

AUSGABE 7-8/2010

S. 463 - 514

5. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Zur Erosion des Verfassungssatzes "Keine Strafe ohne Gesetz"**
Von Vizepräsident des BGH a.D. Prof. Dr. Burkhard Jähnke, Jena 463
- Religionsfreiheit und Kindeswohl
Wann ist die Körperverletzung durch Zirkumzision gerechtfertigt?**
Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum 471
- New Developments of Environmental Policy and Environmental Criminal Law in the People's Republic of China**
Von Prof. Dr. Shizou Wang, Beijing 476
- Zur transnationalen Wirkung ausländischer Strafe oder Freiheitsentziehung gem. § 51 Abs. 3, Abs. 4 S. 2 StGB
Zugleich Überlegungen zu BGH NStZ-RR 2009, 370 und OLG Hamm NStZ 2009, 101**
Von Prof. Dr. Dennis Bock, Würzburg 482
- Über die Aporie der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht
Anmerkung zu Arnd Koch, ZIS 2010, 175**
Von Gunnar Spilgies, Hannover 490

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafrecht

- Die Untreue-Strafbarkeit eines Limited-Directors, § 266 StGB, insbesondere im Lichte des Europäischen Strafrechts
Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.4.2010 – 5 StR 428/09**
(Privatdozent Dr. Edward Schramm, Würzburg/Tübingen, Akad. Mitarbeiter Patrick Hinderer, Tübingen) 494

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

- Till Zimmermann, Rettungstötungen, 2005**
(Wiss. Mitarbeiter Dr. Manuel Ladiges, LL.M., Göttingen) 503
- Werner Beulke/Inka Lüdke/Sabine Swoboda, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009**
(Wiss. Assistentin Dr. Nina Nestler, Würzburg) 508
- Caspar Luig, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug und Schadensbestimmung, 2009**
(Wiss. Assistentin Dr. Nina Nestler, Würzburg) 510

Steuerstrafrecht

- Gerhard Dannecker/Oswald Jansen, Steuerstrafrecht in Europa und den Vereinigten Staaten, 2007**
(Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz, Stuttgart) 511

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Michael Heggmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Zur Erosion des Verfassungssatzes „Keine Strafe ohne Gesetz“*

Von Vizepräsident des BGH a.D. Prof. Dr. Burkhard Jähnke, Jena

I. Das Gesetzlichkeitsprinzip in der Rechtsordnung

1. Herkunft und Bedeutung des Gesetzlichkeitsprinzips

Der Satz, dass jemand für eine Tat nur bestraft werden darf, wenn die Strafbarkeit vor Begehung der Tat gesetzlich bestimmt war, entstammt im Wesentlichen dem Denken der Aufklärung.¹ Der dieser Universität in besonderer Weise verbundene Rechtslehrer, Gesetzesverfasser und Praktiker *Anselm von Feuerbach* hat ihn in lateinische Worte gefasst: *nulla poena sine lege*.² Der Satz fand im 19. Jahrhundert Eingang in die Strafgesetzbücher der deutschen Partikularstaaten,³ in das StGB für den Norddeutschen Bund⁴ und von dort in das Reichsstrafgesetzbuch.⁵ Heute gilt er als § 1 StGB.

Darüber hinaus nahm ihn die Weimarer Reichsverfassung als Art. 116 auf, das Grundgesetz als Art. 103 Abs. 2. Selbst der Nationalsozialismus hatte ihn zwar in weitem Umfang durch Einzelmaßnahmen, aber nicht generell außer Kraft gesetzt.⁶ Seither hat Deutschland ihn in einer Reihe von Konventionen als völkerrechtlich und innerstaatlich verbindlich anerkannt, so in Art. 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention und in Art. 15 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte der Vereinten Nationen. Ferner hat der *nulla-poena*-Satz in Art. 49 der Europäischen Grundrechtscharta, die Bestandteil des Lissabonner Vertrages ist, Eingang gefunden. Die drei zuletzt genannten Regelwerke sind allerdings mit einer Ausnahme versehen, auf die ich zurückkommen werde.

* Der Beitrag gibt den leicht veränderten und mit Fußnoten versehenen Text der Antrittsvorlesung wieder, welche der *Verf.* am 8.6.2010 aus Anlass seiner Ernennung zum Honorarprofessor an der Universität Jena gehalten hat.

¹ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 19; *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Entstehungsgeschichte; *Tröndle*, in: *Jescheck/Ruß/Willms* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 10. Aufl. 1985, § 1 Rn. 3 ff.

² *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801 (Neudruck 1996), § 24 (S. 20).

³ Beispiele: Bayern: Art. 3 StGB v. 10.11.1861: zuvor wurde seine Geltung als allgemeines Rechtsprinzip angenommen (*Stenglein*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern und das Gesetz über die Einführung des Strafgesetzbuches und des Polizei-Strafgesetzbuches, Bd. 1, Das Einführungsgesetz und des Strafgesetzbuches allgemeine Bestimmungen, 1861 [Nachdruck 1989], S. 367 f.). Preußen: § 2 StGB v. 14.4.1851.

⁴ § 2 StGB für den Norddeutschen Bund v. 31.5.1870, RGBI. 1870, S. 197.

⁵ § 2 RStGB v. 15.5.1871, RGBI. 1871, S. 127.

⁶ *Welzel* (Fn. 1), S. 19; *Dannecker* (Fn. 1), § 1 Entstehungsgeschichte.

Man wird heute jedenfalls sagen dürfen, dass der Satz – als Prinzip – universelle Geltung hat⁷ und zu den fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätzen zählt. Seine deutsche Variante ist im internationalen Vergleich sogar besonders streng.⁸ Das Bundesverfassungsgericht postuliert seine prinzipiell strikte Geltung.⁹

Doch sehe ich im Bereich dieses rechtsstaatlichen Fundamentalprinzips Entwicklungen, die seine umfassende Geltung im nationalen Bereich nachhaltig zu mindern geeignet sind. Diese Entwicklungen mögen zu begrüßen oder abzulehnen sein, aber man muss sich ihnen stellen und sie deshalb zunächst analysieren. Das ist das Ziel dieses Beitrags.

Ich werde dabei so vorgehen, dass zunächst im Abriss der Inhalt und die Wurzeln des *nulla-poena*-Satzes skizziert werden. Sodann sollen Entwicklungen bei zwei Ausprägungen des Satzes, welche ich für bemerkenswert halte, dargelegt werden, nämlich bei dem Rückwirkungsverbot und bei dem Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit. In einer Zusammenfassung werde ich meine Feststellungen dann der wissenschaftlichen Diskussion überlassen.

2. Inhalt des Gesetzlichkeitsprinzips

Aus dem *nulla-poena*-Prinzip werden herkömmlicherweise ein Verbot rückwirkender Gesetze, ein Gebot der Gesetzesbestimmtheit und ein Analogieverbot – das Verbot der Anwendung einer Strafvorschrift auf vergleichbare, aber vom Wortlaut nicht erfasste Sachverhalte – hergeleitet, jeweils soweit damit Wirkungen zu Lasten des Betroffenen verbunden sind. Während sich die ersten beiden Ausprägungen des Prinzips an den Gesetzgeber richten, gilt das Analogieverbot für den Rechtsanwender, also die Justizpraxis.¹⁰

⁷ *Jescheck*, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, 1995, S. 363 (S. 364).

⁸ *Satzger*, NSStZ 2002, 125 (127); *Werle*, JZ 2001, 885 (893); *ders.*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 100.

⁹ BVerfGE 95, 96 (133).

¹⁰ Aus dem Bestimmtheitsgrundsatz werden zunehmend Gebote einer engen Auslegung von Gesetzesvorschriften hergeleitet, vgl. jüngst etwa *Rönnau/Soyka*, NSStZ 2009, 12. Zur voreiligen argumentativen Verwendung des Prinzips in der Rechtsprechung BGHSt 42, 158 (161) mit Besprechung *Streng*, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 629 (S. 641); zuletzt etwa BGH StV 2009, 412 Rn. 16, 20. Methodologisch ist das fragwürdig. Das Bestimmtheitsgebot liefert keine Maßstäbe dafür, ob eine Norm enger oder weiter auszulegen ist; wird ihr Anwendungsbereich zu weit gezogen, kann das Analogieverbot eingreifen. Beruht das Urteil auf einer Auslegung innerhalb der Normgrenzen, ist Art. 103 Abs. 2 GG daher überhaupt nicht berührt. Vgl. BVerfG NJW 2001, 1848; NJW 2005, 2140; JR 2009, 290. Allgemein zum Verhältnis zwischen Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot auch *Kuhlen*, in: Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto

Im deutschen Recht begründet das Prinzip ferner ein Verbot strafbegründenden oder strafscharfenden Gewohnheitsrechts. Das wird im angloamerikanischen Rechtskreis elastischer gehandhabt. Dort, wo nicht statute law, sondern case law gilt, hat auch Gewohnheitsrecht einen legitimen Platz.¹¹ Zwangsläufig ist hier auch das Gebot der Gesetzesbestimmtheit weniger strikt. Und wenn im internationalen oder europäischen Rahmen Kompromisse bei der Rechtsetzung geschlossen werden müssen, liegt diesen Kompromissen bei jedem beteiligten Staat das eigene Rechtsdenken zu Grunde. Einflüsse des angloamerikanischen Rechtskreises sind daher unvermeidlich. Das Völkerrecht schließlich ist weitgehend von derartigen Kompromissen und von Gewohnheitsrecht mit notwendig unscharfen Konturen beherrscht.¹²

3. Wurzeln des Gesetzlichkeitsprinzips

Der Grundsatz wird herkömmlich auf zwei Wurzeln zurückgeführt.¹³ Es entsprach dem Selbstverständnis absoluter Herrscher, dass sie und niemand sonst Inhaber der Strafgewalt waren und also die Grenzen der Strafbarkeit festzulegen, damit zugleich aber den Untertanen vor richterlicher Willkür zu bewahren hatten. Aus der *Feuerbachschen* Theorie von der psychologischen Zwangswirkung der Strafe folgte andererseits, dass die Strafe vor der Tat konkret und bestimmt angedroht sein musste, um eine abschreckende Wirkung auf den möglichen Täter entfalten zu können. In mannigfachen Facetten und mit vielen Nuancen spiegeln sich diese Wurzeln im heutigen Verständnis der Norm.

Der erste Gesichtspunkt – der der Normsetzungsbefugnis des Herrschers – drückt sich in moderner Terminologie durch Begriffe wie Gesetzesvorbehalt, Parlamentsvorbehalt, Gewaltenteilung aus. Dem zweiten, ursprünglich straftheoretischen Gesichtspunkt entsprechen heute die Begriffe der Vorhersehbarkeit und des Vertrauensschutzes. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fasst beides zusammen. Danach will Art. 103 Abs. 2 GG sicherstellen, dass die Normadressaten vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist; in Grenzfällen einer mittels Auslegung gebotenen Sinnerschließung soll dem Normadressat wenigstens das Risiko der Bestrafung erkennbar sein. Darüber hinaus will die Norm gewährleisten, dass die Entscheidung über strafwürdiges Verhalten im Voraus vom Gesetzgeber und nicht erst nachträglich von der vollziehenden oder der rechtssprechenden Gewalt gefällt wird.¹⁴

zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 89; *Dannecker* (Fn. 1), § 1 Rn. 337.

¹¹ Art. 7 Abs. 1 MRK stellt nicht auf das Vorhandensein eines förmlichen Gesetzes, sondern auf das „Recht“ ab; vgl. EGMR NJW 2001, 3035 Rn. 50, 57.

¹² *Werle* (Fn. 8), Rn. 100.

¹³ Dazu *Jähnke*, in: Geiß/Nehm/Brandner/Hagen (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 393, 399 mit Nachweisen.

¹⁴ BVerfGE 95, 96 (131); 105, 135 (153), st. Rspr.; ebenso zum Vertrauensgrundsatz EGMR NJW 2001, 3035 Rn. 77.

II. Das Rückwirkungsverbot

Meine Damen und Herren, nehmen Sie an, im Balkan-Krieg hat sich ein Angehöriger einer der Kriegsparteien an einer Massenvergewaltigung beteiligt. Danach, 2002, hat Deutschland ein Völkerstrafgesetzbuch erlassen, um den speziellen Charakter solcher Taten als Verbrechen gegen die Menschlichkeit erfassen zu können. Gilt das Gesetz für die vorher verübte Massenvergewaltigung? Eindeutig nein, denn das Völkerstrafgesetzbuch legt sich keine rückwirkende Kraft bei. Hätte der Gesetzgeber ihm rückwirkende Kraft beilegen können? Darauf ist die Antwort nicht mehr so eindeutig.

1. Einschränkungen des Rückwirkungsverbot im internationalen Recht

Wie erwähnt, enthält Art. 7 MRK einen Absatz 2, der in gleicher Weise im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Art. 15) und in der Europäischen Grundrechtscharta (Art. 49) wiederkehrt. Danach schließt das Rückwirkungsverbot nicht aus, dass jemand wegen einer Tat bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von allen zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war. Aufgrund solcher Erwägungen konnte etwa Eichmann seinerzeit in Israel zum Tode verurteilt werden, obwohl er seine Mordtaten begangen hatte, bevor es den Staat Israel und seine Gesetze überhaupt gab.¹⁵ Massenvergewaltigungen werden nicht anders zu beurteilen sein.

Art. 7 Abs. 2 MRK war mit Rücksicht auf die Nürnberger Prozesse eingefügt, deren förmliche Rechtsgrundlagen erst nachträglich geschaffen worden waren. Gerade deshalb hatte die Bundesrepublik zu diesem Absatz auch einen Vorbehalt dahin erklärt, dass sie die Vorschrift lediglich im Rahmen des Art. 103 Abs. 2 GG anwenden werde. Diesen Vorbehalt hat sie bei den späteren Konventionen nicht wiederholt. Die Neubekanntmachung des Textes der MRK in der ab 1.11.1998 geltenden Fassung¹⁶ enthält keinen Hinweis mehr darauf und schließlich hat sie ihn auch förmlich zurückgenommen.¹⁷ Auch die Charta der europäischen Grundrechte gilt in Deutschland ohne jeden Vorbehalt.

2. Einschränkungen im deutschen Recht

Die hinter Art. 7 Abs. 2 MRK stehenden Erwägungen wurden auch für die neuere Rechtsentwicklung in Deutschland aktuell.

¹⁵ Schilderung und Würdigung des Urteils des Bezirksgerichts Jerusalem bei *Baumann*, JZ 1963, 110; zur rein strafrechtlichen Würdigung neuestens *Ebert*, in: Sitzungsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, Philologisch-historische Klasse, 140 (2010), Heft 6.

¹⁶ Bekanntmachung v. 17.5.2002, BGBl. II 2002, S. 1054.

¹⁷ *Werle*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Einl. VStGB Rn. 20 Fn. 58; *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 7 Rn. 13; *Werle*, in: Dupuy u.a. (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung, Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, S. 655 (S. 664).

Die DDR hatte ein Grenzregime errichtet, das mit Mauer, Stacheldraht und Schießbefehl deutlich im Widerspruch zu den auch von ihr ratifizierten oder anerkannten Freiheitsgewährleistungen stand. Als nach dem Fall der Mauer Todeschützen und Mitglieder der Staatsführung (leider in dieser Reihenfolge) wegen der Tötungen an der innerdeutschen Grenze angeklagt wurden, stellte sich die Frage, ob dem Grenzgesetz der DDR, welches als gesetzliche Rechtfertigung der Praxis diente, rückwirkend die Anerkennung zu versagen sei. Bundesgerichtshof, Bundesverfassungsgericht, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte und der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen haben die Frage – im Ergebnis einhellig – bejaht.¹⁸ Zur Begründung führte der BGH die berühmte „Radbruch’sche Formel“ an, wonach ein Gesetz keine Rechtsqualität erlange, wenn der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht.¹⁹ Zusätzlich postulierte er – nicht ganz widerspruchsfrei²⁰ – eine menschenrechtsfreundliche Auslegung des Rechts der DDR durch ihre Machthaber. Das Bundesverfassungsgericht argumentierte von der einen Wurzel des Rückwirkungsverbot, dem Vertrauensprinzip, her und meinte, die Vertrauensgrundlage entfalle, wenn ein Staat zwar Straftatbestände normiert, aber die Strafbarkeit gleichwohl für Teilbereiche ausschließt, indem er dazu auffordert, allgemein anerkannte Menschenrechte in schwerwiegender Weise zu missachten. In dieser ganz besonderen Situation müsse der Vertrauensschutz hinter die materielle Gerechtigkeit zurücktreten. Der EGMR beruft sich nicht förmlich auf Art. 7 Abs. 2 MRK. Er verwendet ebenfalls die Kategorie des Vertrauensschutzes, um im übrigen zu argumentieren, die DDR-Führung habe den Schießbefehl selbst erlassen; da er gegen das Recht verstieß, könnten seine Mitglieder sich darauf nicht berufen.²¹ Die Tragfähigkeit dieser Argumentation wird dann allerdings bei der Verurteilung eines einfachen Grenzsoldaten nicht mehr geprüft, obwohl dazu Anlass bestanden hätte.²²

Mit der gebotenen Vorsicht wird jedenfalls festgehalten werden dürfen, dass das Verständnis des Art. 103 Abs. 2 GG sich im Ergebnis stark den Maximen angenähert hat, die in Art. 7 Abs. 2 MRK zum Ausdruck kommen.

Dies alles mag in außergewöhnlichen Situationen, wie sie ein Systemumbruch nun einmal darstellt, unvermeidbar sein. Doch trägt jede Ausnahme bekanntlich die Tendenz in sich, sich auszudehnen, die Grenze immer weiter zu verschieben. Eine solche Gefahr besteht auch hier.

¹⁸ BGHSt 39, 1; 40, 241; 41, 101; BVerfGE 95, 96; EGMR NJW 2001, 3035; NJW 2001, 3042; Menschenrechtsausschuss der UN, NJW 2004, 2005; zu vergleichbarer Argumentation im Falle der Rechtsbeugung durch DDR-Richter BGHSt 40, 30 (43).

¹⁹ Radbruch, SJZ 1946, 105 (107).

²⁰ Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 43.

²¹ EGMR NJW 2001, 3035 Rn. 88, 89.

²² EGMR NJW 2001, 3042 Rn. 74, 75.

3. Zusätzliche internationale Einflüsse

Internationale Rechtsgrundsätze gewinnen zunehmend an Bedeutung für die deutsche Rechtsordnung. So hat Deutschland das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag ratifiziert²³ und seine Straftatbestände damit als Völkerrecht, sogar als Völkergewohnheitsrecht²⁴ anerkannt. Zwar sind die Normenkreise prinzipiell zu trennen. Völkerrecht und Völkerstrafrecht sind vom deutschen Straf- und Verfassungsrecht zu unterscheiden. Das eine ist internationales, das andere nationales Recht. Das ist allerdings mitunter ziemlich verwirrend: Deutschland hat ein „Völkerstrafgesetzbuch“ erlassen, das zwar der Umsetzung des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs dient. Aber formell und materiell handelt es sich dabei um innerstaatliches deutsches Recht, durch das deutsche Straftatbestände mit dem Zweck geschaffen wurden, eine Aburteilung von völkerrechtlichen Verbrechen nach nationalem Recht zu ermöglichen.²⁵ Das Völkerstrafgesetzbuch ist also trotz seines Namens rein nationales Recht und an den übergeordneten Normen des Grundgesetzes zu messen. Nur – die nationalen und die internationalen Rechtskreise durchdringen sich gegenseitig immer mehr, und die Komplexität dieses Verhältnisses drängt zur Vereinfachung.

Ein Beispiel: Nach dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs begeht ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung – unter anderem – einen Menschen tötet (Art. 7 Abs. 1 lit. a). Im völkerstrafrechtlichen Schrifttum wird diese Vorschrift auf die Situation im geteilten Deutschland angewandt. Man sagt, die Maßnahmen der DDR zur Verhinderung der Ausreise seien ein systematischer und ausgedehnter Angriff auf eine Zivilbevölkerung und die Tötungen an der Grenze daher Menschenrechtsverbrechen gewesen. Die Bestrafung der Täter sei aus diesen Gründen mit dem Völkergewohnheitsrecht vereinbar, ein Rückwirkungsverbot bestehe nicht.²⁶ Das ist eine sehr weit reichende These. Wäre sie zu akzeptieren, würde das Rückwirkungsverbot auf völkerrechtlicher Ebene in vielen Bereichen gegenstandslos und fraglich ist, ob innerstaatliches

²³ Zustimmungsgesetz zum Statut v. 4.12.2000, BGBl. II 2000, S. 1393; Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts v. 21.6.2002, BGBl. I 2002, S. 2144; Text des Statuts auch bei Albrecht, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, 1999, S. 425.

²⁴ Siehe aber die Vorbehalte verschiedener Staaten, dargestellt bei Stein, in: Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004, S. 183.

²⁵ Zu den Gründen dafür und den Problemen Werle, JZ 2001, 885; Satzger, NStZ 2002, 125. Gesetzesmaterialien: BMJ (Hrsg.), Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches mit Begründung, 2001; Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/8524; Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8892.

²⁶ Werle, NJW 2001, 3001 (3005); a.A. Ebert, in: Britz u.a. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 171 (S. 178).

Verfassungsrecht, obwohl es einen höheren Rang hat, dagegen einen ausreichenden Schutz bietet.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss innerstaatliches Recht, das der Umsetzung von Völkerrecht dient, im Lichte der Normen und der Praxis des Völkerrechts ausgelegt werden.²⁷ Das Bundesverfassungsgericht ist dazu berufen, eine fehlerhafte Anwendung oder Nichtbeachtung von Völkerrecht zu verhindern und zu beseitigen.²⁸ Das wird auch für die Verfassungsinterpretation durch das Bundesverfassungsgericht selbst zu gelten haben. Darüber hinaus ist nach Erschöpfung des Rechtsweges gegen die Entscheidungen deutscher Gerichte die Individualbeschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eröffnet. Die Rechtsprechung dieses Gerichtshofs ist von den deutschen Gerichten stets zu berücksichtigen; ob dies geschehen ist, wird ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht kontrolliert.²⁹ Es liegt daher nicht fern, eine große Konfusion herbeizuführen und das Rückwirkungsverbot auf dem Teilgebiet des Völkerstrafrechts generell auch innerstaatlich als weitgehend gegenstandslos zu betrachten.³⁰ Wie anders wäre Art. 7 Abs. 2 MRK nach dem Wegfall des deutschen Vorbehalts mit dem Verfassungsrecht zu harmonisieren? Noch mehr: Was soll man eigentlich von einem Gesetzgeber halten, der eine Europäische Grundrechtscharta beschließt, die in einem wesentlichen Punkt vom Grundgesetz abweicht? Ist das rechtspolitisch durchzuhalten?

4. Weitere Relativierungen des Rückwirkungsverbot?

Ein hier anwesender Strafrechtslehrer hat konstatiert, dass das Rückwirkungsverbot in eine Krise geraten ist.³¹ Wenn das so ist, stellt sich aber die Frage, ob eine Aushöhlung des Rückwirkungsverbot auf außergewöhnliche Situationen wie einen Systembruch beschränkt werden kann. Auch neues nationales Recht müsste folgerichtig zur Relativierung des Rückwirkungsverbot führen können, sofern ihm „allgemeine Rechtsüberzeugungen aller zivilisierten Völker“³² oder gar „grundlegende Gebote der Gerechtigkeit“ zugrunde liegen. Gerechtigkeit ist nicht teilbar. Und wenn Gerechtigkeit nicht teilbar ist: Was hindert dann eigentlich noch, Art. 103 Abs. 2 GG unter einen allgemeinen Gerechtigkeitsvorbehalt zu stellen? Wie schnell mitunter fundamentale

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 12.12.2000 – 2 BvR 1290/99, Rn. 26 = NJW 2001, 1848; Werle, in: Hettinger u.a. (Fn. 10) S. 675 (S. 690).

²⁸ BVerfGE 109, 13 (23).

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, Rn.62, 63 = NJW 2004, 3407.

³⁰ Dagegen Ebert (Fn. 26), S. 171, der deshalb eine Ergänzung von Art. 103 Abs. 2 GG vorschlägt (S. 184).

³¹ Ebert (Fn. 26), S. 181

³² Vgl. zum Völkerrecht Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 12, wonach das Rückwirkungsverbot generell bei der Verletzung universell anerkannter Rechtsgüter nicht gilt; abweichend wohl Werle, NJW 2001, 3001 (3002). Auch für den Internationalen Strafgerichtshof gilt das Rückwirkungsverbot in Form einer Zuständigkeitsgrenze, Art. 24 Abs. 1, 22 Abs. 1 des Statuts.

Verfassungsprinzipien angetastet werden, zeigt die jüngste Gesetzgebung zur nachträglichen Anordnung³³ und zum Wegfall der Befristung der ersten Sicherungsverwahrung. Unter Gesichtspunkten der Gefahrenabwehr hat der deutsche Gesetzgeber die Höchstfrist für die erste Unterbringung in der Sicherungsverwahrung rückwirkend beseitigt. Formal mag der nulla-poena-Satz dadurch nicht verletzt sein, weil die Sicherungsverwahrung keine Strafe, sondern eine Maßregel der Sicherung ist.³⁴ Gleichwohl handelt es sich in der Sache um die staatliche Reaktion auf eine Straftat. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg ist der Auffassung des deutschen Gesetzgebers daher zu Recht entgegengetreten.³⁵

III. Der Bestimmtheitsgrundsatz

Vielleicht sind die dem Rückwirkungsverbot drohenden Gefahren gegenwärtig nicht beträchtlich. Im Bereich des Verfassungsprinzips der Gesetzesbestimmtheit, der anderen Ausprägung des nulla-poena-Satzes, sind sie real.

1. Beispiele der Erosion durch die Übernahme internationalen Rechts

Dazu ein aktuelles Beispiel: Im Norden Afghanistans entführen Taliban zwei Tanklastzüge mit Treibstoff. Der deutsche Befehlshaber veranlasst die Bombardierung der in einem Flussbett steckengebliebenen Fahrzeuge. Durch den zielgenauen und erfolgreichen Bombenabwurf kommen auch Zivilpersonen um, die sich wohl an den Zielobjekten aufgehalten hatten.

Die Bundesanwaltschaft hat gegen den Kommandeur unter dem Gesichtspunkt von Art. 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren durchgeführt.³⁶ Die Vorschrift lautet:

„Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt [...]

3. mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher erwartet, dass der Angriff die Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen oder die Beschädigung ziviler Objekte in einem Ausmaß verursacht wird, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht, [...]

wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.“

³³ § 66b StGB mit Art. 1a EGStGB; zur generellen Problematik, auch unter dem Gesichtspunkt des „ne bis in idem“, BGHSt 50, 373 (380); 52, 205 (209); BVerfG NStZ 2010, 265; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 66b Rn. 5

³⁴ BVerfGE 109, 133 (167); dagegen für die Sicherungsverwahrung Best, ZStW 114 (2002), 88; offen gelassen von BVerfGE 105, 135 (157); fraglich BVerfGE 109, 190.

³⁵ EGMR StV 2010, 181; rechtskräftig nach Ablehnung der Verweisung an die Große Kammer durch Beschl. v. 10.5.2010 – Reg. Nr. 19359/04.

³⁶ Das Verfahren ist aus subjektiven Gründen eingestellt worden, s. Pressemitteilung des GBA v.19.4.2010 – 8/2010.

Wird durch die Tat der Tod einer geschützten Person verursacht, ist Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ohne Milderungsmöglichkeit angedroht.

Das in der Vorschrift angesprochene Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt für alle „Kollateralschäden“, auch für die absehbare Tötung von Zivilpersonen.³⁷ Meine Damen und Herren, würden Sie als Kommandeur unter der Drohung einer solchen Strafvorschrift bei einer Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren Ihren Dienst versehen wollen? Wie kann man die Zahl von Menschenleben gegen militärischen Vorteil abwägen? Jedes Menschenleben hat rechtlich den gleichen Wert. Die absehbare Tötung einer Zivilperson kann nicht anders behandelt als die Tötung vieler Zivilpersonen. Ich vermag daher kein rationales Verfahren zu erkennen, welches die hier vorgesehene Abwägung mit rechtlich einwandfreien – und plausiblen – Ergebnissen ermöglicht.

Das Völkerstrafgesetzbuch soll uns weiter begleiten. § 7 Abs. 1 Nr. 1 VStGB lautet:

„Wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung einen Menschen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“

Wenn man einmal von dem holprigen Deutsch absieht, stellt sich doch die Frage, ob die Staatsführung der DDR 40 Jahre lang systematische oder ausgedehnte Angriffe gegen ihre eigene Bevölkerung geführt hat, wie dies im Schrifttum zum Grenzregime der DDR angenommen wird.³⁸ Und die Kritik an der Weite und Unbestimmtheit des Wortes „Angriff“ verschärft sich, wenn man sich vorstellt, dass der einfache Grenzsoldat an der Mauer mit lebenslanger Freiheitsstrafe ohne die Möglichkeit einer Milderung hätte belegt werden müssen.

Als ähnlich problematisch erweist sich eine Reihe anderer Tatbestände des § 7 VStGB, der die Verbrechen gegen die Menschlichkeit aufführt. Ich greife Abs. 1 Nrn. 9 und 10 heraus.

Nr. 9 sieht Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren, in minder schweren Fällen nicht unter einem Jahr, gegen denjenigen vor, der im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung einen Menschen unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt.

Nach den Vorstellungen der Gesetzesverfasser soll Freiheitsberaubung „in schwerwiegender Weise“ bedeuten, dass „insbesondere“ Freiheitsberaubungen von nur geringer Dauer ausgeschlossen werden.³⁹ Was bedeutet hier das Wort „insbesondere“? Welche anderen Freiheitsberaubungen sollen erfasst oder nicht erfasst sein? Kann man überhaupt in schwerwiegender Weise seiner Freiheit beraubt sein?

³⁷ BMJ (Fn. 25), S. 76: Begründung zu § 12 Abs. 1 Nr. 3.

³⁸ So Werle, NJW 2001, 3001 (3005). Der Begriff des Angriffs wird durch die Definition in Art. 7 Abs. 2 lit. a des römischen Statuts, welche der Regierungsentwurf des VStGB als Auslegungshilfe empfiehlt (BT-Drs. 14/8524, S. 20), nicht klarer.

³⁹ BMJ (Fn. 25), S. 46: Begründung zu § 8 Abs. 1 Nr. 9.

Besonders problematisch erscheint hier wie in vielen anderen Vorschriften des Völkerstrafgesetzbuchs die jeweils strafbegründende Verweisung auf allgemeine Regeln des Völkerrechts.⁴⁰ Das ist in vielen Fällen eine Verweisung auf Gewohnheitsrecht und genügt den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG schon deshalb nicht. Darüber hinaus stellt sich ein faktisches Problem als Rechtsfrage: Gewohnheitsrecht ist in dieser Materie nur äußerst mühevoll zu ermitteln, dies sicher selbst für Professoren des Völkerrechts. Richter, die eine durchschnittliche Oberlandesgerichts-Bibliothek zur Verfügung haben, scheitern an einer solchen Aufgabe. Der rechtsunterworfenen Bürger schließlich, auf den es in diesem Zusammenhang ankommt, ist hilflos. Der Einwand, dass sich das Völkerstrafgesetzbuch in erster Linie an Mitglieder der Staatsführung, Militärs und Beamte richtet, die in der Regel ausreichend geschult sind oder sein können,⁴¹ greift nicht. Völkerrechtsverbrechen sind, wie der Jugoslawienkonflikt gezeigt hat, nicht nur theoretisch Jedermann-Delikte. Und bei den Taliban in Afghanistan verhält es sich nicht anders.

Nr. 10 (Verfolgung) sieht ebenfalls eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren vor, aber ohne die Möglichkeit der Milderung wegen Vorliegens eines minder schweren Falles. Nach dieser Vorschrift ist strafbar, wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung eine identifizierbare Gruppe oder Gemeinschaft verfolgt, indem er ihr aus politischen, rassischen, nationalen, ethnischen, kulturellen oder religiösen Gründen, aus Gründen des Geschlechts oder aus anderen nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts als unzulässig anerkannten Gründen grundlegende Menschenrechte entzieht oder diese wesentlich einschränkt.⁴²

Was sind hier „grundlegende“ Menschenrechte, wann werden sie „wesentlich“ eingeschränkt? Aus den Vorstellungen der Gesetzesverfasser ergibt sich, dass grundlegend „neben anderen insbesondere die Rechte auf Leben, Gesundheit oder Bewegungsfreiheit anzusehen“ sein sollen,⁴³ was eine unwesentliche Einschränkung ist, wird in den Motiven nicht erörtert. Man kann sich wohl vorstellen, dass die administrative Ausschaltung jüdischer Bürger aus dem staatlichen und gesellschaftlichen Leben durch den NS-Staat dazugehört hätte. Aber was bedeutet das heute?

Als ein weiteres Beispiel sei noch das Kriegsverbrechen des § 11 Abs. 3 VStGB erwähnt. Danach wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft, wer im Zusammenhang mit einem internationalen bewaffneten Konflikt mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher

⁴⁰ Hierzu Satzger, NStZ 2002, 125 (131); ders., JuS 2004, 943 (946, auch betreffend § 7 Abs. 1 Nr. 4 VStGB).

⁴¹ „Expertenstrafrecht“, Dannecker (Fn. 1), § 1 Rn. 32; Werle/Jeffberger, JZ 2002, 725 (730); Satzger, JuS 2004, 943 (944).

⁴² Dazu lakonisch Ambos (Fn. 32), § 7 Rn. 214: „offensichtliche Unbestimmtheit des Tatbestandes“, s. ferner Rn. 245; zum Völkerstrafgesetzbuch deutlich Weigend, in: Triffterer (Fn. 24), S. 197 (S. 204).

⁴³ BMJ (Fn. 25), S. 47.

erwartet, dass der Angriff weit reichende, langfristige und schwere Schäden an der natürlichen Umwelt verursachen wird, die außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen.

Die in sich offene Verhältnismäßigkeitsklausel, der wir bereits an anderer Stelle ähnlich begegnet sind, wirft außerordentlich zahlreiche, aus dem Gesetz nicht zu beantwortende Fragen auf. Jeder General wird hoffen, mit dem Einsatz seiner Mittel auf einwandfreie Weise einen militärischen Vorteil zu erzielen. Welcher Erfolg ist dabei noch konkret, unmittelbar, verhältnismäßig und welcher ist es nicht mehr?⁴⁴ Auf wessen – militärische – Sichtweise ist abzustellen – die des Befehlshabers oder die eines vernünftigen, neutralen Beobachters?

Die Unbestimmtheit solcher Vorschriften⁴⁵ wird insgesamt potenziert dadurch, dass sie gehäuft unscharfe Begriffe verwenden. Die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses im Einzelfall mindert sich dadurch weiter und kann eigentlich nur das Verdikt eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG nach sich ziehen.

2. Folgerungen für die Auslegung von Art. 103 Abs. 2 GG ?

Dennoch wird im Schrifttum trotz aller Bedenken die letzte Konsequenz der Verfassungswidrigkeit kaum gezogen. Man belässt es bei Bedenken und hofft auf konkretisierende Worte der internationalen Gerichtshöfe.⁴⁶ Oder man leitet aus der völkerrechtsfreundlichen Tendenz des Grundgesetzes eine Abschwächung des Bestimmtheitsgebotes für diesen Bereich ab, der zu einem Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz führen solle.⁴⁷

Aber eine Auslegung durch internationale Gerichtshöfe wäre nur hilfreich, wenn das Völkerrecht – hier das Statut des Gerichtshofs – selbst etwas für eine Auslegung, für ihre Richtung und für ihre Grenzen hergäbe. Die Unergiebigkeit des Statuts ist aber gerade das Problem. Wäre es anders, wären die Gesetzesverfasser dem Vorbild gerne gefolgt.⁴⁸ Ein abgeschwächtes Maß an Tatbestandsbestimmtheit ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil das Völkerstrafgesetzbuch die Strafbarkeit des Täters nicht überhaupt erst, sondern lediglich zusätzlich (zum römischen Statut) begründet.⁴⁹ Das Argument wäre nur schlüssig, wenn die Tatbestände des Statuts

ihrerseits ausreichend bestimmt wären. Und eine Abschwächung des Bestimmtheitsgebotes wirft generell die Frage auf, ob die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes so weit gehen kann, dass ein grundlegendes verfassungsrechtliches Prinzip wie das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot partiell aufgegeben werden kann.⁵⁰

3. Unausweichlichkeit der Hinnahme einer Relativierung des Bestimmtheitsgebotes

Dennoch zeigt nähere Betrachtung, dass der Knüppel der Verfassungswidrigkeit in der Tat nicht vorschnell aus dem Sack geholt werden sollte. Denn eine Nichtigerklärung von Tatbeständen des Völkerstrafgesetzbuches würde unlösbare Komplikationen nach sich ziehen.

Diese liegen nicht in dem verständlichen Wunsch, falsche Signale zu vermeiden, die von der innerstaatlichen Unanwendbarkeit der Grundsätze des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs ausgehen würden. Sofern die deutsche Verfassung dies gebietet, müsste Derartiges, auch wenn es als Störfaktor der Entwicklung des Völkerstrafrechts erscheinen würde, hingenommen werden. Die Komplikationen ergeben sich vielmehr aus der Eigenart der Jurisdiktionsgewalt des Internationalen Strafgerichtshofs, wie sie in seinem Statut niedergelegt ist.

Die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen dem internationalen Gerichtshof und den deutschen Gerichten ist durch den Grundsatz der „Komplementarität“ gekennzeichnet. Nach Art. 17 Abs. 1 des Statuts ist die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes nur gegeben, wenn der einzelne Staat nicht willens oder nicht fähig ist, die Sache ernsthaft zu verfolgen. Der Internationale Strafgerichtshof hat also lediglich eine Hilfs- oder Reservezuständigkeit. Die primäre Zuständigkeit der Einzelstaaten war eine wesentliche Vorbedingung für das Zustandekommen des Statuts und die Errichtung des internationalen Gerichts; sie war andererseits ein wesentlicher Grund für die Verabschiedung des Völkerstrafgesetzbuches, denn mit ihm wurde die Voraussetzung dafür geschaffen, dass sämtliche Völkerrechtsverbrechen als solche von deutschen Gerichten abgeurteilt werden können. Dieser letzte Gesichtspunkt war für den deutschen Gesetzgeber schließlich auch ein zwingender Grund dafür, die Tatbestände des Völkerstrafgesetzbuches besonders eng an die Vorgaben des römischen Statuts anzulehnen. So mussten, um die nationale Primärzuständigkeit in vollem Umfang zu gewährleisten, auch die tatbestandlichen Mängel im römischen Statut in das nationale Gesetz einfließen.

Was geschieht nun, wenn das deutsche Verfassungsgericht einen Tatbestand des Völkerstrafgesetzbuches für verfassungswidrig erklärt?

Nehmen wir nur Vorschriften des Völkerstrafgesetzbuches, denen keine Norm des allgemeinen deutschen Strafrechts entspricht. Dazu wird teilweise der Tatbestand der Verfolgung (§ 7 Abs. 1 Nr. 10 VStGB) zu zählen sein. Wo es nicht um Eingriffe in klassische Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit geht, sondern etwa um die Ausschaltung

⁴⁴ Vgl. zum Statut des Internationalen Strafgerichtshofs *Am-bos* (Fn. 32), § 7 Rn. 246.

⁴⁵ Weitere Beispiele bei *Satzger* Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 16 Rn. 33 ff.

⁴⁶ *Weigend*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 1), Einl. Rn. 100; *ders.* (Fn. 42), S. 204.

⁴⁷ *Dannecker* (Fn. 1), § 1 Rn. 32; *Werle* (Fn. 17 – Münchener Kommentar), Einl. VStGB Rn. 37; *Satzger* JuS 2004, 943 (946).

⁴⁸ Dazu, dass das Bestimmtheitsgebot bei der Erarbeitung des Entwurfs ein ständiges Problem bildete, vgl. *BMJ* (Fn. 25), S. 40; *Weigend* (Fn. 42), S. 203: Gratwanderung zwischen Völkerrechtswidrigkeit und Verfassungswidrigkeit; *Werle/Jeßberger*, JZ 2002, 725 (730): viel Fingerspitzengefühl erforderlich.

⁴⁹ *Satzger*, JuS 2004, 943 (946).

⁵⁰ Deziert verneinend *Satzger*, NSStZ 2002, 125 (130); anders und zurückhaltend *ders.*, JuS 2004, 943 (946).

aus dem Berufsleben, hat der Tatbestand keine Entsprechung im allgemeinen Strafrecht. Ebenso wenig dürfte das Kriegsverbrechen in § 11 Abs. 3 VStGB (Umweltschädigungen) nach allgemeinem Strafrecht tatbestandsmäßig sein. In diesen Fällen wäre die Bundesrepublik – bei Wegfall der Vorschriften des VStGB – im Sinne des Art. 17 des römischen Statuts unfähig, das Delikt im nationalen Bereich abzuurteilen. Die Folge davon aber ist, dass die Reservezuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs auflebt und der Fall vor dieses Gericht gelangen wird.⁵¹ Der Täter ist nach Den Haag zu überstellen, auch wenn er Deutscher ist; dieser völkerrechtlichen Pflicht könnte sich Deutschland nicht entziehen.⁵² Von dem Internationalen Strafgerichtshof aber wird der Täter aufgrund einer Strafvorschrift verurteilt, die genau derjenigen entspricht, die in Deutschland verfassungswidrig ist. Mehr noch: Die Vorschrift des Statuts, welche Grundlage der Verurteilung in Den Haag wird, leidet unter genau demselben Mangel wie die deutsche, nämlich an inhaltlicher Unbestimmtheit. Die Nichtigerklärung eines Tatbestandes des Völkerstrafgesetzbuches durch das Bundesverfassungsgericht führt damit auf einem Umweg zu demselben Ergebnis wie dessen Anwendung. Es wäre also nichts gewonnen. Die Konsequenz kann wohl nicht sein, das Prinzip der Gesetzesbestimmtheit allein um des Prinzips willen zu verfolgen. Die Rigorosität der deutschen Auffassung wird einer elastischen Handhabung weichen müssen – nicht, weil die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes dazu drängt, sondern vielmehr, weil auch die Interpretation der Verfassung auf die Erzielung sinnvoller Ergebnisse bedacht sein muss.⁵³

In anderen Fällen der Verfassungswidrigkeit wäre die Zuständigkeit des römischen Gerichtshofs nach Art. 17 Abs. 1 seines Statuts wohl zu verneinen. Wo der Wegfall einer Norm des VStGB einen Rückgriff auf die allgemeinen Delikte des StGB wie Tötung, Körperverletzung, Vergewaltigung unberührt lässt, ist Deutschland in der Lage, den Fall selbst zu verfolgen; die Reservezuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs greift nicht ein.⁵⁴ Doch können diese Fälle

schwerlich anders behandelt werden als die zuvor erwähnten, in denen keine Norm des StGB den Ausfall des Völkerstrafgesetzbuches kompensiert. Denn der an die Bestimmtheit des Gesetzes anzulegende Maßstab kann nur ein einheitlicher sein. Der Umstand, dass ein Verhalten auch anderswo mit Strafe bedroht ist, ist nicht geeignet, diese Anforderungen inhaltlich zu bestimmen.

4. Auswirkungen auf die Interpretation des Gesetzlichkeitsprinzips im übrigen

Diese Öffnung des Gesetzlichkeitsprinzips kann nicht auf das Völkerstrafrecht beschränkt bleiben. Das Bestimmtheitsgebot gilt für das gesamte deutsche Recht, es kann nicht partiell gelockert werden, und seine Anwendung muss einheitlich geschehen, weil es um ein grundrechtsgleiches Recht geht, dessen Maßstäbe für alle Bürger gleich sein müssen.

Der Einbruch des internationalen Rechts in das deutsche Verfassungsrecht ist auch kein singuläres Ereignis, das als unbedeutende Ausnahme bei der Interpretation des Art. 103 Abs. 2 GG unbeachtet bleiben könnte.

Schon das europäische Recht wirft eine große Zahl einschlägiger Probleme auf, insbesondere wegen der gebräuchlichen Gesetzestechnik, in deutschen Strafvorschriften mehr oder minder global auf Bestimmungen des EU-Rechts zu verweisen. Die Problematik solcher Blankettvorschriften ist nicht neu, aber im europäischen Bereich besonders aktuell wegen der Unübersichtlichkeit der EU-Rechtsquellen.⁵⁵ Zwar hat der Europäische Gerichtshof in Luxemburg den Bestimmtheitsgrundsatz zum Bestandteil der europäischen Rechtsordnung erklärt,⁵⁶ die inhaltliche Konkretisierung steht aber noch aus.

Darüber hinaus trägt die fortschreitende internationale Verflechtung Deutschlands immer weitere Einflüsse in das deutsche Recht. Übereinkommen wie die zur Bekämpfung von Korruption, zur Bekämpfung des Umgangs mit Drogen oder zum Schutze von Frauen und Kindern erzeugen oftmals einen gesetzgeberischen Transformierungsbedarf, der durchaus zu Schwierigkeiten wie beim römischen Statut führen kann. Absehbar ist, dass die gegenwärtige Finanzkrise international oder wenigstens europäisch abgestimmte Strafvorschriften hervorbringen wird, bei deren Umsetzung in deutsches Recht gleichfalls Spannungen entstehen.

Man kann das Problem der Gesetzesbestimmtheit deshalb nicht auf einen vermeintlichen Einzelfall – das Völkerstrafgesetzbuch – reduzieren. Es stellt sich umfassend. Und unsere Rechtsordnung muss sich der Frage stellen, ob ihre Einbindung in die Entwicklung der internationalen Gemeinschaft

klageverbrauch sowie der Wortwahl in Art. 17 Abs. 1 lit. c, Art. 20 („Verhalten“), insbesondere aber der Formulierung in Art. 20 Abs. 3 des Statuts („auch“) ist jedoch mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass der Gerichtshof nicht zuständig sein soll, wenn die prozessuale Tat auf nationaler Ebene ernsthaft verfolgt wird; deren rechtliche Qualifikation ist irrelevant.

⁵⁵ Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 7 Rn. 83 f., 104.

⁵⁶ Hecker (Fn. 55), § 10 Rn. 52.

⁵¹ Dies berücksichtigt Dietmeier, in: Graul u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 333 mit seiner Kritik am Projekt eines deutschen VStGB nicht; vgl. auch Weigend (Fn. 42), S. 202.

⁵² Die Verweigerung einer Überstellung wegen Defizits an rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 16 Abs. 2 GG) würde unmittelbar in die Integrität des Statuts eingreifen, was dem BVerfG nach seiner eigenen ultra-vires-Lehre nicht zusteht.

⁵³ Nur im Ergebnis ebenso Satzger, JuS 2004, 943 (946); Werle/Jeffberger, JZ 2002, 725 (730).

⁵⁴ Das erscheint immerhin nicht ganz zweifelsfrei. Art. 17 Abs. 1 des Statuts spricht von der Verfolgung des „Falles“. Ob damit der prozessuale Tatbegriff des deutschen Rechts und des Art. 54 SDÜ gemeint ist oder aber die Verfolgung einer verletzten völkerstrafrechtlichen Norm, ergibt sich daraus nicht. Das Problem ist bei den Verhandlungen zum Statut gesehen worden (Tallgren/Coracini, in: Triffterer [Hrsg.], Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl. 2008, Art. 20 Rn. 21, 27). Aus dem sachlichen Zusammenhang von Zuständigkeit und Straf-

den Preis einer Öffnung des Bestimmtheitsgebotes wert ist oder ob ihr dieser Preis zu hoch ist. Aber man kann nur eines. Entweder passt man das innerstaatliche Recht an, oder man muss auf die Übernahme internationalen Rechts verzichten.

Die Frage ist aufzuwerfen, aber ich beantworte sie lediglich mit dem Hinweis, dass wir Grund haben, unsere eigene Rechtsordnung zu verteidigen. Es gilt, das Bündnis für das deutsche Recht, welches das Bundesjustizministerium mit den Organisationen der Richter und Staatsanwälte, der Rechtsanwälte und der Notare geschlossen hat,⁵⁷ nach allen Richtungen auszubauen.

IV. Zusammenfassung

Ich fasse zusammen:

Der nulla-poena-Satz ist in seiner Rigorosität, welche bisher die deutsche Auffassung zu diesem Prinzip bestimmt hat, vermutlich nicht aufrecht zu erhalten. Insbesondere im internationalen Bereich zeichnen sich Entwicklungen ab, welche zu einer Erosion des Prinzips führen können.

1. Die Rechtsprechung zu den Mauerschützenfällen und die Befassung mit den Völkerrechtsverbrechen der jüngeren Geschichte haben die Einsicht gefördert, dass die Ausnahmeklauseln in den internationalen Konventionen zum Rückwirkungsverbot Aktualität erlangen können. Das wirft die Frage auf, ob sich diese Ausnahmen begrenzen lassen.

2. Die nationale Kodifikation der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen im Völkerstrafgesetzbuch führt notwendigerweise zu einer Relativierung des Bestimmtheitsgebotes im nulla-poena-Satz. Die Relativierung wird sich nicht auf das Gebiet des Völkerstrafrechts beschränken lassen, sondern in die gesamte Rechtsordnung hineinwirken.

3. Auch dies sind Folgen der Globalisierung. Im Wettstreit der Rechtsordnungen ist es die Aufgabe der deutschen Juristen, die eigenen Prinzipien offensiv zu vertreten.

⁵⁷ Siehe *Kamphausen*, DRiZ 2009, 9.

Religionsfreiheit und Kindeswohl

Wann ist die Körperverletzung durch Zirkumzision gerechtfertigt?

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

Bijan Fateh-Moghadam fragt mit seinem Aufsatz in der Zeitschrift „Rechtswissenschaft“ (RW) 2010, 115-142, und dessen Internet-Kurzfassung¹ in gleich lautender Überschrift: „Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht.“ Sein Ergebnis ist, dass Beschneidungen, wenn von der „stellvertretenden Einwilligung“ der Sorgeberechtigten gedeckt und lege artis durchgeführt, normalerweise, auch ohne „kurativ-medizinische Indikation“, gerechtfertigt seien. Die Motivation sei gleichgültig. Die Erlaubnis folge „aus der für jedermann geltenden Bestimmung der Reichweite des elterlichen Sorgerechts. Auch das in Deutschland lebende säkulare amerikanische Elternpaar darf sich aus kulturellen, traditionellen, ästhetischen oder präventiv-medizinischen Gründen für die Beschneidung seines Sohnes entscheiden.“² Dass diese Entscheidung mit dem Kriterium des Kindeswohls (§ 1627 BGB) vereinbar sei, stützt der Autor auf „erhebliche hygienische und präventiv-medizinische Vorteile“, die den Nachteilen der Verletzung gegenüberstünden. „Auf die Religionsfreiheit als Rechtfertigungsgrund“ müsse darum nicht „zurückgegriffen werden.“³ „Der Befund macht deutlich, dass das Recht auch dort, wo es Freiheitsräume für religiöse Praktiken schafft, nicht selbst religiös begründet ist: der rechtlichen Zulässigkeit der Beschneidung von Knaben liegt die Systemreferenz des Rechts und nicht die der Religion zugrunde.“⁴

I. Religionsfreiheit

Fateh-Moghadam setzt bei seinem Begründungsversuch alles auf eine Karte, nämlich die des Elternrechts und des Kindeswohls, das die Beschneidung als ein Akt der präventiv-medizinischen Fürsorge befördere. Auf die Religionsfreiheit will er sich nicht berufen. Könnte er es denn?

¹ http://www.uni-muenster.de/Religion-und-Politik/aktuelles/2010/mai/Gastbeitrag_Dr_Fateh_Moghadam.html.

² *Fateh-Moghadam* (Fn. 1), unter „Religiöse Rechtfertigung“.

³ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (142).

⁴ *Fateh-Moghadam* (Fn. 1), unter „Religiöse Rechtfertigung“.
– Deutlich anders *Swatek-Evenstein*, Jüdische Allgemeine – Wochenzeitung für Politik, Kultur und Jüdisches Leben (<http://www.juedische-allgemeine.de/article/view/id/5375>):

„Die Entscheidung der Eltern für eine Beschneidung ihres Sohnes sollte daher dann als im Kindeswohl stehend angesehen werden, wenn es sich dabei um die bewusste Entscheidung für die Fortführung einer körperlich ungefährlichen jahrtausendealten Tradition handelt.“ Aber sollten uns die Jahrtausende nicht eher erschrecken? Ein blutiges Ritual, das dem Gottes- und Menschenbild versunkener Zeiten gemäß gewesen sein mag, ist vielleicht nicht mehr so recht vereinbar mit einer Ethik und Rechtsordnung, die jedem, auch jedem Kind, „das Recht auf körperliche Unversehrtheit“ (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) einräumt.

So befragt fasst der *Autor* zunächst ein „generelles Verbot der religiös motivierten Beschneidung von Knaben“ ins Auge. Er scheint zu übersehen, dass dieses Verbot nicht erst noch zu schaffen wäre, sondern schon jetzt in § 223 StGB ausgesprochen ist. Strenggenommen stimmt darum auch die Frage nicht, ob das Verbot „verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könnte“, was *Fateh-Moghadam* „zweifelhaft“ nennt.⁵ Zu fragen ist vielmehr, ob hier das Verbot der Körperverletzung eine Ausnahme erleidet, weil bei religiöser Motivierung Art. 4 GG die von § 223 StGB erfassten Zirkumzisionen rechtfertigt. Die Antwort ist nicht zweifelhaft, sondern eindeutig: Nein. Das Abschneiden der Vorhaut ist eine Körperverletzung, und § 223 StGB macht es grundsätzlich zur Pflicht eines jeden Staatsbürgers, seinem Mitmenschen keine Körperverletzung zuzufügen. Davon gibt es Ausnahmen (etwa für Fälle der Notwehr), aber die Religionsfreiheit begründet keine. Das stellt Art. 140 GG ausdrücklich klar. Denn zum „Bestandteil dieses Grundgesetzes“ macht er den Art. 136 der deutschen Verfassung vom 11.8.1919, und dessen Abs. 1 bestimmt: „Die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt.“ Den Umfang der Pflichten, die aus den Gesetzen folgen, vermindert also der Umstand, dass wir unsere Religion ausüben, um gar nichts. Oder, was dasselbe ist: Die Schranken, die solche Gesetze unserer Handlungsfreiheit ziehen, verschieben sich im Fall der Religionsausübung um keinen Millimeter. Z.B. wenn eine Frau in der fast leeren Kirche den Rosenkranz betet und Zeuge wird, wie zwei Bänke vor ihr ein alter Mann einen Herzinfarkt erleidet und um Hilfe ruft. Die Hilfe zu leisten ist dann nach § 323c StGB ihre gesetzliche, also staatsbürgerliche Pflicht, und Art. 140 GG stellt klar, dass sie sich in ihrer Religionsausübung sehr wohl „stören“ lassen muss, d.h. sich nicht auf eine Rechtfertigung nach Art. 4 Abs. 2 GG („Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet“) berufen kann. Es wäre ja auch eine empörende Ungleichbehandlung, wenn in der Kirche die Putzfrau ihr Staubwischen selbstverständlich unterbrechen müsste, die fromme Dame ihr Beten aber ungerührt fortsetzen dürfte.

II. Kindeswohl

Fateh-Moghadam hat also recht daran getan, mit dem Aspekt der Religionsfreiheit nur zu liebäugeln, aber es mit einer Rechtfertigung über Art. 4 GG gar nicht erst zu versuchen. Entscheidend ist in der Tat, ob dann, wenn es an der kurativ-medizinischen Indikation fehlt, die elterliche Entscheidung für die Zirkumzision aus anderen Gründen als „zum Wohl des Kindes“ getroffen bewertet werden kann.

1. Soziale Vorteile?

Hier drängt sich nun eine Erwägung auf, die *Fateh-Moghadam* verwirft: Könnte es nicht doch unter dem Kindeswohl-

⁵ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (140).

aspekt mit den religiös motivierten Beschneidungen eine besondere Bewandnis haben, weil speziell diese der Einbindung in eine Gemeinschaft dienen? *Putzke* ist dem gründlich nachgegangen und hat zunächst einmal zugestanden, dass die religiös gebotene Beschneidung dem Kindeswohl jedenfalls auch einen „Nutzen“ bringe, nämlich insofern, als sie den Knaben vor der Ausgrenzung, der Stigmatisierung als Nichtbeschnittener bewahrt und umgekehrt die religiöse Identifikation und Zugehörigkeit zur muslimischen oder jüdischen Gemeinschaft bekräftigt.⁶ Das läuft darauf hinaus, den angeblichen Nutzen gegen die Schäden, die die Beschneidung anrichtet, abzuwägen, und öffnet den Apologeten der rituellen Beschneidung rhetorische Möglichkeiten.⁷ Ich halte es aber schon im Ansatz für falsch, hier eine Förderung des Kindeswohls durch Verschaffung eines sozialen Vorteils anzuerkennen und sich damit auf Abwägung einzulassen. Entscheidungen der elterlichen Sorge, die die Religion des Kindes betreffen, sind von Rechts wegen als kindeswohlneutral zu betrachten. Z.B. muss es Eltern unter allen Umständen freistehen, ob sie ihr Kind taufen lassen. Auch in einem bayerischen Dorf, wo alle katholisch getauft sind und feindseliges Befremden droht, darf es nicht sein, dass man den Eltern ihre negative Entscheidung als gegen das Wohl ihres Kindes gerichtet *rechtlich* (§ 1627 BGB) zum Vorwurf machen könnte. Das Kindeswohlkriterium ist in Religionsangelegenheiten als Maßstab nicht tauglich und darum nicht maßgebend. Das findet auch deutlichen Ausdruck in Art. 7 Abs. 2 GG: „Die Erziehungsberechtigten haben das Recht, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu entscheiden.“ Dieses Recht ist ohne Einschränkung eingeräumt. Die elterliche Entscheidung durchläuft nicht die Kontrolle, ob sie dem Wohl des Kindes dient. Eine weise Regelung! Denn man kann schlechterdings nicht wissen, was auf längere Sicht für das Kindeswohl – in geistiger, seelischer, sittlicher, gesellschaftlicher Hinsicht – herauskommt, wenn Eltern ihr Kind in eine Glaubensgemeinschaft einbinden oder dies gerade vermeiden und ihm bewusst die Freiheit erhalten, sich später selbst seinen Weg zu suchen.

2. Gesundheitliche Vorteile?

So hat *Fateh-Moghadam* nichts versäumt, wenn er die Frage nach der elterlichen Förderung des Kindeswohls als dem möglichen Rechtfertigungsgrund auf den gesundheitlichen Aspekt beschränkt. Besonderes Gewicht gibt er nun seiner Annahme, dass nach geltendem Recht „die primär den Sorgeberechtigten zugewiesene Abwägungsentscheidung ledig-

lich einer Unvertretbarkeitskontrolle“ unterliege und man dabei berücksichtigen müsse „die Schwere des Eingriffs, seine Folgen und gesundheitlichen Risiken (1), die mit dem Eingriff verbundenen (präventiv)medizinischen und sonstigen Vorteile und Chancen (2) und schließlich das Vorliegen von spezifisch kindeswohlverletzenden Eingriffsmodalitäten (Bestrafung, Demütigung, Missachtung von Vetorechten und sonstige entwürdigende Maßnahmen), die als Einwilligungssperren wirken“⁸.

a) Dass *Fateh-Moghadam* den Eltern einen Vertretbarkeitsspielraum zubilligt, ist im Prinzip richtig. Angenommen, der Urologe belehrt sie i.S.d. „Grenzwertigkeit“ des Falles: Eine behindernde Verengung sei gegeben, werde sich aber voraussichtlich mit der Zeit auswachsen und auch vorher schon könne man mit Salbe und Sorgfalt für Hygiene sorgen, Beschwerden lindern und Entzündungen verhindern. Ihm sei es zweifelhaft, ob man unter diesen Umständen dem Kind die Operation mit all ihren Schrecknissen, Risiken, Wundheilungsschmerzen, Unwiederbringlichkeiten und Veränderungen des natürlichen sexuellen Erlebens antun solle. Aber die nur palliative Behandlung sei langwierig, lästig und beseitige die Beschwerden nicht gänzlich. So müsse man abwägen und dabei auch bedenken, dass einiges für die Minderung gewisser Krankheitsrisiken spreche, wenn es nach der Geschlechtsreife zum partnerschaftlichen Sexualverkehr komme. Hier wäre die Beschneidung, wenn die Eltern sich für sie entschieden, gerechtfertigt, wie auch umgekehrt die Entscheidung dagegen von § 1627 BGB gedeckt wäre. Für so einen Fall hat der *Autor* recht: „Den Eltern steht ein Wahlrecht zwischen beiden Behandlungsalternativen zu“⁹, und es ist dann auch nichts dagegen einzuwenden, wenn am Ende das religiöse Gebot der Beschneidung den Ausschlag gibt.

b) Nun aber stelle ich mir vor, muslimische Eltern kommen mit ihrem Fünfjährigen zum Arzt und dieser belehrt sie zutreffend, für eine Beschneidung gebe es medizinisch keinen Grund. Die Vorhaut gleite geschmeidig und entfalte ihre von der Natur gewollte gute Wirkung; man solle doch um Himmels willen dem Kind dies alles ersparen: das Risiko von Narkose und Operation, die Angst vorher, die Qualen danach und den Verlust eines gesunden Körperteils, den der Achtzehnjährige, wenn er ihn noch hätte, wahrscheinlich behalten wollen würde.¹⁰ *Fateh-Moghadam* sähe auch bei dieser Sach-

⁸ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (141).

⁹ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (136).

¹⁰ Über einen solchen Fall berichtet im Internet

(<http://www.laek-rlp.de/aerzteservice/fortbildung/fallbeispiele/2229219d8b071db01.php>) der Urologe *Dr. L. Franzaring* als Gutachter für den Schlichtungsausschuss der Landesärztekammer Rheinland-Pfalz. Der Befund des behandelnden Oberarztes hatte gelautet, die Vorhaut sei „vollkommen reponibel, es bestehe keine Phimose und somit keine Indikation für eine Zirkumzision“. Die Weigerung wurde der Mutter sogleich mitgeteilt. Die Eltern, muslimischen Glaubens, waren nicht einverstanden und haben den Schlichtungsausschuss angerufen. *Franzaring*: „Zum Zeitpunkt der geplanten Zirkumzision im September 2008 findet der Operateur eine leichte Verklebung der Vorhaut und nach deren Lösung eine

⁶ *Putzke*, in: *Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 669 (701).

⁷ *Putzke* selbst lässt am Ende den von ihm anerkannten Nutzen *nicht* den Ausschlag geben. Er beruft sich u.a. auf § 24 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (ÜRK), dem er m.E. zu Recht die Wertung entnimmt, dass die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit des Kindes wichtiger sei als eine religiös-soziale Einbindung, die dem Kind einen gesunden Körperteil abzuschneiden gebietet; vgl. *Putzke*, *MedR* 2008, 268, 272.

lage die Eltern im Recht, wenn sie anderswo doch noch, dem ärztlichen Rat zuwider, die Beschneidung veranlassen. Die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohlerfordernis ergäbe sich ihm aus dem „signifikant niedrigeren Risiko“ des Kindes, in der Zukunft irgendwann einmal „an Harnwegsinfektionen, Peniskrebs, Syphilis und weichem Schanker zu erkranken sowie sich durch heterosexuelle Sexualkontakte [warum nicht auch homosexuelle? R.D.H.] mit HIV zu infizieren“. Die Vorteile anderer Personen (die im Beurteilungszeitpunkt noch ganz unbekannt und vielleicht noch gar nicht geboren sind) wirft er gleich mit in die Waagschale: „Zudem vermindert die Beschneidung die Übertragung von humanen Papillomaviren und senkt damit das Risiko von Gebärmutterhalskrebs bei den weiblichen Sexualpartnern beschnittener Männer.“¹¹

Ich halte diese Argumentation für verfehlt. M.E. ist die stellvertretende (elterliche) Einwilligung in eine kurativ-medizinisch nicht indizierte Zirkumzision selbst dann unwirksam, wenn die Eltern die Operation – was selten der Fall sein wird – ganz bewusst um der „präventiv-medizinischen Vorteile“ willen veranlassen. Die Gründe für diese rechtliche Bewertung liegen auf der Hand. Erstens: Die Eltern dienen

komplette Retrahierbarkeit des Präputiums. Dieses wird anhand einer digitalen Fotodokumentation festgehalten. Auf [...] der Photographie lässt sich erkennen, dass das Präputium vollständig retrahiert ist, ein Schnürring im Bereich der Vorhaut lässt sich nicht erkennen. Ebenfalls liegt laut Urteil des operierenden Oberarztes zum Zeitpunkt der Intervention keine entzündliche Veränderung der Vorhaut beziehungsweise der Glans penis vor. Somit bestand zum Zeitpunkt der Intervention keine medizinische Indikation für eine radikale Zirkumzision.“ Unter Berufung auf *Putzke* stellt *Franzaring* fest: „Liegt eine medizinische Indikation nicht vor, macht sich nach § 223 StGB strafbar, wer einen Minderjährigen ohne medizinische Indikation zirkumzidiert, wenn etwa allein hygienische, ästhetische oder religiöse Gründe vorliegen.“ So in der Tat die inzwischen herrschende Lehre: grundlegend *Putzke* (Fn. 6), S. 673 ff.; ebenso *Herzberg*, JZ 2009, 332 ff.; *Jerouschek*, NSTz 2008, 313 (317 f.); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Aufl. 2009, § 8 Rn. 39; *Schneider*, Die männliche Beschneidung Minderjähriger als verfassungs- und sozialrechtliches Problem, Berlin 2008, S. 111 ff.; *Schreiber/Schott/Rascher/Bender*, Klinische Pädiatrie, 2009, S. 409 ff.; *Schroth*, in: Hassemer/Kempff/Moccia (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 719 (723 Fn. 22); *Stehr/Putzke/Dietz*, Deutsches Ärzteblatt 2008, A 1778 (A 1780); *Sternberg-Lieben*, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 325 (352 f.); *Zöllner*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 2010, § 223 Rn. 22; dahingehend auch *Coester*, in: Staudinger, BGB (Neubearbeitung 2009), § 1666 Rn. 126; *Kern*, NJW 1994, 753 (765); a.A. *Germann*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar, GG, Art. 4 Rn. 50.1. m.w.N.

¹¹ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (136 f.).

nicht dem Wohl ihres Kindes, wenn sie *zugunsten Dritter* ein gesundes Stück seines Körpers amputieren lassen, nämlich zu dem Zweck, dass sich in zwanzig Jahren für etwaige Sexualpartnerinnen das Risiko, an Gebärmutterhalskrebs zu erkranken, theoretisch-statistisch um ein Beinahe-Nichts verringere. Zweitens: Die Vorteile für das Kind selbst sind uneingeschränkt zu haben, ohne dass man ihm die Beschneidung aufzwingen und es vor vollendete Tatsachen stellen müsste; nämlich durch das ohnehin gebotene gründliche Waschen von Anfang an (Vermeidung von Entzündungen, Harnwegsinfektionen, Peniskrebs) und durch eine *spätere* Beschneidung, die der gereifte junge Mensch in autonomer Entscheidung an sich vornehmen lässt (Verminderung des Risikos von HIV und Geschlechtskrankheiten).

Man nehme einmal an, die Beschneidung wäre in den ersten Jahrhunderten nach Christus nicht nur von den Christen, sondern auch von den Juden ethisch verworfen worden und vor allem „der Prophet“ hätte sie als Frevel am Gottesgeschenk des menschlichen Körpers aufs Strengste verboten. Die moderne Medizin hätte dann aber, gegen massiven Protest besonders der muslimischen Religionsführer, immer öfter die frevelhafte Zirkumzision als Heilmittel gegen die Phimose eingesetzt und es hätten sich Anzeichen ergeben, dass gewisse Krankheiten bei beschnittenen Männern seltener auftreten, vergleichbar den gesundheitlichen Vorteilen, die die Tonsillektomie (Entfernung der Gaumenmandeln) und die Appendektomie (Entfernung des Blinddarmwurmfortsatzes) mit sich bringen. Und weiter noch angenommen, manche jungen Männer mit sexuellen Kontakten ließen sich, mit Blick auf die Statistik, vorsorglich beschneiden. Wer käme da wohl auf die Idee, den Eltern eine präventiv-medizinische Eigenmacht einzuräumen! Wir wären uns alle einig, dass es dem Träger der befundfreien Vorhaut selbst überlassen sein müsse, ob er später als urteilsfähiger Mensch der Risikominderung für seine Person und seine Lebensführung so viel Gewicht gibt, sich dafür ein wertvolles Stück seines Körpers abschneiden zu lassen. Genau wie die gesunden Mandeln, die beim Kind vorsorglich herauszuoperieren unverantwortlich wäre, obwohl man dadurch in vielen Fällen schwere und komplikationsreiche Erkrankungen (bis zur Herzklappenentzündung) verhindern würde. Diese hypothetische Überlegung deckt auf, dass *Fateh-Moghadams* Begründungsversuch misslingen musste. Wenn er es – mit Recht! – vermeidet, sich die kulturell-religiöse Scheinlegitimierung zu eigen zu machen, dann aber via präventiv-medizinische Kindeswohlfürsorge die alltägliche Beschneidungspraxis weitgehend doch für rechtens erklärt, dann plädiert er, bei allem guten Willen, objektiv für die Missachtung eines Menschenrechts. Ohne jeden Heilungssinn einem kleinen Kind ein gesundes Stück seines Körpers zu amputieren, das dann lebenslang verloren ist, und sei es „nur“ die Vorhaut oder bei kleinen Mädchen, zum gerechten Ausgleich, weil sie keine Vorhaut haben, ein Ohr läppchen oder eine kleine Zehe, ist ein zum Himmel schreiender, zutiefst unmoralischer Missbrauch der Macht über dieses Kind. Und das Urteil ändert sich nicht, wenn die Anstifter und Täter „zur Ehre Gottes“ zu handeln beanspru-

chen, einer religiös-sozialen Konvention gehorchen oder sich auf Hygiene und Vorbeugung berufen.¹²

c) *Fateh-Moghadam* sucht das mit dem geltenden Recht zu widerlegen und aus § 1666 BGB, § 171 StGB Argumente herzuleiten. Diese Vorschriften, meint er, „respektieren den grundsätzlichen Vorrang des Elternrechts bei der Bestimmung des Kindeswohls, indem sie erst bei einer evidenten Überschreitung der Missbrauchsschwelle eingreifen. Nichts anderes muss für die Frage der strafrechtlichen Grenze der Dispositionsbefugnis bei der stellvertretenden Einwilligung in körperliche Eingriffe gelten, die daher als gröbliche Verletzung [...] der elterlichen Sorgspflicht, durch die eine Verletzung des Kindeswohls droht, definiert werden kann“. Erst eine „in diesem Sinne“, also *evident* missbräuchlich erklärte Einwilligung soll auch strafrechtlich unwirksam sein.¹³

Hier unterlaufen dem Plädeur grobe Fehler, und zwar in Ansehung beider Vorschriften. § 1666 BGB stellt für das Eingreifen des Familiengerichts nirgends die Voraussetzung *evidenten* Missbrauchs oder *gröblicher* Pflichtverletzung auf. Er lässt vielmehr genügen, dass der Verantwortliche „seine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind oder seine mit der Vermögenssorge verbundenen Pflichten verletzt“ (Abs. 2). In § 171 StGB dagegen findet sich das Wort „gröblich“ („Wer seine Fürsorge- oder Erziehungspflicht [...] gröblich verletzt [...]“). Aber hier geht es um ein spezielles *Delikt*. In seinem Tatbestand ist „gröblich“ eine Voraussetzung unter anderen, die die Deliktsqualität des Unrechts begründet. Es ist abwegig, aus dem Merkmal zu folgern, dass eine leichte oder „normale“ Verletzung der elterlichen Fürsorgepflicht rechtlich nicht zähle. Nehmen wir an, eine Mutter erlaubt dem Nachbarn, zur Bestrafung eines Übergriffs ihr Kind für ein paar Stunden einzusperren. Wenn sie damit, was naheliegt, ihre Fürsorge- und Erziehungspflicht verletzt, dann ist die Einwilligung selbstverständlich unwirksam und die Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) rechtswidrig; es spielt keine Rolle, ob man die Pflichtverletzung schon als „gröblich“ bewertet.

Bezogen auf die Beschneidungsfälle sagt *Fateh-Moghadam*: Ja, wenn mit dem kindlichen Penis alles zum Besten steht, dann mag man die elterliche Veranlassung der Zirkumzision schon als schwach missbräuchliche Ausübung des Sorgerechts und als leichte Verletzung der Schutz- und Fürsorgepflicht bewerten. Aber inakzeptabel und strafrechtlich relevant sind erst der *evidente* Missbrauch des Sorgerechts und die *gröbliche* Verletzung der Schutzpflicht. Ich kann mir diese seltsame Lehre nicht anders als mit einem *Habermas*'schen „erkenntnisleitenden Interesse“ erklären. *Fateh-Moghadam* hat zugunsten eines weltweit verbreiteten Brau-

ches erkennen *wollen*, dass „auch nicht kurativ-medizinisch indizierte Zirkumzisionen grundsätzlich vertretbare Elternentscheidungen“ sind,¹⁴ und darum zieht er dem „grünen Bereich“ eine entsprechende Grenze. Aber das ist nicht haltbar. Stellvertretende Einwilligungen zu Lasten des Rechtsgutsträgers, die ihm gegenüber eine Schutzpflicht verletzen, sind unwirksam; auf Evidenz und Gröblichkeit kommt es nicht an.

III. Vetorecht des Kindes?

Fateh-Moghadam gibt bei der Rechtfertigung von Zirkumzisionen den präventiv-medizinischen Gründen das gleiche Gewicht wie den kurativ-medizinischen. Deshalb sagt er, „dass Eltern sich grundsätzlich für eine Beschneidung ihrer Söhne entscheiden können“, und darum formuliert er die Einschränkungen, ohne zwischen diesen und jenen Fällen zu differenzieren. Wirksam sei die elterliche Einwilligung nur, „wenn der Eingriff kunstgerecht, unter sterilen Bedingungen und unter Einsatz einer angemessenen Schmerztherapie [...] erfolgen soll“, und außerdem müsse „der erkennbar entgegenstehende Wille Minderjähriger auch dann respektiert werden, wenn diese noch nicht selbst einwilligungsfähig sind“¹⁵. Aber das kann so allgemein nicht richtig sein. Wenn sich Kinder, wie es oft vorkommt, aus Angst mit aller Kraft gegen eine bevorstehende Operation wehren (wie z.B. meine damals sechsjährige Tochter bei ihrer „Blinddarmentzündung“), dann dürfen nicht nur, dann *müssen* die Eltern und Ärzte das um der Gesundheit oder gar Lebensrettung willen missachten. *Fateh-Moghadam* hat dies wohl übersehen und wird es jetzt nicht bestreiten. Dass das kindliche Veto als „Einwilligungssperre“ wirke, ist eine in meinen Augen wertvolle Einschränkung der Macht beschneidungswilliger Eltern, kann aber von vornherein nur für solche Operationen gelten, die nicht der Behebung von Krankheit (im weiten Sinne) dienen, d.h. vereinfacht gesagt: die unnötig sind. Diese unumgängliche Differenzierung deckt auf, wie schlecht es um den Rechtfertigungsaspekt der präventiv-medizinischen Vorteile des Beschneidungsopfers bestellt ist. Der sechsjährige Knabe muss nur erkennbar dagegen sein und schon reichen die Vorteile nicht mehr, die Zirkumzision zu rechtfertigen.

Die Konsequenzen der Anerkennung eines kindlichen Vetorechts sind so weitreichend, dass mir selbst von *Fateh-Moghadams* Standpunkt aus der Satz nicht richtig scheint, den er als Ergebnis präsentiert: „Die Entscheidung der Eltern für die Zirkumzision von Knaben stellt in der Regel keinen Missbrauch der elterlichen Sorge dar“¹⁶. Der *Autor* hat sich anscheinend nicht klar gemacht, dass er mit seiner Vetobe-

¹² Wer sich berufen fühlt, den grausamen Brauch zu rechtfertigen, sollte verpflichtet sein, vorher in SPUREN Nr. 96, Sommer 2010 (www.spuren.ch/comments/970_0_2_0_C), den Aufsatz von *Claude Jaermann* zu lesen (Das wunde Geschlecht: Beschneidung von Knaben), worin er einleitend sagt: „Seit Jahrtausenden wird neugeborenen Knaben und jungen Männern eine Wunde zugefügt, wo es am meisten wehtut. Ein Tabu mit unabsehbaren Folgen“.

¹³ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (133).

¹⁴ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (138).

¹⁵ *Fateh-Moghadam* (Fn. 1), unter „Vetorechte Minderjähriger“; dazu schon *Putzke*, NJW 2009, 1568 (1569 f.).

¹⁶ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (138). Dabei beruft sich *Fateh-Moghadam* in seinem Aufsatz (dort u.a. Fn. 95) auch auf die Kommentierung von *Coester* (Stand 2004), hat jedoch anscheinend übersehen, dass auch dieser Kommentator die kurativ-medizinisch nicht indizierte Beschneidung von Jungen inzwischen als Kindeswohlgefährdung ansieht (in: *Staudinger*, BGB [Neubearbeitung 2009], § 1666 Rn. 126).

achtung dem Recht ein Verbot der Beschneidung entnimmt für nahezu alle Fälle, in denen das Kind mit befundfreier Vorhaut über den nur rituellen Sinn aufgeklärt werden und dann einen erkennbaren Unwillen bilden kann. Denn das Kriterium des kindlichen Willens verlangt selbstverständlich von den Eltern, dass sie den wahren Willen des Kindes nicht durch Pression, Lüge und Verharmlosung verfälschen. Sie müssen ihm vielmehr sagen, dass die Beschneidung zwar ein Fest und schöne Geschenke, aber auch Risiken und schlimme, tage- oder wochenlang andauernde Schmerzen mit sich bringt, und ihm in fairer Neutralität die Alternative anbieten: „Du kannst es dir überlegen und dich später, wenn du groß bist, selbst entscheiden, dafür oder dagegen.“ Ich vermute, dass sich die meisten Jungen, wenn man sie weder belügt noch unter Druck setzt, für den Aufschub entscheiden würden.¹⁷

Fateh-Moghadam betont die besondere Bedeutung der „Vetorechte Minderjähriger [...], wenn die Beschneidung nicht unmittelbar nach der Geburt, sondern bei bereits weiter entwickelten Minderjährigen bis zum Beginn der Pubertät durchgeführt“ wird.¹⁸ Das ist eine relativ fortschrittliche, die bedrohten Kinder schützende Rechtsbelehrung – mit einer fatalen Kehrseite! Denn sie enthält die stillschweigende Empfehlung an die Eltern, sich mit der Beschneidung zu sputen und sie schon dem Kleinkind anzutun, solange es noch nicht auflösbar ist und keinen Gegenwillen bilden kann. Man denke sich einmal, nicht der Penis, sondern das Vermögen des Kindes wird von den Eltern aus frommen Gründen beschnitten und dieses Stück des Vermögens ist nun für das Kind auf Dauer verloren. Wer käme da wohl auf die Idee, das Delikt der Untreue (§ 266 StGB) mit der Begründung zu verneinen, das Kind habe ja kein Veto eingelegt!

IV. Normative Relevanz der Fakten?

Fateh-Moghadam weist darauf hin, dass nach den Angaben der WHO weltweit ca. 33 % aller Männer über 15 Jahren beschnitten und dass es speziell in den Vereinigten Staaten sogar 75 % seien.¹⁹ Er zieht ihn nicht ausdrücklich, legt ihn dem Leser aber nahe: den naturalistischen Fehlschluss vom Sein aufs Sollen. Wenn der Brauch doch so verbreitet ist, dann soll er es auch sein und die Eltern sollen ihn weiter üben dürfen. Aber so darf man nicht argumentieren und ganz gewiss nicht, wenn es um die blutige Verletzung, ja Verstümmelung von Menschen geht, die den Eingriff nicht selbst fordern, sondern ihn erleiden, weil sie sich gegen erwachsene Machthaber nicht wehren können. Das Argument, ein bestimmtes Tun sei seit Jahrhunderten üblich und immer toleriert worden, kann ethische und rechtliche Fragen nicht entscheiden. Sie verlangen immerfort neue Antworten, je nach dem Zeitgeist und dem Stand des moralischen Empfindens.

¹⁷ Man lese *Necla Keleks* Bericht über die Beschneidung ihrer Neffen, in: *Die verlorenen Söhne, Plädoyer für die Befreiung des türkisch-muslimischen Mannes*, 2. Aufl. 2006, S. 109-122.

¹⁸ *Fateh-Moghadam* (Fn. 1), unter „Vetorechte Minderjähriger“.

¹⁹ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (120 f.).

Auch die Kastration von Knaben und Männern war einmal, im Morgen- wie im Abendland, üblich und ethisch unangefochten, ging es doch um hohe Werte, z.B. den Haremschutz, und edle Ziele, z.B. die musikalische Verherrlichung Gottes durch schöne Kastratenstimmen (in der päpstlichen Kapelle sangen sie noch im 19. Jahrhundert).

So töricht er wäre, ich habe wohl den Einwand zu fürchten, mein Vergleich setze gleich, nämlich die männliche Beschneidung mit der Kastration. Darum beeile ich mich, ein näherliegendes Beispiel zu bringen: Zu Erziehungszwecken sind vermutlich weit mehr als 33 % der jetzt lebenden Männer in ihrer Kindheit körperlich verletzt (misshandelt) worden, und auch in den meisten westlichen Demokratien gelten solche Verletzungen, wenn sie im Rahmen bleiben, noch als erlaubt. Muss sich nun unsere deutsche Gesetzgebung und unsere Gesetzesdeutung danach richten? Nein, es gibt auch im Zivilisatorischen und Sittlich-Rechtlichen Läuterung, Fortschritt und Vorreitetum. Das Recht des Schulmeisters, des Lehrherrn, ja selbst der Eltern (vgl. § 1631 Abs. 2 BGB) auf körperliche Züchtigung ist bei uns abgeschafft, obwohl es doch den Sinn hatte, dem erzieherischen Wohle des jungen Menschen zu dienen. Über dem Eingang eines denkmalgeschützten Gymnasiums las ich einmal den Spruch: *Non scholae sed vitae discimus et castigamur*. Damals fand niemand etwas dabei, die Verletzungen galten als präventiv-pädagogisch vorteilhaft. Ein Stadtpfarrer von Schrobhausen hat noch in den siebziger Jahren in „seinem“ Kinderheim Kinder aus problematischen Elternhäusern mit Stock und Lederriemen schmerzhaft gezüchtigt, mit bestem Gewissen und wohl mit Billigung der meisten. Jetzt sehen es alle anders, und die alten Wohltaten kosten ihn sein Bischofsamt.

Nichts gegen die Beschneidung! Nur verlangt das geltende Recht, dass man sie beim Kind auf die Fälle – wirklicher und nicht nur vorgeschützter – medizinischer Notwendigkeit beschränkt und sie im Übrigen der eigenverantwortlichen Entscheidung dessen überlässt, der sie erleiden würde. Diese Rechtslage und die Strafbarkeit der davon nicht gedeckten Zirkumzisionen muss jeder Jurist erkennen, der sich sein Urteil unvoreingenommen bildet und es keinem Interesse, auch keinem Streitvermeidungsinteresse, erlaubt, seine Erkenntnis zu leiten. Die „Sorge um den religiösen Frieden“, die *Putzke* seinen Meinungsgegnern zubilligt,²⁰ ist eine gute Sache. Aber sie darf die rationale Beurteilung der Rechtslage nicht verfälschen und nicht bewirken, dass die Verstümmelung von Kindern toleriert wird, nur weil sie religiöse Tradition ist.

²⁰ *Putzke* (Fn. 6), S. 709.

New Developments of Environmental Policy and Environmental Criminal Law in the People's Republic of China*

Von Prof. Dr. Shizhou Wang, Beijing**

I. Introduction

The Chinese Environmental Protection Law was formally promulgated in 1989.¹ This Law builds up the legal framework and supervisory system to protect the environment in China, stressing that the major work for environmental protection is to prevent environmental pollution. However, due to the great demands of economic development, a move towards environmental protection has been quite difficult until recent years.

Now, environmental protection has become an important topic in the daily life of Chinese people. In recent years, people in Beijing face serious problems such as sand-storms in spring, periods of heat in summer, shorter beautiful days in autumn and dry-cold-wind in winter. In addition, the crises caused by pollution to air, food, water, and poisoning of children² have stricken our heart so often!

Fortunately, however, the Chinese public and the government have woken up and realized the importance of environmental protection to our life and society. Climate, environment, and resource protection have become important topics of day-to-day discussion already! China has taken the issues of environmental protection more and more seriously.

II. The New Development of Environmental Policy in China

Now, the theory and practice of sustainable development strategy have made significant progresses in China and greatly pushed forward the works of Chinese environmental protection. This tendency is supported by the new philosophical outlook of the ruling Communist Party of China (hereafter CPC) on Scientific Development.³ In 2007, the CPC has accepted the concept of "Eco-civilization" as the new style of social morphology in its Report of the 17th National Congress. It has begun its efforts to shift the Chinese society from industry-civilization to eco-civilization, and to change the economic model from a resource-economy to a knowledge-economy. Accordingly, China shall follow the route of sustainable development and shall be built as a country where people live in harmony with natural environment and where

eco-consciousness becomes the leading social philosophy. Recently, the low carbon economy has become the key word to characterize the industrial system and consumption in China.⁴ For example, this new policy was explained in the governmental agenda announced by the Prime Minister in the 3rd Session of the 11th National People's Congress, held in March, 2010.⁵

The new environmental policy of the CPC has a great impact upon all sides of China. Legislatively, it guides China to improve its legal system of environmental protection. The Standing Committee of the National People's Congress of China approved the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) in 1992 and the State Council verified the Kyoto Protocol in 2001. By now, there are about thirty laws in China, specifically or collectively handling issues of environmental protection. However, to achieve effective environmental protection, more detailed regulations are required. Under the new policy of environmental protection, the State Council and the key ministries shall take more carefully devised measures to guide their day-to-day works.

It is true that the Chinese government has taken more and more important measures for environmental protection, according to the new policy of the environmental protection and the requirements of laws. These administrative measures have developed a great number of more detailed requirements for environmental protection. Of them, there is the 11th Five-Year (2006-2010) Planning Outline of National Economy and Social Development,⁶ in which the goal of reducing energy consumption per unit of GDP by 20 % was set with legally binding power. Accordingly, there are ten key energy-saving projects being carried out in Chinese industry. These projects will play an important role in environmental protection. As an example, in the coal-firing industrial boiler/kiln furnace renovation project, old or inefficient industrial boilers will be replaced or improved by more advanced ones. In the regional cogeneration project, a central heating system for a large district will be built up to replace small heating boilers that only work over a small area. In the residual heat and over-pressure utilizing project, the areas near the large industrial

* This paper is based on the lecture given at the University of Augsburg. The author is very grateful to Prof. Dr. Joachim Herrmann in the Law School of Augsburg University for his encouragement and help in completing this paper.

** Prof. Dr. Shizhou Wang, LL.D. Supervisor, Law School of Peking University, Alexander von Humboldt Fellow (1994-1996) and the winner of Humboldt Research Prize (2009).

¹ Wang, EurJCrimeCrimLawCrimJustice 12 (2004), 150.

² It has been reported in recent years that many children in China were found with lead concentrations in their blood.

³ Central Literature Research Bureau of the Chinese Communist Party (comp.), *Treaties on Scientific Development* by Zedong Mao, Xiaoping Deng and Zemin Jiang, 2008, pp. 63-133.

⁴ Hu, Report to the 17th National Congress of the Communist Party of China on 15.10.2007, in: *Collection of the Documents of the 17th National Congress of the Communist Party of China, 2007*, p. 20.

⁵ Wen, Working Report of Government on the 3rd Session of the 11th National People's Congress on 5.3.2010, in: *General Office of the Standing Committee of the National People's Congress (comp.), Collection of the Documents of the 3rd Session of the 11th National People's Congress, 2010*, p. 5.

⁶ The 11th Five-Year (2006-2010) Planning Outline of National Economy and Social Development, in: *General Office of the Standing Committee of the National People's Congress (comp.), Collection of the Documents of the 4th Session of the 10th National People's Congress, 2006*, p. 86.

centre, such as steel processing, chemistry production or textiles, will have more benefits from what used to be the pollution emitted from the factories. In the petroleum-saving and-replacing project, new energies such as solar and clean coal technology will be developed. In the motor system's energy-saving project, the motor system with more efficient capacity will be adopted. In the energy system's optimizing or energy-saving project, the new software, designs and technology will be encouraged. In the building energy-saving project, the issues of energy-saving in the construction must be considered. In the green lighting project, the techniques and the products of green lighting will be supported. Governmental units shall become a model for environmental protection in the government organization's energy-saving project. Laws and technical standards as well as the supervisory systems shall be improved in the construction project of energy-saving monitoring and the technical service system.

As a clear tendency, Chinese industry has begun serious efforts in building a circular economy in order to reuse and recycle resources. Clean energy, such as nuclear power, wind power and solar power are favored. Clean coal technology is pushed forward for more efficient industrialization. Besides that, China will also establish systems of monitoring, checking, and supervising the energy savings and emissions reductions. For the important cities like Beijing and Tianjin or environmentally sensitive areas, eco-construction projects like reforestation will be carried out to prevent further desertification. Furthermore, national programs shall be conducted in order to deal with the climate change problem. And China shall strengthen its basic research and improve its capacity on subjects such as meteorology, earthquakes, disaster prevention and reduction, surveying and mapping the environment.

Now, the Chinese environmental policy is not only a clear policy but also a task to be taken seriously by the State. Environmental protection is not a simple topic but a comprehensive one, involving not only science and technology, laws and policy, but also culture and common consciousness. Without the efforts of the government and the support of society, environmental protection would be very difficult to accomplish.

In China, as well as in Germany, people agree that criminal law should play a secondary role in protecting the environment. This is particularly true in China, since so many state organs are involved in the work of environmental protection.

As to developing policies, the Environment and Resources Committee of the National People's Congress is a central organ in China.

As to legislation, the Legislative Affairs Committee of the Standing Committee of the National People's Congress is responsible for the law-drafting, while the Legislative Affairs Office of the State Council is responsible for making administrative regulations.

As to the daily implementation, the Ministry of Environmental Protection exercises the general supervisory power in accordance with the Environmental Protection Law. It is the organ responsible for administrative matters. When there is a case involving an administrative violation, it will be handled

by the police. When there is a case involving a crime, however, the power to decide whether to initiate prosecution for environmental crime is always in the hand of people's prosecutor. The power to try the case belongs to people's court.

As environment protection affects many aspects of life, the administrative duties are distributed among different ministries. The Ministry of Transportation is in charge of preventing water pollution in harbors and docks. The Ministry of Agriculture is in charge of protection of grassland, fisheries and stockbreeding. Ministries of Public Security and Railway, as well as the General Administration of Civil Aviation, are jointly charged with preventing sound pollution by motor vehicles and administration of solid waste. The Ministry of Water Resource is responsible for water utilization and water conservancy construction. The comprehensive nature of environmental protection makes the power of the administration distributed in various areas.

Besides that, the administrative power concerning the environmental protection can also be found in other governmental organs.⁷ The National Development and Reform Commission is in charge of planning and balancing the policy of environment protection with social and economic development and of establishing standards to be met by enterprises. The Ministry of Construction is in charge of city planning, domestic waste, scenic attraction and gardening. The Ministry of Commerce is responsible for administration of businesses. The Ministry of Health is in charge of occupational disease control and public health administration. The Ministry of Culture is responsible for protection of cultural or natural heritage. The General Administration of Quality Supervision, Inspection and Quarantine is in charge of establishing standards and examining and approving the quality of products, categories of animals and plants for import and export. The Ministry of Land and Resources is responsible for the protection of natural resources. China Meteorological Administration and China Earthquake Administration shall undertake the responsibility for preventing the natural disasters in respective areas. There is also a State Forestry Administration, which has a special Forestry Police Bureau to undertake the work of enforcement in the forestry field.

Certainly, environmental protection is continually progressing in China. The environmental protection laws and regulations are also improving. For example, The Ministry of Commerce and the State Development and Reform Commission rewrote the Catalogue for the Guidance of Foreign Investment Industries in the end of 2007. Accordingly, all of the commercial and industrial areas are listed respectively into three categories: encouraged, limited and prohibited. Now, joint ventures of an environment-friendly-nature contained in the Catalogue will be encouraged. The environment-friendly joint ventures are particularly welcome in the Chinese central-western region. In 2008, China issued a special guideline in the Catalogue of Advantaged Industries for Foreign Investment in the Central-Western Region. Accordingly, privileges shall be given to those joint ventures which are

⁷ Cf. Jin Wang (ed.), *Principles of Environmental Law of China*, 2006, pp. 50-53.

good for the purposes of preventing environmental pollution and protecting Chinese natural resources.⁸

The comprehensive nature of environmental protection is a symbol of recent development, but it is also a challenge for the Chinese government and society. The new policy of environmental protection plays important role of directing, organizing and encouraging. As China is such a large county with such a large population, a clear and advanced policy of environmental protection is necessary to achieve this set of goals.

III. The New Development of Environmental Criminal Law in China

There is still a debate as to the adequate scope of environmental criminal law among the Chinese scholars. However, people agree on two basic characteristics of environmental criminal law:

Firstly, it should be *criminal law*. In the Chinese legal system, all provisions concerning crime and punishment are stipulated in the Chinese Criminal Code (hereafter CCC). More clearly, any criminal punishment shall only be imposed according to the Criminal Code and its amendments or legislative explanations.⁹ Judicial explanations, which are given by the Supreme People's Court and Supreme People's Procuratorate, are not law in the formal sense. However, judicial explanations shall be examined in order to understand criminal law, since they are concerned with crime and punishment and they have binding power for judges and public prosecutors.

Secondly, environmental criminal law should relate to environmental protection. In the Specific Part of the CCC, there are nine provisions from Art. 338 through 346 in Section 6: Crimes of Impairing the Protection of Environment and Resources. Section 6 is a part of Chapter VI: Crimes of Obstructing the Administration of Public Order.¹⁰ These crimes are the core of the environmental criminal law in China, though they might not be deemed as the complete set. The important crimes are Art. 338 and 339 CCC, both of which are crimes of environmental pollution. Art. 338 CCC prohibits anyone in violation of state regulations to release, dump, or dispose of radioactive wastes, wastes containing pathogen of contagious diseases, and toxic materials or other dangerous wastes into land, water, and the atmosphere. The criminal punishment shall be imposed when one causes major environment pollution accidents, heavy losses to public and private property, or grave consequences of personal deaths and injuries. Art. 339 CCC has three paragraphs. Para. 1 prohibits anyone in violation of state regulations to have

waste from abroad dumped, piled up, or treated within the territory of China. Para. 2 prohibits anyone, without the approval of the responsible authority of the State Council, to import solid waste materials as raw materials and cause serious environmental pollution. Para. 3 stipulates that it shall be deemed as smuggling to import wastes, irregardless of whether they are solid, liquid or gas, as raw materials under the color of making use of raw materials if these wastes cannot be used as raw materials.

The scope of environmental criminal law is not a purely academic question. It concerns the cooperation of various governmental organs in charge of environmental protection in all aspects. In 2007, an agreement was reached between the State Environmental Protection Administration (SEPA), which was in 2008 upgraded as the Ministry of Environmental Protection (MEP), and the Ministry of Public Security and the Supreme People's Procuratorate. The agreement concerns the question under which circumstances the environmental administration shall hand over the case of environmental violations to the policemen and prosecutor for the purpose of criminal investigation and prosecution. Accordingly, cases will no longer be treated as administrative violations and shall be handled by the authorities in charge of criminal investigation and prosecution, if the case involved any crime of smuggling wastes (Art. 152 CCC), severe environmental pollution (Art. 338 CCC), illegally disposing imported solid wastes and importing solid wastes without authorization (para. 1 and 2 of Art. 339 CCC), abusing power or neglecting duties by State personnel (Art. 397 CCC), serious irresponsibility by the State personnel in charge of environmental protection and supervision (Art. 408 CCC), and other crimes involving the environment. The category of "other crime" is still necessary, since most Chinese environmental crime is negligent crime. If a person, for example, intentionally discharges pollutants and causes a serious result such as a death, he shall not be charged only for a negligent crime such as environmental pollution under Art. 338 CCC. On the other hand, it is universally agreed that smuggling rare plants or rare animals and their products such as the fur of panda or ivory is environmentally harmful, but this type of crime itself is not listed as an environmental crime rather than a kind of smuggling crime.

It is true that, before 2000, cases of environmental pollution were almost exclusively treated as an environmental violation. At that time, there was only one judicial explanation concerning environmental crime issued by the Supreme People's Court in 1996. In this judicial explanation, it was explained how to try the cases on illegally importing wastes. However, this explanation was on the basis of an anti-smuggling decision of 1988 and the offence of illegally importing wastes was held to be a problem of violating customs administration; it was not yet clearly a problem of endangering the environment. But in this explanation, the Supreme People's Court recognized that the offence might cause problems not only to the customs control but also to the environmental safety which was included in the name of public security. It was only in 1997 that the separation of Customs administration and the environmental protection was recog-

⁸ Both of two legal documents can be found in <http://www.lawinfochina.com/>.

⁹ In the Chinese Law on Legislation, Art. 42 stipulates that the Standing Committee of the National People's Congress shall provide an explanation if: (1) a provision of a law needs a further clarification on its concrete meaning; (2) after a law is promulgated, a new situation emerges which needs to clarify the legal basis for application.

¹⁰ Wang, EurJCrimeCrimLawCrimJustice 12 (2004), 150 (157-159).

nized. While illegally importing solid waste was stipulated in para. 3 of Art. 155 CCC as a type of smuggling, illegally disposing imported solid waste was also set as an environmental crime in para. 1 of Art. 339 CCC. Para 2 of Art. 339 CCC was added to exclude the excuse of importing waste as raw materials for industrial usage.

In 2006, obviously urged by the new policy of environmental protection, the Supreme People's Court issued its first judicial explanation on criminal cases of environmental pollution. In the Chinese legal system, the line separating administrative violation and crimes is the degree of culpability. This is a key point to divide the responsibility between the administrative and judicial authorities in implementing environmental protection and triggering criminal proceedings. The criterion generally followed is the amount of loss caused by that pollution. This criterion has been consequently used by the Supreme People's Court. The Supreme People's Court relied on the amount of money, land, wood and trees lost. In cases involving death or bodily harm, the Court will consider the numbers. If the events create dangerous toxins or increase the prevalence of infectious disease, the Court will consider if the event has reached the level provided in the State Preparation Program for the Contingency of Public Hygienic Events. All of the requirements on these amount, number and statutory level are listed in two categories of circumstances: "serious consequences" or "exceptionally serious consequences". In Arts. 338, 339 and 408 CCC, criminal punishment shall be imposed according to different circumstances in the major environment pollution accidents.

Accordingly, the following circumstances were considered to be "serious consequences":

Loss to private and public property: more than 300,000 RMB (about 30,000 Euro¹¹), including the direct losses from the pollution and the costs of the necessary and reasonable countermeasure taken to prevent the expansion of and remove the pollution;

Loss of the functionality of land: more than 5 mu (about 3,333 m²) of basic cultivated land, more than 10 mu (about 6,666 m²) of other land for agricultural purpose, or more than 20 mu (about 13,333 m²) of land;

Destroying a forest: more than 50 m³ or 2500 of young trees;

People: more than one person dead, more than 3 seriously injured, more than 10 lightly injured, or more than one serious injured and more than 5 light injured;

Event: public hygienic events reaching Level III stipulated in the State Preparation Program for the Contingency of Public Hygienic Events. Accordingly, there appears a relative serious risk for the spread of the dangerous disease;

Besides these, other circumstance causing the serious consequence of death or injury or other situation endangering public health shall be considered.

On the level of "exceptionally serious consequences", the amount or number is increased as followings:

Loss of property: more than 1,000,000 RMB (about 100,000 Euro);

Loss of land: more than 15 mu (10,000 m²) of basic cultivated land, more than 30 mu (20,000 m²) of other land for agricultural purpose, or more than 60 mu (40,000 m²) of land;

Destroying a forest: more than 150 m³ or 7,500 of young trees;

People: more than 3 person dead, more than 10 seriously injured, more than 30 light injured, or more than 3 serious injured and more than 10 light injured;

Event: public hygienic events reaching Level II stipulated in the State Preparation Program for the Contingency of Public Hygienic Events. Accordingly, the risks for the spread of the dangerous disease are "quite seriously";

Besides these, other exceptionally serious circumstance shall be considered.

These criteria are also applied to the crime committed by a unit (legal person's crime).

With this judicial explanation and these criteria, the enforcement of criminal law has been considerably strengthened. According to the Statistics given in the Annual Reports of the Supreme People's Procuratorate,¹² the suspects who were under arrest for environmental violation were 7,974 in 2006, increasing 15.4 % more than the number in 2005, 37,272 in 2007, and 15,137 in 2009. In 2008, the cases under criminal investigation for dereliction of governmental duty in environmental protection reached the number of 2,637. The numbers of the decision to initiate prosecution for environmental crimes by the people's procuratorate were 12,240 in 2006, increasing 24.8 % over the number in 2005, 53,745 in 2007, and 2,966 in 2009.

After 2000, the legislative efforts in improving the environmental criminal law focused mainly on cracking down on the smuggling of wastes and on strengthening the protection of land and forests. The prohibition of smuggling solid wastes was in 2002 replaced by the prohibition of smuggling wastes in any forms of solid, liquid and gas. China still allows enterprises to import waste as raw materials. However, it is a crime to import wastes as raw materials that actually cannot be used for this purpose.

Besides the strict control of wastes, the scope of criminal protection of the environment has been expanded. In 2001, the Standing Committee of the National People's Congress issued a legislative explanation and a criminal amendment, clarifying that the term "land" in criminal law shall be the same one as it is in the laws and regulations on land administration. Accordingly, the "land" in the criminal law should cover grass land and forest land as well. But land for agricultural purposes was given stricter protection. As to the protection of forests, the prohibition of illegal logging and damaging valuable trees was expanded to processing and selling these trees. As for ordinary trees, the prohibition of purchasing timber from illegal logging was also extended to transporting such timber. The former requirement of the purpose to make profit was deleted. However, the actor shall still be

¹¹ This is based on the exchange rate in early 2010.

¹² See Annual Reports of the Supreme People's Procuratorate submitted to the National People's Congress from 2006 to 2009, in <http://www.spp.gov.cn/site2006/region/00018.html>.

required to know what he purchased or transported is the timber from illegal logging.

The consequences of the new development of Chinese environmental criminal law are that the protection of the environment has been considerably improved. There is now a much closer cooperation between enforcement authorities. The definitions of the crimes have become much clearer, stricter and more rational, which is good for environmental protection as well as the progress of rule of law in China.

IV. The New Development of Environmental Criminal Enforcement in China

In accordance with the new policy of environmental protection and the practical improvement of the environmental criminal law, the enforcement of the environmental criminal law has been strengthened.¹³ The judgment of a case of pollution in Yan Cheng City, Jiangsu Province in 2009 is good example.¹⁴ This is still a first instance judgment. However, the application of criminal law in this judgment has caused quite a strong impact upon Chinese environmental protection.

Defendants were Mr. Wenbiao Hu, the legal representative of Biaoxin Chemistry Lt. Co., and Mr. Yuesheng Ding, the agent in charge of the production in the company. The Company and its factory was located at a place where there is a small river flowing down to a waterworks about 11 km away, which is the main water supplier for Yan Cheng, a city with 300,000 population. The license issued by the environmental protection authority indicated that this company and its factory shall not be allowed to emit its waste water into the river. On February 17 and 18, 2009, however, Mr. Ding decided to emit 30 tons of high concentrative potassic waste water full of phenolic compound outside his factory into the river, causing the waterworks to stop supplying water for Yan Cheng City for more than 66 hours. Further investigation showed that Mr. Hu had ordered emission of the waste water since November 2007. The direct damages confirmed in the judgment of the first instance were more than 5.4 million RMB (about 540,000 Euro). Both Mr. Hu and Mr. Ding were respectively sentenced to 10 and 6 years imprisonment. Both defendants appealed but the final judgment has not yet been reported.

This judgment has a great impact upon the society, since it was the first time that a people's court held a pollutant case not as a crime of environmental pollution (Art. 338 CCC of the crime of causing major environmental accident), but rather as a crime of endangering public security (Art. 115 CCC of the crime of throwing dangerous substance¹⁵). The most significant difference between these two articles rests on punishment: Art. 115 CCC is a crime equipped with the death penalty while Art. 338 CCC has only a maximum of 15 years!

People are interested in two important issues in this case. One is whether it is a case of an intentional crime or a negligent crime. The other is whether it is a unit crime (legal person's crime).

As far as the mental state is concerned, Art. 14 of the CCC 1997 provides that a crime committed with knowledge that one's own act will cause socially dangerous consequences but with indifference as to the occurrence of those consequences shall be considered an intentional crime. Under Art. 15 CCC, a negligent crime requires that the actor foresees the socially dangerous consequences but readily assumes he can prevent them. In either type of the crimes, the actor has at least foreseen the danger that the socially dangerous consequences might occur. According to Chinese criminal law theory, however, the principal differences between the intentional crime of indifference and the negligent crime of having foreseen rest on two tests. The first one is whether the occurrence of the consequences would be tolerated or absolutely rejected. The former is for intentional crime while the latter is for negligent crime. The second test is whether the actor has relied upon some kind of conditions which would have prevented the consequence from happening. If he did so, he acted negligently, otherwise he acted intentionally.

In this case, there was evidence to show that the defendants had already been sanctioned by the administrative authority for illegal emissions and been required for correction within a time limit, for which, however, they just did nothing. The prosecutor also presented evidence that the defendants had bribed the local official of environmental enforcement who was also convicted for the crime of dereliction of duty and that the defendants knew very clearly of the toxic nature of the waste water their factory produced and the consequence that the emission of the waste water will pollute the source of water for the waterworks. However, the society was still shocked to know the facts that there was a mass of chemical factories around that waterworks. The defense lawyers stressed that their clients did not "clearly know of the harmful consequence", i.e., the defendants had no idea of the result of serious environmental pollution.

As to the question of the unit crime or legal person's crime, Art. 30 of the CCC 1997 provided the criminal liability for a unit such as a company, enterprise, institution, organization, or group, which commits an act endangering society that is considered a crime under the criminal law. Accordingly, a unit can commit a crime only when the law so provides. In Art. 115 CCC, according to which Mr. Hu was convicted for endangering public security, the law does not provide such a unit crime, while in Art. 338 CCC, the law provides a criminal liability for individuals and the relevant corporation. In case a crime is deemed as a unit crime, the directly responsible person in that crime might be also convicted, but the punishment will be much lighter. Mr. Hu's lawyers argued that it was the company that was criminally responsible. However, evidence showed that it was Mr. Hu who ordered the emission of waste water into river. In addition, a unit crime can be constituted only when the profit belong to the company in accordance with Chinese criminal law theory and regulations. It was a fact that the Biaoxin Ltd.

¹³ Cf. *Richter*, Umweltstrafrecht in der Volksrepublik China, 2002, p. 225 f.

¹⁴ Cf. *Guo Fengding*, China Environment Daily 25.8.2009, p. 3.

¹⁵ The former name of Art. 115 is the crime of poisoning.

Co. was privately owned by Mr. Hu only. Therefore, there was no difference whether the company or Mr. Hu would get the profits gained from the emission of the waste water without treatment.

In the first instance, the judgment held that both of Mr. Hu and Mr. Ding were guilty for committing the crime provided in Art. 115 CCC, intentionally and personally.

This case demonstrates China's newfound emphasis on environmental criminal law:

Firstly, this case clearly indicates that criminal law is starting to play an important role in environmental protection. According to some scholars, it might be a signal indicating that it is no longer sufficient to rely solely on civil or administrative law as measures to prevent environmental pollution.¹⁶ Effective protection of the environment must rather rely on criminal sanctions.

Secondly, this case might be of great help in changing the traditional attitude that China does not care about the environment. When the protection of criminal law is not strong enough, it will lead to high social costs for those who follow the law and create an undue advantage for those who violate the law. Weak enforcement of environmental criminal law has seriously prevented enterprises from modernizing their facilities even though this might be expensive. Strong enforcement of criminal law shall encourage people and enterprises to follow the law and enhance the social consciousness to support the protection of the environment.

Thirdly, this case may encourage the Chinese public and enterprises to pay more attention to environmental law. People condemned the violator and seriously criticized the dereliction of the supervision in this case. The society was shocked by the phenomenon that there are so many chemical factories around the waterworks. The effectiveness of the environmental law has become popular.

However, there are still some serious problems to be resolved for better environmental protection in China:

Firstly, the general legal structure for environmental protection is still administratively orientated. Criminal law can only play its role in punishment and not in prevention. The Chinese administrative supervision over environment has serious problems in its capacity for implementation.¹⁷ If criminal law is used only for punishing those who have caused serious events of pollution, the state will heavily rely on the criminal law's function of general prevention. It might push the criminal law punishment to go harsher and harsher. However, the environmental situation might still be not really improved.

Secondly, there is still not a formal guilty line stipulated for the case of water pollution. In recent years, the criminal cases of water pollution are almost all reaching such a terrible level that water is not drinkable! In the Law on the Preven-

tion and Control of Water Pollution, which was newly revised in 2008, the definition of water pollution was provided in Art. 91 as a phenomenon of deterioration of water quality, which is caused by the intervention of certain substances so that the chemical, physical, biological or radioactive character of waters is changed. This affects the effective utilization of such water, causes harm to people's health or damages the ecological environment. However, the conduct of discharging highly toxic waste liquid into waters is only subject to warnings and administrative fines of 50,000 to 500,000 RMB (Art. 76 the Law on the Prevention and Control of Water Pollution). Criminal liability is provided in Art. 90 but it is still unclear when the case shall be handed over to the police authority.

Thirdly, the problem of public as victim of environmental pollution might still be serious. In the end of 2009, the Tort Law was promulgated. It is good that this Law has provided a special chapter (Chapter Eight) for Liability for Environmental Pollution. Accordingly, the polluter shall assume the tort liability for environmental pollution and shall undertake the burden to prove that his conduct shall be not liable or be mitigated for liability according to law or to prove that there is no causation between its conduct and the harm. However, an individual person harmed by pollution currently has little legal recourse.

China is a country developing significantly with its open and reform policy. In recent years, China made some progress in environmental protection under the guidance of new environmental policy. However, the problems involved in ensuring environmental protection are still very serious. The environmental protection in China needs further improvement.

¹⁶ "Special Visit: The Trial of Water Pollution Case in Yan Cheng City Is A Signal", in Prosecutor's Daily 27.8.2009, p. 3.

¹⁷ See the speech of Mr. *Lijun zhang*, Vice-minister of the Ministry of Environmental Protection, China Environmental News 23.4.2010, p. 1.

Zur transnationalen Wirkung ausländischer Strafe oder Freiheitsentziehung gem. § 51 Abs. 3, Abs. 4 S. 2 StGB

Zugleich Überlegungen zu BGH NStZ-RR 2009, 370 und OLG Hamm NStZ 2009, 101

Von Prof. Dr. Dennis Bock, Würzburg*

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Anrechnung von im Ausland verbüßter Freiheitsstrafe oder anderer Freiheitsentziehung auf das dieselbe Tat betreffende deutsche Strafurteil gem. § 51 Abs. 3 und Abs. 4 S. 2 StGB. Der Verf. konkretisiert die vom Strafgesetzgeber völlig offen gelassene richterliche Ermessensentscheidung hinsichtlich des Anrechnungsfaktors anhand einer konkreten Einzelfallprüfung nach Maßgabe des deutschen Strafvollzugsrechts.

I. Einleitung

1. Allgemeines

Das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 103 Abs. 3 GG gilt nicht gegenüber ausländischen Urteilen.¹ Daher ist eine doppelte Verurteilung denkbar,² wenn nicht entgegenstehende völkerrechtliche Verträge abgeschlossen wurden, vgl. insbesondere Art. 54 SDÜ. Neben § 153c StPO verhindert § 51 Abs. 3 StGB (siehe auch § 450a StPO) aber eine Doppelbestrafung – laut BGH ein Gebot der Billigkeit.³

2. Voraussetzungen des § 51 Abs. 3 StGB

Der in Deutschland Verurteilte muss wegen derselben Tat im Ausland bestraft worden sein (§ 51 Abs. 3 S. 1 StGB) oder eine andere Freiheitsentziehung erlitten haben (§ 51 Abs. 2 StGB). Der Tatbegriff der Vorschrift folgt grundsätzlich dem prozessualen Tatbegriff nach § 264 StPO.⁴ Er geht aber insofern darüber hinaus, als eine im Ausland vollstreckte Strafe auch dann nach Abs. 3 S. 1 auf eine inländische Strafe anzurechnen ist, wenn die ausländische Strafvollstreckung eine selbstständige prozessuale Tat betrifft, die im inländischen Erkenntnis nicht mit abgeurteilt wird, die aber Gegenstand des inländischen Strafverfahrens gewesen ist⁵ – sog. Gedanke

der Verfahrenseinheit.⁶ Auf die rechtliche Würdigung, die die Tat nach ausländischem Recht erfahren hat, kommt es nicht an.⁷

Nach Sinn und Zweck des § 51 Abs. 1 StGB soll jede Art von Freiheitsentziehung, die aus Anlass der Tat stattgefunden hat, auf die ausgesprochene Strafe angerechnet werden. Dies geschieht unabhängig davon, ob die Freiheitsentziehung nach den Vorschriften der Strafprozessordnung auferlegt wurde oder aufgrund anderer Regelungen. Es gilt auch unabhängig davon, ob deutsche oder ausländische Behörden die Freiheitsentziehung angeordnet haben.⁸ Unter Abs. 3 S. 2 fallen vor allem die Untersuchungshaft,⁹ die Polizeihaft sowie die Auslieferungshaft.¹⁰ Für Auslieferungshaft zum Zweck der Strafverfolgung gilt aber § 450a StPO.

Ob der Täter eine Handlung im Ausland begangen hat, ist irrelevant.¹¹

Strafe bzw. Freiheitsentziehung müssen vollstreckt worden sein. Aussetzung, Erlass oder Verjährung sind nicht ausreichend.¹²

Die Anrechnung kann – wie bei inländischen Freiheitsentziehungen auch – versagt werden, § 51 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 StGB.

II. BGH NStZ-RR 2009, 370 und OLG Hamm NStZ 2009, 101

Der BGH änderte in seiner Entscheidung vom 13.8.2009 ein Urteil des LG Hannover dahingehend ab, dass die vom Angeklagten in Australien erlittene Auslieferungshaft im Maßstab 2:1 und nicht bloß 1:1 angerechnet wird. Das Landgericht hatte zwar festgestellt, dass es Erschwernisse während der Auslieferungshaft gab („fortwährende Bedrohungen des Angeklagten durch Mithäftlinge, woran auch Beschwerden beim Anstaltspersonal nichts geändert haben; Bedrohung und Einschüchterung durch einen Vollzugsbeamten; teilweise Unterbringung in Räumen ohne Tageslicht; nicht funktionierende und videoüberwachte Toiletten; all dies mit der Folge, dass beim Angeklagten Depressionen und Angstzustände eintraten und er zweimal in Hungerstreik trat“). Die Kammer hatte aber darauf abgestellt, dass diese Erschwernisse den

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht (Lehrprofessur) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ BVerfGE 12, 62; BGHSt 6, 177; 24, 54; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 51 Rn. 16.

² Vgl. OLG Frankfurt NJW 1979, 1111.

³ BGH NJW 1979, 2481; vgl. auch Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 51 Rn. 12 („ungerechtfertigte Härten“); Müller-Dietz, in: Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hanns Karl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, 1995, S. 105 (S. 107 f., „Gerechtigkeitserwägungen“, „nicht mehr als recht und billig“, „Jedes andere Verfahren würde gegen elementare Grundsätze der Gerechtigkeit verstoßen.“).

⁴ BGHSt 29, 63, 64; BGHSt 35, 178; Horn, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 35. Lieferung, Stand: Januar 2001, § 51 Rn. 20; Franke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 51 Rn. 19.

⁵ BGHSt 35, 172.

⁶ Theune, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 51 Rn. 21; Lackner/Kühl (Fn. 3), § 51 Rn. 12.

⁷ Müller-Dietz (Fn. 3), S. 107.

⁸ BGH NStZ 1997, 385.

⁹ Horn (Fn. 4), § 51 Rn. 23; vgl. aber BayObLG NJW 1963, 2238 zur schon im Ausland angerechneten Untersuchungshaft; Franke (Fn. 4), § 51 Rn. 18.

¹⁰ Vgl. BGH NStZ 1997, 385; Stree, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 51 Rn. 35.

¹¹ Theune (Fn. 6), § 51 Rn. 22; Franke (Fn. 4), § 51 Rn. 19.

¹² Horn (Fn. 4), § 51 Rn. 21; Franke (Fn. 4), § 51 Rn. 19; Stree (Fn. 10), § 51 Rn. 31.

Haftbedingungen in deutschen Justizvollzugsanstalten vergleichbar sind. Dies entbehrte laut BGH einer tragfähigen Grundlage und stellte eine fehlerhafte Ausübung des Ermessens dar.

Das OLG Hamm lehnte in seinem Beschluss vom 16.10.2007 eine sofortige Beschwerde gegen eine Anrechnungsanordnung im Maßstab 1:1 bzgl. in Polen erlittener Auslieferungshaft ab. Wenn der Verurteilte im Ausland besonders schwere Haftbedingungen zu ertragen gehabt habe, könne zwar der Anrechnungsmaßstab für ihn günstiger als im Regelverhältnis 1:1 festgesetzt werden. Soweit der Verurteilte in der ersten Anstalt etwa 1 Monat und 3 Wochen Auslieferungshaft erlitten habe, seien keinerlei Anhaltspunkte für einen anderen Maßstab als 1:1 ersichtlich. Die vom Verurteilten vorgetragenen Unannehmlichkeiten seien nicht so, dass sie die dortige Freiheitsentziehung als wesentlich härter erscheinen ließen, als eine Freiheitsentziehung, wie sie auch in vielen Justizvollzugsanstalten in der BRD vorkommen könne.

Auch im Hinblick auf die in der zweiten Anstalt behaupteten Umstände sei keine andere Entscheidung geboten. Zum einen handele es sich jedenfalls z.T. um Erschwernisse, wie sie auch in Deutschland vorkommen können (besonders unangenehme Unterbringung im Rahmen einer Verschiebung oder eines Aufenthalts in Vorführzellen bei Vorführung vor den Haftrichter). Zum anderen seien sie für die Auslieferungshaft insgesamt nicht derart prägend, dass sie einen anderen Anrechnungsmaßstab als 1:1 rechtfertigen würden. Bei der Entscheidung hierüber sei die im Ausland erlittene Freiheitsentziehung insgesamt zu betrachten. Es seien nicht etwa jeweils einzelne kurze Zeitabschnitte für sich zu bewerten. Bei einer abschnittswisen Betrachtung käme man sonst womöglich zu dem vom Gesetz nicht gewollten Ergebnis, dass einzelne Härten trotz eines womöglich im übrigen im Vergleich zum Inland mildereren Vollzugs der Freiheitsentziehung zu einem günstigeren Umrechnungsmaßstab führten. Vielmehr gehe es lediglich darum, das im Ausland erlittene (Straf-)Übel so ins Verhältnis zu setzen, dass der Verurteilte hierdurch im Vergleich zu einer vollständigen Verbüßung im Inland keinen Nachteil erleide. Letzteres sei hier nicht der Fall, da die knapp zweimonatige Auslieferungshaft insgesamt kein größeres Übel als eine vergleichbar lange Freiheitsentziehung im Inland darstelle.

III. Der Anrechnungsmaßstab des § 51 Abs. 4 S. 2 StGB

1. Allgemeines

Gem. § 51 Abs. 4 S. 2 StGB bestimmt das Gericht den Anrechnungsmaßstab nach seinem Ermessen. Eine gesetzliche Präzisierung fehlt.

Gesetzgeberischer Grund dafür, dass die im Ausland erlittene Haft nicht ohne weiteres 1:1 angerechnet wird, ist zum einen, dass ggf. Strafen und Maßnahmen im Ausland existieren, die mit den deutschen nicht vergleichbar sind;¹³ zum anderen – besser: vor allem aber – herrschen nicht selten andere (meist sicher schlechtere) Haftverhältnisse im Aus-

land als in Deutschland.¹⁴ Die Vorschrift ist somit Ausdruck nach wie vor bestehender gravierender Unterschiede bei der Behandlung Inhaftierter.¹⁵

2. Die Formel der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung nähert sich der ihr auferlegten Ermessensentscheidung, in welcher Weise die im Ausland verhängte und vollstreckte Strafe auf die im Inland wegen derselben Tat verhängte Strafe anzurechnen ist, dahingehend, dass der Tatrichter sein Ermessen in der Weise auszuüben habe, dass er das im Ausland erlittene Strafübel schätzt und in ein dem inländischen Strafsystem zu entnehmendes Äquivalent umsetzt. Der Richter habe zu erwägen, wie schwer das Übel wiege, das dem Verurteilten durch die ausländischen Strafverfolgungsmaßnahmen widerfahren sei, und wie viel dieses Übel von demjenigen schon vorweggenommen habe, mit dem das inländische Urteil den Angeklagten belasten wolle; dabei sei der Maßstab zu berücksichtigen, der sich aus dem Vergleich der ausländischen mit der inländischen Strafenordnung ergebe.¹⁶

3. Das Problem der Konkretisierung

Dieser völlig zutreffende Ansatz bedarf aber weiterer Konkretisierung.

Zunächst ist nicht eine abstrakte Betrachtung des ausländischen Strafvollzugsrechts geboten, sondern eine konkrete Ermittlung der faktischen (aus deutscher Sicht Grundrechts-) Einbußen für den einzelnen inhaftierten Täter. In einem Unrechtsstaat hilft es dem Inhaftierten nichts, theoretische Rechte zu haben, die ihm in seiner Haftzeit aber nicht gewährt wurden.

In Rechtsprechung und Lehre findet sich eine Konkretisierung der Umrechnungsmaßstäbe für verschiedene ausländische Staaten.¹⁷ Für „ältere Mitgliedstaaten der EU“ etwa gilt laut BGH grundsätzlich eine Anrechnung im Verhältnis 1:1.¹⁸ Was ist aber mit den neueren Mitgliedstaaten (und ab welchem Beitrittsdatum gelten sie als neu)?¹⁹ Was hat das Beitrittsdatum zur EU mit den konkreten Haftbedingungen zu tun? Hinzu kommt die Gefahr des Chauvinismus. Manche Entscheidungen, die eine Anrechnung 1:1 aussprechen,²⁰

¹⁴ Franke (Fn. 4), § 51 Rn. 23; vgl. auch Müller-Dietz (Fn. 3), S. 112, der auf unterschiedliche rechtliche und kulturelle Traditionen sowie finanzielle Möglichkeiten hinweist.

¹⁵ Müller-Dietz (Fn. 3), S. 109.

¹⁶ BGH NStZ 1986, 312 (313); vgl. auch OLG Hamm NStZ 2009, 101; BGHSt 30, 282 (283).

¹⁷ Vgl. nur die Länder-Übersichten und Rechtsprechungszusammenstellungen bei Fischer (Fn. 1), § 51 Rn. 19; Franke (Fn. 4), § 51 Rn. 24, 25; Theune (Fn. 6), § 51 Rn. 59.

¹⁸ BGH NJW 2004, 3789.

¹⁹ Ohne Beschränkung auf ältere Mitglieder OLG Hamm NStZ 2009, 101; BGH 5 StR 124/03.

²⁰ Vgl. nur BGH NStZ 2001, 157 (zu Belgien): „Das Anrechnungsverhältnis wird auf 1 zu 1 festgesetzt, weil keine Anhaltspunkte für erschwerende Haftbedingungen in dem

¹³ Stree (Fn. 10), § 51 Rn. 31; Müller-Dietz (Fn. 3), S. 109.

machen es sich im Grunde zu leicht – und es schwingt immer ein gewisser Stolz auf eine Art Gemeinschaft westlicher, zivilisierter Kulturstaaten mit.

4. Das Erfordernis der Einzelfallprüfung

Die abstrakte Länderbetrachtung ist müßig. Es hat anerkanntermaßen immer eine Einzelfallprüfung stattzufinden.²¹ So gibt es selbst bezogen auf EU-Staaten²² eine Fülle von Entscheidungen, in denen die Haft nicht 1:1 angerechnet wird, z.B. betreffend Portugal (1:2)²³, Griechenland (1:1,5)²⁴, Spanien (1:2²⁵; 1:3²⁶, aber auch 1:1²⁷) oder Frankreich (1:1,5)²⁸. Jede nationenbezogene Generalisierung ist selbst als Faustformel oder ratio cognoscendi materiellrechtlich irreführend, nicht einmal eine Indizwirkung eines vorherigen Urteils bzgl. des jeweiligen Landes wird man anerkennen können. Die Wahl eines von der Vorentscheidung abweichenden Maßstabs ist daher nicht ermessensfehlerhaft.²⁹ Die Verhältnisse innerhalb eines Landes sind auch nicht – was auch die divergierenden Entscheidungen zu spanischer Haft zeigen – einheitlich;³⁰ abhängig von Regionen und den jeweiligen Anstalten bestehen Unterschiede bei Aufsichtspersonal, Mithäftlingen, Organisationsstrukturen und Ausstattungen. Selbst innerhalb einer bestimmten Anstalt kann es einen „besseren Trakt“³¹ geben oder gar eine bessere (oder schlechtere) Zelle. Haftumstände sind nicht zuletzt auch zeitabhängig, da es zu Verbesserungen (z.B. aufgrund Renovierungen) oder Verschlechterungen (z.B. aufgrund fehlender Instandhaltung)

Deutschland benachbarten, zur Europäischen Union gehörenden Staat ersichtlich sind.“

²¹ OLG Hamm NStZ 2009, 101; *Theune* (Fn. 6), § 51 Rn. 59; *Müller-Dietz* (Fn. 3), S. 109.

²² Laut *Müller-Dietz* (Fn. 3), S. 111 „bemerkenswert“. Dies zeige, welche Anstrengungen noch unternommen werden müssen, um in der Vollzugswirklichkeit zu gemeineuropäischen Standards der Ausstattung der Anstalten sowie der Lebensbedingungen und Behandlung der Gefangenen zu gelangen.

²³ BGH 5 StR 170/03.

²⁴ BGH 3 StR 488/01.

²⁵ BGH NStZ 1985, 497; LG Zweibrücken NStZ 1988, 71; LG Augsburg StV 1997, 81; LG Stuttgart NStZ 1986, 362.

²⁶ BGH 4 StR 299/00; LG Kleve NStZ 1995, 192; OLG Düsseldorf StV 1995, 426; LG Bremen StV 1992, 326.

²⁷ OLG Zweibrücken NStZ-RR 1996, 241; OLG Hamm NStZ-RR 2003, 152.

²⁸ LG Essen StV 1991, 170.

²⁹ OLG Hamm StV 1999, 652 (653): „Daß andere Gerichte eine andere, den jeweiligen Angeklagten besser stellende Anrechnung als angemessen erachtet haben [...], rechtfertigt revisionsrechtlich keine andere Beurteilung. Denn abgesehen davon, daß in der Rechtsprechung auch für den jeweiligen Angeklagten nachteiligere bzw. vergleichbare Anrechnungsmaßstäbe festgesetzt worden sind [...] wird durch diese anderen Entscheidungen die hier vorliegende des Tatrichters nicht ermessensfehlerhaft und schon gar nicht ‚unvertretbar‘.“

³⁰ Vgl. auch *Müller-Dietz* (Fn. 3), S. 112.

³¹ OLG Zweibrücken GA 1993, 126.

kommen kann.³² Hieraus resultieren ggf. auch differenziert gestaffelte Anrechnungen für verschiedene Zeiträume.³³

§ 51 Abs. 4 S. 2 StGB ist als *lex specialis* gegenüber § 46 StGB auch der richtige Ort der Berücksichtigung der ausländischen Vollzugsbedingungen. Die Rechtsprechung scheint demgegenüber eine Kompensation durch eine Berücksichtigung bei der Strafzumessung zuzulassen.³⁴ Jedenfalls ist es aber zulässig, einen günstigen Maßstab zu wählen, obwohl die harten Haftbedingungen schon bei der Strafzumessung berücksichtigt wurden.³⁵

Der Wortlaut des § 51 Abs. 4 S. 2 StGB lässt übrigens Maßstabskorrekturen in beide Richtungen zu. Eine gegenüber dem Verhältnis 1:1 günstigere Anrechnung ist unstrittig³⁶ möglich und sicher auch gesetzgeberischer Wille. Denkbar ist es allerdings auch, eine für den Verurteilten ungünstigere Anrechnung vorzunehmen, wenn er im Ausland einen besonders milden Strafvollzug erfahren hat³⁷ – eine Konstellation, die soweit ersichtlich noch nie Gegenstand eines Urteils war.

IV. Strafvollzugsrechtliche Einzelfallprüfung

1. Der abstrakte Maßstab

Grundlage der Ermittlung des Anrechnungsmaßstabs muss eine Einzelfallprüfung der Haftbedingungen sein. Jede generelle Erwägung kann hierbei durch besondere Umstände negiert werden.³⁸ Den Bezugspunkt der Prüfung bildet das deutsche Strafvollzugsrecht. Das deutsche Gericht ist gehalten, die vom Verurteilten im Ausland erlittenen Haftbedingungen insofern inzident an den Anforderungen der deutschen Strafvollzugsgesetze zu messen – ggf. nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts³⁹ im Bundesland des verurteilenden deutschen Gerichts sowie ggf. unter Berücksichtigung völkerrechtlicher Bestimmungen.⁴⁰

Je mehr und je intensivere Verstöße vorliegen, umso günstiger muss der Anrechnungsmaßstab sein. Auf ein Ver-

³² Vgl. OLG Zweibrücken NStZ-RR 1996, 241 (242); *Müller-Dietz* (Fn. 3), S. 112.

³³ Vgl. BGH 5 StR 151/04; wohl anders aber OLG Hamm NStZ 2001, 101, s.o. II.

³⁴ BGH 5 StR 416/99: „Im Übrigen weist der Senat darauf hin, daß die Umstände der ausländischen Freiheitsentziehung zudem bei der Strafzumessung eine angemessene Berücksichtigung erfahren haben.“; vgl. auch BGH 5 StR 157/02.

³⁵ *Stree* (Fn. 10), § 51 Rn. 32.

³⁶ Vgl. nur OLG Hamm NStZ 2009, 101.

³⁷ Vgl. auch *Müller-Dietz* (Fn. 3), S. 106 f.

³⁸ So BGH 5 StR 416/99 („An sich käme für die in Schottland erlittene Freiheitsentziehung kein anderer Umrechnungsmaßstab als 1:1 in Betracht [vgl. BGH NStZ 1997, 337]. Hier lagen jedoch besondere Umstände vor: [...]“).

³⁹ Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg und Niedersachsen haben von der durch die Föderalismusreform durch Änderung des Art. 74 GG eingeräumten Kompetenz bereits Gebrauch gemacht; i.Ü. gilt gem. Art. 125a GG das StVollzG des Bundes fort.

⁴⁰ BGH 5 StR 416/99 zum VN-SuchtstoffÜbK und EuAI-ÜbK.

halten der deutschen Justizbehörden kommt es hierbei nicht an.⁴¹

Der Vergleich ist insofern rechtlicher Natur; die ausländische Haft wird nicht mit einer faktischen Lage in Deutschland verglichen,⁴² sondern mit der rechtlich gebotenen. Hierin liegt keine Besserstellung des im Ausland Inhaftierten, da bei Rechtsverstößen in Deutschland ein effektiver Rechtsschutz (auch grundrechtlich, Art. 19 Abs. 4 GG) garantiert ist.⁴³ De lege ferenda mag darüber nachzudenken sein, auch deutsche rechtswidrige Vollzugshärten mit erhöhtem Faktor anzurechnen – auch im Interesse einheitlicher Strafübelszufügung.

Wenn das OLG Hamm darauf verweist, dass es sich „bei den hier vorgetragenen Umständen jedenfalls z.T. um Erschwernisse, wie sie auch in Deutschland vorkommen können (besonders unangenehme Unterbringung im Rahmen einer Verschiebung oder eines Aufenthalts in Vorführzellen bei Vorführung vor den Haftrichter)“ handelt,⁴⁴ so ist darauf hinzuweisen, dass dies nur für solche Erschwernisse gelten kann, die nach deutschem Recht zulässig sind. Jedenfalls kann man sich nicht (zynisch) darauf zurückziehen, dass es zu diesem oder jenem Rechtsverstoß auch in Deutschland hätte kommen können.⁴⁵ Die Justiz würde sich in Widerspruch zu ihrem eigenen Anspruch setzen, einen rechtmäßigen Vollzug nach Maßgabe des Strafvollzugsrechts zu gewährleisten. Aus Rechtsverstößen im deutschen Strafvollzug ergibt sich keine Legitimation, ausländische Vollzugshärten außer Betracht zu lassen. Der Normauslegung muss ein normativer Maßstab zugrunde liegen.

Ebenso wenig kann man dem Verurteilten eine Art Eigenverschulden (insbesondere seine Flucht ins Ausland) vorhalten. Die gesetzliche Regelung liefe sonst in beträchtlichem Maße leer, denn in der Praxis wird ein späterer Verurteilter sehr häufig nur in anzurechnende ausländische Haft gelangen, wenn er nach der Straftat ins Ausland geflohen ist.⁴⁶

Zweifelhaft ist auch die vom BGH angenommene⁴⁷ Relevanz des Heimatlandes. Ein Chauvinismus (nach dem Motto: der Verurteilte ist so etwas ja gewöhnt) steht einer strafvollzugsrechtlich determinierten Betrachtung eines deutschen Strafgerichts nicht an. Es widerspräche auch dem Gleichbe-

handlungsgrundsatz. Gleiches gilt für länger im Ausland lebende Deutsche.⁴⁸

Beim rechtlich geprägten Vergleich der Haftbedingungen⁴⁹ fällt übrigens ein nicht unwichtiger Aspekt unter den Tisch, nämlich der ganz grundsätzliche Stress mehrmaliger Vollzugaufnahme und Verlegung (zunächst im Ausland, dann im Inland), weil der Häftling jeweilige Verwaltungsvorgänge absolvieren muss, sich in einen neuen Alltag integrieren und sich mit seinen neuen Mithäftlingen arrangieren muss.⁵⁰

Nach alledem kann das gerichtliche Ermessen in § 51 Abs. 4 S. 2 insofern nur die quantifizierende mathematische Umwandlung eines oder mehrerer Verstöße gegen das unterstellt anwendbare deutsche Strafvollzugsrecht in einen Faktor zur Multiplikation der Haftanrechnung meinen.

2. Erfordernis einer wesentlich anderen Vollstreckung?

Manche Bemerkung in der Rechtsprechung – so beim OLG Hamm⁵¹ – geht in Richtung eines Erheblichkeitserfordernisses für die Beeinflussung des Anrechnungsmaßstabs.⁵² Mathematisch aber besteht die Möglichkeit völlig fließend und ohne Stufen auch kleinere Unterschiede zu berücksichtigen. Jede Nichtberücksichtigung wäre dabei als kaufmännische Rundung zu verstehen.

Eine Rundung zu einer ganzen Zahl ist im Übrigen rechtlich nicht geboten und geht überdies (wie jede Rundung) – ggf. täterbelastend – zu Lasten der Genauigkeit. Denkbar wäre ohne weiteres die Einführung von Nachkommastellen.⁵³ Scheingenauigkeit durch eine stolze Anzahl von Dezimalstellen ist aber fehl am Platz und unpraktikabel.

3. Gesamt- oder Einzelbetrachtung

Das OLG Hamm tendiert ferner zu einer Gesamtbetrachtung,⁵⁴ wonach nicht jeweils einzelne kurze Zeitabschnitte für sich zu bewerten sind, sondern das im Ausland erlittene Gesamt-(Straf-)Übel ins Verhältnis zum deutschen Strafvollzug gesetzt wird. Ähnlich das OLG Zweibrücken: „Seine anscheinend unter ungünstigeren Bedingungen verbrachte Haft

⁴¹ Vgl. aber (kryptisch) BGH 5 StR 416/99: „Zudem wurden die völkerrechtlichen Bestimmungen (VN-SuchtstoffÜbk und EuAIÜbk) nicht korrekt beachtet, was auch die deutschen Justizbehörden zu vertreten haben“.

⁴² Vgl. auch Müller-Dietz (Fn. 3), S. 111.

⁴³ Hierzu vgl. Laubenthal, Strafvollzug, 5. Aufl. 2008, Rn. 439 ff.

⁴⁴ OLG Hamm NStZ 2009, 101 (102).

⁴⁵ Zutreffend daher BGH NStZ-RR 2009, 370, siehe schon oben II.

⁴⁶ OLG Celle NStZ 1998, 137 (138); vgl. auch OLG Zweibrücken NStZ-RR 1996, 241; Franke (Fn. 4), § 51 Rn. 23.

⁴⁷ BGH NStZ-RR 1997, 205; vgl. auch BGH 5 StR 490/08 bzgl. eines in Russland Inhaftierten Weißrussen („die Auslieferungshaft wurde in einem seiner Heimat zumindest ähnlichen Kulturkreis vollzogen“).

⁴⁸ Siehe aber OLG Zweibrücken NStZ-RR 1996, 241 (242): „Nachdem der Verurteilte bis zu seiner Festnahme etwa 7 Jahre in Spanien verbracht hat, kann auch angenommen werden, daß er sich mit den dortigen Lebensgewohnheiten weitgehend vertraut gemacht hat. Im Unterschied zu anderen im Ausland Inhaftierten mußte er sich daher auch nicht plötzlich mit fremder Sprache, Kultur und insbesondere auch Nahrung zurechtfinden.“

⁴⁹ Vgl. Horn (Fn. 4), § 51 Rn. 27; Franke (Fn. 4), § 51 Rn. 23.

⁵⁰ Vgl. hierzu Laubenthal (Fn. 43), Rn. 167 ff.

⁵¹ OLG Hamm NStZ 2009, 101.

⁵² Vgl. auch OLG Zweibrücken NStZ-RR 1996, 241: „keine besonderen Erschwernisse“.

⁵³ Vgl. auch BGH 5 StR 490/08; BGH 3 StR 488/01; OLG Celle NStZ 1998, 138 (jeweils 1:1,5); LG München StV 2001, 19 (1:2,5); vgl. Fischer (Fn. 1), § 51 Rn. 19.

⁵⁴ OLG Hamm NStZ 2009, 101; s.o. II.

in Murcia fällt angesichts ihrer vergleichsweise geringen Dauer in der Gesamtbetrachtung nicht entscheidend ins Gewicht.⁵⁵

Im Grunde geht es aber um jede logische Sekunde, für die man den Maßstab jeweils getrennt bestimmen könnte. Dies mag ein lästiger rechnerischer Aufwand sein, ist aber methodisch ohne Weiteres möglich. Mathematisch bleibt jede nicht kompensierte Härte relevant, auch wenn sie kurz und einmalig war. Auch eine Verrechnung von Härten mit Milden gegenüber dem deutschen Strafvollzug(srecht) ist denkbar. Es trifft freilich zu, dass es praktikabel ist, aus allen Aspekten einen Gesamtfaktor zu ermitteln; dieser kann dann auch gerundet umso eher eins sein, als die Härten wenig intensiv, kurz oder selten waren. Die täterbelastende Abrundung auf eins ist vom richterlichen Quantifizierungsermessens gedeckt.

4. Einzelheiten

a) Unterbringung

Gem. § 18 Abs. 1 StVollzG⁵⁶ werden Gefangene während der Ruhezeit allein in ihren Hafträumen untergebracht. Eine gemeinsame Unterbringung ist aber zulässig, sofern ein Gefangener hilfsbedürftig ist oder eine Gefahr für Leben oder Gesundheit eines Gefangenen besteht. Ferner ist gem. § 18 Abs. 2 S. 2 StVollzG im geschlossenen Vollzug eine gemeinschaftliche Unterbringung zur Ruhezeit außer in den Fällen des Abs. 1 nur vorübergehend und aus zwingenden Gründen zulässig. Zu beachten ist aber auch § 201 Nr. 3 S. 1 StVollzG, nach dem bzgl. bereits bestehender Anstalten abweichend von § 18 StVollzG Gefangene während der Ruhezeit auch gemeinsam untergebracht werden dürfen, solange die räumlichen Verhältnisse der Anstalt dies erfordern. Eine gemeinschaftliche Unterbringung von mehr als acht Personen war gem. S. 2 nur bis zum Ablauf des 31. Dezember 1985 zulässig.

Dieser deutschen Rechtslage stehen – ausweislich einer Vielzahl von Entscheidungen – teilweise extreme Überbelegungen im ausländischen Strafvollzug gegenüber,⁵⁷ die dem Zusammenperchen vieler Menschen auf engstem Raum entsprechende erhebliche zwischenmenschliche Konflikte

und Hygienemängel nach sich ziehen. Bisweilen fehlen auch grundlegende Möbelstücke⁵⁸ oder gar Schlafstellen.⁵⁹

b) Kleidung

Gem. § 20 Abs. 1 S.1 StVollzG trägt der Gefangene Anstaltskleidung. Für die Freizeit erhält er eine besondere Oberbekleidung (S. 2).

Die Norm regelt nicht nur Pflichten, sondern enthält auch ein Recht auf Kleidung: Der Gefangene wird mit angemessener Arbeits-, Freizeit- und Sportkleidung angemessen ausgestattet.⁶⁰ Auch hiergegen kann im Ausland verstoßen worden sein.⁶¹

c) Verpflegung

Gem. § 21 S. 1 StVollzG werden Zusammensetzung und Nährwert der Anstaltsverpflegung ärztlich überwacht. Hierbei richten sich Menge und Zusammensetzung nach durchschnittlichem Bedarf; eine vollwertige Ernährung muss gewährleistet werden.⁶² Die eine Anrechnung betreffende Rechtsprechung⁶³ hatte demgegenüber immer wieder stark nachteilig abweichende Verpflegung im Ausland zu würdigen, namentlich bzgl. Menge, Zusammensetzung sowie Verderbenheit. Ein Indiz für Verpflegungsmängel ist die beträchtliche Gewichtsreduzierung des Verurteilten.⁶⁴

d) Besuche

Gem. § 24 Abs. 1 StVollzG darf der Gefangene regelmäßig Besuch empfangen. Die Gesamtdauer beträgt mindestens eine

⁵⁵ OLG Zweibrücken NStZ-RR 1996, 241 (242).

⁵⁶ Im Folgenden wird nur auf das StVollzG rekurriert, vgl. oben Fn. 34.

⁵⁷ OLG Zweibrücken GA 1993, 126: „[...] ‚besseren‘ Trakt mit weniger massenhaft belegten Zellen (etwa 10 bis 25 Gefangene je Zelle statt allgemein etwa 50 bis 130)“; OLG Celle NStZ 1998, 137 (138); LG Zweibrücken NStZ 1988, 71; LG Zweibrücken NStZ-RR 1997, 206 („Während seiner Auslieferungshaft in Kenia vom 9.8.1995 bis zum 8.12.1995 befand sich der Angeklagte mit Ausnahme der beiden letzten Wochen im Zentralgefängnis von Mombasa. Dort war er in einem 50 qm großen Raum als einer von 80 Gefangenen untergebracht.“); LG Zweibrücken MDR 1995, 84; LG Kleve NStZ 1995, 192; LG Landau NStZ 1981, 64; LG Stuttgart NStZ 1986, 362; LG München II – 1 KLS 48 Js 39789/95; LG Köln NStE Nr. 20 zu § 51 StGB; LG Verden 2 – 1/06.

⁵⁸ LG Zweibrücken NStZ 1988, 71: „Ast. zunächst, auf die Dauer von etwa 1 Monat, mit etwa 60 Mithäftlingen in einem etwa 20 m langen und 6-8 m breiten Raum untergebracht. Er wurde sodann nach Madrid verlegt, wo er in einer 10-Mann-Zelle untergebracht war, die nur unwesentlich größer war wie das Vernehmungszimmer im Neubau des LG-Gebäudes. In dieser Zelle gab es lediglich 1 Tisch und, wenn es hochkam, 1 oder 2 Stühle, so daß kaum Gelegenheit war, sich einmal hinzusetzen und zu schreiben.“

⁵⁹ LG Köln NStE Nr. 20 zu § 51 StGB; LG Zweibrücken NStZ-RR 1997, 206

⁶⁰ Böhm/Laubenthal, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 20 Rn. 2.

⁶¹ LG Zweibrücken NStZ-RR 1997, 206 („Der Angekl. mußte über die ganze Zeit dieselbe Kleidung tragen.“).

⁶² Riekenbrauck/Keppler, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (Fn. 60), § 21 Rn. 3.

⁶³ LG Zweibrücken NStZ 1988, 71 („Das Essen war meist kalt, oft ungenießbar“); LG Zweibrücken NStZ-RR 1997, 206 („Die spärliche Verpflegung bestand ausnahmslos in verschiedenen Maiszubereitungen“); LG Kleve NStZ 1995, 192; LG Landau NStZ 1981, 64; LG Stuttgart NStZ 1986, 362; LG München II – 1 KLS 48 Js 39789/95; vgl. aber auch OLG Celle NStZ 1998, 137 (138).

⁶⁴ LG Stuttgart NStZ 1986, 362: „Die Verpflegung war unzureichend und überfettet, der Angekl. nahm von 68 kg auf 51 kg ab.“

Stunde im Monat. Im ausländischen Vollzug ist der Besuch hingegen bisweilen seltener und zudem kurz.⁶⁵

e) Kommunikation mit der Außenwelt

Gem. § 28 StVollzG hat der Gefangene das Recht, unbeschränkt Schreiben abzusenden und zu empfangen; freilich enthalten die §§ 29 ff. StVollzG Einschränkungen. Für Pakete gilt § 33 StVollzG (dreimal jährlich in angemessenen Abständen ein Paket mit Nahrungs- und Genussmitteln). Im ausländischen Vollzug ist der Häftling bisweilen weitgehend vom Brief- und Paketverkehr abgeschnitten.⁶⁶

f) Gesundheitsfürsorge

Laut § 56 Abs. 1 S. 1 StVollzG ist für die körperliche und geistige Gesundheit des Gefangenen zu sorgen. Gem. § 57 StVollzG stehen ihm Gesundheitsuntersuchungen und medizinische Vorsorgeleistungen zu. Nach § 58 S. 1 StVollzG haben Gefangene Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn diese notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. § 59 StVollzG regelt die Versorgung mit Hilfsmitteln. In Sachen Gesundheitsfürsorge und Hygiene besteht in ganz Deutschland ein hohes Niveau. Ausländischer Vollzug ist demgegenüber bisweilen gravierend mangelhaft – nämlich gesundheitsschädlich aufgrund der Unterkunftsbedingungen und defizitär im Sanitätswesen.⁶⁷ Es fehlt an einer Trennung von Gesunden und Kranken oder drogenabhängigen Mithäftlingen.⁶⁸ Ärztliche Betreuung fehlt oder bleibt sporadisch.⁶⁹ Die Versorgung mit Medikamenten ist mangelhaft.⁷⁰ Die Zellen sind von Ungeziefer befallen.⁷¹ Weil es keine Mülltonnen gibt, sind die Unterkünfte verdreht.⁷² Vor allem aber sind die sanitären Anlagen recht häufig in schlechtem Zustand (wenn überhaupt vorhanden) – insbesondere Toiletten, aber auch Duschen oder Waschbecken.⁷³ Bisweilen ist es mangels Belüftung bzw. Heizung

unerträglich heiß oder kalt.⁷⁴ Auch Gegenstände des persönlichen hygienischen Bedarfs fehlen.⁷⁵

Völlig zu Recht schließt die Rechtsprechung aus Erkrankungen des Häftlings auf einen im Vergleich zu Deutschland belastenderen Vollzug.⁷⁶ Natürlich können Häftlinge auch in Deutschland krank werden⁷⁷ – allerdings bewirkt ein unhygienischer ausländischer Vollzug eine Steigerung der Krankheitswahrscheinlichkeit und -intensität und vergrößert das Strafübel, welches in einer Freiheitsentziehung liegen soll und nicht in einer Körperverletzung.

g) Freizeit

Weniger bedeutend⁷⁸ gegenüber derart existenzbedrohendem Strafvollzug, aber doch von beträchtlicher Wichtigkeit für die Inhaftierten sind Fragen der sinnvollen Freizeitgestaltung. Gem. § 67 StVollzG erhält der Gefangene Gelegenheit, in seiner Freizeit an Sport, Fernunterricht, Lehrgängen und sonstigen Veranstaltungen der Weiterbildung, Freizeitgruppen, Gruppengesprächen sowie Sportveranstaltungen teilzunehmen und eine Bücherei zu benutzen. Gem. § 68 Abs. 1 StVollzG darf der Gefangene Zeitungen und Zeitschriften in angemessenem Umfang durch Vermittlung der Anstalt beziehen. Lektüre ist im ausländischen Vollzug hingegen keineswegs selbstverständlich,⁷⁹ manchmal nicht einmal das zum Lesen erforderliche natürliche oder künstliche Licht⁸⁰ (und zwar nicht aufgrund einer Vollzugssanktion, sondern permanent und allgemein).

h) Straftaten durch Mithäftlinge und Aufsichtspersonen

Nicht im deutschen Strafvollzugsrecht geregelt sind Straftaten anderer Vollzugsteilnehmer und der Vollzugsbeamten – die Pflicht, solche zu unterlassen ergibt sich aus dem materiellen Strafrecht. Sowohl Kriminalität seitens der Mithäftlinge⁸¹ (insbesondere Körperverletzungs- und Vermögens-, aber

⁶⁵ OLG Zweibrücken GA 1993, 126; LG Zweibrücken NStZ 1988, 71 („In 11 Monaten Auslieferungshaft hatte der Ast. lediglich 4mal Besuch von seiner Verlobten.“); LG Zweibrücken NStZ-RR 1997, 206 („Die Besuchszeit betrug 5 Minuten in der Woche“).

⁶⁶ LG Stuttgart NStZ 1986, 362; LG Kleve NStZ 1995, 192.

⁶⁷ LG Zweibrücken NStZ 1988, 71; LG Stuttgart NStZ 1986, 362; OLG Zweibrücken GA 1993, 126.

⁶⁸ LG Kleve NStZ 1995, 192.

⁶⁹ LG Landau NStZ 1981, 64; LG Verden 2 – 1/06.

⁷⁰ LG Kleve NStZ 1995, 192.

⁷¹ LG Zweibrücken NStZ 1988, 71; LG Kleve NStZ 1995, 192; LG Stuttgart NStZ 1986, 362; LG Köln NStE Nr. 20 zu § 51 StGB.

⁷² LG Kleve NStZ 1995, 192.

⁷³ BGH NStZ-RR 2009, 370; OLG Zweibrücken GA 1993, 126; LG Zweibrücken NStZ 1988, 71; LG Zweibrücken NStZ-RR 1997, 206: „Eine Körperhygiene fand nicht statt. Als Toilette stand ein Loch im Boden in der Mitte des Raumes zur Verfügung.“; LG Kleve NStZ 1995, 192: „In dieser ca. 6 bis 7 qm großen Zelle sei weder ein Waschbecken noch

eine Toilette gewesen. Ein anderer in dieser Zelle Untergebracht habe seine Notdurft auf dem Boden verrichten müssen.“; LG Stuttgart NStZ 1986, 362; LG München II – 1 KLS 48 Js 39789/95; LG Köln NStE Nr. 20 zu § 51 StGB.

⁷⁴ LG Kleve NStZ 1995, 192; LG Stuttgart NStZ 1986, 362; LG München II – 1 KLS 48 Js 39789/95; LG Verden 2 – 1/06.

⁷⁵ OLG Zweibrücken GA 1993, 126.

⁷⁶ BGH 5 StR 416/99 („Die Angeklagten wurden in Schottland krank.“); LG Kleve NStZ 1995, 192; LG Zweibrücken NStZ-RR 1997, 206 („Der Angekl. erkrankte während der Haftzeit an Malaria, Ruhr und Hautkrankheiten“); BGH NStZ 1985, 497; vgl. auch BGH NStZ-RR 2009, 370 („Depressionen und Angstzustände eintraten und er zweimal in Hungerstreik trat“); OLG Zweibrücken GA 1993, 126.

⁷⁷ Theune (Fn. 6), § 51 Rn. 59.

⁷⁸ Vgl. auch OLG Celle NStZ 1998, 137 (138).

⁷⁹ LG Kleve NStZ 1995, 192.

⁸⁰ BGH NStZ-RR 2009, 370; LG Verden 2 – 1/06.

⁸¹ BGH NStZ-RR 2009, 370; LG Zweibrücken NStZ 1988, 71; LG Kleve NStZ 1995, 192; LG Stuttgart NStZ 1986, 362.

auch Sexualdelikte) als auch seitens der Aufsichtspersonen⁸² (Misshandlungen, Unterlassungsdelikte bei Straftaten Mitgefangener oder Korruption⁸³) sind zu berücksichtigende Vollzugshärten gegenüber einem rechtmäßigen und Rechtsbehelfen unterliegenden deutschen Strafvollzug.⁸⁴

i) Äußere Sicherheit

Selbst das gibt es: Kampfhandlungen und politische Unruhen, die den Vollzug gegenüber deutschen Verhältnissen verschärfen.⁸⁵

V. Zur gängigen Höhe der Faktoren

Die höchste ersichtliche Anrechnung einer ausländischen Haft ist 1:3.⁸⁶ Und das galt etwa für folgende Haftbedingungen: „Während seiner Auslieferungshaft in Kenia vom 9.8.1995 bis zum 8.12.1995 befand sich der Angeklagte mit Ausnahme der beiden letzten Wochen im Zentralgefängnis von Mombasa. Dort war er in einem 50 qm großen Raum als einer von 80 Gefangenen untergebracht. Die Gefangenen mußten auf dem Boden schlafen. Eine Körperhygiene fand nicht statt. Als Toilette stand ein Loch im Boden in der Mitte des Raumes zur Verfügung. Der Angeklagte musste über die ganze Zeit dieselbe Kleidung tragen. Die spärliche Verpflegung bestand ausnahmslos in verschiedenen Maiszubereitungen. Die Besuchszeit betrug 5 Minuten in der Woche und wurde zu Beginn der Auslieferungshaft bis zu ihrer Rückkehr nach Deutschland von der Verlobten des Angeklagten wahrgenommen. Der Angeklagte erkrankte während der Haftzeit an Malaria, Ruhr und Hautkrankheiten. In den beiden letzten Wochen befand er sich im Polizeigegefängnis. Dort waren 8 Männer, einige Frauen und auch Kinder in einer Zelle untergebracht. Es bestand eine Duschemöglichkeit im Hof. Auch in dieser Zeit hatte der Angeklagte keine Möglichkeit, die Kleidung zu wechseln.“⁸⁷ – Hier ging es überdies um einen in Deutschland unter das Jugendstrafrecht fallenden Täter, für den die Erfahrung umso intensiver gewesen sein wird.

Oder für solche Haftbedingungen: „Er sei im Pyjama verhaftet worden; er habe keinerlei Sachen mitnehmen dürfen. Er habe zunächst 30 Stunden in einer Polizeizelle verbringen müssen. In dieser ca. 6 bis 7 qm großen Zelle sei weder ein Waschbecken noch eine Toilette gewesen. Ein anderer in dieser Zelle Untergebrachter habe seine Notdurft auf dem

Boden verrichten müssen. Anschließend sei er ca. 3 bis 4 Wochen in einem Gefängnis in Algeciras gewesen. Dort seien in einem Schlafsaal ca. 150 Personen untergebracht gewesen. Für diese hätten lediglich 1 Toilette, 1 Dusche und 2 Waschbecken zur Verfügung gestanden; morgens habe er sich ca. 20 Minuten zum Zähneputzen anstellen müssen. Mülltonnen wären nicht vorhanden gewesen. Abfall und Unrat sei von den Mithäftlingen einfach auf den Boden geworfen worden. Ein Drittel der Gefangenen sei permanent krank gewesen. Er selbst habe 8 Tage lang Fieber gehabt. Antibiotika habe er nicht erhalten. Die Verpflegung sei sehr schlecht gewesen; es habe fast nur kaltes Essen gegeben. In dem Zentralgefängnis in Madrid seien die Verhältnisse nicht viel besser geworden. Er sei in einer 10-Mann-Zelle untergebracht gewesen. In dieser Zelle seien die Fenster nicht zu öffnen gewesen, so daß es insbesondere im Sommer unerträglich heiß gewesen sei. In der Zelle seien fast nur Drogenabhängige gewesen; einmal sei er unter der Dusche von Mithäftlingen zusammen geschlagen worden, weil er an diese appelliert gehabt habe, die Kondome mit Rauschgift nicht unter der Dusche aus ihrem Körper herauszuholen. Auf der Zelle sei ein schwer tuberkulosekranker Mithäftling untergebracht gewesen. Obgleich er in mehreren Briefen an die Gefängnisleitung und das Konsulat um dessen sofortige Verlegung gebeten habe, sei insoweit nichts geschehen. Ein von ihm gestellter Antrag auf Arbeit sei abgelehnt worden. Deutsche Literatur habe ihm während der ganzen Zeit nicht zur Verfügung gestanden. An ihn gerichtete Pakete seien nicht angekommen; später habe sich herausgestellt, daß dies an einem Computerfehler gelegen habe. Insgesamt seien die Verhältnisse auch in Madrid katastrophal gewesen. Es hätten insbesondere unzumutbare hygienische Zustände geherrscht. Küchenschaben, Ratten und Mäuse seien ständig durch die Zellen gelaufen. In einer Nacht habe er einmal 23 Mäuse erschlagen und diese demonstrativ vor die Zellentüre gelegt, ohne dass dies allerdings irgendeine Reaktion seitens der Gefängnisleitung hervorgerufen hätte.“⁸⁸

Oder als Fazit einer anderen Entscheidung: „Der Verurteilte [war] in Kamerun Haftbedingungen von schwer vorstellbarer Härte ausgesetzt [...], die ganz erhebliche Belastungen und Entbehrungen sowohl in physischer als auch in psychischer Hinsicht mit sich brachten.“⁸⁹

Es sei die Frage in den Raum gestellt, ob für derart gefährliche und menschenunwürdige (Art. 1 GG) sowie wohl traumatisierende Haft der Umrechnungsfaktor nicht insgesamt zu niedrig ist.

VI. Revisibilität

Das tatrichterliche Urteil kann bzgl. § 51 StGB mit der Sachrüge angegriffen werden.⁹⁰ Im Tenor des Urteils braucht die Anrechnung der im Ausland erlittenen Freiheitsentziehung nicht ausdrücklich festgestellt zu werden, weil sie sich aus Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ergibt; erforderlich ist aber die

⁸² BGH NStZ-RR 2009, 370; LG Landau NStZ 1981, 64; LG Stuttgart NStZ 1986, 362.

⁸³ OLG Zweibrücken GA 1993, 126: „Jegliche Besserstellung muß von den einzelnen Gefangenen durch Bestechung oder Bezahlung erkaufte werden, ist aber auch so nur begrenzt erreichbar.“

⁸⁴ Auch in Deutschland werden Inhaftierte durch Straftaten von Mithäftlingen und Aufsichtspersonen geschädigt: dies zu verhindern ist Aufgabe der Anstaltsleitung und muss ohne Einfluss auf die Umrechnung nach § 51 Abs. 3, Abs. 4 S. 2 StGB bleiben.

⁸⁵ LG Landau NStZ 1981, 64 (Libanon).

⁸⁶ So auch Müller-Dietz (Fn. 3), S. 111.

⁸⁷ LG Zweibrücken NStZ-RR 1997, 206.

⁸⁸ LG Kleve NStZ 1995, 192 (in Spanien).

⁸⁹ LG Köln NStE Nr. 20 zu § 51 StGB.

⁹⁰ Theune (Fn. 6), § 51 Rn. 66.

Angabe des Anrechnungsmaßstabs nach Abs. 4 S. 2.⁹¹ Das Gericht muss seine Ermessensentscheidung erkennen lassen (bzw. die zugrundeliegenden Erwägungen),⁹² da wie gesehen die ausländischen Strafarten und die Haftbedingungen im Ausland mit den deutschen vielfach nicht vergleichbar sind.⁹³ Auch bei der Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe muss das erkennende Gericht für eine im Ausland erlittene Freiheitsentziehung einen Anrechnungsmaßstab festsetzen,⁹⁴ da dies relevant für die Aussetzung des Strafrests nach § 57a Abs. 2 StGB ist.

Die Ergänzung der Urteilsformel kann das Revisionsgericht gemäß § 354 Abs. 1 StPO nachholen, wenn keine Ermittlungen über den Maßstab angestellt werden müssen – aber nur dann.⁹⁵ Da es sich um eine Ermessensentscheidung des Tatgerichts handelt, ist im Übrigen freilich die Überprüfbarkeit eingeschränkt.⁹⁶

Die Revision kann auf die Rüge der (zu hohen oder zu niedrigen) Anrechnung von im Ausland erlittener Freiheitsentziehung beschränkt werden.⁹⁷

Die schlichte Erhebung der Sachrüge reicht aber nicht aus, das Revisionsgericht zu der Suche nach einem anderen Maßstab für die Anrechnung der Haft zu veranlassen. Wenn Anhaltspunkte für einen anderen Maßstab „nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen“⁹⁸ sind, werden die ausländischen Haftbedingungen gleich bewertet wie im Urteil der Vorinstanz.⁹⁹

Bei entsprechend hinreichend substantiiertem Rüge greifen die Gerichte dann auf Berichte der deutschen Botschaften und Konsulate zurück.¹⁰⁰ Dies ist nicht unproblematisch, da derartige Gutachten nicht frei von diplomatischer Rücksichtnahme sein mögen und zudem der Tatsachenbasis (Dauer und Intensität der Besichtigung, ggf. zeitlicher Abstand zur Haft)

nicht immer Validität zukommt.¹⁰¹ Dies hat die Rechtsprechung auch erkannt.¹⁰²

Wenn sich die Umstände nicht (mehr) ermitteln lassen,¹⁰³ ist – im Rahmen der üblichen Beweiswürdigung ggf. in dubio pro reo¹⁰⁴ – von einer unwiderlegbaren Einlassung des Verurteilten hinsichtlich seiner harten Haftbedingungen auszugehen.¹⁰⁵

VII. Ergebnis

Das richterliche Ermessen bei der Anrechnung im Ausland erlittener Haft hat sich an den dortigen Haftbedingungen zu orientieren. Hierfür wird der absolvierte Strafvollzug nach deutschem (ggf. Landes-)Strafvollstreckungsrecht begutachtet. Anzahl, Dauer und Intensität der Rechtsverstöße bestimmen die Höhe der Anrechnung. Eine Rundung zu einer ganzen Zahl ist nicht geboten und überdies (ggf. täterbelastend) unpräzise. Die in der Rechtsprechung praktizierte Umrechnung von maximal 1:3 dürfte angesichts manch erschreckenden Strafvollzugs zu niedrig gegriffen sein. Die Unterschreitung des rechtlich gebotenen Anrechnungsfaktors ist mit der Sachrüge revisibel; erforderlich ist aber das Vorbringen von Anhaltspunkten, die auf einen härteren Strafvollzug hindeuten, soweit derartiges nicht schon ersichtlich ist.

¹⁰¹ Vgl. auch *Müller-Dietz* (Fn. 3), S. 112 („können die Zuverlässigkeit und Glaubwürdigkeit der Informationen über die Zustände in ausländischen Haftanstalten variieren“).

¹⁰² Vgl. einerseits: „Der Senat hat nach seinen bisherigen Erfahrungen mit derartigen Angelegenheiten keinen Anlaß, an der Zuverlässigkeit solcher Berichte zu zweifeln. Insbesondere konnte immer wieder festgestellt werden, daß die deutschen Vertretungen auch die gebotene kritische Distanz gegenüber Darstellungen ausländischer Behörden nicht vermissen lassen. Auch der Bericht, um den es hier geht, läßt in dieser Hinsicht keine Mängel erkennen. Selbstverständlich mußte die eingehende Besichtigung des Gefängnisses, auf der er beruht, vorher angemeldet und in Anwesenheit spanischer Beamter durchgeführt werden. Es wurden jedoch insbesondere die Zellen der damals dort inhaftierten Deutschen überprüft und mit diesen Vier-Augen-Gespräche geführt; auch dabei haben sich nach Darstellung der Botschaft keine Gründe gegen eine Verallgemeinerung des zum Zeitpunkt der Besichtigung vorgefundenen Zustandes der Anstalt ergeben. Mögliche Unklarheiten hinsichtlich der genauen Bezeichnung einzelner Abteilungen des Gefängnisses, die der Bf. beanstandet, erschüttern die Glaubwürdigkeit des Berichtes nicht.“ Andererseits: „Soweit das Auswärtige Amt im Schreiben vom 3.7.2006 allgemein ausgeführt hat, dass bei einer Untersuchung der JVA in [...] keine gravierenden Mängel festgestellt werden konnten, reicht die konkrete Auflistung und Beschreibung der Haftumstände im Einzelnen in diesem Schreiben nicht aus, um die Schilderung des Angeklagten von den tatsächlichen Bedingungen zu widerlegen.“

¹⁰³ Vgl. OLG Hamm NStZ 2009, 101 (Umbau der Räumlichkeiten).

¹⁰⁴ Vgl. BGH 4 StR 299/00; *Fischer* (Fn. 1), § 51 Rn. 19.

¹⁰⁵ Vgl. LG Kleve NStZ 1995, 192.

⁹¹ BGHSt 27, 287 (288); BGH NStZ 1982, 326; BGH NStZ 1983, 455; BGH 3 StR 488/01; BGH NStZ 2001, 157; BGH 5 StR 124/03; BGH 5 StR 582/07.

⁹² Vgl. auch *Müller-Dietz* (Fn. 3), S. 111.

⁹³ BGH NStZ 1983, 455.

⁹⁴ BGH NJW 2004, 3789; *Theune* (Fn. 6), § 51 Rn. 57.

⁹⁵ BGH NStZ 1997, 385; BGH 5 StR 124/03; BGH wistra 2008, 154, 155; BGH NStZ-RR 2009, 370; OLG Oldenburg NJW 1982, 2471.

⁹⁶ OLG Hamm StV 1999, 652: „Das Revisionsgericht kann diese Entscheidung nur auf Rechtsfehler überprüfen und hat sie im Zweifel ‚bis zur Grenze des Vertretbaren‘ zu respektieren [...]. Das Revisionsgericht kann, solange keine Ermessensfehler vorliegen, grundsätzlich nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des Tatrichters setzen.“

⁹⁷ *Stree* (Fn. 10), § 51 Rn. 32; OLG Hamm StV 1999, 652.

⁹⁸ BGH 5 StR 124/03.

⁹⁹ *Theune* (Fn. 6), § 51 Rn. 59.

¹⁰⁰ Vgl. OLG Hamm NStZ 2009, 101.

Über die Aporie der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht

Anmerkung zu Arnd Koch, ZIS 2010, 175

Von Gunnar Spilgies, Hannover

I. Einführung

Arnd Koch hat in dieser Zeitschrift jüngst einen Streifzug durch zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsdogmatik zur Strafbarkeit der unbewussten Fahrlässigkeit unternommen.¹ Kochs Streifzug enthält auch einen Abschnitt über die „Begründung des Schuldgehalts unbewusster Fahrlässigkeit durch die herrschende Lehre“.² Darin beschreibt Koch den heutigen Begründungsansatz der herrschenden Lehre als eine normative Erweiterung der Willensschuld und führt diesen Ansatz auf das von Ernst Ferdinand Klein begründete Schuldverständnis zurück, wonach die Nichtexistenz eines richtigen Willens (der sog. negativ-böse Wille) zur Schuldbegründung ausreiche. Ein solcher negativ-böser Wille liege nach Klein vor „bei einem Mangel des guten Vorsatzes, die zur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit auszubilden oder anzustrengen.“³ Koch resümiert: „Durch die Unterscheidung zwischen konkretem Willensakt und fehlerhafter, weil unterbliebener richtiger Willensbetätigung, gelingt es der herrschenden Lehre mühelos, den Schuldgehalt der unbewussten Fahrlässigkeit zu begründen, ohne vom Dogma ‚alle Schuld ist Willensschuld‘ abrücken zu müssen.“⁴ Diese Ausführungen Kochs vermitteln dem Leser den Eindruck, als habe die herrschende Lehre den gordischen Knoten der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit mit der Annahme einer solchen normativen Erweiterung der Willensschuld gelöst und ihr sei eine problemlose schulddogmatische Begründung der Strafbarkeit der unbewussten Fahrlässigkeit geglückt. In Wahrheit kann davon jedoch keine Rede sein. Die Position der herrschenden Lehre ist vielmehr untrennbar mit den Problemen der Verstandesschuld und der Lebensführungsschuld verbunden, welche die Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit im gegenwärtigen Schuldstrafrecht in eine Aporie münden lassen. Durch Kleins bizarre Lehre vom negativ-bösen Willen bzw. durch die von Koch so genannte „normative Erweiterung“ der Willensschuld werden diese Probleme dagegen nur terminologisch verdeckt. Da hilft es auch nicht, wenn Koch noch kritisch anmerkt: „Allerdings wird durch das weite und vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Willensverständnis verdeckt, dass das Schuldurteil auf einer reinen Wertung basiert.“ Denn diese kritische Anmerkung verweist nicht auf die hinter dieser „reinen Wertung“ liegenden schulddogmatischen Begründungsprobleme. Eines Hinweises auf diese mit dem Begründungsansatz der herrschenden Lehre notwendig verbundenen schulddogmatischen Probleme hätte es aber wenigstens bedurft, um nicht

den Eindruck einer problemlosen Begründung des Schuldgehalts unbewusster Fahrlässigkeit entstehen zu lassen. Da ein solcher Hinweis aber leider fehlt, geben Kochs Ausführungen Anlass, den Finger noch einmal in diese Wunde des gegenwärtigen Schuldstrafrechts zu legen und diesen entstandenen Eindruck zu beseitigen.

Koch führt in seinem historischen Überblick das Problem der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit allein auf das Dogma der Willensschuld zurück, ohne dabei die zugrunde liegenden Schuldauffassungen der jeweiligen Vertreter zu berücksichtigen. Namentlich verzichtet Koch auf eine Trennung zwischen deterministischen und indeterministischen Schuldauffassungen. So diskutiert Koch etwa die Klein'sche Lehre vom „negativ-bösen Willen“ als Gegenmodell zur Feuerbach'schen Lehre vom „positiv-bösen Willen“, ohne auf das deterministische Schuldverständnis Feuerbachs und das indeterministische Schuldverständnis Kleins hinzuweisen. Eingedenk des von Koch verfolgten Zwecks, (lediglich) „einen dogmenhistorisch angelegten Überblick über Versuche, die Strafbarkeit unbewusst fahrlässiger Rechtsgutsverletzungen einzugrenzen oder gänzlich aufzuheben“ zu vermitteln,⁵ ist eine solche Methode aber nur so lange legitim, wie sie nicht zu Fehleindrücken und Fehlbewertungen führt. Solche entstehen aber nicht nur bei Kochs Ausführungen zu v. Almendingens „Ausnahmelösung“ zur Begründung der Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit, die dem Leser den Eindruck vermitteln, diese „Ausnahmelösung“ sei strafrechtssystematisch widersprüchlich,⁶ sondern insbesondere auch bei der Darstellung der heutigen Begründung des Schuldgehalts unbewusster Fahrlässigkeit durch die herrschende Lehre. Es ist daher angezeigt, das Problem der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit vom Boden des von der herrschenden Lehre zugrunde gelegten auf Willensfreiheit gegründeten Schuldkonzepts⁷ zu betrachten.

⁵ Siehe Koch, ZIS 2010, 175.

⁶ Wohingegen Holzhauser, Willensfreiheit und Strafe, 1970, S. 93, treffend ausführt, dass in v. Almendingens deterministischem Strafrechtssystem die Strafbarkeit der unbewussten Fahrlässigkeit ohne Schuld nur einen Wechsel in der straftheoretischen Begründung bedeute, während für eine indeterministische Strafrechtsbegründung die Zulassung einer Strafe ohne Schuld deren Grundlage in Frage stelle.

⁷ Zu diesem vor dem Hintergrund der neurowissenschaftlichen Kritik Spilgies, ZIS 2007, 155. Vgl. auch den Tagungsbericht von Harrendorf, ZIS 2008, 41 und die Polemik von Hirsch, ZIS 2010, 62, der das indeterministische Schuldstrafrecht gegen die neurowissenschaftliche Kritik verteidigt und sich im Falle eines deterministischen Strafrechtssystems absurde Untergangsszenarien ausmalt („Rückfall in die Strafjustiz vor Anbruch der historischen Neuzeit“ [S. 64], „Die ganze sozialetische Ordnung geriet ins Wanken“ [S. 64],

¹ Siehe Koch, ZIS 2010, 175.

² Siehe Koch, ZIS 2010, 175 (180 f.).

³ Klein, Grundsätze des Gemeinen Deutschen Peinlichen Rechts, 1799, S. 100.

⁴ Koch, ZIS 2010, 175 (180 f.).

II. Das Problem der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht

In einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht stellt sich das Problem der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit wie folgt dar: Wenn dem Täter im Rahmen der Schuld vorgeworfen wird, dass er seinen Willen nicht normgemäß bestimmt hat, obwohl er dieses konnte, so wird ihm die fehlerhafte Willensbildung vorgeworfen.⁸ Insoweit bedeutet Schuld also Willensschuld. Der Schuldvorwurf setzt dabei aber natürlich voraus, dass der Täter wusste, was normgemäß ist, dass er wusste, was das Gesetz von ihm verlangt. Mit den Worten des BGH: „Voraussetzung dafür, daß der Mensch sich in freier, verantwortlicher, sittlicher Selbstbestimmung für das Recht und gegen das Unrecht entscheidet, ist die Kenntnis von Recht und Unrecht.“⁹ Das Wollen ist immer auf ein Wissen bezogen und setzt dieses voraus. Die Willensbildung ist also durch den Umfang des Wissens beschränkt.

Es fragt sich daher, wie die Schuld des Täters begründet werden kann, wenn dem Täter die Unrechtskenntnis, also gerade das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens und das Wissen um die rechtmäßige Verhaltensalternative gefehlt hat. Ein solcher Verbotsirrtum ist insbesondere für die Fälle der unbewussten Fahrlässigkeit wesentlich. Hier weiß der Täter nicht, dass er sorgfaltswidrig handelt und erkennt die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung gar nicht (z.B. wegen Unaufmerksamkeit, Unkonzentriertheit, Vergesslichkeit, gefühlsbedingter Erregung, geringer Intelligenz). Das geltende Recht behilft sich in dieser Situation mit der Annahme vermeidbarer Verbotsirrtümer. Nach § 17 S. 1 StGB schließt ein (negativer) Verbotsirrtum nur dann die Schuld des Täters aus, wenn der Verbotsirrtum unvermeidbar war. War der Verbotsirrtum dagegen vermeidbar, kann die Strafe nach § 17 S. 2 StGB nur gemildert werden.

III. Ansatzpunkte der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit

Für die Schuldbegründung im Falle eines solchen vermeidbaren Verbotsirrtums bzw. unbewusst fahrlässigen Verhaltens stehen dann in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht zwei Wege offen, die auch *Klein* in seiner Lehre vom negativ-bösen Willen angesprochen hat. Anknüpfend an *Kleins* Lehre kann die Fahrlässigkeitsschuld entweder darauf bezogen werden, die zur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit nicht ausgebildet zu haben (Lebensführungsschuld) oder diese nicht angestrengt zu haben (Verstandesschuld).

„Eine Resozialisierung in humaner, kommunikativer Weise ist kaum noch denkbar“ [S. 66]).

⁸ Vgl. *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 118.

⁹ BGHSt 2, 194 (201).

1. Verstandesschuld

Die Vorstellung einer Verstandesschuld geht davon aus, der Mensch könne über den Gebrauch der (Unrechts-)Einsichtsfähigkeit frei entscheiden und also auch Irrtümer vermeiden.¹⁰ Begründet wurde diese Vorstellung im 18. Jahrhundert in der von *Christian Wolff* entwickelten „*theoria de culpa*“.¹¹ Danach steht die *Culpa* als Verstandesfehler neben dem *Dolus* als Willensfehler und beruht auf einem vermeidbaren Irrtum. Ganz in diesem Sinne erblickt *Rudolphi* das Wesen der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums in dem „Erkennen-Können der konkreten Rechtswidrigkeit des eigenen Verhaltens“.¹² Über die Begründung der Schuld des im vermeidbaren Verbotsirrtum handelnden Täters schreibt er: „Schuld trägt der im vermeidbaren Verbotsirrtum handelnde Täter, weil er seine Fähigkeit zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens ungenutzt gelassen und sich damit der Möglichkeit beraubt hat, sein Verhalten gemäß der erkannten Rechtspflicht zu bestimmen oder mit andern Worten, schuldig ist der Täter, weil er von seinem (doppelten) Können, die ihn treffende Rechtspflicht zu erkennen und sodann sein Verhalten an ihr auszurichten, keinen Gebrauch gemacht hat.“¹³

Dementsprechend ist dann also der Schuldvorwurf dahingehend umzuformulieren, dass der Täter im Tatzeitpunkt hätte rechtmäßig handeln können, weil er Unrechtskenntnis hätte haben können. Die Voraussetzung, dass der Täter im Zeitpunkt der Tat rechtmäßig handeln konnte – also die Tatschuld als Willensschuld – wird geopfert und die Strafbarkeit stattdessen auf die Verstandesschuld gegründet. Wegen dieser Vorverlegung der Schuld wird die unbewusste Fahrlässigkeit bzw. die Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums in § 17 S. 2 StGB teilweise auch als ein Fall der *Actio libera in Causa* bezeichnet.¹⁴

Gegen diese auf einem Erkenntnis- oder Verstandesfehler beruhende Verstandesschuld ist aber schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts von *Ludwig Harscher v. Almendingen* treffend eingewendet worden: „Es gibt keinen Irrthum, welchen man, wenn man gewollt hätte, hätte einsehen können. Jeder Akt des Erkenntnißvermögens ist völlig unwillkürlich. [...] Gleich dem körperlichen Auge sieht der Verstand nicht, weil

¹⁰ Die so verstandene Verstandesschuld findet in *Kochs* Ausführungen keine Beachtung; sie ist streng zu unterscheiden von der deterministisch verstandenen Verstandesschuld v. *Almendingens*, die *Koch* auf S. 176 seines Beitrags diskutiert.

¹¹ Vgl. die Darstellung bei *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 4, 1919, S. 193 f., und *Hall*, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959, S. 50.

¹² Siehe *Rudolphi*, in: Unrechtsbewußtsein, 1982, S. 18; *ders.*, in: *ders.* u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 37. Lfg., Stand: Oktober 2002, § 17 Rn. 24.

¹³ *Rudolphi* (Fn. 12), S. 18; fast wortgleich *ders.* (Fn. 12), § 17 Rn. 24.

¹⁴ Siehe z.B. *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 106. Dieser Gedanke der Vorverlegung ist auch schon mehr als 200 Jahre alt, siehe *Karl Ludwig Wilhelm Grolman*, Über die Begriffe *dolus* und *culpa*, Teil I, 1. Stück, 1797, S. 29 ff.

er will, sondern weil er muß. [...] Es ist eine dem gemeinsten wie dem erhabensten Verstand sich aufdringende Thatsache des Bewußtseyns: was ich in diesem Moment sehe, muß ich sehen, was ich nicht sehe, kann ich nicht sehen. Jeder Irrthum ist dem Irrenden Wahrheit [...]“¹⁵ Diese Erkenntnis wurde zwischenzeitlich auch von Indeterministen anerkannt und das der Willkür entzogene Wissen um Verhaltensalternativen bildete die Voraussetzung für die Willensbildung.¹⁶ So schrieb *Heinrich Luden* im Jahre 1836: „Es ist nicht möglich, dass Jemand etwas will, woran er nicht gedacht hat.“¹⁷ Es galt der Satz: „Ohne Wissen keine Schuld.“

Aber 200 Jahre nach *v. Almendingen* ist diese Erkenntnis vergessen; der Satz „Ohne Wissen keine Schuld“ gilt nicht mehr. Das lässt sich leicht zeigen, wenn man sich die Ausführungen von *Roxin* genauer ansieht, die *Koch* explizit für die herrschende Meinung anführt.¹⁸ In der von *Koch* zitierten Stelle aus *Roxins* Lehrbuch heißt es: „Aber die Schuld im Strafrecht knüpft nicht nur an bewusste Rechtsgüterverletzungen und -gefährdungen an. Wenn jemand gefahr begründende Umstände kennt, liegt eine Fahrlässigkeitsschuld schon darin, dass er daraus nicht den Schluss auf eine mögliche Rechtsgüterverletzung gezogen hat. [...] Es genügt sogar die bloße Erkennbarkeit der gefahr begründenden Umstände. Die Annahme, es stehe in niemands Macht, die Umstände zu bedenken, die einem nicht einfallen, ist irrig.“¹⁹

Schlussfehler und Aufmerksamkeitsmängel – also Verstandesfehler – sind hiernach für *Roxin* schuld begründend. Nach *Roxin* hätten Personen an Umstände denken können, an die sie nicht gedacht haben. Unbewusstes hätte diesen Personen bewusst werden können. Das heißt, ihr Erkenntnisvermögen oder Bewusstwerdungsvermögen können diese Personen willentlich steuern. Und das heißt weiter, die Personen wollten die nicht bedachten Umstände nicht bedenken. Auf *Roxins* Beispielsfall bezogen: Die Person wollte den Schluss auf eine mögliche Rechtsgüterverletzung nicht ziehen bzw. sie wollte die gefahr begründenden Umstände nicht erkennen. Der Schuldvorwurf liegt also darin, dass sie den Schluss nicht gezogen hat bzw. die Gefahr nicht erkannt hat, obwohl sie das konnte, obwohl sie den Schluss hätte ziehen können wollen bzw. die Gefahr hätte erkennen können wollen. Man kann aber nicht etwas *nicht* bedenken wollen, denn dann hat man es bereits bedacht. Der Wille ist immer auf einen bestimmten Bewusstseinsinhalt bezogen. Darauf beruht das bekannte Paradox für den umgekehrten Fall, in dem man jemanden auffordert an einen bestimmten Umstand *nicht* zu denken (z.B. Denken Sie jetzt nicht an einen roten Eisbären – es funktioniert nicht, an einen roten Eisbären nicht zu denken). So wie es nicht möglich ist, an gegenwärtig Gedachtes nicht

denken zu wollen, ist es umgekehrt auch nicht möglich, an Nicht-Gedachtes gedacht haben zu wollen. Die Erkenntnis, dass Irrtümer daher also immer unvermeidbar sind, müsste spätestens dann einleuchten, wenn der Irrtum für den Irrenden selbst schädliche Folgen hat. So wie in dem von *Roxin* beschriebenen „Schulbeispiel der Frau, die von einem Unfall ihres Mannes benachrichtigt wird, nach der Unglücksstelle eilt und in ihrer Aufregung das Bügeleisen abzustellen vergißt, das dann einen Brand verursacht.“²⁰ Für *Roxin* ist hier für die Frau „ein anderes Verhalten nicht geradezu unmöglich“, aber wegen Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens müsse eine Exkulpation eintreten.²¹ Das aber wirft zwei offene Fragen auf: Wenn die Frau an das Bügeleisen hätte denken können, warum hat sie es dann nicht auch getan, ihren Irrtum vermieden und somit auch den Brand? Und warum sollte es für die Frau unzumutbar sein, an das Bügeleisen zu denken, wenn sie daran denken konnte?

Roxins Schuldbegründung der unbewussten Fahrlässigkeit bedeutet also letztlich nichts Anderes als *Feuerbachs* Konstruktion einer „willentlichen Unaufmerksamkeit“, die auch *Koch* für gescheitert hält.²² Es kann daher nur verwundern, wenn *Koch* meint, *Roxin* könne sein Schuldkonzept „plausibel“ machen.²³

2. Lebensführungsschuld

Wer dagegen die Konzeption der Verstandesschuld ablehnt, kann zur Begründung des Schuldvorwurfs nur noch auf die Idee der Lebensführungsschuld zurückgreifen. Eine solche Lebensführungsschuld gründet auf der Vorstellung, der Täter habe sich vorwerfbar nicht zu einer rechtstreuen Persönlichkeit erzogen. In diesem Sinne meinte *Welzel* bei Sorglosen und Leichtsinigen, die das unbewusste Gespanntsein auf Gefahren ungenügend ausgebildet hätten, wurzele die Schuld der einzelnen Tat in einem bleibenden Moment, nämlich in dem fehlerhaften Aufbau der Persönlichkeitsschicht, in einem vorwerfbareren Charakterfehler.²⁴

Und noch heute ist *Haft* der Ansicht, in den Fällen der unbewussten Fahrlässigkeit und des vermeidbaren Verbotsirrtums müsse auf die Kategorie der Lebensführungsschuld zurückgegriffen werden: „Bei der unbewussten Fahrlässigkeit kann dem Täter sein Versagen nur mit der Begründung vorgeworfen werden, er habe seine unbewusste Handlungsbereitschaft, bei Gefahren entsprechend zu reagieren, verkümmern lassen. Und bei der Annahme vermeidbaren Verbotsirrtums“

²⁰ *Roxin* (Fn. 19), § 24 Rn. 124.

²¹ Siehe *Roxin* (Fn. 19), § 24 Rn. 124. Dieses Ergebnis ergibt sich für *Roxin* aus einer Anwendung seiner Lehre über den Ausschluss der „Verantwortlichkeit“, die er auch für den Ausschluss des intellektuellen Schulselements der Unrechtskenntnis für maßgeblich erachtet. Zur Widersprüchlichkeit von *Roxins* Verantwortlichkeitslehre siehe *Spilgies*, Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht, 2004, S. 127-134.

²² Siehe *Koch*, ZIS 2010, 175 (180).

²³ Siehe *Koch*, ZIS 2010, 175 (181).

²⁴ Siehe *Welzel*, ZStW 60 (1941), 428 (457 ff.); *ders.*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 149 ff.

¹⁵ *v. Almendingen*, Untersuchungen über das kulpose Verbrechen, 1804, S. 54 f.

¹⁶ Vgl. *Holzhauser* (Fn. 6), S. 92; *Meder*, Schuld, Zufall, Risiko, 1993, S. 135.

¹⁷ *Luden*, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, Bd. 2, 1836, S. 526.

¹⁸ Siehe *Koch*, ZIS 2010, 175 (181).

¹⁹ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 24 Rn. 69.

tums muß man dem Täter vorwerfen, daß er ein Mensch geworden sei, der auf sein Gewissen nicht mehr höre und etwa gebotene Erkundigungen unterlasse.“²⁵

Vor allem mit Hinweis auf den *Tatschuld*charakter des gegenwärtigen Strafrechts wird die Konstruktion einer Lebensführungsschuld heute jedoch allgemein abgelehnt.²⁶

IV. Fazit

Letztlich führen damit beide Begründungswege bei unbewusster Fahrlässigkeit in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht in eine Aporie. Eine Willensschuld als *Tatschuld* lässt sich im Falle unbewusst fahrlässigen Verhaltens in einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht nicht begründen. *Holzauer* hat schon vor 40 Jahren in *Kleins* „eigenartiger Lehre“ vom negativ-bösen Willen nur eine terminologische Abweichung von der Culpatheorie *Wolffs* gesehen und die Gleichsetzung eines negativen mit dem positiven Willen als „äußerste Konsequenz der Vorstellung eines unbedingten Anders-Könnens“ bezeichnet, welche die Annahme impliziere, dass derjenige, der keinen Willen gebildet hat, ebensogut einen positiven Willen bilden konnte.²⁷ Nach dem Gesagten erscheint es daher geradezu als ein gedanklicher Atavismus, wenn *Koch* den Streit um die Schuldbegründung unbewusster Fahrlässigkeit als „festgefahren“ und als „argumentativ nicht zu lösen“ beschreibt und in *Kleins* Lehre den Rettungsanker für eine normative Erweiterung der Willensschuld erblickt.

Vom Standpunkt eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldkonzepts ist es da ehrlicher, mit *Rudolphi* argumentativ zu kapitulieren, die fehlende Schuldbegründung offen einzugestehen und wegen kriminalpolitischer Notwendigkeit dennoch strafen zu wollen: „Gründe des präventiven Rechtsgüterschutzes sind es [...], die den strafrechtlichen Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums mitbestimmen und damit zu einer letztlich der Schuldidee widersprechenden Generalisierung des *Tatschuld*vorwurfs führen.“²⁸

²⁵ *Haft*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 120.

²⁶ Vgl. nur *Roxin* (Fn. 19), § 6 Rn. 20, § 19 Rn. 62; zur weiteren Kritik siehe *Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, S. 144 ff.; *Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. 1976, S. 187 ff.

²⁷ Siehe *Holzauer* (Fn. 6), S. 93; genauso urteilt *Meder* (Fn. 16), S. 130.

²⁸ *Rudolphi* (Fn. 12), S. 19 (*Hervorhebung* im Original).

Die Untreue-Strafbarkeit eines Limited-Directors, § 266 StGB, insbesondere im Lichte des Europäischen Strafrechts*

Von Privatdozent Dr. Edward Schramm, Würzburg/Tübingen und Akad. Mitarbeiter Patrick Hinderer, Tübingen**

This article addresses – in light of the recent lead-decision of the Federal High Court of Justice (Bundesgerichtshof, BGH) – the criminal responsibility of the managing director of a company registered in a foreign EU member state under the German „breach of trust“ statute (Untreue). Next to jurisdictional queries (§§ 3 et seq. German Penal Code, StGB) and questions about the general concept of the German „breach of trust“ statute as well as about the possibility to discontinue proceedings according to § 153a German Code of Criminal Procedure (StPO), this contribution focuses on the influence of European Law on the case decided by the BGH. In particular, the traditional notion that managing directors of such companies must not violate German criminal law when acting in Germany seems debatable in light of the ECJ jurisprudence in „Daily Mail“, „Centros“ und „Inspire Art“ on the Freedom of Establishment as set out in Artt. 49, 54 TFEU. Up until today, the prevailing approach holds that neither the foreign corporate structure nor the European Freedom of Establishment opposes the criminal prosecutions e.g. under the German fraud or breach of trust statute. However, this must no longer be accepted for granted.

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der – nunmehr vom BGH erstmals beantworteten – Frage, inwiefern sich der Geschäftsleiter einer EU-Auslandsgesellschaft, die in Gestalt einer Private Limited Company auftritt, nach deutschem Strafrecht wegen einer Untreue (§ 266 StGB) strafbar machen kann. Neben Aspekten des Strafanwendungsrechts (§§ 3 ff. StGB), der Tatbestandsstruktur des § 266 StGB und einer etwaigen Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO stehen die unionsrechtlichen Implikationen der Fallkonstellation im Zentrum. Insbesondere vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit i.S.d. Art. 49, 54 AEUV in der Rechtsprechungsreihe „Daily Mail“, „Centros“ und „Inspire Art“ zu Anfang des Jahrtausends erscheint die bisherige Vorstellung, wonach die im Inland handelnden Geschäftsleiter einer Auslandsgesellschaft ebenso wenig gegen deutsche Strafvorschriften verstoßen dürfen wie sonst hierzulande agierende Personen, als diskussionswürdig. Bislang ging man weitgehend davon aus, dass der strafrechtlichen Verfolgung etwa wegen des Verdachts auf Betrug oder Untreue weder die ausländische Unternehmensform noch die Niederlassungsfreiheit entgegensteht. Doch wird man dies nicht ohne weiteres als selbstverständlich ansehen können.

I. Entscheidung und Problemaufriss

Es war nur eine Frage der Zeit, bis der BGH sich mit der Frage beschäftigen würde, ob überhaupt eine Untreue zum Nachteil einer Limited vorstellbar ist und, falls dies zu bejahen ist, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein kann. Der 5. Strafsenat hat hierzu in seinem Urteil zentrale Aussagen getroffen, die überwiegend Zustimmung verdienen, teilweise aber auch diskussionswürdig sind und Anlass zu

über den Einzelfall hinausgehenden Überlegungen geben. Mit der vorliegenden Entscheidung erreicht die Limited allerdings in einer „exotischeren“ Form die höchstrichterliche Strafrechtsprechung, als die Entscheidung keine englische Limited betrifft, sondern vielmehr eine solche, die auf den Britischen Jungferninseln – englisch: British Virgin Islands (BVI) – gegründet wurde. Für die BVI-Limited gelten offensichtlich andere gesellschaftsrechtliche Regeln als für die englische Limited, was bei der Bestimmung der strafrechtlichen Treuepflichten zu berücksichtigen ist.

Die strafrechtliche Behandlung der Limited und ihrer Geschäftsleiter in ihrer am häufigsten auftretenden Form, der englischen private company limited by shares, wird in der strafrechtlichen Literatur seit wenigen Jahren diskutiert, beginnend mit dem grundlegenden Beitrag von Rönnau aus dem Jahre 2005.¹ Auch die Rechtsprechung – soweit ersichtlich namentlich das AG Stuttgart² als erstes Gericht – hatte bereits darüber zu befinden, ob sich der Director einer solchen englischen Gesellschaft mit begrenzter Haftung wegen eines Bankrottdelikts i.S.d. §§ 283 ff. StGB und wegen Untreue gemäß § 266 StGB strafbar machen kann. Ohne Ausführungen zur Niederlassungsfreiheit hat das AG Stuttgart beides (auch) für den (faktischen) Geschäftsführer einer Limited nach englischem Recht bejaht. Hinsichtlich der hier nun in den Mittelpunkt gerückten Frage nach der Anwendbarkeit des § 266 StGB steht man grundsätzlich jedoch neben einer „strafrechtlichen“ außerdem vor einer „verfassungsrechtlichen“ sowie vor einer „europarechtlichen“ Frage.³

* Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.4.2010 – 5 StR 428/09.

** Privatdozent Dr. Edward Schramm, Universität Tübingen, vertritt im Wintersemester 2009/10 und Sommersemester 2010 den Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf an der Justus-Maximilians-Universität Würzburg. Patrick Hinderer ist als Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. Kristian Kühn tätig und promoviert zum Thema „Insolvenzstrafrecht und EU-Niederlassungsfreiheit am Beispiel der private company limited by shares“.

¹ Rönnau, ZGR 2005, 832; vgl. sodann Hinderer, Insolvenzstrafrecht und EU-Niederlassungsfreiheit am Beispiel der englischen private company limited by shares (erscheint im Laufe des Jahres); Kienle, GmbHR 2007, 696; Radtke, GmbHR 2008, 729; ders., EuZW 2009, 404; Schlösser, wistra 2006, 81; Schumann, DB 2004, 743; ders., ZIP 2007, 1189; Hoffmann, in: Sandrock/Wetzler (Hrsg.), Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, 2004, S. 227 ff.; Weiß, Strafbare Insolvenzverschleppung durch den Director einer Ltd., 2009, passim; Worm, Die Strafbarkeit eines directors einer englischen Limited nach deutschem Strafrecht, 2009, passim.

² AG Stuttgart wistra 2008, 226 mit zust. Anm. Schumann, 229.

³ So bei Radtke, GmbHR 2008, 729 (730).

Die erste, die „strafrechtliche“ Frage ergibt sich aus der Struktur des § 266 StGB.⁴ Wie auch aus dem Urteil ersichtlich, ist zu entscheiden, ob eine Vermögensbetreuungspflicht zwischen der Limited und „ihrem“ Director überhaupt rechtswirksam zustande kommen kann. Dies ist nicht der Fall, wenn man, so wie das Tatgericht, davon überzeugt ist, dass eine Limited – zumindest diejenige, um die es konkret in der Entscheidung ging – keine Rechtsfähigkeit besitzt. Ferner ist zu untersuchen, auf das Recht welchen Staates zur Konkretisierung dieser etwaigen Pflicht abzustellen ist, sollte man die Rechtsfähigkeit der Limited – wie vorliegend der BGH – bejahen.

Die zweite, die „verfassungsrechtliche“ Frage der Anwendbarkeit des § 266 StGB betrifft die Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG bzw. des § 1 StGB, sollte ermittelt werden, dass das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht durch das Recht des Herkunftsstaates der Gesellschaft, im vorliegenden Fall der BVI-Limited durch das dort geltende Recht, auszufüllen ist. Zweifel drängen sich dabei hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmtheit einer Ausfüllung eines Straftatbestands durch ausländisches Recht ebenso auf wie hinsichtlich des Parlamentsvorbehalts.

Schließlich stellt sich drittens aus „europarechtlicher“ Sicht die Frage, ob eine Anwendung des nationalen Strafrechts auf Geschäftsleiter von EU-Auslandsgesellschaften nicht möglicherweise die durch Artt. 49, 54 AEUV europarechtlich garantierte Niederlassungsfreiheit in unzulässiger Weise beschränkt. Insbesondere das Problem, ob in der Anwendung des § 266 StGB eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu sehen ist, was letztlich nur der EuGH abschließend klären können wird,⁵ erlangt damit Bedeutung für den vorliegenden Beitrag.⁶

II. Die Probleme im Einzelnen

1. Tatbestandsimmanente Beschränkung und internationales Strafrecht

Da die Untreue gemäß § 266 StGB nach ganz h.M. ein Vermögensdelikt darstellt⁷ und damit ein Individualrechtsgut schützt, weist sie, wie grundsätzlich alle vom StGB erfassten

Individualrechtsgüter, keine tatbestandsimmanente Begrenzung auf einen Schutz von inländischen Rechtsgütern auf.⁸ Soweit zusätzlich die Voraussetzungen deutscher Strafanwendung gegeben sind, gelten auch die Individualrechtsgüter von ausländischen natürlichen oder juristischen Personen als inländische Rechtsgüter.⁹

Ob auf einen Lebenssachverhalt mit Auslandsbezug das deutsche Strafrecht Anwendung findet oder nicht, ergibt sich aus dem innerstaatlichen Strafanwendungs-, Strafgewalts- bzw. Geltungsbereichsrecht der §§ 3-7 StGB. Diese einseitigen Kollisionsnormen legen den Umfang der innerstaatlichen Strafgewalt fest,¹⁰ indem sie den Anwendungsbereich deutschen Strafrechts für Taten, die Beziehungen zum Ausland aufweisen, begrenzen.¹¹ § 3 StGB verwirklicht den sog. Gebietsgrundsatz als Hauptprinzip¹² und beschränkt die Geltung des Strafrechts auf das Staatsgebiet und damit auf solche Taten, die innerhalb des Raumes begangen werden, der staatlicher Souveränität unterliegt. Wo die Tat begangen ist, bestimmt sich nach § 9 Abs. 1 StGB, wonach der Tätigkeits- bzw. Erfolgsort überall dort gegeben ist, wo der Täter gehandelt, d.h. wo er eine Tätigkeit vorgenommen hat, die auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtet ist (1. Var. des Abs. 1) bzw. im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen (2. Var. des Abs. 1), sowie dort, wo sich der Erfolg dieser Handlung realisiert (Var. 3 des Abs. 1) oder realisieren sollte (Var. 4 des Abs. 1).

Die maßgeblichen pflichtwidrigen Überweisungen hat der Angeklagte von Hamburg aus über sein Konto bei der Da. Bank in Hamburg vorgenommen, weshalb der BGH, ebenso wie bereits das Tatgericht, von einem inländischen Handlungsort, und damit einer Anwendbarkeit des StGB ausgegangen ist. Zwar wäre eine Normativierung des Handlungsorts bei normativen Tatbestandsmerkmalen, wie etwa innerhalb der Untreue bezüglich der Treuepflichtverletzung, durchaus denkbar. Entscheidend wäre dann nicht, wo tatsächlich die Handlung, die die Treuepflichtverletzung begründet, vorgenommen wurde, sondern vielmehr der „Ort“ der Rechtsordnung, nach der sich die Pflichtverletzung normativ bestimmt; dies wären hier die British Virgin Islands. Dann würde das Ergebnis lauten, dass deutsches Strafrecht nicht anwendbar wäre, sondern nur dasjenige der BVI.

⁴ Zur Struktur der Untreue gemäß § 266 StGB vgl. *Schramm*, Untreue und Konsens, 2005, S. 31 ff.

⁵ Vgl. *Altenhain/Wietz*, NZG 2008, 569 (572) insb. zur Ausstrahlungswirkung des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht auf das Wirtschaftsstrafrecht.

⁶ Mit treffender – allgemeiner gefasster – Fragestellung *Hoffmann* (Fn. 1), S. 227 ff.: „Reichweite der Niederlassungsfreiheit: bis in das Strafrecht?“.

⁷ H.M.; vgl. BGHSt 43, 293 (297); *Kindhäuser*, in: ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, Bd. 1, § 266 Rn. 1; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2010, § 266 Rn. 1; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2009, § 266 Rn. 28; eingehend *Schramm* (Fn. 4), S. 24 ff.

⁸ Vgl. *Werle/Jeßberger*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 7), Vor §§ 3-7 Rn. 271 u. 274; dazu auch *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 3 A, jeweils m.w.N.

⁹ *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 6 Rn. 1.

¹⁰ Statt vieler *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 163; a.M. *Lemke*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 7), Vor §§ 3-7 Rn. 1, der die §§ 3-9 StGB als deutsches Recht i.S. eines konstitutiven Teils der primären Strafnorm sieht.

¹¹ *Lackner/Kühl* (Fn. 7), Vor §§ 3-7 Rn. 1; *Makarov*, in: Bachof (Hrsg.), Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 253 (S. 257); *Satzger*, in: ders./Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, Vor §§ 3-7 Rn. 1.

¹² H.M.; *Lackner/Kühl* (Fn. 7), § 3 Rn. 1; *Satzger* (Fn. 11), § 3 Rn. 1.

So reizvoll ein solches Gedankenspiel auch ist, wäre das Ergebnis indes nicht überzeugend. Zwar bemisst sich die Treuepflicht inhaltlich nach der Gründungstheorie, hier dem Recht der Britischen Jungferninseln. Gleichwohl steht im Mittelpunkt der Treuepflichtverletzung das Versagen des Treuenehmers. Dieser kann eine Pflichtverletzung, hier die Treuepflichtverletzung gegenüber einer Limited, letztlich an jedem Ort dieser Erde begehen. Der Vermögensschaden hingegen bezieht sich auf den Treugeber als Inhaber des Treueanspruchs. Daher spricht alles dafür, als lokalen Anknüpfungspunkt für die Tathandlung i.S.d. 1. und 2. Alt. des § 9 Abs. 1 StGB den Ort zu wählen, an dem der Treuepflichtige sich aufgehalten hat, als er gehandelt (bzw. etwas unterlassen) hat, und für den Erfolgsort i.S.d. 3. Alt. des § 9 Abs. 1 StGB bei einer geschädigten juristischen Person denjenigen Ort als maßgeblich anzusehen, an dem gesellschaftsrechtlich ihr Sitz ist. Andernfalls würden zudem die Unterschiede zwischen den beiden eigenständigen objektiven Tatbestandsmerkmalen der Treuepflichtverletzung und des Vermögensschadens verwischt: nicht jede Treuepflichtverletzung löst einen Vermögensschaden aus, und nicht jeder Vermögensschaden beruht auf einer Treuepflichtverletzung. Es trifft daher im vorliegenden Fall zu, Hamburg als den Handlungs-ort anzusehen.

2. Anwendung der Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV auf BVI-Limiteds

Die drei Begründungsansätze, mit denen das LG Hamburg eine Untreuestrafbarkeit des Angeklagten verneint hatte, wurden vom BGH zutreffend widerlegt: Nicht nur zwischen den Mitgliedstaaten der EU, sondern auch zwischen ihnen und der ihr assoziierten überseeischen Länder und Hoheitsgebiete wie etwa den Jungferninseln gelten die Bestimmungen und Verfahrensregeln der primärrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV, und zwar unter Ausschluss jeder Diskriminierung. Dies bestimmt der seit 1.12.2009 geltende AEUV in seinem Art. 199 Nr. 5 unter Anknüpfung an die gleichlautende Vorläuferbestimmung in Art. 183 Nr. 5 EGV. Man könnte im vorliegenden Urteil auch von einer „Quasi-EU-Auslandsgesellschaft“ sprechen. Im Wege gemeinschaftsrechts- bzw. unionsrechtskonformer Interpretation nationalen Rechts ist daher für die Entscheidung, welches Gesellschaftsrecht auf eine Limited, die auf den Virgin Islands gegründet wurde, anzuwenden ist, auf die Gründungstheorie abzustellen.

a) Keine Bedeutung der „off-shore-Firma“-Eigenschaft

Der BGH wollte auch nicht der Argumentation des LG Hamburg folgen, nach der hier eine andere gesellschaftsrechtliche Bewertung angezeigt gewesen wäre, weil es sich bei der Limited nur um eine „off-shore-Firma“ gehandelt habe, die keinen Sitz in der EU unterhalte und deren Überweisungen an den Geschäftspartner über die Moskauer Firma vorgenommen wurden. Mit dem Begriff der „off-shore-Gesellschaft“, der kein juristischer terminus technicus ist, sondern unternehmerische Betätigung „fern der Küste“ meint, werden vor allem Unternehmensgründungen auf den kleinen Inseln der ehemaligen britischen Kolonien bezeichnet, die sich stetig

wachsender Beliebtheit als Steuerparadiese auch bei Deutschen erfreuen.¹³ Neben den Cayman Islands, Panama, den Bahamas und den Bermudas zählen eben die Britischen Jungferninseln zu solchen Steueroasen. „Off-shore-Gesellschaften“ zeichnen sich sodann dadurch aus, dass der Sitz der Firma in einem dieser Steuerparadiese liegt, die eigentliche Geschäftstätigkeit aber in einem anderen Land, im vorliegenden Fall in Deutschland bzw. in Russland, stattfindet; die Limited fungiert insofern nur als Briefkastenfirma. Für den BGH ändert dieser Umstand aber zu Recht an der primär-unionsrechtlich indizierten Anwendung der Gründungstheorie auch für „off-shore-Limiteds“ nichts, selbst wenn sie nicht im Limited-Mutterland England oder einem anderen EU-Mitgliedstaat, sondern auf einer der ehemaligen britischen Kolonialinseln gegründet worden sind.

b) Nichtigkeit nur bei missbräuchlicher Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit

Ebenso einleuchtend hat der BGH die Frage einer möglichen Nichtigkeit der Limited und missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit beantwortet. Wer die BVI-Limited in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit miteinbezieht, hat die dazu Anfang des Jahrtausends ergangene Rechtsprechungsreihe des EuGH zu beachten.¹⁴ In seinem „Inspire Art“-Urteil hat der EuGH unter Verweis auf seine Ausführungen im „Centros“-Urteil¹⁵ festgestellt, dass Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, die eine Gesellschaft gründen möchten, diese wegen der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit im EU-Binnenmarkt in dem Mitgliedstaat, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihnen die größten Freiheiten lassen, errichten und anschließend in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründen dürfen.¹⁶ Die Rechts- und Parteifähigkeit dieser Gesellschaften sind im Zuzugsstaat anzuerkennen, auch wenn dort strengere Voraussetzungen an die Erlangung der Rechts- und Parteifähigkeit gestellt werden sollten. Darüber hinaus stellt der EuGH fest, dass der Umstand, dass eine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, keine Tätigkeit entfaltet und ihre Tätigkeit ausschließlich oder hauptsächlich im Mitgliedstaat ihrer Zweigniederlassung ausübt, noch kein missbräuchliches und betrügerisches Verhalten darstellt, das es dem Zuzugs-Mitgliedstaat erlauben würde, auf die betreffende Gesellschaft die Gemeinschaftsvorschriften über das Niederlassungsrecht nicht anzuwenden.¹⁷

Kommt man zum Ergebnis, dass die Niederlassungsfreiheit auch für die BVI-Limited gilt, so kann nach Würdigung der EuGH-Rechtsprechung zu den Artt. 49, 54 AEUV im vorliegenden Fall nur von Rechtsfähigkeit ausgegangen wer-

¹³ Vgl. Radtke, GmbHR 2008, 729.

¹⁴ Eine ausführliche Darstellung der Judikate des EuGH „Segers“ bis „Cartesio“ findet sich bei Hinderer (Fn. 1), Kap. 1 B, m.w.N.

¹⁵ EuGH NJW 1999, 2027 (2028) Rn. 27 („Centros“).

¹⁶ EuGH NJW 2003, 3331 (3334) Rn. 138 („Inspire Art“).

¹⁷ EuGH NJW 1987, 571 Rn. 16 („Segers“); NJW 1999, 2027 Rn. 29 („Centros“); NJW 2003, 3331 (3334) Rn. 139 („Inspire Art“).

den. Denn, wie vom BGH zutreffend erkannt, „belegen die Feststellungen keine missbräuchliche Ausnutzung der hier assoziationsrechtlich modifizierten Niederlassungsfreiheit durch Umgehung mitgliedstaatlicher Bestimmungen oder Erschleichen einer Rechtsstellung“. Auch wenn ein Unternehmen von vorneherein erheblich weniger oder gar keine Steuern und Abgaben abführen möchte, kann es im Übrigen wirtschaftlich in beträchtlichem Umfang tätig sein und dabei eine Tätigkeit entfalten, die von der Rechtsordnung nicht zu beanstanden ist. Die Limited handelte – auf der Grundlage eines beachtlichen Gesellschaftsvermögens – hier offensichtlich sehr erfolgreich mit der luxuriösen und hochpreisigen Unterhaltungselektronik von Bang und Olufsen.

3. Konsequenzen für die Tatbestandsvoraussetzungen des § 266 StGB

a) Gründungstheorie vs. Sitztheorie bei der Herleitung der Vermögensbetreuungspflicht

Ob der Director einer Limited vermögensbetreuungspflichtig gegenüber der Limited ist, kann, wenn man die Gründungstheorie des EuGH und des BGH in Zivilsachen ernst nimmt, nur auf der Grundlage des ausländischen Gesellschaftsrechts entschieden werden. Dass sich für den Geschäftsleiter einer EU-Auslandsgesellschaft diese Vermögensbetreuungspflichten grundsätzlich nach dem Gesellschaftsrecht bzw. den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben des Herkunftsstaates bestimmen, ergibt sich wiederum aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH (u.a. „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“) aus der Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV und der daraus abgeleiteten „gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnorm“: Eine EU-Auslandsgesellschaft ist auch im Zugangsstaat grundsätzlich nach ihrem Gründungsrecht zu behandeln.

Auch das Merkmal der untreuerechtlichen Pflichtwidrigkeit des Directors gegenüber „seiner“ Limited ist also grds. durch die Anforderungen, die sich aus dem Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates ergeben, auszufüllen. Strafbar wegen Untreue gemäß § 266 StGB kann sich auch der BVI-Limited-Director demnach nur machen, wenn § 266 StGB die Verletzung einer Pflicht aus dem Gesellschaftsrecht der BVI-Limited unter Strafe stellt. *Schlösser* spricht – bei der englischen Limited – „bildlich“ von einer „(Sanktions-) Hülle“ des § 266 StGB, „deren Inhalt durch englisches Gesellschaftsrecht ausgefüllt wird“.¹⁸

Wollte man diesen Bezugspunkt der Treuepflicht nicht anerkennen, müsste geklärt werden, welches Gesellschaftsrecht sonst als Grundlage herangezogen werden müsste. Es versteht sich von selbst, dass nicht der Weg gegangen werden kann, in diesem Fall auf jeden rechtlichen Bezugspunkt zu verzichten und die Treuepflichten rechtsschöpferisch „freihändig“ (oder möglicherweise sogar „faktisch“ innerhalb

eines tatsächlichen Treueverhältnisses nach dem vierten Merkmal in der Treubruchsalternative des § 266 Abs. 1 StGB) zu bestimmen. Aber auch die Vorstellung, für den Fall des faktischen Firmensitzes in Deutschland den Limited-Director wie einen GmbH-Geschäftsführer zu behandeln und demnach sein Verhalten an den Maßstäben der GmbH zu messen, also auf diesen GmbH-Recht direkt oder zumindest analog anzuwenden, wäre nach der höchst- und europarichterlich festgestellten Präferenz der Gründungstheorie gegenüber der Sitztheorie unvereinbar mit dem Europa- und Gesellschaftsrecht. Eine solche entsprechende Anwendung bei § 266 StGB wäre im Falle einer analogia in malam partem nicht nur verfassungsrechtlich problematisch. Sie wäre darüber hinaus auch mit der insoweit akzessorischen Natur der untreuerechtlichen Treuepflicht unvereinbar: Das Treueverhältnis bemisst sich nach den rechtlichen Beziehungen im Innenverhältnis, und diese werden hier nicht „nach gusto“ bestimmt, sondern definiert durch das Recht der Limited nach dem International Business Act der British Virgin Island.

Dieses würde auch für die Frage eines etwaigen tatbestandsausschließenden Einverständnisses den Maßstab liefern: Entscheidend hierfür ist, wer nach den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben die Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen besitzt. Bei mehreren Gesellschaftern bestimmt sich dies nach der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung, zumindest im vergleichbaren Fall einer GmbH deutschen Rechts, was im Regelfall bedeutet, dass die Mehrheit der Gesellschafter einer Maßnahme, die an sich pflichtwidrig wäre, zustimmen muss, um sie ihrer Pflichtwidrigkeit zu entkleiden.¹⁹ Der Konsens nur mit einem Teil der Gesellschafter wäre, sofern Einstimmigkeit vorausgesetzt wird, zwar ein strafmildernder Faktor, würde aber an der Tatbestandsmäßigkeit nichts ändern.

Soweit der BGH zur Abstützung des Ergebnisses auf die fehlende Einbeziehung des Limited-Directors in den Normkomplex des GmbH-Gesetzes insbesondere im Rahmen des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG hinweist, ist anzumerken, dass seit Inkrafttreten der jüngsten GmbH-Reform durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I 2026) nunmehr auch der Director einer Limited insolvenzantragspflichtig ist. Die Antragspflicht bemisst sich nach § 15a InsO; das GmbHG enthält insofern weiterhin keine Regelungen für Limiteds und ist nicht für diese gedacht.

b) Vereinbarkeit der Konkretisierung durch ausländisches Recht mit Art. 103 Abs. 2 GG

Eine Treuepflichtverletzung kann indes nur derjenige begehen, der die rechtlichen Pflichten kennt, die ihm auferlegt sind. Nun mag man sich bei einer Limited die Frage stellen, ob der Director immer weiß, wie das Gesellschaftsrecht des Staates ausgestaltet ist, in dem er seine Limited gegründet hat, und insbesondere zu welchem Verhalten er verpflichtet ist. Einem GmbH-Geschäftsführer dürfte es deutlich leichter fallen, an die einschlägigen Gesetze und gesellschaftsrechtliche Literatur zu gelangen, sich das nötige Wissen durch

¹⁸ *Schlösser*, wistra 2006, 81 (86); so auch die h.M.: *Hellmann/Beckemper*, Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 2007, Rn. 465; *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 3 B I; *Radtke*, GmbHR 2008, 729 (734); *Rönnau*, ZGR 2005, 832 (838); *Worm* (Fn. 1), S. 115.

¹⁹ Vgl. *Schramm* (Fn. 4), S. 125.

Selbststudium zu erschließen oder an entsprechende Rechtsauskünfte durch deutsche Rechtsanwälte zu kommen. Aber jeder, der eine Limited im Ausland gründet, weiß, dass er sich rechtlich nicht im rechtsfreien Raum bewegt, sondern an die rechtlichen Vorgaben des jeweiligen Gesellschaftsrechts gebunden ist und insbesondere das Gesellschaftsvermögen nicht ohne weiteres schädigen darf. Diese Bindung an das fremde Recht wird ihm bereits durch die Formalitäten, die zu beachten, und die rechtlichen Voraussetzungen, die für die Gründung einer Limited zu erfüllen sind, vermittelt. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass Unternehmensgründer häufig dabei durch externe Dienstleister unterstützt werden, welche die Arbeit für sie (gegen gutes Geld) erledigen.

Mit der Pflichtwidrigkeit oder Treuwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB, die auf außerstrafrechtliche Pflichten des Treuepflichtigen verweist, hat der deutsche Gesetzgeber das zentrale Unrechtsmerkmal des strafbaren Verhaltens bei der Untreue gemäß § 266 StGB im Kern selbst bestimmt.²⁰ Dabei ist insbesondere im Vergleich zu den auf das Handelsrecht verweisenden Tatbestandsvarianten der §§ 283 ff. StGB festzustellen, dass die Pflichtwidrigkeit nicht zwingend eine (inländische oder ausländische) „gesetzliche“ Verpflichtung voraussetzt. *Rönnau* stellt insofern zutreffend fest, dass die „konkrete *Quelle* und *Qualität* der pflichtbegründenden *Norm*“ nach dem Wortlaut des § 266 StGB „offen“ bleibe.²¹ Die Treuepflicht bzw. Pflichtwidrigkeit kann daher ebenso auf (privat-)autonomen Gestaltungen der Parteien des Rechtsverhältnisses beruhen²² wie auch auf ausländischem Gesellschaftsrecht, dessen Maßgeblichkeit der Täter für seine konkrete wirtschaftliche Betätigung selbst gewählt hat.²³

Zwar lässt sich angesichts dieser rechtlichen Struktur darüber spekulieren, ob nicht im Gefolge der gesellschaftsrechtlichen Gründungstheorie eine Art „strafrechtliche Gründungstheorie“ zu entwickeln und gesetzlich zu verankern wäre, die, in Anlehnung an oder in Analogie zur gesellschaftsrechtlichen Gründungstheorie, auch die strafrechtliche Ahndung von Verstößen gegen die Pflichten aus dem Gründungsrecht allein nach dem Strafrecht des Staates, in dem die Firma gegründet wurde, bemisst. So wäre eine konsequente strafrechtliche Akzessorietät und die „Einheit der Rechtsordnung“ gewährleistet. Das deutsche Strafrecht bliebe bei der rechtlichen Bewertung genauso außen vor wie das deutsche Gesellschaftsrecht, von der damit verbundenen Entlastung der deutschen Strafjustiz ganz zu schweigen, darf diese doch nur deutsche Straftatbestände anwenden. Doch de lege lata führt kein Weg daran vorbei, dass das deutsche Strafrecht im Allgemeinen nach den Vorgaben des § 9 StGB und dem Prinzip des Schutzes von Individualrechtsgütern sowie der

Tatbestandsstruktur des § 266 StGB im Besonderen bei Schädigungen von Limiteds durch Directors einschlägig ist.²⁴

c) *Gesellschaftsrecht der British Virgin Islands*

Wäre der einschlägige Pflichtenkatalog für die englische Limited noch „relativ einfach“ auszumachen – bis zur Neuregelung des Companies Act 2006 traf die Directors hauptsächlich eine Reihe unkodifizierter Treuepflichten (*fiduciary duty*) gegenüber der Limited,²⁵ in den Sec. 171 ff. CA 2006 findet sich nunmehr ein kodifizierter Pflichtenkatalog²⁶ –, steht man im Fall der BVI-Limited vor größeren Problemen. Ein solcher kodifizierter Pflichtenkatalog lässt sich nämlich dem vom BGH auch genannten IBC Act, dem British Virgin Islands International Business Company Act, nicht entnehmen. Die bisher versäumte Ermittlung der gesetzlichen Grundlage für die Vermögensbetreuungspflicht des Directors gegenüber seiner BVI-Limited, hat das LG damit zwingend nachzuholen.

Es würde jedoch den Rahmen dieser Urteilsanmerkung sprengen, das Gesellschaftsrecht der Virgin Islands, namentlich zur Limited, darstellen zu wollen. Der IBC Act, der sich offenbar an neuseeländischem Recht orientiert, lässt hier noch keinen eindeutigen Schluss zu. Doch wenn der Limited-Director einer BVI-Limited auch nur annähernd dem einer englischen Limited entspricht und der Ausdruck „Director“ den Funktionen eines deutschen GmbH-Geschäftsführers nahe kommt,²⁷ spricht vieles dafür, auch eine Vermögensbetreuungspflicht des Directors anzunehmen. Dann wäre von einer dem Director gegenüber „seiner“ BVI-Limited obliegenden gesetzlichen oder unkodifizierten Vermögensbetreuungspflicht auszugehen – ähnlich der bereits genannten englischen *fiduciary duty*.

Im Anschluss daran wäre in einem zweiten Schritt zu klären, welche Rechte und Pflichten ein solcher Director hat, wozu, wie der BGH bemerkt, auch die Satzungen und sonstigen Vereinbarungen der Gesellschafter und Directors heranzuziehen sind. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass der Angeklagte möglicherweise sogar einen Anspruch auf den von ihm eigenmächtig überwiesenen Betrag von 1,2 Mio. EUR hatte. Zumindest hat der Mitgesellschafter selbst zuvor erhebliche Geldbeträge von den Firmenkonten abgezweigt, woraus sich möglicherweise Ansprüche des Angeklagten ergaben, die er eventuell auf der Grundlage eines (vom BGH angedeuteten) „Durchgriffsanspruchs“ selbst verwirklichen konnte und die schon die Pflichtwidrigkeit entfallen ließen. Denkbar erscheint auch, dass der Täter Ansprüche gegen die Limited oder den Mitgesellschafter im Wege einer „Selbsthilfeuntreue“ verwirklicht hat, die möglicherweise nicht die interne Pflichtwidrigkeit der Vorgehensweise beseitigt, wo-

²⁰ *Radtke*, GmbHR 2008, 729 (735).

²¹ *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (903); vgl. auch *Samson/Günther*, in: Rudolphi/Horn/Günther/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 39. Lfg., Stand: Dezember 1996, § 266 Rn. 33.

²² *Radtke*, GmbHR 2008, 729 (735); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (903).

²³ *Radtke*, GmbHR 2008, 729 (736).

²⁴ Vgl. auch *Altenhain/Wietz*, NZG 2008, 569.

²⁵ Vgl. zur alten Rechtslage des CA 1985: *Just*, Die englische Limited in der Praxis, 2. Auflage, 2006, Rn. 157 ff.; *Maul/Schmidt*, BB 2003, 2297.

²⁶ Vgl. ausführlich zum englischen Recht *Ladiges/Pegel*, DStR 2007, 2069; dazu auch *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 3 C.

²⁷ Zur Unterscheidung von Director und Geschäftsführer *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 2 B I 1.

möglich aber den Schaden, sofern nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung der Abfluss an Gesellschaftsvermögen durch das Freiwerden von einer Verbindlichkeit kompensiert wird. All dies lässt das erstinstanzliche Urteil offen. Die Wirtschaftsstrafkammer des LG Hamburg, an das die Sache zurückverwiesen wurde, wird sich daher genauer mit dem Recht der Virgin Islands beschäftigen müssen.

d) Praktisches Vorgehen bei der Ermittlung ausländischen Rechts

Dem Tatgericht stehen dazu verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, ausländisches Gesellschafts- und Strafrecht zu ermitteln.²⁸ Anders als die Zivilprozessordnung (§ 293 ZPO) enthält die StPO allerdings keine expliziten Regelungen dazu, in welcher verfahrensrechtlichen Form fremdes Recht (auch in Gestalt strafrechtsvergleichender Erwägungen) in den Prozess eingebracht werden kann. Im Strafverfahren kann, wie bereits das Reichsgericht im Jahre 1911 festgestellt hat,²⁹ auf der Grundlage der Bestimmungen zum Sachverständigen, mithin den §§ 72 ff. StPO, ein Gutachten über den Inhalt oder die Anwendung ausländischen Rechts in Auftrag gegeben werden, wenn der Richter nicht selbst die entsprechende Sachkunde besitzt; die Gegenansicht, wonach die Existenz von Rechtsnormen nicht Inhalt des Sachverständigenbeweises sein könne, hat sich nicht durchsetzen können.³⁰ Diese Gutachten werden in erster Linie bei Wissenschaftlern an rechtswissenschaftlichen Universitätsinstituten oder an den Max-Planck-Instituten (für das Strafrecht beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.) eingeholt.

Darüber hinaus ist es dem Richter unbenommen, sich durch gerichtsinterne Information (etwa durch Internetrecherchen, Literaturstudium oder die Einholung von Auskünften bei kundigen Kollegen) seine Kenntnisse über das anzuwendende ausländische Recht zu verschaffen. Schließlich gibt es die Möglichkeit, in einem formlosen Verfahren Auskünfte von Privatpersonen, von in- und ausländischen Behörden, insbesondere von in- und ausländischen Botschaften und Konsulaten, von Ministerien, Ämtern wie etwa dem Bundeskriminalamt oder rechtswissenschaftlichen (Universitäts-) Instituten einzuholen. Bei komplexen Fragestellungen werden allerdings formlose Kurzauskünfte wegen des damit verbundenen Risikos defizitärer Rechtsanwendung für eine angemessene Behandlung der Problematik nicht genügen, sondern ein Gutachten erforderlich sein.

²⁸ Vgl. dazu *Schramm*, Die Verwendung strafrechtsvergleichender Erkenntnisse in der Rechtsprechung des BVerfG und BGH, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2010 (erscheint demnächst).

²⁹ RG Recht 1911 Nr. 2267.

³⁰ *Meyer-Göbner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, Vor § 72 Rn. 6; *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, Vor § 72 Rn. 1.

4. Einschränkung der Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV

Nicht eingegangen ist der BGH im vorliegenden Fall auf die Möglichkeit, dass eine sog. (echte) Kollision³¹ zwischen dem deutschen Strafrecht und dem Gemeinschaftsrecht der Artt. 49, 54 AEUV vorliegen könnte. Aufgrund des Neutralisierungsprinzips,³² welches sich aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts ergibt,³³ würde eine solche Kollision faktisch den Anwendungsbereich der Strafnorm bereits auf der Tatbestandsebene einschränken.

Dass der etwaige abschreckende Charakter einer „potenziellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit“, eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen kann, wird zwar teilweise bezweifelt,³⁴ ist aber nach der EuGH-Rechtsprechung zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit von Wirtschaftsstrafnormen und im Hinblick auf das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Strafrecht (Neutralisierungsprinzip bzw. Vorrangregel) zu bejahen.³⁵ Im Fall der Anwendung des deutschen Strafrechts auf einen Limited-Director soll dabei in einem ersten Schritt untersucht werden müssen, ob das Verhalten, das vom deutschen Recht unter Strafe gestellt wird, auch nach dem Recht des Herkunftsstaates strafbar wäre. Eine absolute Identität soll dabei nicht gefordert werden können, sondern ausreichend soll sein, dass das gleiche Schutzanliegen mit gleichen Mitteln im Herkunftsland verfolgt wird. Sollte jedoch vom Herkunftsrecht im Einzelfall ein geringeres Schutzniveau für ausreichend erachtet werden, dürfte nur der Maßstab des Herkunftsrechts gelten – eine Rechtfertigung der Anwendung wäre notwendig.³⁶ Anders formuliert: Das Schutzniveau im Zuzugsstaat müsste angepasst werden, um nicht in die Niederlassungsfreiheit einzugreifen.

Für die englische Limited wäre ein Vergleich mit den Strafvorschriften des seit dem 15.1.2007 geltenden Fraud Act 2006, mit dem die englischen Betrugsstraftatbestände und der Untreuestraftatbestand grundlegend reformiert wurden, anzustellen. Soweit mit den Sec. 2 und Sec. 3 FA 2006 Verhaltensweisen erfasst werden, die eine strukturelle Ähnlichkeit mit dem Betrug gemäß § 263 StGB aufweisen, handelt es sich beim Betrug bzw. der Untreue durch Missbrauch einer Vertrauensposition gemäß Sec. 4 FA 2006 (*fraud by abuse of position*) um eine der deutschen Untreue gemäß § 266 StGB

³¹ Grundlegend EuGHE, 1979, 646 (669) („Cassis de Dijon“); vgl. nur *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 9 Rn. 10 m.w.N.

³² Dazu *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 478 ff. („Neutralisierung deutscher Strafvorschriften“).

³³ *Hecker* (Fn. 31), § 9 Rn. 11, 13 („Vorrangregel“).

³⁴ *Schlösser*, wistra 2006, 81 (85): „kann [...] (wohl) nicht von einer unzulässigen Beschränkung ausgegangen werden.“

³⁵ Vgl. *Hoffmann* (Fn. 1), S. 227, (S. 245 f.) mit Verweis auf *Tiedemann*, NJW 1993, 23 (24) m.w.N. aus der EuGH-Rechtsprechung.

³⁶ *Hoffmann* (Fn. 1), S. 246 (S. 247); *Worm* (Fn. 1), S. 147; beide aber mit dem Erfordernis des Gesellschaftsrechtsbezugs.

ähnliche bzw. vergleichbare Vorschrift.³⁷ Sec. 4 FA 2006 ist aber der deutschen Untreuestrafbarkeit gemäß § 266 StGB erheblich vorgelagert,³⁸ eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der Artt. 49, 54 AEUV durch die Anwendung der Untreuestrafbarkeit gemäß § 266 StGB i.V.m. Sec. 171 ff. daher nicht anzunehmen.³⁹

Ein solcher Vergleich müsste auch mit dem Recht der Virgin Islands angestellt werden. Dabei lässt sich bei cursorscher Überprüfung des British Virgin Islands Criminal Code kein dem im englischen Fraud Act enthaltenen Straftatbestand Sec. 4 FA 2006 vergleichbarer Straftatbestand ersehen, was bedeuten könnte, dass eben kein vergleichbares Niveau des Vermögensschutzes auf den British Virgin Islands gilt, sodass ein Straftatbestand, der dieses Schutzniveau erhöht, nur zur Anwendung gelangen kann, wenn eine Rechtfertigung nach europarechtlichen Maßstäben gelingt.

Auch dazu hat sich der EuGH in der Rechtssache „Inspire Art“ geäußert:⁴⁰ „Nach der Rechtsprechung des EuGH sind nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, gerechtfertigt, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (vgl. EuGH [...] EuZW 1993, 322 Rdnr. 32 – Kraus; [...] NJW 1996, 579 [...] – Gebhard; [...] NJW 1999, 2027 [...] – Centros).“ Der EuGH hat damit die Voraussetzungen des sog. „Vier-Konditionen-Tests“ der Rechtfertigung von Maßnahmen, die die Niederlassungsfreiheit beschränken, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses postuliert.⁴¹

Insbesondere die zweite Voraussetzung, das Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses, die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können und primärrechtlich weder geregelt noch begrenzt sind, scheint hier problematisch.⁴² Zwar hat der EuGH im Hinblick auf die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von Auslandsgesellschaften in den Rechtssachen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ den Schutz von Gläubigern bereits ausdrücklich als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt, hier steht jedoch nicht der Gläubigerschutz im Vordergrund, sondern der Schutz des Vermögens des Treu-

gebers,⁴³ also der Gesellschaft. Insofern ist bereits fraglich, ob die zweite Voraussetzung des Vier-Konditionen-Tests bejaht werden kann. Sollte diese zu verneinen sein, im Schutz des Vermögens des Treugebers also kein zwingendes Interesse der Allgemeinheit erkannt werden, dann wäre die Anwendung einer beschränkenden Strafvorschrift nach dem „Vier-Konditionen-Test“ nicht möglich.⁴⁴ Die Anwendung des § 266 StGB auf den Director wäre ausgeschlossen.

Auch für den Fall, dass hier ein solch zwingendes Interesse angenommen werden sollte, ist eine Rechtfertigung nach dem „Vier-Konditionen-Test“ nicht gesichert. Denn damit wären alle Straftatbestände des Zuzugsstaats, die auf eine EU-Auslandsgesellschaft angewendet werden sollen, im Rahmen der vierten und letzten Voraussetzung, der „Erforderlichkeit“, am Recht des Herkunftsstaates zu messen. Dies würde in der Praxis – siehe nur das vorliegende Urteil – zu kaum tragbaren Ergebnissen führen und folgt wegen Art. 49 Abs. 2 AEUV weder aus der Niederlassungsfreiheit oder aus der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung noch scheint dies mit den Verträgen über die Europäische Union⁴⁵ und dem Lissabon-Urteil⁴⁶ des BVerfG vereinbar. Vielmehr bietet sich für das Strafrecht eine weitere Beschränkung der Reichweite der Niederlassungsfreiheit an.⁴⁷ Mit dem „Lissabon-Urteil“ vom 30.6.2009 hat das BVerfG insofern auch eine „konkrete materielle Schranke der Integration“ hinsichtlich des Straf- und Strafprozessrechts „errichtet“, da „Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht seit jeher als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates [...] gelten“.⁴⁸ Die Strafrechtspflege ist nach Ansicht des BVerfG, „[...] was die Voraussetzungen der Strafbarkeit [...] anbelangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen“.⁴⁹ Weiter heißt es im Urteil: „Die Entscheidung über

³⁷ *Grau/Airey/Frick*, BB 2009, 1426 (1429); *Worm* (Fn. 1), S. 186 ff.

³⁸ *Grau/Airey/Frick*, BB 2009, 1426 (1429): „immense Vorverlagerung der Strafbarkeit“.

³⁹ Vgl. *Worm* (Fn. 1), S. 188; zum gleichen Ergebnis kommt *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 3 C.

⁴⁰ EuGH NJW 2003, 3331 (3334) Rn. 133 („Inspire Art“).

⁴¹ Ausführlich und kritisch zu diesem „strengen“ Vier-Konditionen-Test: *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 2 C II 2. Zur konsequenten Anwendung *Worm* (Fn. 1), S. 207 ff.

⁴² *Eidenmüller*, in: ders. (Hrsg.), *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 3 Rn. 22, 23.

⁴³ H.M.; vgl. BGHSt 43, 293 (297); *Kindhäuser* (Fn. 7), § 266 Rn. 1; *Lackner/Kühl* (Fn. 6), § 266 Rn. 1; *Schünemann* (Fn. 7), § 266 Rn. 28; eingehend *Schramm* (Fn. 4), S. 245.

⁴⁴ Vgl. auch *Worm* (Fn. 1), S. 210 f.

⁴⁵ Zuletzt Vertrag von Lissabon, Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union v. 7.2.1992 (ABl. Nr. C 191 S. 1). Die Bundesrepublik Deutschland hat mit Wirkung vom 15.10.2008 durch Gesetz v. 8.1.2008 (BGBl. II S. 1038) dem Vertrag von Lissabon zugestimmt; Inkrafttreten am 1.12.2009, siehe die Bek. v. 13.11.2009 (BGBl. II S. 1223).

⁴⁶ BVerfG NJW 2009, 2267.

⁴⁷ Zu den Gründen *Sieber*, ZStW 105 (2009), 1 ff. („kein umfassendes Konzept“); vgl. auch *Tiedemann*, NJW 1993, 23; jeweils m.w.N.; krit. zum „Plädoyer für den Erhalt sog. nationaler Strafrechtskulturen“ *Vogel*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und deutsches Strafrecht, S. 119 ff., sowie ausführlich zu „Entwicklungstendenzen bei der Strafrechtsharmonisierung“ *ders.*, GA 2003, 314 (320 ff. und 332 ff.).

⁴⁸ BVerfG NJW 2009, 2267 (2274) Rn. 252, 355 ff. mit Bespr. *Kottmann/Wohlfahrt*, ZaöRV 69 (2009), 443 (460).

⁴⁹ BVerfG NJW 2009, 2267 (2274) Rn. 253 mit Verweis auf *Weigend*, ZStW 105 (1993), 774 (785).

strafwürdiges Verhalten, über den Rang von Rechtsgütern und den Sinn und das Maß der Strafandrohung ist vielmehr in besonderem Maße dem demokratischen Entscheidungsprozess überantwortet [...]. Eine Übertragung von Hoheitsrechten über die intergouvernementale Zusammenarbeit hinaus darf in diesem grundrechtsbedeutsamen Bereich nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte unter restriktiven Voraussetzungen zu einer Harmonisierung führen; dabei müssen grundsätzlich substantielle mitgliedstaatliche Handlungsfreiräume erhalten bleiben [...].⁵⁰

Wird i.R.d. Erforderlichkeitsprüfung des „Vier-Konditionen-Tests“ gefragt, ob nicht ein milderes Mittel zur Erreichung des Zwecks zur Verfügung stünde, also der Herkunftsstaat ein milderes Mittel – milderes Strafrecht oder gar eine zivilrechtliche Maßnahme – zur Erreichung des gleichen Ziels für ausreichend erachtet,⁵¹ bietet sich nach Ansicht der Autoren hier eher eine negative Unverhältnismäßigkeitsprüfung an.⁵² Zu prüfen sollte sein, ob die Maßnahme nicht unangemessen, d.h. unverhältnismäßig im engeren Sinn ist, bzw. nicht gegen das Übermaßverbot verstößt. Die Strafnorm darf insofern nicht außer Verhältnis zum Zweck respektive zum Ziel der Maßnahme stehen, wobei eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch die Maßnahme herbeigeführten Beeinträchtigungen vorzunehmen ist.

Für das Gläubigerschutzrecht stellt *Altmeyen* nach der hier vertretenen Ansicht im Ergebnis, jedoch mit anderer Herleitung bzw. Begründung, zu Recht fest: „Deutsche Gerichte werden [...] durch die Niederlassungsfreiheit nicht verpflichtet, vor einer Anwendung deutschen Gläubigerschutzrechts das ausländische Recht auf seine Funktionsäquivalenz und auf ein gleichwertiges Schutzniveau zu prüfen.“⁵³

Es spricht vieles dafür, diesen Grundsatz auch auf die deutschen Straftatbestände zum Schutz des Vermögens zu erstrecken und die eben zitierte Feststellung zu verallgemeinern: Deutsche Gerichte werden durch die Niederlassungsfreiheit nicht verpflichtet, vor einer Anwendung deutschen Vermögensstrafrechts das ausländische Recht auf seine Funktionsäquivalenz und auf ein gleichwertiges Schutzniveau zu prüfen. Zu beachten ist aber das Übermaßverbot.

5. Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO

Der BGH rät mit Blick darauf, dass die Tat praktisch keinen Inlandsbezug gehabt habe, sondern sich vielmehr als eine eigenmächtig vorgenommene Beuteteilung unter ausländischen Straftätern darstelle, zu einer alsbaldigen Einstellung des Verfahrens. Es sei „ein überaus schonender Einsatz justizieller Ressourcen durch die Strafverfolgungsbehörden angezeigt“.

⁵⁰ Zur „zunehmenden Akzeptanz“ der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Strafrechtsharmonisierung vgl. aber *Vogel*, GA 2003, 314 (320 ff.).

⁵¹ *Alber*, GmbHR 2003, 302 ff.

⁵² Zur Modifikation des „Vier-Konditionen-Tests“ bzw. zur gebotenen Restriktion der Niederlassungsfreiheit ausführlich *Hinderer* (Fn. 1), Kap. 2 C II 2.

⁵³ *Altmeyen/Wilhelm*, DB 2004, 1083 (1088); so auch *Borges*, ZIP 2004, 733 (741 f.); *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1208).

Doch muss man schon bezweifeln, ob der Inlandsbezug hier wirklich so schwach war, wie der BGH meint. Immerhin hat der Angeklagte laut Urteil eine Wohnung in Hamburg; seine Bankgeschäfte und die maßgebliche Überweisung in Höhe von 1,2 Mio. € tätigte er von Hamburg aus; seine Bank war ebenfalls in Hamburg, und die Limited hatte faktisch ihren Sitz in Hamburg: Die hochwertige Unterhaltungselektronik wurde vom dänischen Hersteller erst nach Hamburg geliefert und dann in den Ostblock exportiert.

Doch selbst wenn man den Inlandsbezug als schwach einstuft, stellt sich die Frage, ob eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO oder gar nach § 153 StPO – nur um eine solche kann es sich hier ganz offensichtlich handeln – noch dem Gebot schuldangemessener Strafe gerecht wird. Vorausgesetzt, dass der Angeklagte keinen Anspruch auf die 1,2 Mio. € hatte, würde es sich um eine Untreue in einem besonders schweren Fall gemäß § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 StGB handeln. Denn es wäre ein Schaden eingetreten, der das zweiundzwanzigfache des Betrags von 50.000 € beträgt, ab dem man einen Vermögensverlust großen Ausmaßes nach § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB annimmt.⁵⁴ In solchen besonders schweren Fällen beträgt die Mindestfreiheitsstrafe sechs Monate bis zu zehn Jahre. Selbst wenn hier der nicht intensive Inlandsbezug zu einer erheblichen Unrechts- und Schuldminderung führen könnte, welche die Indizwirkung des Regelbeispiels widerlegt, dürfte bei einer solchen Schadenshöhe die Schwere der Schuld einer Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO entgegenstehen. Eine Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO wegen geringer Schuld dürfte noch ferner liegen.

Abgesehen davon muss man sich unter dem Gesichtspunkt des *ne bis in idem* über eine weitere Konsequenz einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO im Klaren sein. Diese ist zwar im vorliegenden Fall ohne Bedeutung, da die Britischen Jungferninseln nicht Mitglied der EU sind und auch nicht zu den Mitgliedstaaten des Schengener Durchführungsabkommens zählen. Das Doppelbestrafungsverbot, das auch in Art. 50 der Europäischen Grundrechtecharta verankert ist und damit für die Europäische Union gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV Verbindlichkeit erlangt hat,⁵⁵ kann aber praktische Relevanz erlangen, wenn etwa eine Untreue zum Nachteil einer im Vereinigten Königreich gegründeten Limited zur Diskussion steht. Zwar ist das Vereinigte Königreich einschließlich Nordirland kein Schengen-Mitgliedstaat, aber auf Antrag durch einen Beschluss des Ministerrats in das Schengener Durchführungsabkommen auch hinsichtlich Art. 54 SDÜ einbezogen worden.⁵⁶

Eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO gilt als gerichtliche Verurteilung i.S.d. Art. 54 SDÜ, d.h. sie könnte aufgrund des damit verbundenen (beschränkten) Strafklageverbrauchs (§ 153a Abs. 1 S. 5 StPO) in einem anderen Schengen-Land bzw. insoweit kooperierenden Land wie etwa England nicht nochmals bestraft werden, sofern der Beschul-

⁵⁴ *Lackner/Kühl* (Fn. 7), § 263 Rn. 66.

⁵⁵ Vgl. etwa *Heger*, ZIS 2009, 407.

⁵⁶ Vgl. Art. 1 des Beschlusses des Rats vom 29. 5. 2000, Abl. 2000 L 131/43; vgl. *Rübenstahl/Krämer*, HRRS 2003, S. 65.

digte die Auflagen und Weisungen erfüllt hat.⁵⁷ Sogar eine richterliche Verfahrenseinstellung nach § 153 Abs. 2 StPO – nicht jedoch eine solche nach § 153 Abs. 1 StPO – soll eine rechtskräftige Verurteilung darstellen.⁵⁸ Damit würde das Wirtschaftsstrafverfahren zwar „elegant“ beendet, aber zumindest in solchen Fällen, in denen ein sehr großer Vermögensnachteil eingetreten sein sollte, mit einer unvertretbar milden nichtstrafrechtlichen Sanktion enden bzw. sogar sanktionslos bleiben. Täter könnten sich dadurch veranlasst sehen, für von ihnen geplante Vermögensverschiebungen zum Nachteil einer EU-Auslandsgesellschaft sich Deutschland als Handlungsort auszusuchen.

⁵⁷ Vgl. EuGH NJW 2003, 1173 („Gözutök/Brügge“); dazu ausführlich *Eser/Burchard* in: Geppert/Dehnicke, (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 499 ff.; siehe auch *Hecker* (Fn. 31), § 13 Rn. 31 ff.; z.T. krit. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, § 12 Rn. 42 ff. – Über das Verhältnis von Art. 50 GRC zu Art. 54 SDÜ, insb. zur Frage, ob es für die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots künftig nicht mehr auf das zusätzliche Erfordernis eines Vollstreckungselements ankommt; vgl. einerseits *Heger* (Fn. 55), der dies bejaht, andererseits *Satzger* (Fn. 9), § 10 Rn. 68, der ein Vollstreckungselement für unverzichtbar hält.

⁵⁸ So die h.M.; vgl. nur *Ambos* (Fn. 57), § 12 Rn. 48; *Hecker* (Fn. 31), § 13 Rn. 41.

B u c h r e z e n s i o n

Till Zimmermann, Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand, Studien zum Strafrecht, Bd. 25, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009, 538 S., € 98,-

I. Die Rechtfertigung der Tötung von Unbeteiligten ist in der strafrechtlichen Literatur immer wieder aufgegriffen worden, zuletzt entbrannte die Diskussion vor allem vor dem Hintergrund der – mittlerweile vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt¹ – Abschussermächtigung eines entführten Passagierflugzeugs in § 14 Abs. 3 LuftSiG. Zu der gesamten Problematik hat der *Verf.* unter Betreuung von *Urs Kindhäuser* eine – nicht nur dem Umfang nach – gewichtige Untersuchung vorlegt. Den titelgebenden Begriff „Rettungstötungen“ versteht der *Verf.* als „jene Interessenkonfliktsituationen, in denen ein – hinsichtlich der Konfliktverursachung – gewissermaßen ‚Unschuldiger‘ zwecks Lebensrettung aktiv ‚geopfert‘ wird.“ Unberücksichtigt bleiben dabei Tötungen auf Grundlage des Notwehrrechts bei einem Angriff auf das menschliche Leben und das Sonderproblem des Nötigungsnotstands (S. 23). Die Untersuchung gliedert sich in drei große Teile sowie eine zusammenfassende Darstellung. Zunächst geht der *Verf.* der Tötung eines „gänzlich Unbeteiligten“ (S. 24) nach, wendet sich sodann der Sonderkonstellation der Gefahrgemeinschaft und anschließend den Tötungen zu Beginn des menschlichen Lebens zu.

II. Ausgangspunkt des ersten Teils ist der von *Welzel* gebildete Weichenstellerfall.² Diesen Abschnitt unterteilt der *Verf.* zum einen in die Betrachtung der Rechtfertigung (S. 28 ff.) und zum anderen in die Frage der Strafflosigkeit der Rettungstötung (S. 214 ff.).

1. Der *Verf.* diskutiert zunächst, ob ein quantitatives Überwiegen der geretteten Leben das Umwälzen der Gefahr auf einen unbeteiligten Dritten rechtfertigen kann. Positiv ist, dass er das nach der h.M. geltende Quantifizierungsverbot hinsichtlich des menschlichen Lebens nicht als selbstverständlich übernimmt, sondern kritisch hinterfragt (S. 42). Der *Verf.* entlarvt die Argumente eines Höchstwerts oder der Heiligkeit des Lebens zutreffend als nichtssagend für die Frage eines Quantifizierungsverbots. Die Antwort sucht – und findet – der *Verf.* in einer neo-kontraktualistischen Interpretation der Interessenabwägungsformel des § 34 S. 1 StGB (S. 48 ff.): „So zwingt der Schleier des Nichtwissens die hinter ihm kontrahierenden Individuen aus Gründen des Eigeninteresses an einem fiktiven Rollentausch teilzunehmen“, in dem sich jedes Individuum sowohl in die Rolle des Eingriffsadressaten als auch des Schutzguthabers begibt, „bevor es zu einem erzwungenermaßen unparteilichen Abwägungsergebnis gelangt.“ Dadurch sei der Inhaber des Eingriffsguts selbst das Bezugsobjekt der Interessenabwägung; der Interessenkonflikt werde mithilfe des Rollentauschkriteriums als „intrapersonaler Konflikt des Eingriffsadressaten“ gedacht (S. 51 f.). Bei der Interessabwägung des § 34 S. 1

StGB sei aus Sicht des Eingriffsadressaten die „hypothetische Frage zu beantworten, welches der abzuwägenden Interessen vernünftigerweise preiszugeben wäre, bestünde nur die alternativlose Wahl, dieses oder jenes Gut zu verlieren bzw. zu erhalten“ (S. 52 f.). Da aus Sicht eines Menschen dem Erhalten von mehr als einem Leben kein Mehrwert zukomme, fehle ein wesentliches Überwiegen im quantitativen Lebensnotstand und *Welzels* Weichensteller sei es verboten, die Weiche umzulegen (S. 54).

Im Folgenden verteidigt der *Verf.* sein Verständnis des § 34 StGB gegen denkbare Einwände und geht dabei u.a. auf die Bedeutung des Wesentlichkeitskriteriums und die Angemessenheitsklausel ein. Letztere hält er nicht für völlig bedeutungslos, sondern für das Korrektiv der intrasubjektiven Interessenabwägung. Unangemessen seien gravierende Eingriffe in Individualinteressen, die den Zweck des Gesellschaftsvertrags zu konterkarieren drohen (S. 66). Grundsätzliche Einwände gegen die Nutzbarmachung eines neo-kontraktualistischen Ethikmodells à la *Rawls* im Strafrecht will der *Verf.* durch eine auf *Hoersters* subjektivistisches Ethikmodell gestützte Argumentation entkräften (S. 72 ff.). Als Konsequenz seines Begründungsmodells anerkennt der *Verf.* die Möglichkeit der „unfairen Exklusion einzelner Individuen aus dem Recht“ (S. 87). Als Beispiel nennt der *Verf.* das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG, das er zutreffend als Rechtfertigungsgrund (auch) für die Tötung von Unbeteiligten qualifiziert (S. 89). Nach einer exkursartigen Skizze einer neo-kontraktualistischen Straftheorie lehnt der *Verf.* die Überlegungen *Fritzes*³ zur Rechtfertigung des Tyrannenmords und der damit verbundenen Tötung von Unbeteiligten ab. Es sei nicht überzeugend, dass *Fritze* auch solche Regelungen für konsensfähig halte, bei denen zwar eine Wahrscheinlichkeit des Profitierens bestehe, aber die Möglichkeit einer Opferpflicht zu einem radikalen Verlust führen könne (S. 95). Als Zwischenergebnis hält der *Verf.* fest, der rechtfertigende Notstand erlaube im Grundsatz keine altruistischen Rettungstötungen (S. 99), und erörtert im Anschluss weitere mögliche Ansätze für eine Rechtfertigung von Rettungstötungen.

2. a) Die Lehre von der indirekten Tötung lehnt der *Verf.* als strafrechtliche Rechtfertigungsgrundlage ab, da dieser Ansatz „nicht ohne gravierende Friktionen in die Strafrechtsdogmatik zu integrieren ist“ (S. 106 f.). In einem Exkurs stellt der *Verf.* den – aus seiner Sicht verfehlten – Rückgriff auf die Lehre von der indirekten Tötung für die „Überwindung“ des § 216 StGB in extremen Ausnahmefällen dar. Bei diesen Fällen handele es sich um einen „echten intrapersonalen Interessenkonflikt (mit überwiegendem Interesse am eigenen Tod)“ (S. 111). Allerdings fehle eine schlüssige Erklärung dafür, warum § 34 StGB ausnahmsweise auf eine derartige intrapersonale Interessenabwägung Anwendung finden soll. Diese Erklärung liefert der *Verf.* im Folgenden durch die Auslegung des § 216 StGB als Schutznorm zugunsten der Wirksamkeit des allgemeinen Tötungsverbots. Da Schutzguthaber die Allgemeinheit sei, könne das Interesse des Ster-

¹ Vgl. BVerfG 115, 118.

² Vgl. *Welzel*, ZStW 63 (1951), 47 (51).

³ *Fritze*, Die Tötung Unschuldiger, 2004, passim.

bewilligen, nicht unter gravierenden körperlichen Schmerzen weiterleben zu müssen, überwiegen (S. 116).

b) Auch die sog. Pflichtenkollision, die der *Verf.* als Interessenkollision versteht, da Pflichten „lediglich ein normativer Reflex des Schutzes berechtigter Interessen“ seien, biete keine Rechtfertigungsgrundlage. § 34 StGB „durchbricht das normativ angeordnete Gleichgewicht von Handlungs- und Unterlassungspflichten zugunsten der letzteren“, so dass die Pflichtenkollision nicht zur Rechtfertigung einer Rettungstötung führen könne (S. 137).

In Bezug auf die Kollision mehrerer gleichwertiger Handlungspflichten geht der *Verf.* der Begründung der Rechtfertigung im Fall der Erfüllung einer Pflicht näher nach. Das Gebot „Rette lieber ein Leben als kein Leben!“ schein sich zwar auf utilitaristische Ansätze der Maximierung des Gesamtinteresses zu stützen, dennoch lasse es sich auch kontraktualistisch begründen, denn die Rettungschancen würden durch die Pflicht, wenigstens eine Rettungsmöglichkeit wahrzunehmen, gesteigert. Als Auswahlkriterium, welche Pflicht erfüllt werden muss, komme ausschließlich der Zufall in Betracht (S. 147, 149). Anhand der rechtfertigenden Pflichtenkollision zeige sich, dass eine willkürliche Entscheidung auch bei Gleichwertigkeit der betroffenen Interessen die „beste Lösung“ sein könne (S. 152). Mit diesem Zwischenergebnis legt der *Verf.* zugleich eine Grundlage für seine spätere Erörterung von Rettungstötungen innerhalb einer Gefahrgemeinschaft.

c) Unter der Überschrift „Atypische Rettungstötungen“ stellt der *Verf.* Fälle dar, in denen zumindest Teile der Literatur eine Rechtfertigung der Rettungstötung bejahen. Der *Verf.* spricht sich für eine Rechtfertigung in Defensivnotstandsfällen aus (S. 156 ff.). Die Gefahrzuständigkeit bewirke einen Wechsel der Gefahrtragungspflicht vom Täter zum Eingriffsadressaten. „Der Täter ist [...] nicht verpflichtet, zwecks Schonung der (Güter in der) Sphäre des Eingriffsadressaten sein Leben zu opfern“ und daher „im Defensivlebensnotstand äußerstenfalls auch zur aktiven Tötung des anderen berechtigt“ (S. 168 f.). Sogar die aktive Tötung einer Vielzahl von Menschen zur Rettung eines einzelnen sei in diesen Fällen gerechtfertigt (S. 169). Dogmatisch befürwortet der *Verf.* als Grundlage für die Rechtfertigung „eine analoge Anwendung des Gedankens des § 228 BGB [...] im Rahmen des § 34 StGB“ (S. 174 f.).

Die Problematik einer Kollision von Unterlassungspflichten diskutiert der *Verf.* unter dem Blickwinkel, dass bei einer Wahl zwischen der Verletzung zweier Pflichten zum Unterlassen der Tötung möglicherweise eine aktive Rettungstötung gerechtfertigt werden könne (S. 188). Allerdings lehnt er im Ergebnis die Möglichkeit der Kollision von Unterlassungspflichten ab, da die schlichte Untätigkeit ein normatives Unterlassen, aber niemals ein Eingriff i.S.d. § 34 StGB sei (S. 209).

3. Das letzte Drittel des ersten Teils betrifft mögliche Gründe für die Straflosigkeit von Rettungstötungen trotz ihrer grundsätzlichen Rechtswidrigkeit (S. 214-296). Die Darstellung beginnt mit dem entschuldigenden Notstand nach § 35 StGB, wobei der *Verf.* auch für diese Vorschrift eine

kontraktualistische Begründung entwickelt (S. 227 ff.). Der *Verf.* anerkennt weiterhin die grundsätzliche Zulässigkeit eines übergesetzlichen Entschuldigungsgrunds neben §§ 34, 35 StGB (S. 269 ff.) und unternimmt eine Konturierung der Voraussetzungen eines solchen Entschuldigungsgrunds. Der *Verf.* lehnt zunächst eine Entschuldigung durch die Qualifizierung der Tötungshandlung als Gewissensentscheidung oder auf Grundlage von *Welzels* Lehre der Schuldverstrickung ab. Ausgangspunkt des *Verf.* bei der Begründung eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstands als Analogie zu § 35 StGB im Zusammenhang mit altruistischen Rettungstötungen ist die Frage, welche Umstände das Kriterium des Schutzes einer „Sympathieperson“ adäquat ersetzen. Erwägenswert erscheine allein, „derartige Umstände in der Konstellation des quantitativen Lebensnotstands (mit ‚positivem Saldo‘) zu suchen“ (S. 287). Darin liege auch kein Widerspruch zum Quantifizierungsverbot auf der Rechtfertigungsebene, denn bei § 35 StGB gehe es um die Perspektive des Täters und nicht wie bei § 34 StGB um die des Eingriffsadressaten (S. 291 f.). Im Ergebnis hält der *Verf.* zur Entschuldigung fest, dass „in einigen Fällen altruistischer Rettungstötungen die analoge Anwendung des § 35 StGB unbedingt geboten ist“ und räumt zugleich ein, dass eine „klare und gleichzeitig abstrakte Trennlinie zu den gleichfalls existenten entschuldigungsunwürdigen Fällen nicht gezogen werden kann“ (S. 295).

III. 1. Im zweiten Teil wendet sich der *Verf.* der Gefahrgemeinschaft zu und erörtert zunächst Fälle mit einer asymmetrischen Verteilung von Rettungschancen, also solche Fälle, in denen die faktische Rettungsmöglichkeit auf einen Teil der Mitglieder der Gefahrgemeinschaft beschränkt ist. Dazu zählt der *Verf.* zutreffend auch das Szenario des Missbrauchs eines Passagierflugzeugs als Waffe gegen andere Menschen am Boden (S. 304). Die Entschuldigungslösung lehnt der *Verf.* nach einer Darstellung der „Notwehrprobe“ ab, denn die Anwendung des gesetzlichen bzw. übergesetzlichen entschuldigenden Notstands sei „zwar dogmatisch-konstruktiv möglich [...], in ihren Konsequenzen aber kontraintuitiv und vernunftwidrig“ (S. 323).

Vor der Befassung mit Argumenten für eine Rechtfertigung geht der *Verf.* unter dem Stichwort „Der ‚unverbotene‘ Notstand“ auf Ansätze ein, welche die Lösung in der Lehre eines „rechtsfreien Raums“ oder in der Konstruktion einer Straffreiheit jenseits von Rechtfertigung oder Entschuldigung suchen (S. 324 ff.). Diese Ansätze lehnt der *Verf.* gut vertretbar ab. In Bezug auf Rettungstötungen führte „eine ‚Neutralität‘ des Rechts [...] ins Chaos und somit zu inakzeptablen Folgen.“ Zudem unterscheide sich eine „neutrale“ Lösung lediglich „in verbal-kosmetischer Hinsicht“ von der Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungslösung und sei daher überflüssig (S. 339).

Konsequenterweise untersucht der *Verf.* anschließend die Rechtfertigung der Tötung von Unbeteiligten bei einer asymmetrischen Verteilung von Rettungschancen und wertet dazu zunächst nahezu erschöpfend die verfassungs- und strafrechtliche Literatur zur Abschussermächtigung in § 14 Abs. 3 LuftSiG aus. Seine Gleichstellung der Konstellation des § 14

Abs. 3 LuftSiG mit dem „9/11-Fall“ (vgl. S. 341 ff.) überzeugt freilich nicht in allen Punkten, auch wenn diese Gleichstellung tatsächlich vielfach in der Literatur zu finden ist. Denn während es sich bei den Anschlägen vom 11. September 2001 um einen Angriff von außen auf die USA handelte, erfasste § 14 Abs. 3 LuftSiG lediglich den Einsatz der Luftwaffe bei einem Angriff von innen auf Grundlage des Katastrophennotstands und damit ein unterschiedliches Angriffsszenario.

In Bezug auf § 14 Abs. 3 LuftSiG meint der *Verf.*, eine Tötung der Flugzeugführer bereite strafrechtlich keine Schwierigkeiten, da es sich um eine „gerechtfertigte Notwehrhilfemaßnahme“ handle und beruft sich dabei u.a. auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 14 Abs. 3 LuftSiG (S. 342 Fn. 1349). Damit vernachlässigt der *Verf.* zum einen die verfassungsrechtlichen Regelungen über den Streitkräfteeinsatz im Innern und schreibt zum anderen dem Bundesverfassungsgericht eine Aussage zu, die es nicht gemacht hat. Zu beachten ist, dass die Luftwaffe von Verfassungen wegen auch im Regelungsbereich von §§ 13, 14 LuftSiG gehindert ist, ihre Waffen gegen Angreifer einzusetzen. Vor diesem Hintergrund ist es keine Selbstverständlichkeit davon auszugehen, eine Tötung der Angreifer in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG wäre trotz eines Verstoßes gegen Art. 87a Abs. 2 GG i.S.v. § 32 Abs. 1 StGB geboten. Weiterhin hat sich das Bundesverfassungsgericht lediglich mit grundrechtlichen Fragen, nicht jedoch mit der strafrechtlichen Rechtfertigung auseinandergesetzt.

Hinsichtlich der Tötung der unbeteiligten Flugzeuginsassen verneint der *Verf.* die Berücksichtigung der Todgeweihtheit auf Tatbestandsebene. Dem „verlöschendem Leben“ könne weder die Schutzwürdigkeit durch die Tötungsdelikte per se abgesprochen werden (S. 358 ff.) noch sei ein Zurechnungsausschluss mangels Risikoerhöhung gegeben (S. 360 ff.). Die Tatsache, dass bestimmte Personen innerhalb einer Gefahrgemeinschaft keine dauerhafte Überlebensmöglichkeit haben, ist jedoch für den *Verf.* ein wesentliches Argument für das Überwiegen des Lebensinteresses der noch zu rettenden Mitglieder der Gefahrgemeinschaft. Daraus folge nicht, „ein zukunfts-offenes Leben sei ‚wertvoller‘ als ein todgeweihtes [...]“. Lediglich das realisierungsfähige *Interesse* an diesen Rechtsgütern – und darauf, nicht auf die Rechtsgüterabwägung, kommt es nach Auskunft von § 34 StGB an – ist ein unterschiedliches“ (S. 377).

Bezüglich der Angemessenheit i.S.v. § 34 S. 2 StGB lehnt der *Verf.* Pawliks Ansatz eines Selbstopfers aus Fairness-Gründen ab. Ein Vergleich mit der Rechtfertigung von Kollateralschäden bei Ausübung des Widerstandsrechts oder unter Wehrpflichtigen überzeuge nicht, da es bei Art. 20 Abs. 4 GG und Art. 87a Abs. 1 GG regelmäßig um eine „unfaire Exklusion aus dem Recht“ gehe und diese Regelungen daher nicht für den Fairnessgedanken fruchtbar gemacht werden könnten (S. 386). Im Ergebnis lasse sich die Angemessenheit bei einer asymmetrischen Verteilung von Rettungschancen jedoch damit begründen, dass vor dem Hintergrund eines gegenseitigen altruistischen Interesses Individuen hinter dem Schleier des Nichtwissens der Regelung zustimmen würden, dass jeder dazu verpflichtet ist, „im Angesicht des unabwendbaren

und unmittelbar bevorstehenden Todes seine kurze Restlebenszeit für einen Gefahrgenossen aufzuopfern“ (S. 387).⁴ Als „Faustformel“ schlägt der *Verf.* für die Bestimmung der kurzen Restlebenszeit“ eine Zeitspanne von maximal 24 Stunden vor, wobei er auch eine andere Zeitdauer für vertretbar hält (S. 387 Fn. 1562). Dieser Zeitraum dürfte zu lang bemessen sein, da bei einem Weiterleben aller Mitglieder der Gefahrgemeinschaft für 24 Stunden eine gegenwärtige Gefahr wohl fehlt. Als Ergebnis konstatiert der *Verf.* überzeugend, dass bei Rettungstötungen innerhalb einer Gefahrgemeinschaft mit asymmetrischer Verteilung von Rettungschancen ein wesentlich überwiegendes Interesse i.S.v. § 34 S. 1 StGB bejaht werden kann.

Im Weiteren verteidigt der *Verf.* dieses Ergebnis gegen die gegen die Rechtfertigungslösung vorgebrachten Einwände. Zutreffend lehnt er den Hinweis auf bestehende Prognoseunsicherheiten ab und arbeitet heraus, dass der Hinweis auf prognostische Unsicherheiten keine grundsätzliche Bedeutungskraft besitzt (S. 393).⁵ So wird auch sonst bei der Notstandsrechtfertigung eine ex-ante-Betrachtung herangezogen und keinesfalls darauf abgestellt, die Schadensrealisierung könne auch ohne die erforderliche Verteidigungshandlung noch durch ein „Wunder“ oder glückliche Umstände verhindert werden. Auch die Beschwörung der Gefahr eines „Dammbruchs“ lässt der *Verf.* nicht gelten. Die Rechtfertigung von Rettungstötungen innerhalb einer Gefahrgemeinschaft mit asymmetrischer Verteilung von Rettungschancen unterscheidet sich vom Transplantationsfall, in dem ein sterbender Patient wegen der Organentnahme zugunsten anderer Patienten getötet werden soll,⁶ da es in diesem Fall an der Gefahridentität fehle (S. 399).

Der *Verf.* geht kurz auf eine Rechtspflicht zur Tötung und die Duldungspflicht der zu tötenden Personen für den Fall der Rechtmäßigkeit der Rettungstötung ein. Die Regelung des § 12 Abs. 2 SchKG, der die Zumutbarkeit eines Schwangerschaftsabbruchs bei Gefahr für Leib oder Leben der Schwangeren statuiert, könne nicht auf andere Rettungstötungen übertragen werden. Diese sieht der *Verf.* stets als „Akt der Freiwilligkeit“ (S. 403). Die Todgeweihten treffe allerdings eine „solidarische Duldungspflicht“ des Todes. Sie könnten sich selbst im theoretischen Fall einer möglichen Abwehr der Rettungstötungshandlung nicht auf § 35 StGB berufen (S. 404).

2. Am Ende des zweiten Teils der Arbeit wendet der *Verf.* sich Rettungstötungen bei einer Gefahrgemeinschaft mit symmetrischer Verteilung von Rettungschancen zu, also Konstellationen, in denen für sämtliche Personen der Gefahrgemeinschaft eine Überlebensmöglichkeit besteht (S. 405-423). Nach einem Überblick über die ausgetauschten Argumente entwickelt der *Verf.* eine eigene Rechtfertigungslösung. Maßgeblich ist für ihn, dass bei der symmetrischen Gefahrgemeinschaft die Todgeweihtheit der Personen eine

⁴ Ähnlich bereits Ladiges, Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum, 2007, S. 468.

⁵ Ebenso Ladiges (Fn. 4), S. 473.

⁶ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 39.

rechtliche sei, denn die gesamte Gruppe sei verloren, wenn sich der potentielle Retter an das Tötungsverbot hielte. Der *Verf.* zeigt anhand des Beispiels der Rettung von gleichwertiger Fracht auf einem untergehenden Schiff, dass „die wechselseitige Austauschbarkeit der Positionen von Eingriffs- und Schutzgut zwischen wertmäßig identischen Gütern der Annahme einer auf dem Prinzip des überwiegenden Interesses basierenden Rechtfertigung nicht grundsätzlich im Wege steht“ (S. 412 f.). Dies gelte auch bezüglich des menschlichen Lebens. Die faktische Möglichkeit der Rettung eines Teils der Gruppe dürfe nicht ignoriert werden, „denn die Hingabe des eigenen Lebens für andere macht unter den Voraussetzungen der symmetrischen Gefahrgemeinschaft (also solange noch Aussicht auf Rettung besteht) für die Individuen hinter dem Schleier des Nichtwissens keinen Sinn.“ Vielmehr liege das Interesse darin, die Rettung wenigstens einer Person zuzulassen (S. 414). Im Ergebnis bejaht der *Verf.* damit die Rechtfertigung von Rettungstötungen auch bei der symmetrischen Gefahrgemeinschaft durch eine analoge Anwendung des § 34 StGB (S. 415, 422 f.).

Damit gelangt der *Verf.* zur Gretchenfrage bei Rettungstötungen innerhalb einer symmetrischen Gefahrgemeinschaft, nämlich der Frage der Auswahl der zu opfernden Personen. Wegen der Gleichwertigkeit der betroffenen Interessen komme nur eine zufällige bzw. willkürliche Auswahl in Betracht (S. 415). Im Weiteren differenziert der *Verf.* nach altruistischen Rettungstötungen, bei denen ein Außenstehender die Tötungshandlung vornimmt, und egoistischen Rettungstötungen, in denen ein Mitglied der Gefahrgemeinschaft sich zur Tötung eines anderen entschließt. Im ersten Fall sei auch eine willkürliche Auswahlentscheidung stets gerechtfertigt und das Opfer könne sich nur auf § 35 StGB berufen (S. 416). Im zweiten Fall verwirft der *Verf.* die Lösung des Entscheidungskampfs und greift auf ein Losverfahren zurück. Im Anschluss an *Bernsmann*⁷ liege es „auf der Hand, dass die Individuen hinter dem Schleier des Nichtwissens das Losverfahren als Auswahlmethode bestimmen“ (S. 419 f.). Das Zufallsprinzip sei ebenso wie z.B. das Prioritätsprinzip sachgerecht und das Selbstopfer nach Durchführung des Losverfahrens sei auch nicht unzumutbar, da dem Losverlierer die Entschuldigung nach § 35 StGB bleibe. Andererseits anerkennt der *Verf.* praktische Bedenken gegen die Durchführung des Losverfahrens. Diese Schwierigkeiten bestünden jedoch auch bei einem Entscheidungskampf und zumindest könnte durch das Losverfahren bei einer Gefahrgemeinschaft mit einer Vielzahl von Mitgliedern der „faktische Entscheidungskampf ‚jeder gegen jeden‘ immerhin zu einem risikominimierenden ‚alle gegen einen‘“ geändert werden (S. 422).

III. Der dritte Teil betrifft Rettungstötungen zu Beginn des Lebens. Als Beispiele nennt der *Verf.* die einfach-vitale sowie die doppelt-vitale Indikationslage, die Notwehrausübung gegen eine schwangere Angreiferin, die Reduktion von Mehrlingen, die Perforation und die einseitig tödliche Trennung von Siamesischen Zwillingen.

1. In Bezug auf die einfach-vitale Indikationslage hält der *Verf.* die Lösung des § 218a Abs. 2 StGB für plausibel. Auch wenn es sich biologisch betrachtet um eine Abwägung „Leben gegen Leben“ handle, sei „keinesfalls“ eine Gegenüberstellung von gleichwertigen Interessen gegeben. Das Lebensinteresse der Schwangeren überwiege, da auf der Seite des Embryos lediglich ein gesellschaftliches Interesse an dessen Erhalt stehe (S. 445). Der *Verf.* räumt ein, dass dieses Ergebnis mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben eines subjektiv-grundrechtlichen Schutzes des Lebens des Embryos scheinbar nicht zu vereinbaren sei. Den scheinbaren Widerspruch will der *Verf.* unter Hinweis auf die seiner Ansicht nach inkonsistente Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entkräften und meint im Anschluss an *Merkel*: „Die vom Bundesverfassungsgericht behauptete Grundrechtssubjektivität Ungeborener [...] ist damit nichts weiter als eine ‚falsa demonstratio‘ (die bekanntlich ‚non nocet‘)“ (S. 448). Daraus folge auch, dass bei einer doppelt-vitalen Indikationslage als Fall einer symmetrischen Gefahrgemeinschaft, in der entweder die Mutter oder der Embryo gerettet werden könnten, das Lebensinteresse der Frau wesentlich überwiege, so dass der Arzt kein Wahlrecht bei der Rettungstötung habe (S. 449 f.). Zudem sei bei einer Verteidigungshandlung gegen eine schwangere Angreiferin der durch die Tötung der Schwangeren herbeigeführte Schwangerschaftsabbruch gemäß § 34 StGB gerechtfertigt (S. 451).

2. Der *Verf.* lehnt es ab, die Perforation, also die Tötung des im Geburtsvorgang befindlichen Kindes, ohne eine tatsächliche Differenzierung nach Gefahrverursachungskriterien durch Anwendung des Defensivnotstands zu rechtfertigen (S. 462). Zur Lösung greift er auf den Ansatz von *R. Herzberg/A. Herzberg*⁸ zurück, die das Menschsein i.S.v. § 212 StGB erst mit Ende der Geburt beginnen lassen (S. 462 ff.). Ohne diese Lösung an sich zu kommentieren, dürfte die Einordnung als Menschsein i.S.v. § 12 StGB nach den vorherigen Ausführungen des *Verf.* zur Grundrechtssubjektivität des ungeborenen Kindes nicht maßgeblich sein. Für die rechtliche Bewertung der Perforation kommt es nämlich nicht darauf an, ob die Tötung des Kindes den Tatbestand des Totschlags verwirklicht, sondern allein darauf, ob das in der Geburt befindliche Kind unter den Begriff Leben i.S.v. § 34 S. 1 StGB fällt. Es entsteht auch der Eindruck einer ergebnisorientierten Argumentation: So hält der *Verf.* eine strenge Lösung der Perforation nach der Gefahrzuständigkeit für ein „inakzeptables Ergebnis“ (S. 461), um im Anschluss daran den „Ausweg“ durch den späteren Beginn des Menschseins zu finden.

3. Bei der einseitig tödlichen Trennung Siamesischer Zwillinge greift der *Verf.* auf das Argument zurück, dass „Neugeborene über kein aktuelles eigenes Lebensinteresse verfügen“ (S. 475). Daraus folge, dass § 212 StGB nicht die aktuellen Interessen des Neugeborenen, sondern allein die Interessen der Allgemeinheit schütze: „§ 212 StGB ist im Falle Neugeborener [...] nicht genuin subjektiv-rechtlicher Lebensschutz, sondern halb objektiv-rechtlicher Schutz à la

⁷ *Bernsmann*, Entschuldigung durch Notstand, 1989, S. 341 ff.

⁸ Vgl. *R. Herzberg/A. Herzberg*, JZ 2001, 1106.

§ 218“. Da das Verbot, einen Zwilling zu töten, nur auf Kosten des Potentialitätsschutzes aufrecht gehalten werden könne, stehe der Lebensschutz durch § 212 StGB „auf keinem sonderlich soliden ethischen Fundament mehr, da von einem geschützten Potential keine Rede mehr sein kann“ (S. 476). Die *ethische* Rechtfertigung könne sich dann darauf stützen, dass dem Schutz des Potentials des rettbaren Zwillinges größeres Gewicht als dem Normschutz des Tötungsverbots beigegeben werde. Die Anwendung des rechtfertigenden Notstands bezeichnet der *Verf.* dennoch als „durchaus kühne Vorgehensweise“ (S. 477) und legt sich hinsichtlich der strafrechtlichen Lösung nach geltendem Recht nicht fest.

IV. Abschließend reflektiert der *Verf.* seine Ergebnisse im Zusammenhang mit Überlegungen eines Staatsnotstandsrechts. „Fiat iustitia, et pereat mundus“ sei ersichtlich nicht der Wahlspruch des Grundgesetzes, vielmehr habe sich das deutsche Recht den Gedanken der unfairen Exklusion zu Eigen gemacht. Die Tötung von Unbeteiligten könne daher erlaubt sein, wenn dies „einer überwältigenden Mehrheit von überragendem Nutzen ist“ (S. 483). Daraus folge nicht, „bei der nächstbesten Katastrophe dürfe sich der Staat leichtfertig aller rechtsstaatlichen Beschränkungen entledigen.“ Aber es zeige sich, dass „die Annahme übergesetzlicher staatsnotstandsrechtlicher Befugnisse durchaus ethisch legitim ist“ (S. 485). Derartige Befugnisse hätten nichts mit dem rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB zu tun, sondern ließen sich allein mit der Figur der unfairen Exklusion erklären.

V. Insgesamt hat der *Verf.* eine anspruchsvolle Argumentation entwickelt, auch wenn man seinen Begründungen und Ergebnissen nicht immer folgen muss. Dies gilt vor allem für das neo-kontraktualistische Verständnis des § 34 StGB – mit dem ein großer Teil der Untersuchung steht und fällt –, das der *Verf.* jedoch zumindest gut vertretbar darlegt und gegen Kritik absichert. Aus Sicht des *Rezensenten* fordern aber die Ausführungen des *Verf.* zum Beginn des strafrechtlichen Lebensschutzes i.S.v. § 212 StGB in Bezug auf Neugeborene Widerspruch heraus, zumal der *Verf.* keine klare Abgrenzung anbietet, zu welchem Zeitpunkt ein geborener Mensch den Neugeborenen-Status verliert.

Vor dem Hintergrund der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Tötung von Unbeteiligten auf Grundlage von § 14 Abs. 3 LuftSiG eine Menschenwürdeverletzung darstellen soll, hätte es nahe gelegen, entweder die Menschenwürde der Getöteten stärker zu berücksichtigen oder eine Lösung jenseits eines Verstoßes gegen die Menschenwürde⁹ zu entwickeln. Jedenfalls dürfte das Bundesverfassungsgericht nicht nur von einer Abwägung „Leben gegen Leben“, sondern sogar von einer Abwägung „Würde gegen Leben“ in den Fällen der Rettungstötung von Unbeteiligten ausgehen, so dass auf Basis des verfassungsgerichtlichen Urteils unabhängig von der Frage der Interessabwägung die Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB einer Rechtfertigung im Wege stehen könnte.

Die Arbeit zeichnet sich durch eine praktisch erschöpfende Auswertung der (umfangreichen) Literatur aus, wobei der *Verf.* auch die anglo-amerikanische Diskussion berücksich-

tigt. Bei der Fülle der ausgewerteten Literatur sind einige Ungenauigkeiten nicht ausgeblieben. So äußert sich *Jerouschek*¹⁰ entgegen Fn. 1359 nicht zur Tötung von Unbeteiligten, sondern zur Folter. Und der *Rezensent*¹¹ vertritt nicht – wie der *Verf.* meint (S. 345 Fn. 1362) –, dass die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur grundrechtlichen Bewertung des § 14 Abs. 3 LuftSiG ein unverbindliches obiter dictum sind. Etwas störend wirkt, dass einige zentrale Streitfragen vollständig in den Fußnoten diskutiert werden, z.B., ob in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG von einer asymmetrischen Gefahrgemeinschaft gesprochen werden kann (vgl. S. 304 Fn. 1183). Auch die Begründung, warum die Tötung der unbeteiligten Flugzeuginsassen nicht auf Grundlage des Defensivnotstands gerechtfertigt sein kann, findet der Leser in einer Fußnote, die sich über drei (!) Seiten erstreckt (vgl. S. 306 Fn. 1190). Diese kleineren Mängel sollen die Leistung des *Verf.* jedoch nicht schmälern, denn er hat eine Reihe beachtlicher Argumente gegen das immer wieder behauptete, aber oft kaum begründete absolute Verbot der Tötung von Unbeteiligten dargelegt, die in der sicherlich noch anhaltenden Diskussion nicht unbeachtet bleiben sollten.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh), Göttingen

⁹ So z.B. *Ladiges* (Fn. 4), S. 328 ff.

¹⁰ Vgl. *Jerouschek*, JuS 2005, 296 (302).

¹¹ Vgl. *Ladiges*, NZWehrr 2008, 1 (3 f.).

Buchrezension

Beulke, Werner/Lüdke, Inka/Swoboda, Sabine, Unternehmen im Fadenkreuz, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 2009, 158 S., € 44,-

Zwei Dinge haben Organwalter oder Vertreter namhafter Unternehmen, Syndici, Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater aber auch Wirtschafts- und Buchprüfer gemeinsam: Sie gehören erstens zu den sog. Berufsheimlichkeitsgeheimträgern und geraten (deswegen) zweitens immer wieder und unter großem medialen Interesse ins Visier der Strafverfolgungsbehörden. Dabei steht nicht selten weniger ein Tatverdacht gegen diese Personen selbst als vielmehr gegen die von ihnen beratenen Unternehmen oder die Sozietäten, denen sie angehören, im Raum. Mit der Frage, in welchem Umfang diese Berufsgruppen vor einem staatlichen Zugriff auf ihnen bekannte Informationen im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungsverfahren geschützt sind, beschäftigen sich *Beulke/Lüdke/Swoboda* in „Unternehmen im Fadenkreuz“.

In Teil 1 untersuchen die *Autoren* die Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeprivilegien des Syndikusanwalts. Im Zuge einer Erörterung der begrifflichen und rechtlichen Grundlagen weisen sie auf die terminologische Unterscheidung zwischen Syndikusanwalt und Unternehmensanwalt hin; letzteren Begriff verwendet die Untersuchung bei denjenigen Erörterungen, die das „legal privilege“ im europäischen Gemeinschaftsrecht betreffen. Der Unternehmensanwalt benötigt nicht zwingend eine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, weshalb der Terminus einen größeren Personenkreis einschließt. Im Folgenden werden Widersprüche der vom Bundesgerichtshof entwickelten „Doppelberufstheorie“ zur (vermeintlich fehlenden) Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Syndikusanwalts aufgezeigt. Die *Autoren* führen aus, es existiere kein rechtlich tragfähiges Argument, das – außer im Zusammenhang mit dem Vertretungsverbot des § 46 Abs. 1 BRAO – eine Ungleichbehandlung von anwaltlich tätigen Syndici und selbständigen Rechtsanwälten begründen kann. Nach diesen grundlegenden Fragen werden die prozessualen Pflichten und Privilegien des Syndikusanwalts mit dem Fokus auf Schweigepflicht, Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen erörtert. *Beulke/Lüdke/Swoboda* gehen ferner auf das „legal privilege“ beim sog. in-house lawyer ein, wobei die *Autoren* zunächst den angloamerikanischen Rechtsraum betrachten, bevor sie sich der Vertraulichkeit der Rechtsberatung im Recht der Europäischen Gemeinschaften widmen.

Den Abschnitt B des ersten Teils füllen zuvorderst allgemeine Ausführungen zu den Beschlagnahmeverboten nach §§ 97, 148 StPO; dabei beleuchten die *Verf.* den gegenständlichen Schutzbereich des § 97 StPO. Sie befassen sich hierbei insbesondere mit den bislang ungeklärten Fragen, welche Personen mittelbar aus §§ 53, 97 StPO Schutz genießen oder inwieweit ein Beschlagnahmeverbot auch zu Gunsten Dritter bestehen kann. *Beulke/Lüdke/Swoboda* gelangen hier zu dem Schluss, § 97 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 StPO verbiete – anders als § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO – die Beschlagnahme syndikusanwaltlicher Unterlagen aus dem Vertrauensverhältnis zum

Syndikus absolut – mithin auch in Strafverfahren gegen Dritte wie z.B. Mitarbeiter des Unternehmens. Hervorzuheben ist insbesondere die Darstellung von § 160a StPO, der zwischen den absoluten Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten des Abs. 1 und den relativen nach Abs. 2 differenziert. Die im Jahr 2008 in Kraft getretene Norm ergänzt den Schutz durch die Zeugnisverweigerungsrechte der Berufsheimlichkeitsgeheimträger nach §§ 53, 53a StPO; die darin für schutzwürdig erklärten Interessen werden nun auch außerhalb der Vernehmungssituation gegen Eingriffe hoheitlicher Gewalt geschützt. Die *Autoren* erachten dabei den absoluten Schutz der betroffenen Vertrauensverhältnisse durch Abs. 1 der Vorschrift als äußerst begrüßenswert. Es wird jedoch angemahnt, dass die Kollisionsregelung des § 160a Abs. 4 S. 1 StPO deutlich zum Nachteil des Beschuldigten von dem früheren hohen Schutzniveau abweicht. Die Bewertung von § 160a Abs. 2 StPO fällt – zu Recht – ambivalent aus: Der Gesetzgeber habe bspw. darauf verzichtet, Erkenntnisse aus dem vom Zeugnisverweigerungsrecht geschützten Geheimnisbereich generell aus den Ermittlungen herauszunehmen; eine mittelbare Verwertung der unzulässig erlangten Informationen wird in § 160a Abs. 2 StPO nicht untersagt. Zu begrüßen sei allerdings, dass der Eingriff in ein besonders schutzwürdiges berufliches Vertrauensverhältnis nur unter strenger Anbindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zulässig ist. Zudem weisen *Beulke/Lüdke/Swoboda* auf die als Spezialregelungen bestehenden bleibenden absoluten Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote aus §§ 97 und 100c Abs. 6 StPO hin. Die besonderen Anforderungen eines Syndikusanwalts an die Gewahrsamsverhältnisse des § 97 Abs. 2 S. 1 StPO unter Einbeziehung des Gemeinschaftsrechts runden diesen ausführlichen ersten Teil ab.

Der zweite Teil behandelt Durchsuchungen und Zufallsfunde im geheimnisgeschützten Bereich. Nach den grundsätzlichen Anforderungen an eine Durchsuchung widmen sich die *Autoren* den besonderen Voraussetzungen dieser Maßnahme speziell im geheimnisgeschützten Bereich. Es werden Folgerungen aus den Beschlagnahmeverboten des § 97 Abs. 1 StPO gezogen und Sonderprobleme bei der Durchsuchung von Räumlichkeiten, die von verdächtigen und unverdächtigen Geheimnisgeheimträgern gemeinsam genutzt werden, aufgezeigt. Die *Autoren* wägen hier das Für und Wider verschiedener Lösungsmöglichkeiten ab, wobei sich vor allem die Darlegungen zu der Grundsatzentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2005 zu Durchsuchung und Beschlagnahme in Räumen einer Rechtsanwaltskanzlei als weiterführend und aufschlussreich erweisen. Der *Senat* erteilte der ermittlerfreundlichen Ansicht der Vorinstanzen eine Absage und sprach sich für verstärkten Geheimnisschutz in Kanzleien wie auch Rechtsabteilungen aus. Der besonderen Stellung des Anwalts als Organ der Rechtspflege muss bei der Durchsuchung ebenfalls Achtung gezollt werden. Diese Auffassung sehen die *Verf.* durch den Gesetzgeber aufgrund der Einführung von § 160a Abs. 2 StPO bestätigt. Indes bedürfe das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant eines noch höheren Schutzes. Komplettiert wird dieser Abschnitt durch die Auswertung verschiedener Urteile des EGMR zu diesem Themenbereich. Schließlich widmen sich *Beulke/Lüdke/Swoboda*

der Behandlung von Zufallsfunden gemäß § 108 StPO und der Eingrenzungsfunktion der Durchsuchungsanordnung. Deren Bedeutung steigt, je höher das Ausforschungsrisiko liegt. Im abschließenden dritten Teil erfolgt eine thesenartige Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die ertragreiche Untersuchung fasst die Probleme um die Vertraulichkeit und Geheimhaltung von Informationen, die unter anderem Syndici im Rahmen ihrer (beratenden) Tätigkeit zur Kenntnis gelangen, zusammen. Dabei treffen die *Autoren* die wesentlichen Problempunkte und gelangen durchweg zu überzeugenden Ergebnissen. Wer sich mit Zeugnisverweigerungsrechten und Beschlagnahmeprivilegien der betroffenen Personenkreise auseinanderzusetzen hat, findet wertvolle Hilfestellung und Antworten auf essentielle Fragen. *Beulke/Lüdke/Swoboda* zeigen präzise bestehenden Handlungsbedarf für den Gesetzgeber auf und beanstanden die zum Teil uneinheitliche Rechtsprechung. Zugleich erbringt die wichtige Studie den Nachweis, wie groß die Notwendigkeit klarer Regelungen ist, die nicht nur die hiesige Rechtslage, sondern auch das Geschehen außerhalb der Bundesrepublik Deutschland im Blick haben. Mit „Unternehmen im Fadenkreuz“ ist es den *Autoren* somit gelungen, die juristische Forschung hinsichtlich der prozessualen Schutzrechte von Syndici bzw. Rechtsabteilungen wesentlich voran zu bringen.

Wiss. Assistentin Dr. Nina Nestler, Würzburg

Buchrezension

Caspar Luig, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug und Schadensbestimmung, Verlag Peter Lang, Frankfurt a.M. 2009, 263 S., € 52,80

Abrechnungsbetrügereien durch Vertragsärzte beschäftigen derzeit Praxis und Wissenschaft gleichermaßen. Einen wesentlichen Problempunkt bildet dabei insbesondere die Bestimmung des Vermögensschadens im Rahmen des § 263 Abs. 1 StGB. *Luig* setzt sich in seiner Dissertation eingehend mit der umstrittenen Rechtsprechung auseinander, die in diesem Zusammenhang an die streng formale Betrachtungsweise des Sozialrechts anknüpft.

Nach einer Einleitung, in der auf die Dunkelfeldproblematik und die gesellschaftliche Bedeutung des Abrechnungsbetrugs eingegangen wird, wendet sich der *Autor* in Teil A der Arbeit dem System der vertragsärztlichen Versorgung zu. Angesichts der Tatsache, dass betrugsrelevante Sachverhalte den Strafverfolgungsbehörden in aller Regel erst eine gewisse Zeit nach der Abrechnungsprüfung durch die Krankenversicherung zur Kenntnis gelangen, erscheint es äußerst sinnvoll, wenn *Luig* hier nicht nur auf das aktuell geltende Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG), sondern auch auf die frühere Rechtslage Bezug nimmt. Die Untersuchung stellt die Parteien des Vertragsarztsystems und die mit der Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen betrauten Stellen vor, bevor sie auf relevante Fragen des vertragsärztlichen Abrechnungssystems eingeht. Teil B der Studie erörtert die Anwendungsfälle der streng formalen Betrachtungsweise. Die auf dieser basierende, vom gebräuchlichen Schadensbegriff abweichende, strafgerichtliche Rechtsprechung stellt der *Autor* im Folgenden dar, wobei er insbesondere auf die fehlende Berücksichtigung möglicher Kompensationen des erlittenen Vermögensnachteils durch eine tatsächlich vom Arzt erbrachte Leistung oder etwaige ersparte Aufwendungen das Gewicht der Ausführungen legt. Einer eingehenderen Betrachtung unterzogen werden dabei die Delegation vertragsärztlicher Leistung, das verdeckte Angestelltenverhältnis und die Strohmännchen-Problematik. In einem ersten Zwischenergebnis arbeitet *Luig* sodann phänotypische Gemeinsamkeiten dieser Kasuistik heraus. Mit der rechtlichen Würdigung dieser Anwendungsfälle beschäftigt sich die Untersuchung in ihrem Teil C. Der *Autor* klärt zunächst am Beispiel der Delegation die wesentlichen Probleme des Abrechnungsbetrugs bei den Tatbestandsmerkmalen des § 263 Abs. 1 StGB. Auch die Besonderheiten des verdeckten Angestelltenverhältnisses und die mittäterschaftliche Begehungsweise bei Strohmännchen-Konstellationen werden auf ihre betrugsspezifischen Probleme hin beleuchtet.

Ihrem Schwerpunkt – der Schadensbestimmung – widmet sich die Arbeit eingehend in Teil D. Zunächst setzt sich *Luig* hier mit der streng formalen Betrachtungsweise ausgehend von einer Leitentscheidung des BGH aus dem Jahr 1994 auseinander und ordnet sie dogmatisch ein. Da diese Rechtsprechung in der medizinrechtlichen Fachliteratur die Furcht vor einem Wiederaufleben des juristischen Schadensbegriffs

weckte, stellt der *Autor* zudem Vermögensbegriff und Lehren zum Vermögensschaden i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB dar. Der umfangreiche Teil E beinhaltet schließlich die Entwicklung eines Lösungsvorschlags durch den *Verf.* Hierfür analysiert *Luig* zunächst umfassend die unterschiedlichen Methoden der Schadensberechnung und schlägt sodann vor, zur Bestimmung des Vermögensschadens eine individualisierende Betrachtung heranzuziehen. Der *Autor* lehnt sich dabei an die von *Maiwald* in einem bislang unveröffentlichten Gutachten vertretene Auffassung an. Es folgt eine intensive Diskussion zur Anwendung der Zweckverfehlungslehre und der Rechtsfigur des persönlichen Schadenseinschlags beim Abrechnungsbetrug. In Teil F der Arbeit werden auf Grundlage des zuvor entwickelten Lösungsansatzes Detailprobleme der Schadensbestimmung geklärt. Der *Verf.* nimmt sich hier der im Vertragsarztrecht typischen Fallkonstellationen der Luftleistungen, der bewussten Fehlsubsumtion, der unwirtschaftlichen Leistung sowie der untypischen Konstellationen wie einer unzulässigen Delegation an nichtärztliches Personal oder einer fehlenden Approbation an. Eine Erörterung des Schadens der redlichen Vertragsärzte beinhaltet die Untersuchung ebenso wie die Darstellung des Problemkreises um Schäden innerhalb des gedeckten Budgets. Abschließend formuliert *Luig* in einem Teil G noch einige Gedanken zu einer möglichen Modifikation des Betrugstatbestandes, kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass die Norm in Kombination mit berufs- und vertragsarztrechtlichen Maßnahmen zur Ahndung des Abrechnungsbetruges zureichend ist.

Die Untersuchung von *Luig* nimmt sich einer aktuellen und äußerst praxisrelevanten Fragestellung mit Genauigkeit an. Vor allem durch die Verknüpfung allgemeiner Grundsätze zur Schadensberechnung mit den Detailfragen des betrachteten Bereichs gewinnt die Studie an Wert und trägt damit zur Bewältigung der Problematik bei. Der erarbeitete Lösungsvorschlag zeigt nicht nur einen möglichen gangbaren Weg auf, sondern bietet gleichermaßen eine Anregung und Grundlage zur Diskussion. Die Lektüre des Werks kann den mit vertragsärztlichen Abrechnungen befassten Personen daher nur empfohlen werden.

Wiss. Assistentin Dr. Nina Nestler, Würzburg

B u c h r e z e n s i o n

Gerhard Dannecker/Oswald Jansen, Steuerstrafrecht in Europa und den Vereinigten Staaten, Linde Verlag, Wien 2007, 566 S., € 95,30

Dieses Buch befasst sich mit den Möglichkeiten und Grenzen einer Harmonisierung des Steuerstrafrechts in Europa. Es gibt die Ergebnisse eines Forschungsprojekts wieder, das vom Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Informationsrecht der Universität Bayreuth unter der Leitung von Prof. Dr. Gerhard Dannecker in Zusammenarbeit mit Dr. Oswald Jansen vom Centre for the Enforcement of European Law der Universität Utrecht durchgeführt wurde.

Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass die Bekämpfung der Steuerhinterziehung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in den letzten Jahren eine zunehmende politische Brisanz erlangt hat. Eine Vielzahl von neuen Steuergesetzen wird erlassen, die internationale Amts- und Rechtshilfe wird ausgedehnt. Es gilt, Schwachstellen und Umgehungsmöglichkeiten auszumerzen, um Steuerverkürzungen wirksam entgegenzutreten. Der Ruf zum Einsatz und zur Verschärfung des Steuerstrafrechts ist in aller Ohren, sichert doch das Steueraufkommen den Finanzbedarf der Staaten. Diese Sicherung steht daher im zentralen Interesse der Staaten, verhindert Wettbewerbsverzerrungen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und betrifft letztendlich auch den Haushalt der Europäischen Union.

Die Herausgeber haben sich das ambitionierte Ziel gesetzt, mit den veröffentlichten Beiträgen aus verschiedenen Staaten Europas und den Vereinigten Staaten von Amerika Impulse zur Fortentwicklung des materiellen Steuerstrafrechts in Europa zu geben und eventuelle Möglichkeiten einer Harmonisierung des Steuerstrafrechts und des Strafverfahrens auszuloten. Ausgangspunkt der Überlegungen ist das Steuerstrafrecht in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung in den Mitgliedstaaten. Um einen gewissen Gleichlauf sicherzustellen, wurde ein umfangreicher Fragebogen zu den zentralen Problemen des Steuerstraf- und des Strafverfahrensrechts entwickelt, der als Leitfaden für die Abfassung der einzelnen Länderberichte diente. Dieser ist abgedruckt auf S. 553 ff. und lässt erahnen, wie viel Arbeit in der Aufarbeitung und dem Ländervergleich steckt.

Im Einzelnen: Im Generalbericht geben Dannecker/Bürger einen einleitenden Überblick über die derzeitigen Entwicklungen im Bereich der Harmonisierung des Strafrechts und der Bemühungen der Gemeinschaft, die internationale Steuerflucht zu bekämpfen. Sie stellen sodann das materielle Steuerstrafrecht in den verschiedenen Mitgliedstaaten dar, geben einen Überblick über die Geltung allgemeiner strafrechtlicher Prinzipien wie der Unschuldsvermutung, der Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme oder der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit und den Irrtumslehren im Steuerstrafrecht. Die Autoren gehen weiter auf sog. Prägende Grundsätze des Steuerstrafrechts (S. 554, Teil B des Fragebogens) ein. So wird z.B. zu Schätzungen dargelegt, dass in den Ländern, in denen eine Steuerhinterziehung nur dann eine Straftat darstellt, wenn ein bestimmter

Betrag an Steuer hinterzogen wird, eine Schätzung des hinterzogenen Betrags, wie sie in Deutschland nach § 162 AO möglich ist, grundsätzlich nicht zulässig ist, jedoch dogmatisch fragwürdige Ausnahmen zugelassen werden. Im Bereich des Irrtums zeigt sich, dass völlig unterschiedliche Konzeptionen in den Mitgliedstaaten bestehen. Detaillierter werden dann einzelne Aspekte bei der Behandlung des Tatbestands der Steuerhinterziehung dargestellt. Interessant ist dabei zunächst die Beziehung zwischen der Ausgestaltung des Tatbestands als Sonderdelikt oder Allgemeindelikt und den unter Strafe gestellten Tathandlungen. Die Autoren arbeiten heraus, dass in den Staaten, in denen die Steuerhinterziehung als Sonderdelikt begriffen wird (wie z.B. Spanien oder Österreich), die Tathandlung auch in der Verletzung abgaberechtlicher Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflichten liegt. Auf den S. 31-33 wird der Trend wiedergegeben, dass eher ein einheitlicher Tatbestand der Steuerhinterziehung besteht, der sämtliche Steuerarten erfasst, mit Ausnahmen freilich in Dänemark und Belgien, die Spezialtatbestände kennen. Im Bereich des subjektiven Tatbestands ist ersichtlich, dass in den meisten Staaten nur die vorsätzliche Verkürzung von Abgaben eine strafbare Steuerhinterziehung darstellt; anders nur in Österreich, wo auch die fahrlässige Abgabenverkürzung unter Strafe steht. Interessant ist auch, dass in Frankreich und Belgien im Bereich der indirekten Steuern auf den Nachweis vorsätzlichen Verhaltens verzichtet wird.

Auf den S. 33-36 vergleichen die Autoren die einzelnen Hinterziehungsbeträge der Mitgliedstaaten, die verkürzt werden müssen, um den Tatbestand der Steuerhinterziehung zu erfüllen. Nur im deutschen Recht wird auf einen Schwellenwert verzichtet, was im europäischen Raum eine Ausnahme darstellt. Auch die Frage, ob die Steuerhinterziehung eine Straftat oder eine bloße Ordnungswidrigkeit darstellt, unterscheidet sich gravierend und die Frage der Behandlung von Schein- und Umgehungsgeschäften wird unterschiedlich gelöst. Ausführlich werden sodann auf den S. 39-43 die Rechtsfolgen einer Steuerhinterziehung und die Möglichkeiten zur Selbstanzeige erörtert. Von besonderem Interesse für die auf dem Gebiet des (Steuer-)Strafrechts tätigen Rechtsanwälte sind die Ausführungen zur Unternehmensstrafbarkeit. Die Autoren fassen auf der Grundlage der Länderberichte die unterschiedlichen Konzeptionen in den Mitgliedstaaten zusammen. Sie kommen dabei zu dem Ergebnis, dass primäre Sanktion in allen Staaten, die eine Strafbarkeit juristischer Personen kennen, die Geldstrafe ist. Auf die daneben bestehenden Sanktionsmöglichkeiten in den Mitgliedstaaten wird hingewiesen.

Ab S. 47 wird das Strafverfahrensrecht detailliert begutachtet. Die Autoren zeigen auf, dass das Nebeneinander von Besteuerungs- und Strafverfahren in allen Staaten besondere Anforderungen an die Wahrung der Rechte des Beschuldigten stellt und geben einen kurzen Überblick darüber, wie die z.B. in dem Besteuerungsverfahren gemachten Angaben im Strafverfahren (und umgekehrt) unter welchen Voraussetzungen verwendet werden können und wie teilweise mit Vermutungstatbeständen gearbeitet wird. Zudem wird die unterschiedliche Ausprägung des Steuergeheimnisses thematisiert.

Der Abschnitt D Teil I-III des Generalberichts beschäftigt sich – losgelöst von den Länderberichten – sodann mit den aktuellen Entwicklungen in der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Steuerstrafrechts. Es geht dabei um die Kompetenz der Gemeinschaft zur Rechtsetzung auf dem Gebiet des Strafrechts, die aktuellen Entwicklungen im Bereich der Amts- und Rechtshilfe, den europäischen Haftbefehl und die europäische Beweisanordnung sowie die Errichtung einer europäischen Staatsanwaltschaft.

Auf der Grundlage der eingangs dargestellten Steuerstrafrechtsordnung unternehmen die *Autoren* im letzten Abschnitt ihres Berichts den Versuch, einen Modelltatbestand der Steuerhinterziehung zu umreißen, der den Kern der mitgliedstaatlichen Steuerhinterziehungstatbestände darstellen soll. Nach einem Ausblick, in dem eine Harmonisierung im Bereich des Steuerstrafrechts als wünschenswert, aber wohl in weiter Ferne liegend erachtet wird, endet der Generalbericht mit einem kurzen Blick in das Zollstrafrecht und das Korruptionsstrafrecht.

Der Generalbericht geht weit über eine Zusammenfassung der in dem Buch enthaltenen Länderberichte hinaus. Es wird auch auf Rechtsordnung von Mitgliedstaaten eingegangen, zu denen kein Landesbericht vorliegt. Die *Autoren* beziehen in ihrem Bericht auch die neuen Mitgliedstaaten mit ein, deren Rechtssysteme teilweise überraschende Regelungen enthalten.

Wer dies vertiefen möchte, widmet sich flankierend zu den Ausführungen im Generalbericht den detaillierten Länderberichten, die ab S. 93 ff. beginnen.

Zunächst stellt *Eriksen* das dänische Steuerstrafrecht dar. Er geht dabei schwerpunktmäßig auf das Steuerkontrollgesetz und die darin enthaltene zentrale Norm des § 13 (Steuerbetrug) ein, der im subjektiven Tatbestand *dolus directus* verlangt. Der *Autor* stellt das Verhältnis des Steuerkontrollgesetzes und dessen § 13 zu den Vorschriften des allgemeinen Strafrechts dar und geht auf die von dem verkürzten Betrag abhängige Sanktionierung des Steuerbetrugs ein. *Eriksen* hebt dabei hervor, dass das Schutzgut des Steuerbetrugs die Verletzung der dem Steuerpflichtigen gegenüber dem Staat obliegenden Informationspflicht ist. So ist bereits das Nichtmelden von Bankkonten im Ausland nach § 13a Steuerkontrollgesetz unter Strafe gestellt. Weiter widmet sich der *Verf.* der Darstellung der Beteiligung an Steuerstraftaten, insbesondere durch Steuerberater, Rechtsanwälte und „Revisoren“ und gibt einen knappen Überblick über das Zollstrafrecht. Hinsichtlich des Unternehmensstrafrechts erläutert der *Autor* die Figur der „verdeckten Schuld“, welche diejenigen Fälle erfasst, in denen durch eine Gesellschaft eine Straftat begangen wird. Die Strafbarkeit juristischer Personen ist in Dänemark anerkannt. Interessant ist auch die Darstellung der Selbstanzeige, die in Dänemark Bestandteil des allgemeinen Strafrechts ist.

Bürger gibt den Überblick über das deutsche Steuerstrafrecht. Die Abhandlung beginnt mit einem knappen Abriss über die Geschichte und die Grundlagen des Steuerstrafrechts in Deutschland und die Steuerstraftaten. Sodann werden die steuerliche und die strafrechtliche Behandlung von Scheinge-

schäften und Umgehungshandlungen nach jetzigem Recht und nach der RAO dargestellt. Im Rahmen der steuerlichen Behandlung von Bestechungsaufwendungen kritisiert *Bürger* die derzeitige Fassung des § 299 Abs. 3 StGB, mit der Bestechungshandlung im Ausland bestraft werden. Im Rahmen der Darstellung der umstrittenen Bedeutung der Empfängerbenennung im Strafverfahren spricht sich der *Verf.* dafür aus, allein in der Vorlage von Scheinrechnungen zum Zwecke der Verhinderung von Schätzungen weder eine versuchte noch eine vollendete Steuerhinterziehung zu erblicken. Die Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich. Kritisch äußert sich *Bürger* dazu, dass im Rahmen des Ausfuhrerstattungsrechts zur Begehung eines Subventionsbetrugs leichtfertiges Verhalten genügt, bei der ungerechtfertigten Erlangung von Steuervergünstigungen nach § 370 AO aber Vorsatz erforderlich ist. Angesichts der vergleichbaren Pflichtenstellung seien unterschiedliche Anforderungen im subjektiven Bereich nicht zu rechtfertigen. Sodann gibt der *Autor* einen Überblick über die Rechtsfolgen von Steuerstraftaten und Steuerordnungswidrigkeiten. Der Beitrag endet schließlich mit einer überblicksmäßigen Darstellung der Behandlung grenzüberschreitender Sachverhalte und der Einflüsse des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Steuerstrafrecht, wobei u.a. die strafrechtliche Behandlung der sog. Bankenfälle, die Einschaltung von Basisgesellschaften, die Gewinnverlagerung ins Ausland und die erweiterten Schätzungsbefugnisse nach § 162 AP noch erläutert werden.

Salter und *Ullah* behandeln das Steuerstrafrecht für England und Wales und beginnen ihre Abhandlung mit einem Überblick über die Behördenorganisation und die Historie. Sie stellen hierbei heraus, dass steuerstrafrechtliche Sanktionen durch die Finanzbehörde verhängt werden. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn sich die Finanzbehörde dazu entschließt, ein Steuerstrafverfahren wegen hinterzogener Steuern einzuleiten. Das Steuerstrafverfahren in England und Wales unterscheidet sich also in einem ganz wesentlichen Punkt von den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen: Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine Steuerstraftat droht regelmäßig nur dann, wenn sich die zuständige Finanzbehörde bei Verdacht einer Steuerstraftat auch dazu entschließt, diese nicht nur „verwaltungsrechtlich“ durch Nachforderung der zu wenig entrichteten Steuerbeträge, sondern auch strafrechtlich zu verfolgen. Allerdings kann dann, wenn die Finanzbehörde kein Steuerstrafverfahren einleitet, bei entsprechender parallel bestehender Zuständigkeit auch eine andere Behörde ihrerseits ein Strafverfahren einleiten. Die deutlich gewichtigere Rolle der Finanzbehörden wird dadurch deutlich, dass sie die von einem Gericht verhängten Strafen nachträglich abmildern kann. Der zentrale Straftatbestand ist der Steuerbetrug (*cheating the public revenue*). Daneben gibt es den Tatbestand „*conspiracy*“, für den keine entsprechende deutsche Vorschrift existiert. Dieser ist etwa dann erfüllt, wenn zwei oder mehr Personen zur Schädigung des Vermögens eines Dritten zusammenwirken. Einige wenige Steuerstraftatbestände sind gegeben bei Verstoß gegen bestimmte Erklärungsspflichten; sie setzen keinen Vorsatz voraus. Ergänzend dazu wird die sog. *Hansard Procedure*

dargestellt, wonach – vereinfacht – bei einem geständigen Steuersünder, der eine Geldleistung erbringt, regelmäßig kein Strafverfahren durchgeführt wird. Daher ist die Einschätzung von *Salter* und *Ullah*, dass dadurch, dass die meisten Steuerhinterziehungsfälle von den Finanzbehörden im Wege einer Einigung erledigt werden, das Steuer(straf-)verfahren eher zivilrechtlich/verwaltungsrechtlich einzustufen ist, nachvollziehbar. Als Einzelproblemschwerpunkte werden das Steuergeheimnis, das Bankgeheimnis, die Mitwirkungspflichten und Beweislastfragen sowie Fragen hinsichtlich der Sanktionierung und des Informationsaustauschs bei grenzüberschreitenden Sachverhalten erörtert. Der Bericht schließt mit einer Statistik zu Verurteilungen im Steuerstrafrecht und mit Beispielen zur Sanktionierung.

Das französische Steuerstrafrecht wird von *Ehrke* erläutert. Zunächst gilt es, die verschiedenen unter Strafe gestellten Handlungen aufzuzeigen und die Frage der Strafbarkeit der Beteiligung darzustellen. *Ehrke* erläuterte, dass das französische Recht im subjektiven Bereich grundlegend zwischen der allgemeinen Abgabenhinterziehung und der Hinterziehung indirekter Steuern unterscheidet. Anders als im Bereich der direkten Steuern und der Umsatzsteuer setzt eine Strafbarkeit wegen eines Verstoßes gegen Rechtsnormen, die indirekte Steuern betreffen, regelmäßig keinen Vorsatz voraus. Gutgläubigkeit soll sich strafmildernd auswirken. Im Vergleich zu den übrigen in diesem Buch enthaltenen Abhandlungen werden die Zollstrafatbestände recht ausführlich dargestellt. Besonders interessant ist, dass diese erst seit 1987 Vorsatz verlangen und der Beschuldigte den Nachweis führen muss, dass er gutgläubig war und somit unvorsätzlich handelte. Sodann erläutert *Ehrke* kurz das französische CFC-Regime (Hinzurechnungsbesteuerung). *Ehrke* weist zwar auf Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht hin und stellt dar, dass hinsichtlich der Bekämpfung von Straftaten zu Lasten der Gemeinschaft mehrere organisatorische Verwaltungseinheiten eigens hierfür geschaffen wurden. Zur Verfolgung von Steuerstraftaten führt sie aus, dass die gerichtliche Strafverfolgung im Bereich der indirekten Steuern ausschließlich auf Antrag der Finanzverwaltung durch die Strafverfolgungsbehörden eingeleitet wird. Es liegt also auch hier im Ermessen der Finanzbehörden, demjenigen, der Steuern verkürzt hat, einen Vergleich über die Strafen anzubieten oder aber ein gerichtliches Strafverfahren einzuleiten. Dies soll jedoch dann nicht gelten, wenn eine Freiheitsstrafe zu verhängen ist. Im Bereich der übrigen Steuern ist vor der Entscheidung der Finanzbehörde die Stellungnahme einer besonderen Kommission („commission des infractions fiscales“) einzuholen. Die Staatsanwaltschaft entscheidet danach eigenständig und unabhängig darüber, ob Anklage zu erheben ist oder nicht. Der Beitrag endet insbesondere mit der Auseinandersetzung mit dem Grundsatz des *ne bis in idem*.

Danach stellt *Papakiriakou* das griechische Steuerstrafrecht dar. Die Abhandlung über die Maßnahmen zur Bekämpfung der Steuerhinterziehung ist gegliedert in präventive Mittel und Sanktionen. Hinsichtlich der präventiven Mittel erläutert der *Autor* das griechische Buchführungssystem, die Anwendung von Vermutungsregelungen und die steuerlichen

Anmeldepflichten. Bei den Sanktionen werden nach einem ausführlichen Überblick über die Grundsystematik die Zivil- und Verwaltungssanktionen sowie Kriminalstrafen erläutert. Im Bereich des materiellen Steuerstrafrechts lässt sich lesen, dass im Jahr 1997 ein neues Sanktionssystem eingeführt wurde. Zudem behandelt der *Autor* jeweils die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen und das Verhältnis zwischen materiellem und prozessuellem Steuerstrafrecht. Die Steuerumgehung ist – überraschend – nach griechischem Verständnis legitim, soweit nicht – wie etwa im Zollrecht – bestimmte Umgehungshandlungen ausdrücklich als Zuwiderhandlungen eingestuft werden. Im prozessualen Teil werden die wesentlichen Kontrollbefugnisse der Finanzverwaltung dargestellt; es gibt die Praxis der sog. „schwarzen Listen“, auf denen Steuersünder veröffentlicht werden.

Das österreichische Finanzstrafrecht von *Leitner* ist der umfangreichste Beitrag in diesem Buch. Der Länderbericht gibt eine weit über den bloßen Überblick hinausgehende Darstellung des österreichischen Steuerstrafrechts. Der Beitrag geht zunächst auf steuerliche Präventionsvorschriften des österreichischen Abgaberechts ein, es folgt ein Überblick über ausgewählte Grundprinzipien des Strafrechts. Hervorzuheben ist dabei der tabellarische Vergleich der Geltung verschiedener Grundprinzipien im allgemeinen Strafrecht einerseits und in dem für das Steuerstrafrecht speziell geltenden Finanzstrafgesetzbuch andererseits. Im Anschluss daran werden Einzelaspekte, wie Kausalität und objektive Zurechnung, subjektiver Tatbestand oder Irrtumsregelungen noch einmal herausgegriffen und ausgeführt. Besonders dargestellt werden der Grundtatbestand der Abgabenhinterziehung, § 33 Abs. 1 FinStrG, und die Sondertatbestände des § 33 Abs. 2, Abs. 3 und 4 FinStrG. Das Verfahrensrecht – so zeigt sich – ist davon geprägt, dass das österreichische Steuerstrafrecht je nach Schwere des Delikts zwischen finanzstrafbehördlichem und finanzstrafgerichtlichem Verfahren unterscheidet. Der Beitrag endet mit einer Darstellung des Einflusses des Gemeinschaftsrechts.

Einen Überblick über das portugiesische Steuerstrafrecht verfassen *Silva Dias* und *Sousa e Brito*. Danach gab es Ende der 80er Jahre eine grundlegende Steuerreform, die auch zu erheblichen Änderungen des Steuerstrafrechts führte. Mittlerweile gibt es in Portugal ein spezielles Gesetz zum Steuerstrafrecht, das „Tax Offences General Regime“ (TOGR). Dieses Gesetz enthält allgemeine und spezielle Regelungen zu allen Steuerstraftaten. Nicht verständlich, so die *Autoren*, sei unter anderem, dass die Strafbarkeit wegen Steuerbetrugs und „Steuerunterschlagung“ unterschiedliche Verkürzungsbeiträge verlangt (7.500 € einerseits und 1.000 € andererseits). Interessant ist, dass die strafrechtliche Beurteilung der Beteiligung an einer Straftat teilweise von der deutschen abweicht, so etwa, wenn besondere persönliche Merkmale, die bei einem Beteiligten vorliegen, auf alle Beteiligte erstreckt werden. Hinsichtlich des Zollstrafrechts führen die *Autoren* eine Vielzahl unterschiedlicher Straftatbestände an. Die Strafbarkeit juristischer Personen ist im TOGR ausdrücklich geregelt, wobei für die Strafbarkeit wohl Voraussetzung ist, dass die Tathandlung maßgeblich von den Organen oder Repräsentanten der juristischen Person begangen wird. Ein Überblick

wird auch über das portugiesische Steuer- und Bankgeheimnis gegeben. Eine strafbefreiende Selbstanzeige ist auch noch nach Einleitung des Strafverfahrens möglich. Schätzungen im Strafrecht sind dagegen unzulässig. Hinsichtlich der Rechtsfolgen von Steuerstraftaten weisen *Silva Dias* und *Sousa e Brito* darauf hin, dass die gleichzeitige Verhängung von Geld- und Freiheitsstrafe nicht zulässig ist. Im Hinblick auf Ermittlungen im Steuerstrafverfahren führen die *Autoren* aus, dass die Finanzbehörden den Strafverfolgungsbehörden strikt untergeordnet sind.

Nachfolgend wird das spanische Steuerstrafrecht von *Silvina Bacigalupo* im Überblick dargestellt. Die *Autorin* stellt anhand der jeweils deutschen Übersetzung die Entwicklung des spanischen Straftatbestands der Steuerhinterziehung anschaulich dar und erklärt den Hintergrund der Neufassungen. Bei der Steuerhinterziehung handelt es sich in Spanien um ein Sonderdelikt. Sie führt auch aus, dass die Rechtsprechung entgegen früherer Urteile inzwischen dazu tendiert, dass in den Fällen, in denen der Täter Einkünfte aus einer Straftat – etwa einem Betrug oder illegalem Drogenhandel – erzielt, eine Bestrafung wegen Steuerhinterziehung nicht mehr in Betracht kommen soll. Vorrangig soll der Täter wegen des Delikts, aus dem die Einkünfte stammen, bestraft werden. Bezüglich des rechtswidrigen Einkommens wird (nur) der Verfall angeordnet. Wenn das Ursprungsdelikt nicht bestraft werden kann, etwa weil es nicht nachgewiesen werden kann, verbleibt es bei der Steuerhinterziehung. Das spanische Zollstrafrecht ist in einem eigenständigen Gesetz geregelt. Es existieren differenziert ausgestaltete Straftatbestände. Das Strafmaß ist einheitlich geregelt. Es kann eine geringe Gefängnisstrafe und eine Geldstrafe bis zur vierfachen Höhe des Wertes der geschmuggelten Ware verhängt werden. Wie auch bei den Steuerstraftaten wird mit Ausnahme des Drogenschmuggels für eine Strafbarkeit ein Mindestschaden verlangt, der im Normalfall um 18.000 € und für Tabak um 6.000 € liegt. Die Steuer- und Zollordnungswidrigkeiten können in einfache, schwere und sehr schwere Delikte eingestuft und dementsprechend bebußt werden. Die Steuerhinterziehung und der Subventionsbetrug zu Lasten der Gemeinschaft werden eigenständig geregelt. Die Strafbarkeit juristischer Personen existiert in Spanien traditionell nicht. Die *Autorin* stellt aber einen Gesetzesentwurf aus dem Jahr 2006 vor, der eine direkte Strafbarkeit juristischer Personen vorsieht.

Der Abschluss der Länderberichte bildet die Darstellung des Steuerstrafrechts der Vereinigten Staaten. *Zahner* erläutert einige prägnante Besonderheiten des Steuerstrafrechts der Vereinigten Staaten und weist auf die große Bandbreite von Straftatbeständen hin, die es ermöglichen sollen, den Steuerpflichtigen für Fehlverhalten jeglicher Art zu belangen. Steuerdelikte sind dabei vor allem in den Steuergesetzen (etwa §§ 201 ff. Internal Revenue Code, IRC) enthalten. Neben den Kriminalstrafen stellt der *Autor* verschiedene Geldbußen für das Nichteinreichen von Steuererklärungen (in den USA gilt das Prinzip der Selbstveranlagung) und das Nichtentrichten von Steuerschulden dar. Der *Autor* stellt die in diesem Zusammenhang relevanten Methoden vor, um den Nachweis zu

führen, dass Einkünfte vorliegen, die nicht angegeben wurden. Einzigartig – so der *Autor* – sind die Möglichkeiten der Strafzumessung, die sich aus dem Zusammenspiel der Kodifizierung maximal möglicher Geldstrafen und den sog. Sentencing guidelines, die das Strafmaß im Einzelfall bestimmen, ergeben. Anschaulich dazu ist die vom *Autor* gegebene tabellarische Abbildung über die Strafmaßfindung. Besonders interessant sind zuletzt die Ausführungen zu der mit der Steuerfahndung vergleichbaren Stelle „Criminal Investigation Division“, der die Zuständigkeit für die Ermittlung von Fällen der Steuerkriminalität obliegt und die der Finanzbehörde zugeordnet ist. Trotz der weitreichenden Machtbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden stehen nur begrenzte finanzielle Mittel für die Strafverfolgung zur Verfügung, weshalb nur in wenigen Fällen Steuerstrafverfahren durchgeführt werden. Daraus, so der *Autor*, folge aber auch, dass in Fällen, in denen ein Verfahren durchgeführt wird, die Aussichten auf einen Freispruch sehr gering sind.

Insgesamt bietet das Buch einen sehr guten Überblick über die Grundstrukturen des Steuerstrafrechts in ausgewählten Mitgliedstaaten. Die einzelnen Länderberichte und der Generalbericht machen dieses Buch für Forschung und Lehre besonders wertvoll und lesenswert, weil das Steuerstrafrecht verschiedener Rechtsordnungen erstmals in dieser Form rechtsvergleichend dargestellt wird. Es ist aber auch für den in grenzüberschreitenden Fällen arbeitenden Praktiker zu empfehlen, weil einerseits ein handhabbarer Zugang zu den dargestellten Rechtsordnungen gegeben wird, andererseits auch aktuelle Probleme der Amts- und Rechtshilfe diskutiert werden, die bekanntlich die Praxis vor besonderer Herausforderungen stellen.

Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz, Stuttgart