვეთის შეფარდება ან/და პირობითი სასჯელი, დამოკიდებულია უამრავ გარემოებაზე. იმ შემთხვევაში, თუ საქმე ეხება მრავალწლიან სამართალწარმოებას, რომელში ფიგურანტი განსასჯელი არ ყოფილა მანამდე ნასამართლევი, თავისუფლების აღკვეთა, რომელიც ვერ შეეფარდება განსასჯელს პირობითი მსჯავრის სახით, ამ მიზეზით ნაკლებ მოსალოდნელია.

18 გოტინგენის კვლევების მიხედვით საუბარია რვა პროცენტზე, იხ. *Gebauer*, Die Rechtswirklichkeit der U-Haft in der Bundesrepublik Deutschland, 1987, S. 275; მსგავსი შედეგები *Wolf*, Die Fluchtprognose im Untersuchungshaftrecht, 2017, S. 407; *Lind*, StV 2019, 118 (120), საკუთარ კვლევაში, ეხება ბერლინის უმაღლესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა სენატის ყველა, განსასჯელის სასარგებლოდ მიღებულ დაპატიმრების გადაწყვეტილებას (2009-2016წწ.) - კვოტა 1,54 %.

19 შეად. *Theile*, wistra 2005, 327 (327, 329); *MünchKafffen*, StraFo 1999, 332; *Nordhues* (Fn. 8), S. 45.

20 შეად. *Hassemer*, StV 1984, 38 (39).

II. წინასწარი პატიმრობის წინაპირობები გერმანულ სამართალში

წინასწარი პატიმრობა მონესრიგებულია გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 112-ე და შემდგომი პარაგრაფებით. ფორმალური თვალსაზრისით, აუცილებელია დაპატიმრების წერილობითი ბრძანების გაცემა (§ 114 ნაწ. 1), რომელიც დაკავებისას უნდა ეცნობოს და გადაეცეს ბრალდებულს (§ 114a). მხოლოდ მოსამართლეს აქვს დაპატიმრების ბრძანების გამოცემის უფლება (§ 114 ნაწ. 1, გერმანიის ძირითადი კანონის 104-ე მუხლის მე-2 პუნქტის პირველი წინადადება). რაც შეეხება ბრალდების წარდგენას, ეს გახლავთ ე.წ. გამომძიებელი-მოსამართლის (§§ 125 ნაწ. 1, 169), ხოლო შემდგომ საქმის განმხილველი სასამართლოს პრეროგატივა (§ 125 ნაწ. 2).

მატერიალური თვალსაზრისით, დაპატიმრების ბრძანების გაცემის საფუძველს, წარმოადგენს დანაშაულის ჩადენის გადაუდებელი, დასაბუთებული ეჭვი. ასეთი სახეზეა იმ შემთხვევაში, როდესაც ბრალდებული, გამოძიების აქტუალური მდგომარეობის საფუძველზე, გარკვეული ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით, მაღალი ალბათობით,²¹ არის კონკრეტული დანაშაულის ამსრულებელი ან თანამონაწილე. სადავოა, ქმედების ჩადენის კრიტერიუმთან ერთად, აუცილებელია თუ არა მსჯავრდების მაღალი ალბათობის გათვალისწინება,²² ან თუა საკმარისი მხოლოდ ამის შესაძლებლობა და, ამგვარად, გარკვეული

21 სინონიმის სახით „ალბათობის მაღალ ხარისხზე“ საუბრობენ, იხ. *BVerfG*, Beschluss vom 09.03.2020 – 2 BvR 103/20, BeckRS 2020, 3196; *BGHSt* 38, 276 (278); *Graf*, in: *Barthe/Gericke* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Aufl. 2023, § 112 Rn. 6; *Laue*, in: *Dölling/Duttge/König/Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl. 2022, § 112 Rn. 3; *Krauß*, in: *Beck'scher Online-Kommentar StPO*, 51. Edt., Stand: 01.07.2024, § 112 Rn. 9. 22 *Parigger*, *NSiZ* 1986, 211; აქაც სინონიმის სახით „ალბათობის მაღალ ხარისხზე“ საუბარი, იხ. მხოლოდ *BGH*, *NJW* 1992, 1975 (1976); *OLG Brandenburg*, Beschluss vom 20.12.1995 – 2 (3) HEs 106/95, BeckRS 1995, 9273; *OLG Bremen*, Beschluss vom 20.10.2022 – 1 Ws 107/22, BeckRS 2022, 36433.

ალბათობა²³. უპირატესია ბოლო მოსაზრება²⁴, რომ წინასწარი პატიმრობა სისტემატურად გამოიყენება წინასწარი გამოძიების საწყის ეტაპზე, იმ დროს, როდესაც შეუძლებელია მსჯავრდების მალალი ალბათობის მუსტად განსაზღვრა.²⁵ გარდა ამისა, დაპატიმრების ბრძანების გაცემისა და მისი ვადის გაგრძელების წინაპირობაა კანონში ჩადებული, დაპატიმრების მინიმუმ ერთი საფუძვლის არსებობა მაინც (გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 112 ნან. 2 და 3, 112a). იმ შემთხვევაში, თუ ბრალდებული გაქცეულია ან მიმალვაშია, გამოყენებულია მიმალვის გამო დაპატიმრება (გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 112 ნან. 2 Nr. 1); თუ არსებობს დასაბუთებული საფრთხე, რომ ბრალდებული გაექცევა მართლმსაჯულებას, მაშინ გამოიყენება პრაქტიკაში მიმალვის საფრთხის ყველაზე მნიშვნელოვანი დაპატიმრების საფუძველი (გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 112 ნან. 2 Nr. 2); იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს დასაბუთებული ეჭვი იმისა, რომ ბრალდებული უკანონოდ იქონიებს ზეგავლენას მტკიცებულებებზე, მაშინ გამოიყენება მტკიცებულებათა განადგურების საფრთხიდან გამომდინარე დაპატიმრება (გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 112 ნან. 2 Nr. 3); და ბოლოს, მძიმე დანაშაულების კონკრეტულ შემთხვევებთან მიმართებაში, ხდება დაპატიმრების გამოყენება (გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 112 ნან. 3)²⁶; დასასრულ კი, გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 112a განსაზღვრავს რეციდივის

23 როდესაც *OLG München*, Beschluss vom 27.12.2019 – 3 Ws 1320/19 u. a., BeckRS 2019, 39467 უარყოფს მოსაზრებებს „შემდგომი მსჯავრდების ალბათობასთან“ დაკავშირებით, ხოლო, „მსჯავრდების შესაძლებლობა“ საკმარისია, ეს არ არის დამაჯერებელი, რამეთუ, ფაქტის დადგომის ალბათობა, აღემატება ამ შესაძლებლობას.

24 ემხრობა მაგ. *Krauß* (Rn. 20), § 112 Rn. 9; *Waßmerl Heidingerl Wiesener*, JA 2024, 330 (333); *Beulkel Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 320; იხ. ასევე *BGH*, Beschluss vom 06.04.1979 – 1 BJs 205/78/StB 16/79 bei *Pfeiffer*, NStZ 1981, 93 (94), რომელშიც უარყოფილია გამამატყუნებელ განაჩენთან მიმართებაში ნებისმიერი პროგნოზის გაკეთება.

25 *Beulkel Swoboda* (Rn. 23), § 11 Rn. 320; *Bosch*, JURA 2017, 43 (44).

26 ეს დაპატიმრების საფუძველი მნიშვნელოვანია, თანამომეგრების პრინციპის პარალელურად, იმავდროულად კი, ფაქტობრივი გარემოებების საფუძველს წაყენება ნაკლებად მკაცრი მოთხოვნები, შეად. *BVerfGE* 19, 342 (350f).

საფრთხის სუბსიდიურ დაპატიმრების საფუძველს (ნაწ. 2). ამასთანავე, წინასწარი პატიმრობა დასაშვებია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ იგი თანაბრობიერია (§§ 112 ნაწ. 1 წინ. 2, 113, 120 ნაწ. 1 წინ. 1). თანაბრობიერების პრინციპს განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს ძირითადი კანონით უზრუნველყოფილ, პერსონალური თავისუფლების უფლებასა (გერმანიის ძირითადი კანონის მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტის მე-2 წინადადება, 104-ე მუხლი) და სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების განხორციელების საჭიროებას შორის ბალანსის უზრუნველსაყოფად.²⁷

III. წინასწარი პატიმრობა და უდანაშაულობის პრეზუმფცია

1. უდანაშაულობის პრეზუმფციის ნორმატიული შინაარსი და წინასწარი პატიმრობის მიზანი

უდანაშაულობის პრეზუმფციის ჭრილში დაუშვებელი მიზნების გამიჯვნა პატიმრობასთან დაკავშირებული სასამართლო გადაწყვეტილებებისას, პირველ რიგში, მოითხოვს მსჯელობას თავად უდანაშაულობის პრეზუმფციის მატერიალურ შინაარსზე და წინასწარი პატიმრობის მიზანზე. ამრის ჰეტეროგენული სპექტრის მიუხედავად, სასამართლო პრაქტიკასა და დოქტრინაში, არსებობს ერთსულოვნება იმასთან დაკავშირებით, რომ უდანაშაულობის პრეზუმფცია, თავისი არსით, წარმოადგენს ეჭვზე დაფუძნებული სასჯელის აკრძალვას.²⁸ კანონიერ ძალაში შესულ გამამტყუნებელ განაჩენამდე, დაუშვებელია სასჯელებისა და გამასწორებელი ღონისძიებების შეფარდება, რომლებიც, მათი არსით, უთანაბრდება თავისუფლების აღკვეთას.²⁹ ბრალდებული მიიჩნევა უდანაშაულოდ, ვიდრე არ დამტკიცდება მისი ბრალი.³⁰ ამით სისხლისსამართლებრივი ბრალი, როგორც სახელმწიფოსმიერი დასჯის წინაპირობა,³¹ განხილვის ფოკუსში ექცევა. შესაბამისად, წინასწარი

27 დაწვრ. იხ. *BVerfGE* 19, 342 (347 ff.); ასევე *BVerfG*, NJW 2006, 1336 (1337).

28 *Frister*, in: *Gedächtnisschrift Weißlau*, 2016, S. 149 (150).

29 იხ. მხოლოდ *BVerfGE* 35, 311 (320).

30 *Pfeiffer*, in: *Festschrift Geiß*, 2000, S. 147 f.

31 *BVerfGE* 9, 167 (169).

პატიმრობის დასაშვებ და დაუშვებელ მიზანს შორის გამყოფი ხაზის დასადგენად, სისხლის სამართლის სისტემაში, სისხლისსამართლებრივი ბრალის ფუნქციას უნდა შევხვით. სისხლისსამართლებრივი ბრალის ამოცანაა თანასწორობის მატერიალიზაცია. ამის საფუძველია ის, რომ სახელმწიფო სასჯელის თემნის ვალდებულება არ უნდა სცდებოდეს სისხლისსამართლებრივი ქცევის ნორმის შესრულების ვალდებულებას.³² არსებობს თუ არა საერთოდ თემნის ვალდებულება, და რა მოცულობით უნდა გავრცელდეს იგი ბრალდებულსა და შემდგომ მსჯავრდებულზე, ნორმის მოქმედების რესტიტუციის მხრივ, უნდა განისაზღვროს განაჩენით³³. იმ შემთხვევაში, თუ სისხლისსამართლებრივი ბრალის შერაცხვა სახელმწიფო სასჯელის გამოყენების წინაპირობაა, მაშინ აკრძალულია, ბრალდებულის მიმართ, ბრალის წაყენება ნორმის მოქმედების რესტიტუციის მიზნით, გამამტყუნებელი განაჩენის კანონიერ ძალაში შესვლამდე. წინასწარი პატიმრობა კი არ უნდა ემსახურებოდეს მიზანს, რომლის შესრულებაც მხოლოდ ბრალზე დამოკიდებულ სასჯელზე იქნება „მიწერილი“.³⁴ მისი მიზანი, უპირველეს ყოვლისა, უნდა მდგომარეობდეს მატერიალური ჭეშმარიტების სასამართლოსმიერი გადაწყვეტილების გზის უზრუნველყოფაში. ყველაფერი დანარჩენი, ფაქტობრივად, იქნებოდა „უდანაშაულო ადამიანის მიმართ, უგანაჩენოდ, სასჯელის აღსრულება“³⁵. უდანაშაულობის პრეზუმფცია წარმოადგენს მატერიალურსამართლებრივი ბრალის პრინციპის პროცესუალურ კომპონენტს.³⁶ იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც წინასწარი პატიმრობის ინსტიტუტი, განსხვავებით ყველა სხვა სახის სასამართლო გადაწყვეტილებისაგან, არ ასრულებს უშუალოდ ექსპრესიულ-

32 დაწვრ. იხ. *Kiel*, Risiko als Konstruktion, 2024, S. 44 ff.

33 ან მასთან გათანაბრებული გადაწყვეტილებები, როგორებიცაა კანონიერ ძალაში შესული დაპატიმრების ბრძანებები, § 410 Abs. 3 dStPO.

34 *Wolter*, ZStW 1981, 452 (453).

35 *Schlothauer/Nobis/Voigt/Wolf* (Fn. 8), Rn. 665.

36 განსხვ. *Stuckenber*g, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 510; ასევე *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 78 im Hinblick auf das Verbot der Verdachtsstrafe; speziell mit Blick auf die Entscheidungsregel in dubio pro reo *Sax*, JZ 1958, 178 (179); *Henkel*, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 352; *Stree*, In dubio pro reo, 1962, S. 16; *Steinl Starke*, JR 1984, 97 (102).

პრევენციულ მიზანს,³⁷ ეს ყოველივე ფუნქციონალურად მიესადაგება სისხლის საპროცესო სამართალს, რომლის ინტერესიცაა საპროცესო საფუძვლების შექმნა არასტაბილურობის დასაძლევად, მატერიალური სამართლის კონტექსტში.³⁸ ამ თვალსაზრისით, წინასწარი პატიმრობის დანიშნულებაა სისხლის სამართლის საქმის უზრუნველყოფა.³⁹

2. წინასწარი პატიმრობის „ღია ფლანგები“

იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს წინასწარი პატიმრობის დასაშვები რომელიმე მიზანი, როგორც ეს ზემოთ არის აღწერილი, შესაძლებელია მისი „ღია ფლანგების“ იდენტიფიცირება უდანაშაულობის პრეზუმფციასთან და განსაკუთრებით აპოკრიფული დაკავების საფუძვლების ფენომენთან მიმართებაში. განხილვის ფოკუსში ექცევა დანაშაულის ჩადენის საფუძვლიანი ეჭვი და საფრთხის ან ეჭვის ცნებები, რომლებიც უკავშირდება გაქცევას, მტკიცებულებების განადგურებას და დანაშაულის განმეორებით ჩადენის რისკს. საუბარია გარკვეულწილად პროგნოზულ გადაწყვეტილებაზე,⁴⁰ რომელიც, დანაშაულის ჩადენის დასაბუთებული ეჭვის არსებობისას, ითვალისწინებს წარსულ და დაპატიმრების საფუძველთან კავშირში მყოფ სამომავლო მოვლენას. აღნიშნულის შეფასება ყოველთვის ალბათობასთან არის კავშირში⁴¹, რის გამოც პროგნოზი, თავისი არსით, ხასიათდება არასტაბილურობით.

37 ძირითადად უარყოფილია ბრალდებულის პასუხისგებაში მიცემა სპეციალური ან ზოგადი პრევენციული მიზნებისთვის, სანამ განაჩენი კანონიერ ძალაში არ შევა. იხ. მხოლოდ *Wolter*, ZStW 1981, 452; *Hassemer*, StV 1984, 38 (40 f.); *Frister* (Fn. 35), S. 93; *Weigend* (Fn. 7), S. 739 (740); *Laue* (Fn. 20), § 112 StPO Rn. 9; *Paeffgen* (Fn. 6), § 112 Rn. 16.

38 სისხლის სამართლის პროცესის ფუნქციის შესახებ იხ. *Kiel*, NJW 2024, 2971 (2972).

39 გაბატ. მოსაზრება, იხ. მხოლოდ *Wolter*, ZStW 1981, 452 (453); *Roxini Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 30 Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 6), Vor §§ 112 ff. Rn. 11; *Geppert*, JURA 1991, 269; *Dreher*, MDR 1970, 965 (967); *Lammer*, StraFo 1999, 366 (367); *Hermann*, StraFo 2016, 89 (93, 94); *Lindner*, AöR 2008, 235 (253); *Weigend* (Fn. 7), S. 739 (740); *Hassemer*, StV 1984, 38 (40); *Kleimann*, in: Meier u. a. (Hrsg.), Jugendgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2024, § 72 Rn. 12; *Bosch*, JURA 2017, 43; *Waßmer/Heidingerl/Wiesener*, JA 2024, 330 (337).

40 *Poplat*, NK 2022, 359 (361).

41 შეად. *Leisner*, Die Prognose im Staatsrecht, 2015, S. 23.

ალბათობის შეფასებისას, გადაწყვეტილების მიმღებ მოსამართლეს სუბიექტური მოქმედების არეალი ორი თვალსაზრისით რჩება: ერთი მხრივ, შეფასებაში გასათვალისწინებელი და კანონში დამატებით „განსაზღვრული“ ფაქტების შერჩევის თვალსაზრისით; და მეორე მხრივ, მიზეზობრივი კანონის დადგენისას, რომელიც კონკრეტულ შემთხვევაში გამოიყენება „განსაზღვრულ ფაქტებსა“ და წარსულ ქმედებას, ან მოსალოდნელ გაქცევას, მტკიცებულებების განადგურებას თუ განმეორებით ქმედებას შორის კავშირის წარმოსაჩენად. ამასთან, წინასწარი პატიმრობის დანიშვნის ან გაგრძელების შესახებ გადაწყვეტილების მიღების მომენტში, როგორც წესი, ჯერ კიდევ დაუსრულებელი გამოძიების პროცესი წარმოშობს ბუნებრივ გამონკვევას არასრული ფაქტებიდან გამომდინარე.⁴² არ არსებობს მითითებები იმის შესახებ, თუ როგორ უნდა გაერთიანდეს ინდივიდუალურ შემთხვევაში დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებები პროგნოზულ შეფასებაში და რა სიზუსტის პროგნოზს უნდა მიაღწიოს მოსამართლემ. პრაქტიკა სარგებლობს „ტექნიკური დამხმარე საშუალებებით“, საკონტროლო სიების სახით (ე.წ. Checklisten, რედ. შენ.), რომლებიც შეიცავს სასამართლო პრაქტიკაში აღიარებულ, ფაქტობრივ დამაკავშირებელ ნიშნებს.⁴³ თუმცა, როდესაც არ გაგვაჩნია ზოგადად მოქმედი, პროგნოზის განმაპირობებელი კრიტერიუმები, ასეთ დროს მოსამართლე, საკუთარი გამოცდილებით ხელმძღვანელობს⁴⁴ და მთლიანი პროგნოზი დამოკიდებული ხდება მის ინდივიდუალურ მსოფლმხედველობაზე.⁴⁵ ასეთ შემთხვევაში, ვერ გამოირიცხება, არასწორი გადაწყვეტილების მიღების საფრთხე.⁴⁶ ამასთან, კანონის ინტერპრეტაციის გახსნილობა⁴⁷ არ შეესაბამება უდანაშაულობის პრეზუმფციის დანერგვის მიზანს წინასწარი პატიმრობის სამართალში, რამეთუ ის ქმნის პრაქტიკას, სადაც რეალური

42 ob. ასევე *Graf* (Fn. 20), § 112 Rn. 6.

43 *Huber*, in: *Frisch/Vogt* (Hrsg.), *Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, 1994, S. 43 (45).

44 ob. ასევე *Frisch*, in: *ders./Vogt* (Hrsg.), *Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, 1994, S. 55 (73).

45 შეად. *Wolf* (Fn. 17), S. 133.

46 *Poplat*, NK 2022, 359 (364).

47 კრიტიკული მოსაზრებები მიმაღვის საფრთხიდან გამომდინარე დაპატიმრებისას, *Nobis*, *StraFO* 2013, 318 (322).

მოტივაცია (შეგნებულად თუ შეუგნებლად) შეიძლება დაიმალოს წინასწარი პატიმრობის ბრძანების ზოგად ფორმულირებებში,⁴⁸ რაც ასევე წარმოშობს გადამონმების შეუძლებლობის პრობლემას.⁴⁹ კანონისმიერი დასაბუთების ვალდებულება ნაკლებად თუ შეცვლის რამეს ამ მხრივ. კერძოდ, დაპატიმრების ბრძანებაში უნდა მიეთითოს (მხოლოდ) ბრალდებულის შესახებ მონაცემები, ცალკეული ფაქტობრივი ნიშნები, დაპატიმრების საფუძველი და ამ საფუძვლისა და ქმედების ჩადენის დასაბუთებული ეჭვისათვის მნიშვნელოვანი ფაქტობრივი გარემოებები (გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 114 ნაწ. 2). ცალკეული პროცედურის აღსაწერად მნიშვნელოვანი გარემოებები არ არის გათვალისწინებული *de lege lata*.

წინამდებარე მოსაზრებები ერთობლივად მოიხსენიება, როგორც წინასწარი პატიმრობის „ღია ფლანგები“. ერთი მხრივ, ეს არის „გარკვეული ფაქტობრივი გარემოებების“ შერჩევის პროცედურა და მათი აგლომერაცია, ქმედებასა და დაპატიმრების საფუძვლის სინამდვილის საფუძვლიან კონსტრუქციად, ხოლო ასევე არასწორი სისტემატური გადაწყვეტილებების პროგნოზის გადასინჯვა. მეორე მხრივ, დაპატიმრების ბრძანების ცალკეული პროგნოზის არასაკმარისი გამჭვირვალობა, რომლის საფუძველიც არის კანონისმიერი დასაბუთების ვალდებულების გავრცელება ალბათობის სასამართლო პროგნოზის ფაქტორზე. თუმცა, ვინც ამ მოცემულობის გათვალისწინებით პატიმრობასთან დაკავშირებული პროგნოზების ობიექტივიზაციას ისახავს მიზნად, აწყდება გამონგევას, რომ ვერც ფაქტობრივი საფუძველი და ვერც გამოსაყენებელი მიზეზობრივი კავშირი ვერ აისახება აბსტრაქტულ-ზოგად დონეზე. შესაბამისად, უდანაშაულობის პრეზუმფციის გაძლიერების მოსაზრებები შეიძლება მხოლოდ პროგნოზის ტიპისა და მეთოდის სტრუქტურირებას, ანუ გარკვეულწილად ალბათობის კონსტრუქციის მეთოდს და მის შემდგომ გამჟღავნებას ეხებოდეს.

48 კრიტიკული მოსაზრებები *Dahs*, in: Festschrift Dünnebieber, 1982, S. 227 ff.; *Cornel*, StV 1994, 202 (204) und *Nobis*, StraFO 2013, 318 (322); გაქცევის რისკთან დაკავშ. იხ. *Gebauer* (Fn. 17), S. 236.

49 იხ. ასევე *Poplat*, NK 2022, 359 (363f).

3. უდანაშაულობის პრეზუმფციის გაძლიერების მოდელი

a. მოსამართლის პროგნოზის მოდელი

aa. „კონკრეტული ფაქტების შერჩევა“

მეთოდოლოგიური თვალსაზრისით მოსამართლის პროგნოზების სტრუქტურირების შესახებ მსჯელობა პირველ რიგში მიგვიყვანს „კონკრეტული ფაქტების“ შერჩევამდე. ამოსავალი წერტილია კანონი, რომელიც „კონკრეტული ფაქტების“ ნიშნით მოითხოვს განსაკუთრებულ ფაქტობრივ ხარისხს. მეთოდოლოგიურად ამის განხორციელება შესაძლებელია პირველ ეტაპზე იმ ფაქტების გამოვლენით, რომლებიც ეფუძნება ვალიდურ საგამოძიებო შედეგებს და გამოძიების იმჟამინდელი მდგომარეობით შეიძლება ჩაითვალოს დადასტურებულად.⁵⁰ უნდა გამოირიცხოს წმინდა წყლის ვარაუდი და შიში, რომელიც არ დადასტურდება გამოძიებით.⁵¹ მეორე ეტაპზე უნდა შემოწმდეს - რაც პრაქტიკაში ხშირად ხდება - გამოძიებამ ცალკეულ დადგენილ ფაქტებთან დაკავშირებით ხომ არ გამოავლინა ურთიერთსაწინააღმდეგო ფაქტები, რომლებიც თავის მხრივ გამოძიების იმჟამინდელი მდგომარეობით დადასტურებულად შეიძლება ჩაითვალოს. ეს არის მაგალითად ის შემთხვევა, როდესაც მონშის ჩვენება უარყოფილია დოკუმენტური მტკიცებულებებით. ურთიერთსაწინააღმდეგო მონშეთა ჩვენებების შემთხვევაში, მნიშვნელოვანია იმის დადგენა, არის თუ არა საწინააღმდეგო ფაქტი სარწმუნო მტკიცების თვალსაზრისით და არის თუ არა მონშე სანდო.

bb. გამოცდილების გამოსაყენებელი მოდელის (ემპირიული ფორმულა) შერჩევა

გამოსაყენებელი ემპირიული ფორმულისა და მიზნობრივი კავშირის თვალსაზრისითაც, მიზანშეწონილია მრავალსაფეხურიანი შემოწმების/ გადასინჯვის შემცველი მეთოდური სტრუქტურა. უპირველეს ყოვლისა, უნდა დადგინდეს, არსებობს თუ არა კონკრეტულ კონტექსტში, სა-

50 *Kiel*, ZStW 2022, 747 (761); s. a. *Paeffgen* (Fn. 6), § 112 Rn. 21b.

51 *ob.* მხოლოდ *Lind*, StV 2019, 118 und *Graf* (Fn. 20), § 112 Rn. 9; *Krauβ* (Fn. 20), § 112 Rn. 11.

მეცნიერო ემპირიული ფორმულა. ვინაიდან ეს, როგორც წესი, ასე არ არის წინასწარი პატიმრობის სამართალში⁵², უნდა იქნას გათვალისწინებული ემპირიულად დაუმტკიცებელი ფორმულები.⁵³ იმ შემთხვევაში, თუ წინასწარი პატიმრობის ინსტიტუტი ემპირიული სოციალური კვლევის სამსახურში ჩადგებოდა, მაშინ, პრაქტიკულად, ეს საერთოდ ვერ განხორციელდებოდა ცაიტნოტის პირობებში, რომელთა ფონზეც მიიღება საპატიმრო გადაწყვეტილებები. სუბიექტური აღქმის გამიჯვნა ქმნის გადასინჯვის საფუძველს, საიდანაც გამომდინარეობს ცალკეული ფაქტობრივი გარემოებების შიდა ურთიერთკავშირი. ამ წინაპირობის საფუძველზე, გამოყენებული ემპირიული ფორმულის დამაჯერებლობის ძალა ხელმისაწვდომია დისკუსიის ფორმატისათვის, ემპირიული გადახედვის ჩათვლით. მაგრამ უპირველეს ყოვლისა, ეს საშუალებას იძლევა დაუშვებელი მოტივაციები გახდეს ხილული როგორც გადაწყვეტილების მიმღებისთვის, ისე მესამე პირებისათვის.

cc. გამოცდილების გამოსაყენებელი მოდელით (ემპირიული ფორმულა) ფაქტობრივი გარემოებების კვალიფიკაცია

ცალკეული ფაქტობრივი გარემოებების კვალიფიკაცია, გადასინჯვადი ემპირიული ფორმულის საფუძველზე, ობიექტურად იმდენად დამაჯერებელი უნდა იყოს, რათა ცალკეული მოვლენის დადგომის გარკვეული ალბათობა არსებობდეს. მართალია, კონკრეტული ალბათობის რაოდენობრივი მაჩვენებლების მითითება ნაკლებად პრაქტიკულია. თუმცა, ალბათობის დონეების წინასწარი განსაზღვრაც კი წვლილს შეიტანს შემზღვეველი პროგნოზირების პრაქტიკაში. მაშინ როცა არსებობს დაპატიმრების საფუძველი მტკიცებულებათა განადგურების საფრთხის გამო და მისი, როგორც პრევენციული უზრუნველყოფის დაპატიმრების სახით გამოყენება, კონსტიტუციურსამართლებრივი მოტივით, მიზანშეწონილია ვინაოდ განმარტებული რეციდივის საფრთხის მიმართ⁵⁴, წარმოიშობა მაღალი ალბათობა, რომ უფრო

52 *Wolf* (Fn. 17), S. 154.

53 განსხვ. *Wolf* (Fn. 17), S. 163.

54 იხ. ასევე Bundestagsdrucksache VI/3248, S. 7; *BVerfGE* 19, 342 (349 f.); *Kammergericht Berlin*, Beschluss vom 28.02.2012 – 4 Ws 18/12 – 141 AR 100/12, BeckRS 2012,

მაღალია მიმალვის საფრთხე, ვიდრე გამოძიებასთან თანამშრომლობის სურვილი⁵⁵. ამგვარად, საფრთხის ცნება მიმალვის მიმართაც შეიძლება გამყარდეს (დამატებით) შემზღუდავი გამოყენების წინაპირობით, პატიმრობის საქმეებში განსაკუთრებით მოქმედი დამჩქარების მოთხოვნის გათვალისწინებით პრაქტიკულად განუხორციელებელი სასამართლოს შინაგანი რწმენის - და შესაბამისად, ობიექტურად მაღალი ალბათობის - გამოყენების გარეშე.⁵⁶ მაგალითად, ბრალდებულის უცხოური კონტაქტების არსებობა ვერ გაამართლებს მიმალვის საფრთხის დასაბუთებას, რამეთუ მათი გამოყენება, შესაძლებელია უცხოეთში შვებულების გასატარებლად ან/და პროფესიული საქმიანობის განსახორციელებლად. იმ შემთხვევაში, თუ ბრალდებული დამატებით განაცხადებს, რომ საზღვარგარეთ დარჩენით, თავს აარიდებს მართლმსაჯულებას, ორივე გარემოება გაერთიანდება ემპირიული მოდელის სახით - „უცხოური კონტაქტები გაქცევის განზრახვასთან ერთად ქმნის გაქცევის მოტივს“.

იმ შემთხვევაში, თუ გადაუმონმებელი ემპირიული ფორმულის მოდელს მივემხრობით, მაშინ აუცილებელია მეთოდური უზრუნველყოფის მექანიზმის დანერგვა. ამის საფუძველია ის, რომ ინტუციური ალბათობის გადაწყვეტილებები მიიღება ევრისტიკულად, ანუ მარტივ, აპრობირებულ პროცედურაზე დაყრდნობით, კომპლექსური პრობლემების გადასაწყვეტად.⁵⁷ „აზროვნების ეს ცერის წესები“⁵⁸ განსაკუთრებით მიდრეკილია მიკერძოებებისკენ (ე.წ. *Biases*). წინასწარი პატიმრობის კონტექსტში, საინტერესოა განსაკუთრებით ე.წ. *Confirmation Bias*.⁵⁹

11918; *OLG Zweibrücken*, Beschluss vom 30.11.2022 – 1 Ws 243/22. BeckRS 2022, 40413; *OLG Köln*, Beschluss vom 10.10.2018 – 2 Ws 571/18, BeckRS 2018, 41408; *Krauß* (Fn. 20), § 112a Rn. 13; *Graf* (Fn. 20), § 112a Rn. 19; *Böhm* (Fn. 5), § 112a Rn. 4.

55 იხ. გადაწონადი ალბათობის კრიტერიუმთან დაკავშირებით, მიმალვის საფრთხის კონტექსტში, ნაცვლად ბევრისა *BGH*, NJW 2014, 2372 (2373); *Wolf* (Fn. 17), S. 167 ff.

56 *Wolf* (Fn. 17), S. 169.

57 *Pfister/Jungermann/Fischer*, *Die Psychologie der Entscheidung. Eine Einführung*, 4. Aufl. 2017, S. 132.

58 *Jungermann/Slovic*, in: Krohn/Krücken (Hrsg.), *Riskante Technologien: Reflexion und Regulation*, 1993, S. 79 (81).

59 იხ. დამატებით *Biases*, ალბათობის სუბიექტური შეფასების კონტექსტში *Kiel* (Fn. 31), S. 155 ff.

ის აღწერს დადასტურების ტენდენციას იმგვარად, რომ ინფორმაცია მით უფრო სავარაუდოდ და მნიშვნელოვნად მიიჩნევა, რაც უფრო კარგად შეესაბამება საკუთარ შეხედულებებსა და რწმენებს, სადაც წინააღმდეგობრივი ინფორმაცია იგნორირებულია ან უმნიშვნელოდაა მიჩნეული.⁶⁰ აქედან გამომდინარე, აუცილებელია არა მხოლოდ კრიტიკული გადასინჯვა „გარკვეული ფაქტობრივი გარემოებების“ შერჩევის კონტექსტში. ცალკეული პროგნოზი იმგვარად უნდა ჩამოყალიბდეს, რომ გადამოწმდეს, ხომ არ არსებობს დამატებით ახლად გამოვლენილი ან აღმოჩენილი გარემოებები. ეს განსაკუთრებით ეხება იმ გარემოებებს, რომლებიც არ ადასტურებს თანამონაწილეობისა თუ მიმალვის, მტკიცებულებათა განადგურებისა ან რეციდივის „პირველად ეჭვს“. *Confirmation Bias*-ის მიმართ განსაკუთრებული სენსიტიურობაა საჭიროა, ერთი მხრივ, გაურკვეველი და წინააღმდეგობრივი სიტუაციების დროს, როდესაც გამოძიების ადრეულ ეტაპზე გადაწყვეტილებების მიღება ხდება; მეორე მხრივ კი იქ, სადაც წინასწარ ჩამოყალიბებული სტერეოტიპები გარკვეული განწყობების შექმნას უწყობს ხელს.⁶¹

b. დასაბუთების ვალდებულების გაძლიერება

გამოძიების დროს უდანაშაულობის პრეზუმფციის განხორციელებისთვის გადამწყვეტია არა მხოლოდ პროგნოზირების პროცესის ობიექტივიზაცია, არამედ მისი გამყდარების მოცულობაც. მოსამართლის პროგნოზები უფრო გამჭვირვალე და შესაბამისად, დაუშვებელი მიზნების თვალსაზრისით უფრო ადვილად შესამოწმებელი ხდება დასაბუთების ვალდებულების გაძლიერებით.⁶² კერძოდ, იმ მხრივ, რომ *de lege lata*-ს მიერ უკვე მოთხოვნილ ფაქტებთან ერთად, საიდანაც გამომდინარეობს სერიოზული ეჭვი და დაკავების საფუძვლები (გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 114 ნაწ. 2 Nr. 4), ცალკეული პროგნოზების ფარგლებში გამოყენებული გამოცდილების წესიც უნდა იქნას მითითებული. რამეთუ მხოლოდ აბსტრაქტული მიზეზ-

60 *Brunner-Kirchmair*, in: Pernsteiner/Sumer/Ulusan Polat (Hrsg.), *Behavioral Finance*, 2019, S. 41 (47).

61 *Singelstein*, StV 2016, 830 (836).

62 ემხრობა მათ შორის *Wolf* (Fn. 17), S. 214.

შედეგობრივი სქემის გამჟღავნების შემდეგ, რომელიც საფუძვლად უდევს პროგნოზს, შესაძლებელია „გარკვეული ფაქტობრივი გარემოებების“ კონტექსტუალური გააზრება და ფაქტობრივად დადგენილი, ინტერსუბიექტურად გაცნობიერებულად აღწერა⁶³. მხოლოდ ამის შემდგომ მოქმედებს დასაბუთების ვალდებულება, როგორც ეჭვისა და საფრთხის, ხოლო, ცალკეულ შემთხვევებში, ფაქტობრივი გარემოებების, დამაკავშირებელი საშუალება.⁶⁴ აქ საკანონმდებლო ნოვაციაში შეიძლება განაპირობოს, წინასწარი პატიმრობის სამართალში, უდანაშაულობის პრეზუმფციის გაძლიერება.

IV. შეჯამება და სამომავლო პერსპექტივა

კვლევამ აჩვენა, რომ კანონის ინტერპრეტაციის თავისუფლება, პროგნოზირების გადაწყვეტილებისთვის დამახასიათებელი სუბიექტური ალბათობის შეფასების გაურკვევლობასთან და კანონით არასაკმარისად განსაზღვრულ დასაბუთების ვალდებულებასთან ერთად, ქმნის კანონისთვის უცხო მიზნების განხორციელების შესაძლებლობებს. უდანაშაულობის პრეზუმფციის დაცვის სტატუსის გაძლიერება შესაძლებელია მოსამართლის პროგნოზების მეთოდური სტრუქტურირების გზით. ამისათვის საჭიროა უკვე არსებული, მიმდინარე გამოძიებით უზრუნველყოფილი ფაქტობრივი გარემოებების არსებობა და გადასინჯვადი ემპირიული ფორმულით შემოფარგვლა, ხოლო ასევე, კვალიფიკაციის ფარგლებში, ობიექტურად დამატებული ალბათობის საფეხურის მიღწევაში დარწმუნება. ამასთან ერთად, აუცილებელია სისტემატური შეცდომების შემოწმება და დასაბუთების ვალდებულების გავრცელება გამოყენებულ ემპირიულ ფორმულაზე *de lege ferenda*.

აქ ძირითადი აქცენტი გაკეთდა მოსამართლის პროგნოზზე პატიმრობასთან დაკავშირებით. თუმცა, ზემოხსენებული (ფორმალური) მოთხოვნები უნდა გაფართოვდეს ერთი ასპექტით, რომელიც გადამწყვეტია უდანაშაულობის პრეზუმფციის პრაქტიკული განხორციელებისთვის

63 სხვების ნაცვლად იხ. *Paeffgen* (Fn. 6), § 112 Rn. 9d.

64 *Kühne*, NJW 1979, 617 (621).

წინასწარი პატიმრობის სამართალში: პასუხისმგებლობის საკითხი. უდანაშაულობის პრეზუმფციის დაცვის დონის ასამაღლებლად, წინასწარი პატიმრობის სამართალში, აუცილებელია მთლიანი საგამოძიებო აპარატის ჩართულობა. როგორც წესი, სასამართლო უსიტყვოდ იზიარებს პროკურატურის დაპატიმრების ბრძანების შუამდგომლობების სულისკვეთებას,⁶⁵ რის გამოც, გარკვეულწილად პროგნოზის გაკეთების პასუხისმგებლობა გადადის პროკურორზე. კვლევებმა ასევე გვიჩვენა, რომ პროკურორები და მოსამართლეები ხშირად იმყოფებიან გამოძიებლების მხრიდან ზენოლის ქვეშ, რათა მათ, როგორც მინიმუმ, საწყის ეტაპზე, თავისუფლება აღუკვეთონ ბრალდებულს.⁶⁶ ამგვარად, პოლიციისა და საბაჟოს თანამშრომლებიც ასევე მოიამრებიან საგამოძიებო აპარატის ნაწილებად. მათი საგამოძიებო საქმიანობა გადამწყვეტია შემდგომი წარმოების მხრივ, რის გამოც აუცილებლად გასათვალისწინებელია *Confirmation Bias*-ის ფენომენი.⁶⁷

65 იხ. *Schünemann*, StV 2000, 159 (161 ff.)-ის კვლევა, რომელშიც საუბარია „ერთობლივი მუშაობის ეფექტზე“; ასევე *Nobis*, StraFO 2013, 318 (322); *Poplat*, NK 2022, 359 (371) საუბრობს „განმარტების ძალაუფლების გადატანაზე“ („Definitions-machtverlagerung“).

66 *Geiter*, Untersuchungshaft in Nordrhein-Westfalen, 1998, S. 340 f.; *Hermann*, StraFo 2016, 89 (90).

67 იხ. ასევე *Kemmel Ehmcke*, RPsych 2021, 50 (51 f.), რომლებმაც, წინასწარ გამოძიებაში პოლიციელთა მხრიდან გადანწყვეტილების მიღებაზე ჩატარებულ საკუთარ კვლევაში, ნაწილობრივ იპოვეს კავშირი *Confirmation Bias*-თან.

UNTERSUCHUNGSHAFT UND UNSCHULDSVERMUTUNG – ÜBERLEGUNGEN ZUR STÄRKUNG EINES RECHTSPRINZIPS IM ZUSAMMENHANG MIT HAFTRICHTERLICHEN PROGNOSEN

PD Dr. **Eva Kiel**¹

Staatsanwältin, Hamburg

Lehrbeauftragte an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu
Köln

I. Einleitung

Als schärfste strafprozessuale Maßnahme² ist die Untersuchungshaft in Deutschland immer wieder Gegenstand kritischer Auseinandersetzung. Anknüpfungspunkt ist regelmäßig die Unschuldsvermutung, die ihrerseits aus dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 6 Abs. 2 EMRK abgeleitet wird³ und Eingang in die landesrechtlichen Regelungen zum Vollzug der Untersuchungshaft⁴ gehalten hat. In der Praxis spielt insbesondere die – auch im Wirtschaftsstrafrecht monierte⁵ – expansive Anwendung der Untersuchungshaft zur Verfolgung unzulässiger, sog. apokrypher Haftgründe eine Rolle.⁶ Hierbei handelt es sich um verborgene Beweggründe, die sich nicht in den gesetzlich festgeschriebenen (zulässigen) Haftgründen wiederfinden.⁷ Diskutiert wird nicht nur die Verhängung

1 Die Ausführungen geben ausschließlich die private Ansicht der Verf. wieder.

2 *Dahs*, in: Festschrift Dünnebier, 1982, S. 227; *Hermann*, StraFo 2016, 89 (91); *Bosch*, JURA 2017, 43; *Seebode*, StV 1989, 118; *Geppert*, JURA 1991, 269.

3 S. *BVerfGE* 82, 106 (114).

4 S. exemplarisch § 4 Abs. 1 des Hamburgischen Untersuchungshaftvollzugsgesetzes (HmbUVollzG).

5 S. nur *MünchKlaffen*, in: Festschrift Rieß, 2002, S. 347 (360).

6 S. nur *König*, in: Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 55: „erhebliche, besorgniserregende Rolle“; *Bilsdorfer*, DStR 2022, 1840 (1847); *Böhm*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2023, Bd. 1, § 112 Rn. 1; anders *Lemma*, wistra 2004, 288 (289).

7 S. *Paeffgen*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. II, 5. Aufl. 2016, § 112 Rn. 21c; *Theile*, wistra 2005, 327; *Lammer*, StraFo 1999, 366 (367); *MünchKlaffen*, StraFo 1999, 332; *Eidam*, StV 2005, 201; *König* (Fn. 5), § 4 Rn. 55.

von Untersuchungshaft mit dem Ziel, durch den unmittelbaren Freiheitsentzug eine Verstärkung der Abschreckungswirkung zu erreichen. In den Fokus der Betrachtung rückt auch der Einsatz von Untersuchungshaft als vorweggenommene Strafe in Fällen, in denen die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe nicht wahrscheinlich ist. Darüber hinaus steht der Vorwurf im Raum, Untersuchungshaft werde als Druckmittel zur Erlangung eines Geständnisses und damit als „Mittel zur ‚konsensualen‘, zeit- und kostensparenden Erledigung des Falls“⁸ eingesetzt.⁹ Dabei wird der Geständniserlangung die größte praktische Bedeutung attestiert.¹⁰ Kann der Tatnachweis nicht bereits ohne Geständnis geführt werden, weil etwa in großem Umfang Geschäftsunterlagen gesichert wurden,¹¹ lässt sich ein gewisses Missbrauchspotenzial insbesondere in wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren nicht gänzlich von der Hand weisen.¹² Denn hier sind nicht nur oftmals komplexe Sachverhalte mit umfangreichem Beweismaterial und (vermutet) hohen Schadenssummen aufzuklären,¹³ sondern die Beschuldigten gelten darüber hinaus auch als besonders haftempfindlich.¹⁴ Zu weit geht es allerdings, wenn zuweilen von einer rechtsmissbräuchlichen „Selbstverständlichkeit von Rechtsbrüchen beim Vollzug von Untersuchungshaft“¹⁵ gesprochen wird.¹⁶ Gleichwohl lässt die Statistik ein gewisses Ungleichgewicht in der Anordnungspraxis vermuten, wenn nur in etwas mehr als der Hälfte der Fälle, in denen Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr angeordnet wurde, auch eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung verhängt wurde.¹⁷ Und nur in wenigen Fällen bestätigte sich letztendlich die

8 *Weigend*, in: Festschrift Egon Müller, 2008, S. 739.

9 S. ferner die Aufzählung bei *Schlothauer/Nobis/Voigt/Wolf*, Untersuchungshaft, 6. Aufl. 2024, Rn. 645 ff. und *Nordhues*, Untersuchungshaft im Spannungsverhältnis von Recht und Praxis, 2013, S. 50 ff.

10 S. nur *Schlothauer/Nobis/Voigt/Wolf* (Fn. 8), Rn. 646; *Eidam*, StV 2005, 201; *Nobis*, StraFo 2012, 45 (47).

11 S. *Lemme*, wistra 2004, 288 (290).

12 So auch *Park*, wistra 2001, 247 (250) mit Blick auf den Haftgrund der Verdunkelungsgefahr.

13 S. *Münchhalffen* (Fn. 4), S. 347.

14 S. *Böttger*, in: ders. (Hrsg.) Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2023, Kap. 5, Rn. 215.

15 So der Titel des Beitrags von *Eidam*, HRRS 2008, 241; zust. *Nobis*, StraFo 2012, 45 (48).

16 Zurückhaltend auch *Lind*, in: Löwe/Rosenberg (Hrsg.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 27. Aufl. 2019, Bd. 4, Teilband 1, Vor § 112 Rn. 30.

17 S. *Schlothauer/Nobis/Voigt/Wolf* (Fn. 8), Rn. 7 mit weiteren Befunden zur Statistik

Fluchtprognose.¹⁸ Wer das Phänomen der apokryphen Haftgründe untersuchen möchte, steht allerdings vor der Herausforderung, dass sich ein motivational geleitetes Auseinanderdriften von Recht und Rechtswirklichkeit durch empirische Untersuchungen nur bedingt nachzeichnen¹⁹ und auch nicht aus dem Haftbefehl selbst herauslesen²⁰ lässt. Gilt es das Prinzip der Unschuldsvermutung zu stärken, dann ist ein Blick auf die „offenen Flanken“ der Untersuchungshaft somit zielführender als der Streit um die empirische Beweisbarkeit apokrypher Haftgründe. Dann nämlich erst wird ein Nachdenken über Ansätze zur Erhöhung des Schutzniveaus möglich.

II. Voraussetzungen der Untersuchungshaft nach deutschem Recht

Die Untersuchungshaft ist in Deutschland in den §§112 ff. Strafprozessordnung (dStPO) geregelt. In formeller Hinsicht bedarf es eines schriftlichen Haftbefehls (§ 114 Abs. 1 dStPO), der dem Beschuldigten bei der Verhaftung bekanntzugeben ist (§ 114a dStPO). Anordnungsbefugt sind ausschließlich Richter (§ 114 Abs. 1 dStPO, Art. 104 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz (GG)), wobei vor Anklageerhebung der Ermittlungsrichter (§§ 125 Abs. 1, 169 dStPO) und danach das mit der Sache befasste Gericht (§ 125 Abs. 2 dStPO) zuständig ist.

In materieller Hinsicht erfordert ein Haftbefehl dringenden Tatverdacht. Dringender

der Untersuchungshaft. Die Aussagekraft dieses Zusammenhangs dürfte allerdings begrenzt sein, da sowohl die Verhängung einer Freiheitsstrafe als auch die Bewährungsentscheidung von zahlreichen Umständen abhängig ist. Handelt es sich um ein mehrere Jahre andauerndes Verfahren und hat sich der Beschuldigte in der Zwischenzeit straffrei geführt, ist eine Freiheitsstrafe – erst Recht eine solche, die nicht zur Bewährung ausgesetzt wird – bereits aus diesem Grund weniger wahrscheinlich.

18 Nach der sog. Göttinger Studie waren es acht Prozent, s. *Gebauer*, Die Rechtswirklichkeit der U-Haft in der Bundesrepublik Deutschland, 1987, S. 275; ähnlich die Ergebnisse von *Wolf*, Die Fluchtprognose im Untersuchungshaftrecht, 2017, S. 407; *Lind*, StV 2019, 118 (120) kommt in einer Untersuchung aller für den Beschuldigten günstigen Haftentscheidungen eines Strafsenates des KG in den Jahren 2009 bis 2016 zu einer Quote von nur 1,54 %.

19 Vgl. *Theile*, wistra 2005, 327 (327, 329); *MünchKafffen*, StraFo 1999, 332; *Nordhues* (Fn. 8), S. 45.

20 Vgl. *Hassemer*, StV 1984, 38 (39).

Tatverdacht liegt vor, wenn der Beschuldigte nach dem derzeitigen Stand der Ermittlungen aufgrund bestimmter Tatsachen mit hoher Wahrscheinlichkeit²¹ Täter oder Teilnehmer einer verfolgbaren Straftat ist. Streitig ist, ob neben der Tatbegehung auch die Verurteilung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein muss²² oder ob diesbezüglich die bloße Möglichkeit – und damit eine gewisse Wahrscheinlichkeit²³ – ausreichend ist. Letzterer Ansicht²⁴ ist vor dem Hintergrund der Vorzug einzuräumen, dass Untersuchungshaft regelmäßig bereits in einem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens und damit zu einem Zeitpunkt in Betracht kommen wird, in dem eine verlässliche Aussage zum (hohen) Grad der Verurteilungswahrscheinlichkeit nicht möglich ist.²⁵ Voraussetzung für Erlass und Aufrechterhaltung eines Haftbefehls ist ferner, dass mindestens einer der im Gesetz (§§ 112 Abs. 2 und 3, 112a dStPO) benannten Haftgründe vorliegt. Ist der Beschuldigte flüchtig bzw. hält er sich verborgen, greift der Haftgrund der Flucht (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 dStPO); ist die Gefahr begründet, dass sich der Beschuldigte dem Strafverfahren entziehen wird, ist der in der Praxis mit weitem Abstand wichtigste Haftgrund der Fluchtgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 2 dStPO) einschlägig; besteht ein dringender Verdacht dahingehend, dass der Beschuldigte widerrechtlich auf Beweismittel einwirken wird, greift der Haftgrund der

21 Synonym wird auch von „großer Wahrscheinlichkeit“ gesprochen, s. statt vieler *BVerfG*, Beschluss vom 09.03.2020 – 2 BvR 103/20, BeckRS 2020, 3196; *BGHSt* 38, 276 (278); *Graf*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Aufl. 2023, § 112 Rn. 6; *Laue*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 5. Aufl. 2022, StPO, § 112 Rn. 3; *Krauß*, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, 51. Edt., Stand: 01.07.2024, § 112 Rn. 9.

22 *Parigger*, NSTZ 1986, 211; synonym wird auch hier von „großer Wahrscheinlichkeit“ gesprochen, s. nur *BGH*, NJW 1992, 1975 (1976); *OLG Brandenburg*, Beschluss vom 20.12.1995 – 2 (3) HEs 106/95, BeckRS 1995, 9273; *OLG Bremen*, Beschluss vom 20.10.2022 – 1 Ws 107/22, BeckRS 2022, 36433.

23 Wenn *OLG München*, Beschluss vom 27.12.2019 – 3 Ws 1320/19 u. a., BeckRS 2019, 39467 Erwägungen zur „Wahrscheinlichkeit einer späteren Verurteilung“ ablehnt und die „bloße Möglichkeit der Verurteilung“ ausreichen lassen möchte, überzeugt dies nicht, da der Möglichkeit die Wahrscheinlichkeit des Ereigniseintritts inhärent ist.

24 Vertreten u. a. von *Krauß* (Rn. 20), § 112 Rn. 9; *Waßmerl Heidingerl Wiesener*, JA 2024, 330 (333); *Beulkel Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 320; s. ferner *BGH*, Beschluss vom 06.04.1979 – 1 BJs 205/78/StB 16/79 bei *Pfeiffer*, NSTZ 1981, 93 (94) unter Ablehnung jedweder Prognose im Hinblick auf die Verurteilung.

25 S. *Beulkel Swoboda* (Rn. 23), § 11 Rn. 320; *Bosch*, JURA 2017, 43 (44).

Verdunkelungsgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 3 dStPO); für abschließend benannte Fälle von schwerer Kriminalität ist der Haftgrund der Schwerekriminalität einschlägig (§ 112 Abs. 3 dStPO);²⁶ schließlich ist in § 112a dStPO der subsidiäre (Abs. 2) Haftgrund der Wiederholungsgefahr normiert. Untersuchungshaft ist ferner nur dann zulässig, wenn sie verhältnismäßig ist (§§ 112 Abs. 1 S. 2, 113, 120 Abs. 1 S. 1 dStPO). Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt besondere Bedeutung für die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen dem grundgesetzlich gewährleisteten Recht auf persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG) und dem Bedürfnis nach einer wirksamen Strafrechtspflege zu.²⁷

III. Untersuchungshaft und Unschuldsvermutung

1. Normativer Gehalt der Unschuldsvermutung und Zweck der Untersuchungshaft

Eine Abschichtung der im Lichte der Unschuldsvermutung unzulässigen Zwecke bei hafterrichterlichen Entscheidungen setzt zuvorderst Überlegungen zum materiellen Gehalt der Unschuldsvermutung selbst sowie zum Zweck der Untersuchungshaft voraus. Trotz des heterogenen Meinungsspektrums in Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit dahingehend, dass die Unschuldsvermutung in ihrem Kernbestand das Verbot der Verdachtsstrafe aufweist.²⁸ Strafen und Maßregeln, die in ihrer Wirkung einer Freiheitsstrafe gleichkommen, dürfen somit vor rechtskräftiger Verurteilung nicht verhängt werden.²⁹ Vielmehr ist der Beschuldigte bis zum Nachweis seiner Schuld als unschuldig zu behandeln.³⁰ Damit rückt die strafrechtliche Schuld als Voraussetzung für staatliche Bestrafung³¹ in den Fokus der Betrachtung. Die Trennlinie zwischen

26 Dieser Haftgrund greift aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aber nur neben anderen, wobei an die Tatsachengrundlage dann weniger strenge Anforderungen zu stellen sind, vgl. *BVerfGE* 19, 342 (350 f.).

27 S. hierzu grundlegend *BVerfGE* 19, 342 (347 ff.); s. ferner *BVerfG*, NJW 2006, 1336 (1337).

28 *Frister*, in: Gedächtnisschrift Weßlau, 2016, S. 149 (150).

29 S. nur *BVerfGE* 35, 311 (320).

30 S. hierzu *Pfeiffer*, in: Festschrift Geiß, 2000, S. 147 f.

31 *BVerfGE* 9, 167 (169).

zulässigen und unzulässigen Zwecken der Untersuchungshaft lässt sich nunmehr mit einem Blick auf die Funktion strafrechtlicher Schuld im Strafrechtssystem sichtbar machen. Aufgabe strafrechtlicher Schuld ist die Materialisierung von Gleichheit. Hintergrund ist, dass die Pflicht zur Duldung staatlicher Strafe nicht über die ursprüngliche Pflicht zur Erfüllung der strafrechtlichen Verhaltensnorm hinausgeht.³² Ob aber überhaupt eine Duldungsverpflichtung besteht und in welchem Umfang der Beschuldigte als dann Verurteilter für die Normgeltungsrestitution in Anspruch genommen werden darf, wird erst im strafgerichtlichen Urteil³³ festgelegt. Ist die Zurechnung strafrechtlicher Schuld somit Voraussetzung für den Einsatz staatlicher Strafe, dann verbietet sich eine Inanspruchnahme des Beschuldigten für die Zwecke der Normgeltungsrestitution vor rechtskräftiger Verurteilung und dürfen mit der Untersuchungshaft mithin nicht Zwecke verfolgt werden, deren Verwirklichung allein der schuldabhängigen Strafe zufallen.³⁴ Ihr darf es vielmehr allein darum gehen, den Weg hin zur materiellen Wahrheit qua gerichtlicher Entscheidung zu sichern. Alles andere wäre tatsächlich „Exekution einer Strafe an einem Unschuldigen ohne Urteil“³⁵. Die Unschuldsvermutung tritt somit als prozessuales Pendant zum materiellrechtlichen Schuldprinzip auf.³⁶ Auch wenn das Institut der Untersuchungshaft damit, anders als andere gerichtliche Entscheidungen, unmittelbar keine expressiv-präventiven Zwecke erfüllt³⁷, fügt es sich gleichwohl funktional in das Strafprozessrecht ein, dem es um die Bereitstellung der prozeduralen Grundlagen für die Beseitigung von

32 S. hierzu eingehend *Kiel*, Risiko als Konstruktion, 2024, S. 44 ff.

33 Bzw. diesem gleichgestellte Entscheidungen, wie sie rechtskräftige Strafbefehle darstellen, § 410 Abs. 3 dStPO.

34 *Wolter*, ZStW 1981, 452 (453).

35 *Schlothauerl Nobisl Voigtl Wolf* (Fn. 8), Rn. 665.

36 S. a. *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 510; ferner *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 78 im Hinblick auf das Verbot der Verdachtsstrafe; speziell mit Blick auf die Entscheidungsregel in dubio pro reo *Sax*, JZ 1958, 178 (179); *Henkel*, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 352; *Stree*, In dubio pro reo, 1962, S. 16; *Steinl Starke*, JR 1984, 97 (102).

37 Überwiegend wird denn auch eine Inanspruchnahme des Beschuldigten zu spezial- oder generalpräventiven Zwecken vor rechtskräftiger Verurteilung abgelehnt, s. nur *Wolter*, ZStW 1981, 452; *Hassemer*, StV 1984, 38 (40 f.); *Frister* (Fn. 35), S. 93; *Weigend* (Fn. 7), S. 739 (740); *Laue* (Fn. 20), § 112 StPO Rn. 9; *Paeffgen* (Fn. 6), § 112 Rn. 16.

Unsicherheiten bezogen auf die Geltung des materiellen Rechts geht.³⁸ In diesem Gefüge nämlich fällt der Untersuchungshaft die Aufgabe zu, das Strafverfahren zu sichern.³⁹

2. „Offene Flanken“ der Untersuchungshaft

Ist der zulässige Zweck der Untersuchungshaft wie vorstehend bezeichnet, lassen sich nunmehr ihre „offenen Flanken“ im Hinblick auf die Unschuldsvermutung und speziell das Phänomen der apokryphen Haftgründe identifizieren. In den Fokus der Betrachtung treten hier der dringende Tatverdacht und die Begriffe der Gefahr bzw. des Verdachts bezogen auf Flucht, Verdunkelung und Wiederholung. Sie nämlich laufen jeweils auf eine Prognoseentscheidung hinaus,⁴⁰ die beim dringenden Tatverdacht mit der Tat ein vergangenes und im Zusammenhang mit den Haftgründen ein zukünftiges Ereignis in Bezug nimmt. Grundlage ist jeweils eine Wahrscheinlichkeitsaussage,⁴¹ weshalb die Prognose bereits ihrem Wesen nach durch Unsicherheit gekennzeichnet ist. Bei der Beurteilung der Wahrscheinlichkeit verbleibt dem entscheidenden Richter in zweifacher Hinsicht ein subjektiver Spielraum: Einmal im Hinblick auf die Auswahl der in die Beurteilung einzubeziehenden und im Gesetz mit dem Zusatz „bestimmt“ bezeichneten Tatsachen; und einmal bei der Auswahl des anzuwendenden Erfahrungssatzes, also des Kausalgesetzes, das im konkreten Fall herangezogen wird, um den Zusammenhang zwischen den „bestimmten Tatsachen“ und der vergangenen Tat bzw. einer zu erwartenden Flucht, Verdunkelung oder Wiederholung darzustellen. Dabei stellt das in aller Regel im Zeitpunkt der Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer von Untersuchungshaft noch nicht abgeschlossene Ermittlungsverfahren vor die Herausforderung einer naturgemäß

38 S. zur Funktion des Strafverfahrensrechts *Kiel*, NJW 2024, 2971 (2972).

39 So auch die h. L., s. nur *Wolter*, ZStW 1981, 452 (453); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 30 Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 6), Vor §§ 112 ff. Rn. 11; *Geppert*, JURA 1991, 269; *Dreher*, MDR 1970, 965 (967); *Lammer*, StraFo 1999, 366 (367); *Hermann*, StraFo 2016, 89 (93, 94); *Lindner*, AöR 2008, 235 (253); *Weigend* (Fn. 7), S. 739 (740); *Hassemer*, StV 1984, 38 (40); *Kleimann*, in: Meier u. a. (Hrsg.), Jugendgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2024, § 72 Rn. 12; *Bosch*, JURA 2017, 43; *Waßmer/Heidingerl/Wiesener*, JA 2024, 330 (337).

40 *Poplat*, NK 2022, 359 (361).

41 Vgl. *Leisner*, Die Prognose im Staatsrecht, 2015, S. 23.

noch unvollständigen Tatsachengrundlage.⁴² Darüber hinaus existieren keine Vorgaben dazu, wie die ermittelten tatsächlichen Umstände im Einzelfall zu einem Prognoseurteil zusammenzufügen sind und welche Prognosegenauigkeit der Richter erreichen muss. Die Praxis bedient sich insoweit eines „technischen Hilfsmittels“ in Form von Checklisten, die die in der Rechtsprechung anerkannten tatsächlichen Anknüpfungsmerkmale enthalten.⁴³ Fehlen jedoch allgemeingültige, die Prognose (an-)leitende Kriterien und wird der Richter aus diesem Grund auf das eigene Erfahrungswissen zurückgeworfen,⁴⁴ läuft die Prognose Gefahr, in Abhängigkeit zu individuellen Weltbildern zu geraten.⁴⁵ In diesem Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung durch unrichtige Erfahrungssätze beeinflusst wird.⁴⁶ Dabei ist die Interpretationsoffenheit des Gesetzes⁴⁷ gerade einer Umsetzung der Unschuldsvermutung im Haftrecht nicht dienlich, da sie einer Praxis den Boden bereitet, in der sich die tatsächliche Motivation (bewusst oder unbewusst) hinter allgemeinen Floskeln im Untersuchungshaftbefehl verstecken lässt,⁴⁸ womit zugleich die Problematik der fehlenden Überprüfbarkeit virulent wird.⁴⁹ Dem hat der gesetzliche Begründungszwang nach geltendem Recht wenig entgegenzusetzen. Danach nämlich sind in dem Haftbefehl (nur) der Beschuldigte, einzelne tatbezogene Merkmale, der Haftgrund und die für diesen sowie den dringenden Tatverdacht maßgebenden Tatsachen anzugeben (§ 114 Abs. 2 dStPO). Nähere Vorgaben zur Darstellung der einzelnen Prognosevorgänge sind *de lege lata* demgegenüber nicht vorgesehen.

Die vorstehenden Überlegungen resümierend lassen sich nunmehr die „offenen

42 S. a. *Graf* (Fn. 20), § 112 Rn. 6.

43 *Huber*, in: Frisch/Vogt (Hrsg.), Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis, 1994, S. 43 (45).

44 S. a. *Frisch*, in: ders./Vogt (Hrsg.), Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis, 1994, S. 55 (73).

45 Vgl. *Wolf* (Fn. 17), S. 133.

46 *Poplat*, NK 2022, 359 (364).

47 Kritisch hierzu im Hinblick auf den Haftgrund der Fluchtgefahr *Nobis*, StraFo 2013, 318 (322).

48 Kritisch hierzu *Dahs* (Fn. 1), S. 227 ff.; *Cornel*, StV 1994, 202 (204) und *Nobis*, StraFo 2013, 318 (322); s. im Hinblick auf die Fluchtgefahr ferner die Analyse von *Gebauer* (Fn. 17), S. 236.

49 Vgl. auch *Poplat*, NK 2022, 359 (363 f.).

Flanken“ der Untersuchungshaft benennen. Es sind dies zum einen die Vorgänge betreffend die Auswahl der fundierenden „bestimmten Tatsachen“ und deren Agglomeration zu einer schlüssigen Konstruktion der tat- bzw. haftgrundbezogenen Wirklichkeit sowie die Überprüfung der Prognose auf systematische Fehlerurteile. Zum anderen die mangelnde Transparenz einzelner haftrichterlicher Prognosen, die ihren Grund in der fehlenden Erstreckung des gesetzlichen Begründungszwangs auf den Vorgang richterlicher Wahrscheinlichkeitsaussagen findet. Wer sich angesichts dieses Befunds eine Objektivierung haftbezogener Prognosen vornimmt, steht allerdings vor der Herausforderung, dass sich weder die Tatsachengrundlage noch das anzuwendende Kausalgesetz abstrakt-generell abbilden lassen. Überlegungen zur Stärkung der Unschuldsvermutung können daher – und werden im Folgenden – allein eine Strukturierung der Art und Weise der Prognose, also gewissermaßen die Methode der Wahrscheinlichkeitskonstruktion, und deren anschließende Offenlegung in den Blick nehmen.

3. Ansatz zur Stärkung der Unschuldsvermutung

a. Methode haftrichterlicher Prognosen

aa. Auswahl der „bestimmten Tatsachen“

Überlegungen zur Strukturierung haftrichterlicher Prognosen in methodischer Hinsicht führen zunächst zur Auswahl der „bestimmten Tatsachen“. Ausgangspunkt ist das Gesetz, das mit dem Merkmal der „bestimmten Tatsachen“ eine besondere Tatsachenqualität fordert. Methodisch umsetzen lässt sich dies, indem in einem ersten Schritt die Tatsachen extrahiert werden, die auf valide Ermittlungsergebnisse gestützt und nach dem bisherigen Stand der Ermittlungen als gesichert angesehen werden können.⁵⁰ Bloße Vermutungen und Befürchtungen, die durch die Ermittlungen nicht belegt werden, müssen damit ausscheiden.⁵¹ In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob – was in der Praxis häufig vorkommt – die Ermittlungen zu den einzelnen festgestellten Tatsachen widerstreitende Tatsachen hervorgebracht haben, die ihrerseits als nach dem bisherigen Stand der Ermittlungen gesichert angesehen werden können. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Aussage

50 *Kiel*, ZStW 2022, 747 (761); s. a. *Paeffgen* (Fn. 6), § 112 Rn. 21b.

51 S. nur *Lind*, StV 2019, 118 und *Graf* (Fn. 20), § 112 Rn. 9; *Krauß* (Fn. 20), § 112 Rn. 11.

eines Zeugen durch die Papierlage widerlegt wird. Bei sich widersprechenden Zeugenaussagen kommt es darauf an, ob die widerstreitende Tatsache im Hinblick auf das Beweisziel glaubhaft und der Zeuge glaubwürdig ist.

bb. Auswahl des anzuwendenden Erfahrungssatzes

Auch hinsichtlich der Auswahl des anzuwendenden Erfahrungssatzes bzw. Kausalgesetzes bietet sich eine methodische Strukturierung über eine mehrstufige Prüfung an. Zunächst gilt es zu prüfen, ob für den zu belegenden Zusammenhang ein wissenschaftlicher (empirischer) Erfahrungssatz vorliegt. Da dies im Haftrecht allerdings zumeist nicht der Fall sein wird,⁵² müssen auch bislang nicht empirisch überprüfte Erfahrungssätze einbezogen werden dürfen.⁵³ Würde das Institut der Untersuchungshaft in den Dienst der empirischen Sozialforschung gestellt, ließe es sich – auch angesichts des Zeitdrucks, unter dem Haftentscheidungen regelmäßig getroffen werden müssen – praktisch überhaupt nicht umsetzen. Eine Abgrenzung zu subjektiven Befindlichkeiten erlaubt allerdings das Kriterium der Überprüfbarkeit, aus dem sich das Erfordernis eines inneren Zusammenhangs der einzelnen fundierenden Tatsachen ableiten lässt. Unter dieser Voraussetzung nämlich ist die Überzeugungskraft des angewendeten Erfahrungssatzes einem Diskurs einschließlich empirischer Überprüfung zugänglich. Vor allem aber lassen sich so unzulässige Motivationen sowohl für den Entscheider selbst als auch für Dritte sichtbar machen.

cc. Subsumtion der fundierenden Tatsachen unter den Erfahrungssatz

Die Subsumtion der einzelnen Tatsachen unter den überprüfbaren Erfahrungssatz muss objektiv dergestalt überzeugend sein, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des in Bezug genommenen Ereignisses streitet. Zwar ist die Angabe konkreter Wahrscheinlichkeitsquanten wenig praktikabel; bereits Vorgaben zu Wahrscheinlichkeitsstufen leisten jedoch einen Beitrag zu einer restriktiven Prognosepraxis. Während für den Haftgrund der Verdunkelungsgefahr qua gesetzlicher Anordnung und für die angesichts ihrer Ausgestaltung

52 *Wolf*(Fn. 17), S. 154.

53 A. A. *Wolf*(Fn. 17), S. 163.

als präventive Sicherungshaft aus verfassungsrechtlichen Gründen eng auszulegende Wiederholungsgefahr⁵⁴ eine hohe Wahrscheinlichkeit zu fordern ist, muss für die Annahme von Fluchtgefahr die Flucht jedenfalls wahrscheinlicher sein als ihr Ausbleiben⁵⁵. Auf diese Weise lässt sich der Gefahrbegriff auch im Hinblick auf die Flucht mit einer (weiteren) restriktiven Anwendungsvoraussetzung unterlegen, ohne auf die angesichts des in Haftsachen besonders geltenden Beschleunigungsgebotes praktisch nicht umsetzbare richterliche Überzeugung – und damit die objektiv hohe Wahrscheinlichkeit – zurückzugreifen.⁵⁶ So sind beispielsweise Kontakte des Beschuldigten ins Ausland allein noch nicht geeignet, eine Fluchtgefahr zu begründen, da diese mit ebenso großer Wahrscheinlichkeit für einen urlaubs- oder berufsbedingten Auslandsaufenthalt genutzt werden können. Kündigt der Beschuldigte jedoch darüber hinaus an, sich dem Verfahren durch Absetzen ins Ausland entziehen zu wollen, lassen sich beide Umstände über den Erfahrungssatz „Auslandskontakte bei gleichzeitiger Fluchtankündigung begründen einen Fluchtanreiz“ zusammenführen und im Einzelfall mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit belegen.

Wird – wie hier – für die Zulassung empirisch bislang nicht überprüfter Erfahrungssätze optiert, dann bedarf es der Implementierung eines methodischen Sicherungsmechanismus. Hintergrund ist, dass intuitive Wahrscheinlichkeitsurteile in der Regel unter Rückgriff auf Heuristiken, d. h. einfache, aber gleichwohl bewährte Verfahren zur Lösung komplexer Probleme, durchgeführt werden.⁵⁷ Diese „Daumenregeln des Denkens“⁵⁸ sind in besonderer Weise anfällig für kognitive Verzerrungen, sog. *Biases*. Im Kontext der Untersuchungshaft ist

54 S. a. Bundestagsdrucksache VII/3248, S. 7; *BVerfGE* 19, 342 (349 f.); *KG*, Beschluss vom 28.02.2012 – 4 Ws 18/12 – 141 AR 100/12, BeckRS 2012, 11918; *OLG Zweibrücken*, Beschluss vom 30.11.2022 – 1 Ws 243/22, BeckRS 2022, 40413; *OLG Köln*, Beschluss vom 10.10.2018 – 2 Ws 571/18, BeckRS 2018, 41408; *Krauß* (Fn. 20), § 112a Rn. 13; *Graf* (Fn. 20), § 112a Rn. 19; *Böhm* (Fn. 5), § 112a Rn. 4.

55 S. zum Kriterium der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Kontext der Fluchtgefahr statt vieler *BGH*, NJW 2014, 2372 (2373); *Wolf* (Fn. 17), S. 167 ff.

56 S. *Wolf* (Fn. 17), S. 169.

57 S. *Pfister/Jungermann/Fischer*, *Die Psychologie der Entscheidung*. Eine Einführung, 4. Aufl. 2017, S. 132.

58 *Jungermann/Slovic*, in: Krohn/Krücken (Hrsg.), *Risikante Technologien: Reflexion und Regulation*, 1993, S. 79 (81).

dabei insbesondere der sog. *Confirmation Bias* interessant.⁵⁹ Er beschreibt eine Bestätigungsneigung dergestalt, dass Informationen umso eher als wahrscheinlich und wichtig angenommen werden, je besser sie zu den eigenen Ansichten und Überzeugungen passen, wobei widersprechende Informationen ignoriert oder bagatellisiert werden.⁶⁰ Hieraus folgt, dass es nicht nur einer kritischen Prüfung im Zusammenhang mit der Auswahl der „bestimmten Tatsachen“ bedarf; die einzelnen Prognosevorgänge sind auch dahingehend zu reflektieren, ob nicht neu hinzugetretene Tatsachen ausgespart wurden. Das betrifft insbesondere auch solche, die gegen den „ersten Anschein“ einer Tatbeteiligung bzw. Flucht, Verdunkelung und Wiederholung sprechen. Eine besondere Sensibilisierung für den *Confirmation Bias* ist daher zum einen bei unklaren und widersprüchlichen Sachlagen geboten, sofern dort in den Ermittlungen eine frühzeitige Festlegung erfolgt; zum anderen dort, wo Stereotype im Erfahrungswissen Vorannahmen begünstigen.⁶¹

b. Stärkung des Begründungszwangs

Neben einer Objektivierung des Prognosevorgangs selbst ist auch der Umfang seiner Offenlegung entscheidend für die Umsetzung der Unschuldsvermutung im Untersuchungshaftrecht. Transparenter und damit auch leichter im Hinblick auf unzulässige Zwecke überprüfbar werden haftrichterliche Prognosen über eine Stärkung des Begründungszwangs.⁶² Und zwar dahingehend, dass neben die bereits *de lege lata* geforderte Angabe der Tatsachen, aus denen sich der dringende Tatverdacht und die Haftgründe ergibt (§ 114 Abs. 2 Nr. 4 dStPO), der im Rahmen der einzelnen Prognosen angewendete Erfahrungssatz tritt. Denn erst durch die Offenlegung des der Prognose zugrundeliegenden abstrakten Kausalschemas lassen sich die einzelnen „bestimmten Tatsachen“ im Zusammenhang sichtbar machen und kann überhaupt die Forderung nach einer

59 S. zu weiteren *Biases* im Zusammenhang mit subjektiven Wahrscheinlichkeitsurteilen Kiel (Fn. 31), S. 155 ff.

60 Brunner-Kirchmair, in: Pernsteiner/Sumer/Ulusan Polat (Hrsg.), Behavioral Finance, 2019, S. 41 (47).

61 Singelstein, StV 2016, 830 (836).

62 Hierfür u. a. auch Wolf (Fn. 17), S. 214.

intersubjektiv nachvollziehbaren Darstellung der tatsächlichen Feststellungen⁶³ umgesetzt werden. Und erst dann fungiert der Begründungszwang als Medium zwischen den Rechtsbegriffen Verdacht bzw. Gefahr und den im Einzelfall subsumierten Tatsachen.⁶⁴ Hier könnte eine Gesetzesänderung also durchaus zu einer Stärkung der Unschuldsvermutung im Untersuchungshaftrecht führen.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Interpretationsoffenheit des Gesetzes gemeinsam mit den Unwägbarkeiten des der Prognoseentscheidung immanenten subjektiven Wahrscheinlichkeitsurteils und dem gesetzlich unzureichend ausgestalteten Begründungszwang Einfallstore für die Verfolgung gesetzesfremder Zwecke bilden. Der Schutzstatus der Unschuldsvermutung lässt sich allerdings über eine methodische Strukturierung haftrichterlicher Prognosen erhöhen. Hierfür bedarf es neben einer Auswahl der nach dem bisherigen Stand der Ermittlungen gesicherten und nicht durch widerstreitende Tatsachen widerlegten Tatsachen eine Beschränkung auf überprüfbare Erfahrungssätze sowie die Vergewisserung um die Erreichung einer objektiv überzeugenden Wahrscheinlichkeitsstufe im Rahmen der Subsumtion. Daneben treten die Überprüfung auf systematische Fehlurteile und eine Erstreckung des Begründungszwangs auf den jeweils angewendeten Erfahrungssatz *de lege ferenda*.

Im Fokus der hiesigen Betrachtung stand die haftrichterliche Prognose. Die vorgenannten (formalen) Anforderungen sind jedoch um einen Aspekt zu erweitern, der für die praktische Umsetzung der Unschuldsvermutung im Untersuchungshaftrecht ganz entscheidend ist: Die Verantwortungsfrage. Denn Voraussetzung für eine Erhöhung des Schutzniveaus der Unschuldsvermutung im Untersuchungshaftrecht ist die Einbeziehung des gesamten Ermittlungsapparates. Weil die Haftbefehlsanträge der Staatsanwaltschaft regelmäßig vom Gericht ohne große Änderungen übernommen werden, sich die Gerichte mithin an der

63 S. statt vieler *Paeffgen* (Fn. 6), § 112 Rn. 9d.

64 S. *Kühne*, NJW 1979, 617 (621).

Beurteilung der Staatsanwaltschaft orientieren,⁶⁵ geht in gewissem Umfang Prognoseverantwortung auf den zuständigen Staatsanwalt über. Befragungen haben darüber hinaus ergeben, dass sich Staatsanwälte und Haftrichter oft einem Druck seitens der ermittelnden Polizeibeamten dahingehend ausgesetzt sehen, dem Beschuldigten zumindest vorerst seine Freiheit zu entziehen.⁶⁶ Damit sind auch die Polizei- und Zollbehörden als weitere Teile des Ermittlungsapparates zu adressieren. Ihre Ermittlungsarbeit ist für das weitere Verfahren entscheidend, weshalb auch das Phänomen des *Confirmation Bias* Beachtung verdient.⁶⁷

65 S. hierzu die Untersuchung von *Schünemann*, StV 2000, 159 (161 ff.), der von „Schulter-schlusseffekten“ spricht; s. ferner *Nobis*, StraFo 2013, 318 (322); *Poplat*, NK 2022, 359 (371) spricht von einer „Definitionsmachtverlagerung“.

66 S. *Geiter*, Untersuchungshaft in Nordrhein-Westfalen, 1998, S. 340 f.; s. ferner die Ausführungen bei *Hermann*, StraFo 2016, 89 (90).

67 S. a. *KemmelEhmcke*, RPsych 2021, 50 (51 f.), die in ihrer Studie zur Entscheidungsfindung von Polizeibeamten im Ermittlungsverfahren teilweise Hinweise auf den *Confirmation Bias* fanden.

პროკურატურის დისკრეციული უფლებამოსილება ბრალის წარდგენისას

ჰენეს კლოპმაიერი

ესენ-შტეტელეს პირველი ინსტანციის სასამართლოს მოსამართლე

I. შესავალი

როდესაც, როგორც სისხლის სამართლის მოსამართლეს, პროკურატურიდან შემოსული ახალი საქმე მიდევს მაგიდაზე, შესაბამის პროკურორს უკვე გადანწყვეტილი აქვს, სურს თუ არა ბრალდების წარდგენა ან საქმის შეწყვეტა. ჩნდება კითხვა, რა წესების მიხედვით მივიდა პროკურატურა ამ „წინასწარ გადანწყვეტილებამდე“? თუ არსებობს საკმარისი ეჭვი დანაშაულის ჩადენის თაობაზე, იგი ვალდებულია წარადგინოს ბრალდება.

II. კანონიერების პრინციპი

ეს გამომდინარეობს კანონიერების პრინციპიდან, რომელიც განმტკიცებულია სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის §152-ის მე-2 პუნქტში. მასში ნათქვამია: იგი (პროკურატურა) ვალდებულია, თუ კანონით სხვა რამ არ არის დადგენილი, დაიწყოს დევნა ყველა სისხლისსამართლებრივად დასჯადი ქმედების მიმართ, როდესაც არსებობს საკმარისი ფაქტობრივი საფუძველი. უფრო კონკრეტულად, ბრალდების წარდგენასთან დაკავშირებით, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის §170-ის პირველ ნაწილში ნათქვამია: თუ გამოძიება იძლევა საკმარის საფუძველს საჯარო ბრალდების წარსადგენად, პროკურატურა წარადგენს მას შესაბამის სასამართლოში საბრალდებო დასკვნის წარდგენის გზით. ამ ნორმების თანახმად, საკითხი იმის შესახებ, წარდგენილი იქნება თუ არა ბრალდება, არ ექვემდებარება პროკურატურის დისკრეციას. პირიქით, კანონიერების პრინციპი ძირითადად ადგენს ბრალდების წარდგენის ვალდებულებას.

III. ოპორტუნობის პრინციპი

მე ასევე ვიღებ საქმეებს, რომელშიც პროკურატურა კითხულობს, თუ შეიძლება თანხმობის მიღება საქმის შეწყვეტაზე, მიუხედავად იმისა, რომ არსებობს საკმარისი ეჭვი დანაშაულის ჩადენასთან დაკავშირებით. სისხლის სამართლის საქმის დასრულების შესაძლებლობა ბრალდების წაყენების გარეშე, შეწყვეტის გზით, ექვემდებარება ე.წ. ოპორტუნობის პრინციპს. ოპორტუნობაში ამ კონტექსტში ნიშნავს, რომ სისხლისსამართლებრივი დევნისგან შეიძლება თავი შეიკავო მიზანშეწონილობის მოსაზრებებიდან გამომდინარე. ეს განსაკუთრებით რელევანტური შეიძლება იყოს უმნიშვნელო დანაშაულების შემთხვევაში. რადგან თუ ყველა, თუნდაც წვრილმანი დანაშაულის გამოძიება მოხდებოდა, ამის შედეგად მივიღებდით სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემის პარალიზებას. განსაკუთრებით იმის გათვალისწინებით, რომ გერმანიის მართლმსაჯულება ხშირად გადატვირთულია პერსონალის ნაკლებობისა და საქმეთა სიმრავლის გამო, საჭიროა დამატებითი ინსტრუმენტები სისხლის სამართლის საქმეების დასასრულებლად. ოპორტუნობის პრინციპი ასევე განმტკიცებულია სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 152-ე პარაგრაფის მე-2 პუნქტში. იქ ნათქვამია: ის (პროკურატურა) ვალდებულია, თუ კანონით სხვა რამ არ არის დადგენილი, დაიწყოს სისხლისსამართლებრივი დევნა ყველა დანაშაულის გამო, თუ არსებობს საკმარისი ფაქტობრივი საფუძველი. შემდგომში მსურს წარმოვადგინო ძირითადი საკანონმდებლო დებულებები, რომლებიც მოიცავს ბრალდების წაყენებისგან თავის შეკავებას. როგორც ღაგინაძე, პროკურატურას ამ საკანონმდებლო დებულებების ფარგლებში რეგულარულად ენიჭება დისკრეციული უფლებამოსილება ან შეფასების თავისუფლება.

1. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 153, ნაწილი 1

სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში, § 153-ის პირველი ნაწილის თანახმად, ერთი მხრივ, არსებობს საქმის შეწყვეტის შესაძლებლობა სანქციების დაკისრების გარეშე. იქ ნათქვამია: თუ საქმე ეხება სისხლისსამართლებრივ გადაცდომას, პროკურატურას შეუძლია,

მთავარი სხდომის გახსნაზე, უფლებამოსილი სასამართლოს თანხმობით, უარი თქვას სისხლისსამართლებრივ დევნაზე, თუ დამნაშავის ბრალი მცირედ ჩაითვლება და არ არსებობს საჯარო ინტერესი სისხლისსამართლებრივი დევნის მიმართ. პროკურატურას აქვს ფართო შეფასების არეალი დამნაშავის ბრალისა და საზოგადოებრივი ინტერესის შეფასებასთან დაკავშირებით. აქ პროკურატურა იბრუნებს იმაზე, რომ დისკრეციის გამოყენება ერთგვაროვან კრიტერიუმებს ეფუძნებოდა, რათა ის თვითნებურად არ აღიქმებოდა. ფორმულირების „შეუძლია უარი თქვას“ გამო, საქმის შეწყვეტა პროკურატურის დისკრეციას წარმოადგენს. თუმცა, უმეტესი საგნობრივი მოსაზრებები უკვე ბრალისა და საჯარო ინტერესის შემოწმებისას უნდა იქნას გათვალისწინებული. ამის მიღმა, როგორც დისკრეციული საფუძველი, რჩება მხოლოდ პროცესუალური ეკონომიის საკითხები. მაგალითად, როდესაც მტკიცებულებების შეგროვება არ იქნებოდა მოსალოდნელი სასჯელის პროპორციული. ასევე, სამართლიანი სასამართლოს პრინციპი, მაგალითად პროცესის გადაჭარბებული ხანგრძლივობის გამო, დისკრეციული შემოწმების ფარგლებში უნდა იქნას გათვალისწინებული.

2. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 153a

ახლა წარმოგიდგინთ სისხლის სამართლის საქმის შეწყვეტის შესაძლებლობას, გარკვეული სანქციის დანიშნით, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 153a-ს შესაბამისად. იქ ნათქვამია: მთავარი სხდომის გახსნაზე უფლებამოსილი სასამართლოსა და ბრალდებულის თანხმობით, პროკურატურას შეუძლია გადაცდომის შემთხვევაში დროებით თავი შეიკავოს საჯარო ბრალდების წაყენებისგან და იმავდროულად დააკისროს ბრალდებულს ვალდებულებები და მითითებები, თუ ეს შესაბამისობაშია სისხლისსამართლებრივი დევნის საჯარო ინტერესთან და ბრალის სიმძიმე არ ეწინააღმდეგება ამას. როგორც წესი, ასეთ შემთხვევაში, ბრალდებული იხდის თანხას სახელმწიფო ხაზინის ან საქველმოქმედო დაწესებულების სასარგებლოდ. § 153-ისგან განსხვავებით, საჯარო დევნის ინტერესი აქ, ძირითადად, ხელს არ უშლის საქმის ამ გზით შეწყვეტას. თუმცა, საჯარო ინტერესი უნდა დაკომპენსირდეს დაკისრებული სანქციით. §153a

გამოიყენება არაუმნიშვნელო დანაშაულების ჩადენის შემთხვევაშიც. განსაკუთრებით, ეკონომიკური დანაშაულების სფეროში, შესაძლებელია საკმაოდ მძიმე ბრალდებების მიმართ საქმის შეწყვეტა მნიშვნელოვანი სანქციების დაკისრების გზით. არის თუ არა ეს სანქციები საჯარო დევნის ინტერესის ადეკვატური, პროკურატურის შესაფასებელია.

3. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების შესახებ კანონის § 45

არასრულწლოვანთათვის არსებობს დამატებითი სპეციალური რეგულაციები. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების შესახებ კანონის § 45 შეესაბამება სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის ბემოთ აღნიშნულ ნორმებს - § 153 და § 153a. ეს რეგულაცია ფართოდ გამოიყენება არასრულწლოვანთა სისხლის სამართალში, რადგან მასში აღზრდის იდეაა პრიორიტეტული. არასრულწლოვანთა პროკურორი წყვეტს საქმის წარმოებას და უარს ამბობს შემდგომ დევნაზე, თუ იგი მიიჩნევს, რომ არასრულწლოვანზე საკმარისი ზეგავლენა მოახდინა მხოლოდ სამართალდამცავ ორგანოებთან კონფრონტაციამ ან უკვე განხორციელებულმა აღმზრდელობითმა ღონისძიებამ. აქაც პროკურატურას აქვს ფართო, სამართლებრივად არაგადასინჯვადი, შეფასების თავისუფლება.

4. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 154

საქმის შეწყვეტის კიდევ ერთი შესაძლებლობა არსებობს. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 154-ის თანახმად, პროკურატურას შეუძლია უარი თქვას დანაშაულის დევნაზე, თუ მოსალოდნელი სასჯელი უმნიშვნელოა სხვა საქმის ფარგლებში უკვე დაკისრებულ ან მოსალოდნელ სასჯელთან შედარებით.

მაგალითად, თუ პირი უკვე მსჯავრდებულია ყაჩაღობისთვის რამდენიმეწლიანი თავისუფლების აღკვეთით და კიდევ ბრალდებულია მაღაზიაში ქურდობისთვის. სისხლისსამართლებრივი დევნისგან თავის შეკავება ამ შემთხვევაშიც პროკურატურის დისკრეციული უფლებამოსილებაა. როგორც წესი, დისკრეციული უფლებამოსილების განხორციელებისას საქმის შეწყვეტა არ განიხილება, თუ ახალი

დანაშაული ჩადენილია წინა განაჩენის აღსრულების დასრულების შემდეგ.

5. კერძო ბრალდების გზაზე მითითება სსსკ-ის § 374-ის შესაბამისად

გარდა ამისა, პროკურატურას აქვს დისკრეციული უფლებამოსილება კერძო ბრალდების დანაშაულებთან მიმართებაში. გერმანული კანონმდებლობით, კერძო ბრალდების დანაშაულებს მიეკუთვნება, მაგალითად, ბინის ხელშეუხებლობის დარღვევა, შეურაცხყოფა და ქონების დაზიანება. ამ შემთხვევაში პროკურატურას შეუძლია სისხლისსამართლებრივი დევნა გადასცეს დაზარალებულს, თუ თვითონ უარყოფს საჯარო ინტერესს სისხლისსამართლებრივი დევნის მიმართ. პრაქტიკულად, სისხლის სამართლის საქმე ამით მთავრდება, რადგან კერძო ბრალდების პროცედურა რთული და ხანგრძლივია. თუ პროკურატურა უარყოფს საჯარო ინტერესს სისხლისსამართლებრივი დევნის მიმართ, საქმე შეიძლება შეწყდეს სსსკ-ის § 170-ის მე-2 პუნქტის შესაბამისად და დაზარალებულს მიეთითოს კერძო ბრალდების გზაზე.

პროკურატურის გადაწყვეტილება საჯარო ინტერესის არარსებობასთან დაკავშირებით, სასამართლოს მხრიდან გადასინჯვას არ ექვემდებარება. თუმცა, სისხლის სამართლისა და ადმინისტრაციული სამართალდარღვევების საქმეთა წარმოების სახელმძღვანელო პრინციპებში (№86, ნაწ. 2 RiStBV) არსებობს საჯარო ინტერესის სავალდებულო განმარტება პროკურატურისთვის. ასევე, რელატიური საჩივრის დანაშაულებისთვის, სადაც პროკურატურა მხოლოდ განსაკუთრებული საჯარო ინტერესის არსებობისას წარადგენს ბრალდებას, სახელმძღვანელო პრინციპები განსამღვრავს კრიტერიუმებს ცალკეული საჩივრის დანაშაულებისთვის (მაგ. №230 RiStBV სხეულის დამიანებასთან მიმართებით).

6. შეზღუდვები სამართლებრივი დახმარების მოთხოვნისას

კანონიერების პრინციპი სამართლებრივი დახმარების მოთხოვნებზეც არ მოქმედებს შეუზღუდავად. პროკურატურა უცხოურ უწყებებთან სამართლებრივ ურთიერთობას ახორციელებს არა როგორც სისხლის

სამართლის დევნის ორგანო, არამედ როგორც აღმასრულებელი ხელისუფლება. აქ არ არის აუცილებელი ყველა საგამოძიებო ასპექტის ამოწურვა. თანაზომიერების პრინციპის გათვალისწინებით, შესაძლებელია უარი ითქვას სამართლებრივი დახმარების მოთხოვნის წარდგენაზე, თუ დევნის განხორციელება არ ჩანს წარმატების მომტანი. ეს პროგნოზული გადანწყვეტილება ასევე პროკურატურის დისკრეციაშია და მას პრაქტიკაში დიდი მნიშვნელობა აქვს.

IV. შემთხვევა სასამართლო პრაქტიკიდან

სანამ წარმოდგენილ შედეგებს კიდევ ერთხელ შევაჯამებ, მინდა აღვწერო პატარა შემთხვევა, რომელიც გასულ კვირაში უნდა განმეხილა. მინდა ეს გავაკეთო იმის საჩვენებლად, თუ როგორ შეიძლება პროკურატურამ და სასამართლოებმა სხვადასხვაგვარად მოახდინონ რეაგირება დანაშაულზე, განსაკუთრებით მცირე მნიშვნელობის საქმეებში. ასევე იმიტომ, რომ ეს შემთხვევა წარმოადგენს მშვენიერ მაგალითს პატარა რაიონული სასამართლოს „ფერადი ცხოვრებისა“. საქმე ეხებოდა დედას, რომელიც თავის სამ პატარა შვილთან ერთად ავიდა სამარშრუტო ავტობუსში. ორ ბავშვს ხელში ეჭირა თეფში კარტოფილი ფრით და მაიონეზით. მძღოლმა დედას განუცხადა, რომ ავტობუსში არ შეიძლებოდა კარტოფილი ფრის ჭამა და მისი ღიად ტარება. მათ უნდა გადაეგდოთ ის ან დაეტოვებინათ ავტობუსი. თუმცა დედამ უარი განაცხადა ამის გაკეთებაზე. ამის შემდეგ მძღოლმა მათ მოთხოვა ავტობუსის დატოვება. დედა არ დაემორჩილა ამას, რის შემდეგაც მძღოლმა პოლიცია გამოიძახა. მთლიანობაში, ავტობუსი დაახლოებით 45 წუთით შეყოვნდა. შემდეგ შეტანილ იქნა საჩივარი ქალის წინააღმდეგ ბინის ხელშეუხებლობის დარღვევის გამო. პროკურატურამ, გამოძიების დასრულების შემდეგ, თავდაპირველად შეწყვიტა საქმე და განაცხადა, რომ დევნა არ შეესაბამებოდა საჯარო ინტერესს. მან სატრანსპორტო კომპანიას მიუთითა კერძო საჩივრის გზაზე. ამის წინააღმდეგ საჩივარი შეიტანა ბრალდებულის ადვოკატმა, რომელიც იმავდროულად მისი მეუღლე იყო, რადგან მას მიაჩნდა, რომ ბინის ხელშეუხებლობის

დარღვევა არ განხორციელებულა და ამიტომ კერძო საჩივარზე მითითება დაუშვებელი იყო. შედეგად, პროკურატურამ ხელახლა განაახლა გამოძიება და ბრალდება წარადგინა ესენ-შტეელეს რაიონულ სასამართლოში.

ამის შემდეგ მე გავხსენი მთავარი პროცესი, რადგან მეც მივიჩნიე, რომ არსებობდა საკმარისი ეჭვი დანაშაულის ჩადენაში და დავნიშნე სასამართლო მოსმენის თარიღი მოწმეებთან ერთად. მთავარ სხდომამდე ერთი დღით ადრე ადვოკატმა დარეკა და შეგვატყობინა, რომ მეორე დღეს სხდომაზე გამოცხადდებოდა სამივე ბავშვთან ერთად, ანუ მთელი ოჯახთან და ბებიასთან ერთად, რომელიც შვეიცარიიდან ჩამოვიდოდა. მათ არ ჰქონდათ ბავშვების სხვაგან დატოვების შესაძლებლობა. მან ითხოვა, რომ სხდომის დროს დაგვემილიყო შესვენებები უმცროსი ბავშვის, ჩვილის კვებისთვის. გარდა ამისა, მას ჰქონდა მხოლოდ დაახლოებით 3,5 საათი, რაც უნდა გაგვეთვალისწინებინა. ფაქტობრივად, შეხვედრისთვის გამოყოფილი იყო მხოლოდ ნახევარი საათი. ამასთან, მას თან ჰქონდა მტკიცებულებების დიდი რაოდენობა ვიდეორჩანანერების სახით და ყავდა დამატებითი მოწმეები. საჭიროების შემთხვევაში, სამხრეთ გერმანიიდან კიდევ ერთი მოწმე უნდა გამოეძახებინათ სხვა თარიღისთვის. ის ნებისმიერ შემთხვევაში გაასაჩივრებდა გამამტყუნებელ განაჩენს და უკვე მომზადებული ჰქონდა მრავალგვერდიანი სააპელაციო განაცხადი. ვინაიდან სისხლის სამართლის საჩივრის ნამდვილობასთან დაკავშირებით არსებობდა ეჭვები (საქმის მასალების მიხედვით, მას ხელი მხოლოდ ავტობუსის მძღოლმა მოაწერა) და მთელი პროცესი, ჩემი აზრით, საკმაოდ გაჭიანურდებოდა, დავურევე პასუხისმგებელ პროკურორს, რათა გამერკვია, ხომ არ შეიძლებოდა საქმის შეწყვეტა. ადვოკატიც, სატელეფონო საუბრისას, ამის წინააღმდეგი არ იყო. შემდეგ სასამართლო სხდომა გაუქმდა და საქმე კვლავ გადაეგზავნა პროკურატურას დასკვნისთვის. ახლა, სავარაუდოდ, საქმე შეწყდება. გადახდის ვალდებულებით თუ მის გარეშე, ეს დამოკიდებულია სისხლის სამართლის საჩივრის ნამდვილობაზე. ყოველ შემთხვევაში, ეს პასუხისმგებელმა პროკურორმა ასე განაცხადა.

ეს პატარა საქმე გვიჩვენებს, რომ პროცესის მიმდინარეობისას, განსაკუთრებით უმნიშვნელო დარღვევების სფეროში, სამართალდამცავ

ორგანოებს აქვთ სხვადასხვა შესაძლებლობები საქმის წარმოების დასრულებისთვის (ამ საქმეში: კერძო ბრალდების გზა, ბრალდება, შეწყვეტა).

V. შეჯამება

შეჯამების სახით მინდა აღვნიშნო, რომ პროკურატურა ვალდებულია წარადგინოს ბრალდება, როდესაც არსებობს საკმარისი ეჭვი დანაშაულის ჩადენასთან დაკავშირებით. კანონიერების პრინციპი წარმოადგენს ზოგად წესს. თუმცა, არსებობს გამონაკლისები. ეს გამონაკლისები უნდა იყოს კანონით დარეგულირებული. კანონით გათვალისწინებული გამონაკლისი დებულებების გამოყენებისას პროკურატურას აქვს მოქმედების სხვადასხვა ალტერნატივა, იქნება ეს დისკრეციული უფლებამოსილების გამოყენება თუ განუსაზღვრელი სამართლებრივი ცნებების (მაგ. საჯარო ინტერესის) განმარტება. საერთო ჯამში, შეიძლება ითქვას, რომ პროკურატურის დისკრეციული უფლებამოსილება წარმოადგენს მნიშვნელოვან ინსტრუმენტს სისხლისსამართლებრივი დევნისას, რათა სამართალდამცავმა ორგანოებმა შეძლონ თავიანთი შეზღუდული რესურსების მიზნობრივი გამოყენება დანაშაულთან ბრძოლაში.

DAS ERMESSEN DER STAATSANWALTSCHAFT BEI DER ANKLAGEERHEBUNG

Hannes Klopmeier, Richter am Amtsgericht Essen-Steele

I. Einleitung

Wenn ich als Strafrichter eine Akte von der Staatsanwaltschaft als neuen Eingang auf dem Schreibtisch liegen habe, hat der zuständige Staatsanwalt bereits entschieden, ob er Anklage erheben möchte oder ob eine Einstellung erfolgen soll. Es stellt sich die Frage, nach welchen Regeln die Staatsanwaltschaft zu dieser „Vorentscheidung“ gekommen ist. Geht sie von einem hinreichenden Tatverdacht aus, ist sie grundsätzlich verpflichtet Anklage zu erheben.

II. Legalitätsprinzip

Dies folgt aus dem Legalitätsprinzip. Verankert ist dieses § 152 Abs. 2 StPO. Dort heißt es:

Sie (die Staatsanwaltschaft) ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

Und konkret heißt es in Bezug auf die Erhebung der Anklage in § 170 Abs. 1 StPO:

Bieten die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage, so erhebt die Staatsanwaltschaft sie durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht.

Nach diesen Normen unterliegt die Frage, ob Anklage erhoben wird, gerade nicht dem Ermessen der Staatsanwaltschaft. Vielmehr begründet das Legalitätsprinzip grundsätzlich einen Anklagezwang.

III. Opportunitätsprinzip

Mich erreichen allerdings auch Verfahren, bei denen die Staatsanwaltschaft anfragt, ob die Zustimmung zu einer Einstellung erteilt wird, obwohl ein hinreichender Tatverdacht vorliegt. Die Möglichkeit der Beendigung des Strafverfahrens ohne Anklageerhebung durch Einstellung unterliegt dem sogenannten Opportunitätsprinzip. Opportunität bedeutet in diesem Zusammenhang, dass von der Strafverfolgung aus Zweckmäßigkeitserwägungen abgesehen werden kann. Zweckmäßig kann dies insbesondere im Bereich der Kleinkriminalität sein. Denn würde man jede noch so kleine Straftat verfolgen wollen, wäre die Funktionsunfähigkeit der Strafrechtspflege die Folge. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Justiz in Deutschland aufgrund von Personalmangel und der Vielzahl an Verfahren häufig überlastet ist, bedarf es weiterer Instrumente zur Erledigung von Strafverfahren.

Das Opportunitätsprinzip ist ebenfalls in § 152 Abs. 2 SPO verankert. Denn dort heißt es ja:

Sie (die Staatsanwaltschaft) ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

Ich möchte im Folgenden, die wesentlichen gesetzlichen Bestimmungen, die dieses Absehen von der Erhebung zur Anklage beinhalten, darstellen. Wie sich zeigen wird, ist der Staatsanwaltschaft im Rahmen dieser gesetzlichen Bestimmungen regelmäßig ein Ermessen oder ein Beurteilungsspielraum eingeräumt.

1. § 153 Abs. 1 StPO

Zum einen gibt es die Möglichkeit der Einstellung des Verfahrens ohne sanktionierenden Charakter gemäß § 153 Abs. 1 StPO. Dort heißt es:

Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht.

Die Staatsanwaltschaft besitzt hinsichtlich der Einschätzung von Schuld des Täters und dem öffentlichen Interesse einen weitreichenden Beurteilungsspielraum. Hier wird die Staatsanwaltschaft darauf achten, die Anwendung an einheitlichen Kriterien auszurichten, damit diese nicht als willkürlich empfunden wird. Aufgrund der Formulierung „kann absehen“ in § 153 Abs. 1 StPO steht die Einstellung hier zudem im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Die meisten sachlichen Erwägung werden allerdings bereits bei der Prüfung von Schuld und öffentlichem Interesse zu berücksichtigen sein. Als ausschließliche Ermessensgründe verbleiben sodann solche der Prozessökonomie. Wenn zum Beispiel eine umfangreiche Beweisaufnahme nicht im Verhältnis zu der zu erwartenden Strafe stünde. Auch der Grundsatz eines fairen Verfahrens, zum Beispiel aufgrund überlanger Verfahrensdauer, wäre hier im Rahmen der Ermessensprüfung zu berücksichtigen.

2. § 153a StPO

Als nächstes stelle ich die Möglichkeit der Einstellung des Verfahrens mit sanktionierender Wirkung gemäß § 153a Abs. 1 StPO vor. Dort heißt es:

Mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten kann die Staatsanwaltschaft bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht.

Eine übliche Auflage ist es, dass der Beschuldigten eine Zahlung an die Staatskasse oder an eine gemeinnützige Einrichtung leistet. Anders als bei § 153 StPO hindert ein öffentliches Verfolgungsinteresse die Einstellung hier grundsätzlich nicht. Es muss jedoch durch die Sanktion kompensierbar erscheinen. Insofern ist § 153 a StPO auch auf Fälle anwendbar, die nicht zur Kleinkriminalität zählen. Vor allem im Bereich von Wirtschaftsstraftaten können durchaus erhebliche Vorwürfe mit dann allerdings auch erheblichen Auflagen sanktioniert werden. Ob die Auflagen geeignet sind, das öffentliche Verfolgungsinteresse zu kompensieren, unterliegt hierbei wieder der Einschätzung der Staatsanwaltschaft. Auch hier hat sie einen weiten Beurteilungsspielraum.

3. § 45 JGG

Für Jugendliche gibt es diesbezüglich noch Sonderregelungen im Jugendgerichtsgesetz. Hier entspricht der § 45 JGG den gerade dargestellten § 153 StPO und § 153a StPO. Von dieser Vorschrift wird im Jugendstrafrecht auch umfangreicher Gebrauch gemacht, da im Jugendstrafrecht der Erziehungsgedanke im Vordergrund steht. Der Jugendstaatsanwalt stellt danach das Verfahren ein und sieht von der weiteren Verfolgung ab, wenn er zu der Einschätzung gelangt, dass der Jugendliche allein durch die Konfrontation mit den Strafverfolgungsbehörden oder durch eine bereits erfolgte erzieherische Maßnahme ausreichend beeindruckt worden ist. Auch hier steht der Staatsanwaltschaft ein weiter, rechtlich nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.

4. § 154 StPO

Eine weitere Möglichkeit der Einstellung besteht nach § 154 StPO:

Danach kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung einer Tat absehen, wenn die zu erwartende Strafe, gegenüber einer bereits verhängten oder zu erwartenden Strafe in einem anderen Verfahren nicht ins Gewicht fällt.

Wenn z.B. jemand bereits wegen Raubes zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde und noch ein weiterer Ladendiebstahl angeklagt ist. Das Absehen von Strafverfolgung liegt auch hier im pflichtgemäßen Ermessen der Staatsanwaltschaft. Regelmäßig kommt hier bei Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens eine Einstellung nicht in Betracht, wenn die neue Tat erst nach dem Abschluss der Vollstreckung wegen der früheren Verurteilung begangen wurde.

5. Verweis auf den Privatklageweg gem. § 374 StPO

Zudem besteht ein Ermessen der Staatsanwaltschaft bei den Privatklagedelikten. Zu den Privatklagedelikten gehören nach deutschem Recht zum Beispiel der Hausfriedensbruch, die Beleidigung und die Sachbeschädigung. Hier kann die Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung auf den Geschädigten übertragen, wenn sie das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung verneint. Praktisch ist das Strafverfahren damit dann beendet, da das Privatklageverfahren kompliziert und langwierig ist. Wenn die Staatsanwaltschaft hier das öffentliche Interesse an der

Strafverfolgung verneint, kann das Verfahren gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden und der Geschädigte auf den Privatklageweg verwiesen werden.

Ob die Staatsanwaltschaft das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht oder verneint, ist gerichtlich nicht überprüfbar. Es gibt jedoch in den Richtlinien für Straf- und Bußgeldverfahren (Nr. 86 Abs. 2 RiStBV) eine für die Staatsanwaltschaft grundsätzlich bindende Definition des öffentlichen Interesses. Auch für die relativen Antragsdelikte, bei denen die Staatsanwaltschaft nur bei einem besonderen öffentlichen Interesse Anklage erhebt, geben die Richtlinien für Straf- und Bußgeldverfahren der Staatsanwaltschaft Kriterien für einzelne Antragsdelikte vor (z.B. in Nr. 230 RiStBV für die Körperverletzung).

6. Einschränkung bei Rechtshilfeersuchen

Auch bei Rechtshilfeersuchen gilt das Legalitätsprinzip nicht uneingeschränkt. Die Staatsanwaltschaft führt den Rechtshilfeverkehr mit ausländischen Behörden hier nicht als Strafverfolgungsbehörde, sondern als Exekutive. Hier muss nicht jeder Ermittlungsansatz ausgeschöpft werden. Es kann im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von der Stellung eines Rechtshilfeersuchens abgesehen werden, wenn Verfolgungsansätze nicht erfolversprechend erscheinen. Diese Prognoseentscheidung steht ebenfalls im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Diese Einschränkung weist in der Praxis eine hohe Relevanz auf.

IV. Fall aus der Praxis

Bevor ich die dargestellten Ergebnisse noch mal zusammenfasse, möchte ich einen kleinen Fall, den ich in der vergangenen Woche verhandeln wollte, darstellen. Dies möchte ich tun, um zu verdeutlichen, wie gerade im Bagatellbereich von Seiten der Staatsanwaltschaft und der Gerichte auf strafbares Verhalten auf unterschiedliche Weise reagiert werden kann. Und auch weil der Fall ein schönes Beispiel für das „bunte Leben“ an einem kleinen Amtsgericht darstellt. Es ging darum, dass eine Mutter mit ihren drei kleinen Kindern einen Linienbus bestiegen hatte. Hierbei hatten zwei der Kinder eine Schale mit Pommes Frites und Mayonnaise in der Hand. Der Busfahrer teilte der Mutter gegenüber mit, dass man im Bus keine

Pommes Frites essen und diese auch nicht offen tragen dürfe. Man solle diese entsorgen oder den Bus verlassen. Die Mutter weigerte sich jedoch dies zu tun. Daraufhin wurde ein Hausverbot von Seiten des Busfahrers für den Linienbus ausgesprochen. Dem kam die Mutter nicht nach, woraufhin der Busfahrer die Polizei rief. Insgesamt wurde der Bus ca. 45 Minuten aufgehalten. Sodann wurde eine Anzeige wegen Hausfriedensbruchs erstattet. Die Staatsanwaltschaft hat in der Folge das Verfahren nach Abschluss der Ermittlungen zunächst eingestellt und ausgeführt, dass die Verfolgung nicht im öffentlichen Interesse liegt. Sie hat das Busunternehmen insoweit auf den Privatklageweg verwiesen. Dagegen hat dann wiederum der mittlerweile bestellte Rechtsanwalt der Angeklagten, der gleichzeitig deren Ehemann war, Beschwerde eingelegt, da er der Auffassung war, dass ein Hausfriedensbruch nicht verwirklicht wurde und deshalb eine Verweisung auf den Privatklageweg nicht zulässig sei. Infolgedessen hat die Staatsanwaltschaft die Ermittlung wieder aufgenommen und Anklage beim Amtsgericht Essen-Steele erhoben. Ich habe dann das Hauptverfahren eröffnet, da auch ich einen hinreichenden Tatverdacht angenommen habe, und ein Verhandlungstermin mit Zeugen bestimmt. Ein Tag vor dem Hauptverhandlungstermin meldete sich dann der Rechtsanwalt telefonisch und teilte mit, dass er zur Hauptverhandlung mit allen drei Kindern, also mit der ganzen Familie und auch der Großmutter, die aus der Schweiz anreisen würde, am nächsten Tag erscheinen werde. Man habe keine anderweitige Möglichkeit der Betreuung für die Kinder. Er bat darum, dass während der Sitzung auch Pausen zum Stillen des jüngsten Kindes, einem Säugling, eingebaut würden. Zudem habe er nur ca. 3 1/2 Stunden Zeit, dies möge man berücksichtigen. Tatsächlich war für den Termin nur eine halbe Stunde angesetzt. Außerdem hätte er umfangreiches Beweismaterial in Form von Videoaufzeichnungen und weiteren Zeugen dabei. Gegebenenfalls müsse auch noch eine Zeugin aus Süddeutschland geladen werden für einen Fortsetzungstermin. Er würde in jedem Fall gegen eine Verurteilung vorgehen und habe bereits einen mehrseitigen Revisionschriftsatz vorbereitet. Da auch bezüglich der Wirksamkeit des Strafantrages Zweifel bestanden (dieser war nach Aktenlage nur von dem Busfahrer unterzeichnet worden) und das ganze Verfahren meines Erachtens ziemlich auszufern drohte, habe ich die zuständige Staatsanwältin angerufen, um zu erfragen, ob man das Verfahren nicht doch einstellen wolle. Für ein solches Vorgehen hatte auch der Verteidiger sich am Telefon offen gezeigt. Der Termin wurde sodann

aufgehoben und die Akte der Staatsanwaltschaft nochmal zur Stellungnahme übersandt. Nun wird wahrscheinlich doch eine Einstellung erfolgen. Ob mit oder ohne Zahlungsaufgabe hängt von der Wirksamkeit des Strafantrages ab. Dies ist jedenfalls von der zuständigen Staatsanwältin so angekündigt worden.

Dieser kleine Fall soll verdeutlichen, dass sich im Laufe eines Verfahrens gerade im Bagatellbereich verschiedene Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung für die Strafverfolgungsbehörden ergeben können (hier: Privatklageweg, Anklage, Einstellung).

V. Zusammenfassung

Zusammenfassend möchte ich ausführen, dass die Staatsanwaltschaft bei hinreichendem Tatverdacht grundsätzlich verpflichtet ist, Anklage zu erheben. Das Legalitätsprinzip stellt als Leitbild den Regelfall dar.

Es gibt jedoch Ausnahmen hiervon. Diese müssen gesetzlich normiert sein. Innerhalb der Anwendung der gesetzlichen Ausnahmegesetze hat die Staatsanwaltschaft verschiedene Spielräume. Diese können durch das Ausüben von Ermessen oder bei der Beurteilung unbestimmter Rechtsbegriffe (z.B. dem öffentlichen Interesse) gefüllt werden.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass das Ermessen der Staatsanwaltschaft ein wichtiges Instrument bei der Strafverfolgung darstellt, damit die Strafverfolgungsbehörden ihre begrenzte Kapazität im Kernbereich der Kriminalität gezielt einsetzen können.

**პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილება
სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისას ქართულ
სისხლის სამართლის პროცესში**

ბესიკ ქვარცხავა

ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის მოწვეული ლექტორი,
რაიონული პროკურორი

I. შესავალი

ქართულ სისხლის სამართლის პროცესში პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილება მნიშვნელოვან ინსტიტუტს წარმოადგენს, განსაკუთრებით 2010 წლის 01 ოქტომბრიდან ამოქმედებულ ახალ სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობაში, რადგან მანამდე მოქმედი 1998 წლის 20 თებერვლის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით სისხლისსამართლებრივი დევნის ასპექტები განსხვავებულად იყო მოწყობილი, რაც განაპირობებს აღნიშნული ინსტიტუტის განსაკუთრებულ მნიშვნელობას. 2010 წელს ამოქმედებული ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობით ქართული სისხლი სამართლის პროცესის სისტემამ კონტინენტური სამართლის სისტემიდან გადაინაცვლა ანგლოამერიკული საერთო სამართლის სისტემის მოდელზე, რომლისთვისაც სისხლისსამართლებრივი დევნის ფუნქცია მხოლოდ პროკურორს გააჩნია. ჩამოყალიბდა სისხლისსამართლებრივი დევნის ალტერნატიული მექანიზმები, დისკრეციული უფლებამოსილების საფუძველზე სისხლისსამართლებრივი დევნის არ დაწყების/შენწყვეტის გამოყენება განრიდება მედიაციის საფუძველზე და მის გარეშე. ამასთან ახალი პროცესის ამოქმედების კვალდაკვალ აღნიშნულ ინსტიტუტთან დაკავშირებით განხორციელდა ცალკეული ცვლილებები, საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მიღებულ იქნა გადაწყვეტილებები, რითაც ერთის მხრივ პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილების მიმართ დაწესდა კონტროლის ბერკეტები და გაძლიერებულ იქნა დაზარალებულის ინსტიტუტი. ცხადია მცირე ნაშრომის ფორმატში რთულია მნიშვნელოვანი სიღრმისეული განხილვა, თუმცა წინამდებარე

ტექსტის მიზანია არსებული პრაქტიკის და ნორმათა თეორიული განხილვა და ამ მიმართულებით არსებული გარკვეული საკანონმდებლო ხარვეზების ირგვლივ ყურადღების გამახვილება, რაც იქნება დამატებითი ნაბიჯი აღნიშნული მიმართულებით ცალკეული საკითხების დახვეწისა და სრულყოფის მიზნით.

II. სისხლისსამართლებრივი დევნა

სისხლისსამართლებრივი დევნა წარმოადგენს უმნიშვნელოვანეს კომპონენტს სისხლის სამართლის პროცესის ნებისმიერ სტადიაზე, მით უფრო 2010 წლის 1 ოქტომბრიდან ამოქმედებულ ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის პირობებში, როდესაც პროკურორს მიენიჭა დისკრეციული უფლებამოსილება. „დისკრეციული“ [ფრანგ. Discretionnaire] ნიშნავს პირადი შეხედულებისამებრ მოქმედს.¹

საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის² 167-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად სისხლისსამართლებრივი დევნა იწყება პირის დაკავებისთანავე ან ბრალდებულად ცნობისთანავე (თუ ის არ დაუკავებიან).

რაც შეეხება სისხლისსამართლებრივი დევნის დასრულების ეტაპს, სსსკ-ის თანახმად გამოძიების სტადიაზე სისხლისსამართლებრივი დევნა სრულდება პროკურორის მიერ სისხლის სამართლის საქმეზე სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტა/შეჩერების შესახებ დადგენილების მიღებით. სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტის კანონისმიერი საფუძვლები განსაზღვრულია სსსკ-ის 105-ე და 167-ე მუხლებში, რომლებიც გარდა დისკრეციულ უფლებამოსილებაზე დაფუძნებული გამონაკლისისა, სხვა შემთხვევაში არის იმპერატიული ხასიათის და სათანადო საფუძვლის არსებობის შემთხვევაში პროკურორი ხელმძღვანელობს მხოლოდ კანონით გაწერილი ნორმის შინაარსით, თუმცა როგორც ზემოთ აღინიშნა, ასევე არსებობს დისკრეციული

1 ჭაბაშვილი, უცხო სიტყვათა ლექსიკონი, 1973, 110.

2 შემდგომში სსსკ.

საფუძვლები, რომელიც პროკურორს სძენს უფლებამოსილებას მიიღოს გადაწყვეტილება სისხლისსამართლებრივი დევნის არდაწყება, არგაგრძელების თაობაზე, რომლის ირგვლივ უფრო დეტალურად ქვემოთ იქნება საუბარი. აღსანიშნავია, რომ სისხლისსამართლებრივი დევნა გამოძიების სტადიაზე, საქმის სასამართლოში წარმართვით ან/და პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ განაჩენის გამოტანის მომენტში არ სრულდება, რადგან პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილება, - პირის მიმართ სისხლისსამართლებრივი დევნა გაგრძელდეს, ბრალდება მოხსნილ იქნეს ან/და შეიცვალოს ბრალდება, ვრცელდება არამხოლოდ გამოძიების სტადიაზე, არამედ ეს უფლებამოსილება ვრცელდება სამივე ინსტანციის სასამართლოში საქმის განხილვისას. სსსკ-ის 250-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის თანახმად, ბრალდების მხარეს უფლება აქვს, ზემდგომი პროკურორის თანხმობით უარი თქვას ბრალდებაზე ან ბრალდების ნაწილზე, ან არსებული ბრალდება შეცვალოს უფრო მსუბუქი ბრალდებით. ბრალდებაზე ან ბრალდების ნაწილზე პროკურორის მიერ უარის თქმის შემთხვევაში სასამართლო განჩინებით იღებს გადაწყვეტილებას ბრალდებაში ან ბრალდების ნაწილში სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტის შესახებ. აღნიშნული უფლებით ბრალდების მხარე სარგებლობს ნებისმიერი ინსტანციის სასამართლოში განაჩენის გამოტანამდე, გარდა ახლად გამოვლენილ გარემოებათა გამო განაჩენის გადასინჯვისა. ამდენად ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე ნათელია, რომ სამივე ინსტანციის სასამართლოში საქმის წარმოებისას მიმდინარეობს და გრძელდება სისხლისსამართლებრივი დევნა ბრალდებული და მსჯავრდებული პირის მიმართ.

III. სისხლისსამართლებრივი დევნის ძველი მოდელი

2010 წლის 1 ოქტომბრამდე მოქმედებდა 1998 წლის 20 თებერვლის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, რომელიც პირველი სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობა იყო, რაც შეიქმნა პოსტსაბჭოთა დამოუკიდებელი საქართველოს ისტორიაში. 1998 წლის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის თანახმად არსებობდა

სისხლისსამართლებრივი დევნის შემდეგი სახეები: საჯარო, სუბსიდიური, კერძო-საჯარო და კერძო³.

საჯარო სისხლისსამართლებრივი დევნა ხორციელდებოდა ყველა კატეგორიის სისხლის სამართლის საქმეზე.

სუბსიდიური სისხლისსამართლებრივი დევნის თანახმად დაზარალებულსა და მის წარმომადგენელს უფლება ჰქონდათ მხარი დაეჭირათ პროკურორის მიერ ფორმულირებულ სახელმწიფო ბრალდებაზე. თუ პროკურორი უარს იტყოდა ბრალდებაზე ან შეცვლიდა ბრალდებას, დაზარალებულს ან მის წარმომადგენელს უფლება ჰქონდათ სასამართლოში მხარი დაეჭირათ წინანდელ ბრალდებაზე.⁴ სუბსიდიური სისხლისსამართლებრივი დევნა ხორციელდებოდა მხოლოდ სასამართლოში საქმის განხილვისას, იგი წინასწარი გამოძიების სტადიაზე არ მიმდინარეობდა.⁵

რაც შეეხება კერძო-საჯარო სისხლისსამართლებრივ დევნას, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 137-ე (გაუპატიურება) მუხლის პირველი ნაწილით, 138-ე (სექსუალური ხასიათის ძალმომრეობითი მოქმედება) მუხლის პირველი ნაწილით, 139-ე (სქესობრივი კავშირის იძულება), 153-ე (სიტყვის თავისუფლების ხელყოფა), 157-ე (პირადი ან ოჯახური საიდუმლოს ხელყოფა), 167-ე (ინფორმაციის გაცნობაზე უარის თქმა ან არასწორი ინფორმაციის წარდგენა), 175-ე (შვილად აყვანის საიდუმლოების გამჟღავნება), 189-ე (სააგრორო, მომიჯნავე უფლების მფლობელისა და მონაცემთა ბაზის დამამზადებლის უფლების ხელყოფა) და 189¹ (სამრეწველო საკუთრების უფლების ხელყოფა) მუხლებით გათვალისწინებულ დანაშაულთა ჩადენის შემთხვევაში სისხლისსამართლებრივი დევნა იწყებოდა მხოლოდ დაზარალებულის საჩივრის საფუძველზე და ბრალდებულთან დაზარალებულის შერიგების გამო არ წყდებოდა, გარდა იმ შემთხვევისა,

3 1998 წლის 20 თებერვლის საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, მუხლი 23.

4 1998 წლის 20 თებერვლის საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, მუხლი 25.

5 *მემვილი/კორბენაძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარები, 2006, 90.

როცა სისხლისსამართლებრივი დევნის გაგრძელებას შეიძლება ზიანი მიეყენებინა როგორც დაზარალებულისთვის, ისე ბრალდებულისთვის.⁶

ხოლო, რაც შეეხება კერძო სისხლისსამართლებრივ დევნას - საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 120-ე (ჯანმრთელობის მსუბუქი დაზიანება) და 125-ე (ცემა) მუხლებით გათვალისწინებულ დანაშაულთა ჩამდენი პირის მიმართ სისხლისსამართლებრივი დევნა იწყებოდა მხოლოდ დაზარალებულის საჩივრის საფუძველზე და ის უნდა შეწყვეტილიყო ბრალდებულთან დაზარალებულის შერიგების გამო.⁷

თანამედროვე სისხლის სამართალში სახელმწიფომ თავის თავზე აიღო დანაშაულის მსხვერპლის პოზიციის დაცვა და მისთვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურებაზე ზრუნვა. [...] სრულიად გაუგებარია, თუ რატომ უნდა ჰქონდეთ სახელმწიფო ორგანოებთან ერთად დანაშაულის დევნის უფლება ასევე კერძო პირებსაც.⁸

ამდენად, განსხვავებით გემოაღნიშნული ძველი მოდელისგან, თანამედროვე დისკრეციული სისხლისსამართლებრივი დევნის მოდელის მიხედვით, პროკურორი ნაკლებად მძიმე, მძიმე და აგრეთვე განსაკუთრებით მძიმე კატეგორიის ნებისმიერ დანაშაულზე საჯარო ინტერესებიდან გამომდინარე იღებს გადაწყვეტილებას დაიწყოს და გააგრძელოს თუ არა სისხლისსამართლებრივი დევნა. ამავდროულად, პროცესში არსებობს მხოლოდ ორი მხარე, ბრალდების და დაცვის მხარის სახით. დაზარალებული არ წარმოადგენს მხარეს და მას არ გააჩნია უფლებამოსილება არ დაეთანხმოს პროკურორის გადაწყვეტილებას და თავად აწარმოოს სისხლისსამართლებრივი დევნა. თუმცა, დაზარალებულს გააჩნია უფლებამოსილება, რომ თუკი არ დაეთანხმება პროკურორის გადაწყვეტილებას სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტის/არდაწყების თაობაზე, იგი პირველ ეტაპზე გაასაჩივროს შემდგომ პროკურორთან, ხოლო მორიგ ეტაპზე კი ასევე სასამართლოში

6 1998 წლის 20 თებერვლის საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, მუხლი 26.

7 1998 წლის 20 თებერვლის საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, მუხლი 27.

8 *თუმანიშვილი*, დაზარალებული თანამედროვე სისხლის სამართლის სამართალში, სამართლის ჟურნალი, 2/2009.

ნებისმიერი კატეგორიის დანაშაულზე, რაც თავის მხრივ მნიშვნელოვნად აღჭურავს დაზარალებულს პროკურორის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების სასამართლოს მხრიდან კონტროლის ბერკეტებით.

IV. დისკრეციული სისხლისსამართლებრივი დევნა

სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისა და შეწყვეტის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას პროკურორი სარგებლობს დისკრეციული უფლებამოსილებით, რა დროსაც ხელმძღვანელობს საჯარო ინტერესებით.⁹ სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყება და განხორციელება მხოლოდ პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილებით. სისხლისსამართლებრივი დევნა შესაძლოა აგრეთვე არ დაიწყოს ან შეწყდეს, თუ ის ეწინააღმდეგება სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპებს.¹⁰

ქართულ სისხლის სამართლის პროცესში დისკრეციული სისხლისსამართლებრივი დევნის ფარგლებში არსებობს სისხლისსამართლებრივი დევნის ალტერნატიული ორი მექანიზმი, ერთის მხრივ დისკრეციული დევნის არდაწყება/შეწყვეტა განრიდების გარეშე და მეორეს მხრივ დისკრეციული უფლებამოსილების, - სისხლისსამართლებრივი დევნის არდაწყება/შეწყვეტის გამოყენება განრიდების მეშვეობით.

რაც შეეხება დისკრეციული უფლებამოსილებით სისხლისსამართლებრივი დევნის არდაწყება/შეწყვეტის გამოყენებას (განრიდების გარეშე), ასეთ დროს პროკურორს უფლება გააჩნია ნებისმიერი სიმძიმის და კატეგორიის დანაშაულზე მიიღოს სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტის ან/და არ დაწყების გადაწყვეტილება, რასაც იგი აფორმებს დადგენილების სახით. პროკურორი, ასეთ დროს ვალდებულია წინასწარ კონსულტაცია გაიაროს დაზარალებულთან და მას აცნობოს მოსალოდნელი გადაწყვეტილების შესახებ. ამასთან დადგენილების გამოტანიდან ერთი კვირის ვადაში პროკურორი ვალდებულია დაზარალებულს გაუგზავნოს დადგენილება, რათა დაზარალებული იყოს ინფორმირებული გადაწყვეტილების შინაარსთან მიმართებით და

9 სსსკ-ის მე-16 მუხლი;

10 სსსკ-ის 105-ე მუხლი

მოთხოვნის შემთხვევაში მას აქვს უფლება იგი გაასაჩივროს ზემდგომ პროკურორთან, ხოლო თუკი ზემდგომი პროკურორის გადაწყვეტილება არ დააკმაყოფილებს, ასევე უფლება აქვს გაასაჩივროს გამოძიების ადგილის მიხედვით რაიონულ (საქალაქო) სასამართლოში. სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება არ საჩივრდება. სსსკ-ის თანახმად, თუ ზემდგომმა პროკურორმა ან სასამართლომ გააუქმა სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებაზეუარის თქმის ან/და შეწყვეტის შესახებ პროკურორის დადგენილება და არ გასულა სისხლის სამართლის პასუხისგებაში მიცემის ხანდამზღოობის ვადა, სისხლისსამართლებრივი დევნა უნდა დაიწყოს. ამ შემთხვევაში საქართველოს გენერალური პროკურორი ან მის მიერ უფლებამოსილი პირი სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისა და სხვა საპროკურორო საქმიანობის განხორციელების ვალდებულებას სხვა პროკურორს აკისრებს.

აღნიშნული მექანიზმი უზრუნველყოფს პროკურორის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების მკაცრ კონტროლს პირველ ეტაპზე ზემდგომი პროკურორის მხრიდან, ხოლო მეორე ეტაპზე სასამართლოს მხრიდან. სასამართლოს მხრიდან აღნიშნული გადაწყვეტილებების სრული კონტროლის დაწესება განპირობებულ იქნა საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მიღებული 2023 წლის 27 ივლისის №1/5/1355,1389 გადაწყვეტილებით,¹¹ რომლის თანახმად სასამართლომ დაადგინა, რომ არაკონსტიტუციურია ის ჩანაწერი, რომელიც გამორიცხავს სისხლისსამართლებრივი დევნის არდაწყების/შეწყვეტის დადგენილების სასამართლოში გასაჩივრებას. სასამართლოს განმარტებით, - „ერთია, რომ სისხლისსამართლებრივი დევნა სახელმწიფოს პრეროგატივაა, მას აქვს კომპეტენცია და შესაბამისი კომპეტენტური ორგანოები, რომლებმაც უნდა გამოიძიონ ნებისმიერი დანაშაული, გამოავლინონ დამნაშავე და მის მიმართ გამოიყენონ პასუხისმგებლობის პროპორციული ზომა, მაგრამ, იმავდროულად, ცხადია, სისტემა უნდა იყოს ეფექტიანად აწყობილი საიმისოდ, რომ არსებობდეს როგორც გამოძიების დაწყება-არდაწყების, ისე პროცესის და შედეგების სისწორის, მართლზომიერების შემოწმების

11 საკონსტიტუციო სასამართლოს 2023 წლის 27 ივლისის №1/5/1355,1389 გადაწყვეტილება ს. თამარიანი, მ. მაჩალიკაშვილი და მ. მიქელაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

შესაძლებლობა, რადგან კონტროლის ბერკეტების არარსებობა არის თავისთავადი პროვოკაცია ინდიფერენტული მიდგომისა და, შედეგად, შეცდომისთვის, ისევე როგორც თვითნებობისა თუ ძალაუფლების ბოროტად გამოყენებისთვის.“.

საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 8 ოქტომბრის N181 ბრძანებით დამტკიცდა სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპების ზოგადი ნაწილი. ასევე არსებობს სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპების კერძო ნაწილი, რომელიც არ არის საჯარო.

იუსტიციის მინისტრის ზემოაღნიშნული 2010 წლის 8 ოქტომბრის N181 ბრძანებაში ასახულია ის ზოგადი პრინციპები და კრიტერიუმები, რაც დაეხმარება პროკურორს სამართლიანი და ობიექტური გადაწყვეტილების მიღებაში.

აღნიშნული ბრძანების¹² თანახმად გადაწყვეტილება სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების შესახებ მიღებულ უნდა იქნეს მხოლოდ სრული ტესტის დაკმაყოფილების შემთხვევაში. კერძოდ, როცა: საქმეში არსებული მტკიცებულებები ქმნის საკმარის საფუძველს სასამართლოში მსჯავრდების რეალური პერსპექტივისათვის – მტკიცებულებითი ტესტი და სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყება საჯარო ინტერესით არის ნაკარნახევი – საჯარო ინტერესის ტესტი. ორივე ტესტი ერთმანეთისგან დამოუკიდებლად განიხილება. როდესაც სახეზე არის მტკიცებულებითი ტესტი, ე.ი. საკმარისი მტკიცებულებითი სტანდარტი პირის მსჯავრდების რეალური პერსპექტივისთვის, შემდეგ განიხილება რამდენად არის სახეზე საჯარო ინტერესის ტესტი სისხლისსამართლებრივი დევნის დასაწყებად. ამ შემთხვევაში უნდა გაირკვეს, თუ რამდენად ემსახურება დევნის დაწყება საჯარო ინტერესს.

საჯარო ინტერესის განსაზღვრისას გასათვალისწინებელია მრავალი სხვადასხვა გარემოება, მათ შორის: სახელმწიფოს სამართლებრივი პრიორიტეტები, დანაშაულის ბუნება და სიმძიმე, სისხლისსამართლებრივი

12 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 8 ოქტომბრის N181 ბრძანება სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპების ზოგადი ნაწილის დამტკიცების თაობაზე.

დევნის პრევენციული გავლენა, პირის ბრალეულობის ხარისხი, პირის კრიმინალური წარსული, გამოძიებასთან თანამშრომლობის სურვილი, პიროვნული მახასიათებლები, მოსალოდნელი სასჯელი მსჯავრდების შემთხვევაში და სხვა.¹³

აღნიშნულ ბრძანებაში წარმოდგენილია გარემოებები, რომლებიც მიუთითებს სისხლისსამართლებრივი დევნის მიზანშეწონილობაზე, მათ შორის: ჩადენილი დანაშაული თუკი გავრცელებულია კონკრეტულ რეგიონში და სისტემატურ ხასიათის ატარებს, სახეზეა განსაკუთრებით საშიში დანაშაული – წამება, დამამცირებელი ან არაადამიანური მოპყრობა, კორუფცია, ქურდულ სამყაროსთან დაკავშირებული ორგანიზებული დანაშაული, ფულის გათეთრება, ადამიანით ვაჭრობა, დანაშაული ჩადენილია დისკრიმინაციული მოტივით, დანაშაული ჩადენილია მოწყვლადი პირის მიმართ და სხვა. რაც შეეხება გარემოებებს, რომლებიც მიუთითებს სისხლისსამართლებრივი დევნის მიზანშეწონილობაზე: თუკი სასჯელის მიზნები შესაძლოა მიღწეულ იქნეს სისხლისსამართლებრივი დევნის გარეშე, მიყენებული ზიანი უმნიშვნელოა, პირმა აუნაზღაურა დაზარალებულს დანაკარგი ან მიყენებული ზიანი (თუმცა, სისხლისსამართლებრივი დევნა არ უნდა იყოს უარყოფილი მხოლოდ ამ საფუძვლით), პირს მიუძღვის უმნიშვნელო როლი დანაშაულის ჩადენაში და სხვა.

ზემოაღნიშნულ ბრძანებაში მითითებული კრიტერიუმები არ არის ამომწურავი ხასიათის და პრაქტიკაში თითოეული სისხლის სამართლის საქმე საჭიროებს ინდივიდუალურ მიდგომას და ანალიზს გადაწყვეტილების მიღების პროცესში. ამასთან ზემოაღნიშნული ბრძანების დოკუმენტი მუდმივად საჭიროებს განახლებას- დახვეწას, არსებული პრაქტიკის ანალიზის საფუძველზე.

V. განრიდების ინსტიტუტი 21 წელს მიღწეულ პირებზე

2010 წელს ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობის

13 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 8 ოქტომბრის N181 ბრძანება სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპების ზოგადი ნაწილის დამტკიცების თაობაზე.

ამოქმედებით საქართველოში შეიქმნა განრიდება-მედიაციის ინსტიტუტი, რომელიც წარმოადგენს ლიბერალური სისხლისსამართლებრივი პოლიტიკის ნაწილს. განრიდება არის სისხლისსამართლებრივი დევნის ალტერნატიული მექანიზმი, რომლის მიზანია პირს დაეხმაროს მისი ქმედებით გამოწვეული შედეგების გაცნობიერებაში და სამომავლოდ მისი მხრიდან განმეორებითი დანაშაულის ჩადენის პრევენციაში, ასევე ეს ხელს უწყობს პირის საზოგადოებაში ინტეგრაციას, ნასამართლობისა და იმ უარყოფითი შედეგების თავიდან აცილებას, რაც თან სდევს სასჯელის მოხდას. აგრეთვე განრიდების ინსტიტუტი ხელს უწყობს იმას, რომ განრიდების სუბიექტს გაუჩნდეს დაზარალებულის მიმართ თანაგანცდა და წამახალისებელია დაზარალებულის სასარგებლოდ ზიანის ანაზღაურება.

2023 წელს განრიდება გამოყენებულ იქნა 3550 სრულწლოვანი (21 წელს ზევით) პირის მიმართ, რომელთაგან 3158 პირი განრიდდა ნაკლებად მძიმე კატეგორიის დანაშაულზე, ხოლო 392 პირი - მძიმე კატეგორიის დანაშაულზე. აღსანიშნავია, რომ დევნის ალტერნატიული მექანიზმი ძირითადად გამოიყენება ნაკლებად მძიმე კატეგორიის და არაძალადობრივი (ქურდობა, ტრანსპორტის მოძრაობის უსაფრთხოების ან ექსპლუატაციის წესის დარღვევა) დანაშაულების ჩადენის შემთხვევაში.¹⁴

სსსკ-ის 168-ე პრიმა და სეკუნდა მუხლები არეგულირებს 21 წელს მიღწეული და ზედა ასაკის მქონე პირებთან მიმართებაში განრიდების გამოყენებას, ხოლო არასრულწლოვანი და 18-დან 21 წლამდე პირების მიმართ განრიდებასთან დაკავშირებულ საკითხებს არეგულირებს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი,¹⁵ რომელიც ქვემოთ იქნება განხილული. პროკურორს დისკრეციული უფლებამოსილების საფუძველზე შეუძლია არ დაიწყოს ან შეწყვიტოს სისხლისსამართლებრივი დევნა განრიდების სუბიექტის მიმართ მხოლოდ ნაკლებად მძიმე ან მძიმე კატეგორიის დანაშაულის ჩადენის ფაქტზე, თუ განრიდების სუბიექტი შეასრულებს კანონით გათვალისწინებულ ერთ ან რამდენიმე კონკრე-

14 საქართველოს პროკურატურის 2023 წლის საქმიანობის ანგარიში, 8 იხ: <https://pog.gov.ge/uploads/6e00a257-2023-wlis-angarishi-15-maisi-2024-weli.pdf>.

15 შემდგომში ამკ.

ტულ პირობას, რომელშიც იგულისხმება: უკანონოდ მოპოვებული ქონების სახელმწიფოსთვის გადაცემა ან ამ ქონების ღირებულების ანაზღაურება, დანაშაულის იარაღის ან/და სამოქალაქო ბრუნვიდან ამოღებული ობიექტის სახელმწიფოსთვის გადაცემა, მისი ქმედების შედეგად მიყენებული ზიანის სრული ან ნაწილობრივი ანაზღაურება, სახელმწიფო ბიუჯეტის სასარგებლოდ ფულადი თანხის გადახდა, რომლის მინიმალური ოდენობაა 500 ლარი, საზოგადოებისათვის სასარგებლო უსასყიდლო სამუშაოს შესრულება 40 საათიდან 400 საათამდე, ოჯახური დანაშაულის შემთხვევაში – ძალადობრივი დამოკიდებულებისა და ქცევის შეცვლაზე ორიენტირებული სავალდებულო სწავლების კურსის გავლა. განრიდების სუბიექტისთვის შემოადინებული პირობების შესრულება არის ნებაყოფლობითი, თუმცა, თუკი იგი დადგენილ ვადაში არ შეასრულებს შემოადინებულ პირობას ან/და შესრულებისას დაარღვევს კანონს და ჩაიდენს ახალ განმეორებით დანაშაულს, პროკურორს გააჩნია უფლებამოსილება შეწყვიტოს განრიდების პროცესი და პირის მიმართ დაიწყოს/განაახლოს სისხლისსამართლებრივი დევნა. 21 წელს მიღწეულ პირებზე განრიდება, როგორც წესი, გამოიყენება წინასასამართლო სხდომის გამართვამდე. განრიდება შეიძლება აგრეთვე გამოყენებულ იქნეს წინასასამართლო სხდომის შემდეგ, თუ ორივე მხარე განრიდების გამოყენების მიზნით სასამართლოს მიმართავს შუამდგომლობით საქმის პროკურორისათვის დაბრუნების თაობაზე. ამ შემთხვევაში სასამართლო უფლებამოსილია საქმე დაუბრუნოს პროკურორს, რომელიც ბრალდებულს შესთავაზებს განრიდებას. აღსანიშნავია, რომ სასამართლო არ არის უფლებამოსილი საკუთარი ინიციატივით ან/და მხოლოდ ერთი მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე დააბრუნოს საქმე პროკურორთან განრიდების მიზნით. 21 წელს მიღწეული და ზემოთ ასაკის მქონე პირებთან მიმართებაში სავალდებულოა ორივე მხარის შუამდგომლობა იყოს სახეზე. აგრეთვე აღსანიშნავია, რომ განრიდება არ გამოიყენება იმ პირის მიმართ, რომელსაც აღკვეთის ღონისძიების სახედ შეფარდებული აქვს პატიმრობა.

განსხვავებით 21 წელს მიუღწეველი და არასრულწლოვანი პირების მიმართ განრიდების მარეგულირებელი ნორმებისა, 21 წელს მიღწეულ პირებთან მიმართებაში სსსკ-ით არ არის რეგულირებული განრიდების

გამოყენების წინაპირობები, კერძოდ, ნასამართლობის შემთხვევაში ან პირი წარსულში თუკი იყო ერთხელ განრიდებული, ასეთ დროს რამდენად არის დაშვებული იმავე პირის მიმართ განრიდების ხელმეორედ გამოყენება. ვინაიდან სსსკ-ი არ კრძალავს ნასამართლევი ან/და უკვე ერთხელ განრიდებული პირის განმეორებით განრიდებას, შესაბამისად, თეორიულად იგი დაშვებულია. ამდენად, მიზანშეწონილია, რომ კანონში არსებობდეს შესაბამისი ჩამკეტი მექანიზმები ნასამართლობის მქონე პირის ან/და ერთხელ განრიდებული პირის ხელმეორედ განრიდების აკრძალვასთან მიმართებით.

განრიდება არ გამოიყენება ტრეფიკინგის, მძევლად ხელში ჩაგდების, წამების, წამების მუქარის და დამამცირებელი ან არაადამიანური მოპყრობის დანაშაულობებზე, აგრეთვე სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპებით განსაზღვრულ დანაშაულთა საქმეებზე.

სსსკ-ის თანახმად პროკურორი ვალდებულია, მანამ, სანამ ის მიიღებს გადაწყვეტილებას პირის განრიდების თაობაზე, წინასწარი კონსულტაცია გაიაროს დამარალებულთან და აცნობოს შესაძლო მოსალოდნელ გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით.

მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ განრიდების სუბიექტის მხრიდან განრიდების პირობების შესრულების შემთხვევაში, მის მიმართ იმავე დანაშაულზე სისხლისსამართლებრივი დევნის განახლება/დანწყება პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილების ფარგლებს არ წარმოადგენს. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიის მიერ განიშარტა, რომ განრიდების სუბიექტის მიერ პირობის შესრულება, იმავდროულად იწვევს სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტას და ეს პროცესი აღარ არის დამოკიდებული პროკურორის დისკრეციაზე. [...] განრიდების პირობის შესრულებით უკვე განხორციელდა განრიდება და სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტა უკვე მისი თანმდევი შედეგია და არა პროკურორის დისკრეცია.¹⁶

16 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიის 2017 წლის 4 მაისის განჩინება №1გ/622-17.

VI. არასრულწლოვანთა და 18-დან 21 წლამდე პირთა განრიდება-მედიაციის ინსტიტუტი

არასრულწლოვან (14-დან 18 წლამდე) პირებთან და 18-დან 21 წლამდე პირებთან მიმართებით განრიდება-მედიაციის ინსტიტუტის მარეგულირებელი ნორმები 2016 წლიდან წარმოდგენილია არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსში. აღნიშნული ასაკობრივი ჯგუფის მიმართ განრიდების პროცედურები, 21 წელს მიღწეული პირების მარეგულირებელი ნორმებისგან განსხვავებული წესით მიმდინარეობს. არასრულწლოვანი, 14-დან 18 წლამდე პირის და 18-დან 21 წლამდე პირის მიმართ განრიდების პროცედურები მიმდინარეობს საერთო წესით, რადგან 18-დან 21 წლამდე პირები, მიუხედავად იმისა, რომ არ წარმოადგენენ არასრულწლოვნობის ასაკს, მათი ასაკის არასრულწლოვნობის ასაკთან სიახლოვიდან გამომდინარე, მიეკუთვნებიან გარკვეულწილად მოწყვლად კატეგორიას, რის გამოც კანონმდებელი მოითხოვს მათ მიმართ არასრულწლოვანი პირების მსგავსად განსაკუთრებული სიფრთხილით მოპყრობას.

არასრულწლოვანთა მიმართ განრიდება-მედიაციის ინსტიტუტის აქტიურად გამოყენება მნიშვნელოვან პრიორიტეტს წარმოადგენს. საქართველოს პროკურატურისთვის არსებითია კანონთან კონფლიქტში მყოფ ბავშვს დაეხმაროს პასუხისმგებლობის გაცნობიერებაში და ხელი შეუწყოს საზოგადოებაში მის ინტეგრაციას. ამ მიზნით, პროკურატურა არასრულწლოვანთა მიმართ აქტიურად იყენებს სისხლისსამართლებრივი დევნის ალტერნატიულ მექანიზმებს. 2010-2023 წლებში 14-დან 21 წლამდე ასაკის სულ 7770 პირი განრიდდა, საიდანაც 4700 (60%) არასრულწლოვანი, ხოლო 3070 (40%) - 18-დან 21 წლამდე ასაკის პირია.¹⁷

ამკ-ის თანახმად თუ არსებობს დასაბუთებული ვარაუდი, რომ არასრულწლოვანმა ნაკლებად მძიმე ან მძიმე დანაშაული ჩაიდინა, მნიშვნელოვანია ხაზგასმით აღინიშნოს, რომ პირველ რიგში, განიხილება განრიდების შესაძლებლობა და ფასდება, უზრუნველყოფს თუ არა

17 საქართველოს პროკურატურის 2023 წლის საქმიანობის ანგარიში, 29. იხ. <https://pog.gov.ge/uploads/6e00a257-2023-wlis-angarishi-15-maisi-2024-weli.pdf>.

განრიდება არასრულწლოვნის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციას და ახალი დანაშაულის თავიდან აცილებას. განრიდების გამოყენება შესაძლებელია შემდეგ გარემოებათა ერთობლიობისას:

ა) არსებობს საკმარისი მტკიცებულებები დასაბუთებული ვარაუდისთვის, რომ არასრულწლოვანმა ნაკლებად მძიმე ან მძიმე დანაშაული ჩაიდინა;

ბ) არასრულწლოვანი ნასამართლევი არ არის;

გ) არასრულწლოვანი განრიდება-მედიაციის პროგრამაში ჩართული არ ყოფილა;

დ) არასრულწლოვანი დანაშაულს აღიარებს;

ე) პროკურორის/სასამართლოს შინაგანი რწმენით, არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებით, სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების ან დაწყებული სისხლისსამართლებრივი დევნის გაგრძელების საჯარო ინტერესი არ არსებობს;

ვ) არასრულწლოვანი და მისი კანონიერი წარმომადგენელი განრიდების გამოყენებაზე წერილობით ინფორმირებულ თანხმობას გამოხატავენ.

როდესაც ზემოაღნიშნული კრიტერიუმები არის სახეზე, პროკურორი ხვდება განრიდების სუბიექტს და მის კანონიერ წარმომადგენელს, გააცნობს მათ განრიდება-მედიაციის ინსტიტუტს და მასში ჩართვისას მოსალოდნელ შედეგებს, რა დროსაც ირკვევა არის თუ არა სუბიექტი თანახმა განრიდების გამოყენებაზე, რაზეც პროკურორი ადგენს შესაბამის ოქმს. ამავდროულად, პროკურორი ვალდებულია დაზარალებულთან გაიაროს კონსულტაცია, რა დროსაც დაზარალებულს განემარტება განრიდების მიზეზები. კანონის თანახმად, დაზარალებულის უარი განრიდების ან/და მედიაციის გამოყენებაზე არ აბრკოლებს განრიდების პროცესს, თუმცა, პრაქტიკულად დაზარალებულის პოზიციამ შესაძლოა დიდი მნიშვნელობა იქონიოს პროკურორის მხრიდან გადაწყვეტილების ფორმირების პროცესში. პრაქტიკაში მნიშვნელოვანია, რომ პროკურორი სიფრთხილით მოეკიდოს საკითხს, რაც უკავშირდება მედიაციის გამოყენებას. შეიძლება დაზარალებული თანახმა იყოს განრიდებისა და მედიაციის პროცესში მონაწილეობაზე, თუმცა, მისი პიროვნული თვისებებიდან გამომდინარე (უარყოფითი დამოკიდებულება განრიდების სუბიექტის მიმართ, აგრესიული და ნეგატიური ემოციური ფონის

გამოვლენა) არ იყოს მიზანშეწონილი განრიდებასთან ერთად მედიაციის პროცესის წარმოება და ამიტომ, განრიდების პროცესი მედიაციის გარეშე წარიმართოს. აღნიშნულის შესახებ პროკურორს ინფორმაციას ასევე აწვდის მედიატორი.

ამკ-ის კანონის თანახმად, გამოძიების სტადიაზე ე.ი. წინასასამართლო სხდომამდე განრიდების შესახებ გადაწყვეტილებას იღებს პროკურორი, ხოლო განრიდება შეიძლება გამოყენებულ იქნეს აგრეთვე საქმის სასამართლოში წარმართვის შემდეგ. განსხვავებით 21 წელს მიღწეული პირების განრიდების მარეგულირებელი ნორმებისგან, 21 წელს მიუღწეველ პირებთან მიმართებით, სასამართლო უფლებამოსილია განრიდების გამოსაყენებლად საკუთარი ინიციატივით ან მხარის დასაბუთებული შუამდგომლობის საფუძველზე გამოიტანოს დასაბუთებული გადაწყვეტილება წინასასამართლო სხდომაზე ან პირველი ინსტანციის სასამართლოში საქმის არსებითი განხილვის სხდომაზე განაჩენის გამოტანამდე და საქმე დაუბრუნოს პროკურორს, რომელიც არასრულწლოვან ბრალდებულს განრიდებას შესთავაზებს და მისი თანხმობის შემთხვევაში, მიიღებს გადაწყვეტილებას განრიდების შესახებ.

ამკ-ის თანახმად განრიდება-მედიაციის პროცედურის დაწყების თაობაზე პროკურორს გამოაქვს დადგენილება. განრიდებაზე უარის თქმის შემთხვევაში დგება გასაუბრების ოქმი, რომელშიც აღინიშნება განრიდებაზე უარის თქმის მიზეზი. პროკურორის მიერ განრიდებაზე უარის თქმის შემთხვევაში არასრულწლოვანს, მის კანონიერ წარმომადგენელს ან ადვოკატს უფლება აქვს, განრიდების მოთხოვნით ზემდგომ პროკურორს მიმართოს.

როგორც ირკვევა, არასრულწლოვნებთან და 18-დან 21 წლამდე პირებთან მიმართებით განრიდების გამოყენება პროკურორის დისკრეციულ უფლებამოსილებას წარმოადგენს ძირითადად წინასასამართლო სხდომის ეტაპამდე, როცა პროკურორი მიიჩნევს, რომ მისი შინაგანი რწმენით, არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებით, სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების ან დაწყებული სისხლისსამართლებრივი დევნის გაგრძელების საჯარო ინტერესი არ არსებობს, ხოლო სასამართლო სტადიაზე სასამართლოს

გააჩნია სამართლებრივი ბერკეტები პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილების ფარგლებში მიღებული გადაწყვეტილების გადასინჯვა მოახდინოს და საჭიროების შემთხვევაში სასამართლო საკუთარი ინიციატივითაც კი ან მხოლოდ დაცვის მხარის შუამდგომლობის საფუძველზეც უფლებამოსილია საქმე უკან დაუბრუნოს პროკურორს შემდგომი განრიდების გამოყენების მიზნით, მიუხედავად იმისა, რომ შესაძლოა პროკურორი არ იყოს თანახმა განრიდების გამოყენებაზე.

თუ რამდენად არსებობს სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების ან დაწყებული სისხლისსამართლებრივი დევნის გაგრძელების საჯარო ინტერესი, აღნიშნულს პროკურორი აფასებს ამკ-ის 38-ე მუხლის მესამე ნაწილში მითითებული გარემოებების, მათ შორის, არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების, მის მიერ ჩადენილი ქმედების ხასიათის, სიმძიმის, ასაკის, ბრალეულობის ხარისხის, მოსალოდნელი სასჯელის, მიყენებული ზიანის, დევნის პრევენციული გავლენის, არასრულწლოვნის მიერ წარსულში ჩადენილი დანაშაულისა და ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მხედველობაში მიღებით.

განრიდების შესახებ გადაწყვეტილების მიღების შემთხვევაში პროკურორი უფლებამოსილია არასრულწლოვანთან გააფორმოს ხელშეკრულება განრიდების ან განრიდებისა და მედიაციის შესახებ. არასრულწლოვნის მიმართ განრიდებისა და განრიდება-მედიაციის პროგრამის გამოყენების წესი, აგრეთვე მხარეებს შორის გასაფორმებელი ხელშეკრულების პირობები განისაზღვრება საქართველოს იუსტიციის მინისტრის ბრძანებით¹⁸. ამ ხელშეკრულების მოქმედების მაქსიმალური ვადა 1 წელია.

ამკ-ის თანახმად განრიდების ან განრიდებისა და მედიაციის შესახებ ხელშეკრულებით შეიძლება გათვალისწინებულ იქნეს შემდეგი ღონისძიებები: არასრულწლოვნის წერილობითი გაფრთხილება, აღდგენითი მართლმსაჯულების ღონისძიება, მათ შორის, განრიდება-მედიაციის პროგრამაში ჩართვა, მიყენებული ზიანის სრულად ან

18 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2016 წლის 1 თებერვლის N120 ბრძანება „არასრულწლოვნის მიმართ განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის გამოყენების წესისა და მხარეებს შორის გასაფორმებელი ხელშეკრულების ძირითადი პირობების დამტკიცების შესახებ“.

ნაწილობრივ ანაზღაურება, უკანონოდ მოპოვებული ქონების სახელმწიფოსთვის გადაცემა, დანაშაულის იარაღის ან/და სამოქალაქო ბრუნვიდან ამოღებული ობიექტის სახელმწიფოსთვის გადაცემა, არასრულწლოვნისთვის მოვალეობის დაკისრება, არასრულწლოვნის მინდობით აღსაზრდელად განთავსება. არასრულწლოვნის მიმართ ერთდროულად შეიძლება გამოყენებულ იქნეს განრიდების რამდენიმე ღონისძიება.

თუ განრიდების სუბიექტი განრიდების ღონისძიებას განმრავ არ ასრულებს, ამის შესახებ განრიდების მიმდინარეობის მაკონტროლებელი სოციალური მუშაკი აცნობებს პროკურორს, რომელიც, აღნიშნულისა და სხვა გარემოებების გათვალისწინებით, არასრულწლოვნის, მისი კანონიერი წარმომადგენლის და სოციალური მუშაკის მოსაზრებების მოსმენის შემდეგ აუქმებს ან ძალაში ტოვებს განრიდების შესახებ გადაწყვეტილებას, ცვლის განრიდების ღონისძიებას ან/და აგრძელებს განრიდების ხელშეკრულების ვადას. განრიდების შესახებ გადაწყვეტილების გაუქმების შემთხვევაში პროკურორი უფლებამოსილია დასაბუთებული დადგენილებით გააუქმოს გადაწყვეტილება სისხლისსამართლებრივი დევნის არდანწყების ან დაწყებული სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტის შესახებ და ახალი დასაბუთებული დადგენილებით დაიწყოს ან განაახლოს სისხლისსამართლებრივი დევნა. ამასთან მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული, რომ განრიდების შესახებ გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძველი შესაძლოა გახდეს განრიდების სუბიექტის მხრიდან განრიდების პროცედურის მიმდინარეობისას (ხელშეკრულების მოქმედების პერიოდში) განმეორებითი დანაშაულის ჩადენაც.

VII. დასკვნა

წინამდებარე ტექსტში გაანალიზებულ იქნა არსებული პრაქტიკა და დისკრეციული სისხლისსამართლებრივი დევნის მარეგულირებელი ნორმები. განხილულ იქნა გარკვეული საკანონმდებლო ხარვეზები, რომლებიც მომავალში კვლავ საჭიროებს უფრო სიღრმისეულ კვლევას

და ანალიზს. ამდენად უდავოა, რომ ლიბერალური სისხლისსამართლებრივი პოლიტიკის განსაკუთრებულ კომპონენტს წარმოადგენს დისკრეციული დევნა ქართულ სისხლის სამართლის პროცესში. ზემოაღნიშნულმა ანალიზმა ცხადყო, რომ ქართული სისხლისსამართლებრივი დევნის მოდელი მნიშვნელოვნად შეიცვალა და დაიხვეწა ძველი მოდელისგან განსხვავებით. მიუხედავად ფართო საპროკურორო დისკრეციისა, იგი დაზარალებულის როლს და ჩართულობას გადაწყვეტილების მიღების პროცესში ანიჭებს მნიშვნელობას. სისხლისსამართლებრივი დევნის ალტერნატიული მექანიზმები მორგებულია და მიმართულია კანონთან კონფლიქტში მყოფი პირის საზოგადოებაში ინტეგრაციასა და განმეორებითი დანაშაულის ჩადენის პრევენციისკენ.

ERMESSEN DES STAATSANWALTS BEI DER EINLEITUNG DER STRAFVERFOLGUNG IM GEORGISCHEN STRAFPROZESS

Besik Kvartskhava

Dozent an der Staatlichen Ilia Universität

Staatsanwalt

I. Einleitung

Das Ermessen des Staatsanwalts ist ein wichtiges Institut im georgischen Strafprozess. Dies gilt insbesondere für die seit dem 1. Oktober 2010 geltende Strafprozessordnung (gStPO), die im Gegensatz zur zuvor geltenden Strafprozessordnung (vom 20. Februar 1998), die zahlreichen Aspekte der Strafverfolgung anders regelte, dem Ermessen eine besondere Bedeutung beimisst. Mit der 2010 in Kraft getretenen neuen Strafprozessordnung vollzog Georgien im Bereich des Strafprozessrechts den Wechsel vom kontinentaleuropäischen zum angloamerikanischen Modell des „Common Law“, in dem die Strafverfolgungsbefugnis allein bei der Staatsanwaltschaft liegt. Im Zuge dieses Systemwechsels wurden alternative Mechanismen zur Strafverfolgung eingeführt, wie z.B. die Entscheidung über die Nichteinleitung oder Einstellung der Strafverfolgung mit oder ohne Diversions-Mediation. Darüber hinaus wurden parallel zur Einführung neuer Institutionen, einschließlich des staatsanwaltschaftlichen Ermessens, einzelne Änderungen vorgenommen. So traf z. B. das Verfassungsgericht Georgiens Entscheidungen, die einerseits Kontrollmechanismen in Bezug auf das Ermessen des Staatsanwalts einführen und andererseits Opferrechte stärken.

Es versteht sich von selbst, dass im Rahmen einer derart kurzen Abhandlung keine fundierte Analyse erfolgen kann, dennoch soll sie die aktuelle Praxis sowie die gesetzlichen Regelungen theoretisch beleuchten, erläutern und einzelne gesetzliche Unzulänglichkeiten sowie mögliche Lücken aufzeigen, was einen weiteren Beitrag zur Verbesserung und Vervollständigung einzelner Aspekte in diesem Bereich darstellen soll.

II. Strafverfolgung

Die Verfolgungstätigkeit der Staatsanwaltschaft ist eines der wichtigsten Elemente in jedem Stadium des Strafverfahrens. Dies gilt insbesondere für die am 1. Oktober 2010 in Kraft getretene gStPO, die dem Staatsanwalt ein entsprechendes Ermessen einräumt. Ermessen (georgisch: „Diskretion“, französisch: „discrétion“) bezeichnet die Befugnis, innerhalb eines vorgegebenen Rahmens nach eigener Einschätzung abzuwägen.¹

Gemäß Art. 167 Abs. 1 gStPO beginnt die Strafverfolgung mit der Verhaftung oder der Erklärung einer Person zum Beschuldigten (sofern die Person nicht verhaftet wird). Nach den Vorschriften der gStPO endet die Strafverfolgung im Ermittlungsstadium mit dem Einstellungsbeschluss des Staatsanwalts. Die Rechtsgrundlagen für die Einstellung der Strafverfolgung sind in Art. 105 und 167 gStPO definiert, die mit Ausnahme der Ermessensvorschriften zwingend sind. Das bedeutet, dass der Staatsanwalt bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nur nach und gemäß dem Inhalt dieser Vorschriften zu handeln hat. Mit Ausnahme dieser Bestimmungen nennen diese Vorschriften Voraussetzungen, die ein Ermessen des Staatsanwalts begründen, von der Einleitung oder Fortführung der Strafverfolgung abzusehen, worauf im Folgenden näher eingegangen wird. Im Übrigen ist der Staatsanwalt nur an die Vorschriften des Gesetzes gebunden. Im Ermittlungsstadium endet die Strafverfolgung nicht mit der Einleitung des gerichtlichen Strafverfahrens oder mit dem Urteil des erstinstanzlichen Gerichts. Das Ermessen der Staatsanwaltschaft, die Strafverfolgung fortzusetzen, die Anklage fallen zu lassen oder abzuändern, erstreckt sich nicht nur auf das Ermittlungsstadium, sondern auf das gesamte gerichtliche Verfahren in allen drei Instanzen. Nach Art. 250 Abs. 1 gStPO ist die Staatsanwaltschaft berechtigt, mit Zustimmung des übergeordneten Staatsanwalts die Anklage ganz oder teilweise fallen zu lassen oder durch eine mildere Anklage zu ersetzen. Über die Einstellung hinsichtlich der gesamten Anklage oder eines Teils der Anklage entscheidet das Gericht durch Beschluss. Die Anklagebehörde ist jedoch in jeder Instanz bis zur Verkündung des Urteils berech-

1 *Tchabashvili*, Fremdsprachenlexikon, 1973, S. 110.

tigt, dies zu tun, mit Ausnahme der Wiederaufnahme des Verfahrens wegen neuer Tatsachen und Umstände. Hinsichtlich der Strafverfolgung wird klargestellt, dass diese in allen drei gerichtlichen Instanzen gegen den Angeklagten zu erfolgen hat.

III. Das alte Modell der Strafverfolgung

Bis zum 1. Oktober 2010 galt in Georgien noch die alte, in der postsowjetischen Geschichte erste Strafprozessordnung vom 20. Februar 1998. Danach gab es folgende Arten der Strafverfolgung: öffentliche, subsidiäre, privat-öffentliche und private Strafverfolgung.²

Die öffentliche Strafverfolgung galt für Strafverfahren aller Kategorien. Bei der subsidiären Strafverfolgung hatten das Opfer und sein Vertreter das Recht, die vom Staatsanwalt erhobene öffentliche Anklage zu unterstützen. Wenn der Staatsanwalt die Anklage fallen ließ oder änderte, hatten das Opfer und sein Vertreter wiederum das Recht, die Anklage vor Gericht zu vertreten oder ihrer Änderung oder ihrem Fallenlassen zuzustimmen.³ Eine subsidiäre Strafverfolgung fand nur vor Gericht statt, nicht im Vorermittlungsstadium.⁴

Die privat-öffentliche Strafverfolgung erfolgte in den in Art. 137 I (Vergewaltigung), 138 I (sexuelle Gewalttat), 139 (sexuelle Nötigung), 153 (Verletzung der Meinungsfreiheit), 157 (Verletzung des Privat- oder Familiengeheimnisses), 167 (Verweigerung von Auskünften oder Falschauskunft), 175 (Verletzung des Adoptionsgeheimnisses), 189 (Verletzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten sowie von Rechten von Datenbankherstellern), 189¹ (Verletzung des gewerblichen Eigentums) des georgischen Strafgesetzbuchs (gStGB) geregelten Straftaten und nur auf Antrag des Opfers. Die Strafverfolgung wurde auch im Falle eines Täter-Opfer-Ausgleichs nicht eingestellt, es sei denn, die Strafverfolgung würde sowohl Opfer als auch Täter schaden.⁵ Bei den in Art. 120 (leichte Körperverletzung) und 125 (körperliche Misshandlung) gStGB geregelten Delikten

2 Art. 23 gStPO vom 20. Februar 1998.

3 Art. 25 gStPO vom 20. Februar 1998.

4 *Meishvili/Jorbenadze*, Kommentar zur georgischen Strafprozessordnung, 2006, S. 90.

5 Art. 26 gStPO vom 20. Februar 1998.

wurde die Privatklage nur auf Antrag des Opfers erhoben. Sie war im Falle eines Täter-Opfer-Ausgleichs einzustellen.⁶

Im modernen Strafrecht hat es der Staat übernommen, das Opfer einer Straftat zu schützen und für den Ersatz des ihm zugefügten Schadens zu sorgen. Es ist nicht einzusehen, warum gleichzeitig Private zur Strafverfolgung berechtigt sein sollen.⁷

Dementsprechend entscheidet nach modernem Ermessensverständnis im Gegensatz zum oben dargestellten alten Modell bei leichten, schweren und besonders schweren Straftaten der Staatsanwalt ausgehend vom öffentlichen Interesse über die Einleitung und Fortführung der Strafverfolgung. Gleichzeitig kennt die Hauptverhandlung nur zwei Parteien – Anklage und Verteidigung. Das Opfer ist keine Prozesspartei und hat daher nicht das Recht, die Entscheidung des Staatsanwalts abzulehnen und die Strafverfolgung eigenständig durchzuführen. Ist das Opfer mit der Entscheidung des Staatsanwalts, die Strafverfolgung einzustellen oder nicht einzuleiten, nicht einverstanden, hat es jedoch das Recht, diese Entscheidung zunächst bei der vorgesetzten Staatsanwaltschaft und anschließend beim Gericht anzufechten.

IV. Auf Ermessen basierende Strafverfolgung

Bei der Entscheidung über die Einleitung und Einstellung der Strafverfolgung steht dem Staatsanwalt ein Ermessen zu, das er unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses auszuüben hat.⁸ Sowohl die Einleitung als auch die Durchführung der Strafverfolgung liegen somit ausschließlich im Ermessen des Staatsanwalts. Die Strafverfolgung kann ferner nicht eingeleitet oder eingestellt werden, wenn sie den Grundprinzipien der Strafrechtspolitik widerspricht.⁹

6 Art. 27 gStPO vom 20. Februar 1998.

7 *Tumanishvili*, Law Journal, 2/2009.

8 Art. 16 gStPO.

9 Art. 105 gStPO.

Im georgischen Strafprozess gibt es zwei alternative Mechanismen zur ermessensbasierten Strafverfolgung: Nichteinleitung/Einstellung der Strafverfolgung ohne Diversion und mit Diversion.

Im Rahmen seines Ermessens kann der Staatsanwalt bei jeder Straftat (jeder Schwere, jeder Kategorie) über die Nichteinleitung/Einstellung der Strafverfolgung ohne Diversion entscheiden. Diese Entscheidung ergeht durch Beschluss. Der Staatsanwalt hat zuvor das Opfer der Straftat zu konsultieren und es über die mögliche Entscheidung zu informieren. Weiter hat er dem Opfer den Bescheid binnen einer Woche nach Erlass zuzustellen und es somit über den Inhalt des Bescheids zu informieren. Das Opfer hat das Recht, gegen die Anordnung zunächst bei der übergeordneten Staatsanwaltschaft und dann beim örtlich zuständigen Amtsgericht Beschwerde einzulegen. Die Entscheidung des Gerichts ist endgültig. Hebt die übergeordnete Staatsanwaltschaft oder das Gericht die Entscheidung des Generalstaatsanwalts über die Nichteinleitung/Einstellung der Strafverfolgung auf und ist die Strafverfolgung nicht verjährt, ist die Strafverfolgung gemäß den Bestimmungen der gStPO einzuleiten. In diesem Fall beauftragt der Generalstaatsanwalt oder eine von ihm ermächtigte Person einen anderen Staatsanwalt mit der Einleitung der Strafverfolgung und der Vornahme anderer staatsanwaltlicher Handlungen.

Das oben beschriebene Verfahren gewährleistet eine strenge Kontrolle der Entscheidungen des Staatsanwalts, die in erster Linie durch den übergeordneten Staatsanwalt und in zweiter Linie durch das Gericht erfolgt. Die vollständige gerichtliche Kontrolle solcher Entscheidungen der Staatsanwaltschaft wird durch die Entscheidung des georgischen Verfassungsgerichts vom 27. Juli 2023, №1/5/1355, 1389,¹⁰ gewährleistet, in der das Verfassungsgericht die Regelung des Gesetzes für verfassungswidrig erklärt hat, die die Anfechtung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft über die Nichteinleitung/Einstellung der Strafverfolgung vor Gericht ausschließt. In seiner Entscheidung führte das Gericht aus: „Zum einen ist die Strafverfolgung alleinige Angelegenheit des Staates. Dieser verfügt über die Kompetenz und die entsprechenden zuständigen Behörden, um Straf-

10 Entscheidung des Verfassungsgerichts Georgiens №1/5/1355, 1389 – S. Tamariani, M. Machalikhshvili und M. Mikeladze gegen das Georgische Parlament – vom 27. Juli 2003.

taten aufzuklären, die Täter zu ermitteln und gegen sie eine angemessene Form der Verantwortlichkeit (Sanktion) zu verhängen. Auf der anderen Seite versteht es sich von selbst, dass das System gleichzeitig so effizient gestaltet sein muss, dass eine Überprüfung der Richtigkeit und Rechtmäßigkeit der Entscheidungen über die Einleitung oder Nichteinleitung von Ermittlungen sowie der Verfahren und ihrer Ergebnisse möglich sein muss. Denn das Fehlen solcher Kontrollmechanismen könnte zu Gleichgültigkeit, Fehlern und sogar Willkür oder Machtmissbrauch verleiten oder diese provozieren“.

Mit dem Erlass vom 8. Oktober 2010 N181 hat der georgische Justizminister den Allgemeinen Teil der Leitprinzipien der Strafrechtspolitik festgelegt. Es gibt auch einen Besonderen Teil, der jedoch nicht öffentlich ist. Der Ministerialerlass¹¹ legt allgemeine Grundsätze und Kriterien fest, die dem Staatsanwalt helfen sollen, eine gerechte und objektive Entscheidung zu treffen. Nach dem Ministerialerlass ist ein Strafverfahren nur dann einzuleiten, wenn alle Voraussetzungen nach den nachfolgend aufgeführten Prüfkriterien (Tests) erfüllt sind – d.h. wenn die in der Sache vorliegenden Beweise eine ausreichende Erfolgsaussicht für eine gerichtliche Verurteilung bilden (sog. Test der Beweise) und wenn die Einleitung aus Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist (sog. Test des öffentlichen Interesses). Beide Kriterien sind unabhängig voneinander anzuwenden. Die Prüfung des öffentlichen Interesses erfolgt erst nach erfolgreicher Prüfung des Beweistests. Sind dessen Voraussetzungen erfüllt, ist im nächsten Schritt zu prüfen, inwieweit die Einleitung der Strafverfolgung dem öffentlichen Interesse dient.

Bei der Bestimmung des öffentlichen Interesses sind mehrere Umstände zu berücksichtigen, unter anderem: die rechtlichen Prioritäten des Staates, die Art und Schwere der Straftat, die Präventivwirkung der Strafverfolgung, der Grad der Schuld, die kriminelle Vergangenheit des Täters, seine Bereitschaft, mit den Ermittlungsbehörden zusammenzuarbeiten, seine persönlichen Eigenschaften und die zu erwartende Strafe.¹²

11 Erlass des georgischen Justizministers vom 8. Oktober 2010 N181 über die Festlegung des Allgemeinen Teils der leitenden Grundsätze der Strafrechtspolitik.

12 Erlass des georgischen Justizministers vom 8. Oktober 2010 N181 über die Festlegung des Allgemeinen Teils der leitenden Grundsätze der Strafrechtspolitik.

In dem Ministerialerlass werden auch Umstände genannt, die auf die Zweckmäßigkeit der Strafverfolgung hindeuten, wobei etwa von Bedeutung ist, ob die begangene Straftat in einer bestimmten Region verbreitet ist und einen systematischen Charakter hat, wenn es sich um eine besonders gefährliche Straftat handelt, wie z.B. Folter, erniedrigende oder unmenschliche Behandlung, Korruption, organisierte Kriminalität, Geldwäsche, Menschenhandel, Straftaten mit Diskriminierungshintergrund, Straftaten gegen schutzbedürftige Personen. Als Umstände, die auf die Unzweckmäßigkeit der Strafverfolgung hindeuten, werden u.a. genannt: soweit der Strafzweck auch ohne Strafverfolgung erreicht werden kann, unbedeutender Schaden, Schadenersatz oder Wiedergutmachung durch den Täter (darf aber nicht als alleiniger Grund für das Absehen von der Strafverfolgung dienen) und geringer Tatbeitrag.

Die im Ministerialerlass genannten Kriterien sind nicht abschließend. Ihre Anwendung in der Praxis erfordert eine individuelle Betrachtung und Analyse jedes einzelnen Strafverfahrens, um die entsprechende Entscheidung treffen zu können. Darüber hinaus sollte der Erlass aufgrund der Analyse der aktuellen Praxis systematisch modifiziert und angepasst werden.

V. Das Institut der Diversion bei Personen, die das 21. Lebensjahr erreicht haben

Mit dem Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung im Jahr 2010 wurde das neue Institut der Diversion/Mediation als Teil einer liberalen Strafrechtspolitik eingeführt. Diversion ist eine Alternative zur Strafverfolgung, die dem Täter helfen soll, sich der Tragweite und der Folgen seiner Tat bewusst zu werden und Rückfälle zu vermeiden. Darüber hinaus fördert sie die Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft und vermeidet die negativen Folgen, die mit Vorstrafen und Verurteilungen verbunden sind. Die Diversion zielt auch darauf ab, beim Täter Mitgefühl für das Opfer zu wecken, was im Hinblick auf die Wiedergutmachung des dem Opfer zugefügten Schadens durch den Täter förderlich ist.

Im Jahr 2023 wurden 3.550 Erwachsene (über 21 Jahre) diversionell behandelt, davon 3.158 bei leichten und 392 bei schweren Straftaten. Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Alternative zur Strafverfolgung grundsätzlich für geringfügige

Straftaten ohne Gewaltanwendung vorgesehen ist (Diebstahl, Verstoß gegen die Straßenverkehrsordnung).¹³

Art. 168¹ und 168² gStPO regeln die Anwendung der Diversion bei Personen über 21 Jahren, während die Diversion bei Personen zwischen 18 und 21 Jahren im georgischen Jugendstrafgesetzbuch (gJStGB) geregelt ist. Hierauf wird unten gesondert eingegangen.

Die Staatsanwaltschaft kann im Wege der Ermessensausübung von der Strafverfolgung nur dann absehen, wenn es sich um eine geringfügige oder schwere Straftat handelt und das Diversionssubjekt eine oder mehrere gesetzlich vorgesehene Auflagen erfüllt, nämlich: das unrechtmäßig erlangte Vermögen an den Staat zurückgibt oder den Wert dieses Vermögens erstattet, die Tatwaffe oder einen aus dem Verkehr gezogenen Gegenstand an den Staat übergibt, den von ihm verursachten Schaden ganz oder teilweise erstattet, zugunsten des Staatshaushaltes eine Zahlung von mindestens 500 GEL leistet, gemeinnützige Arbeit i. H. v. 40 bis 400 Stunden leistet, bei Straftaten im Familienbereich einen obligatorischen Kurs zur Gewaltprävention und Verhaltensänderung absolviert. Die Erfüllung dieser Auflagen (Bedingungen) ist für den Diversionsadressaten freiwillig. Werden sie jedoch nicht fristgerecht erfüllt oder verstößt er gegen das Gesetz und begeht eine weitere Straftat, so ist der Staatsanwalt berechtigt, die Diversion zu beenden und die Strafverfolgung einzuleiten bzw. fortzusetzen. Bei Personen, die das 21. Lebensjahr vollendet haben, beginnt die Diversion grundsätzlich vor der vorgerichtlichen Verhandlung. Sie kann auch nach der Hauptverhandlung durchgeführt werden, wenn beide Parteien einen entsprechenden Antrag stellen. In diesem Fall kann das Gericht die Sache an den Staatsanwalt zurückverweisen, der dem Angeklagten die Diversion vorschlägt. Zu beachten ist, dass das Gericht die Sache nicht von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei an den Staatsanwalt zum Zwecke der Diversion verweisen kann. Bei Personen, die das 21. Lebensjahr vollendet haben, ist ein Antrag beider Parteien erforderlich.

Zu beachten ist, dass die Diversion nicht angewendet werden kann, wenn Untersuchungshaft angeordnet wurde. Im Gegensatz zu Jugendlichen und Heranwach-

13 Jahresbericht der Staatsanwaltschaft Georgiens von 2003, S. 8, siehe unter: <https://pog.gov.ge/uploads/6e00a257-2023-wlis-angarishi-15-maisi-2024-weli.pdf>.

senden legt die gStPO für Personen ab dem 21. Lebensjahr keine gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung der Diversion fest. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit die Diversion bei Vorbestraften oder bei Personen, die bereits in der Vergangenheit eine Diversion durchlaufen haben, erneut angewendet werden kann. Da die gStPO die Anwendung der Diversion bei Vorbestraften oder bei Personen, die in der Vergangenheit eine Diversion durchlaufen haben, nicht verbietet, ist sie theoretisch zulässig. Das Gesetz sollte jedoch Bestimmungen enthalten, die die Anwendung der Diversion in den oben genannten Fällen ausschließen.

Die Diversion darf bei folgenden Straftaten nicht angewendet werden: Menschenhandel, Geiselnahme, Folter, Folterandrohung, erniedrigende oder unmenschliche Behandlung sowie bei bestimmten Straftaten, die in den Leitprinzipien der Strafrechtspolitik festgelegt sind.

Nach der gStPO ist der Staatsanwalt verpflichtet, vor der Entscheidung über die Diversion das Opfer der Straftat zu konsultieren und es über die mögliche Entscheidung zu informieren.

Erfüllt das Opfer die Voraussetzungen der Diversion, so steht die Frage der Einleitung oder Fortführung der Strafverfolgung wegen derselben Tat nicht im Ermessen des Staatsanwalts. Das Ermittlungskollegium des Appellationsgerichts Tiflis hat in einer Entscheidung festgestellt, dass die Erfüllung der Auflagen durch das Diversionssubjekt zur Einstellung der Strafverfolgung führt und dies nicht mehr vom Ermessen des Staatsanwalts abhängt. Mit der Erfüllung der Diversionsauflagen ist die Diversion bereits erfolgt. Das Absehen von der Strafverfolgung ist daher deren Folge und steht nicht mehr im Ermessen der Staatsanwaltschaft.¹⁴

VI. Die Diversion-Mediation bei Jugendlichen und Heranwachsenden

Für Jugendliche (14 bis 18 Jahre) und Heranwachsende (18 bis 21 Jahre) ist die Diversion seit 2016 im gJStGB geregelt. Hier gelten andere Diversionsregeln als für Erwachsene ab 21 Jahren. Dabei behandelt der Gesetzgeber die 14- bis

14 Beschluss des Ermittlungskollegiums des Appellationsgerichts Tiflis vom 4. Mai 2017 №1g/622-17.

18-Jährigen und die 18- bis 21-Jährigen aufgrund ihrer Altersnähe gleich. Diese Gleichstellung soll gewährleisten, dass sie mit der gleichen Sorgfalt behandelt werden.

Die Anwendung der Diversion bei Jugendlichen ist eine wichtige Priorität. Die georgische Staatsanwaltschaft sieht ihre Hauptaufgabe darin, dem mit dem Gesetz in Konflikt geratenen Jugendlichen zu helfen, sich der Folgen ihrer Taten und ihrer Verantwortung bewusst zu werden und sich in die Gesellschaft zu integrieren. Zu diesem Zweck setzt die Staatsanwaltschaft aktiv alternative Mechanismen zur Strafverfolgung ein. So wurden in den Jahren 2010 bis 2023 insgesamt 7.770 Personen im Alter von 14 bis 21 Jahren diversionell behandelt, davon 4.700 (60%) Jugendliche und 3.070 (40%) Heranwachsende.¹⁵

Besteht der begründete Verdacht, dass ein Jugendlicher eine schwere oder weniger schwere Straftat begangen hat, so ist nach dem georgischen Jugendstrafgesetzbuch zunächst die Möglichkeit der Diversion zu prüfen und zu beurteilen, ob diese voraussichtlich zur Resozialisierung und Rehabilitation des jugendlichen Täters sowie zur Vermeidung weiterer Straftaten beitragen wird. Die Diversion kann angeordnet werden, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- a) Es liegen hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass der Jugendliche eine schwere oder weniger schwere Straftat begangen hat;
- b) der Jugendliche ist nicht vorbestraft;
- c) der Jugendliche hat in der Vergangenheit nicht an einem Mediationsverfahren im Rahmen der Diversion teilgenommen;
- d) der Jugendliche gesteht die Tat;
- e) nach innerer Überzeugung des Staatsanwalts/Gerichts besteht unter Berücksichtigung der besten Interessen (des Wohls) des Jugendlichen kein öffentliches Interesse an der Einleitung oder Fortführung der Strafverfolgung;
- f) der Jugendliche und sein gesetzlicher Vertreter stimmen der Anwendung der Diversion schriftlich zu.

Wenn die zuvor genannten Kriterien erfüllt sind, trifft sich der Staatsanwalt mit

¹⁵ Jahresbericht der Staatsanwaltschaft Georgiens von 2003, S. 29, siehe unter: <https://pog.gov.ge/uploads/6e00a257-2023-wlis-angarishi-15-maisi-2024-weli.pdf>.

dem Diversionssubjekt und seinem gesetzlichen Vertreter und informiert sie über das Institut der Diversion und Mediation und die zu erwartenden Folgen. Dabei klärt er nochmals die Diversionsbereitschaft ab und erstellt darüber ein Protokoll. Der Staatsanwalt ist auch verpflichtet, das Tatopfer über das Verfahren sowie über die Gründe und Ziele der Diversion zu beraten. Lehnt das Tatopfer daraufhin die Diversion ab oder verweigert es seine Zustimmung, so ist dies nach dem Gesetz kein Hindernis für die Durchführung des Tauschgleichs. Allerdings kann die Haltung des Opfers den Entscheidungsprozess des Staatsanwalts wesentlich beeinflussen. Der Staatsanwalt muss die Frage der Anordnung der Mediation mit großer Vorsicht angehen. Im Zweifelsfall kann es auch bei Zustimmung des Tatopfers geboten sein, von einer Mediation abzusehen, wenn der Staatsanwalt aufgrund der persönlichen Einschätzung des Tatopfers (negative Einstellung gegenüber dem Diversionssubjekt, aggressiver und negativer emotionaler Hintergrund) die Durchführung einer Mediation (zusätzlich zur Diversion) nicht für zweckmäßig oder angemessen hält. In diesem Fall wird die Diversion ohne Mediation durchgeführt. Der Mediator hat auch in diesem Fall die Staatsanwaltschaft zu informieren.

Die Diversion wird vom Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren oder vor der Hauptverhandlung nach den Bestimmungen des georgischen Jugendstrafgesetzbuches angeordnet. Die Diversion kann aber auch später, nach der gerichtlichen Verhandlung der Sache, erfolgen. Anders als bei Erwachsenen kann das Gericht bei Jugendlichen und Heranwachsenden die Diversion von Amts wegen oder auf begründeten Antrag einer Partei in der Vorverhandlung oder in der Hauptverhandlung bis zur Urteilsverkündung anordnen. In diesem Fall verweist das Gericht die Sache an den Staatsanwalt zurück, der dem nicht volljährigen Beschuldigten die Diversion vorschlägt. Stimmt dieser zu, so ordnet der Staatsanwalt die Diversion an.

Nach den Bestimmungen des georgischen Jugendgerichtsgesetzes erlässt der Staatsanwalt einen Divisionsbeschluss. Wird die Diversion abgelehnt, so ist darüber ein Protokoll aufzunehmen, in dem die Gründe für die Ablehnung anzugeben sind. Lehnt der Staatsanwalt die Diversion ab, so hat der Jugendliche oder sein Vertreter das Recht, sich mit einem Divisionsantrag an den übergeordneten Staatsanwalt zu wenden.

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, liegt die Frage der Anwendung der Diversion vor der Hauptverhandlung bei Jugendlichen und Heranwachsenden im

Ermessen des Staatsanwalts. Das bedeutet, dass die Diversion zur Anwendung kommt, wenn der Staatsanwalt nach eigener Überzeugung unter Berücksichtigung des Wohls des Jugendlichen zu der Auffassung gelangt, dass kein öffentliches Interesse an der Einleitung oder Fortführung der Strafverfolgung besteht. In der Hauptverhandlung verfügt das Gericht über die rechtlichen Mittel, um die Ermessensentscheidung des Staatsanwalts zu überprüfen, und ist befugt, von Amts wegen oder allein auf Antrag des Verteidigers die Sache zur Anwendung der Diversion zurückzuverweisen, unabhängig davon, ob der Staatsanwalt der Diversion zustimmt oder nicht.

Die Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Einleitung oder Fortführung der Strafverfolgung erfolgt durch den Staatsanwalt unter Berücksichtigung der in Art. 38 Abs. 3 gJStGB genannten Umstände, wie das Wohl des Jugendlichen, Art und Schwere der von ihm begangenen Tat, Alter, Grad der Schuld, zu erwartende Strafe, angerichteter Schaden, Präventivwirkung der Strafverfolgung, Vorstrafen sowie individuelle Beurteilung des Täters.

Wird die Diversion angeordnet, kann der Staatsanwalt mit dem Jugendlichen einen Vertrag über die Diversion oder Diversion und Mediation (Diversionsvertrag) abschließen. Der Justizminister regelt durch Verordnung die im Diversionsvertrag vorzusehenden Bedingungen sowie die Regeln für die Durchführung der Diversion und der Diversions-Mediation. Die Dauer des Diversionsvertrages beträgt höchstens ein Jahr.¹⁶

Nach dem gJStGB kann ein Diversions- und Mediationsvertrag folgende Maßnahmen vorsehen: schriftliche Verwarnung des Jugendlichen, Wiedergutmachungsmaßnahmen, einschließlich der Teilnahme an einem Diversions- und Mediationsprogramm, gänzlicher oder teilweiser Ersatz des verursachten Schadens, Übergabe des unrechtmäßig erlangten Vermögens an den Staat, Übergabe der Tatwaffe oder eines aus dem Verkehr gezogenen Gegenstands an den Staat, dem Jugendlichen auferlegte Auflagen, Anordnung der Pflege des Jugendlichen. Es können mehrere Diversionsmaßnahmen angeordnet werden.

16 Erlasse des georgischen Justizministers N120 vom 1. Februar 2016 über die „Festlegung des Verfahrens zur Anwendung des Programms zur Diversion, zur Diversion und Mediation und über die Festlegung der wesentlichen Bestimmungen des zwischen den Parteien abzuschließenden Vertrags“.

Kommt das Diversionssubjekt den angeordneten Maßnahmen vorsätzlich nicht nach, so erstattet der die Diversion betreuende Sozialarbeiter Anzeige an den Staatsanwalt, der unter Berücksichtigung dieser und anderer Umstände sowie nach Anhörung des Jugendlichen, seines gesetzlichen Vertreters und des Sozialarbeiters über die Einstellung oder Fortsetzung der Diversion, die Änderung der Diversionsmaßnahme und/oder die Verlängerung des Diversionsvertrages entscheidet.

Im Fall der Einstellung der Diversion ist der Staatsanwalt befugt, die (ursprüngliche) Entscheidung über die Nichteinleitung der Strafverfolgung oder die Einstellung der bereits eingeleiteten Strafverfolgung durch einen begründeten Beschluss aufzuheben und die Strafverfolgung durch einen neuen begründeten Beschluss einzuleiten oder wieder aufzunehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch die Begehung einer weiteren Straftat durch das Diversionssubjekt während der Diversion zur Aufhebung der Diversionsentscheidung führen kann.

VII. Schlussfolgerungen

Im vorstehenden Text wurden die bestehende Praxis sowie die gesetzlichen Regelungen zur Ermessensstrafverfolgung analysiert. Dabei wurden auch Gesetzeslücken aufgezeigt und behandelt, die in Zukunft einer vertieften Untersuchung und Analyse bedürfen. So ist unstrittig, dass die Strafverfolgung nach Ermessen ein wichtiges Element der liberalen Strafrechtspolitik im georgischen Strafprozessrecht ist. Die vorstehende Analyse zeigt auch, dass das georgische Modell der Strafverfolgung im Vergleich zum alten Modell erhebliche Veränderungen und Verbesserungen erfahren hat. Trotz des weiten Ermessensspielraums der Staatsanwaltschaft räumt das Gesetz der Rolle und der Beteiligung des Opfers an der Entscheidungsfindung einen hohen Stellenwert ein. Darüber hinaus sind die alternativen Mechanismen der Strafverfolgung auf die Förderung der sozialen Integration des Täters, der mit dem Gesetz in Konflikt geraten ist, und auf die Verhinderung weiterer Straftaten zugeschnitten bzw. darauf ausgerichtet.



**FRIEDRICH NAUMANN
FOUNDATION** For Freedom.

ამ პუბლიკაციაში მოწოდებული QR კოდის სკანირებით, თქვენ გადახვალთ ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდის სამხრეთ კავკასიის ვებ-გვერდზე. გთხოვთ, გაითვალისწინოთ, რომ ეს ვებ-გვერდი არ არის დაკავშირებული პუბლიკაციის ავტორთან ან გამომცემელთან და პუბლიკაციაში გამოთქმული აზრები შეიძლება არ ემთხვეოდეს ფონდის პოზიციას, ასევე ვებ-გვერდის შინაარსი არ არის მოწონებული ან დამონმებული პუბლიკაციის ავტორების მიერ. ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდის ვებ-გვერდი მითითებულია მკითხველთათვის, რომლებიც შეიძლება დაინტერესდებოდნენ იყვნენ ფონდის შესახებ დამატებითი ინფორმაციის მიღებით.

Scanning the QR code provided in this publication will direct you to the Friedrich Naumann Foundation South Caucasus Webpage page. This page is not affiliated with the author or publisher of this book, and the content of the page is not endorsed or verified by them. The information on the FNF South Caucasus page is provided as a convenience to our readers who may be interested in additional information related to the Friedrich Naumann Foundation for Freedom South Caucasus.





გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“

თბილისი, მ. კოსტავას ქ. №75

ტელ.: 238 35 99; 557 51 51 34

E-mail: Lawyers.world@yahoo.com;

<http://www.facebook.com/lawyers.world>

