

AUSGABE 10/2012

S. 486 - 536

7. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht*

**Die Beschneidung gesetzlich gestatten?**  
Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum 486

**Die Rechtsgutslehre und der Besondere Teil des Strafrechts  
Ein dogmatisch-empirischer Vergleich von Chile,  
Deutschland und Spanien**  
Von Prof. Dr. Roland Hefendehl, Freiburg 506

##### *Ausländisches Strafrecht*

**Ein Blick auf den italienischen Strafprozess: Vorbild oder  
abschreckendes Beispiel?  
Die aktuelle Situation und Gedanken zur Reform**  
Von Dr. Lucia Parlato, Palermo 513

#### ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

##### *Strafrecht*

**BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11  
(Zur Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung  
mit der Europäischen Menschenrechtskonvention)**  
(Wiss. Mitarbeiterin Dr. Grischa Merkel, Hamburg) 521

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

**Henning Steen, Die Rechtsfigur des omnimodo facturus,  
Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe,  
2011**  
(Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg) 524

**Verena Haan, Joint Criminal Enterprise, Die Entwicklung  
einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völker-  
strafrecht, 2008**  
(Wiss. Mitarbeiter Dr. Boris Burghardt, Berlin) 530

**Susanne Claus, Gewinnabschöpfung und Steuer,  
Dogmatik, Praxis, Reform, 2010**  
(Rechtsanwalt, Dr. David Pasewaldt, Frankfurt a.M.) 534

#### 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. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael  
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Mark Zöller

#### Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory  
Board

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus  
Wagner

#### Internetauftritt

René Grellert

#### ISSN

1863-6470

# Die Beschneidung gesetzlich gestatten?

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

Der Bundestagsbeschluss v. 19.7.2012 fordert von der Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes. Es soll sicherstellen, „dass eine medizinisch fachgerechte Beschneidung von Jungen ohne unnötige Schmerzen grundsätzlich zulässig ist“. Und es soll dabei grundgesetzlich geschützte Rechtsgüter, u.a. das „der körperlichen Unversehrtheit“, berücksichtigen. Wie das? Was erlaubt werden soll, die Abtrennung der Vorhaut, lässt sich nur unter Zurücksetzung, d.h. Nichtbeachtung des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit durchführen. Es zu „berücksichtigen“ heißt doch wohl, an dem Verbot festzuhalten, das aus dem Gesetz folgt. Hier scheint aber gemeint, dass man es nicht ganz außer Acht lassen und der gesetzlichen Ausnahmeerlaubnis, Kindern die Vorhaut abzutrennen, wenigstens Grenzen ziehen soll.

Vorgelegt hat die Bundesregierung Anfang Oktober 2012 einen „Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz“, überschrieben mit „Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes“. Vorgeschlagen und zur Diskussion gestellt wird ein Regelungstext, der als § 1631d ins Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen werden soll:

„Beschneidung des männlichen Kindes

(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.“

I. Der vorangegangene Beschluss besteht aus einem einzigen Satz, und schon er zeigt an, dass die geforderte Legalisierung sich in unsere Rechtsordnung schwerlich einfügen und mit dem Grundgesetz kaum zu vereinbaren sein wird. Körperverletzungen ohne Heilungssinn sollen grundsätzlich Unrecht bleiben, aber die eine, „die Beschneidung von Jungen“, soll – in Grenzen – erlaubt sein, auch wenn sie medizinisch unnötig ist. Ich habe einen Bekannten, der noch heute darunter leidet, dass seine christlichen Eltern ihn als Fünfjährigen – unter Narkose – haben beschneiden lassen. Der einzige Grund war, dass sie ihn äußerlich dem jüngeren Bruder angleichen wollten. Beim Jüngeren war die Beschneidung gesundheitlich geboten und die Eltern fürchteten seelische Schäden, wenn ihm etwas fehlte, was der Ältere hatte. Für diesen ist im Rückblick das ganze Geschehen eins der schrecklichsten Erlebnisse seiner Kindheit. Den Beschluss verstehe ich dahin, dass das Gesetz auch eine so motivierte Abtrennung der Vorhaut für „zulässig“ erklären soll (zur Aussage des aktuellen Entwurfs s.u. II.).

Man wird einwenden, das gehe zu weit; das Gesetz solle der Religionsfreiheit das ihr zukommende Gewicht geben und ein Fehlurteil, wie das Landgericht Köln eines gefällt habe, für die Zukunft ausschließen. Darum sei die Zulässigkeit auf Fälle der religiös-rituellen Beschneidung zu begrenzen.<sup>1</sup> Aber im Beschluss deutet sich zunächst einmal an, dass der Bundestag als der Gesetzgeber diese Eingrenzung nicht plant. „Grundsätzlich zulässig“ sein soll „die Beschneidung von Jungen“ und nicht etwa nur die religiös motivierte. Manche Eltern möchten ihren Jungen aus anderen Gründen beschneiden, die sie, wie die religiösen Eltern die ihren, wichtig finden. So berufen sich die Verteidiger der jüdisch-muslimischen Beschneidungspraxis ja auch in jeder Diskussionsrunde auf die USA. Keineswegs missbilligen sie es, vielmehr heißen sie es gut, dass dort *ohne* religiösen Sinn immer noch sehr viele männliche Babys beschnitten werden. Selbst nach ihrer Ansicht muss bei der Werte- und Interessenabwägung die Religionsausübung nicht in die Waagschale fallen, auch eine ganz anders motivierte Entscheidung der Eltern, ihr Kind beschneiden zu lassen, soll den Akt vollkommen rechtfertigen.

Nehmen wir z.B. das Motiv der Masturbationsbekämpfung. Hier hat die weite Verbreitung der frühkindlichen Operation in den USA ihre historische Wurzel. *Lewis Sayre* und *John Harvey Kellogg*, Ärzte und Moralapostel des viktorianischen Zeitalters, kämpften in den 1870er Jahren diesen Kampf mit missionarischem Eifer. Erfolg hatten sie insofern, als immer mehr Eltern ihrer grausigen Therapieempfehlung folgten, den Jungen durch Wegschneiden der Vorhaut die Sache zu erschweren und die Lust zu mindern.<sup>2</sup> Wenn nun heute Vater und Mutter dieses Ziel für ihren Sechsjährigen verfolgen, nachdem sie ihn ein paar Mal erwischt haben, so erlaubt ihnen das geplante Gesetz die „fachgerechte Beschneidung“; nur muss sie „ohne unnötige Schmerzen“ vorgenommen werden. Eine empörende Regelung und eine groteske dazu. Denn alle anderen erzieherischen Misshandlungen und Gewaltanwendungen bleiben nach § 1631 Abs. 2 BGB strikt verboten. Wenn der Vater dem Söhnchen das Onanieren verleiden will durch eine „saftige Ohrfeige“ oder eine „tüchtige Tracht Prü-

<sup>1</sup> So hält es nach Pressemitteilungen auch eine interne Weisung des Berliner Justizsenators. Religiös motivierte Beschneidungen sollen jedenfalls vorläufig nicht verfolgt werden. Die Sprecher der betroffenen Religionsgemeinschaften sehen das kritisch, weil damit die Bekenntnisfreiheit bedroht werde.

<sup>2</sup> *Kellogg* sah die Sache so: „Ein Mittel gegen Masturbation, welches bei kleinen Jungen fast immer erfolgreich ist, ist die Beschneidung. Die Operation sollte von einem Arzt ohne Betäubung durchgeführt werden, weil der kurze Schmerz einen heilsamen Effekt hat, besonders, wenn er mit Gedanken an Strafe in Verbindung gebracht wird. Bei Mädchen ist die Behandlung mit unverdünnter Karbolsäure hervorragend geeignet, die unnatürliche Erregung zu mindern“ (zitiert nach *Schmidt-Salomon*, Fragen und Antworten zur Knabenbeschneidung, [http://pro-kinderrechte.de/wp-content/uploads/2012/08/faq\\_beschneidung.pdf](http://pro-kinderrechte.de/wp-content/uploads/2012/08/faq_beschneidung.pdf) [zuletzt abgerufen am 10.10.2012]).

gel“, wie sie „noch niemandem geschadet hat“, so begeht er eine strafbare Körperverletzung, während die demselben Zweck dienende „fachgerechte“ Genitalverstümmelung erlaubt wäre.

II. Nun ist freilich das Folgende zu bedenken: Wenn jemand unter bestimmten Umständen töten oder verletzen darf, dann entfällt seine Rechtfertigung normalerweise nicht deshalb, weil er aus einem fragwürdigen, ja hässlichen Motiv heraus handelt. Ein Tierarzt z.B. darf auf Verlangen der Eigentümer leidende Hunde einschläfern. Er darf das allemal auch dann, wenn er mit diesen Taten heimlich seinen Sadismus befriedigt oder empathielos nur auf das Honorar abzielt. So kommt auch bei der Jungenbeschneidung in Betracht, dass die Befürworter einer Erlaubnis, die allein an die elterliche Einwilligung gebunden ist, sich auf die *objektive Beförderung des Kindeswohls* berufen können. Die Tat veranlasst haben mag also selbst ein so befremdlicher Beweggrund wie die Onanieverhinderung oder die Angleichung an den kleinen Bruder nach dessen medizinisch notwendiger Zirkumzision oder die ästhetische Flause einer Mutter, die sich in dem holländischen Dokumentarfilm „Mom, why did you circumcise me?“ den Fragen ihres Sohnes stellen muss.<sup>3</sup> Vielleicht kann man ja sagen, dass objektiv betrachtet sich *jede* Beschneidung „zum Wohl des Kindes“ (§ 1627 BGB) auswirkt oder ihm doch jedenfalls „unterm Strich“ nicht abträglich ist und dass es deshalb auf ein gutes Motiv gar nicht ankommt. Im Recht wäre z.B. sogar die junge Urologin, die sich von der Zirkumzision keinerlei Vorteile für ihren Dreijährigen verspricht, ihn aber dennoch beschneidet, um das Operieren zu üben.

Der Regierungsentwurf sieht es anders. Er regt die Schaffung eines Rechtfertigungsgrundes an, den der Strafrichter verneinen muss, wenn er „durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet“ sieht. Rein theoretisch könnte der Richter über diesen Vorbehalt *jede* medizinisch unnötige Jungenbeschneidung der Rechtfertigung entziehen. Er müsste nur die Tat dahin gehend bewerten, dass sie als irreversible, riskante und mit erheblichen Schmerzen verbundene Körperverletzung das Kindeswohl gefährde (und tatsächlich beeinträchtigt), und zwar in *allen* Fällen, auch im praktisch wichtigsten Fall der rituellen Beschneidung. Die Entstehungsgeschichte des neuen § 1631d BGB würde uns aber belehren, dass der Richter es so nicht sehen soll. Die Rechtfertigungsnorm durch ein strenges Kindeswohlverständnis, so einleuchtend es auch sei, gegenstandslos machen darf er nicht. Er soll ihr eine Art *unwiderlegliche Vermutung* des Inhaltes entnehmen, dass jedenfalls eine nach der *lex artis* durchgeführte rituelle, dem jüdisch-religiösen oder muslimisch-religiösen Zweck dienende Be-

schneidung das Kindeswohl *nicht* gefährde. Andererseits: Auf das religiöse Motiv beschränkt sein soll die Rechtfertigung auch wieder nicht. „Die vorgeschlagene Regelung differenziert [...] nicht nach der Motivation der Eltern, insbesondere enthält sie keine Sonderregelung für religiös motivierte Beschneidungen [...]“, sagt die Begründung, und sie unterscheidet: Hier die Beschneidung aus Gründen der Religion, der kulturellen Tradition oder zum Zweck der Gesundheitsvorsorge, dort Beschneidungen z.B. „aus rein ästhetischen Gründen oder mit dem Ziel, die Masturbation zu erschweren“. Aber angedeutete Empfehlungen zur Zweckbewertung in den Materialien sind keine gesetzlichen Festlegungen. Außerhalb des (religiösen) Kernbereichs ist die in Abs. 1 S. 2 geforderte Wertung im Grunde dem Belieben des Richters überlassen. Er muss keineswegs, aber er kann z.B. die Zwecke der Onanieverhinderung, der Penisverschönerung, der Erleichterung des Waschens oder der Geschwisterangleichung (s.o. I.) missbilligen und die so motivierte Tat bestrafen. Denn bei solcher Zwecksetzung, könnte er sagen, werde die Beeinträchtigung des Kindeswohls durch Raub des sensibelsten Penisteiles von keiner guten Absicht aufgewogen.

Diese Bewertungsfreiheit bedeutet eine große Rechtsunsicherheit. Sie wird vermieden, wenn man dem Motiv überhaupt keine Relevanz gibt. Genau so könnte man, wie unter I. schon gesagt, den Bundestagsbeschluss v. 19.7.2012 verstehen, und seine Sicht der Dinge scheint sich zu verbreiten: Weg von der so überaus heiklen Berufung auf die Religionsfreiheit, die jeden nachdenklichen Kopf sofort fragen lässt, wie man denn jemals das Recht haben könne, durch Verletzung der eigenen Kinder, etwa durch ihre Geißelung am Karfreitag, seine Religion auszuüben, und hin zu einer säkularen Begründung, welche die Geißelung selbstverständlich verboten sein lässt, die Beschneidung aber als einen unter dem Kindeswohlaspekt vertretbaren Akt dem Entscheidungsermessen der Eltern anheimgibt, ohne irgendwie nach den Motiven zu fragen oder, in Umkehrung des Entwurfs, *ohne* „Berücksichtigung des Zweckes“.

Zur Legitimierung des erwarteten Gesetzes haben wir in diesem Geiste *Wolfram Höfling* argumentieren gehört, nämlich in der Sitzung des Ethikrates am 23.8.2012. Und *Bijan Fateh-Moghadam* hat versucht, schon dem geltenden Recht einen Rechtfertigungsgrund abzugewinnen und ihn, ohne Rücksicht auf die Motivation, allein mit dem Elternrecht und dem Kindeswohl zu begründen. 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.“<sup>4</sup> Dass diese Entscheidung mit dem Kriteri-

<sup>3</sup> Unter: <http://www.youtube.com/watch?v=U5kaEEckXmU>.

Der Film zeigt auch die Beschneidung eines Jungen, dessen Eltern den Eingriff aus hygienischen Gründen vornehmen lassen, die Mutter zusätzlich aus ästhetischen („it looks nicer“). Sehr aufschlussreich ist dann, wie der unbeschneitene Vater auf die Frage reagiert, warum er den Eingriff nicht auch für sich wolle: Er habe kein Problem mit seiner Vorhaut.

<sup>4</sup> [http://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/religion\\_und\\_politik/aktuelles/2010/05\\_2010/ansichtssache\\_fateh-](http://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/religion_und_politik/aktuelles/2010/05_2010/ansichtssache_fateh-)

um 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.“<sup>5</sup> „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.“<sup>6</sup>

Aber die Begründung ist nicht stichhaltig. Einerseits: Die „hygienischen und präventiv-medizinischen Vorteile“ einer Beschneidung, die „kurativ-medizinisch“ unnötig ist, sind äußerst zweifelhaft,<sup>7</sup> und wären sie wirklich anzuerkennen, so könnte man sie doch allesamt auch ohne die dem Kind aufgezwungene Operation erreichen: durch sorgfältiges Waschen und später, in Fällen eines besonders riskanten Sexuallebens, durch Kondombenutzung oder äußerstenfalls durch eine Zirkumzision, die der Jugendliche oder junge Mann um seiner Gesundheit willen *eigenverantwortlich* begehrt.

Die Begründung des Regierungsentwurfs gibt der Stellungnahme der Amerikanischen Akademie der Kinderärzte von August 2012 Gewicht, wonach „die gesundheitlichen Vorteile beschnittener Neugeborener schwerer wögen als die Risiken“. Hier jedes (pekuniäre) Eigeninteresse auszuschließen, ist nicht realistisch, und der „Stellungnahme“ Gewicht zu geben, verbietet sich schon deshalb, weil sie fast nur mit der Aids-Prophylaxe argumentiert.<sup>8</sup> Dass dieser Gesundheitsaspekt für den deutschen Gesetzgeber kein Grund sein darf, die Abtrennung der Vorhaut bei kleinen Jungen zu erlauben, versteht sich von selbst. Die Äußerung der amerikanischen Kinderärzte steht auch ganz isoliert da. In aller Welt wenden sich die zuständigen Fachärzte *gegen* die Zirkumzision bei normaler Penisbeschaffenheit, und auch die deutschen Mediziner sehen die behaupteten „Vorteile“ nicht, von einem „Überwiegen“ gar nicht zu reden.

Hört man die religiös motivierten Beschneidungsbefürworter, dann scheint ohnehin der Wunsch, es möge diese Vorteile geben, der Vater der Behauptung zu sein. Wohl kaum ein Land beobachtet in Gesundheitsdingen sich selbst sorgfältiger als Deutschland. Hat die Beobachtung jemals die

behaupteten Vorteile bestätigt? Leiden in Deutschland Jungen und Männer, deren Zirkumzision medizinisch niemals indiziert war und die ihre Vorhaut zeitlebens behalten, häufig an Krankheiten, die den rituell Beschnittenen erspart bleiben? Davon hört man nie etwas; umso mehr von den Beschwerden und Leiden, die gerade jetzt viele beschnittene Männer öffentlich bekunden.

Andererseits: Die medizinisch nicht indizierte Abtrennung des Präputiums vom kindlichen Penis, obwohl oft absichtsvoll bagatellisiert, ist in Wahrheit ein schwerwiegender Eingriff: in vielen Fällen qualvoll und immer riskant, komplikationsträchtig, irreversibel und verbunden mit der Gefahr, das Opfer lebenslang zu belasten. Wissenschaftliche Forschung hat ergeben, dass die Entfernung der Vorhaut im Säuglings- oder Kindesalter als Trauma wirkt und zu erheblichen körperlichen, sexuellen oder psychischen Komplikationen und Leidenszuständen führen kann (nicht muss!), die den Beschnittenen noch als Erwachsenen belasten.<sup>9</sup> Allein die wissenschaftlich gesicherte Erkenntnis, dass das sensorische Gewebe des Penis zu fast 70% auf die Vorhaut entfällt, dass sie die eigentliche „erogene Zone“ des männlichen Geschlechtsorgans bildet, macht es geradezu absurd, ihre Vernichtung mit dem körperlichen Wohl des Kindes zu rechtfertigen.

An keiner Stelle der Begründung des Regierungsentwurfs wird der Charakter eines bestellten Gutachtens deutlicher als in dem eilig-kurzen Abschnitt, der „Medizinische Risiken und Folgen der Beschneidung“ betrifft (A. II. 4.). Unbezweifelbar liegen hier Gründe, die entschieden und mit größtem Gewicht *gegen* die Kindeswohldienlichkeit und *gegen* die Gestattung der medizinisch nicht indizierten Zirkumzision sprechen. Aber das Bestreben der Referenten ist, alle Gründe herunterzuspielen und möglichst allen mit dem Hinweis zu begegnen, dass sie empirisch nicht gesichert und wissenschaftlich bestritten seien. Kennzeichnend Anfang und Ende: „Die chirurgisch durchgeführte Zirkumzision gilt als ‚komplikationsarm‘ [...]. Zudem ist der Besorgnis einer Traumatisierung mit Hinweis darauf, dass weltweit rund 30 Prozent der Männer beschnitten sind, die ‚Evidenz normaler Lebenswege‘ entgegengehalten worden [...].“

Aber das *seelische* Wohl, hört man immer wieder, das wird durch eine Beschneidung jedenfalls dann befördert, wenn sie den Sinn hat, das Kind in die Religionsgemeinschaft seiner Eltern einzubinden, wenn sie das Kind gleichsam mit dem Stempel der Dazugehörigkeit versieht, der ihm Geborgenheit und die Wärme der Gemeinschaft verheißt. Eine Begründung des Dürfens, die zwar auf die rituelle Beschneidung beschränkt ist und mit der Religion zu tun hat, die sich aber nicht auf die Religionsfreiheit beruft, sondern allein auf das Recht und die Pflicht der Eltern, „die elterliche Sorge [...] zum Wohl des Kindes auszuüben“ (§ 1627 BGB). Es versteht sich, dass diese Erwägung ganz entsprechend auch die Entscheidung christlicher Eltern gutheißt, ihr Kind taufen zu lassen.

[moghadam.pdf](#) (zuletzt abgerufen am 10.10.2012), unter „Religiöse Rechtfertigung?“.

<sup>5</sup> Fateh-Moghadam, RW 2010, 115 (142).

<sup>6</sup> Siehe oben (Fn. 4), unter „Religiöse Rechtfertigung?“.

<sup>7</sup> <http://www.circumcision.org/studies.htm> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012) – Die Autoren des Regierungsentwurfs sind in ihrer zielstrebigen Begründung überaus deutlich bemüht, Argumente *für* die vorgeschlagene Beschneidungserlaubnis zu finden. Aber auch sie vermeiden es, „unterm Strich“ für ein deutsches Gesetz gesundheitliche Vorteile ins Feld zu führen (siehe unter A. II. 2. d).

<sup>8</sup> Wie weit in Sachen Beschneidung die Mentalität der Kinderärzte-Akademie von der unseren entfernt ist, zeigt sich auch darin, dass die Akademie vor Jahren empfohlen hat, die Mädchenbeschneidung in der Form des „ritual nick“ (a small cut to the clitoris) zuzulassen.

<sup>9</sup> So Matthias Franz, Professor und Arzt für psychosomatische Medizin an der Universität Düsseldorf, FAZ v. 9.7.2012, S. 7.

Was einen sofort stutzig machen muss, ist die indirekte, im Umkehrschluss erkennbare Behauptung, dass die vielen christlichen, jüdischen und muslimischen Eltern, die ihr Kind *nicht* taufen oder beschneiden lassen, weil es später selbst und eigenverantwortlich darüber entscheiden soll, dass diese Eltern sein Wohl zu fördern *versäumen* und ihm die Aussicht auf wärmende Geborgenheit *vorenthalten* – was man ihnen natürlich vorwerfen müsste. Aber das wäre ein Vorwurf, den die liberal denkenden Eltern mit Recht als eine Unverschämtheit zurückweisen würden. Und geradezu empören muss sie die Anklage, die *Dr. Johannes Friedrich*, Landesbischof a.D., Mitglied im Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland und Herausgeber des Magazins *chrismon*, gegen sie richtet: dass sie sich der „Versagung eines Lebensrituals“ schuldig machen, weil sie einem jüdischen Sohn „eine für seine religiöse Identität wichtige Tradition vorenthalten“. Er nehme an seiner „seelischen Unversehrtheit“ Schaden, „wenn er feststellen muss, dass sein Vater einer zentralen religiösen Pflicht nicht nachgekommen ist und ihn dadurch seiner religiösen Heimat beraubt“. <sup>10</sup> Gemeint ist, dass jüdische Eltern ihren Sohn seelisch verletzen (= misshandeln), wenn sie ihn körperlich unversehrt heranwachsen und ihn selbstverantwortlich über seine Vorhaut entscheiden lassen. *Friedrich* nennt es einen „Skandal“, wenn es Rechtspflicht wäre, durch Verschönerung des Kindes dessen körperliche Unversehrtheit und autonome Selbstbestimmung zu achten. Nein, ein Skandal ist das Urteil, das er über Eltern fällt, die ihrem Kind diese Achtung erweisen.

Ich hoffe, dass der *Autor* dies inzwischen, nach dem Studium der Leserkommentare, <sup>11</sup> selbst eingesehen hat. Die Kommentatoren sind ausnahmslos gegen die rituelle Kinderbeschneidung. Sie zeigen sich überaus befremdet von *Friedrichs* Skandalthese und abgestoßen vom Eifer der meisten Kirchenmänner, sich bei den Sprechern der Nachbarreligionen anzubiedern, statt sich im Geist der Nächstenliebe mit aller Kraft dafür einzusetzen, dass wehrlosen Kindern nicht der besonders erogene Teil ihres Geschlechtsorgans geraubt wird. Und man stellt in ethisch-menschlicher Hinsicht die Dinge auf den Kopf, wenn man so tut, als ob den jüdischen Eltern, die dem Gruppendruck widerstehen und sich schützend vor ihren Jungen stellen, später *Vorwürfe* des Beschützten drohen. *Friedrich* könnte diese Spekulation mit keinem einzigen Fall belegen. Es gibt Tausende bekennende Juden, die zeitlebens unbeschnitten bleiben, ohne sich doch ihrer „religiösen Heimat beraubt“ zu fühlen. Wohl aber gibt es viele junge Juden, die sich ihrer Vorhaut beraubt fühlen, sie manchmal zu restituieren suchen, sich organisieren und für die Abschaffung des Rituals kämpfen.

Aber ich lasse *Friedrichs* extreme Sicht beiseite und räume ein, dass die Einbindung in eine religiöse Gemeinschaft für das Kind normalerweise zwar nicht nur, aber jedenfalls *auch ihr Gutes* hat. Die Frage ist dann, ob denn die Eltern ihr Kind, um ihm das Gute zu verschaffen, wirklich ganz früh,

ohne sein verantwortliches Einverständnis abzuwarten, taufen oder beschneiden lassen müssen. Um dem Argument der Förderung des seelischen Kindeswohls Relevanz zu verschaffen, müssten die Religionsgemeinschaften sich erst einmal inhuman gegen Nichtgetaufte und Nichtbeschnittene verschließen und es darauf anlegen, den Eltern die Taufe oder den blutigen Schnitt abzunötigen. Hier sehe ich keine Gefahr. Getauft oder beschnitten zu sein ist wohl nirgends in Deutschland Voraussetzung für die wohlwollende Aufnahme und Integration in eine christliche oder jüdische oder muslimische Gemeinde, wenn die Eltern sie für ihr Kind wünschen. <sup>12</sup> Aber ich will auch den Ausnahmefall bedenken: Die Eltern wünschen, dass ihr Kind, solange es Kind ist und nicht selbst entscheiden kann, ungetauft oder unbeschnitten bleibt und dennoch ohne Vorbehalt und ohne Einschränkung in die religiöse Gemeinschaft aufgenommen wird. Der zuständige Geistliche indes besteht auf dem vorherigen Vollzug des Rituals der Taufe oder der Beschneidung. Wie sollen sich dann die Eltern, wenn sie das Wohl des Kindes wollen, verhalten? Wer das Herz auf dem rechten Fleck hat, weiß selbst die Antwort: Sie sollen auf dem Absatz kehrmachen und sich an einen anderen Geistlichen wenden. Denn unter dem Erstbefragten integriert und von seinem Geist geprägt zu werden, wäre für *jedes* Kind, auch für ein schon getauftes oder beschnittenes, von Übel.

III. Blicken wir noch einmal zurück auf den neuen § 1631d BGB, wie er im Regierungsentwurf zur Debatte gestellt wird! Ich bewerte ihn als eine Regelung, die *geltendem Recht widerspricht*, nämlich dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes (ÜRK), auch „UN-Kinderrechtskonvention“ genannt. Das bedarf der Begründung.

Die vorgesehene Beschneidungserlaubnis fügt sich ein in einen Komplex von Vorschriften, die im Einzelnen bestimmen, welche Rechte und Pflichten die Eltern haben – im Rahmen ihrer stets „zum Wohl des Kindes“ auszuübenden „Personensorge“. Mit dem Wohl des *Kindes* ist aber die schwere Verletzung, die ihm der Beschneider antut, gar nicht vereinbar. Die Argumente pro Kindeswohlförderung erweisen sich, wie dargelegt, bei genauerer Betrachtung als nicht stichhaltig. Wenn es in der Familie um jemandes Wohl geht, dann um das der Eltern, die mit der Beschneidung eine religiöse Pflicht zu erfüllen, eine Tradition zu pflegen und vielleicht auch einem Gruppendruck zu gehorchen bestrebt sind. Intuitiv erfassen das auch die Apologeten des Elternrechts auf Kinderbeschneidung, denn den Akzent legen sie immer auf das elterliche Recht, ihre Religion auszuüben, und nicht etwa auf die elterliche Pflicht, ihr Kind zu „pflegen“. Es ist ja schon auf den ersten Blick eine geradezu aberwitzige Annahme, man könne ein Kind dadurch pflegen und seinem Wohl dienen, dass man ihm den sensibelsten Teil seines Geschlechtsorgans, der für das Empfinden sexueller Lust besonders wichtig ist, abschneidet. Die vorgeschlagene Rechtfertigungsnorm fingiert

<sup>10</sup> *Friedrich*, *chrismon*, Das evangelische Magazin 9/2012, 10.

<sup>11</sup> <http://chrismon.evangelisch.de/blog/auf-ein-wort/beschneidung-eine-religioese-pflicht-15169> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>12</sup> Dies haben mir auch die Bekundungen des jüdischen sowohl wie des muslimischen Teilnehmers einer Diskussion bestätigt, die am 19.9.2012 der Deutschlandfunk („Länderzeit“) ausgestrahlt hat (die beiden Teilnehmer: *Leo Lattasch* und *Nourdin Akil*).

sozusagen die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl für einen Eingriff, ohne sich dazu zu bekennen, dass er eine schwerwiegende Körperverletzung und dem Kindeswohl in Wahrheit *abträglich* ist. In den langen Ausführungen der Autoren findet sich nirgendwo eine Begründung, weshalb im Normalfall der Beschneidung, den Abs. 1 S. 1 erfasst, die Abtrennung eines wichtigen, schützenden, hochsensitiven gesunden Körperteils von einem gesunden Körper das Kindeswohl *nicht* sofort beeinträchtigt und für die Zukunft gefährdet. Es wird dies nur *behauptet*, indem der Regelungstext die Kindeswohlgefährdung in Abs. 1 S. 2 als Ausnahme hinstellt.

Damit verschleiert der Gesetzentwurf, worum es eigentlich geht: Um eine tatbestandsmäßige Körperverletzung, die in Wahrheit nicht zum Wohl des Kindes erlaubt wird (wie z.B. eine Blinddarmoperation oder wohl auch noch das psychisch indizierte Anlegen der Ohren), sondern – unter Inkaufnahme seiner Minderung – zur Befriedigung der Interessen *anderer* Personen. Das Kind ist *Opfer* einer Körperverletzung, die deshalb erlaubt sein soll, weil wichtige Interessen außerhalb seiner Person sie gebieten. In den allermeisten Fällen ist es das Interesse der Eltern an der Erfüllung einer religiösen Pflicht. Das macht die Situation der Eltern mit einer Notstandslage vergleichbar. Sie stehen unter dem Druck von religiösem Gebot, Gruppenerwartung, Tradition und Konvention. Sich davon befreien können sie nur, indem sie nachgeben, d.h. ihr Kind durch die (erwartete und religiös gebotene) Beschneidung körperlich verletzen. Sachgerecht wäre es darum, die Erlaubnis, etwa als § 228a, in das Strafgesetzbuch einzurücken, wo ihr dann die unausgesprochene Wertung zugrunde läge, dass im Konflikt zwischen Eltern- und Kindesinteresse „das geschützte Interesse“ (der Eltern) „das beeinträchtigte“ (des Kindes) „wesentlich überwiegt“ (vgl. § 34 StGB).

Nun ist aber die Beschneidung als schwerwiegende Körperverletzung, deren Schädigungseffekt durch keinen Heilungserfolg oder anderen Gesundheitsgewinn kompensiert wird, für die Gesundheit des Kindes schädlich. Nach Art. 24 ÜRK haben die Vertragsstaaten Maßnahmen zu treffen, nämlich „alle wirksamen und geeigneten Maßnahmen, um überlieferte Bräuche, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind, abzuschaffen“. Mit Recht sagt *Holm Putzke*: „Die religiöse Beschneidung ist ein solcher Brauch“, und er weist den Einwand zurück, „dass allein die Genitalverstümmelung von Mädchen und Frauen gemeint sei“; diese Sicht werde „weder vom Wortsinn gestützt noch von der Entstehungsgeschichte des Textes“.<sup>13</sup> Der Gesetzgeber würde sich also mit dem neuen § 1631d BGB hinwegsetzen über die Pflicht des Ver-

tragsstaates Deutschland, den Beschneidungsbrauch „abzuschaffen“; im Gegenteil, der Brauch würde durch Legalisierung begünstigt. Man könnte hinweisen auf die Interessen, die für die Beibehaltung des Brauches und für die Beschneidung im konkreten Fall sprächen und die es gegen das Gesundheitsinteresse des Kindes abzuwägen gelte. Aber genau diesen Interessenkonflikt entscheidet ja Art. 24 ÜRK, und indem er dem Gesundheitsinteresse des Kindes den höheren Rang einräumt, wiederholt er für den speziellen Fall des schädlichen Brauches nur, was allgemein schon Art. 3 Abs. 1 sagt: „Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.“

Gar nicht beachtet haben die Autoren des Entwurfs einen zweiten Widerspruch. Ich meine den Wertungswiderspruch zwischen dem geplanten § 1631d BGB und dem schon geltenden § 1631b BGB. Das Einwilligungsrecht, das den Eltern eingeräumt werden soll, bedeutet für sie die Erlaubnis, auf die Begehung einer Körperverletzung (§ 223 StGB) zum Schaden des Kindes hinzuwirken, und für den Beschneider die Rechtfertigung bei der Erfüllung des Tatbestandes. Den Referenten war natürlich eines klar: Sie durften diese Gestattungen nicht an die Voraussetzung binden, dass die Beschneidung, obwohl ohne Heilungssinn, das Wohl des Kindes positiv fördert. Die vielen muslimischen und jüdischen Eltern, die ihrem Kind die Genitalverletzung ersparen und ihm die spätere eigene Entscheidung offenhalten, versäumen ja nicht etwa, ihm eine für sein Heil erforderliche Wohltat zu erweisen. Darum mussten sich die Referenten mit einer Annahme begnügen, die zwar auch falsch, aber nicht so offensichtlich falsch ist: Die medizinisch unnötige Beschneidung sei im Normalfall Kindeswohlneutral, nur ausnahmsweise gefährde sie das Kindeswohl. Die Eltern hätten also regelmäßig die Wahl zwischen zwei unter dem Kindeswohlaspekt gleichwertigen Entscheidungen; wie christliche Eltern, die sich fragen, ob sie ihrem Baby die Taufe auferlegen oder nicht lieber seine Religionsmündigkeit abwarten und dann den jugendlichen Sohn entscheiden lassen. So haben denn die Referenten der Rechtfertigung nur eine negative Grenze gezogen: Es genügt, dass die Beschneidung das Kindeswohl nicht gefährdet. Für das Kindeswohl erforderlich sein muss sie nicht.

Nun vergleiche man diese Regelung mit der des § 1631b BGB! Auch dort geht es um eine Maßnahme der Personensorge, die zum Nachteil des Kindes einen Straftatbestand erfüllt, nämlich den des § 239 Abs. 1 StGB. Das macht die Maßnahme besonders problematisch. Darum haben die Eltern keine freie Hand. Es genügt nicht, dass die Freiheitsentziehung das Kindeswohl nicht gefährdet. Nein, die Maßnahme bedarf erstens „der Genehmigung des Familiengerichts“ und sie muss zweitens positiv „zum Wohl des Kindes [...] erforderlich“, d.h. einer Operation vergleichbar sein, die dem Kind zwar Schmerzen bereitet, aber um seiner Gesundheit willen nützt. Für die Gestattung der zeitweiligen Freiheitsentziehung werden also weitaus strengere Voraussetzungen aufgestellt als für die einer Körperverletzung, die mit Schmerzen,

<sup>13</sup> *Putzke*, in: *Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebenzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, 2008, S. 669 (S. 704). Hinzu kommen die in den letzten Jahrzehnten gewonnenen empirischen Erkenntnisse über die Funktion der Vorhaut und die schwere Belastung, die ihre Abtrennung oft mit sich bringt. Die ersichtlich voreingenommene Argumentation des Regierungsentwurfs unter A. VII. 1. verschweigt diesen Gesichtspunkt und behauptet erwartungsgemäß die Vereinbarkeit des geplanten § 1631d BGB mit Art. 24 ÜRK.

Risiken und dem endgültigen Verlust eines wichtigen Körperteiles verbunden ist.

Dieser Wertungswiderspruch bekräftigt unseren Befund. Anders als bei der gesetzlichen Erlaubnis der Unterbringung geht es bei der für die Beschneidung geplanten nicht um das Interesse des Kindes, um den Schutz und die Förderung seines Wohls. Vielmehr handelt es sich um einen Konflikt von Interessen, den der Gesetzgeber zulasten des Kindes und zugunsten der Eltern entscheiden soll. Die Rechtfertigungsnorm, die diese Entscheidung trifft, sollte sich nicht tarnen als eine Bestimmung, die eine besondere Maßnahme der „Personensorge“ zur „Pflege“ und zum „Wohl des Kindes“ erlaubt. Sie gehört ins Strafgesetzbuch!

IV. Was es juristisch bedeutet, dass der geplante § 1631d BGB der UN-Kinderrechtskonvention widerspricht, will ich nicht ergründen. Ich betrachte vielmehr einen mit dem Regierungsentwurf konkurrierenden Gesetzesvorschlag. Auch er kollidiert mit dem ÜRK, bekennt sich aber deutlicher zum besagten Interessenkonflikt und damit zum Opferstatus des Kindes, indem er das „religiöse Selbstverständnis“ als die Triebfeder benennt, die die Eltern dahin bringt, in die Verletzung ihres Kindes einzuwilligen. *Hans Michael Heinig* schlägt vor, in das Gesetz über die religiöse Kindererziehung einen § 3a einzufügen: „Die elterliche Sorgeberechtigung in religiösen Angelegenheiten umfasst auch die Einwilligung in eine von medizinisch qualifiziertem Personal de lege artis durchgeführte Zirkumzision, wenn eine solche nach dem religiösen Selbstverständnis der Sorgeberechtigten zwingend geboten ist [...]“.<sup>14</sup> *Heinig* will also die Verletzungserlaubnis darauf beschränken, dass es sich erstens um eine Zirkumzision handelt und zweitens die Tat religiös motiviert ist. Aber das führt zu nichts Gutem. Zum einen verstieße die Beschränkung eklatant gegen das Gleichheitsgebot (Art. 3 GG), was die Autoren des amtlichen Entwurfs im Prinzip richtig erkannt haben. Wollen amerikanische Eltern in Deutschland ihr Baby beschneiden lassen, dann müsste es sie empören, dass ihnen ihre säkulare Familientradition zu pflegen verboten wäre, während das jüdische Elternpaar mit der Beschneidung seiner religiösen Überlieferung folgen dürfte. Und ein zweiter Vergleich: Eine auf ihre Art fortschrittliche jüdische oder muslimische Sekte hält auf Gleichberechtigung, indem sie den Mädchen das gleiche fromm-religiöse „Gottesgeschenk“ gewährt. Sie praktiziert eine maßvolle Beschneidung des weiblichen Genitales, die die sexuelle Sensibilität jedenfalls nicht stärker herabsetzt, als es die Zirkumzision tut. Mit welchem Recht würde man diese religiös geadelte Körperverletzung weiterhin verbieten, wenn die männliche Beschneidung erlaubt würde? Die Frage ist keineswegs eine rein theoretische. *Thomas von der Osten-Sacken* berichtet, es sei „bei den Schafi’iten ‚circumcision obligatory upon men and women‘“. Weiterhin führt er aus: Weil es den Schafi’iten „angeblich nur um die Entfernung der Spitze der Klitoris geht, die sie als eine Art Vorhaut der Frau betrachten, wehren sie sich [...], diesen Eingriff mit anderen [...] Formen von Genitalverstümmelung gleichzusetzen. Sie argumentieren vielmehr ganz ähnlich wie dieser Tage Beschneidungsbefürwor-

ter in Deutschland: Medizinisch habe ihre Form der Mädchenbeschneidung keine Folgen, dabei verweist man gerne auf entsprechende Gutachten und beginnt sogar ganz ausdrücklich, FGM [female genital mutilation] zu verurteilen“.<sup>15</sup> Im aktuellen Streit ist die Ablehnung jeder Form der weiblichen Beschneidung, auch der mildesten, eine höchst erfreuliche Gemeinsamkeit. Aber auch die weibliche Beschneidung kann Tradition und religiöses Gebot sein, und man kann sie so maßvoll vornehmen, dass sie das sexuelle Erleben nicht oder kaum beeinträchtigt. Intellektuelle Redlichkeit gebietet, dass man das deshalb aus dem Gleichheitssatz ableitbare Argument gelten lässt, in welche Richtung es auch ziele, sei es pro weibliche oder – wie bis jetzt ausschließlich – contra männliche Beschneidung. Zu beobachten ist aber, dass in der Diskussion die eine Seite jedes Mal mit aufgeregter Empörung reagiert, wenn die andere Seite zum Vergleich und zur Erwägung des Argumentes auffordert. Der Grund dieser Reaktion liegt auf der Hand: Das Argument ist zu stark, man darf ihm keinen Einlass gewähren. Deshalb haben sich auch alle Redner der Bundestagsfraktionen, die den Beschluss v. 19.7.2012 befürworten, beeilt, den Sachzusammenhang selbst mit den leichten Formen der Mädchenbeschneidung zu leugnen. Eine aussichtslose Strategie! Jeder Blick in die Leserkommentare zu einschlägigen Aufsätzen und Interviews im Internet zeigt, dass sich dem unbefangenen Betrachter die Parallelität geradezu aufdrängt. Man macht sich unglaubwürdig, ja lächerlich mit der Behauptung, das Anritzen der äußeren Schamlippen sei schlimmer als die Abtrennung der männlichen Vorhaut und mit dieser Operation sei das Anritzen „schlechterdings unvergleichbar“.

Zweitens würde das Kriterium des religiösen Selbstverständnisses seinen Zweck in vielen Fällen nicht erreichen. Eltern, die ihrem Kind unbedingt die Vorhaut abschneiden wollen, etwa wegen der Masturbation oder aus ästhetischen Gründen, könnten behaupten, dass auch sie als Christen sich der Bibel und dem göttlichen Beschneidungsbefehl verpflichtet sehen. Das als Lüge zu erkennen und den Beweis zu führen wäre kaum möglich.

Und vor allem drittens: Nirgends sonst verbindet sich das Recht der freien Religionsausübung (Art. 4 GG) mit einer Beschränkung fremder Rechte und eigener Pflichten. Das sagt ausdrücklich Art. 140 GG, indem er die Anordnungen des Art. 136 der Weimarer Reichsverfassung übernimmt. Diese kategorische Regelung, die im Streit um die Beschneidung viel zu wenig beachtet wird, hält auch jeder Vernunftprobe stand. So mag jemand seine Religion ausüben, indem er täglich in derselben Kirche zu später Stunde ein Abendgebet verrichtet. Findet er nun eines Tages die Kirche verschlossen,

<sup>14</sup> *Heinig*, FAZ v. 18.7.2012, S. 5.

<sup>15</sup> <http://jungle-world.com/jungleblog/1790/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012). „Eine Art Vorhaut“ geht nicht einmal weit genug. Die Anatomie unterscheidet, ganz parallel zum Penis, die „Klitorisvorhaut“, welche „die empfindliche Klitoris-Eichel“ schützt; <http://de.wikipedia.org/wiki/Klitoris> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012). Zwischen beidem bildet sich, wie beim Mann, das sog. Smegma, das mitunter gesundheitliche Probleme schafft – aber nur, wie beim Mann, bei mangelhafter Genitalhygiene!

so kann er, rechtlich gesehen, wohl kaum die Freiheit haben, sich auf verbotenen Wege Zutritt zu verschaffen. Er hat den Hausfrieden zu achten, andernfalls macht er sich strafbar. Wer beim muslimischen Opferfest im Hinterhof einen Hammel schlachtet, darf von Rechtsvorschriften, gegen die mit der gleichen Tat ein christlicher Schlachter verstieße (vgl. etwa §§ 4 Abs. 1 S. 3; 4a Abs. 2 Nr. 2 Tierschutzgesetz), nicht entbunden sein. Die fromme Dame, deren Hilfeleistung bei einem Unglücksfall unentbehrlich ist, kann schwerlich von ihrer Pflicht deshalb befreit sein, weil sie ihren Rosenkranz weiterbetet oder demonstrativ das Gebot der Sabbataruhe weiter einhält. Und selbst vor etwas so Banalem wie dem Eigentum an einer Kerze muss die Religionsausübung innehalten. So inbrünstig diese auch sei, wenn für die Votivkerze 50,- Cent zu entrichten sind, dann darf der Betende sie nicht ohne Bezahlung anzünden, und kann er sie nicht bezahlen, dann muss er seine Religionsausübung eben aufs Beten beschränken. Das Anzünden wäre, obwohl Religionsausübung, eine rechtswidrige Beeinträchtigung fremden Eigentums (§ 1004 BGB).

Frei sein und „ungestört“ bleiben kann die „Religionsausübung“ (Art. 4 Abs. 2 GG) also nur in den Grenzen, die das staatliche Recht ihr zieht. Darum geht es hier auch gar nicht um eine „Abwägung“, die es natürlich einer oberflächlichen Betrachtung leicht macht, nach dem persönlichen Wertempfinden bei allen möglichen Interessenkonflikten das religiöse Interesse obsiegen zu lassen. So ja das Argumentationsmuster der Beschneidungsverteidiger. Keineswegs wollen sie dem Kind die Grundrechte bestreiten. Aber sie halten die Freiheit der die Tradition pflegenden und „Identität stiftenden“ Religionsausübung für so wertvoll und gewichtig, dass dahinter die dem widerstrebenden Grundrechte des Kindes zurückstehen müssen; d.h. seine Rechte, körperlich unversehrt zu bleiben und sich in seinem Sexualleben wahlfrei zu entfalten. Aber man muss genauer hinsehen: In Wahrheit entsteht gar kein Widerstreit und keine Notwendigkeit abzuwägen. Vollkommen zu Recht wendet sich darum *Bockemühl* gegen die übliche Sicht: „In der Beschneidungsdiskussion wird ein Konflikt zwischen zwei Grundrechten thematisiert: dem Recht auf körperliche Unversehrtheit und dem Recht auf freie Religionsausübung. Doch dieser Konflikt ist in der Verfassung bereits entschieden. Laut Grundgesetz werden bürgerliche und staatsbürgerliche Rechte durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt. D.h.: Das Recht auf körperliche Unversehrtheit hat unbedingten und uneingeschränkten Vorrang vor dem Recht auf freie Religionsausübung.“<sup>16</sup> Und nicht nur das Recht auf körperliche Unversehrtheit hat diesen Vorrang. Das Grundgesetz bestimmt, dass uns die Ausübung unserer Religion überhaupt keinen Eingriff in fremde Rechte gestattet, etwa in das Hausrecht, das Eigentum, die Ehre, und dass sie uns von keiner Rechtspflicht entbindet, etwa der Pflicht, strafrechtliche Verbote und Gebote oder die Straßenverkehrsregeln zu befolgen. Selbstverständlich sind die Grenzen zugunsten der Religionsausübung *verschiebbar*. Aber wenn sie gegen die Regel stattfindet, ist sie nur dann berechtigt, wenn vorher die Grenzen durch eine rechtsgültige Anordnung tatsächlich verschoben worden sind, z.B. durch einen Verwaltungsakt, der den Fahrzeugverkehr sperrt und den Teilnehmern einer Fronleichnamsprozession erlaubt, die Fahrbahn in voller Breite zu nutzen.

Die Rechtslage so genau zu prüfen und dabei auch noch die Art. 140 des Grundgesetzes und 136 der Weimarer Reichsverfassung zu beachten ist *Bielefeldts* Sache nicht. Für seine Beweisführungszwecke genügen ihm freie, von rechtlichen Vorgaben unbelastete Wertungen wie diese: Die Religionsfreiheit gibt „keinen Freibrief für die Aushebelung anderer Menschenrechte oder sonstiger wichtiger Rechtsgüter. Konkrete Beschränkungen der Religionsfreiheit [...] müssen aber mit Sorgfalt und unter strikter Beachtung dafür vorgegebener Kriterien erfolgen. Ein strafrechtlich bewehrtes generelles Verbot der Knabenbeschneidung wäre jedenfalls ein zu drastischer Eingriff“.<sup>17</sup> Auf diesem Argumentationsniveau erlaube ich mir die Umkehrung: Das Recht auf körperliche Unversehrtheit garantiert nicht die Verschonung von allen Beeinträchtigungen, die um fremder Rechte willen unumgänglich sind. Konkrete Beschränkungen des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG müssen aber mit Sorgfalt und unter strikter Beachtung dafür vorgegebener Kriterien erfolgen. Die rechtliche Gestattung der rituellen Knabenbeschneidung wäre jedenfalls ein zu drastischer Eingriff.

V. „Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung nicht überzeugt“, wollten in dieser Zeitschrift *Werner Beulke* und *Annika Dießner* herausfinden.<sup>18</sup> Schlüsselvorschrift ist für sie Art. 4 Abs. 2 GG, aber bezogen auf das Kind als das Subjekt des Grundrechts. *Autor* und *Autorin* sehen die Sache so, dass z.B. beim Getauftwerden das Kind selbst „Religion ausübt“ und die Entscheidung der

manente Grenze“ ziehe (*ders.*, in: Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Vor §§ 32 ff. Rn. 143). Auch unabhängig von Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 WRV verbietet also das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit den Eltern, unter dem Gesichtspunkt der eigenen „Religionsausübung“ oder der religiösen „Pflege und Erziehung der Kinder“ ihren Jungen zu beschneiden. Mit rechtstheoretischen Überlegungen kommt *Reinhard Merkel* jetzt zum selben Ergebnis: „Kein Freiheitsrecht, welchen Gewichts immer, gestattet, unter welchen Bedingungen immer, das direkte Eindringen in den Körper eines anderen, und wäre der Eingriff noch so bagatelhaft“ (*ders.*, Süddeutsche Zeitung v. 25./26.8.2012, S. 12 [Hervorhebung im Original]).

<sup>16</sup> *Bockemühl*, Der Spiegel v. 6.8.2012, S. 6. Anders natürlich, wenn man Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 WRV beiseite lässt oder diesen Vorschriften die strikte Grenzziehung, die der Wortlaut ergibt, nicht entnehmen zu dürfen glaubt (vgl. BVerfGE 33, 23 [30 f.]; 93, 1 [21]). Dann bedarf es einer „systematischen Abstimmung der Art. 2 Abs. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG“. *Schlehofer* hat durch Aufdeckung drohender Normwidersprüche stringent nachgewiesen, dass die erstgenannte Bestimmung „den Grundrechten der Eltern aus Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eine verfassungsim-

<sup>17</sup> *Bielefeldt*, Blätter für deutsche unter internationale Politik, 2012, 63 (71).

<sup>18</sup> *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 338.

Eltern als die des Kindes selbst anzusehen ist. Die Eltern, so könnte man sagen, entscheiden in Religionsangelegenheiten nicht *über*, sondern *für* das Kind. Diese Betrachtungsweise richtet zunächst noch keinen Schaden an, denn *Beulke* und *Dießner* betonen anfangs als Richtschnur das „mutmaßliche Interesse“ des Kindes. Eine *für* das Kind und somit fiktiv *vom* Kind getroffene Entscheidung darüber, wie es seine Religion ausübt, ist nur dann rechters, wenn sie die Interessen des Kindes zumindest nicht verletzt. Das läuft auf dasselbe hinaus wie die übliche Betrachtung, dass die Eltern, wenn sie sich etwa für oder gegen die Taufe des Kindes entscheiden, ihr *eigenes* Recht nach Art. 4 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ausüben. Sie haben sich dabei am „Wohl des Kindes“ zu orientieren, doch ist dieses bei der Frage nach der ersten Einbindung des Kindes in eine Religionsgemeinschaft nicht positiv feststellbar; ob sich die Eltern für die Bindung oder dagegen entscheiden, ob sie es z.B. als Säugling taufen lassen oder ihm die volle Freiheit einer späteren eigenen Wahl bewahren, das sind unter dem Kindeswohlaspekt gleichwertige Entscheidungen, und das sind sie genauso, wenn man nach dem „mutmaßlichen Interesse“ des Kindes fragt. Der Sinn „von Religionsfreiheit und Elternrecht“, sagt *Heinig*, „ist es ja gerade, die Koexistenz der unterschiedlichen Weltanschauungen in unserer Gesellschaft zu ermöglichen. Der Gläubige hält es für erforderlich, seine Kinder im Glauben zu erziehen – der Atheist hingegen hält es für einen schweren Fehler [...]. Die Lösung liberaler Verfassungen ist, diese Frage den Eltern zu überlassen, weil der Staat es nicht besser weiß“.<sup>19</sup>

Auf dieser Grundlage verblüffen nun *Beulke* und *Dießner* den Leser mit der Weichenstellung, dass die Eltern ihre Kinder der Religionsgemeinschaft ihres Bekenntnisses geradezu ausliefern dürfen. Denn im Falle der religiösen Einbindung des Kindes soll dessen „mutmaßliches Interesse“ darin bestehen, sich dem jeweils anstehenden Ritual, wie immer es aussehe, zu unterwerfen. „Was als im religiösen Sinne ‚anstehend‘ anzusehen ist, ist der jeweiligen Religion vorbehalten“. Die kühne These wird auch begründet: „Würde der Gesetzgeber insoweit Vorschriften erlassen, würde er das Gebot religiöser Neutralität verletzen und sich zum Religionsgelehrten aufschwingen“. Als Schreckensbild, „was einen dann erwarten würde“, dienen *Beulke* und *Dießner* „die Äußerungen *Herzbergs* [...], der sich zu Überlegungen verleiten lässt, auf welche Weise das Judentum bzw. der Islam die aus seiner Sicht gebotene Wartezeit bis zur selbstbestimmten (Verweigerung der) Beschneidung überbrücken könnte“<sup>20</sup>. So geht es nicht, meinen meine Kritiker und ziehen es vor, die *richtigen* „Religionsgelehrten“ und Glaubensprediger über Recht und Unrecht entscheiden zu lassen. Diese sagen uns, welche rituellen Verletzungen des Kindes „anstehen“ und deshalb auch in seinem „mutmaßlichen Interesse“ liegen. Das könnte z.B. die besonders schmerzhafteste Beschneidung sein, weil ja auch Abraham sie ohne Betäubung hat aushalten müssen. So löst sich selbst der handgreiflichste Interessenkonflikt – z.B. der zwischen den entschlossenen Eltern und ihrem verzweifelt sich sträubenden und um Gnade flehenden Fünfjährigen – in

Wohlgefallen auf: „Erklären die Eltern anstelle ihres Knaben die Zustimmung zur religiös motivierten Zirkumzision, dann realisieren sie dessen Recht auf Religionsausübung und verzichten in diesem Punkt wirksam für das Kind auf das Recht auf körperliche Unversehrtheit“.<sup>21</sup>

Mir scheint offensichtlich, dass *Beulke* und *Dießner* beim Bestreben, die traditionelle Beschneidung schon de lege lata als erlaubt zu erweisen, auf einen Irrweg geraten sind. Der weltliche Gesetzgeber, so sehen sie es, hat sich „religiöser Neutralität“ zu befleißigen und es der jeweils vom Kind, vertreten durch die Eltern, gewählten Religion zu überlassen, welches Eintrittsopfer das Kind erbringen muss. Leiten die Glaubenslehrer aus Genesis 17, 10-12, die religiöse Pflicht her, sich die Penisvorhaut abschneiden zu lassen und Gott zu opfern, dann spielt das weltliche Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit keine Rolle; das Kind hat wirksam verzichtet, abzuwägen gibt es nichts. Bekennt sich ein Mädchen, von den Eltern vertreten, zur schafi‘itischen Lehre und lautet diese, auch Mädchen müssten ein Opfer bringen und sich in etwa gleichem Maße genitalverstümmeln lassen, dann ist eben diese Körperverletzung gerechtfertigt. Oder wenn die Eltern gehorsame Mitglieder einer Gemeinschaft sind, die nach einem unreligiösen Motiv ihrem Gott die Männlichkeit des Erstgeborenen zu opfern auffordert.<sup>22</sup> Kein Staatsanwalt könnte die Täter verfolgen, sie wären bei aller Schrecklichkeit der Verletzung kraft der Religionsfreiheit – des Verletzten! – und verfassungskonformer Auslegung der „guten Sitten“ (§ 228 StGB) im Recht, und auch der Gesetzgeber müsste den barbarischen Unfug dulden, weil für ihn „das Gebot religiöser Neutralität“ gilt und er sich nicht „zum Religionsgelehrten aufschwingen“ darf.

Das sollen wir auch in Ansehung des § 1631 Abs. 2 BGB beachten: „Was Gewalt i.S. der Norm bedeutet, bedarf ja gerade der – verfassungskonformen – Auslegung“<sup>23</sup>. Also entscheidet über das Recht der Eltern, den Sohn mit der Rute zu züchtigen, die Frage, ob Täter und Opfer ihre Religion ausüben. Das wird wohl immer dann der Fall sein, wenn die gläubigen Eltern sich von ihrer geistlichen Obrigkeit haben belehren lassen, beim Erziehen seines Sohnes müsse man sich nach den Sprüchen Salomos richten (vgl. dort 13, 24; 22, 15; 23, 13, 14; 29, 17). Der in diesem frommen Geist prügelnde Vater, so sieht es das Autorenduo, übt keine „Gewalt“

<sup>21</sup> *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 338 (345).

<sup>22</sup> So verstanden wurde von manchen Exodus 22, 28 („Deinen ersten Sohn sollst Du mir geben“), eine Deutung, die an altägyptische Vorstellungen anknüpft. In „Joseph und seine Brüder“ lässt *Thomas Mann* die Ehegeschwister Huij und Tuij erzählen, wie sie ihren Sohn Potiphar, Josephs ersten Herrn in Ägypten, als Säugling kastrierten: „Unseren Hor, den wir gezeugt als Usir- und Eset-Geschwister im finsternen Grunde, ihn wollten wir entziehen dem dunklen Bereich und ihn dem Reineren weihen. Das war die Abschlagszahlung [...], auf die wir uns einigten. Und fragten nach seiner Meinung nicht, sondern taten mit ihm, wie wir taten [...]“ (Joseph in Ägypten, Viertes Hauptstück: Der Höchste, Abschnitt Huij und Tuij).

<sup>23</sup> *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 338 (345).

<sup>19</sup> *Heinig*, FAZ v. 30.7.2012, S. 5.

<sup>20</sup> *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 338 (344 f.).

i.S.d. § 1631 Abs. 2 BGB! Und wird etwa der Fünfjährige i.S.v. Art. 136 Abs. 4 WRV „gezwungen“, wenn er mit aller Kraft widerstrebt und die frommen Beschneidungstäter ihn brutal niederdrücken und festhalten? Nein, sagen *Beulke* und *Dießner* und sehen, weil sie ja das verfassungsrechtliche Verbot der Anwendung von Zwang verfassungskonform auslegen, *Herzbergs* These „entkräftet“, dass in solchem Fall das Kind zur Teilnahme an einer religiösen Übung „gezwungen“ werde. Da wird ein schreiender Junge, der weg will, mit eisernem Griff festgehalten, auf den Tisch gedrückt und gezwungen, sich beschneiden zu lassen – aber i.S.v. Art. 136 Abs. 4 WRV wird er dazu *nicht* gezwungen, weil er selbst sich ja in seiner Religionsfreiheit entschieden hat, beschnitten zu werden. Man fragt sich, ob das wirklich ernst gemeint ist.

Auch ein dem Rechtsgutrange nach geringeres Verbot als das der Körperverletzung hebt die *Beulke/Dießnersche* Lehre zugunsten der Religionsfreiheit aus. Angenommen, der schlaue Führer einer christlichen Sekte bindet die Aufnahme und die damit verbundene besondere Gottesgnade daran, dass die betreffende Person aus eigenem Vermögen dem lieben Gott, sprich der Gemeinde, ein angemessenes Opfer bringt. Die sich dazu bekennenden Eltern haben einen Sohn, der das schon als Säugling erreichen kann, weil er geerbt hat. Er übt nun seine Religion aus, indem er, natürlich von seinen Eltern vertreten, kräftig zahlt. Das Verbot des § 1641 S. 1 BGB, das ihn an sich vor solchem Verlust schützen soll, bleibt ohne Auswirkung, weil die Hingabe des Geldes sich ja als Religionsausübung des Kindes darstellt. Wie die Vorhaut, kann natürlich auch Geld das religiöse Opfer sein, und so wenig wie die Abtrennung der Vorhaut wäre die Abtrennung eines Vermögensteiles für irgendwen ein Unrecht.

Mir erscheint das alles abwegig. Es kann nicht richtig sein, dass Eltern ihrem Kind durch eine die Religion betreffende Entscheidung Schaden zufügen dürfen, bloß weil man den Akt auch als Religionsausübung des Kindes selbst interpretieren kann.

Zu widersprechen ist aber auch *Heinig*, der die oben zitierten Ausführungen mit dem Satz beschließt: „Nur wo ein schwerer irreparabler Schaden zugefügt wird, greift der Staat ein“. Ich lasse beiseite, dass die rituelle Beschneidung dem Kind genau dies, einen „schweren irreparablen Schaden“, zufügt: Es ist grundsätzlicher zu fragen, ob das Elternrecht *überhaupt jemals* eine Körperverletzung, die nicht der Gesundheit dient, legitimiert. Nein! Der Staat setzt sein Verbot, auch bei religiöser oder erzieherischer Begründung der Tat, *jeder* Zufügung eines Körperschadens entgegen; ob er „schwer“ und „irreparabel“ ist, spielt keine Rolle. Z.B. die maßvolle Geißelung der eigenen Kinder am Karfreitag, die bizarrer Weise eine christliche Sekte von ihren Gläubigen einfordert. Mit *Heinig* darin *keine* rechtswidrige Körperverletzung zu sehen, bedeutet ein Verständnis des Grundgesetzes, das dem § 1631 Abs. 2 BGB widerspricht. Will *Heinig* am Ende die Vorschrift verfassungswidrig nennen, weil so viel Schutz des Kindes vor Gewalt mit der elterlichen Erziehungs- und Religionsfreiheit sowie der Religionsfreiheit des Kindes (*Beulke/Dießner!*) unvereinbar ist?

Diese Überlegungen setze ich auch *Höfling* und seiner Argumentation in der Sitzung des Ethikrates am 23.8.2012

entgegen. *Höfling* schafft sich Kriterien, die nicht alle Körperverletzungen, aber die üblichen rituellen Beschneidungen vom Entscheidungsrecht der Eltern gedeckt sein lassen, wenn nur bestimmte Grenzen eingehalten werden. Er übersieht, dass das Recht des Kindes auf *körperliche* Unversehrtheit, anders als etwa sein Recht auf Freiheit (Hausarrest!), der elterlichen Bestimmungsmacht eine *besondere* Schranke setzt und dass insbesondere die medizinisch unnötige Jungenbeschneidung unvereinbar ist mit der Pflicht, „die elterliche Sorge [...] zum Wohl des Kindes auszuüben“; was freilich der aktuelle Entwurf stillschweigend verleugnet, indem er die Rechtfertigungsregel statt im StGB als § 1631d BGB einzuordnen empfiehlt (s.o. III.).

VI. Es bleibt also bei der unter IV. gewonnenen Einsicht: Dass Eltern Religion ausüben, sei es für sich selbst oder für das Kind als dessen Vertreter, erlaubt ihnen auch nicht den kleinsten Eingriff in die Rechte einer anderen Person, auch nicht in Rechte des eigenen Kindes wie seine körperliche Unversehrtheit oder sein Vermögen. Das ergibt unsere Verfassung. Darum müsste im anstehenden Fall der Gesetzgeber *das Grundgesetz ändern*, wenn entgegen Art. 140 GG, Art. 136 Abs. 1 WRV ein spezieller Akt der Religionsausübung, die rituelle Beschneidung, die Rechte des zu beschneidenden Kindes und die (Unterlassungs-)Pflichten der die Beschneidung ausführenden beschränken soll. Eltern sollen in die staatsbürgerlichen Grundrechte männlicher Kinder auf körperliche Unversehrtheit und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (in sexueller Hinsicht) insoweit eingreifen dürfen oder eingreifen lassen dürfen, wie es zur Durchführung einer rituellen Beschneidung nötig ist. Nur wenn nach der Entscheidung des Gesetzgebers – wie der Regierungsentwurf es anregt – die Beschneidung auch einen anderen Grund als den religiösen haben kann, entfällt das *spezielle* grundgesetzliche Problem, um dann aber sogleich *andere* verfassungsrechtliche Probleme aufzuwerfen, die genauso schwer wiegen. Ist z.B. eine Beschneidung, die die Eltern allein deshalb verlangen, weil in ihren Familien so üblich, vereinbar mit den Grundrechten des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und (sexuelle) Selbstbestimmung?

Für Grundgesetzänderungen bedarf es nach Art. 79 GG einer Zweidrittelmehrheit im Bundestag. Ist sie wirklich erreichbar, wenn die Abgeordneten bedenken, was alles erlaubt werden muss, damit nach Auffassung der Wortführer für ihre Religionsgemeinschaft „ein Leben in Deutschland weiterhin möglich ist“? Für unmöglich erklärt haben sie es schon, wenn ihnen zugemutet würde, dass blutige Ritual beim Kind ins Symbolische zu sublimieren und mit der Anregung einer wirklichen Zirkumzision zu warten, bis der religionsmündige Jugendliche eigenverantwortlich selbst entscheiden kann. Aber mir scheint unbestreitbar, dass der Staat eine religiös motivierte Missachtung des kindlichen Grundrechtes auf körperliche Unversehrtheit nicht zulassen kann, ohne den ethischen Gehalt seiner Verfassung zu vermindern. Würden deshalb die Sprecher der Gemeinschaften nicht vielleicht doch wenigstens für Deutschland eine Art Vetorecht des Kindes akzeptieren? Würden sie eine Regelung gutheißen, die es dann beim (strafrechtlichen) Verbot belässt, wenn das Kind durch Worte, Gesten, Tränen, körperlichen Widerstand zu erkennen gibt,

dass es nicht beschnitten werden will? Der Regierungsentwurf schlägt diese Regelung nicht vor. Er sieht die Eltern nach § 1626 Abs. 2 S. 2 BGB nur „gehalten, sich mit dem entgegenstehenden Kindeswillen auseinanderzusetzen“. Was den eigenen Regelungstext betrifft, so könne „im Einzelfall“ der Gegenwille des Kindes nach Absatz 1 Satz 2 „Berücksichtigung finden“ (S. 24). Das lässt alles offen und stellt es den Eltern im Prinzip frei, sich über den Gegenwillen hinwegzusetzen

Anders *Bijan Fateh-Moghadam*. Schon nach geltendem Recht müsse „der erkennbar entgegenstehende Wille Minderjähriger auch dann respektiert werden, wenn diese noch nicht selbst einwilligungsfähig sind“.<sup>24</sup> Er hätte dies für den Normalfall der religiös-rituellen Beschneidung mit einer Norm unserer Verfassung belegen können, denn im vierten Absatz des grundgesetzlich weitergeltenden Art. 136 WRV heißt es: „Niemand darf [...] zur Teilnahme an religiösen Übungen [...] gezwungen werden.“<sup>25</sup> Die Wortführer der betroffenen Religionsgemeinschaften betonen ständig und stützen gerade darauf ihr grundgesetzliches Argument, dass es sich bei der Beschneidung um Religionsausübung und um ein religiöses Ritual handelt. Das zu beschneidende Kind nimmt also, mehr oder weniger bewusst, an einer religiösen Übung teil, genau wie das ein Mensch tut, der getauft wird oder sich taufen lässt.

Im Sinne des Artikels zur Teilnahme verbotenerweise „gezwungen“ wird ein Kind nun gewiss nicht, wenn man den religiösen Akt an ihm als Säugling so vollzieht, dass er keine oder so gut wie keine körperliche Reaktion auslöst. Zur Teilnahme an seiner Taufe, wenn sie sich in Gebeten, Gelöbnissen und ein wenig Wassergießen erschöpft, wird der Täufling nicht „gezwungen“ – obwohl es an seinem Willen, das Sakrament zu empfangen, natürlich fehlt. Anders muss man es aber bei der *Beschneidung* eines Babys sehen, vor allem wenn sie nach jüdischem Ritus ohne Betäubung vollzogen wird. Man muss die Operation nur einmal miterleben oder im Dokumentarfilm beobachten: Das Kind bäumt sich auf wie ein gequältes Tier, seine Bewegungen müssen unterdrückt werden (Näheres s.u.). Es fehlt nicht nur, wie beim Täufling, am Willen des Aktes, nein, das Kind zeigt den Willen, dass er unterbleibe, dass man ihm solche Schmerzen nicht antue. Hier kann es für den Interpreten keinen Zweifel geben: Der Säugling wird im Sinne des Artikels „gezwungen“.

<sup>24</sup> [http://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/religion\\_und\\_politik/aktuelles/2010/05\\_2010/ansichtssache\\_fateh-moghadam.pdf](http://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/religion_und_politik/aktuelles/2010/05_2010/ansichtssache_fateh-moghadam.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.10.2012). Dasselbe fordert jetzt der Ethikrat:

<http://www.ethikrat.org/presse/pressemitteilungen/2012/pressemitteilung-09-2012/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>25</sup> Die WHO, auf deren eng begrenzte Zirkumzisionsempfehlung sich die Beschneidungsbefürworter ständig, die Empfehlung verfälschend, berufen, sagt gleichfalls, dass auch gesundheitsdienliche Beschneidungen nur *ohne Zwang* („absence of coercion“) ausgeführt werden sollen;

<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2007/pr10/en/index.html> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

Ebenso zweifellos Zwang erleiden kann aber auch ein Junge, der seine Beschneidung nach muslimischen Brauch mit vier oder sechs oder acht Jahren bewusst erlebt. Und das lässt mich vermuten, dass die muslimischen Beschneidungsbefürworter mit einer Legitimierung des Aktes erst dann zufrieden sind, wenn diese auch das verfassungsrechtliche Verbot der Zwangsanwendung (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 4 WRV) beseitigt. Selbst wenn man dem Art. 136 Abs. 4 WRV nur das Verbot der Drohung und der körperlichen Gewalt entnimmt, würde die muslimische Praxis in vielen Fällen dagegen verstoßen. Will das Gesetz sein politisches Ziel erreichen, dann muss es wohl oder übel sogar die erzwungene und gewaltsame Beschneidung gestatten und das Verbot des Art. 136 Abs. 4 WRV ausdrücklich preisgeben.<sup>26</sup> So verstehe ich auch den Gesetzesvorschlag, den *Heinig* macht. Der Gegenwille des Kindes, der beim Säugling, wenngleich „nur“ als ein gleichsam animalischer, immer gegeben ist und mit Zwang überwunden werden muss, spielt für *Heinig* wohl keine Rolle, denn er sieht anscheinend in der jüdischen Säuglingsbeschneidung kein Problem. Aber auch der bewusste Protest des älteren Kindes, den *Fateh-Moghadam* wohl allein im Auge hat und als befugniseinschränkend anerkennt, wird in *Heinigs* Vorschlag nicht als Erlaubnissperre berücksichtigt. Nach *Heinigs* Sicht gebietet es die *lex artis* geradezu, gegen das sich wehrende Kind unterdrückende (fixierende) Gewalt anzuwenden, damit die blutige Amputation keinen „unnötigen“ Körperschaden anrichtet. Und auch der berufene Gesetzgeber wird vielleicht nicht anders können, als sich der Forderung nach Gestattung von Drohung und brutaler Gewalt zu beugen – wenngleich diese Forderung nicht offen erhoben wird, sondern sich versteckt im Verlangen nach Respekt und Ehrfurcht vor überliefertem religiösem Brauchtum. Ich bekenne, dass mich im Hinblick auf das kommende Sondergesetz ein gelindes Grauen anwandelt, zumal die ersten Gesetzesvorschläge es bereits versäumt haben, die Beschneidung, wenn nur gewaltsam oder mit Drohungen durchführbar, strikt zu untersagen.

VII. Die Verteidiger der dem Kind aufgezwungenen Beschneidung argumentieren mit der normativen Kraft des Faktischen: weltweite Verbreitung, Jahrtausende alte Tradition. *Heinig* findet „die Debatte in Deutschland [...] ein wenig eurozentrisch“ und bringt vor: „Fast ein Drittel der Weltbevölkerung“ (gemeint ist wohl nur die männliche) „ist beschnitten – und das geht quer durch die Kulturen. In Südkorea ist die Hälfte der Männer beschnitten, in den arabischen Ländern achtzig Prozent, in den Vereinigten Staaten mehr als die Hälfte.“<sup>27</sup> Ohne die allgemeine Rückläufigkeit und die weltweiten Gegenbewegungen zu erwähnen, gibt in jeder dem Thema gewidmeten Fernsehtalkshow die eine Seite solche statistischen Hinweise. Was sie damit den Zuschauern sugge-

<sup>26</sup> Der Regelungstext des aktuellen Entwurfs weicht der Entscheidung aus. An die u.U. bestehende Notwendigkeit, das Grundgesetz zu ändern, scheinen die Verfasser gar nicht gedacht zu haben. Und die Beschneidung klipp und klar zu verpönnen, wenn das Kind sie ablehnt, hat man sich nicht entschließen können (s.o. Fn. 24).

<sup>27</sup> *Heinig*, FAZ v. 30.7.2012, S. 5.

riert, ist der berühmte „naturalistische Fehlschluss“ vom Sein aufs Sollen und Dürfen: Wenn doch so oft beschnitten wird, dann soll man es auch tun und die Eltern sollen es auch dürfen. Aber so zu argumentieren ist genauso unsinnig, wie aus dem Umstand siebzigprozentiger Nichtbeschneidung abzuleiten, religiöse Beschneidung solle nicht stattfinden und verboten bleiben oder verboten werden. Die Frage des Sollens und Dürfens ist keine Frage der Statistik, sondern eine der Ethik und des Rechtes.

Was für die gegenwärtige Verbreitung gilt, das gilt genauso für die zeitliche Dauer. Sie bildet – für sich genommen, siehe aber unten IX. und X. – kein Argument. Die Frage, ob einem Kind mit der ihm aufgezwungenen (oder auch äußerlich, seinen fremdbestimmten Worten nach, von ihm gewollten) Entfernung des Präputiums ein Unrecht geschieht, ist nicht mit dem Hinweis zu beantworten, dass man sehr viele Kinder beschneidet, und das schon seit Jahrhunderten und Jahrtausenden. Es ist geradezu abwegig, vom historischen Faktum auf eine moralische Gebotenheit („zum Wohl des Kindes“) zu schließen, wie das z.B. *Swatek-Evenstein* tut: „Die Entscheidung der Eltern für eine Beschneidung des Sohnes sollte daher dann als im Kindeswohl stehend angesehen werden, wenn es sich dabei um die bewusste Entscheidung für die Fortführung einer [...] jahrtausendealten Tradition handelt“.<sup>28</sup> Eher ist das Gegenteil richtig. Der Blick über die Jahrtausende zurück führt uns in eine Zeit, wo man Götter durch Tötungen zu besänftigen oder zu erfreuen hoffte, wo Kinder das Eigentum des Vaters waren, wo dieser ihnen antun durfte, was er wollte, oder antun musste, was er als göttlichen Befehl zu vernehmen glaubte, und sei es der Befehl, den eigenen Sohn (Isaak, Genesis 22) zu opfern oder sich selbst und allen Söhnen und Knechten die Vorhaut abzuschneiden und die Sichweigernden aus dem Volk auszurotten (Genesis 17).<sup>29</sup> Es sind *Menschen*, die die Texte der Bibel geschrieben und darin behauptet haben, Gott habe tatsächlich zu Abraham gesprochen und ihm tatsächlich solche Befehle erteilt. Gleichwohl entnehmen manche dem 17. Kapitel der Genesis auch heute noch Befehle Gottes, denen sie gehorchen zu müssen glauben. Sublimierung ins Symbolische bei der Beschneidungsfeier am achten Tag und religiöse Anregung des Sichbeschneidenlassens erst, wenn der Betroffene sich selbst entscheiden kann? Nein, hat darauf einmal *Dieter Graumann*,

<sup>28</sup> *Swatek-Evenstein*, Jüdische Allgemeine v. 18.2.2010 (<http://www.juedische-allgemeine.de/article/view/id/5375> [zuletzt abgerufen am 10.10.2012]).

<sup>29</sup> „Das ist aber mein Bund, den ihr halten sollt zwischen mir und euch und deinem Samen nach dir: Alles, was männlich ist unter euch, soll beschnitten werden. Ihr sollt aber die Vorhaut an eurem Fleisch beschneiden. Das soll ein Zeichen sein des Bundes zwischen mir und euch. Ein jegliches Knäblein, wenn's acht Tage alt ist, sollt ihr beschneiden bei euren Nachkommen. Beschnitten werden soll alles Gesinde, das dir daheim geboren oder erkauft ist. Und also soll mein Bund an eurem Fleisch sein zum ewigen Bund. Und wo ein Mannsbild nicht wird beschnitten an der Vorhaut seines Fleisches, des Seele soll ausgerottet werden aus seinem Volk, darum daß es meinen Bund unterlassen hat.“

Vorsitzender des Zentralrats der Juden in Deutschland, in einem Interview geantwortet, Gott habe ja die wirkliche Beschneidung am achten Tag verlangt und mit ihm könne man nicht verhandeln. Erkennt er den Widerspruch nicht? Selbst der gläubigste Jude sieht keine Pflicht mehr, auf die Beschneidung von Arbeitnehmern und auf die „Ausrottung“ der Sichweigernden hinzuwirken. Er anerkennt es stillschweigend als selbstverständlich, dass von Gott erteilte Befehle im Lauf und Wandel der Zeit *erlöschen* können. Warum soll er sie dann nicht *abschwächend deuten* dürfen? Manche Pflicht, die laut Genesis 17 Gott dem Volk Abrahams auferlegt hat, gilt heute nicht mehr, weil sie unvereinbar wäre mit dem gegenwärtigen Stand unserer Zivilisation und ganz zweifellos unvereinbar mit unserer Rechtsordnung. Dies akzeptiert man. Dann sollte man sich aber auch der Einsicht öffnen, dass die Neugeborenenbeschneidung, die als Befehlsbefolgung und blutiges Ritual übrig geblieben ist, unvereinbar sein könnte mit einer Ethik, die Kindern Schmerz und Leid anzutun verbietet, und mit einer Rechtsordnung, die jedem, auch jedem Kind, „das Recht auf körperliche Unversehrtheit“ garantiert.

**VIII.** Eine ernsthafte Verfolgung der rituellen Beschneidung als Straftat würde die gläubigen Eltern in die Hände von Kurpfuschern treiben und dem Wohle des Kindes mehr schaden als nutzen! Die Verteidiger des religiösen Brauches stellen das in Diskussionen oft als geradezu selbstverständlich hin und pflegen damit starken Eindruck zu machen. Aber das Argument erweist sich, wenn man darüber nachdenkt, als null und nichtig. Eine Tat, die verboten und mit Strafe bedroht ist, kann dies zu Unrecht sein (man denke an homosexuelle Akte Erwachsener, § 175 StGB a.F.), aber man darf sie nicht deshalb legalisieren, weil die Täter in der Illegalität besonders schwere Schäden anzurichten drohen. So wird die Nutzung kindlicher Körper, um sich sexuell zu erregen oder zu befriedigen, in § 176 StGB mit schwerer Strafe bedroht. Wäre sie straffrei, würde so manches Kind noch leben, das der Täter aus Angst vor Strafe getötet hat. Soll man deshalb solche Nutzung, wenigstens in den leichteren Fällen, entkriminalisieren? Und fordert dies, um Näherliegendes zu vergleichen, irgendjemand für die auch in Deutschland oft von Einwanderern praktizierte leichte Form der Mädchenbeschneidung (Stufe IV der WHO-Einteilung: Anritzen oder einmaliges Durchstechen der äußeren Schamlippen)? Auch für diese Beschneidung gilt ja, dass die Strafdrohung sie ins Dunkel treibt, wo die Eingriffe mit großen Gefahren verbunden sind. Doch niemandem kommt in den Sinn, insoweit die Strafdrohung zu bekämpfen und eine Erlaubnis zu fordern. Mit dem Argument der „Risiken und Nebenwirkungen“ einer Strafdrohung kann man deren Berechtigung nicht widerlegen, auch nicht im Fall der Knabenbeschneidung.

Die übliche Betrachtung der Folgen ist auch einäugig, weil die Nachteile im Kampf gegen die Mädchenbeschneidung nicht in Rechnung gestellt werden: Die Mädchenbeschneider dieser Welt werden die deutsche Erlaubnis zur Knabenbeschneidung dankbar aufnehmen, denn, so können sie in Zukunft sagen und sich rechtfertigen, selbst eine Demokratie wie Deutschland, wo die Verfassung ein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit einräumt, erlaubt religiös motivierte

Eingriffe in den Genitalbereich kleiner Kinder. Auch ist die Vermutung, die Kinder würden nunmehr im Hinterzimmer beschnitten, für Juden und Moslems ehrabschneidend. Auszugehen ist doch davon, dass jüdische und muslimische Eltern ihre Kinder lieben und deren Bestes wollen. Das bestreitet nun jeder Diskutant, der behauptet, sie würden gegebenenfalls ihre Kinder im Hinterzimmer Kurpfuschern unters Messer legen. Ein ähnliches Unbehagen tritt hinzu: Muss es die Gläubigen nicht kränken, dass manche argwöhnen, sie würden sich nicht an ein plausibles und demokratisch legitimes Verbotsgesetz halten? Wenn die meisten Bundestagsmitglieder zu der Einsicht gelangen, dass Eltern kein Recht haben und keines haben sollen, vom Körper ihres Kindes eine erogene Zone abtrennen zu lassen, dann darf man die Eltern doch nicht als unfähig hinstellen, ebenfalls zu dieser Einsicht zu gelangen. Was soll gelten, wenn, wovon die Justizministerin ausgeht, am Ende ein anderes Verfassungsorgan, das Bundesverfassungsgericht, entscheidet? Falls die Verfassungsrichter die Beschneidungserlaubnis als verfassungswidrig bewerten, müssen sie das Gesetz für nichtig erklären. Wer wollte behaupten, dass die Gläubigen auch diesen Richterspruch missachten und an der Beschneidung festhalten würden? Sollte gar das Verfassungsgericht darauf Rücksicht nehmen? Nein, eine Tat, die ethisch und rechtlich verboten sein sollte, darf der Rechtsstaat nicht deshalb erlauben, weil die potentiellen Täter ankündigen oder erwarten lassen oder man ihnen unterstellt, das Verbot zu missachten.

**IX.** Die gesamte bisher vorgetragene Argumentation hat dem LG Köln zugestimmt und mit ihm dem geltenden Recht ein strafbewehrtes Verbot der medizinisch nicht indizierten Kinderbeschneidung entnommen. Sie war zugleich ein Plädoyer, die Gesetzeslage *nicht* zu verändern. Den einheitlichen materiellen Kern der Begründung bilden die ethische Pflicht, Kinder vor Schmerz und Leid zu bewahren, und das grundlegende Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit.

Dieses Plädoyer war aber, was ich stark betone, *einseitig*. Angenommen, das Verbot, vom Kölner Gericht als geltendes Recht erkannt, wird nun allgemein befolgt. Dann wird zwar viel *kindliches Leid vermieden*, aber dafür *leiden Erwachsene*. Denn sie leiden darunter, dass die von ihnen religiös begehrte Beschneidung ihres Kindes unterbleibt; dass in ihrer Religionsgemeinschaft eine Tradition nicht mehr gepflegt wird; dass sie sich einem ihrer Überlieferung feindlichen Verbot unterwerfen sollen, von dem sie fürchten, dass es langfristig zur Erosion ihrer religiösen Gemeinschaft führen werde. Näher betrachtet setzt sich (im angenommenen Fall) dieses Erwachsenenleid aus Zorn, Kummer, Abschiedsweh und einem Gefühl der Demütigung zusammen (zur gesetzgeberischen Beachtlichkeit dieses Leides s.u. X.).

Zum Nachdenken in diese Richtung hat mich das lange Gespräch mit einem guten Freund gebracht, der sich zum Judentum bekennt, ohne es religiös zu praktizieren. Rational zu denken und zu argumentieren ist er in hohem Grade befähigt, und darum auch war er weit entfernt, das Kölner Urteil, wie *Seligmann*, als „Provinzposse“ oder, wie *Bielefeldt*, als „hingerotzt“ und als „groben Unfug“ zu verhöhnen oder, wie *Angela Merkel*, Deutschland als „Komikernation“ zu betrachten, wenn seine Rechtsordnung die rituelle Kinderbeschnei-

dung verbieten sollte. Vielmehr war er, als Nichtjurist, bereit, davon auszugehen, dass das Kölner Urteil die Rechtswidrigkeit der Beschneidung nach dem geltenden Recht schlüssig begründet habe und die Richter sich *verpflichtet* fühlen müssten, so zu urteilen.<sup>30</sup>

Zugleich aber gab er mir zu bedenken, wie die meisten erwachsenen Juden das Urteil erleben müssten: als einen „feindseligen Akt“, in kalter Gesetzesanwendung gerichtet gegen sie, ihre „Identität stiftende“ Tradition und ihre Religion.<sup>31</sup> Natürlich wisse er, dass das Verständnis der Bibel und das Ob und Wie des Vollzugs der von ihr geforderten Handlungen dem Wandel unterlägen. Ersichtlich gelte das auch für das Beschneidungsritual. Es gebe keine Autorität, die heute noch alles zu tun fordere, was der Gott der Genesis im 17. Kapitel (12-14) zu tun befehle. So möge sich irgendwann einmal auch eine Deutung des Gebotes der Kinderbeschneidung durchsetzen, die das Ritual symbolhaft und unblutig auszuführen empfehle; ja vielleicht lasse man den Befehl auch für die Lebenswirklichkeit schlicht erlöschen, weil er, wie der der Gesindebeschneidung, nicht mehr in die Zeit und ihre Rechtsordnung passe. Aber so ein Wandel müsse sich *von innen heraus* vollziehen. Jetzt empfänden die Juden den Verzicht auf die traditionelle Beschneidung, wenn sie ihn leisten müssten, als etwas ihnen *von außen Aufgezwungenes*, begründet mit einem rechtlichen Verbot, wonach sich vorher kein Staatsanwalt gerichtet habe und das nun vielen eher wie aus dem Hut gezaubert als dem geltenden Recht entnommen erscheine. So füge es sich an die vielen, vielen Vorschriften, womit die (christliche) Mehrheitsgesellschaft seit Jahrhunderten die Juden schikanieren und drangsaliert: besondere Kleidung oder Abzeichen darauf oder spitze Hüte zu tragen, in Ghettos zu wohnen, monogam zu leben, Sonderabgaben zu entrichten, sich auf bestimmte Berufe zu beschränken, und schließlich, in der dunkelsten Zeit, den Autobahnen, Schwimmbädern und Wäldern fernzubleiben, kein Radio zu besitzen, kein Haustier zu halten usw. Nun also, fast wie aus heiterem Himmel, ausgerechnet in Deutschland, diese vom Urteil ausgelöste Welle öffentlicher Bekundungen, dass die Beschneidung eine rechtswidrige Körperverletzung und strafrechtlich zu verfolgen sei – wo doch vorher der Rechtsstaat sie toleriert

<sup>30</sup> Das räumt auch *Samuel Korn* ein, der in Frankfurt der jüdischen Gemeinde vorsteht. Juristisch möge das Kölner Urteil mit seiner Berufung auf das im Grundgesetz garantierte Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit womöglich „eine gewisse Fundiertheit“ besitzen. Aber die jüdische Gemeinschaft in Deutschland werde ein Verbot von Beschneidungen nicht akzeptieren, man könne diese Jahrtausende alte Tradition nicht aufgeben (*Korn*, FAZ v. 28.6.2012, S. 2). Ich frage mich: Wie kann *Korn* als Staatsbürger ein von ihm unbestrittenes, aus der Verfassung seines Staates folgendes Verbot missachten und „die jüdische Gemeinschaft in Deutschland“ dazu auffordern?

<sup>31</sup> Die Unrechtsfeststellung des Landgerichts beschränkt sich auf die muslimische Beschneidung von Jungen, die im Kern wissen, was ihnen geschieht. Aber die Gründe, die angeführt werden, gelten für die im Judentum übliche Säuglingsbeschneidung genauso.

habe. Das schaffe Unmut und Empörung und tue vielen bitter weh.

Darauf ist, in aller mitfühlenden Nachdenklichkeit, *zunächst einmal kritisch* manches zu erwidern. Erstens: Es geht um eine Körperverletzung, die zwar keinem Heilungszweck dient, die aber auch liebende Eltern ihrem Kind zufügen, weil sie dafür gute Gründe zu haben glauben, seien es religiöse oder, auf lange Sicht, gesundheitliche. Dass so eine Verletzung nicht nur den Tatbestand des § 223 StGB erfüllt, sondern auch *Unrecht* ist, versteht sich nicht von selbst. Vielmehr kommt eine *Rechtfertigung* ernsthaft in Betracht. Ergeben könnte sie sich sowohl aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG („Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern“) wie aus Art. 4 Abs. 2 GG („Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet“). Daraus erklärt sich ja, nebenbei bemerkt, dass das Amtsgericht Köln die Tat des muslimischen Arztes als *rechtmäßig* bewertet hat, und daraus erklärt sich auch der Freispruch wegen eines „unvermeidbaren Verbotsirrtums“ in der zweiten Instanz. Man darf wohl vermuten, dass die Staatsanwälte über die Jahrzehnte hinweg geneigt waren, von der Rechtmäßigkeit der weltweit verbreiteten und in Deutschland meist religiös motivierten Zirkumzision auszugehen. Sie sahen sich der Toleranz verpflichtet und wollten deshalb die Rechtsfrage nicht allzu tief ergründen.

Aber neben der Strafjustiz gibt es die Strafrechtswissenschaft. Sie hat erkannt, dass die Toleranz *zulasten Dritter* geübt worden ist, *zulasten der Kinder*. Aus diesem Grund bringt auch der fordernde Hinweis *Graumanns* nichts, die Beschneidungsgegner müssten das Ritual ja nicht gutheißen, sondern ihm gegenüber *nur Toleranz üben*. Damit sagt er, der Staat dürfe und solle nicht eingreifen. Aber ob der Staat eingreifen darf und soll, das ist gerade die Frage, die unsere Debatte zu beantworten hat. Man setzt also das zu Beweisende, das Nichtdürfen und Nichtsollen voraus, wenn man Toleranz gegenüber dem Beschneidungsakt einfordert. Wie seltsam wäre ein Debattenbeitrag, der im Streit um das Züchtigungsrecht der Eltern fordert, das Züchtigen zu tolerieren! Nachdem das Problem, das lange Zeit niemand gesehen hatte, in das Blickfeld der Strafrechtswissenschaft geraten war, war es Pflicht und Aufgabe der damit Befassten, eindringlicher nachzudenken und ihre Stimme gegen medizinisch nicht indizierte Beschneidungen zu erheben, wenn sie deren Rechtswidrigkeit erkannt zu haben glaubten. Nun hat sich eine Strafkammer von den im Schrifttum dargelegten Gründen überzeugen lassen und die Beschneidung im zu entscheidenden Fall als Unrecht bewertet. Die Richtigkeit dieser Bewertung mag man, wie es viele tun, bestreiten, aber es ist kein Argument gegen sie, dass in vergleichbaren Fällen vorher noch nie eine Beschneidung für Unrecht befunden worden war.

Zweitens ist klar, dass Strafrechtswissenschaftler, Staatsanwälte und Richter, die so urteilen, es auch müssen aussprechen dürfen. Viele, die sich betroffen fühlen, werden das dann als einen „von außen“ verübten Druck missbilligen, und auch manch aufgeschlossener Kopf unter den jüdischen und muslimischen Mitbürgern hätte vielleicht lieber eine Entschärfung des religiösen Brauches „von innen heraus“ abgewartet.

Aber das Grundgesetz, das im Verein mit dem Strafgesetzbuch diese Entschärfung von Anfang an gefordert hat, gilt nun seit 63 Jahren. In all der Zeit hat die Justiz es mit dem Legalitätsprinzip, was unser Problem betrifft, nicht allzu genau genommen und einer Entwicklung von innen heraus unbewusst reichlich Raum gegeben. Sie ist im Ganzen ausgeblieben, trotz wachsender Skepsis auch unter den Betroffenen. Sollte da nicht *jeder* das Urteil begrüßen, wie es *Memet Kiliç*, integrationspolitischer Sprecher der Grünen, in einem Interview getan hat? „Ich verstehe das Urteil als Denkanstoß, der der Justiz in einem säkularen Staat durchaus zukommt. Wenn alle Religionen gemeinsam sich gegen den Richterspruch wenden, kommt bei mir der Verdacht auf, sie verteidigen ihren eigenen Machtbereich. Die Glaubensgemeinschaften, die auf den Stammvater Abraham zurückgehen, fordern zum Gebrauch der Vernunft auf. Das heißt: Neue Einsichten erlauben es, alte Praktiken zu ändern.“<sup>32</sup> Ganz ähnlich äußert sich der Historiker *Michael Wolffsohn*: „Man mag das Kölner Beschneidungsurteil so oder anders bewerten, es wäre gerade für uns Juden eine Gelegenheit gewesen, jüdische Inhalte zu überdenken und, mit neuer innerer Kraft, beizubehalten – oder zu ändern.“<sup>33</sup>

Drittens ist der historische Vergleich unberechtigt und ungerecht. Im Gegensatz etwa zum mittelalterlichen Verbot, einen Handwerksberuf auszuüben, ist ja das Verbot der medizinisch unnötigen Beschneidung nicht gegen eine religiöse Minderheit gerichtet. Es ist vielmehr nur ein Ausschnitt aus dem Verbot der Körperverletzung, das im Deutschen Reich und in der Bundesrepublik Deutschland allgemein und immer schon gegolten hat. Die Kölner Richter hätten die Tat genauso für Unrecht befunden (und obendrein noch die Schuld bejaht!), wenn ein christlicher Arzt sie begangen hätte, veranlasst vom Bestreben der streng katholischen Eltern, ihren Jungen vor der schweren Sünde der Unkeuschheit, der „Selbstbefleckung“ (Masturbation, von manu stuprare = mit der Hand schänden) zu schützen. Man beziehe einmal auf diese katholische Tat den Satz der Rabbinerin und Kinderurologin *Antje Yael Deusel*, dass das Kölner Urteil „die Beschneidung von Jungen aus religiösen Gründen in den Rang einer Straftat gestellt sehen“ wolle.<sup>34</sup> Wäre eine Beschneidung, die diesen Sinn hätte, keine Straftat? Wenn aber hier die „religiösen Gründe“ dem Täter nicht helfen, warum dann anders bei der jüdischen Säuglingsbeschneidung? Es gibt bei gleichermaßen religiös motivierten Taten kein rationales

<sup>32</sup> Interview zur Beschneidung: „Der Politik fehlt wohl der Mut“, <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.interview-zur-beschneidung-der-politik-fehlt-wohl-der-mut.8cdc8b78-3b96-403d-a17c-bd92af90d934.html> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>33</sup> Siehe: [www.welt.de/debatte/article108845278/Nicht-die-Beschneidung-macht-den-Juden.html](http://www.welt.de/debatte/article108845278/Nicht-die-Beschneidung-macht-den-Juden.html) (zuletzt abgerufen am 10.10.2012). In dem Artikel relativiert der *Autor* auch sehr stark die Bedeutung, die der Beschneidungsakt für das Judentum hat. Aussagen der religiösen Wortführer, ein Beschneidungsverbot mache jüdisches Leben in Deutschland unmöglich, nennt er „substanz- und taktlos“.

<sup>34</sup> *Deusel*, Deutsches Ärzteblatt 2012, A 1538.

Argument, die Gottesbundbeschneidung gegenüber der Sündenverhinderungsbeschneidung zu privilegieren.<sup>35</sup>

De facto wird aber die rituelle Beschneidung sehr wohl privilegiert. Fragt man, wie in Deutschland die Strafjustiz mit dieser Körperverletzung umgeht, so muss die Antwort lauten: Sie wird nicht verfolgt und bekämpft, sondern in einem Maße toleriert, wie es für vergleichbare andere Körperverletzungen ausgeschlossen wäre. Sogar das Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft im Kölner Fall, ein einziges unter tausenden, die hätten sein können, hat ja in zwei Instanzen zu Freisprüchen geführt: Die Tat sei rechtmäßig, sagt das Amtsgericht, der Täter sei ohne Schuld, sagt das Landgericht.

Der Vorwurf der Religionsfeindlichkeit und der historische Vergleich wären aber auch dann nicht berechtigt, wenn sich aus dem riesigen Feld der Körperverletzungen (§ 223 StGB) die rituelle herausschneiden ließe. So kann man *Deusel* verstehen. Sie tut so, als habe erst das Kölner Urteil diese eine und ganz besondere Körperverletzung, die vorher erlaubt war, „in den Rang einer Straftat gestellt“. Aus dieser (falschen) Sicht heraus wirft sie nun vielen, die das Urteil bestätigen, „erschreckende Polemik“ vor sowie „eine grundsätzliche Religionskritik“. Und „zutiefst erschreckend“ findet *Deusel* auch „die Respektlosigkeit, ja, das geifernd-fanatistische Eintreten für eine Freiheit von Religion, anstelle einer Freiheit der Religionsausübung, die hierbei nicht selten zutage treten“. Der Journalist *Richard Szklorz* teilt *Deusels* Sicht und findet diese Worte: „Nach dem gerichtlichen Verbot der Beschneidung scheinen Juden in der öffentlichen Wahrnehmung da angekommen, wo sie real immer schon waren: in der Position einer fremden Minderheit, an der man sich nach Bedarf auch mal vergreifen kann [...]. So einen voyeuristischen Blick auf einen zweifellos empfindlichen Körperteil, so eine zur Schau gestellte Sorge um das Wohlergehen der betroffenen Kinder hat das Land noch nicht erlebt [...]. Mit genüsslicher Freude an der Einmischung verweisen viele Anhänger des Kölner Urteils medienwirksam auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Kindes“, was „in letzter Konsequenz bedeutet: die Aufforderung an beide Religionsgemeinschaften, sich selbst zu verleugnen oder Deutschland zu verlassen“.<sup>36</sup> Denselben Ton schlägt *Maram Stern* an, aus der hohen Position eines Vizepräsidenten des Jüdischen Weltkongresses. Die es wagen, sich kritisch zur rituellen Beschneidung zu äußern, erhalten keine Antwort auf ihre sachlichen Argumente, sondern werden verglichen mit „mittelalterlichen Inquisitoren“; sie müssen sich „Scheinheiligkeit“ vorwerfen lassen und „Verlogenheit“, weil sie ihre Gehässigkeiten „hinter einer medizinischen Argumentation verstecken“.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Das bevorstehende Gesetz wird deshalb vielleicht die Knabenbeschneidung *pauschal*, wie auch immer motiviert, erlauben; s.o. I., II. Der Regierungsentwurf gibt dem „Zweck“ der Beschneidung Relevanz, ohne zu entscheiden, bei welcher Zweckverfolgung das Einwilligungsgesetz der Eltern entfällt.

<sup>36</sup> <http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/politischesfeuilleton/1821770/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>37</sup> <http://www.tagesspiegel.de/meinung/gastbeitrag-beschneidungs-debatte-der-heilige-eifer-der-intoleranten/7042150.html> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

Wie muss es um die Möglichkeit sachlicher Entgegnungen bestellt sein, wenn man zu so unsachlichen greift und den Meinungsgegner zu diffamieren sucht! Niemand kennt alle Leserbriefe und Internetäußerungen, die dem LG Köln Recht geben. Zweifellos gibt es darunter, vor allem „aus der rechten Ecke“, auch bösartige. Aber unter den seriösen Kommentaren der Zeitungen und des juristischen Schrifttums und übrigens auch unter den Leserbriefen, die ich gelesen habe, war nicht einer, der Menschen von ihrer Religion abzubringen sucht oder die Freiheit der Religionsausübung bekämpft. Und nicht ein einziger plädiert respektlos oder gar geifernd-fanatistisch gegen die rituelle Kinderbeschneidung. Dass die Kritiker des Brauches die Juden in die Position einer Minderheit rücken, „an der man sich nach Bedarf auch mal vergreifen kann“, dass sie Juden und Muslime dazu auffordern, „sich selbst zu verleugnen oder Deutschland zu verlassen“, ist gehässiger Unsinn, den *Wolffsohn* „substanz- und taktlos“ nennt. Im Kern sagen und fordern die Beschneidungsgegner ja nur dies: Der Religionsausübung jede Freiheit – in den Grenzen der Gesetze! Niemals kann sie es rechtfertigen, Kinder körperlich zu verletzen. Und die das sagen, sind weder Voyeure noch Inquisitoren, noch scheinheilig und verlogen, noch stellen sie Sorge um kindliches Wohlergehen „zur Schau“, sondern sie finden nur einfach, dass man Kinder vor körperlichem Schaden bewahren und ihnen keine Schmerzen zufügen soll. Mag es noch so fromm gemeint sein und den Bund mit Jesus bedeuten: Man darf auch am Karfreitag seinem Kind keine Dornenkrone aufdrücken.

X. „Kein nachdenklicher und einführender Mensch wird es billigen, dass einem Säugling ein Teil seines Körpers weggeschnitten wird [...].“<sup>38</sup> Den meisten in der Mehrheitsgesellschaft, denen der Beschneidungsbrauch religiös und als Tradition nichts bedeutet, ist es schier unfasslich, dass dieses Argument in der Diskussion den Meinungsgegner nicht erschüttert und nicht einmal nachdenklich zu machen scheint. Aber vielleicht würde es sie ihrerseits nachdenklich stimmen und eine gewisse Zugeständnisbereitschaft erwecken, wenn man ihnen das Folgende vor Augen führt: Nicht nur die penisverletzende Beschneidung, sondern auch ein sie effektiv unterdrückendes Verbot *erzeugt Leid*.<sup>39</sup> Ich habe es vereinfacht

<sup>38</sup> *Schmidtbauer*, „Beschneidung ist nicht harmlos“, unter: <http://www.sueddeutsche.de/wissen/nach-dem-koelner-urteil-beschneidung-ist-nicht-harmlos-1.1401049> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>39</sup> *Merkel*, *Badische Zeitung* v. 22.8.2012 (<http://www.badische-zeitung.de/deutschland-1/ethikrat-mitglied-beschneidungen-ohne-anaesthesie-ist-eine-folterqual--63255547.html> [zuletzt abgerufen am 10.10.2012]), sieht Deutschland „in einer Art rechtspolitischen Notstands“, weil wir „den Juden gegenüber eine besondere Verpflichtung“ haben. Eigentlich seien „die beiden Dinge, die abzuwägen sind, nicht vergleichbar: moralische Pflicht der Politik und Schutzgebot des Rechts“ (ähnlich *ders.*, *Süddeutsche Zeitung* v. 25./26.8. 2012, S. 12). Die Vergleichbarkeit ergibt sich aber dann, wenn man das von den meisten Juden bekämpfte (von vielen allerdings auch begrüßte, s. bei Fn. 51) Beschneidungsverbot unter dem Aspekt der Leider-

chend das „Erwachsenenleid“ genannt, weil natürlich nur Menschen es empfinden, die sich ihrer Betroffenheit bewusst sind und die den gesellschaftlichen Kampf um die Beschneidung begreifen.

Hier droht nun der unwirsche Einwand, es verbiete sich jeder Vergleich mit dem Leid der Kinder, an die das Messer gelegt werde. Die dagegen vorgehende staatliche Gewalt erzeuge bei denen, die am Beschneidungsbrauch festhalten möchten, vielleicht Verdruss, Zorn und Ärger, aber kein Leid. Das ist gewiss für viele die rechte Kennzeichnung ihrer Gefühle, doch es gibt auch andere, die tiefer empfinden. Für sie gehört die blutige Abtrennung der Vorhaut, weil religiöse Pflicht und uralte Tradition, so sehr dazu, dass sie in einem Deutschland, welches diese Genitalverletzung verbietet und strafrechtlich verfolgt, nicht länger leben möchten. Solche Beteuerungen sind nicht immer glaubhaft, bei manchen aber sind sie der ehrliche Ausdruck einer zutiefst schmerzlichen Sorge, hierzulande künftig keine religiöse Heimat mehr zu haben. Diese schmerzlich Betroffenen wird man vielleicht in erster Linie unter den (werdenden) Müttern und Vätern suchen, denen nach ihrer Religion die Beschneidung ihres Sohnes bevorsteht. Ich vermute aber, dass den eigenen Sohn von Rechts wegen verschonen zu müssen, die meisten Eltern nicht bedrücken, sondern eher erleichtern würde – wenn nur die Autorität der Religionsführer ihren Segen dazu gäbe, d.h. wenn sie sich entschlossen, den Eltern als religiös vollwertige Alternative ein Beschneidungsfest mit unblutig-symbolhafter Penisberührung anzubieten.

Die Not des Erwachsenenleides kann nach geltendem Recht die Körperverletzung keinesfalls erlauben. Aber vielleicht ist dem Gesetzgeber zuzugestehen, dass er die Rechtslage verändere und die Erlaubnis schaffe. Er könnte über eine Umverteilung des Leides nachdenken und in einer ausgewogenen Regelung (die vielleicht das Grundgesetz ändern müsste!) das Beschneidungsleid der Kinder in Grenzen akzeptieren, um das Abschieds- und Verzichtsleid vieler Erwachsener auf ein Maß zu senken, welches sie vielleicht als erträglich hinnähmen. Was also ist bei Lichte betrachtet das Ziel des Bundestagsbeschlusses? Eine Gesetzesänderung, die Leid verschiebt – zugunsten der Erwachsenen, zulasten der Kinder. Der Beschluss erkennt indirekt an, dass die herkömmliche Praxis der medizinisch unnötigen, rein religiös motivierten Zirkumzision gesetzwidrig ist. Und er sagt ausdrücklich, dass sich dies in Grenzen ändern soll, aber nur im Rahmen eines Gesetzes, welches das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Beschneidungsopfers immerhin „berücksichtigt“.

Ganz einseitig ist demgegenüber das Bestreben der kämpferischen Beschneidungsbefürworter, inner- wie außerhalb der betroffenen Religionsgemeinschaften. Sie wollen, dass legalisiert werde, was vorher nur toleriert wurde, nämlich eine

zeugung betrachtet. Dass die Androhung der (strafrechtlichen) Verfolgung jüdisch-religiösen Brauchtums in *Deutschland* bei manchen Juden ein *besonderes* Leid erzeugt, kann man dabei in Rechnung stellen. *Merkels* Kennzeichnung der abzuwägenden Interessen vermag im Übrigen nicht zu erklären, dass der Gesetzgeber auch im Hinblick auf die muslimische Beschneidung abwägen muss.

Beschneidungspraxis, wie sie Tradition ist, und in dieser Tradition spielt das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit keine Rolle. Die Schranken der Beschneidung bestimmen allein Religion und Elternwille. Sie sagen, was Kindern angetan werden darf und was sie sich gefallen lassen müssen. Z.B. auch die gewaltsame Beschneidung, wenn das Opfer sich sträubt, oder die betäubungslose Zirkumzision, wenn der Ritus sie fordert.

Bei solcher Einseitigkeit ist zunächst einmal die starke Betonung des Erwachsenenleides selbstverständlich. Wir vernennen sie z.B. in einer Pressemitteilung *Charlotte Knoblochs*, der Vizepräsidentin des jüdischen Weltkongresses; „wir Juden in Deutschland sind es“, sagt sie, „die Angst haben müssen, in ihrer ohnedies nicht unbelasteten Heimat ihre Religion nicht mehr frei ausüben zu können. Wir könnten bald gezwungen sein, das Land zu verlassen [...]“.<sup>40</sup> Oder man lese die verständnisvollen Worte des UN-Sonderberichterstatters für Religions- und Weltanschauungsfreiheit *Heiner Bielefeldt*: „Viele der hier lebenden jüdischen und muslimischen Eltern würden eine generelle Verbotsregelung als staatliche Verweigerung des Rechts ansehen, ihre Söhne in die Glaubensgemeinschaft rituell einzuführen. Diskreditierende Bezeichnungen der Beschneidung als ‚barbarische Praxis‘, ‚Verstümmelung‘ oder ‚Angriff auf wehrlose Kinder‘ haben unter Juden und Muslimen daher tiefe Verbitterung ausgelöst“.<sup>41</sup>

Aber die Beschneidungsbefürworter sprechen nicht nur von Kummer und Verbitterung, sie stellen durchaus auch die Frage nach dem Beschneidungsleid, d.h. die Frage, ob und in welchem Maße Neugeborene und Knaben unter dem Beschneidungsakt und seinen Folgen zu leiden haben. Denn die Verteidiger der Tradition erkennen sehr wohl, dass dieses Leid zu jenem *in Relation steht*. Je schwerwiegender das Beschneidungsleid, desto eher ist ein Schmerz des Verzichtes den Erwachsenen, die an der Tradition festhalten wollen, zuzumuten. Und hier sehe ich bei aller Frontenverhärtung einen Ansatz für die selbstkritische Verschiebung des zunächst bezogenen Standpunktes.

Dass insoweit Hoffnung besteht, wurde mir deutlich während der ARD-Sendung „Menschen bei Maischberger“ am 14.8.2012. Es diskutierten u.a. drei Befürworter der traditionellen Beschneidungspraxis: *Dieter Graumann* (Vorsitzender des Zentralrates der Juden in Deutschland), *Bilkay Öney* (SPD-Integrationsministerin von Baden-Württemberg), *Sebastian Isik* (Allgemeinmediziner und Beschneidungsspezialist). Alle drei gaben der Frage nach dem Beschneidungsleid Relevanz. Besonders tat dies *Graumann* mit der bemerkenswerten Erklärung: „Wenn wir wüssten, dass es schädlich wäre, würden wir es doch nicht machen“. Dieses „wenn schädlich, dann Schluss damit“ ist nicht selbstverständlich. Er hätte auch sagen können, das Ritual der Vorhautabtrennung sei für das Judentum so wichtig, dass man daran auch um den Preis er-

<sup>40</sup> <http://www.ikg-m.de/knobloch-beschneidungsverbot-ware-ende-des-judentums-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>41</sup> *Bielefeldt*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2012, 63 (71).

heblicher Schmerzen, Leiden und Schäden des Kindes festhalten müsse. Er sagt es nicht, sondern öffnet sich in puncto Schädlichkeit, jedenfalls theoretisch, der Belehrung und einem besseren Wissen.<sup>42</sup> Etwas sehr Einleuchtendes ist freilich in Rechnung zu stellen: „Besonders schwierig ist es, ein solch objektiv schädigendes Verhalten zu erkennen, wenn es von einer religiösen Tradition eingefordert wird, die für das Individuum identitätsstiftend ist [...]. Dies führt dazu, dass religiös motivierte Beschneidungsbefürworter besonders starke Abneigungen haben, sich mit den Erkenntnissen der empirischen Wissenschaften zu beschäftigen, sofern diese im Widerspruch zu den eigenen Glaubensüberzeugungen stehen“.<sup>43</sup> Hier könnte die Erklärung dafür liegen, dass *Graumann* die Traumatisierung und die Beeinträchtigung des sexuellen Erlebens, die die Zirkumzision nach öffentlicher Bekundung vieler Betroffener und nach wissenschaftlicher Erkenntnis oft

<sup>42</sup> Das tun auch andere, z.B. in einer ZDF-Sendung v. 22.8.2012, <http://www.zdf.de/ZDFmediathek/beitrag/video/1710378/Religionsfreiheit-oder-Kindeswohl%253F> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012). Der Rabbiner *Julian-Chaim Soussan* gestand seinen Gegnern zu, dass man das umstrittene Ritual preisgeben müsse, wenn wissenschaftliche Studien überzeugend dartäten, dass die Zirkumzision dem Betroffenen erheblichen Schaden zufüge.

<sup>43</sup> *Schmidt-Salomon*, [http://pro-kinderrechte.de/wp-content/uploads/2012/08/faq\\_beschneidung.pdf](http://pro-kinderrechte.de/wp-content/uploads/2012/08/faq_beschneidung.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.10.2012). Einen geradezu peinlichen Beleg liefert *Charlotte Knobloch*. Sie nennt ihre Meinungsgegner, die juristisch gegen das Recht auf Beschneidung und medizinisch-psychologisch gegen die folgenschwere Operation argumentieren, „Besserwisser aus Medizin, Rechtswissenschaft, Psychologie oder Politik, die ungehemmt über ‚Kinderquälerei‘ und ‚Traumata‘ schwadronieren“, aber sie lässt sich nicht herbei, auch nur auf ein einziges der Argumente einzugehen (unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/beschneidungen-in-deutschland-wollt-ihr-uns-juden-noch-1.1459038> [zuletzt abgerufen am 10.10.2012]). Im selben Geiste *Maram Stern* (s.o. bei Fn. 37) und *Bachrach*, *Die ZEIT* v. 13.9.2012, S. 11. Was die Kritiker der Beschneidungspraxis in der Sache vorbringen, interessiert ihn nicht. Denn es sind ja „selbstgefällige Urologen und Rechtsprofessoren“, die jetzt „den richtigen Resonanzboden für ihre spitzfindigen Argumentationen gegen eines unserer bedeutsamsten Rituale gefunden“ haben. Daneben gibt es in seinen Augen noch eine „Handvoll gnadenlos polemischer Damen und Herren aus der Politik, ausgestattet mit diesem urdeutschen Gerechtigkeitswahn“, und „eine Armada von Leserbriefschreibern“, die sich berufen fühlen, „ihr Unwissen zu vergessen und eine rechthaberische Gutmenschenethik zu verbreiten, die eine harmlose, friedliche, Jahrtausende währende Tradition an den Pranger stellt“. *Bachrach* konfrontiert sich einmal mit den leichten Formen der weiblichen Beschneidung, die immerhin auch schon einige Jahrhunderte Tradition aufzuweisen haben! Sind die auch harmlos und friedlich? Und würde er auch dort die Kritiker des Brauches so herunterputzen?

nach sich zieht, einfach als „nicht belegt“ beiseiteschiebt.<sup>44</sup> Und hier sehe ich auch den Grund, weshalb *Graumann* mit einem ganz sonderbaren Argument bestreitet, dass überhaupt irgendetwas Schmerz- und Qualvolles, was dem Kindeswohl abträglich sein könnte, mit der Beschneidung verbunden sei. Die Eltern, die die Beschneidung veranlassen, liebten ja ihre Kinder. Sie wollten für ihren Kleinen nur das Beste. Es sei absurd und kränkend, ihnen vorzuhalten, dass sie ihn quälen und verletzen; „sind diese Eltern denn alle Kindesmisshandler“? Kurz und bündig wiederholt sich das Argument bei *Öney*: „Als hätten Juden und Muslime das Kindeswohl nicht im Blick. Das finde ich unverschäm“.<sup>45</sup> Und noch kürzer sagt es *Knobloch*: „Wir tun unseren Kindern nicht weh“.<sup>46</sup>

Der Fehler liegt auf der Hand: Aus dem guten Willen wird auf die gute Tat geschlossen. Zu glauben, einem Neugeborenen nicht weh zu tun, heißt nicht, ihm tatsächlich keine Schmerzen zuzufügen. Und das Kindeswohl „im Blick“ zu haben, heißt nicht, ihm wirklich zu dienen. Eltern können z.B. ihren Sohn zu seinem Heil von den „Ungläubigen“ abschotten und jahrelang in die Koranschule schicken, wo er in Wahrheit geistig verarmt. Das Abschneiden der Vorhaut bei einem acht Tage alten Säugling ist objektiv i.S.d. § 223 StGB sowohl eine Gesundheitsschädigung wie eine körperliche Misshandlung und zwar, was heute erwiesen ist, eine qualvolle. Der Arzt Prof. *Dr. Feurle* berichtet in der *FAZ* vom 6.7.2012 von eigenen Erfahrungen, die er in einem Krankenhaus in New Jersey, USA, gemacht hat: „Nach örtlicher Desinfektion musste zunächst die Vorhaut mit der gezähnten Pinzette gefasst und von der Glans gelöst werden. Schon dabei schrien die Kinder erbärmlich. Als die Vorhaut dann mit der gebogenen Schere in mehreren Etappen rings abgeschnitten wurde, schrien die Kinder dermaßen, dass ihnen manchmal der Atem stockte und sie blau im Gesicht wurden. Mit aller Kraft versuchten sie, sich von ihren Fesseln zu lösen“.<sup>47</sup> Später wirkt es sich aus, dass die Beschneidung

<sup>44</sup> *Matthias Franz*, Professor und Arzt für psychosomatische Medizin an der Universität Düsseldorf, betreibt zur Zirkumzision und ihren Folgen seit Jahren empirische Forschung; ergeben hat sich ihm, dass die Entfernung der Vorhaut im Säuglings- oder Kindesalter als Trauma wirkt und zu erheblichen körperlichen, sexuellen oder psychischen Komplikationen und Leidenszuständen führen kann, die den Beschnittenen noch als Erwachsenen belasten (*ders.*, *FAZ* v. 9.7.2012, S. 7). Solche Aussagen als nicht beweiskräftig unbeachtet zu lassen ist nicht statthaft. Es muss darauf ankommen, ob die *Unschädlichkeit* bewiesen ist; genug, dass *Franz* vielleicht recht hat.

<sup>45</sup> <http://www.daserste.de/unterhaltung/talk/menschen-bei-maischberger/sendung/2012/beschneidungsstreit-100.html> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>46</sup> <http://www.ikg-m.de/knobloch-beschneidungsverbot-ware-ende-des-judentums-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>47</sup> Der Arzt *Leo Lattasch*, ein Befürworter der jüdischen Neugeborenenbeschneidung, wollte im Ethikrat am 23.8.2012 demonstrieren, wie schnell und harmlos die Zirkumzision vor sich geht. Die Folge: Eine Zuhörerinnen war vom Leiden und

dem Opfer irreversibel fast 70 % des sensorischen Penisgewebes raubt mit der unweigerlichen Folge eines erheblichen Sensibilitätsverlustes. Es ist abwegig, Misshandlung, Qual und Kindeswohlverletzung mit der Begründung zu bestreiten, die Eltern wollten die Operation zum Besten des Kindes, sie handelten aus Liebe und religiöser Fürsorge.

Die Ministerin Öney fand in der Diskussionsrunde die herkömmliche Beschneidungspraxis gut; die Funktion des Penis werde „in keinsten Weise“ beeinträchtigt, und ihr sei kein Fall bekannt, dass sich ein Mann für traumatisiert (gemeint: an den Dauer- und Spätfolgen leidend) erklärt hätte.<sup>48</sup> Die Ministerin hatte sich in keinsten Weise kundig gemacht. In Wahrheit gibt es solche Äußerungen zu hunderten, z.B. diese vom 7.8.2010: „Ich gehöre zu denjenigen, die als Kind unter Schmerzen gegen meinen Willen und unter dem Vorwand religiöser Pflicht genitalverstümmelt wurden. Meinen Eltern mache ich daraus keinen Vorwurf, weil sie als Gläubige es nicht besser wussten. Heute, 40 Jahre später, bereuen sie es, weil sie sehen, wie ihr Sohn darunter leidet“.<sup>49</sup> Und das Kölner Urteil hat zwei Jahre später eine wahre Flut solcher Klagen und Bekenntnisse ausgelöst. Studieren sollte die Ministerin das Interview, das *Christian Mentz* mit *Ali Utlu* geführt hat. Der Berliner Ex-Muslim berichtet von eigenen und fremden Erfahrungen und macht es höchst glaubhaft, dass Einbußen im sexuellen Erleben normale, aber meist verschwiegene Folgen der Beschneidung sind. „Es ist einfach ein Tabu und man spricht nicht darüber. Die meisten werden damit groß und werden auch nie dagegen argumentieren. Wenn man aber [...] vertraut miteinander spricht, sagen viele, dass sie Probleme haben. Aber sie würden es niemals öffentlich sagen. Sie würden dann ihr Gesicht als Mann verlieren“.<sup>50</sup> Und lesen sollte die Ministerin auch den erschütternd

---

Schreien des Säuglings so erschüttert, dass sie in Ohnmacht fiel.

<sup>48</sup> Der ZEIT-Herausgeber *Josef Joffe* hält für bemerkenswert, „dass kein Opfer der Beschneidung je seine Eltern ex post verklagt“ habe. „Berechtigt wären rund eine Milliarde Männer auf Erden“ (*Joffe*, Die ZEIT v. 30.8.2012, S. 12). Und die Bundestagsabgeordnete und frühere Bundesjustizministerin *Zypries* (Recht und Politik 2012, 139) findet, das LG Köln habe nicht berücksichtigt, „dass – soweit bekannt – noch nie jemand im Erwachsenenalter gegen die an ihm vorgenommene Beschneidung vorgegangen wäre“. Das sagt man so ins Blaue hinein und glaubt, ein Argument für das Beschneiden dürfen gefunden zu haben. Aber wenn es eins wäre, dann spräche es weit mehr dafür, die Mädchenbeschneidung zu akzeptieren, denn Frauen tragen ihr Verstümmelungsschicksal klagloser als Männer. Nicht von Frauen, wohl aber von vielen, vielen Männern, die ihren Eltern bittere Vorwürfe machen, hätten *Joffe* und *Zypries* bei einiger Aufmerksamkeit erfahren können.

<sup>49</sup> [http://www.spuren.ch/archiv/archiv\\_comments/970\\_0\\_82\\_0\\_c/](http://www.spuren.ch/archiv/archiv_comments/970_0_82_0_c/) (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>50</sup> [http://www.siegessauele.de/artikel-archiv/queere-welt/beschneidung-traumatisch-und-der-horror.html?PHPSESSID=ddd7da9537b99007d65c8e369547174a&tx\\_comments\\_pi1](http://www.siegessauele.de/artikel-archiv/queere-welt/beschneidung-traumatisch-und-der-horror.html?PHPSESSID=ddd7da9537b99007d65c8e369547174a&tx_comments_pi1)

begründeten Appell, den *Eran Sadeh*, israelischer Jude und Gründer von „Protect the Child“, in der Bundespressekonferenz am 12.9. 2012 gerichtet hat „an Bundeskanzlerin Angela Merkel, die Mitglieder des Deutschen Bundestages [...] und alle Eltern weltweit [...], die beabsichtigen, ihr Kind beschneiden zu lassen“: „Je mehr ich las und je mehr ich die Funktion der Vorhaut verstand, desto schwieriger wurde es, sich der schmerzhaften und bestürzenden Einsicht zu entziehen, dass mein Penis beschädigt und in seiner Fähigkeit, Lust zu empfinden, geschwächt wurde und dass ich nie in der Lage sein würde, Sex so zu genießen, wie die Natur es vorgesehen hat. Durch die Amputation der Vorhaut wird höchst erogenes Gewebe, bei einem erwachsenen Mann von der Größe einer Scheckkarte entfernt. Ein Mann, dem das schützende Gewebe des Penis fehlt, spürt weniger Vergnügen, weil ihm Tausende von Nervenenden fehlen, die mit dem amputierten Gewebe entfernt wurden. Die Vorhaut dient als schützende Hülle, die den Penis hinauf und herunter gleitet, die Reibung verringert, die spezialisierten Nervenenden sowie den Peniskopf stimuliert und somit den Geschlechtsakt für beide Partner bequemer und angenehmer macht“.<sup>51</sup>

Der dritte Verteidiger des Gewohnten war in Maischbergers Runde *Dr. Isik*, der Kinder zu Hunderten von Berufs wegen beschnitten hat und weiterhin Kinder beschneiden möchte. Nach seiner Darstellung ist mit lege artis ausgeführten Zirkumzisionen überhaupt kein Leid verbunden.<sup>52</sup> „Das Kind merkt gar nichts“ (außer dem Betäubungspickser), „die Heilung ist wunderbar“. Der Akt sei gesundheitsdienlich und mit Impfung und Zahnklammereinsatz vergleichbar. Die Eltern sollten ihn so früh wie möglich veranlassen, erstens weil Säuglinge noch keine Angst hätten und zweitens weil Sechzehnjährige dem Abschneiden wohl mehrheitlich widersprechen würden.<sup>53</sup> Kein Wort zum Kölner Fall des gesunden Vierjährigen, wo die anerkannt kunstgerechte Beschneidung mit grässlichen und gefährlichen Komplikationen verbunden war und eine klinische Nachbehandlung – auf der Intensivstation! – von zehn Tagen sowie mehrere Nachoperationen nötig wurden; kein Wort zu den Auswirkungen auf das nahe und ferne Sexuelleben (das ihn ja auch nichts mehr angeht); kein

---

[page|=1&cHash=68cb130672ce18a382966374c5094e62](http://pro-kinderrechte.de/statement-von-eran-sadeh/) (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>51</sup> Die vollständige Erklärung findet sich auf der Seite <http://pro-kinderrechte.de/statement-von-eran-sadeh/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>52</sup> Dem entspricht die Wahrnehmung des Wiener Rabbiners *Schlomo Hofmeister*. Er setzt die Belastung des Säuglings durch eine Zirkumzision – ich fürchte: allen Ernstes – mit derjenigen gleich, die das Kind beim Windelwechseln erleidet (so in der Talkrunde „Pro und Contra“ im Österreichischen Fernsehen am 9.7. 2012).

<sup>53</sup> *Schmidt-Salomon*, [http://pro-kinderrechte.de/wp-content/uploads/2012/08/faq\\_beschneidung.pdf](http://pro-kinderrechte.de/wp-content/uploads/2012/08/faq_beschneidung.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.10.2012), nennt das eine „unfreiwillig selbstentlarvende Aussage“, die deutlich zeige, „wie sehr die gängige Praxis der Beschneidung über die Selbstbestimmungsrechte des betroffenen Jungen hinweg geht“ (unter 11.).

Wort zum gerade erschienenen Spiegel-Artikel, worin der Kinderchirurg *Maximilian Stehr* resümierend schreibt: „Bei Beschneidungen aus religiösen Gründen gibt es keinen medizinischen Nutzen. Darum wiegt umso schwerer, dass es ein ernsthafter, mit Risiken und Komplikationen behafteter Eingriff ist. Die Beschneidung fügt dem Knaben auch mit Narkose oder regionaler Betäubung unzumutbare Schmerzen zu. Aus ärztlich-ethischer Sicht ist dieser Eingriff daher abzulehnen“.<sup>54</sup>

Wer die rituelle Beschneidung verteidigt – wie muss er die Augen vor den Tatsachen verschließen! Z.B. der Grünen-Politiker *Volker Beck* am 14.7.2012 im Bundestag: Es sei doch mit der Beschneidung „keine gesundheitliche Beeinträchtigung“ verbunden, sie hinterlasse „keinen pathologischen Befund“. Das ist so, als tröste man den vom Fahrrad Gestürzten, der sich mit Prellungen und Hautabschürfungen blutend hochrappelt, mit der Belehrung, gesundheitlich sei er nicht beeinträchtigt und von einem pathologischen Befund könne keine Rede sein. Weiß *Beck* wirklich nicht, dass, wer ein Kind des Präputiums beraubt, *eben dadurch* dessen Gesundheit beeinträchtigt und einen pathologischen Penisbefund schafft? Wo die Absicht der Einsicht den Zutritt versperrt, bleibt dann auch die simpelste Kontrollüberlegung aus. *Beck* beurteile doch einmal den folgenden Fall: Fanatische Gottesstreiter entführen kleine Jungen, narkotisieren sie fachgerecht und nehmen an ihnen, vollkommen lege artis, die Beschneidung vor. Dann bringen sie sie wohlversorgt zurück zu ihren Eltern. Bleibt *Beck* konsequent? Das hieße die empörten Eltern mit der Erklärung beschwichtigen: Korrekt war die Tat zwar nicht, aber die Gesundheit des Jungen ist nicht beeinträchtigt und der Penisbefund ist trotz Vorhautentfernung kein pathologischer.<sup>55</sup> Oder man stelle sich den anderen Fall vor, *Beck* würde so den Kollegen trösten, dem der Urologe im Zuge einer Prostatektomie aus hygienischen Gründen auch mal eben die Vorhaut amputiert hat! Lässt aber der Politiker sich nicht trösten und tritt er an die Öffentlichkeit mit dem Vorwurf, er sei nun infolge der Eigenmacht des Arztes lebenslang genitalverstümmelt, so droht ihm die nächste Belehrung; und zwar die *bielefeldtsche* Rüge, das sei aber eine „diskreditierende Bezeichnung“, die ja den unschädlichen Akt empörender Weise mit der Genitalverstümmelung von Mädchen gleichsetze „und unter Juden und Muslimen daher tiefe Verbitterung“ auslösen müsse. Aber Betroffenen und Kritikern das Wort „Verstümmelung“ zu verbieten, weil die Beschneidungsbefürworter lieber den gärtnerischen Euphemis-

<sup>54</sup> *Stehr*, Der Spiegel v. 23.7.2012, S. 125.

<sup>55</sup> Sehr schön wäre auch der Trost, den *Brigitte Zypries* zu spenden hätte: „Auch wenn es sich dabei um einen irreversiblen körperlichen Eingriff handelt, so ist er doch – nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt – nicht gesundheitsschädlich, sondern das Gegenteil. Außerdem ist er für die Betroffenen ohne Folgen und sozial akzeptiert“ (*dies.*, Recht und Politik 2012, 139). In welchen Händen liegt unsere Gesetzgebung! Man kann nur hoffen, dass *Zypries*, bevor sie ihre Stimme abgibt, wenigstens *eine* Widerlegung ihres Standpunktes zur Kenntnis nehmen wird: die aus der Feder *Putzkes* auf der Nachbarseite 138.

mus hören und gebrauchen, ist natürlich Unfug. Wer einem Menschen, ob Kind oder Erwachsener, den sensibelsten Teil seines Geschlechtsorgans raubt, der verstümmelt ihn an diesem Organ, wie er durch die Amputation des kleinen Fingers die Hand verstümmeln würde. Dass der Penis für den Geschlechtsverkehr mehr oder weniger tauglich bleibt, wie die Hand zum Greifen, tut nichts zur Sache. Der Geist, in welchem der Akt vollzogen wird, mag ihn in den Augen der Gläubigen zu einer heiligen, einer von Gott gewollten, einer den Bund mit Gott stiftenden Verstümmelung machen, aber er bleibt, was er ist: eine Verstümmelung. „Wenn wir die religiöse und politische Rhetorik beiseitelassen, bleibt die Beschneidung von Jungen so schlicht wie klar eine sexuelle Verstümmelung. Ich weiß das, weil ich selbst als Erwachsener beschnitten worden bin. Ich hatte ein Sexualleben vor meiner Beschneidung und habe eins danach – ich kann vergleichen. [...] Es ist mehr als dreißig Jahre her, dass ich auf dem OP-Tisch lag. Ich bin verheiratet und habe drei Kinder. Zwei Jungen. Und ich schwöre: Kein Messer, keine Schere wird je in die Nähe ihrer Vorhaut kommen.“<sup>56</sup>

Manchen, der mit dem Messer Vorhäute sogar abgeschnitten hat und vielleicht immer noch abschneidet, plagt sein Gewissen. Man höre das ehrliche Bekenntnis des Rabbiners *Worch*: „It’s painful. It’s abusive. It’s traumatic. And if anybody who is not in a covenant does it, I think they should be put in prison. I don’t think anybody has an excuse for mutilating a child, depriving them of their glans penis. We don’t have rights to other people’s bodies and a baby needs to have its rights protected. I think anybody who circumcises a baby is an abuser, unless it’s absolutely medically advised because of some complication that a urologist says ‚this baby has to be circumcised.‘ Otherwise, what for? [...] I’m an abuser. I do abusive things because I’m in covenant with God.“<sup>57</sup>

XI. Der Gesetzgeber wird wohl die Verstümmelung in Grenzen erlauben. Er wird damit im Interessenkonflikt zwischen den bedrohten Kindern und den Erwachsenen, die am Beschneidungsbrauch hängen, einen Kompromiss zulasten der Kinder wählen. Denn nach geltendem Recht ist bei einem

<sup>56</sup> *Niels Juel*, Beschneidung mit 18 – Im Bett mit und ohne, <http://www.taz.de/Beschneidung-mit-18/!101655/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012) – ein im Ganzen höchst lesenswerter Beitrag eines *Autors*, der sich seiner jüdischen Freundin zuliebe hat beschneiden lassen.

<sup>57</sup> Seine Sätze stammen aus dem Dokumentarfilm „Cut – Slicing Through the Myths of Circumcision“; zum Zitat siehe <http://www.noharmm.org/CArabbi%20admits.htm> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012). Für *Schirmmacher*, FAZ v. 23.9.2012, S. 31, dagegen ist es eine Verkehrung der Wahrheit („Inversion“), „wenn im Jahr 2012 eine jahrtausendealte Praxis wie die Beschneidung von deutschen Gerichten als ‚Körperverletzung‘ verurteilt wird und in Deutschland eine Debatte darüber beginnt, die ‚Judentum‘ und ‚Körperverletzung‘ in einen juristisch-semantischen Zusammenhang bringt, der einen sprachlos macht, in dem jüdische Eltern ihre eigenen Kinder verletzen [...]“. Sprachlos macht mich *Schirmmachers* Weigerung, in dem, was die Beschneidung dem Kind antut, eine Körperverletzung zu sehen.

Kind, wie das LG Köln richtig geurteilt hat, jede medizinisch unnötige Zirkumzision, auch die von den Eltern gewollte und religiös motivierte, als Körperverletzung verboten. Sie jetzt in Grenzen zu gestatten ist eine schwerwiegende Entscheidung, weil auch die dann erlaubten Verletzungen schwer wiegen. „Bei der Vorhautbeschneidung handelt es sich [...] um einen risikoreichen, schmerzvollen, mitunter sogar traumatisierenden Eingriff, der mit der irreversiblen Amputation eines hochsensiblen, funktional nützlichen Körperteils verbunden ist“.<sup>58</sup> „Ohne medizinischen Grund verliert der Junge irreversibel einen gesunden, erogenen Teil seines Körpers – nachweislich hat eine Zirkumzision einen Sensibilitätsverlust zur Folge. Zudem erleidet das Kind, auch wenn narkotisiert, Schmerzen, sowohl bei der Operation als auch in Form von postoperativen Wundschmerzen. Im Judentum wird die Beschneidung überwiegend sogar ohne Narkose durchgeführt. Untersuchungen zeigen, dass dies für den empfindlichen Säugling eine Qual ist. Schmerztraumata sind die Folge [...]. Hinzu tritt das Operations- und Komplikationsrisiko [...]. Und eben wegen des Fehlens jeder medizinischen Indikation ist es keineswegs das, was Juristen ein ‚erlaubtes Risiko‘ nennen. Abgesehen davon liegen die Komplikationsraten (Nachblutungen, Infektionen, Harnröhrenverengung) teilweise bei über zehn Prozent.“<sup>59</sup>

Roma locuta, causa finita, wenn das Gesetz zustandekommt? Nein. Erstens wird irgendwann die Frage zu entscheiden sein, ob das Gesetz auch mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Und zweitens werden sich die betroffenen Eltern, Ärzte und Religionsführer fragen, ob die Verletzungen der Kinder, die jetzt vorgenommen werden *dürfen*, auch vorgenommen werden *sollen*. „Wenn wir wüssten, dass es schädlich wäre, würden wir es doch nicht machen“ (*Graumann*). „Wir müssten das Ritual preisgeben, wenn wissenschaftliche Studien überzeugend dartäten, dass die Zirkumzision den Betroffenen erheblichen Schaden zufügt“ (*Soussan*). Solche Studien sind im Zuge der aktuellen Diskussion vorgelegt worden.<sup>60</sup> So ist es eine wissenschaftlich gesicherte Erkenntnis, dass die Vorhaut etwa 70% des sensorischen Penissgewebes enthält und ihre Entfernung die Sensibilität vermindert. Schon das müsste genügen, von der verbreiteten Verharmlosung der Operation abzurücken und den „erheblichen Schaden“ einzugestehen. Wer ihn, wie *Graumann* und *Soussan*, als ausschlaggebendes Kriterium anerkennt, muss folgerichtig auch dagegen sein, dass die Eltern und die Sprecher der Religionsgemeinschaften die rituelle Beschneidung ihrer Kinder weiterhin verlangen. Und sie müssen dafür sein, dass die Eltern und die Geistlichen über die Schmerzen und Risi-

ken der Operation sowie über die Auswirkungen im Sexualleben aufgeklärt und so davon abgebracht werden, die Beschneidung zu fordern.

Gemessen an den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung kann das Gesetz, wenn es kommt, nur ein angreifbares und zutiefst fragwürdiges sein. Die Vorhaut ist ein wichtiger Teil des Körpers, eine erogene Zone. Sie einem Kind ohne medizinische Notwendigkeit abzuschneiden, sollte verboten sein.

Die meisten Entscheidungsträger, die die Änderung der Rechtslage wollen, werden das Gesetz auch keineswegs aus ethischer Überzeugung, sondern allein aus politischen Gründen vorschlagen, beschließen oder bestätigen. Aber steckt in der politischen Motivation nicht doch eine tiefere Weisheit und dürfen wir nicht hoffen, dass am Ende das Beschneidungsleid wirksamer eingedämmt sein wird, als wenn alles beim Alten bliebe? Das Gesetz kommt denen, die am Ritus und an der Tradition festhalten wollen, entgegen und bewahrt sie vor demütigender Verpönung. Aber wie es zustande gekommen sein wird, nach eindringlicher Diskussion und unter Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse, steckt in ihm doch viel von der ethischen Forderung, das Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit zu achten. Die Beschneidung, das wird sich im Gesetz andeuten, ist ein schwerwiegender Eingriff, und besser wäre es, er bliebe dem Kind erspart. Das ist eine gute, „von außen“ geschaffene Grundlage für den Wandel „von innen heraus“, den mein jüdischer Freund in Aussicht stellt und abgewartet sehen möchte. Was sich bei vielen aufgrund der aktuellen Debatte und wissenschaftlicher Beiträge schon gewandelt hat, ist die Einschätzung und Gewichtung des Beschneidungsleides. Und wer diesem Leid, wie wohl jeder mitfühlende Mensch, ob Jude, Christ oder Moslem, für sein Urteil Bedeutung beimisst, muss auf die Dauer dafür sein, Kinder vor dem Leid zu bewahren und beim Beschneidungsfest an die Stelle der folgenschweren Operation einen symbolischen Akt zu setzen. Niemanden, meine ich, kann unberührt lassen, was eine Leserin auf *Maram Sterns* mitleidfreien Beitrag (s.o. bei Fn. 37) im Internet geantwortet hat: „In der Beschneidungsdebatte geht es darum, sich selbst erklären zu müssen, weshalb man den natürlichen Schutzinstinkt der Eltern gegenüber ihren Neugeborenen mittels Gruppenzwang durchbricht, um [...] das Urvertrauen des Neugeborenen in den von seinen Eltern gewährten Schutz vor Leid und Tod zu verletzen [...]. Die Beschneidung stellt einen Bruch innerhalb der wichtigsten zwischenmenschlichen Beziehung dar, die es gibt. Es gibt wohl keinen größeren Verstoß gegen natürliche menschliche Empfindungen als die Verletzung eines entblößten und ohnmächtig ausgelieferten Säuglings durch seine Eltern. Hierin liegt die unfreiwillige Selbstanklage, die hinter jeder Verteidigung dieses Brauches durchschimmert: Dass man die Beschneidung durchführt, obwohl sie sich falsch anfühlt [...]. Zurück bleibt das Gefühl, dass unter uns vermeidbares Leid und Unrecht geschieht.“<sup>61</sup>

<sup>58</sup> *Schmidt-Salomon*, [http://pro-kinderrechte.de/wp-content/uploads/2012/08/faq\\_beschneidung.pdf](http://pro-kinderrechte.de/wp-content/uploads/2012/08/faq_beschneidung.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>59</sup> *Putzke*, *Recht und Politik* 2012, 138 (Heft 3).

<sup>60</sup> Eindrucksvoll zusammengefasst finden sich die Forschungsergebnisse bei *Merkel*, *Süddeutsche Zeitung* v. 25./26.8.2012, S. 12. Er berichtet u.a. von einer „umfassend begründeten wissenschaftlichen Schätzung“ aus dem Jahr 2010, die „auf über hundert Todesfälle pro Jahr im Zusammenhang mit der Beschneidung von Knaben“ kommt – allein für die USA!

<sup>61</sup> Siehe <http://www.tagesspiegel.de/meinung/gastbeitrag-beschneidungs-debatte-der-heilige-eifer-der-intoleranten/7042150.html> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

Zugegeben, die Operation in eigenverantwortlicher Entscheidung nachholen zu lassen, werden dann wohl die meisten jungen Juden und Muslime sich weigern. Das würden viele beklagen. Z.B. der israelische Oberrabbiner *Metzger*, der sich über den Sinn der Beschneidung wie folgt geäußert hat: „Die Brit Mila, die Beschneidung, das ist ein Bund, ein Abkommen, das jeder Jude hat mit seinem Gott.“ Sie sei ein „Stempel, ein Siegel auf dem Körper eines Juden. Ein Siegel, von dem man sich nie verabschieden kann.“ Damit soll jeder jüdische Mann „selbst an dem verlorensten Ort der Welt daran erinnert werden, dass er Jude ist.“<sup>62</sup> Ganz ähnlich sagt es *Swatek-Evenstein*: „Die Beschneidung ist das unauslöschliche Zeichen der Zugehörigkeit zum Verbund des jüdischen Volkes [...]“<sup>63</sup>. Man kann es kaum deutlicher sagen: Es soll dem Gezeichneten schwer gemacht werden, jemals im Leben sein Judentum abzulegen. Ist das zu vereinbaren mit dem Persönlichkeitsrecht und der Religionsfreiheit, die doch ständig beschworen wird? Dem Regierungsentwurf sind diese Rechte des *Kindes* keine Zeile wert.

---

<sup>62</sup> Vgl. zu den Zitaten:

<http://www.sueddeutsche.de/politik/oberrabbiner-in-berlin-rabbi-metzger-zieht-die-grenzen-der-beschneidung-1.1446407> (zuletzt abgerufen am 10.10.2012).

<sup>63</sup> *Swatek-Evenstein*, Jüdische Allgemeine v. 18.2.2010 (s.o. Fn. 28).

# Die Rechtsgutslehre und der Besondere Teil des Strafrechts

## Ein dogmatisch-empirischer Vergleich von Chile, Deutschland und Spanien\*

Von Prof. Dr. **Roland Hefendehl**, Universität Freiburg

*Schon vielfach sind Straftatbestände einer kritischen und vielfach beunruhigenden Rechtsgutsanalyse unterzogen worden. Der vorliegende Beitrag baut auf diesen Erkenntnissen auf und möchte den Fokus „dogmatisch-empirisch“ darauf legen, wie sich die Besonderen Teile der Strafgesetzbücher in Chile, Deutschland und Spanien in einer jeweiligen Gesamtschau darstellen: Was ergibt ein Vergleich von Straftatbeständen mit individuellen und kollektiven Rechtsgütern, wie hoch ist der Prozentsatz von Straftatbeständen mit obskuren Rechtsgütern, sollte man die Straftatbestände mit kollektiven Rechtsgütern weiter ausdifferenzieren, welche Entwicklungen sind auszumachen? Durch diese neuartige Herangehensweise wird ein weiteres Werkzeug zur Verfügung gestellt, über das der Zustand eines Strafgesetzbuchs bewertet werden kann.*

### I. Hinführung zum Thema

Der Begriff des Rechtsguts ist schon etliche Male totgesagt worden.<sup>1</sup> Aber er lebt nach wie vor und hat in unseren Augen in seiner Bedeutung für ein rationales Strafrecht nichts eingebüßt.<sup>2</sup> Die besondere Aufmerksamkeit, die der Sammelband zur Rechtsgutstheorie<sup>3</sup> insbesondere in den deutsch- und spanischsprachigen Ländern erfahren hat, beweist dies eindrucksvoll. Und immer wieder machen auch Entscheidungen der Judikative deutlich, dass man mit dem Rechtsgut gerungen hat oder zumindest hätte ringen müssen.<sup>4</sup>

---

\* Dieser Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den *Verf.* auf Einladung der Universidad Alberto Hurtado und hier insbesondere Prof. Dr. *Luis Emilio Rojas* im Rahmen der Clase Inaugural del Magíster en Derecho Penal am 3. April 2012 in Santiago de Chile gehalten hat. Für vorbereitende Recherchen danke ich Herrn *Tarik Güngör*.

<sup>1</sup> *Schünemann*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 133 m.w.N.

<sup>2</sup> Hefendehl, GA 2007, 1 (2 f.).

<sup>3</sup> Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens (Fn. 1) sowie die erweiterte spanische Fassung mit dem Titel „La teoría del bien jurídico“, Madrid 2007.

<sup>4</sup> Während im ersten Abtreibungsurteil BVerfGE 39, 1 (1. Leitsatz) und 47 ff. noch eine verfassungsrechtliche Implikation des Rechtsgutes angedeutet wurde, vermied das BVerfG in der sog. „Cannabis-Entscheidung“ eine Auseinandersetzung mit der Rechtsgutstheorie (BVerfGE 90, 145 [171 ff.]). In BVerfGE 120, 224 (241 f.) – sog. „Inzest-Entscheidung“ – holt es dieses Versäumnis allerdings nach, lehnt eine Legitimationswirkung des Rechtsgutes jedoch ausdrücklich ab und bekennt sich ausschließlich zu einer grundrechtsorientierten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Zu beachten ist allerdings auch das Sondervotum *Hassemers*, der dafür plädiert, die Rechtsgutsdogmatik für die Prüfung des legitimen Zwecks der Verhältnismäßigkeitsprüfung fruchtbar zu machen, s. BVerfGE 120, 255 (263 f.); dem BVerfG folgend OLG Hamburg NJW 2010, 1893 (1897), das rechtsgutsdog-

In der universitären Ausbildung vergehen häufig nur wenige Stunden, bis die Studierenden das erste Mal mit dem Begriff des Rechtsguts konfrontiert werden. Denn gemeinhin umschreibt man die Aufgabe des Strafrechts zutreffend mit dem Rechtsgüterschutz und jeder Gang durch die Geschichte bietet reiches Anschauungsmaterial, wann dieser elementare Grundsatz mit Füßen getreten wurde. Der Nationalsozialismus steht hier für den grausamen Höhepunkt. Das Strafrecht richtete sich als Machtinstrument gegen ad hoc konstruierte Pflichtverletzungen bzw. sogleich allein gegen den ausgemachten Feind.<sup>5</sup>

Gerade diese Erfahrungen haben zu der deutschen Verfassung, dem Grundgesetz, geführt. Es ist als ein dezidiertes Gegenentwurf zum Unrechtsregime des Nationalsozialismus zu verstehen, wonach nunmehr die Pönalisierung einer bloßen Pflichtverletzung nur als verfassungswidrig bezeichnet werden könnte.<sup>6</sup> Richtigerweise lässt sich auch das strafrechtliche Rechtsgüterschutzprinzip als der Kontrapunkt unmittelbar in der Verfassung verankern.<sup>7</sup>

Wenn wir noch einmal zur universitären Ausbildung zurückkommen: Nachdem der Studierende den Begriff des Rechtsguts im Kontext der Aufgabe des Strafrechts kennengelernt hat, erfährt er vielleicht noch einige inhaltliche Definitionsversuche, die stets zwischen großer Vagheit und nicht tragfähiger Enge oszillieren.<sup>8</sup> Er lernt die Unterscheidung von individuellen und kollektiven Rechtsgütern kennen, aber dann beginnt der Stern des Rechtsguts in der Folgezeit seines Studiums doch rasch zu verblassen. Handelt es sich also doch nur um eine vergängliche Sternschnuppe?

Aufgabe unserer folgenden Überlegungen soll es sein, die fortwirkende Strahlkraft des Rechtsguts zu belegen. Wir möchten das nun nicht ein weiteres Mal historisch angehen, sondern eben am Fortgang der universitären Ausbildung im Strafrecht nachzeichnen. Keine Rolle sollen dabei im Rahmen dieses Beitrags mögliche Implikationen des Rechtsguts für strafrechtsdogmatische Fragen innerhalb des Allgemeinen Teils spielen. Diese sind durchaus zahlreich und reichen etwa

---

matistische Argumente als juristisch irrelevante rechtspolitische Ansichten verwirft.

<sup>5</sup> Vertreten von *Schaffstein*, DStrR 1935, 97 (105); Darstellung des Pflichtverletzungsgedankens als Verbrechen zur Zeit des Nationalsozialismus bei *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975, S. 185 f.

<sup>6</sup> Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 50.

<sup>7</sup> *Rudolphi*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. Lfg., Stand: Juni 1997, Vor § 1 Rn. 5; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 80 ff.; Hefendehl (Fn. 6), S. 48 ff.; *Hassemers*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens (Fn. 1), S. 57 (S. 60); *Schünemann* (Fn. 1), S. 133 (S. 143); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 92.

<sup>8</sup> Hefendehl (Fn. 6), S. 21.

von der Relevanz einer Einwilligung<sup>9</sup> über die Notwehrfähigkeit eines Rechtsguts<sup>10</sup> bis hin zu Fragen der Konkurrenzen.<sup>11</sup>

Hier soll vielmehr die Bedeutung der Rechtsgutslehre bzw. des Rechtsgutsbegriffs für den Besonderen Teil in den Blick genommen und damit eine offenkundige Lücke geschlossen werden. Denn immer dann, wenn wir im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs angelangt sind, scheint die Bestimmung des durch den jeweiligen Straftatbestand geschützten Rechtsguts für Wissenschaft und Praxis nicht mehr als eine lästige Pflichtübung zu sein. Wirft man einen Blick in deutsche Gesetzesbegründungen, so mutet es schon kurios an, mit welcher Selbstverständlichkeit bei jedem neuen Straftatbestand das Rechtsgut benannt und in keinem Falle hinterfragt wird, wie obskur es auch immer sein mag.<sup>12</sup>

### II. Die Vorgehensweise

Das Ziel dieses Beitrags soll es nun nicht sein, bestimmte Straftatbestände in Chile, Spanien oder Deutschland im Hinblick auf die vorgeblich geschützten Rechtsgüter zu hinterfragen. Vielmehr wird eine Art Vogelperspektive eingenommen, um – bildlich gesprochen – aus großer Höhe einen umfassenden Überblick über den Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs und die jeweils geschützten Rechtsgüter zu erlangen. Um nicht doch wieder im Detail zu landen, sind die Rechtsgüter in spezifischen Gruppen zusammenzufassen.

#### 1. Individuelle und kollektive Rechtsgüter

Die Hauptunterscheidung ist dabei diejenige zwischen den *individuellen* und den *kollektiven* Rechtsgütern. Bei den individuellen Rechtsgütern sollen wiederum die Rechtsgüter der Vermögensdelikte, die Rechtsgüter der körperlichen Integrität und hier so bezeichnete persönlichkeitskonstituierende Rechtsgüter unterschieden werden. Zu letzteren gehören etwa die durch die Ehrdelikte geschützten Rechtsgüter. Zu den individuellen Rechtsgütern rechnen wir gleichfalls solche Konstruktionen des Strafgesetzgebers, bei denen entweder ein *vor-*

*verlagerter Rechtsgutsschutz* auszumachen ist oder im Einzelnen noch unbestimmte Individualrechtsgüter zahlreicher Rechtsgutsträger geschützt werden. Ein Beispiel für einen vorverlagerten Rechtsgutsschutz sind die sog. Organisationsdelikte wie die Bildung einer terroristischen Vereinigung.<sup>13</sup> Ein Beispiel für den Schutz *kumulierter Individualrechtsgüter* ist der Straftatbestand der Trunkenheitsfahrt.<sup>14</sup>

Der schlichte Hinweis darauf, kollektive Rechtsgüter dienen den Interessen beliebig vieler Personen, mit anderen Worten der Allgemeinheit, lässt in unseren Augen eine zu disparate Gruppe zurück. Trennschärfer wird die Definition, wenn man die Begriffe der Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung, der Nicht-Rivalität des Konsums und der Nicht-Distributivität verwendet.<sup>15</sup> Wir machen insgesamt vier unterschiedliche Gruppen kollektiver Rechtsgüter aus: die kollektiven Vertrauensrechtsgüter mit dem Beispiel des Vertrauens in die Sicherheit des Geldes, die Rechtsgüter zum Schutz aufzehrer gesellschaftlicher Kontingente mit dem Beispiel der Umweltrechtsgüter, staatliche Funktionsrechtsgüter mit dem Beispiel des Bestands des Staates und seiner Einrichtungen sowie aufzehrbare staatliche Kontingente mit dem Beispiel des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen.<sup>16</sup>

Alle Konstruktionen jenseits dieser Gruppen betreffen entweder nur *kollektive Scheinrechtsgüter* bzw. sind als *obskur* zu bezeichnen. Die Sicherheit des Verkehrs<sup>17</sup> oder das scheinbare Rechtsgut des Inzesttatbestandes<sup>18</sup> können hierfür als Vertreter benannt werden.

Eine derartige Systematisierung der Rechtsgüter findet sich naturgemäß nicht in den Strafgesetzbüchern, schon deshalb nicht, weil die zuletzt genannte Gruppe scheinbarer kollektiver Rechtsgüter in diesen nicht auftauchen wird. Die klassische Systematisierung des Strafgesetzbuchs verdeckt vielmehr derartige „schwarze Schafe“ über unscharfe Gruppen. Das insoweit eindrücklichste Beispiel in Deutschland ist der Abschnitt der „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“, in dem sich der Hausfriedensbruch, die Bildung terroristischer Vereinigungen oder das unerlaubte Entfernen vom Unfallort befinden. Dies ist nicht mehr und nicht weniger als ein abenteuerlicher Gemischtwarenladen, was auch deshalb nicht verwundert, als die „öffentliche Ordnung“ eben nicht als ein Strafrechtsgut zu fungieren vermag.

#### 2. Erstrebte Erkenntnisziele und Thesen

a) Mit den eben herausgebildeten Gruppen möchten wir den folgenden Fragestellungen nachgehen, die unseres Wissens bislang noch nicht untersucht worden sind: Zunächst einmal

<sup>9</sup> Vgl. die Einwilligungsproblematik bei § 315c StGB, für die das geschützte Rechtsgut (Individual- oder Kollektivrechtsgut) als präjudiziell angesehen wird; eine Einwilligungsmöglichkeit bejahend Wolters, in: Wolter (Fn. 7), 131. Lfg., Stand: März 2012, § 315c Rn. 22; Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, § 68 Rn. 24; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 38 Rn. 43; eine Einwilligungsmöglichkeit ablehnend BGHSt 23, 261 (263 ff.); Groeschke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 315c Rn. 69.

<sup>10</sup> Roxin (Fn. 7), § 13 Rn. 12; Weigend, ZStW 98 (1986), 44 (61).

<sup>11</sup> Rechtsgutstheoretische Argumentation beispielsweise bei Wolters, in: Joecks/Miebach (Fn. 9), § 264 Rn. 124.

<sup>12</sup> Beispielhaft genannt sei die Gesetzesbegründung zu § 130 Abs. 4 StGB, in der auf das „Gefühl der Bevölkerung, insbesondere der Nachkommen der Opfer, hier in Frieden leben zu können“, abgehoben wird, BT-Drs. 15/5051.

<sup>13</sup> Hierzu etwa Cancio Meliá, in: Hefendehl (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, 2010, S. 47 ff.

<sup>14</sup> Hier wird fälschlicherweise auf das vorgebliche Rechtsgut der Sicherheit des Straßenverkehrs verwiesen, vgl. Hefendehl (Fn. 6), S. 140 f.; bei der sog. Volksgesundheit besteht eine parallele Problematik, Roxin (Fn. 7), § 2 Rn. 10.

<sup>15</sup> Zu dieser Systematisierung Hefendehl (Fn. 6), S. 111 ff.

<sup>16</sup> Hefendehl (Fn. 6), S. 238 ff., 306 ff., 335 ff., 361 ff.

<sup>17</sup> Zum Scheinrechtsgutcharakter o. Fn. 14.

<sup>18</sup> Sondervotum Hassemer BVerfGE 120, 255 (257 ff.); anders BVerfGE 120, 224 (238 ff.).

sollen die prozentualen Verteilungen der Rechtsgutsgruppen für die Strafrechtsordnungen Chiles, Deutschlands und Spaniens ermittelt und im Anschluss auch vergleichend interpretiert werden. Warum Chile und Deutschland als Anschauungsmaterial gewählt werden, ergibt sich von selbst.<sup>19</sup> Spanien wiederum haben wir deshalb hinzugenommen, weil zwischen dessen Strafrechtssystem und demjenigen Chiles wie Deutschlands umfangreiche Wechselwirkungen auszumachen sind. In einem zweiten Schritt lohnt ein Vergleich, in welcher Reihenfolge die jeweiligen Rechtsgutsgruppen angeordnet sind. Schließlich sind drittens die Entwicklungen in den vergangenen Jahrzehnten darzustellen.

b) Was die jeweilige Interpretation eines Straftatbestandes und die Zählweise anbelangt, sind wir uns natürlich bewusst, dass einige interpretative Unsicherheiten bestehen. Sie sind aber um des übergeordneten Zieles willen in Kauf zu nehmen. Sofern Unterschiede im Hinblick auf die Regelung im sog. Kern- und im Nebenstrafrecht bei den verschiedenen Strafgesetzbüchern festgestellt wurden, so haben wir diese zur Herstellung der Vergleichbarkeit herausgerechnet.<sup>20</sup> Antragserfordernisse, Nebenfolgen und Ähnliches bleiben bei diesem Vergleich unberücksichtigt. Es geht uns um die materiellen Straftatbestände.

c) Die drei Gesetzeswerke lassen sich dabei kurz wie folgt charakterisieren: Das chilenische Strafgesetzbuch ist trotz aller Reformen, die seit seinem Inkrafttreten vorgenommen wurden, noch immer das Strafgesetzbuch von 1874. Es ist damit das älteste unter den in Lateinamerika geltenden Strafgesetzbüchern. Es gab zwar mehrere Entwürfe, die das Strafrecht umfassend novellieren sollten, ihnen war aber kein Erfolg beschieden.<sup>21</sup>

Für Deutschland sieht es tendenziell nicht anders aus: Das geltende deutsche Strafgesetzbuch geht auf das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 zurück. Trotz aller Novellen haben sich die wesentlichen Grundstrukturen seitdem nicht verändert. Zwei Reformgesetze seien gleichwohl hervorgehoben: Das erste Strafrechtsreformgesetz von 1969 eliminierte beispielsweise endlich die Strafbarkeit des Ehebruchs und andere sexuelle Moralvorschriften.<sup>22</sup> Das Strafrechtsreformgesetz von 1998 versuchte, Unstimmigkeiten mit der Werteordnung des Grundgesetzes zu beseitigen und den

strafrechtlichen Schutz der körperlichen Integrität gegenüber den finanziellen Interessen aufzuwerten.<sup>23</sup>

Auch das spanische Strafrecht hat seinen Ursprung im 19. Jahrhundert, nämlich im Código Penal von 1848.<sup>24</sup> Die Strafrechtsreform von 1995 ist allerdings als ein wesentlicher Einschnitt zu betrachten, die auf der Verfassung von 1978 basierte und das Strafgesetzbuch von 1973, also aus der Zeit des Franco-Regimes, ablöste. Auch der Besondere Teil wurde in diesem Zuge erheblich modernisiert und an das Modell des neuen Verfassungsstaates angepasst.

Damit haben wir die interessante Ausgangsposition dreier Strafgesetze, die jeweils im 19. Jahrhundert ihren Ausgang nahmen, dann aber in unterschiedlicher Weise reformiert wurden.

d) Natürlich kann eine derartige Vorgehensweise nur das jeweilige normative Strafrechtsprogramm in den Blick nehmen. Aber dieses sagt möglicherweise Erhellendes über den Zustand des Staates bzw. dessen Entwicklung aus, der mit dem Strafrecht bzw. seiner Veränderung auch ein Zeichen setzen möchte. Schon oft genug mussten wir feststellen, dass der Gesetzgeber nicht etwa auf veränderte gesellschaftliche Problemlagen, sondern auf politisch ausgemachte Handlungszwänge oder Einstellungsänderungen reagierte.<sup>25</sup> In diesem Zuge eingeführte Straftatbestände wie beispielsweise der Straftatbestand der Bildung terroristischer Vereinigungen fristen nicht selten ein empirisch absolut marginales Dasein,<sup>26</sup> was mit Sicherheit nicht deren großer Präventivkraft zuzuschreiben ist.

e) Ein Strafrecht in diesem Sinne wird integraler Bestandteil der Politik, ohne dass es überhaupt noch auf die Frage der Einlösung der relativen Strafzwecke ankäme. Der Topos „Governing through Crime“<sup>27</sup> greift diese Entwicklung vom Begriff her plastisch auf, für den materielle Legitimationsgrenzen des Strafrechts ebenso unbekannt wie irrelevant sind. Er stammt zwar nicht nur zufällig aus dem englischsprachigen Raum. Aber gerade auch die derzeitige chilenische Politik scheint mir nicht unerheblich US-amerikanisch beeinflusst zu sein. Und für Deutschland gibt es gleichfalls nicht wenige kritische Stimmen, die einen Ausverkauf ehemals hochgeschätzter Strafrechtsprinzipien im materiellen Strafrecht und auch im Strafprozessrecht befürchten.<sup>28</sup>

<sup>19</sup> So wurden diese Gedanken mündlich erstmalig in Santiago de Chile präsentiert.

<sup>20</sup> Beispielhaft genannt seien die im spanischen Código Penal geregelten Art. 270 ff. (Urheber- und Patentdelikte), Art. 278 ff. (Ausspähen von Unternehmen und unlauterer Wettbewerb), Art. 290 ff. (Bilanz- und Gesellschaftsrechtliche Straftaten) oder Art. 361 ff. (Schädliche Manipulation von Medikamenten und Nahrung), die nicht im deutschen Kernstrafrecht, also dem StGB, normiert sind.

<sup>21</sup> Hierzu und zur Entwicklung des chilenischen Strafrechts *Madlener*, Strafgesetzbuch der Republik Chile, 1988, S. 1 ff.

<sup>22</sup> Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (BGBl. I 1969, S. 645), in Kraft getreten am 1.9.1969 bzw. am 1.4.1970.

<sup>23</sup> Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (BGBl. I 1998, S. 164), in Kraft getreten am 1.4.1998; zum Ziel, höchstpersönliche Rechtsgüter in ihrer Wertigkeit an die vermögensrelevanten Rechtsgüter anzupassen, BT-Drs. 13/8587, S. 1, 18 f.

<sup>24</sup> Zur Entwicklung des spanischen Strafrechts *Bacigalupo*, Das spanische Strafgesetzbuch, 2002, S. 1 ff.

<sup>25</sup> Siehe etwa die Tatbestände Bildung krimineller Vereinigungen (§ 129 StGB), Geldwäsche (§ 261 StGB), Zwangsheirat (§ 237 StGB).

<sup>26</sup> Von insgesamt 700.019 Aburteilungen entfielen nach der Strafverfolgungsstatistik 2010 nur 4 auf § 129a StGB (Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2010).

<sup>27</sup> Vgl. *Simon*, *Governing through Crime*, 2007, passim.

<sup>28</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 7 ff.

f) Folgende sechs Thesen sollen dabei auf ihre Plausibilität hin überprüft werden:

- Ein Strafgesetzbuch, das sich auf die individuellen Rechtsgüter konzentriert, ist eher liberal als obrigkeitstaatlich ausgeprägt.<sup>29</sup> Dabei ist es zudem eine Errungenschaft der Moderne, primär auf unveräußerliche Rechtsgüter der Person abzustellen und erst dann auf das Vermögen zu setzen (These 1).
- Straftatbestände zum Schutz kollektiver Rechtsgüter sind allerdings nicht per se ein bedenkliches Zeichen der Fokussierung auf den Staat. Vielmehr sind die unterschiedlichen Strukturen kollektiver Rechtsgüter im Auge zu behalten und ist die Grenzziehung daher eine andere: Während der strafrechtliche Schutz staatlicher Funktionsrechtsgüter sowie staatlicher Kontingente eher eine isolierte staatstragende Funktion hat, sind die gesellschaftlichen Vertrauensrechtsgüter von den Gesellschaftsmitgliedern her konstruiert und damit ein Bindeglied zum Staat (These 2).<sup>30</sup>
- Auch wenn es Vorverlagerungstatbestände schon immer gegeben hat, sind sie Ausdruck eines gesetzgeberischen Sicherheitsdenkens und damit ein Zeichen der Moderne (These 3).<sup>31</sup>
- Straftatbestände mit obskuren Rechtsgütern sind eine Frucht überkommenen Denkens, bei dem auch Moralvorstellungen zumindest unterschwellig eine Rolle spielten. Auch die Konstruktion von Scheinrechtsgütern steht im Verdacht, verdecken zu wollen, dass es in Wirklichkeit nicht um den Schutz von Rechtsgütern geht (These 4).<sup>32</sup>
- Die Anordnung der Straftatbestände mit den unterschiedlichen Rechtsgutsgruppen spiegelt das Selbstverständnis von Staat und Gesellschaft wider. Je älter bzw. hierarchischer eine Strafrechtsordnung ist, desto mehr stellt sie die Straftatbestände gegen den Staat in den Vordergrund (These 5).
- Die Hoffnung besteht, dass neuere Gesetzesfassungen rechtsgutsorientierter und freiheitlicher gefasst sind (These 6).

<sup>29</sup> In diese Richtung geht auch die sog. personale Rechtsgutslehre: *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vor § 1 Rn. 131 ff.

<sup>30</sup> Zu den Vertrauensrechtsgütern *Hefendehl* (Fn. 6), S. 124 ff.

<sup>31</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit die Einführung des § 202c StGB durch das 41. StrÄndG v. 7.8.2007 (BGBl. I 2007, S. 1786) oder das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten v. 30.7.2009 (BGBl. I 2009, S. 2437) zur Einführung des § 89a StGB.

<sup>32</sup> Zu den Scheinrechtsgütern und der Notwendigkeit von deren Eliminierung *Hefendehl* (Fn. 6), S. 33 ff.; *ders.*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Fn. 1), S. 119 (S. 121 ff.).

### III. Die Erkenntnisse im Einzelnen

#### 1. Die Verteilung der Rechtsgutsgruppen

a) Betrachten wir zunächst einmal die beiden großen Rechtsgutsgruppen der individuellen und der kollektiven Rechtsgüter, so kommen wir im aktuellen deutschen Strafgesetzbuch auf 56 % Straftatbestände mit individuellen Rechtsgütern und 37 % mit kollektiven Rechtsgütern.<sup>33</sup> Innerhalb der individuellen Rechtsgüter dominieren die dem Schutz der körperlichen Integrität dienenden Straftatbestände (38 %), gefolgt von den Straftatbeständen mit vermögensrechtlichen Rechtsgütern (24 %). Der Schutz staatlicher Funktionen macht 44 % der Straftatbestände mit kollektiven Rechtsgütern aus, derjenige der Vertrauensrechtsgüter 31 %.

b) Diese prozentualen Verteilungen gewinnen an Aussagekraft, wenn wir sie mit den Strafrechtsordnungen von Chile und von Spanien vergleichen. So ist das Verhältnis von Straftatbeständen mit individuellen und mit kollektiven Rechtsgütern in Chile im Vergleich zu Deutschland in Richtung auf die kollektiven Rechtsgüter hin verschoben. Diese Gruppe macht hier zehn Prozentpunkte mehr und damit 47 % aus. Die Straftatbestände, die kollektive Rechtsgüter schützen, und diejenigen, die individuelle Rechtsgüter schützen, sind damit in Chile ungefähr gleich verteilt. Demgegenüber dominieren anders als in Deutschland innerhalb der Gruppe der Kollektivrechtsgüter die Straftatbestände mit Vertrauensrechtsgütern deutlich (53 %).

Auffallend gegenüber Deutschland ist, dass die die körperliche Integrität schützenden Straftatbestände nur 21 % der Straftatbestände ausmachen, die Individualrechtsgüter schützen. Das sind immerhin 17 Prozentpunkte weniger als in Deutschland.

In Spanien nehmen die Straftatbestände mit kollektiven Rechtsgütern mit 51 % vergleichsweise den größten Raum ein. Die staatlichen Funktionsrechtsgüter sind innerhalb der Gruppe der kollektiven Rechtsgüter mit 38 % vertreten, die Vertrauensrechtsgüter mit 34 %. Die die körperliche Integrität schützenden Straftatbestände schlagen innerhalb der Gruppe individueller Rechtsgüter mit 36 % zu Buche, was ungefähr dem Anteil in Deutschland entspricht. Dies gilt auch für die Straftatbestände mit Vermögensrechtsgütern, die 22 % ausmachen.

c) Diese Verteilung der Rechtsgutsgruppen wollen wir nun in einem ersten Schritt auch im Hinblick auf unsere Thesen interpretieren: Auf den ersten Blick scheint das deutsche Strafgesetzbuch das deshalb in seiner Ausrichtung liberalste zu sein, weil den Straftatbeständen mit Individualrechtsgütern die vergleichsweise größte Bedeutung zukommt. Ferner ist hervorzuheben, dass die die körperliche Integrität schützenden Straftatbestände in Chile wesentlich schwächer ausgeprägt sind als in Deutschland und in Spanien (vgl. unsere These 1). Dies lässt sich vermutlich damit erklären, dass es in Chile bislang nicht die Gelegenheit gab, im Rahmen einer

<sup>33</sup> Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, wenn diese und die folgenden Berechnungen, die am Institut vorliegen, hier im Einzelnen etwa über Listen der in eine Kategorie fallenden Straftatbestände ausgeführt würden.

Gesamtreform die Euphorie des 19. Jahrhunderts wieder zu rechtzustutzen. Im Zuge der damaligen Industrialisierung sah man die jeweiligen Strafgesetze als prädestiniert an, die Motoren in Gestalt von Eigentum und Vermögen in besonderer Weise zu schützen.

Wenn wir nun die Straftatbestände, die individuelle Rechtsgüter schützen, und diejenigen, die Vertrauensrechtsgüter schützen, addieren, so kommen wir in Deutschland und in Chile allerdings auf fast exakt die gleiche Quote, nämlich  $\frac{2}{3}$  der Straftatbestände. In Spanien liegt sie mit 63 % nur geringfügig darunter. Damit relativiert sich der für das deutsche Strafgesetzbuch ausgemachte besondere liberale Gehalt wieder (vgl. These 2). Denn die kollektive Vertrauensrechtsgüter schützenden Straftatbestände konstruieren den Strafrechtsschutz von der Idee her ja nicht von oben, von Seiten des Staates, sondern von den Gesellschaftsmitgliedern aus. Diese haben in für deren Leben relevante staatliche Institutionen Vertrauen ausgebildet, das durch das Strafrecht geschützt wird.<sup>34</sup> So machen Straftatbestände zum Schutz staatlicher Funktionsrechtsgüter als Kontrapunkt in Deutschland 16 %, in Chile 12 % und in Spanien 19 % aus. Sie sollen vom Anspruch des Strafrechts her den Staat stabilisieren, ohne dass ein unmittelbarer Gesellschaftsbezug besteht.<sup>35</sup>

## 2. Vorverlagerter Rechtsgutsschutz, obskure Rechtsgüter und Scheinrechtsgüter

a) Was Straftatbestände mit vorverlagertem Individualrechtsgutsschutz anbelangt (vgl. die These 3), so können wir die folgende Stufung feststellen: In Chile fallen 11 % der Straftatbestände mit Individualrechtsgütern, in Spanien 16 % und in Deutschland 19 % hierunter. Möglicherweise spiegelt sich in diesen Unterschieden der gerade in Deutschland in den letzten Jahren auszumachende *Sicherheitsdiskurs* als ein Spezifikum der Gegenwart. Er führt tendenziell zu einer immer weiterreichenden Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Bereich des Vagen und Unspezifischen hinein. Als hervorstechendes Beispiel sei der junge Straftatbestand der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB) genannt, bei dem zu Recht beklagt wird, dass auch rechtsgutsneutrale sozialadäquate Handlungen wie etwa das Erlernen von vorurteilsbehafteten Sprachen oder das Sammeln nicht unerheblicher Vermögenswerte hiervon erfasst würden.<sup>36</sup> Vielleicht haben diese Fehlentwicklungen Chile noch nicht in vollem Umfang erreicht.

b) aa) Unsere These 4 ging davon aus, dass Straftatbestände mit obskuren Rechtsgütern eine Frucht überkommenen Denkens sind, bei dem auch Moralvorstellungen zumindest unterschwellig eine Rolle spielen. Tatsächlich machen wir in dem im Dreiervergleich modernsten Strafgesetzbuch, demjenigen von Spanien, nur 3 % derartiger Delikte aus. Für Chile und Deutschland liegen die Zahlen mit jeweils 6 % aber auf gleichem Niveau. In absoluten Zahlen sind das im-

merhin Unterschiede von 11 problematischen Straftatbeständen in Spanien und jeweils 19 Delikten in Chile bzw. Deutschland. Sie kreisen im Wesentlichen um Symbolschutz, Ehe, Familie und überkommene Sexualvorstellungen.

bb) Unter Scheinrechtsgütern haben wir solche Rechtsgüter verstanden, die einem Straftatbestand unterlegt werden, obwohl sie sich bei genauerer Betrachtung als Chimären entpuppen. Der sog. öffentliche Friede gehört ebenso dazu wie die öffentliche Sicherheit oder auch die öffentliche Ordnung.<sup>37</sup> Ferner verbergen sich in der Gruppe der gemeingefährlichen Delikte scheinbare Rechtsgüter. Wenn ein derartiges Scheinrechtsgut entlarvt worden ist, so bedeutet dies nicht automatisch, dass wir einen rechtsgutslosen Straftatbestand vor uns haben. Aber es wird doch allenfalls um einen extrem vorverlagerten Rechtsgutsschutz gehen, der besonderer Legitimationsbedingungen bedarf.<sup>38</sup>

Unter die Straftatbestände mit kollektiven Scheinrechtsgütern müssen wir in Deutschland 52 von 161 Straftatbeständen mit vorgeblich kollektiven Rechtsgütern subsumieren, das ist immerhin ein knappes Drittel. In Spanien ist die Quote mit 54 von 210 Straftatbeständen erheblich geringer und macht nur ein Viertel aus. Für Chile hingegen haben unsere Recherchen eine beunruhigend hohe Quote von 42 % ergeben, die fehlerhaft unter die Straftatbestände mit kollektiven Rechtsgütern gefasst worden sind.

Derartige gesetzgeberische Mängel sind deshalb als besonders bedenklich anzusehen, weil sie Legitimationslücken kaschieren.

## 3. Die Anordnung der Straftatbestände

These 5 befasst sich mit der Anordnung der verschiedenen Straftatbestände in den Strafgesetzen, die nachfolgend für die drei verschiedenen Rechtsordnungen skizziert sei.

a) Der Besondere Teil des deutschen Strafgesetzbuchs beginnt mit einem überaus umfangreichen Komplex von sechs Abschnitten zum Schutz des Staates und seiner Organe (§§ 80-122 StGB). Danach fällt es schwer, eine auch nur halbwegs überzeugende Organisation der folgenden Abschnitte auszumachen. Denn es folgen Straftaten gegen die öffentliche Ordnung, die als nicht mehr als ein Sammelsurium verschiedenster Straftatbestände zu bezeichnen sind, sodann mit den Geldfälschungs- und den Rechtspflegedelikten Straftatbestände mit klassischen kollektiven Rechtsgütern, bevor es mit den Delikten gegen die Religion und Familie mit Abschnitten weitergeht, die teilweise an der Grenze zum Moralschutz stehen, teilweise eine Zwitterstellung zwischen dem Schutz individueller und kollektiver Rechtsgüter einnehmen. Die folgenden Abschnitte sind den individuellen Rechtsgütern gewidmet, bei denen aus historischen Gründen wegen ihrer ursprünglichen Nähe zu Ehe und Familie Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung an der Spitze stehen. Die zentralen Straftaten gegen das Leben nehmen erst mit dem 16. Abschnitt, also mit dem Mordtatbestand des § 211

<sup>34</sup> Hefendehl, ZIS 2006, 229 (234 f.).

<sup>35</sup> Zu dieser Rechtsgutsgruppe Hefendehl (Fn. 6), S. 335 ff.

<sup>36</sup> Vgl. Puschke, in: Hefendehl (Fn. 13), S. 9 (S. 33); Deckers/Heusel, ZRP 2008, 169 (171); Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 29), § 89a Rn. 35, 51.

<sup>37</sup> Hefendehl (Fn. 6), S. 290 ff.; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 90 ff.

<sup>38</sup> Hefendehl (Fn. 6), S. 35 ff.; s. auch Puschke (Fn. 36), S. 9 (S. 23 ff.).

StGB, ihren Anfang. Mit dem Diebstahlstatbestand beginnt im 19. Abschnitt die Regelung der Eigentums- und Vermögensdelikte, wobei lückenfüllend insbesondere seit den 70er Jahren immer wieder Wirtschaftsstraftaten mit kollektiven Rechtsgütern eingefügt worden sind.<sup>39</sup>

Bei den sog. gemeingefährlichen Straftaten wird ähnlich wie bei den Straftatbeständen gegen die öffentliche Ordnung auf eine rechtsgutsorientierte Systematisierung verzichtet und hierunter alles eingeordnet, was irgendwie gefährlich klingt und nicht direkt einem Rechtgutsträger zuzuordnen ist. Auch bei den Straftaten im Amt, die das Strafgesetzbuch abschließen, fehlt es an einer stringenten Rechtsgutskonzeption. Hier wird vielmehr vom Täter her, nämlich vom öffentlichen Bediensteten, systematisiert.

Zusammenfassend lässt sich die Systematik des Strafgesetzbuches mit der Idee vom Primat des Staates erklären, von dem sich alle Rechte ableiten. Daher wird zunächst der Schutz des Staates geregelt, dann im weitesten Sinne die Organisation der Gesellschaft, anschließend erst der Schutz des Menschen und zuletzt die Strafbarkeit des Staates selbst über das Handeln seiner Bediensteten. Die Systematik des StGB, so scheint es, will somit den Staat mehr vor seinen Bürgern schützen als seine Bürger vor dem Staat. Mit der modernen Idee der Teilhabe der Gesellschaftsmitglieder am Staat hat dieses Bild noch nichts zu tun.

b) Obwohl das chilenische Código Penal im Grundsatz ähnlich aufgebaut ist, wirkt seine Systematik doch liberaler. Auch in Chile gilt der Primat des Staates. Er ist Ausgangspunkt der bürgerlichen Freiheiten und deswegen muss seine Funktion gesichert werden. Daher beschäftigen sich die ersten zwei Titel des zweiten Buches des chilenischen Código Penal mit Verbrechen gegen die äußere und innere Sicherheit des Staates. Bemerkenswert, und im Vergleich zur deutschen Systematik vorzugswürdig, erscheint die Gestaltung des dritten Titels. Dort wird die Sicherung der staatlich garantierten Rechte vor staatlichen Übergriffen normiert. Systematisch korrekter wäre es gewesen, im folgenden vierten Titel die Amtsdelikte einzuordnen. Der chilenische Gesetzgeber hat sich aber dazu entschlossen, wie im deutschen StGB zunächst die Fälschungsdelikte (Geld und Urkunden) zu regeln. Wie in Deutschland gelangt das Código Penal über die Gruppe der öffentlichen Ordnung zu den Individualrechtsgütern.

c) Eine deutlich modernere Handschrift trägt das spanische Código Penal. Es stellt nicht den Staat, sondern den ihn konstituierenden Menschen und seine individuellen Rechtsgüter an die Spitze. Die ersten neun Titel regeln hierbei die Delikte gegen die körperliche Integrität, am Ende der Individualrechtsgüter – im 13. Titel – werden sämtliche Individualvermögensdelikte zusammengefasst. Die Systematisierung der kollektiven Rechtsgüter gelingt leider nicht mehr ähnlich stringent. So sind gleich im ersten Titel die Steuerdelikte aufgeführt, die staatliche Kontingente schützen. Immerhin werden die gesellschaftsrelevanten kollektiven Rechtsgüter vor den staatlichen Funktionsrechtsgütern geregelt.

d) Damit bewahrheitet sich die These zum Aufbau der Strafgesetzbücher insoweit, als erst durch grundlegende Novellierungen eine neue Handschrift der jeweiligen Prioritäten und deren Verschiebung ersichtlich wird. Ansonsten entsteht eben nicht mehr und nicht weniger als ein Flickenteppich, bei dem entstandene Lücken mit Neuvorschlägen gefüllt werden, ob sie systematisch passen oder nicht. Daher hat also das spanische Código Penal deutlich die Nase vorn, was die Stringenz des Aufbaus anbelangt.

#### 4. Die Veränderungen in den einzelnen Rechtsgutsgruppen

In Deutschland können wir mit dem ersten Strafrechtsreformgesetz von 1969, in Spanien mit der Strafrechtsreform von 1995 zwei bedeutsame Zäsuren auch für den Besonderen Teil ausmachen, die es uns erlauben, einen Vergleich des Zustandes davor mit heute vorzunehmen. Für Spanien haben wir als Vergleichsmaßstab das Código Penal von 1944 gewählt, das wiederum große Ähnlichkeiten mit dem Ursprung des spanischen Strafgesetzes aus dem Jahr 1848 und auch noch dem Código Penal von 1973 aufweist. Für Chile verfügen wir leider aus den beschriebenen Gründen nicht über ein großes Reformwerk, das uns als Vergleich hätte dienen können.

a) In Deutschland finden wir doch einige unserer Thesen über diesen Vergleich bestätigt: So lag der Prozentsatz der Straftatbestände mit obskuren Rechtsgütern vor 1969 noch bei 12 % und hat sich seitdem, wie wir sahen, halbiert. Diese obskuren Rechtsgüter fanden sich insbesondere bei den Straftaten gegen die Sexualmoral und das allgemeine Sittlichkeitsgefühl. Die Relevanz der Vermögensdelikte nahm um drei Prozentpunkte ab, diejenige der Delikte gegen die körperliche Integrität hingegen stieg um fünf Prozentpunkte.

b) Eine ähnliche, in den Zahlen aber noch beeindruckendere Entwicklung machen wir für Spanien aus: Nehmen wir hier die Rechtsgüter der körperlichen Integrität und die weiteren persönlichkeitskonstituierenden Rechtsgüter zusammen, so kommen wir nach der Reform auf einen Anteil von 26 %, davor nur auf einen solchen von 17 %. Die Straftatbestände mit obskuren Rechtsgütern lagen ehemals bei 10 %, nunmehr rechnen wir nur noch 3 % zu dieser Gruppe. Auf den ersten Blick überraschend machten die Vertrauensrechtsgüter im alten Código Penal noch 27 % aus, nach 1995 sank der Prozentsatz auf 17 %. Wir haben die Straftatbestände mit kollektiven Vertrauensrechtsgütern als moderner im Vergleich zu den Staatsschutzdelikten im weiteren Sinne angesehen. Ob man in Spanien vor mehr als 50 Jahren aufgrund der Gesellschaftsstruktur eher auf die Komponente des Vertrauens setzte als heute, ist allerdings nicht mehr als eine vage These, die noch der weiteren Analyse bedarf.

#### IV. Resümee

Damit sind wir am Ende unserer vergleichenden Rechtsgutsanalyse des Besonderen Teils angelangt. Die neuartige Vorgehensweise hat uns einige wertvolle Erkenntnisse über den Zustand der jeweiligen Strafgesetze verschafft. Spanien hat uns vor Augen geführt, wie wertvoll eine grundlegende Gesamtreform insbesondere für den auch symbolträchtigen Gesamtaufbau eines Strafgesetzbuches ist. Auch ist in den moderneren Gesetzesfassungen der Anteil von Straftatbeständen

<sup>39</sup> Vgl. etwa die Straftatbestände der Geldwäsche (§ 261 StGB), des Kapitalanlagebetrugs (§ 264a StGB) oder – zumindest nach h.M. – des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB).

mit Scheinrechtsgütern oder obskuren Rechtsgütern deutlich geringer. Was das Verhältnis von Straftatbeständen mit individuellen und mit kollektiven Rechtsgütern anbelangt, so haben wir gesehen, dass die entscheidende Grenzlinie eher zwischen den Straftatbeständen mit kollektiven Rechtsgütern verläuft, nämlich zwischen den gesellschaftsrelevanten kollektiven Vertrauensrechtsgütern und den den Staat und seine Organe schützenden Rechtsgütern. Hier haben wir überraschend gleichlautende Ergebnisse zwischen den drei verglichenen Strafrechtsordnungen ausgemacht.

Ein Spezifikum aktueller Gesetzesfassungen ist die gewachsene Bedeutung von die körperliche Integrität betreffenden Rechtsgütern im Vergleich zu den Vermögensrechtsgütern.

Die Analyse hat gezeigt, welche Rechtsordnung an welchen Defiziten zu arbeiten hat und wo sie vergleichsweise gut dasteht. Sie hat des Weiteren den Wert des Denkens in Rechtsgütern auch für den Besonderen Teil eindrucksvoll zum Ausdruck gebracht. Chile und Deutschland sollten unserer Auffassung nach den Mut aufbringen, eine Gesamtreform auch im Bereich des Besonderen Teils zu wagen. Sie würde zugleich die Chance beinhalten, sich von einer nicht unerheblichen Anzahl von Straftatbeständen als zweifelhaftem Ballast zu befreien.

# Ein Blick auf den italienischen Strafprozess: Vorbild oder abschreckendes Beispiel? Die aktuelle Situation und Gedanken zur Reform\*

Von Dr. Lucia Parlato, Palermo

## I. Voraussetzungen

Wenn wir einen Überblick über die Struktur des Strafprozesses in Italien<sup>1</sup> erhalten wollen, so sind vor allem einige Grundvoraussetzungen erwähnenswert.<sup>2</sup> Wie vielleicht bekannt, ist die Lage in Italien gekennzeichnet durch eine Entwicklung, bei der ein Prozesssystem inquisitorischer Art, das – wenn auch mit Anpassungen und Korrekturen – über 50 Jahre lang überdauert hatte,<sup>3</sup> durch ein neues Verfahrensmodell abgelöst wurde, bei dessen Ausarbeitung das akkusatorische Paradigma Pate gestanden hatte. Insbesondere zielte die „neue“, 1988 angenommene Strafprozessordnung (ital. StPO: c.p.p.)<sup>4</sup> auf die Erhebung der Beweise nach den Methoden der Mündlichkeit und des Kreuzverhörs (cross examination) in der Hauptverhandlung (und nicht mehr im Ermittlungsverfahren) auf Initiative der Parteien (und nicht des Richters, es sei denn in ganz bestimmten Fällen). Auf ein Schlagwort reduziert heißt das: Trennung sowohl der Verfahrensstadien als auch der Verfahrensrollen. Das inquisitorische Prinzip der materiellen Wahrheitsfindung findet darin keinen wesentlichen Platz mehr.

Diese Ausrichtung auf den reinen akkusatorischen Prozess erfuhr jedoch schon bald allmähliche Einschränkungen, und zwar sowohl durch Eingriffe seitens des Verfassungsgerichts als auch durch zahlreiche Gesetzesänderungen, und dies als Folge von Innovationen, die in zwei verschiedene Richtungen gehen: einerseits Effizienz, andererseits Verbesserung der rechtsstaatlichen Garantien. Dank der Abfolge zahlreicher Reformen, die auf heterogene und nicht selten gegensätzliche kriminalpolitische Gründe zurückgehen, scheint der heutige italienische Strafprozess letztlich keine klar definierte Identität mehr zu haben. Der folgende Gesamtüberblick wird dies, wenn auch in sehr gedrängter Form, deutlich machen.

---

\* Dieser Beitrag ist die überarbeitete Fassung des Vortrages, den die Verf. am 3.2.2011 im traditionellen Donnerstagsseminar des Lehrstuhles für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und -soziologie an der LMU München gehalten hat.

<sup>1</sup> Dazu auf Deutsch grdl. *Maiwald*, Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht, 2009, passim; *Amodio*, ZStW 102 (1990), 171 ff. Zum Vergleich mit dem deutschen System: *Jarvers*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2003, S. 930; *Rafaraci*, *Enciclopedia del diritto*, Annali, Bd. 2, 2008, S. 831 ff.; *Ruggieri*, in: Galantini/Ruggieri (Hrsg.), *Scritti inediti di procedura penale*, 1998, S. 134 ff.; *Parlato*, *Cassazione penale* 2010, 1172 ff.

<sup>2</sup> Eingehend *Illuminati*, *Politica del diritto* 1999, 301 ff.; *ders.*, in: Corso/Peroni (Hrsg.), *Studi in onore di Mario Pisani*, 2010, S. 427 ff.

<sup>3</sup> Sog. „Codice Rocco“, in Kraft getreten am 1.7.1931.

<sup>4</sup> Sog. „Codice Vassalli“, in Kraft getreten am 24.10.1989.

## II. Die normativen Daten

Dieses Hin und Her hatte Auswirkungen nicht nur auf die ordentliche Gesetzgebung, sondern reichte bis an die Grundsätze der Verfassung heran.

### 1. Die Grundprinzipien

Neben einigen traditionellen Garantien liberaler Prägung (z.B. Gleichheitsprinzip, Schutz der persönlichen Freiheit, Recht auf Verteidigung und Unschuldsvermutung) findet sich in der italienischen Verfassung eine kürzlich reformierte Bestimmung, nämlich Art. 111. Diese Norm wurde 1999 geändert,<sup>5</sup> und zwar infolge einer Reform, die buchstäblich eine Zeitenwende darstellte, indem sie die Bestimmung so umfassend ausgestaltete, dass sie zu einer Grundnorm bezüglich der Prozessgarantien wurde. Der „neue“ Art. 111 *Costituzione* (Verfassung) bringt nämlich die Grundsätze des so genannten „gerechten Prozesses“ (due process, aber in der italienischen Übersetzung: „giusto“, d.h. gerecht) zum Ausdruck und unterstreicht nicht nur in gewisser Weise die Prinzipien, die auf übernationaler Ebene bereits von Art. 6 EMRK garantiert wurden (darunter auch die angemessene Prozessdauer), sondern betont auch besonders das Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens zwischen den Parteien, grenzt die möglichen Ausnahmen ein und bezeichnet eine Präventivgrenze hinsichtlich restriktiver Eingriffe.

### 2. Der zunehmende „Identitätsverlust“ der Strafprozessordnung

Kommen wir nun auf die Wesenszüge der ordentlichen Gesetzgebung zurück: Der „Identitätsverlust“ der bereits erwähnten Strafprozessordnung von 1988 kam erst nach und nach infolge von Gesetzesänderungen zustande, die bis in die jüngste Zeit andauerten. In Übereinstimmung mit dem ursprünglich gewählten Modell des „akkusatorischen Prozesses“ zielt das Ermittlungsverfahren (nur) auf die Anklageerhebung und nicht auf die Beweisgewinnung ab; seine Ergebnisse sind meistens dazu bestimmt, im Rahmen der Hauptverhandlung „kein Gewicht und keine Stimme“ zu haben.<sup>6</sup> Diese grundsätzliche Entscheidung wurde aber zum Teil durch Reformen (und Urteile des Verfassungsgerichts) verwässert, mit denen dem Vorverfahren ein neues Gewicht verliehen wurde. Infolge dieser Änderungen können die im Ermittlungsverfahren erzielten Ergebnisse manchmal aus Gründen der Effizienz der Strafverfolgung in der Hauptverhandlung benutzt werden; teilweise ist aber auch im Interesse rechtsstaat-

---

<sup>5</sup> Gesetz zur Ergänzung des Art. 111 *Cost* (itali. GG) v. 23.11.1999 – Nr. 2.

<sup>6</sup> *Siracusano*, in: *Siracusano/Galati/Tranchina/Zappalà* (Hrsg.), *Diritto processuale penale*, Bd. 2, 2011, S. 5 ff.

licher Garantien die Stellung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren gestärkt worden.<sup>7</sup>

a) *Effizienz*

Einerseits wurde, im Zeichen der Effizienz der Strafverfolgung, das anfangs etablierte reine Anklageverfahren wieder eingeschränkt – bestimmt von der kriminalpolitischen Sorge, dass einige Grundsätze des akkusatorischen Prozesses eine wirksame Prozessführung gegen bestimmte Formen des Verbrechens (besonders gegen die nach Art der Mafia organisierte Kriminalität) behindern könnten. Insbesondere machte sich 1992, in Folge schwerer Mafia-Attentate, die die italienische Geschichte tief geprägt haben,<sup>8</sup> das Bedürfnis nach einem erneuten Umschwung in Richtung des Inquisitionsprozesses bemerkbar, in welchem den im Laufe der Ermittlungen gesammelten Beweisen mehr Gewicht zukommen würde. So wurde ein „Verwertbarkeitsvorbehalt“ angestrebt, der sich auf die Art des festzustellenden Tatbestandes stützte, sodass (speziell und nur) den Mafia-Prozessen – nach einem gemeinhin als „doppelgleisig“ bezeichneten System – besondere Effizienz und Durchschlagskraft sowohl bei den Ermittlungen als auch bei der Hauptverhandlung zuteil wurde. Auch das Verfassungsgericht bestätigte in dieser Zeit und auch in der Folge mehrmals die Tendenz, die Ermittlungsergebnisse „nicht zu vergeuden“ (getreu dem inquisitorischen Prinzip der materiellen Wahrheitsfindung).<sup>9</sup> Und lange danach, in den letzten zehn Jahren, kamen noch weitere Reformen hinzu, meistens um „Sicherheitsbedürfnisse“ zu befriedigen. Hervorzuheben sind die Novelle aus dem Jahr 2005 zur Bekämpfung des Terrorismus sowie zwei Reformen von 2008 und 2009, die gewöhnlich als „Sicherheitspakete“ bezeichnet werden.<sup>10</sup>

b) *Rechtsstaatliche Garantien*

Andererseits wurden die Reformen der letzten Jahrzehnte nicht nur durch das Drängen auf schärfere Prävention und prozessuale Effizienz bestimmt. Obwohl es paradox erscheinen mag, tauchten auch – je nach den politischen Umständen – gegenteilige Bestrebungen auf, die eindeutig individualschützende-rechtsstaatliche Züge aufwiesen. Ein instruktives Bei-

spiel hierfür bieten die 1995 eingebrachten Gesetzesänderungen im Bereich der „vorbeugenden Maßnahmen“,<sup>11</sup> ebenso ein Gesetz aus dem Jahr 2000, das die vom Verteidiger parallel zu den Nachforschungen der Anklage geführte eigene Untersuchung einführte und regelte;<sup>12</sup> weiterhin gab es im selben Jahr auch Innovationen im Hinblick auf die Vorverhandlung und die Sonderverfahren.

Wiederholt wurde auch ausdrücklich beabsichtigt, eine Kontinuität mit dem ursprünglichen Modell von 1988 herzustellen. Besonders die erwähnte Reform von Art. 111 der italienischen Verfassung zwang den Gesetzgeber 2001 zur Intervention durch eine ausführliche Novelle, die sich auf die Grundsätze des „gerechten Prozesses“ berief: Zahlreiche Normen der ital. StPO (besonders zum Thema Beweiserhebung und -verwertung) wurden dergestalt neu gefasst, dass sie mit der „neuen“ Verfassungsvorschrift kompatibel wurden.<sup>13</sup> Von den zahlreichen Reformen verdienen schließlich noch diejenigen zur Gerichtsorganisation aus den Jahren 1998 und 2000 besondere Erwähnung: Sie betrafen die Einführung des Einzelrichters bzw. der Figur des Friedensrichters und des entsprechenden Verfahrens in das Strafrechtssystem. Dies geschah in der Absicht, die Arbeitslast der Gerichte zu reduzieren und der Strafjustiz im Falle weniger schwerer Verbrechen gewissermaßen ein milderer Gesicht zu verleihen.<sup>14</sup>

**III. Einige Einblicke in die „statische“ Sicht des Strafprozesses (insbesondere Protagonisten des Strafverfahrens, Beweise und vorbeugende Maßnahmen)**

Nach diesem Blick auf die Strukturveränderungen des italienischen Strafverfahrens gebe ich jetzt einen knappen Überblick über eine sozusagen „statische“ Sicht des Strafprozesses (vor allem über die Subjekte, Beweise, vorbeugenden Maßnahmen), um mich zuletzt mit einer „dynamischen“ Sicht des Prozesses zu beschäftigen, die hauptsächlich den Takt seines

<sup>7</sup> Über diese Widersprüche allg. Di Chiara (Hrsg.), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, 2003, passim.

<sup>8</sup> 1992 ist das Jahr der Attentate, die die Staatsanwälte Giovanni Falcone und Paolo Borsellino das Leben kosteten.

<sup>9</sup> Corte costituzionale (ital. BVerfG), Urt. v. 3.6.1992 – Nr. 255, *Giurisprudenza costituzionale* 1992, S. 1961; Gesetz v. 7.8.1992 – Nr. 356. *Ferrua*, *Studi sul processo penale, Anamorfosi del processo accusatorio*, 1992, passim; *Maggio*, in: *Fiandaca/Visconti* (Hrsg.), *Scenari attuali di mafia*, 2010, S. 491 ff.; *Orlandi*, *ZStW* 108 (1996), 429 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Gesetz v. 31.7.2005 – Nr. 155: *Dalia* (Hrsg.), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, 2006, passim. Gesetz v. 24.7.2008 – Nr. 125: *Lorusso* (Hrsg.), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, 2008, passim. Gesetz v. 15.7.2009 – Nr. 94: s. *Mazza* (Hrsg.), *Il pacchetto sicurezza*, 2009, passim.

<sup>11</sup> Gesetz v. 8.8.1995 – Nr. 332; s. *Amodio*, *Nuove norme sulle misure cautelari e diritto di difesa*, 1996, passim.

<sup>12</sup> Gesetz v. 7.12.2000 – Nr. 397; s. *Filippi* (Hrsg.), *Processo penale, il nuovo ruolo del difensore*, 2001, S. 5 ff.; *Parlato*, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, 2001, passim. Die privaten Ermittlungen waren schon in der Vergangenheit (ab 1988) vorgesehen und zulässig, aber die Regelung (Art. 38 disp. Att. c.p.p.) war so oberflächlich, dass sie keine richtige Anwendung finden konnte (z.B. Corte di cassazione [ital. BGH], Urt. v. 18.8.1992, *Cassazione penale* 1993, S. 1502). Das Gesetz v. 8.8.1995 – Nr. 332 hatte dieses Institut dann in die Strafprozessordnung integriert, aber erst seit dem Jahr 2000 gibt es dazu im c.p.p. eine ganz neue, parallel zum staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren ausgestaltete Regelung (Titel VI bis: artt. 391bis-391decies im V. Buch), ferner auch in art. 327bis c.p.p.

<sup>13</sup> Gesetz v. 1.3.2001 – Nr. 63; s. *Tonini* (Hrsg.), *Giusto processo*, 2001, passim.

<sup>14</sup> Decreto legislativo 19.11.1998, n. 51; Gesetz v. 16.12.1999 – Nr. 479; s. *Peroni* (Hrsg.), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, 2000, passim. Decreto legislativo v. 28.8.2000 – Nr. 274, s. *Chiavario/ Marzaduri* (Hrsg.), *Giudice di pace e processo penale*, 2002, passim.

Fortschreitens und damit die verschiedenen Lagen des Verfahrens im Blickfeld hat.

### 1. Protagonisten des Verfahrens

Das Strafverfahren stellt, besonders in seinen ausgeprägt gerichtlichen Phasen, einen *actus trium personarum* dar. Sein Wesenskern, ohne den der Prozess gar nicht stattfinden könnte, besteht aus der Interaktion der drei hauptsächlich Mitwirkenden, nämlich des Staatsanwalts, des Angeklagten, der immer von einem Verteidiger begleitet wird (!) und in der Phase vor dem Hauptverfahren (als Verdächtiger) die „Person, gegen die ermittelt wird“ heißt, sowie des Richters. „Eventuelle“ Parteien im Strafverfahren sind hingegen andere Subjekte, z.B. der Geschädigte im Adhäsionsverfahren (der Schadenersatzberechtigte). Schließlich gibt es noch einfache Prozesssubjekte, welche lediglich die Macht oder die Pflicht haben, im Prozess bestimmte Handlungen vorzunehmen, etwa die Organisationen, die die durch das Verbrechen geschädigten Interessen vertreten (z.B. der WWF bei Verbrechen gegen die Zielsetzungen der Organisation).<sup>15</sup>

### 2. Beweisrecht

Bei den Beweisen gilt der „Verfügungsgrundsatz“, der die Initiative den Parteien zuweist, während die *ex officio*-Gewalt (wegen des Verzichts auf das Prinzip der materiellen Wahrheitsfindung) auf bloße Nebenthesen<sup>16</sup> beschränkt ist. Was die einzelnen Beweismittel anbelangt, so hat die Reform des „gerechten Verfahrens“ im Gefolge der Änderung von Art. 111 der italienischen Verfassung, bei der es darum ging, den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens zu schützen, vor allem die den mündlichen Beweis betreffenden Normen beeinflusst. Unter den Beweismitteln weist besonders die Zeugenaussage die problematischsten Aspekte auf. Die größten Schwierigkeiten betreffen die Vermischung der Rollen, die entsteht, wenn eine in dasselbe Verfahren (oder in ein zusammenhängendes Verfahren) eingebundene Person, also ein Mitbeschuldigter, auch als Erklärender *contra alios*, also zugleich als Zeuge gegen andere auftritt. Der Grundsatz *nemo tenetur se detegere* stellt eine tatsächliche Beschränkung gegenüber der Strafbarkeit von Verhalten wie Falschaussage oder Verschweigen dar und daher tritt ein Konflikt auf zwischen dem Recht auf Verteidigung der eventuell aufgrund der Erklärungen angeklagten Person und dem Recht auf Vertei-

digung des Erklärenden. Dies führte zur Schaffung eines komplexen Systems der Inkompatibilität (Artt. 197, 197bis c.p.p.), dem zufolge eine bestimmte, neu geschaffene Prozessfigur nicht aussagen darf: nämlich der „Zeuge mit Verteidigung“. Diese „zweispaltige“ Rolle (Angeklagter und zugleich Zeuge) fällt dem Erklärenden zu, der beschließt, *contra alios* auszusagen, da er selbst ebenfalls in das Verfahren verwickelt ist: Von dem Moment an, da er (nach entsprechender Belehrung) diese Rolle übernimmt, hat er sich an die einem Zeugen auferlegten Verpflichtungen zu halten, soweit es Erklärungen zur „Handlung eines Dritten“ betrifft.<sup>17</sup> Er behält jedoch das Recht zu schweigen, wenn es sich um „eigenes Verhalten“ handelt und ebenso das Recht auf einen Verteidiger. Naheliegender Weise ist es jedoch in der Praxis oft sehr schwierig zwischen „eigenem Verhalten“ und „Handlungen eines Dritten“ zu unterscheiden.

### 3. Vorbeugende Maßnahmen

Das italienische Strafverfahren sieht, so wie das deutsche, auch im Ermittlungsverfahren vorbeugende Maßnahmen gegen Individuen vor.<sup>18</sup> Diese Maßnahmen unterliegen in Italien einem verzweigten System von Höchstfristen; wenn diese abgelaufen sind, verlieren sie ihre Wirksamkeit.<sup>19</sup> Außerdem vorgesehen sind natürlich auch sicherstellende Maßnahmen, die sich auf Sachen beziehen.

## IV. Die verschiedenen Phasen des „ordentlichen“ Verfahrens ersten Grades

Bevor ich nun zu den Phasen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens komme, möchte ich eine Präzisierung nicht ausschließlich terminologischen Charakters vornehmen: Unter „Verfahren“ versteht man im allgemeinen die Gesamtheit der Verfahrensakte und -handlungen, die, miteinander verketten, zur Feststellung eines bestimmten Tatbestandes führen können, bzw. genauer gesagt, die reine Ermittlungsphase bis zum Beginn der Anklageerhebung. Unter „Prozess“ ist hingegen die Reihe von Akten bzw. Prozesshandlungen zu verstehen, die sich nach Eröffnung des Hauptverfahrens und damit nach Formulierung der Anklage ergeben. Die Zäsur zwischen Ermittlungsphase und eigentlicher „Prozessphase“ ist gekennzeichnet durch ein System der sog. „Doppelakte“ (Ermittlungsakte und Hauptverfahrensakte), mit dem der jeweilige Bestimmungszweck der Akte/Handlungen aus den beiden Pha-

<sup>15</sup> Vgl. *Tranchina*, in: *Siracusanò/Galati/Tranchina/Zappalà* (Hrsg.), *Diritto processuale penale*, 2011, Bd. 1, S. 47. Was den Verteidiger betrifft, so bildet die technische Verteidigung des Beschuldigten im italienischen Strafverfahren eine unabdingbare Voraussetzung für die „Vorschriftsmäßigkeit“ des Prozesses (und nicht nur eine subjektive Garantie für das Individuum): *Corte costituzionale*, *Urt. v. 10.10.1979 – Nr. 125*, *Giurisprudenza costituzionale* 1979, S. 853

<sup>16</sup> *I.S.v. Art. 507 c.p.p.* kann der Richter *ex officio* erst am Ende der Beweiserhebung im Hauptverfahren Beweises erheben, und auch das nur, wenn es „unbedingt notwendig“ wäre. *Siracusanò*, in: *Siracusanò/Galati/Tranchina/Zappalà* (Fn. 15), S. 354 ff.

<sup>17</sup> *Conti*, *Diritto penale e processo*, 2009, S. 11 ff.

<sup>18</sup> Z.B. Ausreiseverbot, Pflicht zur Meldung, Aufenthaltsverbot, Zwangsaufenthalt, Pflicht, die Familienwohnung nicht zu verlassen, Hausarrest, vorbeugende Verwahrungshaft.

<sup>19</sup> Hierzu ist der „*Ramoci-Fall*“ über den Haftbefehl sehr bekannt: für die individuellen Garantien haben die Vereinigten Sektionen des italienischen *Corte di Cassazione*, die in etwa dem Großen Strafsenat des BGH in Deutschland entsprechen, das italienische „Fristensystem“ als äquivalent zum deutschen „Kontrollsystem“ eingeschätzt; das war notwendig wegen der Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung nationalen Rechts): *Corte di Cassazione*. Vereinigte Sektionen, *Urt. v. 30.1.2007*, *Cassazione penale* 2007, S. 1911.

sen getrennt gehalten werden soll.<sup>20</sup> Aufgrund dieser Doppelakte wird im ersten Fall entschieden, ob die Klage erhoben wird oder nicht (die diesbezüglichen Beweiselemente stehen tendenziell mit der Ermittlungsphase in Zusammenhang und dienen „nur“ der Beweisfindung); im zweiten Fall dienen die Beweisergebnisse der Urteilsfindung. Insgesamt ist also Ermittlungsverfahren mit dem einzigen Ziel „Anklageerhebung“ von dem Hauptverfahren mit den Zielen der Beweisführung und der endgültigen Entscheidung zu unterscheiden.<sup>21</sup>

Lassen Sie mich jetzt die verschiedenen Phasen analysieren.

### 1. Die Ermittlungen

Das Ermittlungsverfahren beginnt mit der Eintragung der *notitia criminis* (Anfangsverdacht) seitens des Staatsanwalts in das entsprechende Verzeichnis, das in seinem Büro aufbewahrt wird. Nur einige begrenzte Aspekte möchte ich hier näher betrachten.

a) Einen schwierigen Punkt bildet zunächst die Erkennbarkeit der Existenz des laufenden Verfahrens für den Beschuldigten. Die Mitteilung des Verdachts einer strafbaren Handlung kann bzw. muss dem Verdächtigen zwar auf dessen Antrag hin zugestellt werden (Art. 335 c.p.p.), aber nach einem System, das ihm in Wirklichkeit keine tatsächliche Kenntnis des eventuell gegen ihn anzustreitenden Verfahrens garantiert – sei es wegen der Tragweite der möglichen Ausnahmen, sei es, weil diese Lösung selbst recht ineffektiv ist, da sie die Initiative des (meist ahnungslosen) Beschuldigten voraussetzt. Weitere Möglichkeiten zu erfahren, ob ein Verfahren gegen ihn angestrengt wurde, sind dem Verdächtigen durch den sog. Ermittlungsbescheid (Art. 369 c.p.p.) und durch ein Informationsschreiben an die Hand gegeben, das dem Abschluss der Ermittlungen vorangehen muss (Art. 415*bis* c.p.p.), wenn dieser vermutlich zum Antrag auf Eröffnung eines Strafverfahrens (d.h. des Hauptverfahrens im deutschen Sinn) führt. Die derzeitige Regelung dieser Arten der Kenntnisnahme ist das Ergebnis der Reformen für mehr Garantien aus den Jahren 1995 und 1999.

b) Zweitens möchte ich etwas über die Protagonisten des Ermittlungsverfahrens sagen. Der dominus, d.h. der Herr der Ermittlungen ist (nicht anders als in Deutschland) der Staatsanwalt; er leitet sie und führt sie mit Hilfe der Kriminalpolizei durch. Der Ermittlungsrichter hingegen besitzt nur Kompetenz *ad acta*, d.h. er interveniert nur auf Antrag der Parteien und im Wesentlichen zu drei Themenbereichen, nämlich bei

Eingriffen in die grundlegenden Freiheiten der Person (z.B. bei Beugemaßnahmen und Telefonüberwachungen), bei für das Hauptverfahren relevanten Beweiserhebungen (z.B. beim Beweissicherungsverfahren, das eine Ausnahmeregelung für „nicht verschiebbare“ Beweise im Ermittlungsverfahren darstellt) und bzgl. des Abschlusses der Ermittlungen, z.B. bei Einstellung des Verfahrens und bei Fristverlängerung.<sup>22</sup>

c) Drittens möchte ich die italienische Regelung über den Abschluss des Ermittlungsverfahrens beschreiben, die sich von der Formlosigkeit der deutschen Regelung grundlegend unterscheidet. Dies gilt zunächst einmal für die Dauer, die nach deutschem Recht nur durch den Beschleunigungsgrundsatz des Art. 6 EMRK vage begrenzt ist.<sup>23</sup> Dagegen müssen die Ermittlungen nach italienischem Recht grundsätzlich innerhalb von sechs Monaten nach Eintragung der *notitia criminis* abgeschlossen sein; diese Frist kann durch den Ermittlungsrichter auf maximal zwei Jahre verlängert werden (Art. 406 f. c.p.p.). Beim Abschluss der Ermittlungen besitzt der Staatsanwalt ebenfalls im Vergleich mit dem deutschen Recht eine weitaus geringere Entscheidungsmacht. Grundsätzlich eröffnet sich ihm die Alternative zwischen einem Antrag (!) auf Einstellung des Verfahrens einerseits und Klageerhebung andererseits, wobei er sich, wenn die Ermittlungen den Verdacht bestätigt haben, vom Grundsatz der Verpflichtung zur Klageerhebung leiten lässt (i.S.v. Art. 112 der italienischen Verfassung und dem darin niedergelegten Legalitätsprinzip). In der Praxis wird ein Verfahren eingestellt (Art. 408 ff. c.p.p.), wenn sich der Verdacht als nicht oder nicht hinreichend begründet herausgestellt hat (auf Grund einer „ex ante-Prognose“ hinsichtlich der Hauptverhandlung), bei Unbekanntheit des Täters bzw. der Täter sowie bei Erlöschen (z.B. Verjährung, Tod des Angeklagten, Amnestie), fehlender Durchsetzbarkeit (bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung) oder Nichtexistenz des Strafanspruches (die Tat erfüllt keinen Straftatbestand). Das entspricht der Sache nach der deutschen Unterscheidung zwischen der Einstellung aus prozessualen, materiell-rechtlichen oder tatsächlichen Gründen.<sup>24</sup> Im Unterschied zu dem deutschen System kann aber der Staatsanwalt das Verfahren nicht selbst einstellen, sondern muss einen Antrag auf Einstellung des Verfahrens an den Ermittlungsrichter richten, was zwei Formen der Kontrolle auslöst: Einerseits kann der Antrag das Objekt eines Widerspruchs seitens des Opfers sein (ähnlich dem deutschen Klageerzwingungsverfahren). Andererseits muss der Ermittlungsrichter, falls er den Antrag nicht *de plano* (d.h. mittels Verfügung) annimmt, ebenso wie im Falle des Widerspruchs seitens des Opfers eine Verhandlung anberaumen, in der er Folgendes tun kann: weitere Ermittlungen anordnen, die innerhalb einer bestimmten Frist abgeschlossen sein müssen (Zwangsermittlungen) oder die Klageerhebung anordnen (Zwangsklage, die wegen der darin liegenden Rollenvertauschung zwischen Staatsanwalt und Richter einen deutlichen inquisitori-

<sup>20</sup> Vgl. *Tranchina* (Fn. 15), S. 31.

<sup>21</sup> Eine spezifische, für das italienische System charakteristische prozessuale Sanktion besteht in den beiden Formen der Nichtverwendbarkeit (Art. 191 c.p.p.) von Beweisen in der Hauptverhandlung: man bezeichnet sie als „pathologisch“, wenn sie der Verletzung eines gesetzlichen Verbots geschuldet ist; und als „physiologisch“, wenn die Zäsur zwischen Ermittlungs- und Hauptverfahrensakten tatsächlich die Verwendbarkeit eines aus der Ermittlungsphase stammenden Protokolls verhindert. *Galantini*, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, 1992, S. 4 ff.; *dies.*, *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, Bd. 1, 1997, S. 690 ff.

<sup>22</sup> *Ruggieri*, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, 1996, *passim*.

<sup>23</sup> Dazu näher *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 27. Aufl. 2012, § 16 Rn. 3.

<sup>24</sup> *Roxin/Schünemann* (Fn. 23), § 40 Rn. 2.

schen Akzent hat); er kann aber auch nunmehr dem Einstellungs-Antrag stattgeben (in dieser Instanz durch Anordnung). Die präklusive Wirkung der Verfahrenseinstellung ist auch nach dieser richterlichen Entscheidung begrenzt, da in der Folge die Ermittlungen wieder aufgenommen werden können, falls neue Untersuchungen notwendig werden.

### 2. Die Vorverhandlung

Im Falle der Klageerhebung beginnt eine weitere spezielle Phase (die in bestimmten vor dem Einzelrichter geführten Prozessen fehlen kann), nämlich die Vorverhandlung, die nur in gewisser Weise dem deutschen Zwischenverfahren entspricht (Art. 416 ff. c.p.p.). 1988 ursprünglich vom Gesetzgeber als einfacher „Filter für aus der Luft gegriffene Anschuldigungen“ gedacht,<sup>25</sup> hat sich die Vorverhandlung nach und nach in eine sehr raumgreifende Phase verwandelt und in Folge der vielen Reformen einen Umfang und ein Gepräge angenommen, die sie fast zu einem Zwilling der Hauptverhandlung werden lassen. Diese Veränderung ist vor allem der Reform von 1999<sup>26</sup> geschuldet, die verschiedene dem Hauptverfahren zugehörige Normen auch in dieser Instanz für anwendbar erklärt hat, darunter für den Fall des Nichterscheins. Die Vorverhandlung endet mit einem Einstellungsurteil (das im Falle „neuer“ Beweiselemente widerrufen werden kann) oder – im gegenteiligen Fall – mit der Anordnung des Hauptverfahrens.

### 3. Das Hauptverfahren

Das Hauptverfahren (Art. 470 ff. c.p.p.) wird von den folgenden grundlegenden Prinzipien beherrscht, die (von der Parteienstruktur abgesehen) auch im deutschen Recht gelten: Mündlichkeit, Unmittelbarkeit (im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Richter und Beweiserhebung), Konzentration, kontradiktorisches Vorgehen, Öffentlichkeit.<sup>27</sup> Was die Teilnahme des Angeklagten anbelangt, so sieht das italienische System in Fortsetzung einer alten Tradition, aber in einem gewissen Widerspruch zur Einführung des Parteiprozesses auch die Verhandlung in absentia vor. Auf wiederholte Verwarnungen seitens des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hin führte der Gesetzgeber diesbezüglich wenigstens eine Art „Nachsichtfrist“ ein, dank derer ein Verurteilter, der erst nach Abschluss des Verfahrens von diesem Kenntnis erlangt, sich auch noch im Nachhinein des normalen Rechtsmittels der Anfechtung bedienen kann.<sup>28</sup> Die Endentscheidung, die den Richtern des Hauptverfahrens obliegt (Grundsatz der Unmittelbarkeit), kann in einem Freispruch oder einer Verurteilung bestehen, wenn der Angeklagte „über jeden vernünftigen Zweifel hinaus“ schuldig ist. Nicht nur in dieser

Geltung des Prinzips „in dubio pro reo“, sondern auch in dem die Entscheidung regelnden Grundsatz der freien richterlichen Überzeugung (Art. 533, co.1, c.p.p.), stimmen das italienische und das deutsche Recht völlig überein.<sup>29</sup>

## V. Die Sonderverfahren

Über das „ordentliche“ Verfahren hinaus, das den grundlegenden Maßstab vorgibt, hat der Gesetzgeber von 1988 aus Gründen der Prozessökonomie diverse alternative Verfahrensformen eingeführt, in denen de facto die Mehrzahl der Fälle verhandelt werden. Man kann deshalb ironisch sagen, dass unser Gesetzgeber ein kompliziertes und mit zahlreichen Garantien ausgestattetes Prozessmodell schaffen wollte, aber in der Praxis meistens sehr einfache und „ökonomische“ alternative Prozessmodelle benutzt werden, ähnlich wie es passiert, wenn jemand sich einen Porsche kauft, trotzdem aber am Ende, um Benzin zu sparen, mit einem einfachen Kleinwagen fährt.<sup>30</sup>

Zur besseren Übersicht lassen sich diese besonderen Verfahrensarten in zwei Gruppen unterscheiden: „deflationäre“ Verfahren der Hauptverhandlung (die also zu einem Rückgang der Zahl der echten Hauptverhandlungen führen und diese weitgehend ersetzen) und solche, die das Hauptverfahren vorverlagern.

### 1. Deflationäre Verfahren der Hauptverhandlung

Deflationäre Verfahren tendieren zur radikalen Durchsetzung der Prozessökonomie und damit zur Vermeidung der Hauptverhandlung überhaupt. Für den Angeklagten kann die Entscheidung für solche weniger abgesicherten Verhandlungsformen dennoch lohnend sein, denn es bieten sich ihm hier anderweitige Vorteile.

a) Das abgekürzte Verfahren (der sog. „Giudizio abbreviato“: Art. 438 ff. c.p.p.) impliziert eine vorgezogene Entscheidung schon im Laufe der Vorverhandlung. Es ist ein Verfahren der Belohnung für die Verfahrensabkürzung: Im Falle einer Verurteilung wird die Strafe um ein Drittel herabgesetzt. Es wird ausschließlich auf Verlangen des Angeklagten angewandt. Dessen Gesuch wird als „einfach“ definiert (und muss zwingend angenommen werden), wenn er beantragt, dass sich die Entscheidung im Wesentlichen auf die Ermittlungsergebnisse (sowohl der Staatsanwaltschaft als auch der Verteidigung) stützt. Im Gegensatz hierzu gibt es auch den „konditionierten“ Antrag, bei dem das Gesuch unter einer Bedingung steht, nämlich der Beweisergänzung (mit einem oder einigen bestimmten Beweisen, die mit dem Erfordernis der Prozessökonomie kompatibel und für dieses notwendig sein müssen).

b) Die Zumessung des Strafmaßes auf Antrag der Parteien (die sog. „Verständigung“, „Patteggiamento“: Art. 444 ff.

<sup>25</sup> *Dominioni*, in: Amodio/Dominioni/Grevi/Neppi Modona/Vigna (Hrsg.), *Il nuovo processo penale*, 1989, S. 55 ff., 69; *Maiwald* (Fn. 1), S. 213.

<sup>26</sup> Gesetz v. 16.12.1999 – Nr. 479 (Fn. 13).

<sup>27</sup> Vgl. *Siracusano* (Fn. 6), S. 290.

<sup>28</sup> Gesetz v. 22.4.2005 – Nr. 60. EuGH, Urt. v. 18.5.2004 – 67972/01 (*Somogyi v. Italien*); EuGH, Urt. v. 10.11.2004 – 56581/00 (*Sejdovic v. Italien*).

<sup>29</sup> Siehe zu diesem Thema *Nobili*, *Il principio del libero convincimento del giudice*, 1974, passim (Die freie richterliche Überzeugungsbildung, 2001, passim). Gesetz v. 20.2.2006 – Nr. 46; *Garuti*, *Diritto penale e processo* 2006, S. 812 f.

<sup>30</sup> Dieser ironische Vergleich wurde von Prof. *Tranchina* (Universität Palermo) in seinen Vorlesungen verwendet.

c.p.p.) ist ein typisches Beispiel für die Verhandlungsjustiz mit Belohnungscharakter. Und das nicht nur wegen der Verkürzung des Strafmaßes (um ein Drittel reduziert), sondern auch wegen der anderen hier vorgesehenen Vorteile – größere Vorteile bei dem seit 1988 möglichen „traditionellen“ Patteggiamento-Modell für leichtere Delikte und kleinere bei dem erst seit 2003 eingeführten „erweiterten“ Modell für schwerere Delikte<sup>31</sup>: Im „traditionellen“ Patteggiamento-Modell gibt es z.B. keine Gerichtskosten, keine Nebenstrafe oder Sicherheitsmaßnahme; und wenn in den künftigen fünf Jahren (wenn es sich ein „delitto“ handelt, also um die schwere Form der Straftaten) oder zwei Jahren (wenn es sich um eine „contravvenzione“ handelt, also um die leichtere Form) keine Straftat gleicher Natur begangen wird, so wird die Verurteilung gelöscht. Ferner gibt es für jede Art vom Patteggiamento z.B. keinen Raum für ein Adhäsionsverfahren und ihm kommt auch keine Wirkung für zivil- und verwaltungsrechtliche Prozesse zu, sondern nur in einem eventuellen Disziplinarverfahren. Schließlich kann der Verurteilte hier eventuell eine Bewährungsstrafe bekommen.

Bei dem „Patteggiamento“ hat der Richter eine Kontrollfunktion, unter anderem bezüglich der „Angemessenheit“ der vorgeschlagenen Strafe. Das Verfahren setzt jedoch nicht, wie bspw. die deutsche „Verständigung“, ein Geständnis des Angeklagten voraus,<sup>32</sup> sondern versteht sich im Wesentlichen als eine Art Verzicht auf das Recht zur Verteidigung. Das Urteil ist im Allgemeinen nicht mit Berufung anfechtbar (es sei denn, der Staatsanwalt hätte seinen Dissens hinsichtlich der vom Angeklagten beantragten Strafe ausgedrückt und der Richter hätte diese trotzdem verhängt). Möglich ist jedoch nicht nur die Revision, sondern auch – als Ergebnis einer langen diesbezüglichen Debatte und auch einer Gesetzesänderung – die Wiederaufnahme des Verfahrens.

c) Ein Strafbefehlsverfahren (der sog. „Procedimento per decreto“: Art. 459 ff. c.p.p.) kann nur von der Staatsanwaltschaft beantragt werden, wenn diese eine Geldstrafe für notwendig erachtet. Der Antrag der Staatsanwaltschaft tendiert zu einer bis um die Hälfte reduzierten Strafe. Der ihm stattgebende Ermittlungsrichter erlässt einen Strafbefehl *in audita altera parte* (also ohne vorherige Anhörung des Beschuldigten), gegen den der Angeklagte Widerspruch einlegen kann, jedoch mit dem Risiko einer Abänderung *in peius* – ähnlich wie im deutschen Recht.

## 2. Verfahren, die die Hauptverhandlung vorwegnehmen

Die Verfahren, welche die Hauptverhandlung vorverlagern, tendieren dazu, den Prozessweg auf diese Phase hinzuführen und die Vorverhandlung zu vermeiden. Sie sind als solche keine Verfahren der Belohnung für Verfahrensabkürzung, können aber ggf. mit diesen kombiniert werden.

a) Das Schnellverfahren (der sog. „Giudizio direttissimo“: Art. 449 ff. c.p.p.) geschieht auf Initiative des Staatsanwalts und gründet sich auf spezifische Voraussetzungen wie die Verhaftung auf frischer Tat und das Geständnis des Angeklagten (außerdem bei „atypischen“ Fällen bei bestimmten Verbrechen, z.B. im Bereich Einwanderung). Es handelt sich nicht um ein Belohnungsverfahren, es können aber auch hier Verständigung und abgekürztes Verfahren zur Anwendung kommen.

b) Das unmittelbare Verfahren (der sog. „Giudizio immediato“: Art. 453 ff. c.p.p.) kann sowohl vom Angeklagten als auch von der Staatsanwaltschaft beantragt werden. In letzterem Fall gibt es eine Reihe von Voraussetzungen, darunter die „Eindeutigkeit des Beweises“, die vorherige Mitteilung des vorgeworfenen Tatbestands an den Angeklagten und die Antragstellung binnen einer 90 Tage-Frist ab Einleitung des Ermittlungsverfahrens.

## VI. Die Arten der Rechtsmittel einlegung

Hinsichtlich der Rechtsmitteleinlegung unterscheidet man zwischen ordentlichen und außerordentlichen Anfechtungen: Erstere (Berufung und Revision) sollen noch nicht unwiderruflich gewordene Entscheidungen aufheben und müssen innerhalb bestimmter Fristen eingebracht werden, um zu verhindern, dass die Entscheidung rechtskräftig wird. Letztere (Wiederaufnahme und die außerordentliche Nichtigkeitsbeschwerde) haben Ausnahmecharakter und betreffen bereits unwiderruflich gewordene Entscheidungen.

### 1. Die Berufung

Die Berufung (Art. 593 ff. c.p.p.) stellt das meistgebrauchte Mittel der gewöhnlichen Anfechtung dar. Mit einer Reform aus dem Jahre 2006 (dem sog. Pecorella-Gesetz) hatte man versucht, ihre Reichweite zu verringern, indem sie mehr oder weniger ausschließlich auf die Fälle von Verurteilung beschränkt wurde; die dergestalt geänderten Normen wurden in der Folge aber für verfassungswidrig erklärt.<sup>33</sup>

Anders als in der Berufungshauptverhandlung i.S.d. deutschen StPO findet in Italien normalerweise keine erneute Beweisaufnahme statt. Diese gibt es nur in Ausnahmefällen, etwa wenn der Angeklagte in erster Instanz nicht erschienen ist.

### 2. Die Revision (Die Nichtigkeitsbeschwerde)

Die Revision (Art. 606 ff. c.p.p.) ist eine Art der Rechtsmitteleinlegung, die sich meist gegen in der Berufung ausgesprochene Entscheidungen richtet; vorstellbar ist aber auch die Beschwerde *per saltum*, die Anordnungen betrifft, die in erster Instanz ausgesprochen wurden (entsprechend der deutschen Sprungrevision). Es handelt sich um ein Rechtsmittel, das nur

<sup>31</sup> Gesetz v. 12.6.2003 – Nr. 134; s. Peroni (Hrsg.), *Patteggiamento „allargato“ e giustizia penale*, 2004, passim; Orlandi, *ZStW* 116 (2004), 120 ff. Zum Vergleich mit der deutschen Verständigung: *Rinceanu*, *Cassazione penale*, 2011, S. 763 ff.

<sup>32</sup> Allerdings fordert § 257c Abs. 2 S. 2 StPO das Geständnis nur in Form einer Sollvorschrift.

<sup>33</sup> Gesetz v. 20.2.2006 – Nr. 46; Corte costituzionale, *Urt.* v. 6.2.2007, *Giurisprudenza costituzionale* 2007, 221. *Bargis/Caprioli* (Hrsg.), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006, 2007*, passim; für einen Vergleich mit dem deutschen System *Orlandi*, in: *Bargis/Caprioli* (a.a.O.), S. 465 ff.

aus strikt vom Gesetz geregelten Gründen der „Legitimität“ eingreift (traditionell in *errores in procedendo* und *errores in iudicando* unterschieden und in Art. 606 c.p.p. aufgelistet). Eine dem gordischen Knoten vergleichbare Frage betrifft die Beachtung der Grenzen, die dem Revisionsgericht bei der Prüfung von Einschätzungen des Untergerichts „zur Hauptsache“ gesetzt sind; dieses Problem wird besonders wichtig im Hinblick auf die Prüfung der Urteilsbegründung.<sup>34</sup>

Eine spezielle Art der Revision wurde 2001 eingeführt<sup>35</sup>: Die „außerordentliche Revision aufgrund materiellen oder faktischen Irrtums“ soll die Fehler in einem vom Kassationsgericht selbst ausgesprochenen Urteil korrigieren. Es handelt sich hier um ein „außerordentliches“ Rechtsmittel, das nur zu Gunsten des Verurteilten ausgeübt werden kann (Art. 625*bis* c.p.p.).

### 3. Die Wiederaufnahme des Verfahrens

Die Wiederaufnahme des Verfahrens (Art. 630 ff. c.p.p.) ist ebenfalls ein außerordentlicher Rechtsbehelf, ein Instrument mit Ausnahmecharakter. Im Unterschied zum deutschen System kann diese Art der Anfechtung nur nach einer Verurteilung eingebracht werden; allerdings kann sie, ähnlich wie in Deutschland, ausschließlich darauf gerichtet werden, das Ergebnis des Prozesses zu kippen (wobei ein Freispruch und nicht nur eine Strafmilderung angestrebt wird). Als einzige Ausnahme betrifft eine Wiederaufnahme in *peius* die Fälle, in denen Kollaborateuren der Justiz mildernde Umstände zugestanden worden waren, obwohl sie schwere Verbrechen begangen, Falschaussagen abgelegt oder Tatsachen verschwiegen hatten. Im Übrigen sind die gesetzlich streng geregelten Wiederaufnahmegründe (Art. 630 c.p.p.) im Allgemeinen „Neuigkeiten“ innerhalb der Tatbestandslage, d.h. dem Auftauchen bestimmter früher übersehener Fakten, geschuldet. Der in der Praxis am häufigsten auftretende Fall betrifft das Auftauchen „neuer Beweise“ (wozu für die Rechtsprechung auch im vorhergehenden Verfahren zwar zugelassene, aber nicht ausgewertete Beweise gehören; und hierunter fallen außerdem die Fälle, in denen die Beweise zwar ausgewertet wurden, wo die Auswertung aber im Lichte neuer wissenschaftlicher Methoden zu anderen Ergebnissen führen kann).

Als Folge eines positiven Ergebnisses des Wiederaufnahmeverfahrens kann die Institution der Wiedergutmachung des Justizirrtums Anwendung finden. Das italienische Verfassungsgericht ermöglichte im Jahr 2011 die Wiederaufnahme des Verfahrens im Fall der Verurteilung Italiens durch den EGMR wegen Verletzung des Art. 6 EMRK (wie in Deutschland nach § 359 Nr. 6 StPO), aber zu diesem schwierigen Thema erwartet man noch gesetzgeberische Maßnahmen.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> *Bargi*, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, 2004, *passim*; *Dean*, *Diritto penale e processo*, 2006, S. 814 ff.

<sup>35</sup> Gesetz v. 26.3.2001 – Nr. 128.

<sup>36</sup> Corte costituzionale, *Urt. v. 7.4.2011 – Nr. 113*, *Giurisprudenza costituzionale* 2011, 1523; dazu *Canzio/Kostoris/Ruggeri*, *Gli effetti dei giudicati „europei“ sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale* (im Internet abrufbar unter:

## VII. Reformperspektiven, Abfolge von Gesetzen und Möglichkeiten des Vergleichs mit dem italienischen System

Die Diskussion *de lege ferenda* über die Institutionen des Strafprozesses ist in Italien in kontinuierlicher Entwicklung begriffen und weitere Reformen sind absehbar. An dieser Stelle möchte ich nur einige Schwerpunkte der Debatte kurz zusammenfassen.

- Auch angesichts der Verwarnungen seitens des EGMR dreht sich der erste Punkt um die angemessene Prozessdauer, die insbesondere durch die Beschränkung der Rechtsmittel erreicht werden soll.<sup>37</sup>
- Ein weiteres „heißes“ Thema sind die Telefonüberwachungen, die seit jeher im Mittelpunkt des Konflikts zwischen Privatsphäre und Ermittlungsnotwendigkeit stehen (auch im Hinblick auf die für Italien typische Telefonüberwachung von Parlamentsmitgliedern).<sup>38</sup>
- Außerdem wurde im Parlament mehrfach die Einführung eines außerordentlichen Rechtsmittels diskutiert, falls der EGMR eine Verurteilung wegen fehlender „Fairness“ des Prozesses (im Sinne von Art. 6 EMRK) aussprechen sollte (dazu oben bei Fn. 36).

## VIII. Fazit

Ob die deutsche Reformdiskussion vom italienischen Beispiel lernen kann? Die Frage ist schwer zu beantworten. In Anbetracht der dichten Abfolge von Reformen, die nicht selten eine Zickzacklinie bildeten (und in dieser Weise auch in Zukunft weitergehen dürften), bietet die „italienische Methode“, die von ständigen Meinungsänderungen und Korrekturmaßnahmen gekennzeichnet ist, durchaus einen Erfahrungsschatz und ein besonders fruchtbares Terrain für Studien und Reflexionen. Denn weil bei einem Vergleich der Rechtsordnungen einer der Zwecke darin besteht, dass sich (im Guten wie im Schlechten) die eigenen Entscheidungen dadurch lenken lassen,<sup>39</sup> bleiben selbst die Irrtümer der italienischen Reformabläufe vom ausländischen Standpunkt aus wertvoll. Auf jeden Fall lässt sich nicht bestreiten, dass sich der italienische Gesetzgeber immer wieder um eine ausgewogene Regelung bemüht und beispielsweise dem Phänomen der strafprozess-

---

<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Canzio-Kostoris-Ruggeri.pdf> [2.10.2012]; *Didi*, *Giustizia penale* 2011, Teil I, 139; *Ubertis*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, S. 1542 ff.; *Parlato*, *Diritto penale e processo*, 2011, S. 839 ff.

<sup>37</sup> *Ubertis*, *Principi di procedura penale europea*, 2009, S. 25 ff.; *Kostoris* (Hrsg.), *La ragionevole durata del processo*, 2005, *passim*; *Riccio*, *Cassazione penale*, 2011, S. 4524 ff.

<sup>38</sup> *Ruggieri*, *Cassazione penale*, 2008, S. 2239 ff.; *Kostoris* (Hrsg.), *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, 2009, *passim*; *Scaglione*, *Indice penale*, 2007, S. 37 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Eser*, *Diritto penale XXI secolo*, 2002, S. 1 ff. ([www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3758](http://www.freidok.uni-freiburg.de/volltexte/3758) [2.10.2012]); *Pradel*, *Indice penale*, 1999, S. 1241 ff.; *Radbruch*, *MSchKrim* 1905-1906, 422 ff.; *Roxin*, *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2000, S. 3 ff.

alen Absprachen weitaus mehr Sorgfalt gewidmet hat als der mehr auf Verschleierung als auf Lösung dieser Probleme abzielende deutsche Gesetzgeber im Verständigungsgesetz.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Zur Kritik vgl. *Roxin/Schünemann* (Fn. 23), § 17 Rn. 19 ff., § 44 Rn. 49 ff.

## E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

### Zur Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention

**1. Die mit der Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB verbundene Freiheitsentziehung findet ihre Rechtfertigung in Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK.**

**2. Zwischen der Verurteilung und der in Rede stehenden Freiheitsentziehung besteht ein hinreichender Kausalzusammenhang („sufficient causal connection“).**

**3. Der Annahme eines hinreichenden Kausalzusammenhangs zwischen der Verurteilung und der mit der Anordnung der Sicherungsverwahrung verbundenen Freiheitsentziehung steht nicht der Umstand entgegen, dass die Sicherungsverwahrung nicht bereits in der Verurteilung verhängt wird. Vielmehr kommt es darauf an, dass sich die Freiheitsentziehung in dem durch das zum Zeitpunkt der Verurteilung geltende Gesetz und die von einem zuständigen Gericht ausgesprochene Verurteilung gesteckten Rahmen hält.**

**(Leitsätze der Verf.)**

StGB § 66a

EMRK Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a

*BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11*<sup>1</sup>

Im Mai 2011 hat das BVerfG<sup>2</sup> die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung für überwiegend nicht vereinbar mit der Verfassung erklärt (§ 66b Abs. 1 u. 2 StGB a.F.). Dabei hat es die Rechtsprechung des EGMR berücksichtigt, der in mehreren Urteilen deutlich gemacht hatte, dass es für den Vollzug der Sicherungsverwahrung eines hinreichenden Zusammenhangs mit der Verurteilung bedarf, um den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK zu genügen.<sup>3</sup> Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK lautet: Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht [...].

Weil auch bei einem Vorbehalt der Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB ihre Anordnung erst während der Haftstrafe erfolgt, bestand Klärungsbedarf, ob sie in Anbetracht der

Europäischen Rechtsprechung weiterhin angeordnet und vollzogen werden darf oder ob sie wie die nachträgliche Sicherungsverwahrung aufgegeben werden muss.<sup>4</sup> Auch in seinem Beschluss v. 20.6.2012 zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung hat das BVerfG dabei keinen Zweifel daran gelassen, dass es sich bei der Auslegung nationaler Gesetze an die Rechtsprechung des EGMR gebunden fühlt. Es hat jedoch die Position bezogen, dass die vorbehaltene Sicherungsverwahrung verfassungsgemäß ist, sofern der Gesetzgeber bei seiner Reform die vom BVerfG im Mai 2011 definierten Vorgaben hinsichtlich des Vollzugs berücksichtigt.<sup>5</sup>

Zum Sachverhalt: Der Beschwerdeführer wurde im Jahr 2008 u.a. wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern und versuchter Vergewaltigung vom Landgericht Deggendorf zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt bei gleichzeitiger Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung. Obwohl die formellen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung ohne Vorbehalt vorlagen, hatte das Landgericht die nach § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB hinreichende Sicherheit von der Gefährlichkeit des Angeklagten nicht gewinnen können, weil sich der Angeklagte einer Exploration verweigert hatte. Eine hiergegen eingelegte Revision des Beschwerdeführers wurde vom BGH zurückgewiesen. Dieser wies darauf hin, dass das Landgericht die Sicherungsverwahrung ohne Vorbehalt hätte anordnen können – also auch ohne Sachverständigengutachten –, weshalb die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung den Beschwerdeführer nicht in seinen Rechten verletze.

Im September 2010 entschied die große Kammer des Jugendgerichts Deggendorf über die Anordnung der Sicherungsverwahrung unter Hinzuziehung eines Gutachtens, das nach Aktenlage erstellt worden war. Danach bestand aufgrund einer sexuellen Präferenzstörung des Beschwerdeführers in Form einer Kernpädophilie, die sich auch auf pubertierende Jugendliche erstreckt, abstrakt eine 80 %-ige Rückfallwahrscheinlichkeit. Unter Berücksichtigung dieses Gutachtens sowie weiterer Umstände, die sich aus der Haftzeit ergaben, während der der Beschwerdeführer u.a. in einer sozialtherapeutischen Behandlung seine Taten geleugnet hatte, und der verbleibenden Haftdauer ordnete die Kammer die Sicherungsverwahrung an. Gegen das Urteil legte der Beschwerdeführer Revision beim BGH ein, in der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügte. Die Revision wurde als unbegründet verworfen, woraufhin der Beschwerdeführer sich an das BVerfG wandte.

Eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) sah das BVerfG in der Entschei-

<sup>1</sup> Der Beschluss kann im Volltext abgerufen werden auf: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20120620\\_2bvr104811.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20120620_2bvr104811.html).

<sup>2</sup> BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10 = BVerfGE 128, 326.

<sup>3</sup> EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgium), Rn. 39; EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (Weeks v. The United Kingdom), Rn. 42; EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Germany), Rn. 88; sowie aus neuerer Zeit EGMR, Urt. v. 19.4.2012 – 61272/09 (B. v. Germany), Rn. 74; EGMR, Urt. v. 28.6.2012 – 3300/10 (S. v. Germany), Rn. 84.

<sup>4</sup> Die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung ist weiterhin möglich bei den sog. Erledigungsfällen, die zuvor im psychiatrischen Krankenhaus untergebracht waren (§ 66b StGB n.F.). Allerdings hat auch hier der EGMR neuerdings klargestellt, dass dies ohne Anordnung im Urteil gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK verstößt (s. EGMR, Urt. v. 28.6.2012 – 3300/10 [S. v. Germany], Rn. 86 ff.).

<sup>5</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11.

dung durch die Jugendgerichtskammer nicht.<sup>6</sup> Es hat die Sache jedoch an den BGH zurückverwiesen, weil die Jugendkammer Deggendorf die erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht vorgenommen hatte und der Beschwerdeführer dadurch in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG verletzt sei. Seit seiner Entscheidung v. 4.5.2011 verlangt das BVerfG diese Prüfung, um sicherzustellen, dass die Sicherungsverwahrung nur in ganz besonders schweren Fällen, also regelmäßig nur bei Sexual- oder Gewaltstraftaten angeordnet wird, bis der Gesetzgeber die Sicherungsverwahrung umfassend neu geregelt hat. Künftig soll nach dem Willen des BVerfG vor allem sichergestellt sein, dass das Leben der Insassen möglichst nah am Leben außerhalb des Vollzugs orientiert ist und ihnen mit einem umfangreichen Therapie- und Erprobungsangebot die Möglichkeit frühzeitiger Wiedererlangung ihrer Freiheit gesichert wird. Die Anwendung der §§ 66 ff. StGB hat es bis Ende Mai 2013 deshalb für nur eingeschränkt anwendbar erklärt.<sup>7</sup>

Ganz überwiegend befasst sich das BVerfG in seiner Entscheidung aber mit der Frage der Rechtmäßigkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit Blick auf die EMRK. Im Gegensatz zur nachträglichen Sicherungsverwahrung hat der EGMR keine Unvereinbarkeit bei einer Sicherungsverwahrung festgestellt, die unmittelbar im Urteil angeordnet wird (sog. primäre Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB).<sup>8</sup> Der Unterschied zur vorbehaltenen Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66a StGB besteht darin, dass der Vorbehalt typischerweise ausgesprochen wird, wenn die Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit nicht mit „hinreichender Sicherheit“ in der Verhandlung festgestellt werden konnte (§ 66a Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB). Eine Ausnahme bildet insoweit der seit 2011 neu eingefügte § 66a Abs. 2 StGB, nach dessen Nr. 3 der Vorbehalt auch bei einer hinreichenden Sicherheit von der Gefährlichkeit in Betracht kommt. Die alte Fassung des § 66a StGB aus dem Jahr 2002, mit der sich das BVerfG befassen musste, sah diese Möglichkeit hingegen nicht vor. Weil danach die erforderliche hinreichende Sicherheit hinsichtlich der Gefährlichkeit somit immer erst während des Strafvollzugs gewonnen werden konnte, enthielt die Verurteilung selbst nicht die hinreichenden Feststellungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung – und eben dies ist problematisch, weil der EGMR einen *hinreichenden* Zusammenhang des Freiheitsentzugs mit dem Schuldspruch fordert.<sup>9</sup>

Das BVerfG erkennt richtig, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung während der Haftzeit für sich genommen den Erfordernissen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK nicht genügt, weil es sich schon nicht um einen Schuldspruch

handelt.<sup>10</sup> Allerdings sehe die vorbehaltene Sicherungsverwahrung als zweiaktiges Verfahren eine Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen durch ein zweites Gericht bereits vor.<sup>11</sup> Dies ist nach Auffassung des Gerichts ein Vorteil gegenüber einer nur verwaltungsrechtlichen Entscheidung etwa durch die Strafvollstreckungskammern.<sup>12</sup> Das mag man mit Blick auf die EMRK aber auch anders sehen: Eine ausstehende verwaltungsrechtliche Entscheidung legt immerhin nahe, dass über das Wesentliche – nämlich darüber, ob die Sicherungsverwahrung angeordnet werden darf – bereits durch das erkennende Strafgericht entschieden wurde, während eine erneute Verhandlung das genaue Gegenteil nahe legt.<sup>13</sup>

Eine zweite Gerichtsentscheidung, in der über die Voraussetzungen für die Sicherungsverwahrung erst entschieden wird, deutet also eher darauf hin, dass ein hinreichender Zusammenhang zwischen Schuldspruch und Freiheitsentzug gerade nicht besteht – über eine mögliche „Durchbrechung“ dieses Zusammenhangs durch das zweite Urteil braucht dann nicht erst nachgedacht werden.<sup>14</sup> Zumindest besteht eine große Wahrscheinlichkeit, dass der EGMR dies so sehen wird, weil der von ihm verlangte hinreichende Zusammenhang schon begrifflich besagt, dass die Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Verurteilung eben *hinreichen* müssen, um den Freiheitsentzug anordnen zu können. Dies wird auch nicht durch zwei andere Entscheidungen in Frage gestellt, mit denen sich das BVerfG auseinandersetzt und die es zur Bestätigung seiner Auffassung heranzieht.

Im Fall des Belgiers van Droogenbroeck, der vom EGMR im Jahr 1982 verhandelt wurde und in dem eine sich später an das Schuldurteil anschließende Entscheidung des Justizministers über die Fortsetzung des Freiheitsentzugs für vereinbar mit der EMRK erklärt wurde, haben die Verurteilung und der nach Haftende fortgesetzte Freiheitsentzug ein „untrennbares Ganzes“ („inseparable whole“) gebildet. Das Gericht hatte nämlich bereits in seinem Strafurteil festgestellt, dass der Freiheitsentzug als eine Art Nebenfolge der Strafe rechtmäßig ist, also seine Voraussetzungen vorliegen. Der Justizminister konnte nur mehr darüber entscheiden, ob dieser stattdessen ausgesetzt und der Betroffene unter Führungsaufsicht gestellt werden kann.<sup>15</sup>

Das entspricht ziemlich genau unserer primären Sicherungsverwahrung: Die Sicherungsverwahrung wird angeordnet, muss aber nicht vollzogen werden, wenn stattdessen auch andere Maßnahmen wie eine Führungsaufsicht ausreichend scheinen. Die Parallele, die das BVerfG zur vorbehaltenen Sicherungsverwahrung zieht,<sup>16</sup> ist daher wenig überzeugend. Dem ebenfalls herangezogenen Fall Weeks aus dem Jahr 1987 liegt eine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe

<sup>6</sup> S. BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 128 ff.

<sup>7</sup> Wie Fn. 2.

<sup>8</sup> S. EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 19359/04 (M. v. Germany); EGMR, Urt. v. 9.6.2011 – 31047/04 u. 43386/08 (Mork v. Germany); EGMR, Urt. v. 9.6.2011 – 30493/04 (Schmitz v. Germany).

<sup>9</sup> Wie Fn. 3.

<sup>10</sup> S. BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 98.

<sup>11</sup> S. BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 99.

<sup>12</sup> S. BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 55.

<sup>13</sup> S. auch G. Merkel, *Recht und Psychiatrie* 2011, 205 (211 f.).

<sup>14</sup> Dies wird vom BVerfG mit Blick auf die Zeitspanne erwo-gen (Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 111).

<sup>15</sup> S. EGMR, Urt. v. 24.6.1982 – 7906/77 (van Droogenbroeck v. Belgium), Rn. 39 f.

<sup>16</sup> S. BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 55.

zugrunde, deren Aussetzung zur Bewährung widerrufen wurde. Weil es hier einen Schuldspruch gab, der sich gleich auf das ganze Leben erstreckt, gibt dieser Fall als Orientierung noch weniger her.<sup>17</sup>

Auch der Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK in seiner Interpretation durch den EGMR legen nahe, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung zum Zeitpunkt der Verurteilung feststehen müssen, weil diese ein *Schuldurteil* ist.<sup>18</sup> Bei einem Schuldspruch müssen aber alle Voraussetzungen für die Rechtsfolge zur Überzeugung des Gerichts feststehen. Wir dürfen schließlich auch niemanden verurteilen, von dem wir nicht mit hinreichender Sicherheit überzeugt sind, dass er eine Straftat begangen hat. Eine „gewisse Wahrscheinlichkeit“<sup>19</sup>, wie sie für die Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung in der Regel ausreicht, würde bei einem Schuldspruch also nicht genügen. Warum sie dann aber den Erfordernissen des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK genügen sollte, leuchtet nicht ein. Zwar ist die vorbehaltene Sicherungsverwahrung zweifelsohne ein zweiaktiges Verfahren, aber deshalb natürlich kein zweiaktiger Schuldspruch.

Das BVerfG erkennt den hinreichenden Zusammenhang dagegen darin, „dass sich eine später angeordnete Freiheitsentziehung in dem zum Zeitpunkt der Verurteilung bestehenden gesetzlichen und durch die Verurteilung gesteckten Rahmen bewegt.“<sup>20</sup> Aber welcher Rahmen ist der gesteckte? Zwar führt es diesbezüglich aus, der Angeklagte werde „darüber informiert, dass gegen ihn neben der verhängten Strafe eine weitere Rechtsfolge festgesetzt werden kann. Mit der Anlassverurteilung weiß er daher, dass seine Gefährlichkeit vor Ende des Strafvollzugs nochmals unter Berücksichtigung seines Vollzugsverhaltens bewertet wird. Sein Verhalten im Strafvollzug, insbesondere seine Mitarbeit in einer Therapie kann er hierauf einrichten.“<sup>21</sup> Das ist aber zumindest ungenau, denn der Angeklagte wird nicht darüber informiert, dass die Anordnung der Sicherungsverwahrung festgesetzt werden kann, sondern dass sie festgesetzt werden könnte, nämlich sofern sich herausstellen sollte, dass die Voraussetzungen für ihre Anordnung vorliegen. Darüber, dass sie festgesetzt wer-

den kann, wird er hingegen deshalb nicht informiert, weil dies zu diesem Zeitpunkt gerade nicht hinreichend sicher ist.

Unglücklich ist in diesem Kontext auch die Erwägung, der Verurteilte mit vorbehaltener Sicherungsverwahrung könne seine Gefährlichkeit im Strafvollzug „reduzieren oder beseitigen“<sup>22</sup>, wo doch seine Gefährlichkeit trotz eines Hanges zu erheblichen Straftaten nicht einmal festgestellt werden konnte. Das berührt unmittelbar den Zweifelsgrundsatz, der in Art. 6 Abs. 2 EMRK fixiert ist und der bei einer Schuld feststellung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK natürlich Anwendung findet. Für Verurteilte mit vorbehaltener Sicherungsverwahrung muss also im Zweifel angenommen werden, dass sie nicht die Gefährlichkeit aufweisen, die zu einer Anordnung der Sicherungsverwahrung berechtigt. Ein *nicht* gefährlicher Straftäter muss dann aber unter Umständen eine *nicht* erforderliche Therapie machen, nur um der in seinem Fall *nicht* rechtmäßigen Anordnung der Sicherungsverwahrung zu entgehen. Das wäre nach den geläufigen Kriterien eine rechtswidrige Nötigung und damit eine verfassungswidrige Zwangstherapie.

In diesem Kontext dürfte auch die Ausforschung der Gefangenen gegen verfassungsrechtliche Prinzipien verstoßen (Selbstbelastungsfreiheit), denn die Therapie eines nur mit gewisser Wahrscheinlichkeit gefährlichen Straftäters dient ja vor allem auch der Erforschung von Tatsachen, die seine Gefährlichkeit hinreichend sicher machen können. Betrachtet man die Anordnung der Sicherungsverwahrung mit dem BVerfG als zweiten Teil eines Schuldurteils, dann ist also höchst fraglich, ob sich dieses auf die höchst zwangsweise erworbenen Erkenntnisse überhaupt stützen dürfte. Dagegen formuliert das BVerfG, der Verurteilte könne „an einer Therapie mitwirken, um eine spätere Anordnung der Sicherungsverwahrung zu vermeiden.“<sup>23</sup>

Es spricht deshalb insgesamt sehr viel dafür, von der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung Abstand zu nehmen, soweit sie keine hinreichende Sicherheit hinsichtlich der Gefährlichkeit voraussetzt. Dass der Freiheitsentzug einerseits gegenüber Straftätern und aus Anlass ihrer Taten angeordnet wird, andererseits aber keine Strafe, sondern eine Maßregel für Täter nach ihrer Strafhaft ist, passt konzeptionell nicht zum Zweck des Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. a EMRK, der eben nur den Freiheitsentzug infolge eines Schuldspruchs durch ein Strafgericht legitimiert, für den der Zweifelsgrundsatz gilt. Deshalb müssen bei konsequenter Berücksichtigung dieses Zwecks alle Versuche scheitern, weniger als eine Überzeugung des Gerichts hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen für den Freiheitsentzug zu verlangen. Dann kann aber auch gleich ganz auf den Vorbehalt verzichtet werden. Zweifel an der Vereinbarkeit der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit der EMRK hat das BVerfG jedenfalls nicht ausgeräumt, sondern eher bestärkt. Es darf deshalb mit Spannung erwartet werden, wie sich der EGMR entscheiden wird.

Wiss. Mitarbeiterin Dr. Grischa Merkel, Rostock

<sup>17</sup> S. EGMR, Urt. v. 2.3.1987 – 9787/82 (Weeks v. The United Kingdom).

<sup>18</sup> Dazu grundlegend EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – 7367/76 (Guzzardi v. Italy), Rn. 100

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 110.

<sup>20</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 101, 108; s. auch *Pieroth*, JZ 2002, 922 (927); *Renzikowski*, JR 2004, 271 (273); *Baier*, Jura 2004, 552 (557); *Finger*, Vorbehalten und Nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2008, S. 215 f.; *Laue*, JR 2010, 198 (203); *Hörnle*, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, 2011, S. 239 (S. 252); abl. *Rzepka*, Recht und Psychiatrie 2003, 191 (208); *G. Merkel*, German Law Journal 2011, 1046 (1063); *dies.*, Recht und Psychiatrie 2011, 205 (211 f.); kritisch auch *Pollähne*, KJ 2010, 255 (264); *Kinzig*, NJW 2011, 177 (179); *Baltzer*, KritV 2012, 38 (49).

<sup>21</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 110.

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 83.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 78.

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

**Henning Steen**, Die Rechtsfigur des omnimodo facturus, Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, Duncker & Humblot, Berlin 2011, 221 S., € 72,-

Verdienstvoll ist es, dass der *Verf.* der Rechtsfigur des omnimodo facturus, diesem rocher de bronze, der sonst weniger im Mittelpunkt des strafrechtswissenschaftlichen Interesses steht, seine ganze Aufmerksamkeit widmet.

I. Der heute noch in der Rechtsprechung und überwiegend auch in der Literatur vertretenen und dogmatisch vermeintlich abgesicherten Ansicht, ein bereits zur Tat Entschlossener kann nicht nochmals zur Tat bestimmt werden, hält der *Verf.* die insoweit fast häretisch anmutende These entgegen: „Auch wenn auf einen omnimodo facturus eingewirkt wird, kann dessen Tatentschluss [...] grundsätzlich noch (mit-)verursacht werden“ (S. 16). Dazu untersucht er zunächst, ob – wie es die Lehre von omnimodo facturus annimmt – der Tatentschluss bereits im Vorbereitungsstadium gefasst werden kann. Seine Antwort lautet, der Tatentschluss ist vom Eintritt in das Ausführungsstadium abhängig (S. 16). Zu diesem Ergebnis gelangt er dadurch, dass er vom Entschluss im Alltagssprachlichen Sinn den Tatentschluss im strafrechtlichen Sinn abscheidet. Dieser enthalte alle deliktsrelevanten subjektiven Merkmale, also den Tatvorsatz und die besonderen subjektiven Merkmale (S. 15). Dann behandelt er einzelne Elemente des Vorsatzes, also den Vorsatz bzgl. des Tatobjekts (mithin die Konkretetheit des Wissens). Dazu geht er auf den Objektvorsatz nach der sog. Konkretisierungstheorie (S. 20 ff.) sowie nach der sog. Gleichwertigkeitstheorie (S. 27 ff.) ein. Als Zwischenergebnis hält er fest: Ein omnimodo facturus kann sich zwar im Planungsstadium der Tat das anzugreifende Tatobjekt vorstellen. In den Normalfällen erhält jedoch nach den genannten Theorien der Objektvorsatz seine zurechnungsbe gründende und daher maßgebliche Gestalt erst durch Umstände, die im Stadium der Tatplanung noch nicht vorliegen (S. 32).

In einem nächsten Schritt befasst er sich mit dem Handlungsvorsatz, d.h. der Koinzidenz des Vorsatzes (S. 32 ff.). Hier stellt er heraus, dass das strafbarkeitsbegründende Element eines jeden Vorsatzdelikts und insoweit dessen notwendige Voraussetzung die Vorstellung sei, zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar anzusetzen bzw. angesetzt zu haben. Vertretbar plädiert er dafür, dass diese Vorstellung nicht als Teil der Tathandlung eine objektive Tatbestandsvoraussetzung darstellt, sondern die Mindestgrenze der subjektiven Zurechnung markiert. Hinsichtlich des Inhalts der Vorstellung vom unmittelbaren Ansetzen greift er indes zu kurz, wenn er ihn „auf das Erlebnis der Feuerprobe der kritischen Situation“ (S. 16, 42) bzw. auf die Vorstellung „jetzt geht es los“ reduziert.<sup>1</sup> Diese Vorstellung des unmittelbaren Ansetzens zur Tat als notwendigem Bestandteil des Vorsatzes fehle beim omnimodo facturus (S. 42).

<sup>1</sup> Vgl. dazu *M.-K. Meyer*, Beiträge zum Strafrecht, 2007, S. 23 ff., 29 f. m.w.N.

Bei Beantwortung der Frage, wie deutlich der Täter die Tatumstände kennen muss, insbesondere also, wann einem Täter die Bedeutungskomponente sinnlich wahrnehmbarer Merkmale „mitbewusst“ ist, hebt der *Verf.* zum einen darauf ab, dass der Täter die Bedeutung eines solchen Merkmals schon einmal erfahren hat. Weiterhin verlangt er, dass der Täter das Merkmal wahrnimmt. Da nur über die Wahrnehmung der relevante Sinngehalt vermittelt werde, diese dem omnimodo facturus indes fehle, fehle dem Täter im Vorbereitungsstadium auch der Vorsatz hinsichtlich dieser Tatbestandsmerkmale.

Zusammenfassend bestätigt diese Untersuchung des Tatentschlusses im Vorbereitungsstadium die These des *Verf.*, dass im Planungsstadium der Tat einzelne Bestandteile des Vorsatzes noch nicht vorliegen (S. 54).

Seiner Folgerung, dass deshalb auch die (Mit-)Verursachung des Tatentschlusses durch einen hinzutretenden Hintermann in diesen Konstellationen nicht von vornherein ausgeschlossen ist (S. 55), wird indes nur zustimmen, wer mit dem *Verf.* im Anschluss an *Puppe* den Tatentschluss i.S.e. (tatsmächtigen) Deliktvorsatzes (S. 16), als verbindlichen Tatentschluss,<sup>2</sup> also als Tatentschluss im strafrechtlichen Sinne begreift (S. 15). Zwar ist zuzugeben, dass das, wozu jemand entschlossen ist, sich erst an dem zeigt, was er verwirklicht oder zu verwirklichen beginnt.<sup>3</sup> Ferner lässt sich nicht ausschließen, dass auch derjenige Tatentschluss eines zur Zeit der Anstiftung bereits Tatentschlossenen insofern auf dieser Anstiftung beruht, als er ohne sie wieder fallen gelassen worden wäre. Allerdings fällt es schwer, eine derartige Kausalität in der Praxis zu beweisen. Deshalb wird ungeachtet dieses prinzipiell durchaus berechtigten Einwandes überwiegend an der Rechtsfigur des omnimodo facturus festgehalten.<sup>4</sup> Hinzu kommt folgendes: Vor dem Tun steht immer schon der Wille, die Wirklichkeit durch das Tätigwerden so zu gestalten, dass das Erstrebte eintritt.<sup>5</sup> Deshalb fragt sich, ob von dem für den Täter strafrechtlich relevanten Ausführungsentchluss nicht doch im Hinblick auf die Anstiftung abzuseiden ist der Willensentschluss<sup>6</sup> i.S.e. Zielvorstellung<sup>7</sup> bzw. eines Tatziels.<sup>8</sup>

Das macht es zwar notwendig, unter dem Begriff des Tatentschlusses – bezogen auf seine strafrechtliche Relevanz im Hinblick auf den Täter – etwas anderes zu verstehen als in Bezug auf den Anstifter. Aber es ist ja auch sonst nichts Ungewöhnliches, dass ein und dasselbe Wort in verschiedenen teleologischen Zusammenhängen abweichend ausgelegt

<sup>2</sup> Vgl. *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, § 28 Rn. 15.

<sup>3</sup> *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, § 14 Rn. 112.

<sup>4</sup> Vgl. *Frister* (Fn. 2), § 28 Rn. 15.

<sup>5</sup> Vgl. *Schmidhäuser* (Fn. 3), § 8 Rn. 21.

<sup>6</sup> Vgl. *Schmidhäuser* (Fn. 3), § 14 Rn. 111.

<sup>7</sup> Vgl. *Schmidhäuser* (Fn. 3), § 8 Rn. 21.

<sup>8</sup> Vgl. *Heinze*, Die Verleitung des Tatentschlossenen zur Änderung seiner anfangs geplanten Tat, 1974, S. 39 ff., 43 ff.

wird.<sup>9</sup> Überdies ist auch die vorgeschlagene Vollendungsstrafung bedenklich.

Ungeachtet der Uneinigkeit hinsichtlich der dogmatischen Einordnung (Mandat, consilium, Versuch) war es früher herrschende Ansicht, dass im Falle der vermeintlichen Anstiftung eines alias facturus von der poena ordinaria nicht die Rede sein konnte, sondern nur von einer poena extraordinaria.<sup>10</sup> Davon scheint man in neuerer Zeit wieder abgerückt zu sein, wenn die Erweiterung des Bereichs der Anstiftung bis zum unmittelbaren Ansetzen durch den Täter bei einer „sanktionsbewehrten Tataufforderung“ als „vorzugswürdig“ angesehen wird gegenüber bloßer Versuchsstrafbarkeit, die keine „angemessene Lösung“ wäre.<sup>11</sup>

Diesem Ergebnis entspricht auch der Lösungsvorschlag des *Verf.* für den Fall der Anstiftung durch handlungsleitende Motivation eines im Vorbereitungsstadium bereits Entschlossenen (S. 191).

II. Im 2. Teil beschäftigt sich der *Verf.* unter dem Titel „Die Kausalität der Anstiftung“ mit der Frage, wie der psychische Zusammenhang zwischen der Einwirkung durch die Anstiftungshandlung und dem Tatentschluss i.S.d. Deliktvorsatzes beschaffen sein muss. In Übereinstimmung mit dem überwiegenden Verständnis in der Literatur verneint er einen Kausalzusammenhang auf der Grundlage der *conditio sine qua non*-Formel mit dem zutreffenden Hinweis, diese Formel setze die Kenntnis der Ursache bereits voraus (S. 55 ff.). Dem helfe auch die Formel von der gesetzmäßigen Bedingung nicht ab; allerdings verschleierte sie auch nicht die Notwendigkeit der Kenntnis der Naturgesetze (S. 57 ff.). Das veranlasst ihn, näher auf das „teilweise naturgesetzlich bestimmte Entscheidungsschema“ *Samsons* einzugehen (S. 60 ff.) sowie auf den starken und schwachen Ursachenbegriff bei *Hruschka* (S. 62 ff.). Beide Lehren werden im Hinblick auf ihre Unvereinbarkeit mit der Annahme von Willensfreiheit verworfen. Die Lehre von der Kausalität als empirischem Zusammenhang durch Anwendung retrospektiver Erfahrungssätze nach *Schulz* (S. 65 ff.) sowie ihre Handhabe durch die Rechtsprechung etwa in den Fällen der strafrechtlichen Produkthaftung (S. 67 ff.) verteidigt der *Verf.* zunächst gegen die von *Kaufmann* (S. 69 ff.) und *Volk* (S. 71 ff.) geübte Kritik. Übrig bleiben die bereits von *Maiwald* und *Hoyer* gegen die Rechtsprechung gerichteten Einwände: Könne man letztlich nicht ausschließen, dass ein fremder Wirkungszusammenhang vorliege, dann dürfe diese Unklarheit nicht einfach übergangen werden, sie müsse vielmehr zur Anwendung des Grundsatzes in *dubio pro reo* führen, jedenfalls sei der Freiraum richterlicher Entscheidung verfassungsrechtlich begrenzt (S. 75 ff.). „Um die insofern gebotene Objektivität sicherzustellen, muss die richterliche Entscheidung auf sachlich zureichenden, plausiblen Gründen beruhen, die Beweisführung muss eine tragfähige tatsächliche Grundlage haben“ (S. 78). Zwar könn-

ten in den Fällen der Produkthaftung die nicht positiv vorhandenen wissenschaftlichen Erkenntnisse durch den wissenschaftlich fundierten Ausschluss anderer möglicherweise allein wirksamer Ursachen ersetzt werden, aber in den Fällen vermuteter psychisch vermittelter Kausalität sei dieses Verfahren nicht anwendbar. Denn im Hinblick auf die Verneinung anderer Ursachen lasse sich hier keine objektiv höhere Sicherheit erlangen als hinsichtlich des als ursächlich vermuteten Ereignisses selbst (S. 80).

Diesem Mangel hinreichender Objektivität sowie den anderen angeführten Defiziten der herkömmlichen Methoden soll dagegen der von *Hoyer* entwickelte probabilistische Kausalitätsbegriff nicht ausgesetzt sein. Dazu heißt es auf den S. 82 ff.: „Erforderlich sei, dass eine durch das vom Hintermann gelieferte Motiv eintretende Risikoerhöhung sich auch im Erfolgseintritt niedergeschlagen hat. Das sei dann der Fall, wenn der Täter das Motiv bei Tatbegehung als Argument für die Tatausführung begreift, es also – eventuell neben anderen Motiven – tatsächlich (mit)motivierend wirkt“.

Zusammengefasst: „Kausal für einen Tatentschluss ist [...], wer dem Täter ein Motiv liefert (Intensivierungseffekt), das dieser übernimmt (Übernahmeeffekt)“ (S. 84). Dem entspricht hinsichtlich des Übernahmekriteriums der bereits von *Puppe* vorgeschlagene Begriff der Motivationskausalität. Er unterscheidet sich jedoch durch das zusätzliche Kriterium des Intensivierungseffekts (S. 84 ff.). Und am Rande sei vermerkt, dass auch schon in der älteren Literatur deutliche Ansätze für das Übernahmekriterium bzw. die Motivationskausalität vorfindlich sind, wie die Ausführungen von *Geib* zeigen.<sup>12</sup>

Bezogen auf die omnimodo facturus-Konstellationen stehen der Meinung, die auch für diese Fälle der Anstiftung immer eine Erhöhung der Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung bejahen, weil eben mit jeder zusätzlichen Motivschaffung ein Intensivierungseffekt verbunden sei, diejenigen Ansichten entgegen, die das aus unterschiedlichen Gründen verneinen. Auf sie geht der *Verf.* detailliert ein und widerlegt sie mit gut vertretbarer Begründung (S. 86 ff.).

Danach unternimmt er es, die Frage zu klären, ob es im Rahmen der psychischen Teilnahme, also in den Fällen der Anstiftung ebenso wie in denen der psychisch zur Tat Hilfleistenden einen einheitlichen Kausalbegriff gibt, oder ob diese Vorstellung etwa illusionär ist, wovon *Puppe* ausgeht (S. 91 ff.).

Da die exakte Reichweite der psychischen Beihilfe nach Meinung des *Verf.* von der Anstiftung abhängt, diese aber noch nicht abschließend erklärt ist, begrenzt er im Hinblick auf die Klärung des Begriffs der psychischen Beihilfe sein Untersuchungsmaterial zunächst auf „weitgehend anerkannte Fälle“ dieser Teilnahmeart. Hierzu gehören einmal die technische Rathilfe durch Einwirkung auf den intellektuellen Bereich der Täterpsyche durch Wissensverschaffung (z.B. Informationen über eine günstige Tat Gelegenheit, Vorschläge zur optimierten Tatausführung), zum anderen die Bestärkung des Tatentschlusses durch Einwirkung auf die voluntative Täterpsyche (z.B. Lieferung zusätzlicher Tatmotive an einen

<sup>9</sup> Vgl. *Roxin*, in: Jescheck/Ruß/Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 10. Aufl. 1985, Vor § 26 Rn. 22.

<sup>10</sup> Vgl. *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1855, S. 305 f.

<sup>11</sup> *Nepomuck*, Anstiftung und Tatinteresse, 2008, S. 202.

<sup>12</sup> Vgl. *Geib*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 2, 1862, S. 320 ff.

bereits zur Tat Motivierten, Ausreden noch bestehender Bedenken, Zusage von Beiträgen, um die Entdeckung oder Bestrafung des Täters zu verhindern oder aber Vorteile der Tat zu sichern; S. 92 f.).

Im Folgenden untersucht der *Verf.* die Beziehung zwischen psychischer Gehilfenhandlung und Haupttat. Wenn er dazu meint, erforderlich für das Vorliegen eines Zurechnungszusammenhangs sei nach üblicher Sichtweise, „dass der Gehilfenbeitrag den Tatentschluss des Haupttäters entweder durch Rat oder Bestärkung verursacht habe“ (S. 94), und hierzu u.a. *Schmidhäuser* (fälschlich § 14, richtig wäre § 10 Rn. 143) und *Lackner/Kühl* zitiert, so lässt sich bei diesen Autoren eine diesbezügliche Ansicht nur unter der Voraussetzung feststellen, dass man ihrem Begriff des Tatentschlusses den vom *Verf.* vorgestellten Tatentschluss im strafrechtlichen Sinne unterlegt. Verzichtet man richtigerweise darauf, dann scheinen die Ausführungen dieser Autoren eher die Gegenthese *Puppies* zu stützen, nicht aber die des *Verf.* von einem einheitlichen Fundament der Zurechnung von Anstiftung und psychischer Beihilfe.

Vom dargelegten eigenen Standpunkt aus konsequent lehnt der *Verf.* den herkömmlichen Kausalitätsbegriff im Hinblick auf die Willensfreiheit des Haupttäters sowohl in den Fällen einer Rathilfe als auch in den Fällen einer Bestärkung des Tatentschlusses ab (S. 95). Zu Recht verwirft er auch die frühere Förderungsformel der Rechtsprechung (S. 95 f.), um sich der auch von ihr neuerdings getragenen Risikoerhöhungslehre zuzuwenden.

Der Lehre *Schaffsteins* von der Erhöhung des Risikos der Rechtsgutsverletzung ex ante wirft er vor, sie berücksichtige bei der Zurechnung fälschlicherweise Ersatzursachen (S. 98). Gegen die Lehren, nach denen es sich bei der Beihilfe um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handeln soll, argumentiert er mit dem von ihm präferierten Strafgrund der Teilnahme, der das Unrecht der Teilnahme jedenfalls auch vom Haupttatunrecht ableitet (S. 98 ff., 101). Das vermag den kaum zu überzeugen, der begründet von der Selbstständigkeit des Teilnehmerdelikts ausgeht.<sup>13</sup>

Den Lehren zur Risikobestimmung ex post stehen nach Ansicht des *Verf.* die gleichen Bedenken gegenüber, die er gegen eine ex ante-Bestimmung des Risikozusammenhangs geltend gemacht hat (S. 101 f.). Auch der von *Osnabrügge* vorgeschlagenen ex post-Bestimmung des Risikozusammenhangs nach dem Prinzip der maximalen Bestimmtheit erteilt er am Ende eine Absage; sie bestrafte letztlich eine Gefährdung bereits als Beihilfe, weil es auf eine die Verletzung fördernde Wirkung des Beitrags nicht ankomme (S. 103 ff.).

Nachdem der *Verf.* die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Beziehungsmuster zwischen psychischer Gehilfenhandlung und Haupttat weithin verworfen hat, geht er in neuerlicher Auseinandersetzung mit *Osnabrügge* und den von Rechtsprechung und Literatur zu § 257 Abs. 3 StGB a.F. vertretenen Meinungen auf den Zurechnungszusammenhang durch Übernahme des Risikos ein. Auch wenn man von der Handlungsfreiheit des Täters ausgehe, sei nicht anzunehmen, dass dieser seine Entscheidungen unbeeinflusst von äußeren

Umständen treffe. Er handle beeinflusst, wenn er sich beeinflussen lasse, wenn er sich dafür entscheide, den Beeinflussungsbeitrag zu übernehmen. „Ratschläge und Motive entfalten ihre Wirkung also dadurch, dass der Täter sich entscheidet, sie (neben anderen Überlegungen und evtl. äußeren Beiträgen) zur Grundlage seiner Entscheidung für die Tat zu machen und nicht zurückzuweisen“. Es liege deshalb nahe, „die Risikorealisation durch Übernahme eines Ratschlags bzw. Motivs als Voraussetzung des Zurechnungszusammenhangs bei psychischer Beihilfe anzusehen“ (S. 105).

Im Folgenden (S. 113 ff.) unternimmt es der *Verf.*, diese Ausgangsthese zu untermauern und die Übernahme als gemeinsames Zurechnungskriterium im Bereich der psychischen Teilnahme festzuschreiben. Als Ergebnis lässt sich insoweit festhalten: „Psychisch kausal für den Tatentschluss des Täters wird derjenige, der dem Täter ein Motiv oder einen Ratschlag geliefert hat, den dieser bei Tatbegehung übernimmt“ (S. 117). Vorausgesetzt wird weiter – den objektiven Bestimmtheitsanforderungen entsprechend –, dass dem psychischen Teilnahmebeitrag zu entnehmen ist, zu welcher den Umrissen nach bestimmten Tat er einen Rat liefern oder motivieren soll (S. 119).

III. Folgt man dem *Verf.* darin, dass es sich bei dem von ihm im Einzelnen dargelegten Zurechnungskriterium der „Verursachung des Tatentschlusses“ (scil. im strafrechtlichen Sinne) um eine nicht nur für die Anstiftung, sondern auch für die Beihilfe geltende Voraussetzung handelt, dann bedeutet das, dass in den Konstellationen der Einwirkung auf einen omnimodo facturus die Entscheidung, ob Anstiftung noch möglich ist oder nur Beihilfe in Betracht kommt, jedenfalls nicht auf der Kausalitätsebene getroffen werden kann. Deshalb stellt der *Verf.* die weitere Frage: Unter welchen Voraussetzungen erweist sich die Verursachung des Tatentschlusses als „Bestimmen zur Tat“ und ist deshalb tätergleich zu bestrafen, und in welchen Fällen der Verursachung des Tatentschlusses handelt es sich lediglich um eine „Hilfeleistung“ zur Tat, deren Strafe gem. § 27 Abs. 2 S. 2 StGB zu mildern ist (S. 121)?

Dieses Vorgehen ist vom Standpunkt des *Verf.* aus konsequent. Es vermag allerdings den nicht zu überzeugen, der hinsichtlich der Anstiftung die tätergleiche Strafbarkeit mit guten Gründen für fehlsam hält und wegen der Unterschiede in der Art und Weise der Anstiftung, den Typen ihrer Strafwürdigkeit entsprechend, für eine fakultative Strafmilderung der Anstiftung plädiert.<sup>14</sup>

Verfolgt man indes den Gedankengang des *Verf.* weiter, dann sind unter dem Titel „Der Strafgrund der Anstiftung“ alle diejenigen Kriterien zu erörtern, anhand deren die Anstiftung von der Beihilfe abgegrenzt wird (S. 121).

Zuzustimmen ist ihm darin, dass nicht jede noch so geringe Beeinträchtigung der Tatmotivation für die (scil. tätergleiche) „Strafbarkeit wegen Anstiftung ausreicht“ (S. 123).

Dazu geht er detailliert auf die Lehre vom omnimodo facturus ein. Hier setzt er sich besonders mit dem Abgrenzungskriterium des „festen Verwirklichungswillens“ auseinander

<sup>13</sup> *M.-K. Meyer* (Fn. 1), S. 1 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *M.-K. Meyer*, Die Strafwürdigkeit der Anstiftung dem Grade nach, 1970, S. 130 ff., 207 ff.

(S. 125). Auf der Grundlage des gegen die Lehre vom omnimodo facturus vorgebrachten „Arguments der widersprechenden psychologischen Erfahrung“ wird vertretbar die subjektive (S. 127 ff.) wie auch die objektiv-subjektive omnimodo facturus-Theorie abgelehnt (S. 132 ff.) Entsprechendes gilt für die „psychische Zäsur nach einer ‚engen‘ Lehre vom omnimodo facturus“ (vorbehaltloser, felsenfester, unumstößlicher Deliktsverwirklichungswille; S. 134 ff.). Als Ausweg aus dem auf die Lehre vom omnimodo facturus zurückzuführenden Dilemma zwischen unzulässiger Verkürzung oder unzulässiger Erweiterung des Anstiftungsbereichs erwägt der *Verf.* zunächst, auf eine generelle Bestimmung der omnimodo facturus-Qualität überhaupt zu verzichten und diese Zäsur erst im Einzelfall zu ermitteln. Aber auch diesen Weg will er dann nicht gehen, „wenn eine Abgrenzung innerhalb der psychischen Teilnahme nach dem Kriterium des Hervorrufens des Verwirklichungswillens im Vorbereitungsstadium der Tat insgesamt abzulehnen wäre“ (S. 136).

Dazu bestimmt ihn „das Argument der Unrechtszurechnung“ bei der Teilnahme (S. 136 ff.). Hier geht er zunächst ein auf die sog. akzessorische Verursachungstheorie, die er im Hinblick auf den Umfang der Zurechnung des Haupttatunrechts zu Recht ablehnt (S. 137 f.). Dann wendet er sich den sog. gemischten Verursachungstheorien in ihren unterschiedlichen Ausprägungen zu (S. 138 ff.). Diese Auseinandersetzung führt zu folgendem Ergebnis: Auf der Grundlage der sog. gemischten Verursachungstheorie setzt sich das Unrecht der vollendeten Anstiftung aus abgeleitetem und selbständigem Unrecht zusammen. Das von der Lehre vom omnimodo facturus herangezogene Merkmal der Hervorrufung des festen Verwirklichungswillens rechtfertigt keine Unrechtszurechnung als Erst-Erfolg der Anstiftung. Diese Einflussnahme auf den späteren Täter erfolgt im Vorbereitungsstadium, mithin in einem Zeitpunkt, in dem das Haupttatunrecht noch nicht vorliegt. Auch selbständiges Anstiftungsunrecht kann dieser Einfluss nicht begründen, wie sich aus § 30 Abs. 1 StGB ergebe. Dem entsprechend ist auch das selbständige Unrecht der vollendeten Anstiftung unabhängig von der Hervorrufung des festen Verwirklichungswillens. „Dieses Kriterium ist als Voraussetzung der Anstiftung folglich abzulehnen und der Lehre vom omnimodo facturus nicht zu folgen“ (S. 154). Diese Verkürzung der Selbständigkeit des Unrechts der vollendeten Anstiftung wird denjenigen nicht überzeugen, der auf der Grundlage eines vollkommen selbständigen Teilnehmerdelikts argumentiert.<sup>15</sup>

Anschließend erörtert der *Verf.* zum Strafgrund der Anstiftung die Lehre vom Unrechtspakt und beschränkt sich dabei auf deren wesentliche Ausprägungen (S. 154 ff.). Er widerlegt die Auffassung, dass der Unrechtspakt als Abhängigkeitsverhältnis bzw. als Hierarchieverhältnis zu verstehen sei. Auch nach der Lehre vom Unrechtspakt als vertragsähnlichem Verhältnis bleibe letztlich offen, anhand welcher Merkmale die Anstiftung von der Beihilfe abzugrenzen sei (S. 164).

Deshalb schlägt der *Verf.* als eigenes Abgrenzungskriterium „die handlungsleitenden tatwirksamen Teilnehmerbeiträge“ vor (S. 164 f.). Um deren Kriterien näher zu bestimmen,

greift er auf den S. 166 ff. auf die Differenzierung im Rahmen physischer Tatbeiträge zurück, also auf die Unterscheidung der äußeren Beteiligungsbeiträge nach objektiven Kriterien, auf die Grundkonzeption der funktionalen Tatherrschaft, auf die Wesentlichkeit des Tatbeitrages (Beurteilung aus der Sicht *ex post*, Erforderlichkeit des Tatbeitrags aus der Sicht *ex ante*). Sein Ergebnis lautet: Eine objektive Unterscheidung innerhalb der Gruppe der äußeren Tatbeiträge ist zwar möglich, sie kann aber nicht trennscharf gezogen werden. „Die Beurteilung eines Beitrags als wesentlich bzw. unwesentlich ist eine normative Frage, die sich daran zu orientieren hat, ob der Beitrag innerhalb der Deliktsverwirklichung eine zentrale Funktion erfüllt“. Dieses Fazit zur Abgrenzung physischer Tatbeiträge veranlasst ihn zu der Prognose, dass sich auch hinsichtlich der psychischen Tatbeiträge kein festes Abgrenzungskriterium werde finden lassen (S. 179).

Zur Unterscheidung im Bereich psychischer Tatbeiträge, also der intellektuellen wie auch der voluntativen Beteiligung, behandelt er im Rahmen der intellektuellen Beteiligung zunächst die Anstiftung durch Rat. Da die vom Täter übernommenen und daher kausalen intellektuellen Beiträge eines Hintermannes von unterschiedlichem Gewicht seien, soll wegen der dominierenden Stellung Anstiftung dann vorliegen, wenn der Plan die Art der Tatausführung präge. Hingegen soll ein bloßer die Art und Weise der Ausführung nur am Rande beeinflussender Hinweis wegen der untergeordneten Stellung des Beitrags eine lediglich als Beihilfe zu bestrafende Ratbeihilfe sein. Die nähere Abscheidung von Planung und Rathilfe verlagert er auf die spätere Erörterung der Fallgruppen der Um-, Ab-, und Anstiftung (S. 182).

Auch im Bereich der voluntativen Beteiligung geht er davon aus, dass innerhalb der kausalen Beiträge unterschieden werden kann, mithin nicht jedes von außen herangetragene tatwirksame Motiv eine Bestrafung nach § 26 StGB begründet. Bei seinem weiteren Bemühen, handlungsleitende Motive von nebensächlichen Motiven abzuscheiden, verwirft er zunächst die Differenzierung zwischen Primär- und Letztzwecken (S. 183 f.), sodann das Kriterium des „notwendigen Beweggrundes“ (S. 184 f.). Im Anschluss an BGHSt 50, 80 hält er – trotz der damit verbundenen Beweisschwierigkeiten – daran fest, das Merkmal des Bestimmens in § 26 StGB an die Voraussetzung zu knüpfen, dass das vom Hintermann gelieferte Motiv für die Begehung der Haupttat tatsächlich handlungsleitend und deshalb bestimmend ist (S. 185 ff.)

Zwecks weiterer Klärung dieser Voraussetzung geht er dann zunächst auf die Konstellationen ein, die üblicherweise unter dem Aspekt der „Bestärkung des Tatentschlusses“ als Beihilfe gewertet werden. Dazu legt er dar, es müsse unterschieden werden zwischen den auf eine bereits vorhandene Motivation auftreffenden Beiträgen, die regelmäßig nur eine untergeordnete unterstützende Rolle spielen, und jenen von außen gelieferten Gründen, die zwar auch auf eine bereits vorhandene Motivation auftreffen, aber bei Tatbegehung eben nicht nur eine untergeordnete Rolle spielen, sondern eine prägende (S. 191). Davon sei z.B. auszugehen, wenn der Täter zwei gleiche nacheinander gelieferte Motive übernimmt und deshalb die Tat begeht, und ebenso dann, wenn die von außen gelieferten Motive die ursprünglichen Tatgründe überlagern

<sup>15</sup> Vgl. M.-K. Meyer (Fn. 1), S. 1 ff.

oder gleichrangig neben einen bereits vorhandenen wesentlichen Beweggrund treten und daher als handlungsleitende Motivation eine zentrale Bedeutung für die Tatbegehung erlangen (S. 192).

Endlich befasst sich der *Autor* auf den S. 192 ff. noch kurz mit Konstellationen der Motivänderung und des Ausschlusses hypothetischer Ersatzursachen mit dem Ergebnis: Auch in diesen Fällen verwirklicht der motivierende Hintermann das Handlungsunrecht der Anstiftung. Lässt sich der Täter überdies in der vom Hintermann intendierten Weise leiten, dann liegt genau der dominierende Einfluss vor, den § 26 StGB verbietet (S. 194).

Wie vordem schon angezeigt, behandelt der *Verf.* auch die Ab-, Auf- und Umstiftung (S. 194 ff.). Von seinem Ausgangspunkt kommt er in den Fällen der Abstiftung zu einer Erweiterung des Bereichs von Anstiftung und Beihilfe, es sei denn, es liegen neben der Gefahr für das fremde Rechtsgut – der hypothetischen Ersatztat – auch die weiteren Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vor.

Hinsichtlich der Aufstiftung verwirft der *Verf.* zunächst das „analytische Trennungsprinzip“ wie auch die „synthetische Konzeption“. Dann aber übernimmt er von dieser das Wesentlichkeitskriterium des Tatbeitrags. Allerdings bezieht er es nicht länger auf die Differenz zwischen geplanter und begangener Tat, sondern auf den Einfluss, den der Teilnehmer auf die ausgeführte Tat hat. „Ein wesentlicher Einfluss des Teilnehmers auf die Tat liegt dann vor, wenn er entweder das einzige bzw. eines der dominierenden Motive geliefert hat oder den Tatplan geschaffen hat, der durch den Täter umgesetzt wird. Nicht tatprägend ist demgegenüber ein Beitrag des Hintermannes, der sich bloß auf einzelne Modalitäten der Tat beschränkt. Wer lediglich die Tatzeit, den Tatort oder das Tatmittel beeinflusst, ist nicht Anstifter, sondern nur Gehilfe“ (S. 200 f.).

Bezüglich der Umstiftung argumentiert der *Verf.* wie folgt: Abzustellen ist wiederum allein auf den Einfluss des Teilnehmers auf die vom Täter begangene Tat. Nur eine Beihilfe liegt vor, wenn der Teilnehmer z.B. lediglich das Tatobjekt vorgibt. Anstiftung ist demgegenüber anzunehmen, wenn mit dem Ratschlag ein tatgestaltender Einfluss verbunden ist, etwa weil der Hintermann ein Motiv liefert, das der Täter als Beweggrund übernimmt. (S. 202).

Abschließend untersucht der *Verf.* den Zusammenhang zwischen dem Mittel der Beeinflussung und dessen Wirkung, also die Qualität des Anstifterverhaltens (S. 204 ff.). Zu Recht geht er davon aus, dass als Anstiftungsmittel nur eine Verhaltensweise mit Aufforderungscharakter in Betracht kommt. Zuzustimmen ist ihm auch, wenn er bei einer Nötigung i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB des Hintermannes immer von einem tatprägenden Einfluss auf den Tatentschluss des Vordermannes ausgeht. Wünschenswert wäre es allerdings gewesen, wenn er den Tatmitteln der Anstiftung über das genannte hinaus weitere Aufmerksamkeit gewidmet hätte. Vielleicht hätte sich damit sogar eine Chance eröffnet, Kriterien zu entwickeln, die es erleichtern, den „zentralen Einfluss des Hintermannes auf den Tatentschluss des Vordermannes“ (S. 206), mithin dessen „handlungsleitenden tatwirksamen Teilnehmerbeitrag“

sachgerecht festzustellen.<sup>16</sup> Denn der *Verf.* muss sich doch fragen lassen, wie viel mehr an Klarheit sein Kriterium des „handlungsleitenden Motivs“ (S. 209), das auch als „bestimmendes, prägendes Motiv“ (S. 208 f.), als „dominierender Einfluss“ (S. 194) bzw. als „zentraler oder entscheidender Einfluss“ (S. 206) beschrieben wird, gegenüber den früher verwandten Kriterien der „entscheidenden Beweggründe“<sup>17</sup> bzw. der „ausschlaggebenden Motivation“<sup>18</sup> bringt. Da das Merkmal „ausschlaggebend“ dann dahin verstanden wurde, dass ohne Zutun des Anstifters in dem Angestifteten der Entschluss nicht entstanden wäre, geht es letztlich um einen unentbehrlichen Tatbeitrag. Diesem quantitativ-objektiven Moment hat *Köstlin*<sup>19</sup> bereits 1855 im Kontext von Urheberschaft und Beihilfe zu Recht folgendes entgegengehalten: „Soll bloß die größere oder geringere Wirksamkeit für den Erfolg entscheiden, so entsteht ein Prozess ins Unendliche, dem nur die Willkür Grenzen stecken kann [...]. Denn bei einem bestimmten Erfolg ist ebenso Alles notwendig, wie Alles zufällig. Auch hat die Praxis gezeigt, dass mit jenen quantitativen Bestimmungen Urheber in Gehilfen und Gehilfen in Urheber verwandelt werden“. Soweit der *Verf.* sich hinsichtlich der Auslotung des Kriteriums des „handlungsleitenden Motivs“ überdies auf BGHSt 50, 80 beruft, liegt auch der Gedanke an ein subjektives Moment in Gestalt des Interesses nicht länger fern. Denn dort wird der Wunsch des Opfers nach Beginn des Tatgeschehens, keinen Notarzt zu rufen und nach Verlust des Bewusstseins ihn abzustechen nur als „Ausführung der bereits vorher zwischen Täter und Opfer getroffenen gegenseitigen Vereinbarung verstanden, die beiden Beteiligten dazu dienen sollte, jeweils ausschließlich die eigenen Interessen zu verwirklichen“, weshalb ein handlungsleitender Todeswunsch verneint wurde.<sup>20</sup> Aber die Bedenken gegen qualitativ-subjektive Momente sind so alt wie diese Kriterien selbst.<sup>21</sup>

Auch der *Verf.* verkennt nicht, dass das Kriterium des prägenden und handlungsleitenden psychischen Teilnehmerbeitrags keine hinreichend bestimmte dogmatische Abgrenzung der Teilnahmeformen ermöglicht. Es handelt sich um einen Steigerungsbegriff mit fließenden Übergängen oder – wovon der *Verf.* ausgeht – um einen offenen Begriff (S. 209). Dass man aber deshalb in letzter Konsequenz die Abgrenzung zwischen Anstiftung und Beihilfe einer gerichtlichen Wertentscheidung zu überlassen hat (S. 209), ist damit noch nicht ausgemacht.

IV. Ob die in dieser weithin kenntnisreichen Arbeit des *Verf.* enthaltenen Thesen sich durchsetzen und insbesondere zum Abschied von der Rechtsfigur des omnimodo facturus führen werden, bleibt abzuwarten. Wer an der überwiegend ungebrochenen Tradition dieser Rechtsfigur festhält, wird

<sup>16</sup> Vgl. *M.-K. Meyer* (Fn. 14), S. 112 ff.

<sup>17</sup> *Merkel/Liepmann*, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, S. 171.

<sup>18</sup> Vgl. v. *Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2, 1907, S. 630.

<sup>19</sup> *Köstlin* (Fn. 10), S. 275 ff., 278, 299.

<sup>20</sup> BGHSt 50, 80 (92).

<sup>21</sup> Vgl. *M.-K. Meyer* (Fn. 14), S. 74 ff., 198 ff. m.w.N.

dem *Verf.* vielleicht mit *Merkel/Liepmann*<sup>22</sup> entgegenhalten:  
„Eine Beihilfe, welche nicht geholfen hat, enthält denselben  
Widerspruch wie eine Anstiftung, welche nicht angestiftet  
hat“.

*Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg*

---

<sup>22</sup> *Merkel/Liepmann* (Fn. 17), S. 168.

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

**Verena Haan**, Joint Criminal Enterprise, Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2008, 362 S., € 86,-

I. Die völkerstrafrechtliche Zurechnungsfigur der Beteiligung an einem verbrecherischen Unternehmen (participation in a joint criminal enterprise, kurz: JCE) hat eine beeindruckende Karriere hinter sich. Ihre Geburtsstunde schlug im Verfahren gegen Duško Tadić vor dem Jugoslawien-Strafgerichtshof (JStGH). Aus einer heterogenen Sammlung von völkerstrafrechtlichen Verfahren aus der Nachkriegszeit meinte die Berufungskammer eine Zurechnungsfigur destillieren zu können, die sie selbst noch common purpose or design nannte, für die sich aber alsbald die Bezeichnung JCE durchsetzte.<sup>1</sup> Strafrechtliche Verantwortlichkeit für ein Völkerrechtsverbrechen lässt sich danach begründen, wenn jemand als Teil einer Personenmehrheit auf der Grundlage eines gemeinsamen Tatplans, der die Begehung eines Völkerrechtsverbrechens beinhaltet, einen tatplangemäßen Beitrag erbringt, das zugerechnete Verbrechen objektiv zumindest vorhersehbare Folge der Tatplanverwirklichung war und das Risiko der Begehung des zugerechneten Verbrechens subjektiv zumindest in Kauf genommen wurde.<sup>2</sup>

JCE hat sich am JStGH schnell als die praktisch wichtigste Zurechnungsfigur etabliert. Andere internationale und internationalisierte Strafgerichtshöfe, insbesondere der Ruanda-Strafgerichtshof (RStGH) und der Sondergerichtshof für Sierra Leone (SGHSL), haben JCE grundsätzlich anerkannt,<sup>3</sup> wengleich die Rechtsfigur hier nicht die gleiche Bedeutung für die Fallpraxis erlangt hat. Zugleich setzte bereits frühzeitig Kritik an der Zurechnungsfigur ein, die zum einen die Herleitung aus dem Völkergewohnheitsrecht, zum anderen

<sup>1</sup> JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-12-A (Tadić), paras. 185 ff. Zur Frage der Bezeichnung siehe JStGH (Trial Chamber), Urt. v. 2.8.2001 – IT-98-33-T (Krstić), Fn. 1346; JStGH (Appeals Chamber), Beschl. v. 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Milutinović, Sainović und Ojdanić), para. 36; JStGH (Trial Chamber II), Urt. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Brđanin), Fn. 683.

<sup>2</sup> Zusammenfassend JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-12-A (Tadić), paras. 227 f.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. RStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 13.12.2004 – ICTR-96-10-A, ICTR-96-17-A (Ntakirutimana und Ntakirutimana), paras. 462 ff.; RStGH (Appeals Chamber), Beschl. v. 22.10.2004 – ICTR-98-44-AR72.4 (Rwamakuba), para. 6; RStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 13.12.2005 – ICTR-01-76-T (Simba), paras. 385 ff.; RStGH (Trial Chamber I), Urt. v. 11.9.2006 – ICTR-01-65-T (Mpambara), paras. 13 ff.; RStGH (Trial Chamber III), Urt. v. 18.12.2008 – ICTR-01-73-T (Zigiranyirazo), paras. 383 ff.; SLSGH (Appeals Chamber), Urt. v. 22.2.2008 – SCSL-2004-16-A (Brima u.a.), paras. 72 ff.; SLSGH (Trial Chamber I), Urt. v. 2.8.2007 – SCSL-04-14-T (Fofana und Kondewa), paras. 206 ff.; SLSGH (Trial Chamber I), Urt. v. 2.3.2009 – SCSL-04-15-T (Sesay u.a.), paras. 248 ff.

die Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz in Zweifel zog.<sup>4</sup> Die Berufungskammer des JStGH hat diese Einwände freilich mit souveräner Dickfelligkeit zurückgewiesen<sup>5</sup> und in ihrer Rechtsprechung allenfalls punktuelle Restriktionsansätze erkennen lassen.<sup>6</sup>

II. Angesichts der großen praktischen Bedeutung von JCE und der kontroversen Diskussion um die Zurechnungsfigur verwundert es nicht, dass inzwischen zwei Monographien zum Thema in deutscher Sprache vorliegen. Neben der jüngst in dieser Zeitschrift besprochenen<sup>7</sup> Arbeit „Joint Criminal Enterprise (JCE), Ein (originär) völkerstrafrechtliches Haftungsmodell mit Zukunft?“ von *Christoph Barthe* ist dies *Verena Haans* Abhandlung „Joint Criminal Enterprise, Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht“, die im Folgenden ausführlich vorgestellt werden soll. *Haan* hat bereits 2005 einen englischsprachigen Aufsatz zum Thema veröffentlicht, der inzwischen zur einschlägigen Standardliteratur zählt.<sup>8</sup> Ihre Monographie, eine von *Johannes Feest* betreute Dissertation, nimmt die dort zusammengefassten Überlegungen im Wesentlichen auf und stellt sie auf eine breitere Basis.

1. *Haan* gliedert ihre Arbeit in drei Teile. Im ersten Teil werden Fragestellung, Gang der Untersuchung und methodische Grundlagen erläutert (Kapitel 1, S. 24-34), zudem finden sich kurze Ausführungen zum Begriff der Makrokriminalität (Kapitel 2, S. 35-42). Die Zielsetzung ihrer Arbeit umschreibt *Haan* wie folgt: Sie wolle einerseits untersuchen, ob sich JCE in der Rechtsprechung des JStGH als für die Erfassung makrokriminellen Unrechts „angemessene“ Beteiligungsform erwiesen habe. Andererseits solle überprüft werden, ob JCE mit den im Völkerstrafrecht geltenden individualstrafrechtlichen Grundsätzen vereinbar sei (S. 24).

Der zweite Teil, zwei Drittel des Gesamttextes, widmen sich der Darstellung der Rechtsprechung des JStGH zu JCE: Einem Überblick über Errichtung, Aufbau und Organisation des JStGH (Kapitel 3, S. 43-72) folgt eine detaillierte Analyse des Tadić-Verfahrens (Kapitel 4, S. 73-96) sowie der nachfolgenden einschlägigen Rechtsprechung (Kapitel 5, S. 96-201).

Der dritte Teil gilt der „Auslegung von JCE“, also der eigentlichen normativen Analyse. *Haan* fragt zunächst nach den Grundlagen für die Auslegung von JCE (Kapitel 6, S. 202-245), bevor eine Bewertung der Rechtsprechung anhand der zuvor gewonnen Parameter erfolgt (Kapitel 7, S. 245-

<sup>4</sup> Vgl. z.B. *Badar*, International Criminal Law Review 6 (2006), 293; *Bogdan*, International Criminal Law Review 6 (2006), 63; *Danner/Martinez*, California Law Review 93 (2005), 75; *Powles*, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), 606.

<sup>5</sup> Vgl. insbesondere JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 22.3.2006 – IT-97-24-A (Stakić), paras. 58 ff.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Brđanin), para. 430; JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 17.3.2009 – IT-00-39-A (Krajišnik), paras. 215, 675 f.

<sup>7</sup> *Pasewaldt*, ZIS 2012, 173.

<sup>8</sup> *Haan*, International Criminal Law Review 5 (2005), 167.

306). Die Arbeit endet mit einer Schlussbetrachtung (Kapitel 8, S. 306-320).

2. Die ausführliche Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung, die *Haan* im zweiten Teil leistet, ist aufschlussreich. Deutlich wird, wie die Anklagebehörde im Tadić-Verfahren die strafrechtliche Verantwortlichkeit unter Rückgriff auf die im englischen common law bekannte common purpose-Doktrin zu begründen suchte, die Berufungskammer aber weit über den Vorschlag der Anklagebehörde hinausging und offenbar ganz bewusst und über das verfahrensimmanente Notwendige hinaus eine neue, eigene Zurechnungsfigur schuf, die alsbald auch Makroszenarien wie landesweite Verfolgungspolitiken als gemeinsame verbrecherische Unternehmungen würde erfassen können (S. 80 ff.). *Haan* arbeitet zudem anschaulich die Kontroversen heraus, die zeitweise zwischen den verschiedenen Verfahrenskammern (Trial Chambers) hinsichtlich der Auslegung von JCE herrschten (S. 110 ff., 195 f.). Weiter legt *Haan* offen, wie wenig sich die gerichtsinternen Kritiker um Anschlussfähigkeit ihrer Einwände gegen JCE bemühten. Sowohl das maßgeblich vom deutschen Richter *Schomburg* verantwortete erstinstanzliche Urteil im Stakić-Verfahren<sup>9</sup> als auch die bekannte Fundamentalkritik des schwedischen ad litem-Richters *Lindholm*<sup>10</sup> lassen eine eigentliche Auseinandersetzung mit der JCE-Doktrin vermissen, ihr Rückgriff auf die Mittäterschaft wird inhaltlich kaum begründet, Unterschiede zwischen der Mittäterschaft und JCE bleiben unklar (vgl. S. 150 ff., 164 ff.).

Hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung von JCE ist besonders *Haans* These hervorhebenswert, mit dem erstinstanzlichen Urteil im Stakić-Verfahren seien Elemente der deutschen Mittäterschaft dauerhaft in die Rechtsprechung des JStGH zum JCE eingeflossen (S. 155 f., 198 f.). Zwar habe die Berufungskammer den Rekurs der Verfahrenskammer auf die Mittäterschaft statt auf JCE schroff zurückgewiesen. Seither setze die Rechtsprechung aber für das Vorliegen eines gemeinsamen verbrecherischen Unternehmens eine „coordinated co-operation“ voraus und – so deutet *Haan* die Rechtsprechung – damit die Gleichrangigkeit der Mitglieder eines verbrecherischen Unternehmens (S. 155).

Das ist eine interessante Beobachtung, die die entsprechenden Ausführungen aber möglicherweise überinterpretiert. Bislang ist – soweit ersichtlich – die Gleichrangigkeit der Mitglieder in keiner Entscheidung thematisiert worden. Im Gegenteil: Im Rahmen der umfangreichen Verfahren gegen Milutinović u.a. und Popović u.a. hat der JStGH Angeklagte verschiedener militärischer Hierarchieebenen als Mitglieder ein- und desselben JCE verurteilt.<sup>11</sup> Richtig ist aber, dass der

JStGH seit der erstinstanzlichen Stakić-Entscheidung differenziert und die Ausführungstäter „on the ground“ offenbar nicht mehr als Mitglieder des JCE einordnet. So jedenfalls lässt sich die zeitweilig in der Rechtsprechung geführte Diskussion verstehen, ob JCE auch auf Fälle anwendbar ist, in denen die unmittelbare Verbrechensbegehung durch Personen erfolgt, die nicht an der Verbrechensvereinbarung beteiligt waren.<sup>12</sup>

Bemerkenswert ist schließlich, dass *Haan* auch rechtstatistische Faktoren in den Blick nimmt, die bei der Entwicklung der Rechtsprechung eine Rolle gespielt haben (vgl. S. 25, 192 ff.). Dabei geht sie zwar recht freihändig, d.h. insbesondere ohne methodische Absicherung, vor. Ihre Beobachtungen überzeugen aber intuitiv. Zwei Ergebnisse lassen sich festhalten: Zum einen weist *Haan* darauf hin, dass der rechtskulturelle Hintergrund der Richter und Ankläger am JStGH bei der Entwicklung und Durchsetzung von JCE eher eine nachrangige Rolle gespielt haben dürfte (S. 197). Gewichtiger sei der Einfluss pragmatischer Erwägungen zur Verfolgungseffizienz gewesen. Zum anderen habe das Selbstverständnis der Richter die Ausgestaltung von JCE geprägt. Immer wieder sei das Gericht von den Richtern als „pioneering institution“ bezeichnet worden, die auch zur Fortentwicklung des Völker(-straf-)rechts berufen sei (vgl. S. 71 f., 192), eine Aussage, die in auffälligem Widerspruch zum Handlungsauftrag des Gerichtshofs stand.

3. Im dritten Teil der Arbeit macht *Haan* zunächst zwei, von ihr als „generelle Rechtsgrundsätze“ bezeichnete Prinzipien aus, die sie als Bewertungsparameter der Rechtsprechung heranzieht: das Gesetzlichkeitsprinzip (S. 211 ff.) und das Prinzip der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit (S. 215 ff.). Aus diesen Prinzipien leitet *Haan* drei Anforderungen ab, denen JCE genügen müsse: Erstens müssten die Zurechnungsvoraussetzungen zum Tatzeitpunkt Völkergewohnheitsrecht darstellen und hinreichend bestimmt sein. Zweitens müssten zwischen dem zurechnungsbegründenden Verhalten und der zugerechneten Tat eine objektive und eine subjektive Verbindung bestehen. Mindestvoraussetzung einer objektiven Verbindung von Verhalten und Tat sei eine Kausalitätsbeziehung, Mindestvoraussetzung einer subjektiven Verbindung eine irgendwie schuldhaft mens rea. Drittens dürfe die Unschuldsvermutung nicht unterlaufen werden. Die Zurechnungsvoraussetzungen von JCE dürften daher nicht auf eine Beweislastumkehr zu Lasten des Beschuldigten hinauslaufen (S. 220).

Im folgenden Abschnitt (Kapitel 6 C., S. 220 ff.) bejaht *Haan* zunächst die grundsätzliche Vereinbarkeit von JCE mit dem Gesetzlichkeitsprinzip. Nach einer kursorischen Musterrung der Beteiligungsregeln im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess und den Nürnberger Nachfolgeprozessen, der entsprechenden Rechtsprechung des JStGH und des RStGH und der Regelungen des IStGH-Statuts gelangt sie zu dem

<sup>9</sup> JStGH (Trial Chamber II), Urte. v. 31.7.2003 – IT-97-24-T (Stakić).

<sup>10</sup> Vgl. Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Per Johan Lindholm zu JStGH (Trial Chamber II), Urte. v. 17.10.2003 – IT-95-9-T (Blagoje Simić u.a.).

<sup>11</sup> Vgl. JStGH (Trial Chamber), Urte. v. 26.2.2009 – IT-05-87-T (Milutinović u.a.), Vol. 3, paras. 1 ff.; JStGH (Trial Chamber II), Urte. v. 10.6.2010 – IT-05-88-T (Popović et al.), paras. 1005 ff.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. JStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 3.4.2007 – IT-99-36-A (Brđanin), paras. 420 ff.; JStGH (Trial Chamber II), Urte. v. 1.9.2004 – IT-99-36-T (Brđanin), paras. 341 ff., 355; JStGH (Trial Chamber), Beschl. v. 22.3.2006 – IT-05-87-PT (Milutinović u.a.), paras. 4 ff., 25 ff.

Ergebnis, dass stets „Haftungsbegriffe zur Erfassung kollektiver Kriminalität angewendet worden (seien), deren zentrale Zurechnungsgrundlage der gemeinsame kriminelle Plan oder das gemeinsame kriminelle Unternehmen (common purpose, plan, enterprise) darstellen“ (S. 238). *Haan* hegt überdies keine Zweifel daran, dass die JCE zugrunde liegende wechselseitige Zurechnung fremden Verhaltens aufgrund eines gemeinsamen Tatplans ebenso mit dem Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit vereinbar ist wie die Gleichwertung der gemeinschaftlichen Tatbegehung mit der eigenhändigen Verwirklichung des Tatbestandes (Kapitel 7 A., S. 246 ff.).

Sodann untersucht *Haan*, ob auch die Ausgestaltung von JCE im Einzelnen den Anforderungen genügt, die sie dem Gesetzlichkeitsprinzip und dem Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit entnimmt (Kapitel 7 B., S. 248-306). Hier hat sie vielfältige Bedenken.

Zunächst weist *Haan* darauf hin, dass sich der Begriff des Tatplans (common plan) bzw. des gemeinsamen verbrecherischen Unternehmens (joint criminal enterprise) zunehmend von den Verbrechenstatbeständen gelöst habe. Der Zurechnungsverbund werde dadurch zunehmend uferlos und erfasse inzwischen undifferenziert „alle in einer bestimmten Region begangenen Taten“ (S. 253). *Haan* sieht darin eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes als Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips (S. 253).

Auch gegen die Ausgestaltung des Erfordernisses eines Beitrags zur Verwirklichung des gemeinsamen Tatplans erhebt *Haan* Einwände (S. 254 ff.). Sie macht zunächst geltend, aus der Einstufung von JCE als Form des Begehens (committing) folge, dass die Beiträge zur Verwirklichung des gemeinsamen Tatplans eine bestimmte Qualität aufweisen müssten. Bei der näheren Bestimmung dieser Qualität nimmt *Haan* Anleihen bei der *Roxinschen* Tatherrschaftslehre. Nur solche Beiträge zur Verwirklichung des gemeinsamen Tatplans begründeten eine Zurechnung kraft JCE, von denen das Gelingen des Plans abhängt (S. 255).

Ein weiteres Defizit der Rechtsprechung zum JCE erkennt *Haan* in der strukturellen Vernachlässigung vertikaler Zurechnungsfragen (S. 263 ff.). Es ist in der Rechtsprechung des JStGH nicht thematisiert worden, unter welchen Voraussetzungen Beteiligten der Planungs- und Koordinationsebenen das Verhalten der auf der Ausführungsebene Tätigen in vollem Umfang zugerechnet werden kann. Das Problem ist inzwischen durch die Adaption der mittelbaren Täterschaft kraft Willensherrschaft über organisatorische Machtapparate auf völkerstrafrechtlicher Ebene stärker in den Fokus der Diskussion getreten. Dass *Haan* dieses Defizit bereits zuvor treffend beschrieben und analysiert hat, ist bemerkenswert.

Hinsichtlich der zweiten Kategorie von JCE kritisiert *Haan*, dass die Rechtsprechung im Falle des Bestehens eines institutionalisierten verbrecherischen Unternehmens zu unzulässigen Beweiserleichterungen gelange (S. 282 ff.). So werde etwa aus der wissentlichen Tätigkeit eines Beteiligten im Rahmen des Betriebs eines Konzentrationslager im Wege einer widerleglichen Vermutung (rebuttable presumption) auf das Bestehen eines Tatbestandsvorsatzes für die Verbrechen geschlossen, die im Rahmen des Konzentrationslager planmäßig begangen würden. *Haan* meint, dies führe zu einer

Beweislastumkehr und sei mit der Unschuldsvermutung als Ausfluss des Prinzips der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht zu vereinbaren (S. 288). Diese Einschätzung kann in ihrer Rigorosität nicht ohne weiteres überzeugen. Der JStGH unterscheidet nicht in ähnlich prinzipientreuer Weise zwischen materiellem Recht und der prozessualen Nachweisbarkeit wie – zumindest in der Theorie – das deutsche Strafrecht. Wenn der JStGH von einer rebuttable presumption hinsichtlich des Vorsatzes spricht, dürfte er damit nur offen aussprechen, was auch deutsche Gerichte bei Fragen des Nachweises subjektiver Merkmale regelmäßig tun.

Hinsichtlich der dritten Kategorie von JCE, der sogenannten extended form, teilt *Haan* einen inzwischen vielfach vorgebrachten Einwand: Nicht zulässig sei es, eine täterschaftliche Haftung auch für solche Verbrechen zu begründen, die eine überschießende Innentendenz voraussetzen, ohne dass der Betreffende die speziellen subjektiven Merkmale in eigener Person erfüllt habe (S. 298 ff.). Etwas überraschend ist, wie *Haan* dies begründet. Sie beschränkt sich auf die Feststellung, eine solche Zurechnungsbegründung ergebe sich nicht aus den völkergewohnheitsrechtlichen Quellen (S. 301). Konsequenter wäre es gewesen, darauf zu verweisen, dass eine solche Haftung dem Prinzip der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit widerspräche, ganz unabhängig davon, was älteren völkerstrafrechtlichen Regelungen und Fällen zu entnehmen ist.

In ihrer Schlussbetrachtung (Kapitel 8, S. 306-320) fasst *Haan* die Ergebnisse ihrer Untersuchung zusammen. Die Unterscheidung in drei Kategorien hält sie für überflüssig und sogar für schädlich, weil die Kategorisierung verdecke, dass die Zurechnungsvoraussetzungen in unzulässiger Weise erweitert würden (S. 316 f.). Für die zukünftige völkerstrafrechtliche Praxis plädiert sie für eine restriktive Auslegung von JCE, mittels derer das Konzept der deutschen Mittäterschaft entspräche.

4. Die Gesamtbewertung der Arbeit fällt zwiespältig aus. Trotz wertvoller Einzelerkenntnisse zur Entwicklung von JCE am JStGH bleibt der Eindruck, dass *Haan* das Potential ihrer eng an der Rechtsprechung orientierten Analyse nicht ausschöpft. Ursache dafür ist ein Darstellungsproblem, an dem die Ausführungen im zweiten Teil der Arbeit leiden: *Haan* entscheidet sich sowohl gegen eine systematische als auch gegen eine strikt an der Chronologie orientierte Aufbereitung der Rechtsprechung. Stattdessen präsentiert sie die einschlägigen Entscheidungen nach Verfahren zusammengefasst. Dem erstinstanzlichen Urteil im Verfahren gegen Krstić von August 2001 (S. 104 ff.) folgt daher das im April 2004 ergangene Urteil der Berufungskammer in demselben Verfahren (S. 108), sodann die Entscheidungen im Verfahren gegen Kvočka u.a., also zunächst das erstinstanzliche Urteil vom November 2001 (S. 116 ff.), gefolgt vom Berufungsurteil vom Februar 2005 (S. 121 ff.), anschließend die Entscheidungen im Verfahren gegen Krnojelac, d.h. das erstinstanzliche Urteil vom März 2002 (S. 128 ff.) und das Berufungsurteil vom September 2003 (S. 131 ff.).

Diese verfahrensorientierte Darstellungsweise hat mehrere Nachteile. Zum einen zwingt sie *Haan*, eine Fülle von Informationen mitzuteilen, die für das Verständnis des jeweili-

gen Verfahrens nötig sein mögen, die aber für die sich im Zusammenhang mit JCE stellenden Rechtsfragen keine Relevanz haben. So werden stets der Verfahrensverlauf und der zugrunde liegende Sachverhalt zusammengefasst. Angesichts der Komplexität des Prozessstoffs ist *Haan* hier zu Vereinfachungen und Verkürzungen genötigt, die wiederum den Informationswert und die Verständlichkeit dieser Abschnitte schmälern. Die Ausführungen zum Verlauf des Verfahrens gegen Blagoje Simić (S. 156 ff.), um nur ein Beispiel zu nennen, sind ohne gute Kenntnisse der Anklage- und Urteilspraxis des JStGH kaum nachvollziehbar.

Zum anderen führt die Abweichung von der Chronologie aber dazu, dass *Haan* auch die Genese der Rechtsprechung nicht mehr ohne weiteres darstellen kann. Vielmehr ist sie zu Vorgriffen und Inzidenterläuterungen gezwungen, denn selbstverständlich bauen die Berufungsurteile im Verfahren gegen Krstić und im Verfahren gegen Kvočka u.a. auf den Ausführungen des Berufungsurteils im Verfahren gegen Krnojelac auf. Das lässt die Darstellung stellenweise nicht nur unübersichtlich werden, sondern führt leider auch dazu, dass die Arbeit den Berufungsurteilen nur verhältnismäßig geringe Aufmerksamkeit schenkt.

Auch hier mag ein Beispiel genügen: Dem Berufungsurteil im Krstić-Verfahren widmet *Haan* ganze sieben Zeilen – und übersieht, dass die Berufungskammer Krstićs strafrechtliche Verantwortlichkeit für die als Genozid bewerteten Massenerschießungen wehrtauglicher Männer in Srebrenica nicht, wie noch die erstinstanzliche Kammer, mittels JCE III begründete, sondern mittels Beihilfe (*aiding and abetting*), was zu einer Strafmaßreduzierung von immerhin 11 Jahren führte.<sup>13</sup> *Haan* entgeht daher auch, dass mittels JCE III zwar formal selbst derjenige wegen Völkermordes als Täter strafbar sein kann, der die charakteristische Zerstörungsabsicht nicht in eigener Person teilt, dass eine solche Verurteilung vom JStGH in der Praxis aber immer umgangen worden ist. Die von Kritikern der extended form von JCE stets skandalisierte Möglichkeit, als Haupttäter eines Delikts verurteilt zu werden, das sich durch eine überschießende Innentendenz auszeichnet, ohne diesen *dolus specialis* selbst aufweisen zu müssen, ist – bislang jedenfalls – graue Theorie. Dass auch *Haan* dies trotz ihrer rechtsprechungsnahen Analyse übersieht, ist bedauerlich.

*Haans* insgesamt kritischer Bewertung der Rechtsfigur ist indes im Großen und Ganzen zuzustimmen. Zu betonen ist freilich zweierlei: Erstens ist die Kritik nur überzeugend, wenn JCE täterschaftliche Verantwortung in einem wertenden Sinne, also Hauptverantwortlichkeit, begründet. *Haan* setzt diese im Völkerstrafrecht keineswegs selbstverständliche Annahme im Einklang mit vielen anderen Kritikern von JCE einfach voraus. Zweitens schafft die von *Haan* als dogmatisch überlegene Alternative favorisierte Mittäterschaft jedenfalls nicht eo ipso Abhilfe gegen die in Bezug auf JCE formulierten Einwände. So ist etwa eine tatbestandsgelöste Ausgestaltung des Tatplanerfordernisses auch im Rahmen der Mittäterschaft denkbar. Die erstinstanzliche Entscheidung im

Verfahren gegen Stakić, in der sich das Gericht unter Vorsitz des deutschen Richters *Schomburg* der Mittäterschaft *Roxin*-scher Prägung zur Zurechnung bediente, hatte beispielsweise keine Bedenken, das Tatplanerfordernis ebenso großzügig zu bestimmen wie üblicherweise bei der JCE-Doktrin. Und in eben diese Richtung gehen auch die Ausführungen des IStGH zum Tatplanerfordernis im kürzlich ergangenen erstinstanzlichen Urteil im Lubanga-Verfahren.<sup>14</sup>

III. *Haans* Abhandlung erschien 2008, soweit erkennbar als erste Monographie zum Thema überhaupt. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Ende 2006 berücksichtigt. *Haan* beendete ihre Arbeit somit zu einem Zeitpunkt, als JCE zumindest die völkerstrafrechtliche Praxis noch gleichsam unangefochten dominierte. Seither haben sich die Vorzeichen umgekehrt. Bereits in der ersten Entscheidung des IStGH mit Ausführungen zum materiellen Recht, dem Beschluss zur Bestätigung der Anklage (*confirmation of charges*) im Verfahren gegen Lubanga Dyilo, hat die Vorverfahrenskammer I ausgeführt, JCE spiele jedenfalls für die Konkretisierung der Mittäterschaft (*joint commission*) im Sinne von Art. 25 Abs. 3 lit. a IStGH-Statut keine Rolle.<sup>15</sup> Spätere Entscheidungen haben diese Rechtsprechung bestätigt.<sup>16</sup> Wie sehr die Lehre von JCE allgemein in die Defensive geraten ist, verdeutlicht auch eine Entscheidung der Vorverfahrenskammer der Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) im Verfahren gegen Nuon Chea u.a. aus dem Jahr 2010.<sup>17</sup> Heute erscheint es zweifelhaft, ob die Rechtsfigur eine über das Ende der Arbeit der ad hoc-Strafgerichtshöfe hinausreichende Zukunft hat. *Haan* hat diese Entwicklungen nicht mehr berücksichtigen können. Ihre Arbeit hilft aber zu verstehen, wie es zum Aufstieg und zum Fall von JCE kam.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Boris Burghardt, Berlin

<sup>13</sup> Vgl. JStGH (Appeals Chamber), Urte. v. 19.4.2004 – IT-98-33-A (Krstić), para. 275.

<sup>14</sup> Vgl. IStGH (Trial Chamber I), Urte. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Lubanga Dyilo), paras. 984 ff.

<sup>15</sup> Vgl. IStGH (Pre-Trial Chamber I), Beschl. v. 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Lubanga Dyilo), paras. 332, 346 ff.

<sup>16</sup> Vgl. IStGH (Pre-Trial Chamber I), Beschl. v. 30.9.2008 – ICC-01/04-01/01-717 (Katanga und Ngudjolo Chui), paras. 521 ff.; IStGH (Pre-Trial Chamber I), Beschl. v. 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09-1 (Al Bashir), para. 212; IStGH (Pre-Trial Chamber II), Beschl. v. 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Bemba), para. 350; IStGH (Pre-Trial Chamber I), Beschl. v. 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09-243 (Abu Garda), paras. 159 f.

<sup>17</sup> Vgl. ECCC (Pre-Trial Chamber), Beschl. v. 20.5.2010 – ECCC-002/19-09-2007 (Ieng u.a.), paras. 51 ff., 77 ff. Näher hierzu *Berster*, ZIS 2010, 538; *Gustafson*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010), 1323; *Karnavas*, Criminal Law Forum 21 (2010), 445.

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

**Susanne Claus**, Gewinnabschöpfung und Steuer, Dogmatik, Praxis, Reform, Nomos Verlagsgesellschaft, Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht Bd. 12, Baden-Baden 2010, 284 S., 72,-

Nach dem für die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Gewinnabschöpfung – namentlich für den Verfall i.S.d. §§ 73 ff. StGB, § 29a OWiG – seit 1992 geltenden sog. Bruttoprinzip ist Tätern bzw. Dritten, die aufgrund einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit einen Vermögensvorteil erlangt haben, dieser Vorteil umfassend zu entziehen, ohne dabei die aus legalen Mitteln bestrittenen Aufwendungen für die Tat in Ansatz zu bringen. Durchbrochen wird dieser Grundsatz allerdings dadurch, dass auf die illegalen Einkünfte bereits entrichtete oder festgesetzte Steuern nach ständiger Rechtsprechung bei der Bemessung des Verfallsbetrags mindernd zu berücksichtigen sind. Mit dieser Ausnahme soll eine verfassungswidrige Doppelbelastung des Verfallsadressaten – durch die Abschöpfung des rechtswidrig Erlangten einerseits und dessen Besteuerung andererseits – vermieden werden. Wegen der steuerlichen Absetzbarkeit der Abschöpfungsbeträge wird die entstandene Steuerbelastung auf den illegalen Gewinn regelmäßig jedoch in einem späteren Veranlagungszeitraum ausgeglichen. Eine Doppelbelastung ist damit keinesfalls zwingend. Vielmehr führt die Abzugsfähigkeit von Steuern bei der Bemessung des Verfallsbetrags in der Praxis häufig dazu, dass ein Teil des rechtswidrig erlangten Vermögens letztlich doch beim Täter verbleibt. Dieses offenbar unbillige Ergebnis sowie die Frage nach dogmatischen und praktischen Alternativen zu der bisherigen Rechtsprechung macht Claus zum Ausgangspunkt ihrer von Prof. Dr. Uwe Hellmann (Universität Potsdam) betreuten Dissertation, die eine umfassende Untersuchung des Zusammenspiels von Gewinnabschöpfung und Steuerrecht zum Gegenstand hat.

Die *Autorin* gliedert ihre Untersuchung in eine Einleitung sowie fünf Kapitel, gefolgt von einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

Das erste Kapitel („Strafrechtliche Vermögensabschöpfung und wertneutrale Besteuerung im Konflikt“) widmet Claus einer konkreten Beschreibung des Konflikts zwischen Gewinnabschöpfung und wertneutraler Besteuerung im deutschen Recht. Dabei gibt die *Autorin* zunächst einen Überblick über die kriminalpolitische Rechtfertigung, die materiell-rechtliche Ausgestaltung der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung (§§ 73 ff. StGB) und die entsprechenden Maßnahmen im Ordnungswidrigkeitenrecht (§§ 17, 22 ff. OWiG). In diesem Zusammenhang weist Claus auf bestehende Friktionen innerhalb beider Regelwerke hin und betont insbesondere die ihrer Auffassung nach bestehende Notwendigkeit einer Reform der Vorschriften über die strafrechtliche Gewinnabschöpfung. Anschließend skizziert die *Autorin* das in § 40 AO normierte Prinzip der wertneutralen Besteuerung, wonach es für die Besteuerung unerheblich ist, ob ein Verhalten, das den Tatbestand eines Steuergesetzes erfüllt, gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Namentlich erörtert Claus hier die mögliche Wirkung der

steuerlichen Wertneutralität zulasten sowie zugunsten des Steuerpflichtigen. Sodann beleuchtet die *Autorin* Beispiele für Durchbrechungen dieses Grundsatzes. Neben dem für die Berechnung des steuerpflichtigen Einkommens geltenden Abzugsverbot für Geldstrafen und „sonstige Rechtsfolgen vermögensrechtlicher Art, bei denen der Strafcharakter überwiegt“ nach § 12 Nr. 4 EStG erläutert Claus hier insbesondere die Betriebsausgabenabzugsverbote des § 4 Abs. 5 S. 1 EStG für Geldbußen (Nr. 8) sowie für Schmier- und Bestechungsgelder (Nr. 10) unter besonderer Beachtung ihrer Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Als Hauptkonflikte identifiziert die *Autorin* dabei im Ergebnis die unterschiedliche Bemessung der Abschöpfungsbeträge innerhalb der einzelnen Maßnahmen der Gewinnabschöpfung – mal nach dem sog. Bruttoprinzip (i.R.d. Verfalls), mal nach dem sog. Nettoprinzip (i.R.d. Geldbuße und der Mehrerlösabschöpfung) – sowie die uneinheitliche steuerliche Behandlung von Abschöpfungsmaßnahmen, namentlich die verschiedenen steuerlichen Sonderregelungen für einzelne Straftatbestände bzw. Deliktgruppen. Ferner stellt Claus fest, dass die straf- und steuerrechtliche Behandlung des Rechtsinstituts der Einziehung gemäß den §§ 74 ff. StGB bzw. §§ 22 ff. OWiG weitgehend geklärt sei und bei ihrer Anwendung kein Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungssatz aufgrund einer Doppelbelastung entstehen könne. Als Konsequenz dessen begrenzt die *Autorin* den Fokus ihrer weiteren Untersuchung auf die „eigentlichen Gewinnabschöpfungsmaßnahmen“ des Verfalls, der Geldbuße und der Mehrerlösabschöpfung.

Im zweiten Kapitel („Die steuerlichen Konsequenzen der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung anhand eines Beispielfalls“) entwickelt Claus verschiedene Szenarien, in denen es zu einer verfassungsrechtlich relevanten Doppelbelastung des Abschöpfungsadressaten kommen kann. Dies ist nach Auffassung der *Autorin* – verkürzt gesprochen – immer dann der Fall, wenn derselbe Gegenstand das Objekt strafrechtlicher Gewinnabschöpfung sei, zugleich jedoch der Besteuerung unterliege. Da allgemeingültige Aussagen über solche Situationen allerdings kaum zu treffen seien, sondern insbesondere bezüglich der Höhe der Steuerlast im Einzelfall nach zahlreichen Variablen zu unterscheiden sei – namentlich nach den unterschiedlichen Steuerarten (Ertragssteuern, Verbrauchs- und Verkehrssteuern sowie Substanzsteuern), der Person des Steuerpflichtigen (Privatperson oder Unternehmen), der Ertragslage des Steuersubjekts und dem Zeitabschnitt der Besteuerung –, spielt Claus im Folgenden verschiedene Abwandlungen eines Grundfalls durch. Über die genannten Kriterien hinaus differenziert die *Autorin* dabei auch nach den unterschiedlichen Gewinnabschöpfungsmaßnahmen (Verfall, Geldbuße und Mehrerlösabschöpfung). Hierbei gelangt Claus etwa für den Bereich der Ertragssteuern (insbesondere Einkommen- und Körperschaftsteuer) zu dem Schluss, dass bei der Abschöpfung des „wirtschaftlichen Vorteils“ über die Geldbuße und die Mehrerlösabschöpfung nach dem WiStG grundsätzlich keine verfassungsrechtlich bedenkliche Mehrbelastung des Abschöpfungsadressaten entstehe, wohingegen im Bereich des Verfalls wegen der generellen steuerlichen Abzugsfähigkeit abgeschöpfter Beträge regelmäßig eine

wegen Art. 3 Abs. 1 GG zu vermeidende Überkompensation zugunsten des Täters eintrete.

Im dritten Kapitel („Wege zur Vermeidung einer Doppelbelastung durch Gewinnabschöpfung und Besteuerung“) sucht die *Autorin* nach einer für Behörden und Gerichte praktikablen Möglichkeit, eine doppelte Inanspruchnahme des Betroffenen – durch die Gewinnabschöpfung einerseits und im Wege der Besteuerung andererseits – zu vermeiden. Dabei geht *Claus* von der Prämisse aus, dass sich dieses Ziel grundsätzlich auf zwei Wegen erreichen lasse: Entweder werde der Betrag, um den der Betroffene doppelt belastet würde, bereits bei der Verhängung der Abschöpfungsmaßnahme mindernd in Abzug gebracht (sog. strafrechtliche Lösung), oder dieser Betrag werde erst nachträglich bei der Besteuerung kompensiert (sog. steuerrechtliche Lösung). Beide Lösungen sieht die *Autorin* allerdings dem grundsätzlichen Problem ausgesetzt, dass Steuer- und Gewinnabschöpfungsrecht einander in dem Sinne überlappten, dass die Vermeidung einer doppelten Belastung in einem der beiden Verfahren jeweils Erkenntnisse voraussetze, die erst mit dem Abschluss des jeweils anderen Verfahrens vorlägen, wobei der zeitliche Ablauf von Straf- und Besteuerungsverfahren in der Praxis jedoch variere. Unter Berücksichtigung dessen unterzieht *Claus* beide Ansätze im Folgenden einer gründlichen Untersuchung anhand der verschiedenen Steuerarten, bei der sie jeweils Vor- und Nachteile für deren Anwendbarkeit in Bezug auf jede Steuerart aufzeigt. Im Ergebnis favorisiert die *Autorin* eine differenzierte Lösung und schlägt vor, eine verfassungswidrige Doppelbelastung des Abschöpfungsadressaten durch eine Gewinnabschöpfung bei gleichzeitiger steuerlicher Haftung zu vermeiden, indem die Kompensation einer Ertragsteuerbelastung den Finanzbehörden überlassen werde, während die Verhinderung einer Verbrauch-, Verkehr- oder Substanzsteuerbelastung den Strafverfolgungs- bzw. Ordnungsbehörden obliegen solle. Konkret sollten Strafgerichte und Bußgeldbehörden bereits eingetretene oder noch anstehende Belastungen des Abschöpfungsadressaten durch Einkommensteuer, Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer – unabhängig von der Art der Abschöpfungsmaßnahme und den konkreten Vorgaben für die Berechnung des Abschöpfungsbetrags (brutto oder netto) – unberücksichtigt lassen und nur eine mögliche Belastung des Abschöpfungsgegenstands mit einer Verbrauch-, Verkehr- oder Substanzsteuer als schmälernde Größe in ihre Anordnung einbeziehen. Demgegenüber sollten Finanzbehörden, entsprechend der dem Ertragsteuerrecht immanenten Ausgleichsfunktion, die straf- und ordnungsrechtlichen Abschöpfungsbeträge – ebenfalls unabhängig von der Art der konkreten Maßnahme – bei der Bemessung der jeweiligen Ertragsteuer bis zur Höhe der zuvor auch besteuerten Beträge als Betriebsausgabe bzw. Werbungskosten zum Abzug zulassen. Sollte sich dabei ausnahmsweise abzeichnen, dass die Einkommenslage des Abschöpfungsadressaten einen Verlustausgleich bzw. -abzug in absehbarer Zeit nicht zulasse und die Besteuerung des illegalen Gewinns deshalb eine „unbillige Härte“ darstelle, soll dieser Konflikt nach *Claus* dadurch gelöst werden, dass bereits ergangene Steuerbescheide nach Maßgabe der allgemeinen steuerrechtlichen Korrekturvorschriften (oder in Anwendung der §§ 163, 227

AO) geändert werden. Diese Lösung auf steuerrechtlicher Ebene hält die *Autorin* für den dogmatisch richtigen Weg, weil ihrer Ansicht nach nicht die straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Abschöpfung wegen der zuvor erfolgten Besteuerung, sondern vielmehr die Besteuerung unbillig werde, wenn die vorhandenen Verlustverrechnungsvorschriften leer liefen. Für eine Anwendung insbesondere der strafrechtlichen Härteklausel (§ 73c Abs. 1 S. 1 StGB) bestehe deshalb bei einem Zusammentreffen von Verfall und Besteuerung kein Raum.

Das vierte – und mit 104 Seiten umfangreichste – Kapitel („Abschöpfungs- und steuerrechtliche Besonderheiten in einzelnen Deliktgruppen“) leitet *Claus* mit der Feststellung ein, dass Art und Höhe des Abschöpfungsgegenstands – über die verschiedenen Berechnungsmethoden hinaus – von der im Einzelfall zugrunde liegenden Tat abhängen, was wiederum deren Eigenart und den aus ihr typischerweise erzielten Vorteilen geschuldet sei. In der Praxis führe dieser Umstand insbesondere dann zu Anwendungsproblemen, wenn mehrere abschöpfungsrelevante Taten zusammenträfen oder wenn der Vorteil, der typischerweise durch die Verwirklichung eines (Straf-)Tatbestands erzielt werde, steuerlich anders behandelt werde als der Vorteil aus einem anderen Tatbestand. Diese Konfliktlage nimmt die *Autorin* zum Anlass, ihren zuvor entwickelten Lösungsansatz auf eine Vielzahl verschiedener, für den Bereich der Gewinnabschöpfung ihrer Auffassung nach besonders praxisrelevanten Deliktarten anzuwenden. Ausgehend von einer Skizzierung der Voraussetzungen potentieller Anknüpfungstaten sowie insbesondere der Bedeutung zivilrechtlicher Ansprüche der durch die Tat Verletzten (im Rahmen der sog. Verfallssperre des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB) beschreibt *Claus* dabei zuerst die Kriterien der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des „Erlangten“ beim strafrechtlichen Verfall (§ 73 Abs. 1 S. 1 StGB) unter besonderer Berücksichtigung eines strafatbezogenen Unmittelbarkeitskriteriums. Im Anschluss wendet die *Autorin* ihren Lösungsvorschlag für das Verhältnis von Gewinnabschöpfung und Steuerrecht auf Anknüpfungstaten aus verschiedenen Deliktbereichen an. Zu diesen Deliktgruppen zählen namentlich das Betrugsstrafrecht (einschließlich seiner Vorfeldtatbestände), das Kapitalmarktstrafrecht, das Urheberstrafrecht und die Verletzung gewerblicher Schutzrechte, das Korruptionsstrafrecht, die Kartellordnungswidrigkeiten, das Außenwirtschafts- und Kriegswaffenkontrollstrafrecht, das Arbeitsstrafrecht, das Umweltstrafrecht, das Betäubungsmittelstrafrecht und das Steuerstrafrecht, innerhalb derer *Claus* die praktische Umsetzbarkeit ihres Lösungsansatzes überwiegend anhand authentischer Beispielfälle aus der Rechtsprechung prüft. Dabei geht sie jeweils im Wesentlichen nach folgendem Schema vor: In einem ersten Schritt identifiziert sie die einschlägigen (Straf-)Tatbestände sowie Art und Umfang des für bzw. aus deren Verwirklichung typischerweise „Erlangten“. Im zweiten Schritt analysiert die *Autorin*, inwieweit diese Vorteile der Besteuerung unterliegen, bevor sie in einem dritten Schritt darlegt, welche Vermögenswerte nach ihrem Lösungsansatz im Einzelfall abgeschöpft werden sollten. Im vierten und letzten Schritt untersucht *Claus* jeweils abschließend, ob und – gegebenenfalls – wie das dabei ge-

fundene Resultat zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse in Form einer doppelten Be- oder Entlastung des Abschöpfungsadressaten zu berichtigen ist. Dabei gelangt die *Autorin* zu dem Schluss, dass etwa bei den Betrugsdelikten der (nach dem sog. Bruttoprinzip zu ermittelnde) Verfallsbetrag den der Besteuerung unterliegenden (und nach dem sog. Nettoprinzip zu ermittelnden) Gewinn des Täters mitunter um ein Vielfaches übersteige, was der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Aufwendungen des Täters für die Tat geschuldet sei. Deshalb sei eine Korrektur dieser Diskrepanz im Wege einer verfassungskonformen Auslegung von § 12 Nr. 4 EStG in dem Sinne herbeizuführen, dass der Abschöpfungsbetrag bei der Besteuerung nur in der Höhe zum Abzug zugelassen werde, in der der illegale Gewinn zuvor auch tatsächlich besteuert worden sei. Im Bereich des Kapitalmarktstrafrechts, also bei den Delikten des Insiderhandels und der Marktpreismanipulation, soll die Auflösung entsprechender Abweichungen dagegen über die steuerrechtlichen Sonderregelungen für Einkünfte aus Kapitalvermögen erfolgen, während wiederum etwa auf dem Gebiet der Kartellordnungswidrigkeiten schon wegen der weitgehenden (ertrag-)steuerlichen Neutralität der Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile mittels der Geldbuße regelmäßig keine Gefahr einer Doppelbelastung oder Überkompensation des Abschöpfungsadressaten bestehe. Und für den Bereich des Steuerstrafrechts gelangt *Claus* sogar zu der Feststellung, dass ein Konflikt zwischen Gewinnabschöpfung und Besteuerung regelmäßig bereits deshalb nicht entstehen könne, weil der typische Vorteil der Steuerhinterziehung in der Ersparnis von Aufwendungen liege, die aber kein abschöpfbares „Erlangtes“ darstellen würden. Darüber hinaus sei eine Verfallsanordnung insoweit auch durch die sog. Verfallssperre des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB ausgeschlossen, weil bei einer Vereitelung von Steueransprüchen der Steuerriskus als durch die Tat „Verletzter“ anzusehen sei.

Im fünften Kapitel („Gesetzesvorschlag“) verleiht die *Autorin* ihrer Kritik an den „Systemfehlern“ sowohl im geltenden Recht der Gewinnabschöpfung als auch im Steuerrecht, die derzeit im Wege verfassungskonformer Auslegung zu korrigieren seien, durch Vorschläge für eine Neufassung der einschlägigen Vorschriften Gestalt. Konkret präsentiert *Claus* einen Entwurf zur Neufassung von § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 EStG, der – als einzige Gegen Ausnahme zum Grundsatz der wertneutralen Besteuerung (§ 40 AO) – auch die derzeitigen Abzugsverbote für „Strafen und Maßnahmen mit gleicher Wirkung“ der §§ 12 Nr. 4 EStG, 10 Nr. 3 UStG in einem allgemeinen Betriebsausgabenabzugsverbot in sich vereint. Ferner plädiert die *Autorin* für eine Abschaffung des sog. Bruttoprinzips im Rahmen des straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfalls zugunsten des sog. Nettoprinzips, der durch eine Ersetzung der Worte „etwas erlangt“ durch die Worte „einen Vermögensvorteil erlangt“ in den §§ 73 Abs. 1 S. 1 StGB, 29a Abs. 1 OWiG Rechnung getragen werden soll, um einen Gleichlauf zwischen Gewinnabschöpfungs- und Steuerrecht herbeizuführen.

In einem letzten Teil fasst *Claus* die wichtigsten Ergebnisse ihrer Untersuchung in 20 Thesen zusammen.

Fazit: Mit ihrer umfangreichen Untersuchung zum Zusammenspiel von Gewinnabschöpfung und Besteuerung lie-

fert die *Autorin* einen beachtlichen Beitrag zur wissenschaftlichen Aufarbeitung eines Themas, das Lehre und Rechtsprechung aufgrund seiner hohen Praxisrelevanz auch künftig noch beschäftigen wird. Die Arbeit besticht – über ihre klare Struktur und verständliche Darstellung hinaus – vor allem durch die zahlreichen Beispiele und Rechendarstellungen, mittels derer *Claus* das komplexe Thema mit seinen vielseitigen Verknüpfungen zwischen Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht einerseits sowie Abschöpfungs- und Steuerrecht andererseits für den Leser greifbar macht. Hinsichtlich ihrer Schlussfolgerungen wird man der *Autorin* freilich nicht uneingeschränkt zustimmen müssen. Dies gilt besonders für die Forderung nach einer (Wieder-)Einführung des sog. Nettoprinzips beim straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfall. Hier bleibt *Claus* letztlich insbesondere eine Antwort auf die Frage schuldig, wie Gerichte und Strafverfolgungsbehörden dann den in der Praxis auftretenden Nachweis- und Beweisproblemen bei der Bemessung des Verfallsbetrags begegnen sollen, die nach der alten Rechtslage häufig zu einer Aushöhlung der Gewinnabschöpfung geführt hatten und den Gesetzgeber erst zur Einführung des sog. Bruttoprinzips im Jahr 1992 veranlasst haben. Zumindest greift *Claus* diesem Einwand insoweit vor, als sie geltend macht, dass die Effektivität der Gewinnabschöpfung weniger von der Ausgestaltung des rechtlichen Instrumentariums als von der Bereitschaft und Fähigkeit der Gerichte und Strafverfolgungsbehörden zu ihrer Umsetzung abhängt, zumal jedenfalls eine ständige Ausdehnung der materiell-rechtlichen Regelungen zur Gewinnabschöpfung aus rechtsstaatlicher Sicht auch nicht unbedenklich sei. Alles in allem handelt es sich um ein Werk, das durchaus lesenswert und jedem interessierten Leser, gleich ob aus Wissenschaft oder Praxis, voll und ganz zu empfehlen ist.

*Rechtsanwalt Dr. David Pasewaldt, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), Frankfurt a.M.*