

AUSGABE 10/2019

S. 463 - 508

14. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Upskirting und ähnliche Verhaltensweisen
Unbefugte fotografische oder filmische Aufnahmen unter
der Oberbekleidung** 463
Von Dr. Gloria Berghäuser, Erlangen
- Zurückliegende und neue Phänomene der Korruption –
Herausforderungen speziell für Ungarn** 476
Von Prof. Dr. László Köhalmi, Pécs/Freiburg
- Handlung und Schuld der juristischen Person –
Überlegungen zum Verbandsstrafrecht** 487
Von Prof. Dr. Yuki Nakamichi, Tokio
- Caso Favela Nova Brasília: A convencionalidade de uma
imposição (in)constitucional** 494
De Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade, Prof. Rodrigo da Silva
Brandalise, Porto Alegre

BUCHREZENSIONEN

Internationales Strafrecht

- Kai Ambos, Internationales Strafrecht. Strafanwendungs-
recht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht –
Rechtshilfe, 5. Aufl. 2018** 501
(Wiss. Mit. Dr. Andreas Werkmeister, Berlin)

Compliance

- André M. Szesny/Thorsten Kuthe (Hrsg.), Kapitalmarkt
Compliance, 2. Aufl. 2018** 506
(Rechtsanwalt Dr. Julian Engel, Koblenz)

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. Martin Böse
Prof. Dr. Janique Brüning
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. Bettina Weißer
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos, Richter am
Kosovo Sondertribunal,
Den Haag
International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Dennis
Klein

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Upskirting und ähnliche Verhaltensweisen

Unbefugte fotografische oder filmische Aufnahmen unter der Oberbekleidung

Von Dr. Gloria Berghäuser, Erlangen*

Nachdem zwei Männer auf einem Festival Fotografien unter ihrem Rock angefertigt hatten, kämpfte die Britin Gina Martin für eine Gesetzesänderung, nach der das sog. Upskirting unter Strafandrohung verboten ist. Mit Erfolg: Wer Genitalien oder Gesäß einer anderen Person ohne deren Zustimmung unter ihrer Oberbekleidung fotografiert, dem drohen in England und Wales seit April dieses Jahres bis zu zwei Jahre Freiheitsstrafe. Auch hierzulande fordern zwei Frauen, dass entsprechendes Verhalten strafbar sein soll: Ihre Petition „Verbietet #Upskirting in Deutschland!“ stößt eine Diskussion darüber an, wie mit verschiedenen Formen des unbefugten „Spannens“, Fotografierens oder Filmens und Zugänglichmachens der so hergestellten Aufnahmen an Dritte künftig umgegangen werden soll. Ein Überblick über die geltende Rechtslage in Deutschland macht mit der Thematik vertraut und legt ausgewählte Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers offen.¹

I. Einführung

1. Begriff und Relevanz des Upskirting

In Anlehnung an den Voyeurism (Offences) Act 2019² und die aktuelle Diskussion in Deutschland wird der Ausdruck Upskirt (engl. „up“ für „nach oben“ und „skirt“ für „Rock“) nachfolgend verwendet, um eine Fotografie oder Filmaufnahme von Genitalien oder Gesäß einer Frau zu beschreiben, die derart erstellt worden ist, dass einer Frau eine Kamera unter den Rock gehalten wurde. Dabei können die abgebildeten Körperteile von Unterwäsche bedeckt oder nackt sein.³

* Die Verf. ist Akademische Rätin a.Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht (Prof. Dr. Christian Jäger) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Hierzu bereits Berghäuser, Upskirting und Co.: Spannen und unbefugte Bildaufnahmen – nicht nur unter Frauenröcken, Vortrag v. 10.8.2019, Zweites Symposium („Gender, Macht und Recht“) zu Musik, Recht und Geschichte im Mittelalterlichen Kriminalmuseum Rothenburg ob der Tauber; dazu u.a. Warkentin, FAZ v. 11.8.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/metoo-und-upskirting-immer-noch-in-der-grauzone-16328332.html?fbclid=IwAR2pFN-MMAZ8wHsWnte1HZZfM8zOZK3xkSCSEEWgu9wv0zXIyHFAU3wWl4g> (30.9.2019); Lorenz, Stuttgarter Zeitung v. 12.8.2019, S. 2, abrufbar unter <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.metoo-im-musikgeschaef-t-von-gleichberechtigung-weit-entfernt.7484ea45-e596-4b6d-8219-3f64b00a59c0.html?reduced=true> (30.9.2019); Löw, Nürnberger Nachrichten v. 24./25.8.2019, S. 6.

² Abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/2> (30.9.2019).

³ Zu den auf einem Upskirt abgebildeten Körperteilen und deren möglicher Bedeckung durch Unterwäsche vgl. Sexual

Daran anknüpfend wird mit dem Begriff des Upskirting die Herstellung einer solchen intimen Aufnahme unter dem Rock einer Frau beschrieben, die im vorliegend interessierenden Kontext unbefugt – und nicht zwingend, aber typischerweise heimlich – erfolgt.⁴ Im Anschluss eröffnen moderne Kommunikationsformen Möglichkeiten, wie Täter die so angefertigten Aufnahmen (beispielsweise auf einer Internetplattform) Dritten zugänglich machen können.

Dabei dient das so definierte Upskirting – in Abweichung von seiner sexuell geprägten Verwendung in der Umgangssprache⁵ – nicht zwingend dem Zweck der Luststeigerung. Anders als im Fall voyeuristischer Verhaltensweisen im eigentlichen Sinne, bei denen sich ein Voyeur (umgangssprachlich „Spanner“) durch das Betrachten sich entkleidender oder nackter Menschen oder durch das Beobachten sexueller Handlungen sexuell erregt,⁶ kann das Upskirting einer Reihe anderer Motivationen geschuldet sein, wie etwa dem Bestreben, eine andere Person zu demütigen⁷. Soweit nachfolgend gleichwohl der Begriff des Voyeurismus verwendet wird, um einen Teilakt des Upskirting und anderer ähnlicher Verhaltensweisen zu beschreiben, findet er also nur entsprechend – auf den äußeren Vorgang des „Spannens“, aber nicht zwingend auf die sexuelle Motivation bezogen – Anwendung.

Indes kann in Ermangelung einer statistischen Erhebung, die sich speziell dem Upskirting widmen würde, aktuell noch schwerlich beziffert werden, wie viele Personen in Deutschland tatsächlich von entsprechenden Vorgängen betroffen sind, ebenso wenig wie in Ermangelung statistischer Daten ein fundiertes Profil von Tätern und Opfern gezeichnet werden kann.⁸ Von Seiten des Polizeipräsidiums München bei-

Offences Act 2003 Section 67A (1) (b) (i), (2) (b) (i), infolge der Änderung durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 (Fn. 2). Weitergehend BR-Drs. 443/19, S. 17: „Bereich der Genitalien, des Gesäßes oder unmittelbar angrenzende Bereiche der Oberschenkel“.

⁴ Krit. zu einer verharmlosenden Wirkung des Begriffs die Initiatorin der Petition Hanna Seidel: „Es hört sich an wie ein Modetrend“; zitiert aus einem Interview mit Kolosowa, Zeit Campus v. 26.7.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019).

⁵ Vgl. Dalzell/Victor, Sex Slang, 2008, Stichwort „upskirt“: „a type of voyeurism devoted to seeing what is beneath a woman’s skirt (US, 1995)“.

⁶ Stangl, Lexikon für Psychologie und Pädagogik, 2019, Stichwort „Voyeurismus“, abrufbar unter <https://lexikon.stangl.eu/sexualitaet/voyeurismus.shtml> (30.9.2019); vgl. auch Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl. 2015, S. 1966 mit Stichwort „Voyeur“.

⁷ Vgl. Voyeurism (Offences) Act 2019 Section 2 (3) (b) (Fn. 2).

⁸ Vgl. BR-Drs. 443/19, S. 6. Englischen Presseberichten, die nach Kriminalisierung einschlägiger Verhaltensweisen in

spielsweise liest man (für dessen Zuständigkeitsbereich) von „wenigen Einzelfällen“, deren Zahl u.a. während des Münchener Oktoberfestes leicht ansteige.⁹ Offen bleibt, inwieweit Berichte über eine solch marginale polizeiliche Relevanz darin begründet liegen, dass Betroffene den Vorgang des Upskirting oftmals nicht bemerken oder nicht anzeigen.¹⁰ Einschlägiges Bildmaterial, das im Internet veröffentlicht oder auf (aus anderen Gründen sichergestellten und durchgesehenen) Mobiltelefonen gefunden worden ist,¹¹ lässt jedenfalls solange nur eingeschränkt eine Schlussfolgerung auf die Fallzahlen des Upskirting zu, wie man einvernehmlich angefertigtes pornographisches Bildmaterial nicht von unbefugten erstellten Upskirts unterschieden hat. Darüber hinaus kann auf einzelne Täter eine Vielzahl von Geschädigten entfallen.¹²

England und Wales durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 veröffentlicht worden sind, ist zu entnehmen, dass unter den dort betroffenen Opfern Kinder wie Senioren, mithin nicht nur bestimmte Zielgruppen vertreten sein sollen; siehe etwa *Jacobson*, *The Guardian* v. 12.4.2019, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/apr/12/upskirting-law-comes-into-force-england-and-wales-cases-rise> (30.9.2019). Eine erhebliche Fallrelevanz des Upskirting kann z.B. in Japan nachvollzogen werden, dazu etwa *Johnston*, *The Japan Times* v. 25.5.2014, abrufbar unter <https://www.japantimes.co.jp/news/2014/05/25/national/kyoto-law-puts-upskirt-photography-focus/#.XV5Nkfgp1s> (30.9.2019).

⁹ Dazu und zitiert aus *Glöckner*, *Augsburger Allgemeine* v. 30.7.2019, abrufbar unter <https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Upskirting-Wie-zwei-Frauen-gegen-Spannerfotos-kaempfen-id54975556.html> (30.9.2019).

¹⁰ Auf den (möglichen) Einfluss von Heimlichkeit des Upskirting und Anzeigeverhalten der Opfer hinweisend: ein Sprecher des Polizeipräsidiums München (dazu *Glöckner*, *Augsburger Allgemeine* v. 30.7.2019, abrufbar unter <https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Upskirting-Wie-zwei-Frauen-gegen-Spannerfotos-kaempfen-id54975556.html> [30.9.2019]), ebenso wie Anne-Katrin Wolf von der Strafrechtskommission des Deutschen Juristinnenbundes (djb); zu letzterer *Lang*, *FAZ* v. 21.5.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/diese-frauen-wollen-upskirting-straftbar-machen-16199079.html> (30.9.2019).

¹¹ Zum Fund solchen Bildmaterials *Lang*, *FAZ* v. 21.5.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/diese-frauen-wollen-upskirting-straftbar-machen-16199079.html> (30.9.2019).

¹² Vgl. *Küpper*, *Augsburger Allgemeine* v. 12.3.2014, abrufbar unter <https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Buergermeister-verurteilt-Er-fotografierte-Frauen-unter-den-Rock-id29167787.html>

2. Ähnliche Verhaltensweisen

Während sich die aktuelle Diskussion bislang noch mehrheitlich auf das Upskirting fokussiert, existiert eine ganze Spannbreite ähnlicher Verhaltensweisen, die schrittweise auch Eingang in die Debatte finden, angefangen mit dem sog. Downblousing, also dem (hier unbefugten) Herstellen einer Aufnahme von der weiblichen Brust, indem in den Ausschnitt einer Bluse fotografiert oder gefilmt wird.¹³ Gleichmaßen denkbar wären unbefugte Fotografien vom männlichen Glied, das im weiten Beinkleid einer kurzgeschnittenen Männerhose beim Sitzen sichtbar wird.¹⁴ Damit ist klargestellt, dass erstens die Art der Oberbekleidung (i.S.v. über der Unterwäsche getragenen Kleidung) variieren kann, unter der unbefugte Aufnahmen angefertigt werden, und dass zweitens auch Männer von entsprechenden Verhaltensweisen betroffen sein können, ohne dass man dafür zwingend den Kilt tragenden Schotten¹⁵ oder einen männlichen Rockträger bemühen muss. Eine etwaige künftige Gesetzesänderung wäre folge-

(30.9.2019); *Utz*, *Augsburger Allgemeine* v. 18.9.2014, abrufbar unter <https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Unter-den-Rock-Fotos-keine-Straftat-Urteil-gegen-Ex-Buergermeister-aufgehoben-id31369717.html> (30.9.2019), zum Fund von 99 einschlägigen Fotografien und 27 Filmen auf einem Speicherchip; VG München BeckRS 2009, 48325, zur sicherheitsrechtlichen Anordnung nach einschlägigen Ermittlungen in zwölf Fällen im Zeitraum November 2003 bis Juni 2008; ferner *Spiegel-Online* v. 21.8.2019, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/madrid-mann-soll-hundert-frauen-unter-die-roecke-gefilmt-haben-a-1283053.html> (30.9.2019), zur Festnahme eines Mannes in Madrid, der Upskirts von geschätzt 555 Opfern angefertigt und im Internet hochgeladen haben soll.

¹³ Vgl. *Wersig/Steinl*, *Deutscher Juristinnenbund (djb)*, Stellungnahme zur Strafbarkeit des „Upskirting“ v. 11.7.2019, S. 1 mit Fn. 1, abrufbar unter https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/#_ftn4 (30.9.2019); zur sexuell geprägten Verwendung in der Umgangssprache siehe die Erläuterung des Begriffs bei *Dalzell/Victor* (Fn. 5), Stichwort „downblouse“: „a type of voyeurism devoted specifically to seeing a woman’s breasts looking down her blouse (US, 1994)“.

¹⁴ Hierzu und zum Nachfolgenden bereits *Berghäuser*, zitiert bei *Löw*, *Nürnberger Nachrichten* v. 24./25.8.2019, S. 6.

¹⁵ Von der Zuschrift eines Mannes, der im Schottenrock Opfer von Upskirting wurde, berichtet die Initiatorin Seidel im Interview mit *Kolosowa*, *Zeit Campus* v. 26.7.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019); von „Männer[n] in schottischen Kilts“ schreibt *Glöckner*, *Augsburger Allgemeine* v. 30.7.2019, abrufbar unter <https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Upskirting-Wie-zwei-Frauen-gegen-Spannerfotos-kaempfen-id54975556.html> (30.9.2019).

richtig einer geschlechtsneutralen Bezeichnung von Tat, Tätern und Opfern verpflichtet.¹⁶

3. Rechtspolitische Bestrebungen

Auf eine solche Gesetzesänderung drängen gegenwärtig (bzw. drängten in der jüngsten Vergangenheit) verschiedene Petitionen von Frauen, die selbst Opfer von Upskirting geworden sind. Erklärtes Ziel ist es, öffentliche Empörung über das erfahrene Verhalten und dessen als unzureichend bis fehlend wahrgenommene strafgesetzliche Ahndung zu erregen, welche der Politik als Anlass für eine Gesetzgebungsinitiative dienen soll.

So initiierte die Britin Gina Martin, nachdem sie im Juli 2017 auf einem Londoner Festival beobachtet hatte, dass zwei Männer Fotografien unter ihrem Rock gemacht hatten und die so angefertigten Bilder einander auf dem Mobiltelefon zuschickten, eine anderthalbjährige Kampagne zur Schaffung eines einschlägigen Straftatbestandes.¹⁷ Mit Erfolg: Seit April 2019 ist es in England und Wales durch den Voyeurism (Offences) Act verboten, Geräte unter der Oberbekleidung einer anderen Person ohne deren Einverständnis einzusetzen, um sich oder einem Dritten – zum Zweck der sexuellen Erregung oder Demütigung – die Betrachtung von Genitalien, Gesäß oder der diese Körperteile bedeckenden Unterwäsche zu ermöglichen. Verboten ist ferner die Anfertigung einer Bildaufnahme unter entsprechenden Umständen und in entsprechender Absicht. Bei Zuwiderhandeln droht eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren.¹⁸ Dieser Erfolg Martins dient hierzulande der Regiestudentin Hanna Seidel und der Redaktionsassistentin Ida Marie Sassenberg als Vorbild,¹⁹ welche gemeinsam für eine Strafbarkeit des Upskirting in Deutschland eintreten. Ihre Petition „Verbietet #Upskirting in Deutschland“²⁰ ist seit April dieses Jahres 92.137-mal (Stand: 13.10.2019, 15.42 Uhr) unterzeichnet worden und hat regen Widerklang in den Medien gefunden. Im Anschluss an die umfassende Reform des deutschen Sexualstrafrechts aus dem

Jahr 2016,²¹ die maßgeblich vom Grundsatz „Nein heißt Nein“ geprägt ist,²² mahnt die Kampagne von Seidel und Sassenberg an, dass die Strafgesetze dem erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers auch in anderen Zusammenhängen (nicht-sexueller Handlungen) Beachtung schenken sollen: Im Verhältnis zu den in Frage stehenden voyeuristischen Verhaltensweisen soll sich dieser Wille im Tragen von Oberbekleidung ausdrücken, d.h. darin, dass eine Person ihre intimen oder sonstigen sexuell konnotierten Körperteile ungewollten Blicken entzieht, ebenso wie sie diese vor der unbefugten Herstellung von (gegebenenfalls zur Weiterverbreitung²³ bestimmten) fotografischen oder filmischen Aufnahmen zu schützen sucht.

Das Anliegen der Petition scheint Gehör zu finden: Zwischenzeitlich haben die Bundesländer Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Saarland einen gemeinsamen Gesetzentwurf für eine Initiative des Bundesrats gegen das Upskirting vorgelegt.²⁴ Die Justizministerin von Schleswig-Holstein unterstützt diesen Vorstoß.²⁵ Entsprechende Bestrebungen sind in den Ländern Rheinland-Pfalz und Bremen zu vermerken, deren Regierungen einen Entschließungsantrag gegen das unbefugte Upskirting im Bundesrat eingebracht haben.²⁶ Zuletzt hat Bundesjustizministerin Lambrecht angekündigt, dass auch das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz einen Gesetzentwurf zur Erfassung des Upskirting im Strafgesetzbuch vorlegen werde.²⁷

II. Die geltende Rechtslage

Bevor man hinterfragt, inwieweit Upskirting und ähnliche Verhaltensweisen nach geltendem Recht strafbar sind oder ob diesbezüglich ein Handlungsbedarf des Strafgesetzgebers besteht, bedarf es der Hervorhebung, dass man es mit mehraktigen Geschehensabläufen zu tun hat, deren Teilakte, wengleich sie sich in tatsächlicher Hinsicht überschneiden können, anlässlich der rechtlichen Bewertung zu unterscheiden sind. Diese Teilakte sind

¹⁶ So auch BR-Drs. 423/19, S. 4 und 17; vgl. zur Forderung einer geschlechtsneutralen Formulierung des § 183 StGB *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme zu weiterem Reformbedarf im Sexualstrafrecht v. 7.3.2019, S. 9 f., abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-06/> (30.9.2019).

¹⁷ Abrufbar unter <https://www.thepetitionsite.com/de/takeaction/887/239/401/> (30.9.2019), Tatschilderung entnommen der Petition.

¹⁸ Sexual Offences Act 2003 Section 67A Subsections 1–4 gem. Änderung durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 (Fn. 2).

¹⁹ Zur Anstoßfunktion der Petition von Martin siehe Seidel im Interview mit *Kolosowa*, *Zeit Campus* v. 26.7.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019).

²⁰ Petition abrufbar unter <https://www.change.org/p/verbieht-ups-kirting-in-deutschland> (30.9.2019).

²¹ 50. StÄG v. 4.11.2016, BGBl. I, S. 2460; ausführlich dazu u.a. *Hörnle*, *NStZ* 2017, 13; *Hoven/Weigend*, *JZ* 2017, 182; *Renzikowski*, *NJW* 2016, 3553.

²² Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 22.

²³ Der Begriff der Verbreitung wird hier im allgemeinsprachlichen Sinne verwendet, um ein Verhalten zu beschreiben, das dafür sorgt, dass etwas in einem weiteren Umkreis bekannt wird.

²⁴ BR-Drs. 443/19; dazu auch BR-PIPr 980, S. 346 ff.

²⁵ Sütterlin-Waack, Rede anlässlich der Landtagssitzung am 21.6.2019 zu TOP 38, abrufbar unter https://schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/II/Ministerin/Reden/_documents/190621_LT_Upskirting.html (30.9.2019).

²⁶ BR-Drs. 423/19; dazu auch BR-PIPr 980, S. 346 ff.

²⁷ BT-PIPr 19/112, S. 13743; ferner dazu etwa tagesschau.de v. 12.9.2019, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/gesetz-ups-kirting-101.html> (30.9.2019).

- erstens das unbefugte Betrachten intimer oder sonstiger sexuell konnotierter Körperteile (wie den Intimbereich oder das Gesicht), welche die betroffene Person durch das Tragen von Oberbekleidung erkennbar den Blicken Dritter entzogen hat, unter Verwendung von Hilfsmitteln,
- zweitens das unbefugte Anfertigen einer Fotografie oder Filmaufnahme von solchen Körperteilen, in denen der Täter das voyeuristisch Betrachtete perpetuiert, und
- drittens das unbefugte Zugänglichmachen der so hergestellten Aufnahmen an Dritte.

1. Strafbarkeit des unbefugten Betrachtens gemäß §§ 184i Abs. 1, 185 StGB?

Dieser Dreiteilung des Upskirting und vergleichbarer Verhaltensweisen – in einen voyeuristischen, abbildenden und weiterverbreitenden Teilakt – folgend, wird nachfolgend zunächst der Frage nach der Strafbarkeit des voyeuristischen Teilakts, umgangssprachlich des „Spannens“, nachgegangen.

a) Sexuelle Belästigung gem. § 184i Abs. 1 StGB

Insoweit richtet sich der Blick eingangs auf die §§ 174 ff. StGB. Eine Behandlung als Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung²⁸ würde nicht nur dem Empfinden der Betroffenen entsprechen, wenn man Berichte wie den der Initiatorin Seidel liest, die nach zweimaliger Erfahrung des Upskirting unter anderem angibt, sich „unfassbar schmutzig gefühlt“²⁹ zu haben. Darüber hinaus klingen gemäß diesen Berichten mit Abwertung des Opfers („billiges Flittchen“³⁰) und Schuldzuweisung an das Opfer („selbst schuld, wenn [es] so einen Rock trage“³¹) Neutralisierungstechniken von Tätern

²⁸ Zum Schutzgut der §§ 174 ff. StGB etwa Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Vor § 174 Rn. 1; Hörnle, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, Vor § 174 Rn. 28 ff.; Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor § 174 Rn. 7 ff.

²⁹ Zitiert aus dem Interview von Seidel mit Kolosowa, Zeit Campus v. 26.7.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019).

³⁰ Zitat von Seidel aus einer Zuschrift in Reaktion auf die Petition; nachzulesen bei Zobel, bento v. 26.4.2019, abrufbar unter <https://www.bento.de/politik/upskirting-frauen-unter-den-rock-zu-fotografieren-ist-in-deutschland-nicht-straftar-eine-petition-soll-das-aendern-a-52b26cef-3aee-4a49-82b4-4c15e7391e0a> (30.9.2019).

³¹ Bericht der Initiatorin Seidel über die Reaktion des Mannes, der sie im Alter von 16 Jahren heimlich unter dem Rock fotografiert habe, zitiert aus ihrem Interview mit Kolosowa, Zeit Campus v. 26.7.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019).

und eine sekundäre Viktimisierung durch Dritte an, wie sie in dieser Form aus den Sexualdelikten bekannt sind.³² Vor diesem Hintergrund könnte man denken, dass der Gesetzgeber den Wert der sexuellen Selbstbestimmung zu stärken versucht hätte, indem er Upskirting und vergleichbare Verhaltensweisen auch und gerade als Sexualstraftat ahndet. Tatsächlich ist dies aber nicht der Fall.

aa) Körperliche Berührung

So sanktioniert der durch das 50. StÄG³³ neu eingefügte § 184i StGB zwar die sexuelle Belästigung. Erklärter Zweck der Vorschrift ist die Ahndung solcher – für strafwürdig befundener³⁴ – Handlungen, welche die in § 184h Nr. 1 StGB normierte Erheblichkeitsgrenze nicht überschreiten und in der Folge keine sexuelle Handlung darstellen.³⁵ Bestraft werden nunmehr bereits körperliche Berührungen, die nur in sexuell bestimmter Weise (d.h. sexuell motiviert³⁶) erfolgen und eine belästigende Wirkung entfalten.

Anhaltend erforderlich ist jedoch, dass es bei Tatbegehung zu einem Kontakt mit unbedeckten oder bedeckten³⁷ Körperstellen des Opfers kommt, wobei die Gesetzesbegründung ausdrücklich einen unmittelbaren Kontakt zwischen dem Körper des Täters und demjenigen des Opfers verlangt („Hands on-Delikt“).³⁸ Im Regelfall voyeuristischer Verhaltensweisen kommt es zu keiner solchen Berührung, auch nicht zu einer solchen, die durch das zur Betrachtung bzw.

³² Zur Neutralisierungstechnik des „Denial of the Victim“ (einschließlich der Abwertung des Opfers und der Schuldzuweisung an dasselbe) Sykes/Matza, American Sociological Review 22 (1957), 664 (668); zum „Victim Blaming“ Lembke, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2014, 253 (263 ff.).

³³ 50. StÄG v. 4.11.2016, BGBl. I, S. 2460, sowie die Nachweise in Rn. 21.

³⁴ Reformkommission zum Sexualstrafrecht, Abschlussbericht v. 19.7.2017, S. 308, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html (30.9.2019).

³⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 29 f.; erläuternd Renzikowski/Schmidt, KriPoZ 2018, 325 (327); krit. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 184i Rn. 2; Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 184i Rn. 4.

³⁶ BT-Drs. 18/9097, S. 30. Siehe aber auch die Empfehlung der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, Abschlussbericht v. 19.7.2017, S. 309 f., das Merkmal „in sexuell bestimmter Weise“ zu objektivieren, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html (30.9.2019).

³⁷ Fischer (Fn. 35), § 184i Rn. 3; Renzikowski (Fn. 28), § 184i Rn. 7.

³⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 30; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2019, § 184i Rn. 3.

Aufnahme verwendete Gerät vermittelt wird.³⁹ Den Tätern ist im Gegenteil üblicherweise an der Heimlichkeit ihres Vorgehens gelegen, sodass sie körperlichen Kontakt mit dem Opfer objektiv meiden (und subjektiv nicht wollen), damit dieses sein voyeuristisches Tun nicht bemerkt. In der Folge ist das bloße, d.h. berührungslose „Spannen“ bereits mangels Verwirklichung des Körperlichkeitskriteriums vom Straftatbestand des § 184i StGB nicht erfasst,⁴⁰ unabhängig davon, ob es sich – wie in den Sachverhalten des Upskirting – unter Zuhilfenahme von Hilfsmitteln vollzieht und der Täter das voyeuristisch Betrachtete in einer Fotografie oder Filmaufnahme perpetuiert.

bb) Belästigung qua Wahrnehmung

Vorbehaltlich der (gelungenen oder mindestens gewollten) Heimlichkeit mangelt es für den Eintritt des von § 184i Abs. 1 StGB vorausgesetzten Belästigungserfolgs außerdem (d.h. über die mangelnde Ursächlichkeit einer körperlichen Berührung hinaus) an einem Opfer, das den unbefugten Blick unter seine Oberbekleidung überhaupt wahrnimmt und sich – vermittelt durch diese Wahrnehmung – belästigt fühlen könnte bzw. nach dem Willen des Täters belästigt fühlen soll. So verweist die Gesetzesbegründung zu § 184i StGB zwar darauf, dass im Fall der Begehungsvarianten des § 177 StGB, einschließlich des Handelns unter Ausnutzung bestimmter Situationen gemäß § 177 Abs. 2 StGB, in der Regel von einer solchen Belästigung auszugehen ist.⁴¹ Dies sollte jedoch nicht etwa zum Anlass genommen werden, um eine sexuelle Belästigung eines das täterliche Handeln gar nicht bemerkenden Opfers anerkennen zu wollen.⁴² Sexuelle Belästigung heißt, das Opfer nicht unerheblich in seinem Empfinden zu beeinträchtigen,⁴³ was dessen Kenntnisnahme von dem zu empfindenden Reiz voraussetzt. Entsprechend nehmen die Materialien zur Auslegung der Belästigung i.S.d. § 184i Abs. 1 StGB

³⁹ Hinreichend gemäß *Fischer* (Fn. 35), § 184i Rn. 3; *Renzikowski* (Fn. 28), § 184i Rn. 7.

⁴⁰ So auch *Berghäuser*, zitiert von *Warkentin*, FAZ v. 11.8.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/metoo-und-upskirting-immer-noch-in-der-grauzone-16328332.html?fbclid=IwAR2pFN-MMAZ8wHsWnte1HZZfM8zOZK3xkSCSEEWgu9wv0zXIyHFAU3wWl4g> (30.9.2019); *Löw*, Nürnberger Nachrichten v. 24./25.8.2019, S. 6; *Lorenz*, Stuttgarter Zeitung v. 12.8.2019, S. 2, abrufbar unter <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.metoo-im-musikgeschaef-von-gleichberechtigung-weit-entfernt.7484ea45-e596-4b6d-8219-3f64b00a59c0.html?reduced=true> (30.9.2019); zwischenzeitlich ebenfalls BR-Drs. 443/19, S. 7.

⁴¹ BT-Drs. 18/9097, S. 30.

⁴² Demgegenüber ist es im Rahmen des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB unbeachtlich, ob das Opfer die sexuelle Handlung wahrnimmt; *Hörnle* (Fn. 28), § 179 Rn. 40; *Renzikowski* (Fn. 28), § 177 Rn. 67.

⁴³ BT-Drs. 18/9097, S. 30; *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 12. Aufl. 2018, § 184i Rn. 4.

auch ausdrücklich auf die Kommentierung des Tatbestands exhibitionistischer Handlungen (§ 183 StGB) Bezug,⁴⁴ dessen Verwirklichung seinerseits den Eintritt eines Belästigungserfolgs und dieser wiederum eine Wahrnehmung der Tathandlung durch das Opfer erfordert.⁴⁵

b) Beleidigung gemäß § 185 StGB

Im Anschluss könnte man erwägen, Erscheinungsformen des „Spannens“ (mit oder ohne Perpetuierung des Betrachteten in einer Aufnahme) wenigstens als Beleidigung gemäß § 185 StGB erfassen zu wollen.⁴⁶ So hat es die frühere Rechtsprechung verschiedentlich unternommen, sexuell konnotierte Verhaltensweisen, die nicht unter den Tatbestand eines Sexualdelikts gefasst werden konnten, immerhin für eine tatbestandliche Beleidigung zu befinden, wobei sowohl eine Herabwürdigung des Opfers (in seiner „Geschlechtsehre“⁴⁷) als auch eine Missachtung eines Dritten (z.B. in dessen Ehre als Ehegatte⁴⁸) angenommen wurde.⁴⁹ In der heutigen Rechtsprechung stoßen entsprechende Vorstöße nicht nur, aber gerade für voyeuristische Verhaltensweisen (einschließlich des Upskirting) auf Ablehnung.

aa) Vorsätzliche Kundgabe

Dies liegt für voyeuristische Verhaltensweisen zunächst darin begründet, dass die Beleidigung ein „Äußerungsdelikt“⁵⁰ ist, d. h. voraussetzt, dass ein Werturteil oder eine unwahre Tatsachenbehauptung gegenüber einem anderen kundgegeben wird. Kundgabe verlangt eine Äußerung (im weiteren Sinne), die an einen anderen gerichtet ist und von einem anderen zur Kenntnis genommen und in ihrem ehrwürdigen Sinne verstanden wird.⁵¹ Sobald sich das fragliche Verhalten aber heimlich vollziehen soll, mangelt es mindestens am Kundgabevorsatz des Täters, der im Gegenteil nicht will, dass ein anderer – weder das Opfer noch ein Dritter – seines Verhaltens überhaupt gewahr wird. In den Regelfällen des Upskirting und anderer Formen des „Spannens“ wird mithin nicht nur die

⁴⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 30.

⁴⁵ *Hörnle* (Fn. 28), § 183 Rn. 11; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 28), § 183 Rn. 4; *Wolters*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 183 Rn. 5.

⁴⁶ Zur Frage einer Beleidigung durch das Zugänglichmachen der Aufnahmen an Dritte siehe nachfolgend 3. b).

⁴⁷ Dazu etwa und vorstehendes Zitat aus BGHSt 8, 357 (358).

⁴⁸ BGH NJW 1952, 476; vgl. auch BGHSt 7, 129 (130), zur Missachtung der Ehre des „elterlichen Gewalthabers“ bei eigenmächtiger Behandlung des Genitalbereichs eines Kindes.

⁴⁹ Zusammenfassend m.w.N. *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 28), § 185 Rn. 28; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 38), § 185 Rn. 29–29.1.

⁵⁰ *Hilgendorf* (Fn. 49), § 185 Rn. 10; *Joecks/Jäger* (Fn. 43), Vor § 185 Rn. 29, § 185 Rn. 21 f.; *Valerius* (Fn. 49), § 185 Rn. 17.

⁵¹ *Hilgendorf* (Fn. 49), § 185 Rn. 19; *Valerius* (Fn. 49), § 185 Rn. 18–19.

Strafbarkeit gemäß § 184i StGB, sondern auch diejenige wegen Beleidigung an der gelungenen oder wenigstens gewollten Heimlichkeit des Vorgehens scheitern.⁵²

bb) Selbstständig beleidigender Inhalt

Einer abweichenden Beurteilung wären hingegen noch solche Sachverhalte zugänglich, in denen der Täter sich so verhält, dass andere (sei es das Opfer, seien es Dritte) sein Verhalten wahrnehmen sollen, so beispielsweise, wenn der Täter das Opfer durch das als solches wahrgenommene Upskirting zu einer Reaktion provozieren will oder vor einem Dritten mit seinem Tun angibt. Auch in diesen Fällen bedürfte es aber des Nachweises, dass der Täter das Opfer in seiner Ehre herabwürdigt. In Wahrung des eigenständigen Unrechtsgehalts des § 185 StGB genügt der Rechtsprechung dabei nicht bereits die Geringschätzung, die der nicht einvernehmlichen Vornahme einer voyeuristischen Handlung anhaften mag. § 185 StGB ist kein „Auffangtatbestand“, der es erlauben würde, Handlungen allein deshalb zu bestrafen, weil sie der Verwirklichung eines Sittlichkeitsdeliktes nahekommen.⁵³ Damit der Tatbestand verwirklicht ist, muss dem Täterverhalten nach den gesamten Umständen vielmehr ein selbstständig beleidigender Inhalt anhaften. Der Täter muss durch begleitende Äußerungen oder anderweitig durch sein Verhalten eine herabsetzende Bewertung des Opfers zum Ausdruck bringen, die über die alleinige Vornahme einer sexuellen oder sexualbezogenen Handlung hinausgeht, sich aber aus deren konkreten Art und Weise oder Begleitumständen ergeben kann.⁵⁴ Bejaht wurde dies etwa vom OLG Karlsruhe in einem Fall, in dem der Täter seinem Opfer auf offener Straße entgegengetreten war und während seines Versuchs, jenem an das Geschlechtsteil zu greifen, „macht doch nichts“ gesagt hatte.⁵⁵ Soweit der Nachweis eines solchen selbstständig beleidigenden Verhaltens nicht erbracht werden kann, hindert sein

⁵² So für einen Fall des Upskirting OLG Nürnberg NStZ 2011, 217 (218); siehe auch schon *Berghäuser*, zitiert in *Lorenz*, *Stuttgarter Zeitung* v. 12.8.2019, S. 2, abrufbar unter <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.metoo-im-musikgeschaefft-von-gleichberechtigung-weit-entfernt.7484ea45-e596-4b6d-8219-3f64b00a59c0.html?reduced=true> (30.9.2019); unterdessen entsprechend BR-Drs. 443/19, S. 7.

⁵³ So ausdrücklich zum Upskirting OLG Nürnberg NStZ 2011, 217 (217 mit Leitsatz 2, 218 m.w.N.); zum Beobachten auf der Toilette OLG Düsseldorf NJW 2001, 3562 (3563); LG Darmstadt NStZ-RR 2005, 140; vgl. außerdem zur Vornahme sexueller Handlungen BGHSt 36, 145 (149); allg. *Fischer* (Fn. 35), § 185 Rn. 11; grundsätzlich zustimmend *Hilgendorf* (Fn. 49), § 185 Rn. 30 f., der i.Ü. aber auf die meist gleichzeitige Verletzung des Achtungsanspruchs durch ein Sexualdelikt hinweist.

⁵⁴ OLG Karlsruhe NJW 2003, 1263 (1264); BGHSt 36, 145 (150); BGH NStZ 1986, 453 (454); NStZ 1992, 33 (34); *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 185 Rn. 4; *Joecks/Jäger* (Fn. 43), § 185 Rn. 16 f.

⁵⁵ OLG Karlsruhe NJW 2003, 1263 (1264).

Fehlen nach der heutigen Rechtsprechung eine Verfolgung des „Spannens“ als Ehrdelikt.

2. Strafbarkeit des unbefugten Fotografierens oder Filmens gemäß § 201a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB?

Kann der Täter wegen des voyeuristischen Teilakts strafrechtlich nicht belangt werden, schließt sich die Frage an, ob der zweite Teilakt des Upskirting, das unbefugte Herstellen einer Fotografie oder Filmaufnahme, für sich genommen einen tatsächlichen Anhaltspunkt bietet, an den zwar keine Strafbarkeit wegen sexueller Belästigung oder Beleidigung (s.o.), aber eine solche wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs gemäß § 201a Abs. 1 StGB geknüpft werden kann.

a) Höchstpersönlicher Lebensbereich

§ 201a StGB schützt den sog. höchstpersönlichen Lebensbereich einer Person,⁵⁶ den die Gesetzesmaterialien mit der Intimsphäre, dem inneren Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, gleichsetzen. Neben der inneren Gedanken- und Gefühlswelt mit ihren äußerlichen Manifestationen (z.B. in vertraulichen Briefen oder Tagebuchaufzeichnungen) sind hiervon solche Angelegenheiten erfasst, „für die ihrer Natur nach Anspruch auf Geheimhaltung besteht“, ob sie nun den Gesundheitszustand, Sachverhalte von Sexualität oder Nacktheit im Allgemeinen oder die Benutzung von Toiletten und Umkleiden im Besonderen betreffen.⁵⁷ Indem der Gesetzgeber einen so abgesteckten höchstpersönlichen Lebensbereich garantiert, verschafft er dem Einzelnen einen „letzten Rückzugsbereich“, d.h. einen unantastbaren, der Abwägung entzogenen Bereich menschlicher Freiheit.⁵⁸

Dabei erfährt der Tatbestand des § 201a StGB jedoch zwei maßgebliche Einschränkungen, die in Sachverhalten des Upskirting und ähnlicher Verhaltensweisen zum Tragen kommen: Die Vorschrift schirmt den höchstpersönlichen Lebensbereich nur vor Bildaufnahmen ab und schützt höchstpersönliche Angelegenheiten traditionell – d.h. grundsätzlich (Ausnahmen seit dem Jahr 2015 in § 201a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Nr. 3 und 4, Abs. 2 und 3 StGB⁵⁹) – in bestimmten Rückzugsbereichen, wie sie eine Wohnung oder ein besonders gegen Einblick geschützter Raum bilden.⁶⁰ Während die

⁵⁶ Einfügung der Vorschrift durch das 36. StÄG v. 30.7.2004; BGBl. I, S. 2012.

⁵⁷ Sachverhalte von „Krankheit, Tod und Sexualität“; dazu und vorstehendes Zitat aus BT-Drs. 15/2466, S. 5; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 28), § 201a Rn. 3; dazu *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 38), § 201a Rn. 14; *Joecks/Jäger* (Fn. 43), § 201a Rn. 8; *Flechtsig*, ZUM 2004, 605 (609).

⁵⁸ Dazu und vorstehendes Zitat aus BT-Drs. 15/2466, S. 5.

⁵⁹ 49. StÄG v. 21.1.2015, BGBl. I, S. 10; ausführlich dazu *Busch*, NJW 2015, 979. Auf § 201a Abs. 2 StGB wird anlässlich der Erörterung des Zugänglichmachens der Upskirts und ähnlicher Aufnahmen an Dritte eingegangen.

⁶⁰ Vgl. § 201a Abs. 1 bis 3 StGB i.d.F. des 36. StÄG, heute normiert in § 201a Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 StGB; dazu und zum

tatbestandliche Voraussetzung einer Bildaufnahme anlässlich der Besprechung des dritten Teilakts (des Zugänglichmachens an Dritte) noch näher erörtert werden wird, widmen sich die nachfolgenden Ausführungen dem Merkmal des besonders gegen Einblick geschützten Raums.

b) Geschützte Räume und Grenzen des Wortlauts

Solche besonders geschützten Räume i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB können nach den Gesetzesmaterialien beispielsweise Toiletten, Saunen, Solarien oder Umkleidekabinen sein.⁶¹ Demgegenüber wird der höchstpersönliche Lebensbereich grundsätzlich (vorbehaltlich der vorangehend unter a) genannten Ausnahmen) nicht berührt durch Aufnahmen, die in der Öffentlichkeit angefertigt werden. Öffentlich zugängliche Orte hat der Gesetzgeber bewusst vom Tatbestand ausgenommen,⁶² u.a. deshalb, weil der Einzelne damit rechnen müsse, dort abgelichtet zu werden.⁶³ Die Regelfälle des Upskirting und ähnlicher Verhaltensweisen – die sich an Rolltreppen, im Supermarkt, in U-Bahnen oder andernorts im öffentlichen Raum ereignen – sind dem Verbot des § 201a Abs. 1 StGB somit entzogen.⁶⁴ Weder Herstellung und Übertragung der Upskirts noch – im Anschluss hieran – das Zugänglichmachen selbiger an einen Dritten können nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 3 StGB verfolgt werden, wenn sich das Opfer zum Zeitpunkt der Herstellung oder Übertragung in keinem Raum befand, auf dessen besonderen Sichtschutz es vertrauen konnte.

Zu einem anderen Ergebnis kann man nach der geltenden Rechtslage auch nicht etwa gelangen, indem man auf eine Vergleichbarkeit, also nur wertungsmäßige Gleichheit der in § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB umschriebenen Sachverhalte mit denen des Upskirting verweisen wollte. Denn zwar baut die Frau durch das Tragen eines Rockes in ähnlicher Weise einen Sichtschutz auf, wie wenn sie sich hinter den Vorhang einer Umkleidekabine begibt. Ungeachtet dessen spricht das Gesetz aber explizit davon, dass die Verwirklichung des Tatbestandes den Eingriff in einen besonders gegen Einblick geschützten „Raum“ voraussetzt, in dem sich das Opfer zum Zeitpunkt der Tatbegehung „befinde[n]“ muss. Insoweit hindert eine nur vorübergehende räumliche Abgrenzung die Bejahung des Tatbestands noch nicht, sodass man die Entstehung eines Raums sowohl für den Fall des Spannens von Handtüchern zwischen vier Stöcken am Badestrand⁶⁵ als auch für das Aufstellen von Sichtschutzständern auf einem Kran-

kenhausflur bejaht hat.⁶⁶ Darüber hinaus jedoch bedarf es der – wenn ggf. auch nur temporär bestehenden, so doch – festen Eingrenzung einer Ausdehnung in Länge, Breite, Höhe,⁶⁷ was weder Funktion noch tatsächliche Wirkung eines herkömmlichen Kleidungsstücks ist, in dem sich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch außerdem keine Person „befinden“ i.S.v. aufhalten kann. Wer Upskirting und vergleichbare Verhaltensweisen gleichwohl unter den Tatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB subsumieren wollte,⁶⁸ verletzte nach geltendem Recht die Wortlautgrenze.

3. Strafbarkeit des Zugänglichmachens an Dritte?

Damit gilt es zuletzt, eine Strafbarkeit wegen des Zugänglichmachens der unbefugt erstellten Aufnahmen an Dritte zu erwägen. In diesem Zusammenhang wird auf die vorangehend im Rahmen des § 201a StGB vorläufig noch offen gelassene Fragestellung eingegangen, ob eine im Einzelfall ggf. fehlende Identifizierbarkeit der abgebildeten Person auf Upskirts und ähnlichen fotografischen oder filmischen Aufnahmen den Vorwurf strafbaren Verhaltens hindert.

a) § 201a Abs. 2 StGB, § 33 Abs. 1 i.V.m. § 22 KUG

Gemäß § 201a Abs. 2 StGB wird bestraft, wer unbefugt von einer anderen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, einer dritten Person zugänglich macht. §§ 33, 22 KUG verbieten unter Strafandrohung, ohne Einwilligung des Abgebildeten ein Bildnis zu verbreiten oder öffentlich zur Schau zu stellen. Mit dem Merkmal der Bildaufnahme verlangt § 201a StGB die Möglichkeit der Identifizierung des abgebildeten Opfers, wenngleich die diesbezüglichen Anforderungen unterschiedlich streng als Identifizierbarkeit durch Dritte⁶⁹ oder durch das Opfer selbst, das die Bildaufnahmen der eigenen Person zuordnen kann,⁷⁰ formuliert werden. Aufgrund der notwendigen Eignung zur (in Anlehnung an den äußeren Ehrschutz zu konkretisierenden⁷¹) Ansehenschädigung wird man folgerichtig zumindest im Kontext des Abs. 2 auf die Identifizierbarkeit durch Dritte abzustellen haben. Unter einem Bildnis i.S.d. § 22 KUG wiederum versteht man die

durch das 49. StÄG gewandelten Gesetzeszweck *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 20. Aufl. 2019, § 31, Rn. 9 f.

⁶¹ BT-Drs. 15/2466, S. 5.

⁶² BT-Drs. 15/2466, S. 5.

⁶³ BT-Drs. 15/2466, S. 4; dazu *Flehsig*, ZUM 2004, 605 (606).

⁶⁴ Siehe auch schon *Berghäuser*, zitiert in *Löw*, Nürnberger Nachrichten v. 24./25.8.2019, S. 6; ebenso zwischenzeitlich BR-Drs. 443/19, S. 8.

⁶⁵ Zu diesem Beispiel siehe *Bosch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 201a Rn. 9; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 35), § 201a Rn. 6.

⁶⁶ Dazu *Fischer* (Fn. 35), § 201a Rn. 8a; *Kargl* (Fn. 65), § 201a Rn. 6.

⁶⁷ Vgl. *Duden* (Fn. 6), S. 1426 mit Stichwort „Raum“, Ziffer 1 und 3.

⁶⁸ So noch *Flehsig*, ZUM 2004, 605 (610): „auch der ‚aufzeichnende Blick unter den Rock‘ in der Öffentlichkeit gehört dazu“; diesbezüglich schreibt *Bosch* (Fn. 65), § 201a Rn. 9 von einem „kaum verständlichen Interpretationsversuch[h]“.

⁶⁹ Siehe etwa *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 54), § 201a Rn. 7; *Kühl* (Fn. 57), § 201a Rn. 4, wobei eine mögliche Identifizierung über die abgebildete Umgebung (statt über persönliche Merkmale) ausreichen soll.

⁷⁰ BGH NSTZ 2015, 391 m.w.N.; *Fischer* (Fn. 35), § 201a Rn. 5; *Rengier* (Fn. 60), § 31, Rn. 16; *Kargl* (Fn. 65), § 201a Rn. 14 a.E.

⁷¹ *Eisele* (Fn. 69), § 201a Rn. 39.

Darstellung einer natürlichen Person in einer für Dritten – wenn schon nicht für den flüchtigen Betrachter, so doch zumindest für einen mehr oder minder großen Bekanntenkreis – erkennbaren Weise, wobei sich die Erkennbarkeit nicht zwingend aus einer Abbildung der Gesichtszüge ergeben muss. Hinreichend ist etwa, dass der Abgebildete aufgrund von Merkmalen, die sich aus dem Bildnis ergeben und die gerade ihm eigen sind, erkennbar ist oder dass seine Person durch den beigegebenen Text oder durch den Zusammenhang mit früheren Veröffentlichungen erkannt werden kann.⁷² Demgegenüber zeichnet sich eine Anzahl von Upskirts aber dadurch aus, dass auf ihnen nur ein kleiner, gemeinhin nicht unmittelbar sichtbarer und durch besondere Merkmale nicht gekennzeichnete Ausschnitt des menschlichen Körpers abgebildet ist.⁷³ Werden in Sachverhalten des Upskirting und vergleichbarer Verhaltensweisen allein solche Aufnahmen, auf denen das Opfer nicht erkennbar dargestellt ist, Dritten zugänglich gemacht, sind also bereits die Voraussetzungen des Bildnisses i.S.d. § 22 KUG und der (zur Ansehenschädigung geeigneten) Bildaufnahme i.S.d. § 201a Abs. 2 StGB nicht gegeben.

Stattdessen bleiben Betroffene in diesen Fällen auf die Geltendmachung einer Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB, Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG verwiesen.⁷⁴ Jedenfalls in Sachverhalten der eigenmächtigen Verbreitung von Nacktaufnahmen oder pornografischen Bildern bejaht die Rechtsprechung eine solche Persönlichkeitsrechtsverletzung unabhängig davon, ob die abgelichtete Person erkennbar ist.⁷⁵ Für die mutmaßliche Mehrzahl unbefugter hergestellter Upskirts, die von Unterwäsche bedeckte intime oder sonstige sexualbezogene Körperteile zeigen, müsste man die sexuelle Konnotation dieser Bilder bemühen, um eine entsprechend enge Verbindung zur Intimsphäre herzustellen, wie sie für Nacktaufnahmen (im eigentlichen Sinne) ausdrücklich angenommen worden ist.⁷⁶

⁷² Vgl. BGH NJW 1979, 2205; *Prinz/Peters*, Medienrecht, 1. Aufl. 1999, Rn. 827; *Slizyk*, Beck'sche Schmerzengeldtabelle 2019, Systematische Kommentierung, 15. Aufl. 2019, Rn. 209.

⁷³ Vgl. schon *Berghäuser*, zitiert in *Löw*, Nürnberger Nachrichten v. 24./25.8.2019, S. 6; mittlerweile auch BR-Drs. 443/19, S. 9.

⁷⁴ Allgemein zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht als „Auffangtatbestand“ im Verhältnis zu § 22 KUG siehe *Specht*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 5, Vor § 22 KUG Rn. 3.

⁷⁵ BGH NJW 1974, 1947 (1948 f.); LG Duisburg BeckRS 2017, 106861 mit Rn. 29; LG Frankfurt a.M. BeckRS 2014, 19319 (zu einem Fall des „Sexting“); LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.1.2006 – 2/03 O 457/05 mit Rn. 14 (juris); dazu *Specht* (Fn. 74), § 22 KUG Rn. 6, Vor § 22 KUG Rn. 3; *Prinz/Peters* (Fn. 72), Rn. 827 a.E., 875; v. *Strobl-Alberg*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rn. 16; *Slizyk* (Fn. 72), Rn. 219.

⁷⁶ Vgl. zu § 201a (Abs. 3) StGB BR-Drs. 127/14, S. 15; *Eisele* (Fn. 69), § 201a Rn. 47: Maßgebliches Indiz für die Nackt-

b) § 185 StGB

Im Anschluss scheidet es in den Fällen mangelnder Identifizierbarkeit auch von vornherein aus, das Zugänglichmachen der Aufnahmen an Dritte als (selbstständige) Beleidigung verfolgen zu wollen, weil der Tatbestand des § 185 StGB zu seiner Verwirklichung voraussetzt, dass das Opfer für den Adressaten der Kundgabe erkennbar ist, d.h., dass es als beleidigte Person objektiv feststeht oder festgestellt werden kann und für den Dritten durch bestimmte Merkmale gekennzeichnet ist.⁷⁷

4. Belästigung der Allgemeinheit gemäß § 118 Abs. 1 OWiG

Im Ergebnis stellt man damit fest, dass Upskirting und vergleichbare Verhaltensweisen in einer Vielzahl der Fälle straflos sind, jedenfalls was ihre voyeuristischen und abbildenden Teillekte betrifft. Regelmäßig möglich bleibt (neben der zivilrechtlichen Geltendmachung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁷⁸) die Ahndung als Ordnungswidrigkeit wegen Belästigung der Allgemeinheit gemäß § 118 Abs. 1 OWiG.⁷⁹

§ 118 Abs. 1 OWiG setzt voraus, dass der Täter eine „grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen“. Grob ungehörig ist eine Handlung, die sich bewusst nicht in die für das gedeihliche Zusammenleben der Rechtsordnung erforderliche Ordnung einfügt und in einen deutlichen Widerspruch zur Gemeinschaftsordnung tritt.⁸⁰ Erforderlich ist also eine objektiv grobe Verletzung des Minimums an Regeln, ohne deren Be-

heit sei, ob zumindest Geschlechtsorgane oder Gesäß unbekleidet sind. Demgegenüber *Kühl* (Fn. 57), § 201a Rn. 9b m.w.N.; *Fischer* (Fn. 35), § 201a Rn. 27 (jeweils zu § 201a Abs. 3 StGB): Badekleidung oder Unterwäsche mit Nacktheit gleichsetzend.

⁷⁷ Vgl. BGHSt 9, 17 (18 f.), zur Beleidigung durch Weitergabe von Aktlichtbildern; *Eisele/Schüttenhelm* (Fn. 54), § 185 Rn. 9; *Hilgendorf* (Fn. 49), § 185 Rn. 10 a.E.; *Reggel/Pegel*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 185 Rn. 30; jeweils m.w.N.

⁷⁸ Zur Frage der Persönlichkeitsrechtsverletzung vgl. aus der Rspr VG München BeckRS 2009, 48325; VGH München BeckRS 2009, 43260 mit Rn. 9 ff.; VGH Mannheim NVwZ-RR 2008, 700 (701).

⁷⁹ Zur Anwendung des § 118 Abs. 1 OWiG auf Sachverhalte des Upskirting siehe VG München BeckRS 2009, 48325; VGH München BeckRS 2009, 43260; ferner *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 1, abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019).

⁸⁰ BGHSt 13, 241 (244); OLG Karlsruhe NJW 1970, 64 (jeweils zur grob ungebührlichen Handlung i.S.d. § 360 Abs. 1 Nr. 11 StGB a.F.); AG Göttingen NJW 1983, 1209 (1210); zusammenfassend *Senge*, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2018, § 118 Rn. 6.

achtung auch eine für Entwicklungen offene Gesellschaft nicht auskommt.⁸¹ Dem genügt nach der Rechtsprechung das Verhalten eines Upskirt-Fotografen, der durch die unbefugte Herstellung einschlägiger Fotografien in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreife.⁸² Da die Tathandlung lediglich „geeignet“ sein muss, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen (z.B. Unmutsäußerungen oder Abwehrmaßnahmen zu verursachen⁸³), verlangt die Vorschrift nicht, dass das Tun des Täters tatsächlich (durch einen individuell nicht abgrenzbaren Personenkreis) wahrgenommen wird. Hinreichend ist die konkrete Möglichkeit der Wahrnehmung, und auf der Vorsatzebene,⁸⁴ dass der Täter es für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass sein Tun bemerkt werden kann (nicht: bemerkt werden wird). Damit erfasst die Vorschrift auch heimliches Vorgehen der Täter, solange sich selbiges nur an einem allgemein zugänglichen Ort und somit in einem räumlichen Bereich ereignet, in dem regelmäßig andere Menschen unterwegs sind.⁸⁵

Eine Abbildung des Unrechtsgehalts des Upskirting und ähnlicher Verhaltensweisen gelingt dem Gesetzgeber auf diesem Wege aber nur höchst unvollständig: Zum einen ist mit einer Regelung im Ordnungswidrigkeitenrecht eine verhältnismäßige Geringschätzung vom Unrecht der zu ahnenden Verhaltensweise verbunden, zum anderen und vor allem aber schützt § 118 Abs. 1 OWiG die öffentliche Ordnung,⁸⁶ während die Vorschrift der individuell erfahrenen Belästigung des einzelnen Rechtsgutsträgers nur mittelbar Rechnung trägt.⁸⁷ Eine entsprechende Kritik hatte schon die Aktivistin Martin an der früheren Rechtslage in England und Wales geäußert, nach der Upskirting nur als sog. „Outraging Public Decency“ verfolgt werden konnte. Bestimmend für ihr Engagement war die gewünschte Klarstellung, dass es sich bei Upskirting um ein Sexualdelikt handelt, das sich gegen ein individuelles Opfer richtet.⁸⁸

III. Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers

Einem reformwilligen Gesetzgeber böte das Strafgesetzbuch nach dem Vorstehenden mithin verschiedene Anknüpfungspunkte, um Upskirting und vergleichbare Verhaltensweisen

⁸¹ OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 309 (310); *Gürtler*, in: *Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar*, 17. Aufl. 2017, § 118 Rn. 4; *Senge* (Fn. 80), § 118 Rn. 6.

⁸² VG München BeckRS 2009, 48325; VGH München BeckRS 2009, 43260 mit Rn. 9.

⁸³ *Senge* (Fn. 80), § 118 Rn. 19 a.E.

⁸⁴ Zum subjektiven Tatbestand des § 118 OWiG etwa *Senge* (Fn. 80), § 118 Rn. 21.

⁸⁵ VG München BeckRS 2009, 48325; VGH München BeckRS 2009, 43260, Rn. 10.

⁸⁶ *Senge* (Fn. 80), § 118 Rn. 2.

⁸⁷ So auch *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 1, abrufbar unter

<https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019); unterdessen ebenfalls BR-Drs. 443/19, S. 10.

⁸⁸ Siehe dazu die Petition Martins, abrufbar unter <https://www.thepetitionsite.com/de/takeaction/887/239/401/> (30.9.2019).

unter Strafandrohung zu verbieten. Nachfolgend wird auf ausgewählte Handlungsoptionen einer tatbestandlichen Erweiterung des § 201a Abs. 1 StGB oder der sexuellen Belästigung (§ 184i Abs. 1 StGB) eingegangen.⁸⁹ Soweit man erwägt, einen eigenständigen (gleichermaßen den höchstpersönlichen Lebensbereich und/oder die sexuelle Selbstbestimmung schützenden) Tatbestand⁹⁰ zu normieren, sind die diesbezüglichen Ausführungen entsprechend zu bedenken.

1. Strafbarkeit als Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs (§ 201a Abs. 1 StGB)

Eine naheliegende Option bildet die Ergänzung des Tatbestands der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs gemäß § 201a Abs. 1 StGB.

a) Zu schützende Enklaven im öffentlichen Raum

Wertungsmäßig steht das Upskirting den in § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB geregelten Sachverhalten nahe,⁹¹ weil der Rock einer Frau gleichermaßen einen Sichtschutz bildet wie der Vorhang einer Umkleidekabine und die Frau mit dem Tragen des Rockes – ähnlich wie durch das Schließen des Vorhangs – zum Ausdruck bringt, dass sie die von Textilien verborgenen Körperregionen gerade nicht der Öffentlichkeit zeigen will.⁹² Wer diese durch ein Kleidungsstück hergestellte

⁸⁹ Für eine Behandlung des Upskirting und vergleichbarer Verhaltensweisen als Ehrdelikt demgegenüber jüngst *Hilgen-dorf* auf dem Symposium „Gender, Macht und Recht“; siehe dazu *Warkentin*, FAZ v. 11.8.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/metoo-und-upskirting-immer-noch-in-der-grauzone-16328332.html?fbclid=IwAR2pFN-MMAZ8wHsWnte1HZZfM8zOZK3xkSCSEEWgu9wv0zXIyHFAU3wWl4g> (30.9.2019); *Löw*, Nürnberger Nachrichten v. 24./25.8.2019, S. 6.

⁹⁰ So bereits BR-Drs. 443/19 (für einen neuen § 184k StGB; dazu sogleich unter 3.). Ebenfalls mutmaßlich auf einen eigenständigen Tatbestand abzielend der angekündigte Gesetzentwurf des BMJV: „Aktuell erarbeiten wir Vorschläge, wie eine solche Strafnorm aussehen kann, und wollen das zügig umsetzen“ (*Hervorhebung* durch die *Verf.*); zitiert u.a. bei tagesschau.de v. 12.9.2019, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/gesetz-upskirting-101.html> (30.9.2019); vgl. zwischenzeitlich auch BR-PIPr 980, S. 349.

⁹¹ Entsprechende Wertung bei *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 3, abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019); BR-Drs. 443/19, S. 11 f.

⁹² Siehe auch *Berghäuser*, zitiert in *Warkentin*, FAZ v. 11.8.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/metoo-und-upskirting-immer-noch-in-der-grauzone-16328332.html?fbclid=IwAR2pFN-MMAZ8wHsWnte1HZZfM8zOZK3xkSCSEEWgu9wv0zXIyHFAU3wWl4g> (30.9.2019); vgl. zur Funktion des Rocks als Kleidungsstück außerdem die Ausführungen des VG München BeckRS 2009, 48325.

Sichtbarriere ohne Einverständnis des Opfers unterwandert und eine fotografische oder filmische Aufnahme von intimen oder sonstigen sexualbezogenen Körperregionen herstellt, greift gleichermaßen in die Intimsphäre eines anderen ein wie ein Täter, der in einem besonders geschützten Raum i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB ein beim Sich-Umkleiden begriffenes Opfer fotografiert. Der Rock bildet in der Öffentlichkeit nicht weniger eine Enklave des höchstpersönlichen Lebensbereichs als jene, die durch die Umkleidekabine im Kaufhaus oder die zwischen vier Stöcken gespannten Handtücher am Badestrand geschaffen wird. Insbesondere ist auch unerheblich, dass der vorhandene (hier durch Oberbekleidung hergestellte) Sichtschutz durch Nutzung mechanischer oder technischer Hilfsmittel umgangen werden kann. Dies beurteilt sich im Falle der unter einen Rock gehaltenen Kamera nicht anders als im Fall einer Umkleide- oder provisorischen „Umziehkabine“, deren Seitenbegrenzung ein Fotograf überwindet, indem er auf eine Leiter steigt oder mit einer Drohne über den Badestrand fliegt.⁹³ Es ist gerade das Kennzeichen eines „besonderen“ Sichtschutzes i.S.d. Gesetzes, dass es besonderer Maßnahmen bedarf, um die den Blick versperrende Barriere zu umgehen.⁹⁴

In einer Vielzahl der Fälle wird die Strafbedürftigkeit entsprechenden Verhaltens stattdessen davon abhängen, ob oder inwieweit man auch Upskirts, auf denen die abgebildete Person nicht erkannt werden kann, vom Tatbestand des § 201a Abs. 1 StGB erfasst sehen will, sofern die Art der abgelichteten Körperteile nur einen hinreichenden Sexualbezug (d.h. Bezug zum höchstpersönlichen Lebensbereich) vermittelt.⁹⁵ Die Rechtsprechung hat die Vorschrift bislang immerhin dann zur Anwendung gebracht, wenn eine Aufnahme zwar nicht von Dritten, aber vom Abgebildeten selbst aufgrund hinreichend vorhandener Identifizierungsmerkmale der eigenen Person zugeordnet werden kann.⁹⁶

b) Erschwerung des Einblicks und Art der Kleidung

Dabei drohte eine Integration des Upskirting und vergleichbarer Verhaltensweisen in den Tatbestand des § 201a Abs. 1 StGB jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten zu produzieren, derer man sich vor einer gegebenenfalls darauf ausgerichteten Gesetzgebungsinitiative bewusst sein sollte. Dies liegt darin begründet, dass § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB einen objektiv bestehenden Sichtschutz verlangt, der zwar nicht zwingend

lückenlos sein muss, aber nach außen erkennbar den Einblick erschwert und vom Opfer im Einzelfall genutzt wird, sodass es darauf vertraut, nicht abgelichtet zu werden.⁹⁷ Soweit man einen so gestalteten Sichtschutz im Rahmen des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB beispielsweise für ein Grundstück verneint, das im Bereich eines vergleichsweise niedrigen Gartentores von außen einsehbar ist,⁹⁸ würde sich für eine parallele Sanktionierung des Herstellens fotografischer oder filmischer Aufnahmen unterhalb der Oberbekleidung die Frage anschließen, welche Art der Kleidung einen entsprechend „besonderen“ Schutz vor Einblick zu entfalten weiß, nämlich objektiv den Blick auf intime oder sexualbezogene Körperteile erschwert und nach dem erkennbaren Willen des Trägers der Kleidung auch erschweren soll. Jedenfalls für die textile Verdeckung der nicht intimen, sondern nur sonstigen sexualbezogenen Körperstellen (wie der weiblichen Brust in Sachverhalten des Downblousing oder – nach dem Vorbild des Voyeurism Offences Act⁹⁹ – des Gesäßes in Fällen des Upskirting) könnten diesbezüglich Zweifel aufkommen, wenn etwa das tief ausgeschnittene Dirndl den Blick auf Teile der weiblichen Brust freigibt oder ein kurz geschnittener Minirock in der Bewegung den unteren Bereich des Gesäßes entblößt. Mit der Fragestellung nach der Eignung zum Sichtschutz machte man so verschiedentlich den Weg frei für eine Beurteilung der Funktion von Kleidungsstücken betroffener Personen,¹⁰⁰ was nicht nur den jeweils damit befassten Richter zu unangenehmen Abgrenzungen anhalten würde, sondern auch unerwünschte Neutralisierungstechniken von Tätern, ebenso wie eine Sekundärviktimisierung durch Dritte¹⁰¹ befördern könnte. Erklärungen des Inhalts, wie sie die Initiatorinnen der Petition in Reaktion auf ihre Bemühungen nach Durchsetzung einer Gesetzesänderung berichten, bieten insoweit jedenfalls schon jetzt einen bedenklichen Ausblick: „Wenn ich ein billiges Flittchen sei und so einen Rock trage, dann müsste ich auch damit leben, dass ich darunter fotografiert werde. Ich würde es schließlich so wollen [...]“¹⁰²

⁹³ Vgl. die Beispiele bei *Graf*, in: Joecks/Miebach (Fn. 77), § 201a Rn. 43.

⁹⁴ *Hoyer*, in: Wolter (Fn. 45), § 201a Rn. 19; *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (88).

⁹⁵ Bejahend *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 2, abrufbar unter

<https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/>

(30.9.2019); siehe auch schon *Valerius*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 28), § 201a Rn. 11, zu Nahaufnahmen von Körperteilen (z.B. Geschlechtsmerkmalen) einer Person; a.A. *Hoyer*, ZIS 2006, 1 (2).

⁹⁶ BGH NStZ 2015, 391, zur Anfertigung von Bildaufnahmen während der gynäkologischen Untersuchung; siehe dazu bereits oben II. 3. a) mit Fn. 70.

⁹⁷ *Eisele* (Fn. 69), § 201a Rn. 11; *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (87 f.); *Safferling*, Marburg Law Review 2008, 36 (40); *Hoyer* (Fn. 94), § 201a Rn. 19.

⁹⁸ *Graf* (Fn. 93), § 201a Rn. 42 (dort auch entsprechend für ein Büro mit vorhanglosem Fenster); ferner OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 987 (988).

⁹⁹ Siehe dazu bereits oben Fn. 3 und Sexual Offences Act 2003 Section 67A (1) (b) (i), (2) (b) (i) infolge der Änderung durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 (Fn. 2).

¹⁰⁰ Darauf für eine etwaige Gesetzesänderung bereits hinweisend *Berghäuser*, zitiert in *Lorenz*, Stuttgarter Zeitung v. 12.8.2019, S. 2, abrufbar unter

<https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.metoo-im-musikgeschaef-t-von-gleichberechtigung-weit-entfernt.7484ea45-e596-4b6d-8219-3f64b00a59c0.html?reduced=true>

(30.9.2019).

¹⁰¹ Zu Neutralisierungstechniken und Sekundärviktimisierung siehe bereits oben II. 1. a).

¹⁰² Zitat aus einem Interview mit der Initiatorin Seidel, nachzulesen bei: *Zobel*, bento v. 26.4.2019, abrufbar unter

2. Strafbarkeit als sexuelle Belästigung (§ 184i Abs. 1 StGB)

Zusätzlich oder alternativ zu einer Änderung des § 201a Abs. 1 StGB wird von den Initiatorinnen der Petition de lege ferenda eine rechtliche Bewertung des Upskirting und ähnlicher Verhaltensweisen als sexuelle Belästigung begehrt,¹⁰³ wie sie auch bereits der Deutsche Juristinnenbund vorgeschlagen hat.¹⁰⁴ Dem vorausgesetzt wäre, dass man durch das „Spannen“ auf Körperteile, die der allgemeinen Wahrnehmung durch das Tragen von Oberbekleidung entzogen sind, das Schutzgut der Sexualdelikte beeinträchtigt sähe, dies jedenfalls dann, wenn sich das voyeuristische Verhalten unter Verwendung von Hilfsmitteln vollzieht¹⁰⁵ und/oder der Täter das voyeuristisch Betrachtete auf einer Fotografie oder Filmaufnahme perpetuiert.

Mithin müsste man einen Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung bejahen, obwohl es in einschlägigen Sachverhalten aufgrund der regelmäßigen Heimlichkeit des Vorgehens an einer vorsätzlichen körperlichen Berührung und einer vorsätzlich dadurch herbeigeführten sexuellen Belästigung mangelt. Während es noch nachvollziehbar ist, dass man dem Bedürfnis der Betroffenen Rechnung tragen möchte, die Tat als Verletzung ihrer sexuellen Selbstbestimmung zu kennzeichnen, mahnt indes der allgemeine Grundsatz der Strafbedürftigkeit zur Vorsicht. Der Rückgriff auf das Strafrecht bildet im Verhältnis der verschiedenen Teilrechtsordnungen die ultima ratio und setzt eine gewisse Erheblichkeit der zu verfolgenden Rechtsgutsverletzung voraus. Die Strafgesetze bleiben so notwendigerweise fragmentarisch, und nicht alle Verhaltensweisen, die ein geschütztes Rechtsgut beeinträchtigen, werden durch sie sanktioniert. Der Gesetzgeber hat sich aber erst 2016 entschlossen, die in § 184h Nr. 1 StGB normierte Erheblichkeitsgrenze zu unterschreiten, indem er die sexuelle Belästigung ahndet.¹⁰⁶ Mit dem Verzicht auf die

<https://www.bento.de/politik/upskirting-frauen-unter-den-rock-zu-fotografieren-ist-in-deutschland-nicht-strafbar-eine-petition-soll-das-aendern-a-52b26cef-3aee-4a49-82b4-4c15e7391e0a> (30.9.2019); weiterführend dazu bereits oben II. 1. a).

¹⁰³ So ausdrücklich die Initiatorin Seidel im Interview mit *Kolosowa*, Zeit Campus v. 26.7.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019): „Wir befürchten, dass Politikerinnen und Politiker gegen das Upskirting vorgehen, indem sie das Gesetz zur Verletzung des persönlichen [sic] Lebensbereichs durch Bildaufnahmen ausweiten. [...] Aber das ist nicht genug. [...] Wir wollen, dass Upskirting als sexuelle Belästigung zählt.“

¹⁰⁴ *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 1, abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019); für die Prüfung einer Änderung des § 184i StGB zwischenzeitlich auch der Entschließungsantrag der Länder Rheinland-Pfalz, Bremen, BR-Drs. 423/19, S. 4.

¹⁰⁵ Vgl. Sexual Offences Act 2003 Section 67A (1) (a) infolge der Änderung durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 (Fn. 2).

¹⁰⁶ Dazu oben II. 1. a) aa) mit Fn. 33.

Voraussetzung einer körperlichen Berührung – in § 184i StGB oder einem neu einzufügenden Sexualdelikt – würde er die Anforderungen an die Strafbedürftigkeit in kürzester Zeit ein weiteres Mal reduzieren.¹⁰⁷ In Abhängigkeit von der konkreten Gesetzesformulierung könnte er das Sexualstrafrecht gar für eine weite Spannbreite belästigender (nicht nur voyeuristischer) Verhaltensweisen öffnen.¹⁰⁸ Die Diskussion über die Verfolgung der sexuellen Belästigung im Wege der Strafe¹⁰⁹ würde so neu entfacht.

Demgegenüber wäre eine Gesetzesfassung, welche den Verzicht auf das Merkmal der körperlichen Berührung zu kompensieren suchte, indem sie die fotografische oder filmische Perpetuierung der voyeuristischen Betrachtung im Tatbestand berücksichtigt,¹¹⁰ ähnlichen Bedenken ausgesetzt, wie sie in jüngerer Zeit schon im Zusammenhang mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe (§ 217 StGB) formuliert worden sind.¹¹¹ Denn zwar ist es zutreffend, dass ein

¹⁰⁷ Jedenfalls die Empfehlungen der Reformkommission zum Sexualstrafrecht weisen nicht in diese Richtung; vgl. Abschlussbericht v. 19.7.2017, S. 307–312, abrufbar unter https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Studien/Untersuchungen/Fachbereich/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html (30.9.2019).

¹⁰⁸ Frankreichs Ahndung der sog. Straßenbelästigung („le harcèlement de rue“) gibt ein beredtes Zeugnis davon, wie sich ein Staat – und sei es auch nur im Ordnungswidrigkeitenrecht – entschließen kann, bereits insistierenden Blicken, Pöffen, dem bedrängenden Aufrücken in der U-Bahn und auch sexistischen Kommentaren zwangsweise Einhalt zu gebieten; vgl. *Le Monde* v. 24.2.2018, abrufbar unter: http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/02/24/harcelement-de-rue-un-rapport-parlementaire-pour-une-amende-immEDIATE-de-90-euros_5261854_3224.html#FaEsGdlJ5LoBXEKh.99 (30.9.2019).

¹⁰⁹ Krit. bereits zur aktuellen Rechtslage *Fischer* (Fn. 35), § 184i Rn. 2 ff., insbesondere Rn. 2, 5a und 12; *Frommel* (Fn. 35), § 184i Rn. 4; vor dem 50. StÄG *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 10, Rn. 21.

¹¹⁰ So in der Zwischenzeit ausdrücklich die Begründung des Entwurfs eines neuen § 184k StGB gem. BR-Drs. 443/19, S. 12.

¹¹¹ Vgl. zu § 217 StGB die Kritik an der Formulierung einer strafbarkeitsbegründenden Geschäftsmäßigkeit, so u.a. *Duttge* NJW 2016, 120 (122); *Hoven* ZIS 2016, 1 (3, 7); *Merkel*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung am 23.9.2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz, S. 3 f., abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/388404/%20ad2069_6aca7464874fd19e2dd93933c1/merkel-data.pdf (30.9.2019). Ob des spezifischen Gesetzeszwecks, gerade die aus einer geschäftsmäßigen Struktur entspringenden Gefahren abzuwenden, bildet die organisierte potenzielle Wiederholung dort aber noch eine durch einen legitimen Zweck gedeckte Diffe-

Upskirt-Fotograf sich oder Dritten die Möglichkeit verschafft, ein Abbild der intimen (sexualbezogenen) Körperteile des Opfers beliebig oft zu betrachten, sodass dieses eventuell wiederholt und gegebenenfalls gar auf unbestimmte Zeit der Schaulust anderer Personen ausgesetzt ist. Allein die drohende oder gewollte Wiederholung eines für sich genommen nach § 184i StGB nicht strafwürdigen Verhaltens (des „Spannens“) vermag den Unrechtsgehalt einer sexuellen Belästigung aber nicht zu begründen.

3. Eigenständige Strafbarkeit (§ 184k StGB-E)

Der jüngst erst vorgelegte Gesetzentwurf der Länder Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Saarland¹¹² schließlich vermeidet eine Änderung der §§ 201a und 184i StGB und unternimmt stattdessen den Versuch, die Charakteristika der beiden Vorschriften in einem eigenständigen Straftatbestand, dem neu einzufügenden § 184k StGB-E (Bilddaufnahme des Intimbereichs), zusammenzuführen.¹¹³ Während die Tat in weitgehender Anlehnung an § 201a Abs. 1 StGB beschrieben wird,¹¹⁴ wird die Vorschrift systematisch – unter Rücksichtnahme auf das Empfinden der Betroffenen¹¹⁵ und auch aus generalpräventiven Gründen¹¹⁶ – in den 13. Abschnitt über Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung eingestellt.¹¹⁷ Soweit der vorgeschlagene Tatbestand damit hybridartig eine an § 201a Abs. 1 StGB angelehnte Gesetzesformulierung mit der Schutzrichtung des § 184i StGB kombiniert, beanspruchen die vorangegangenen Ausführungen zu einer möglichen Änderung des § 201a StGB bzw. § 184i StGB jeweils entsprechende Geltung.

Darüber hinaus sei kritisch angemerkt, dass die skizzierte neue Gesetzesfassung nicht nur Konflikte mit dem Bestimmtheitsgrundsatz produzieren würde, soweit sie mit dem Begriff des „Intimbereichs“ den ggf. auch von Unterwäsche bedeckten „Bereich der Genitalien, des Gesäßes *oder* unmittelbar angrenzende Bereiche der Oberschenkel“ zu beschreiben sucht¹¹⁸ sowie die Tatmodalität des Herstellens unnötig-

renzung; so schon *Berghäuser*, ZStW 128 (2016), 741 (763 f. mit Fn. 93); im Anschluss *dies.*, GA 2017, 383.

¹¹² BR-Drs. 443/19.

¹¹³ Vgl. aus der Entwurfsbegründung BR-Drs. 443/19, S. 11. Unter Beschränkung auf den „Intimbereich“ erteilt der Entwurf Bestrebungen, das Downblousing strafgesetzlich zu sanktionieren, mithin eine Absage.

¹¹⁴ BR-Drs. 443/19, S. 13, 16. Abweichend u.a. das Absichtserfordernis in § 184k Abs. 1 StGB-E, mit dem die Entwurfsverfasser einer befürchteten Überkriminalisierung des Fotografierens oder Filmens im öffentlichen Raum begegnen wollen, ebenso der Verzicht auf den Taterfolg einer Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs, der im Fall der unbefugten Bilddaufnahme vom Intimbereich immer betroffen ist.

¹¹⁵ BR-Drs. 443/19, S. 6, 13.

¹¹⁶ BR-Drs. 443/19, S. 12 f.

¹¹⁷ BR-Drs. 443/19, S. 13, 16; BR-PIPr 980, S. 348; insoweit zweifelnd der Parlamentarische Staatssekretär Lange (BMJV), BR-PIPr 980, S. 349.

¹¹⁸ BR-Drs. 443/19, S. 17 (*Hervorhebung durch die Verf.*).

gerweise konkretisiert. Vor allem ebnete ein solcher Hybrid-Tatbestand die tatbestandsspezifischen Unterschiede zwischen einer Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung und einer solchen des höchstpersönlichen Lebensbereichs ein, indem er zwischen dem voyeuristischen und abbildenden Teilakt des Upskirting nicht trennt. So klingt in der Entwurfsbegründung verschiedentlich an, dass ein Upskirt-Fotograf die sexuelle Selbstbestimmung maßgeblich deswegen verletze, weil er sich den „visuellen Zugriff“ auf intime Körperbereiche des Opfers verschafft, d.h. „über die Bilddaufnahme“¹¹⁹ und/oder „mittels eines Aufnahmegeräts unter Überwindung eines Blickschutzes“¹²⁰ spannt. Weil § 184k StGB-E aber das Merkmal der Bilddaufnahme voraussetzt (das im neuen systematischen Zusammenhang keine Identifizierbarkeit der abgebildeten Person mehr verlangen soll¹²¹), knüpft die vorgeschlagene neue Vorschrift erst an den abbildenden Teilakt des Upskirting an. Wer sich also mithilfe eines Aufnahmegeräts nur einen Blick auf die geschützten Körperbereiche verschafft, ohne den Auslöser zu betätigen, bliebe im Einklang mit der gesetzgeberischen Wertung zur Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs (§ 201a StGB)¹²² straflos. Mit dem vorgeblichen Zweck des Entwurfs, vor unbefugter sexuell konnotierter Betrachtung des Intimbereichs zu schützen, harmonierte ein solches Ergebnis hingegen schwerlich; dies umso weniger, als die bloße Gelegenheit zur Wiederholung des „Spannens“ (unter Zuhilfenahme der Bilddaufnahme) kein eigenständiges Unrecht schafft.¹²³

IV. Schlussbemerkungen

Eingedenk all dessen verdient es Zustimmung, wenn der Deutsche Juristinnenbund eine „sorgfältig[e] Prüfung hinsichtlich einer gesetzgeberischen Intervention“ anmahnt.¹²⁴ Ob derlei Mahnungen nun der Sorge vor einem möglicherweise überschießenden Aktionismus geschuldet sind (so die *Verf.*) oder Ausdruck weiterreichender Ambitionen sind (so der Juristinnenbund, der einen Schutz vor dem „umfassenderen Proble[m] der Belästigung von Frauen im öffentlichen Raum und neuer Formen digitaler Gewalt“, ebenso wie eine Nachbesserung der bestehenden Normen des Sexualstrafrechts, erreichen möchte¹²⁵): Im einen wie im anderen Fall

¹¹⁹ Vgl. dazu und vorstehende Zitate aus BR-Drs. 443/19, S. 13 („über die Bilddaufnahme den visuellen Zugriff [...] verschafft“), ferner S. 5 („visuelles Eindringen in den körperlichen Intimbereich einer Person“).

¹²⁰ BR-Drs. 443/19, S. 14, vgl. auch S. 16 f. („durch das Aufnahmegerät vermittelte[r] Blick“).

¹²¹ BR-Drs. 443/19, S. 17 f.

¹²² Zur Straflosigkeit des Beobachtens mit einem Aufnahmegerät gem. § 201a StGB *Kargl* (Fn. 65), § 201a Rn. 14.

¹²³ Siehe schon oben unter 2.

¹²⁴ Dazu und vorstehendes Zitat aus *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 2, abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019).

¹²⁵ *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 2, abrufbar unter

sind sie dem Umstand geschuldet, dass durch die Petition von Seidel und Sassenberg grundlegende Rechtsfragen aufgeworfen werden, die als solche vor dem Entwurf einer etwaigen Gesetzesänderung eine eingehende Erörterung verdienen. Nach vorliegend vertretener Ansicht bedarf die gegenwärtig noch eher diffus geführte öffentliche Diskussion weiterer Präzisierung, um u.a. zu entscheiden,¹²⁶

Beitrag die verhältnismäßig leisere Hoffnung gegenübergestellt, dass künftige (teils bereits in Vorbereitung befindliche) Gesetzgebungsinitiativen dieser Komplexität die gebotene Achtung zollen werden.

- welche Verhaltensweisen man überhaupt unter Strafandrohung verbieten will (nur das unbefugte Anfertigen eines Upskirts und dessen Übertragung wie Zugänglichmachen an Dritte oder bereits das unbefugte Betrachten, nach dem Vorbild des Voyeurism [Offences] Act 2019 mit Hilfsmitteln¹²⁷ oder gegebenenfalls auch ohne Verwendung solcher?¹²⁸),
- welche Rechtsgüter man durch diese Verhaltensweisen jeweils beeinträchtigt sieht (nur das Recht am eigenen Bild oder den Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im höchstpersönlichen Lebensbereich und/oder auch die sexuelle Selbstbestimmung im Besonderen?),
- ob und inwieweit ein Verbot gerade einer Regelung im Strafgesetzbuch bedarf oder eine Regelung im Ordnungswidrigkeitenrecht genügen würde (insbesondere, inwieweit körperliche Berührung oder Identifizierbarkeit unerlässliche Voraussetzungen einer strafbedürftigen Handlung nach den §§ 184i bzw. 201a StGB bilden), und schließlich
- welche Folgen eine Integration des Upskirting in bestehende Straftatbestände eventuell nach sich zöge (z.B. die Förderung täterlicher Neutralisierungstechniken und sekundärer Viktimisierung durch Diskussion über den besonderen Sichtschutz im Rahmen des § 201a StGB) und ob der deutsche Gesetzgeber diese zu tragen bereit wäre oder aber wie er solche zu vermeiden gedenkt.

Aus diesem Grunde sei einem etwaigen öffentlichen „Aufschrei“¹²⁹ nach einer schnell umzusetzenden und möglichst weitreichenden gesetzlichen Regelung mit vorliegendem

<https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019), unter Verweis auf *dies.*, Stellungnahme v. 7.3.2019, abrufbar unter

<https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-06/> (30.9.2019).

¹²⁶ Weitere Fragen aufwerfend der Parlamentarische Staatssekretär Lange (BMJV) in der 980. Sitzung des Bundesrats; BR-PIPr 980, S. 349.

¹²⁷ Vgl. Sexual Offences Act 2003 Section 67A (1) (a) infolge der Änderung durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 (Fn. 2).

¹²⁸ Gegen eine Strafbedürftigkeit und -würdigkeit des „fremden Blicks“ noch BT-Drs. 15/2466, S. 4.

¹²⁹ Zitat aus der Presse: „Wir brauchen immer einen Aufschrei“, siehe *Kreutzer*, ze.tt v. 2.2.2019, abrufbar unter: <https://ze.tt/heimliches-fotografieren-wie-upskirting-in-deutschland-endlich-verboden-werden-kann/> (30.9.2019).

Zurückliegende und neue Phänomene der Korruption – Herausforderungen speziell für Ungarn*

Von Prof. Dr. László Kóhalmi, Pécs/Freiburg**

I. Die wesentlichen Grundlagen zur Natur der Korruption

Die Korruptionsdelikte gefährden das Funktionieren einer Gesellschaft in ihren Grundzügen. Die Korruption stellt eine ewige Kategorie dar, seit vielen Jahrzehnten verliert sie nicht an Aktualität und es gibt nur wenige Probleme in Ungarn, die über eine größere aktual-politische Bedeutung verfügen.

Die umfassendste Analyse der Korruption ist in der ungarischen Fachliteratur von *Mariann Kránitz*¹ durchgeführt worden, die im Zuge ihrer Forschungen feststellte, dass jede Gesellschaft ihren „Preis der Demokratie“ zu zahlen hat. In diesem Preis ist unter anderem der Zuwachs des Umfangs und die Änderung der Qualität von Kriminalität sowie die ganz eigene Entwicklung der Korruption inbegriffen.²

Der Systemwechsel von 1989/1990 vermochte es – konnte es wohl auch – nicht, die Korruption zu beseitigen, er formte und wandelte lediglich ihren Charakter und ihre Richtung um.

Dies liegt auch daran, dass die Korruption mit dem wirtschaftlichen und politischen Milieu, in dem sie auftritt, sehr eng verbunden ist. Darüber hinaus gilt, dass es wenige gesellschaftliche Phänomene gibt, die so schnell auf dem neuesten Stand sind und mit einer so schnellen Reaktionszeit die in ihrem Existenzmedium stattfindenden Veränderungen verfolgen wie die Korruption. Diese schnelle Anpassungsfähigkeit lässt sich sowohl in den Jahren der Wende (1989–1992) als auch in der heutigen Zeit beobachten.

Bei der Erörterung der Korruption beabsichtige ich, mit einem prinzipiellen Nachdruck zu betonen – und meiner Meinung nach ist das die ewige „Problematik des vergifteten Apfels“ dieses Phänomens –, dass sie über einen äußerst effektiven problemorientierten und das eigene Interesse durchsetzenden Charakter verfügt und ständig den diskreten Charme der Verführung vor Augen hat.³

Die Existenz einer korruptionsfreien Zivilisation ist in der einige Jahrtausende alten Geschichte der Menschheit nicht bekannt, aber man will selbstverständlich auf den Traum über das Erreichen dieses idyllischen Zustands nur ungern verzichten. Uns stehen jedoch zahlreiche Kenntnisse darüber zur Verfügung, dass in den Gemeinschaften, in denen der Kampf

gegen die Korruption ernst genommen wurde, in der Tat auch die Intensität der Korruption wesentlich abnahm. Man muss sich jedoch darüber im Klaren sein, dass die Korruption äußerst sensibel auf die Änderungen im Regelungsumfeld reagiert – sie ist in der Hinsicht wie das Wasser oder das Licht, findet sogleich einen Ausweg, erholt sich und kann im schlimmsten Fall eine ganze Lawine korrupter Handlungen auslösen.

Das Problem wird noch dadurch verschlimmert, dass die Korruption nie eine besondere Achtung vor Landes- oder Kontinentalgrenzen gezeigt hat. Das Phänomen der Korruption war mit Sicherheit unter den ersten – wenn nicht gar das allererste –, das sich globalisiert hat.⁴

Der Kampf gegen ein unerwünschtes Phänomen kann erfolgreich aufgenommen werden, wenn einem seine Merkmale bekannt sind. Das Problem bei der Korruption hingegen ist gerade, dass man bei ihr weitgehend „im Dunkeln tappt“.

Von den zur Erfassung von Korruption entwickelten und bewährten Methoden⁵ (insbesondere die regelmäßigen Berichte der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Tiefeninterviews, Medien-Monitorings und -Analysen, Risikoanalysen) möchte ich die – meiner Ansicht nach – zwei bekanntesten näher vorstellen, die sicherlich ein besseres, tieferes Verständnis dieses Phänomens und seines operativen Mechanismus⁶ ermöglichen.⁶

Zum einen bezieht man sich gerne auf den von Transparency International ausgearbeiteten Korruptionsindex, den sogenannten Corruption Perceptions Index, zum anderen auf kriminalstatistische Daten.

Nimmt man den Corruption Perceptions Index von Transparency International mit einer Rangliste von 1 bis 100 (früher: 1 bis 10) zur Grundlage, waren zum Beispiel im Jahr 2016 Dänemark und Neuseeland am wenigsten von Korruption betroffenen und nahmen punktgleich mit je 90 Punkten die ersten Plätze ein. Ihnen folgten Finnland mit 89, Schweden mit 88 und die Schweiz mit 86 Punkten, während am Schluss der Liste Somalia mit 10, Südsudan mit 11 und Nordkorea mit 12 und Syrien mit 13 Punkten rangierten.⁷

Ein vollständig korruptionsfreies Land könnte die maximale Punktzahl von 100 erreichen, ein solches hat es jedoch in der Geschichte des Corruption Perceptions Index (im Folgenden: CPI) bislang noch nicht gegeben. Ungarn lag das

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verf. zuletzt im Juli 2017 im Rahmen des „53. Kolloquium der Südwestdeutschen und Schweizerischen Kriminologischen Institute und Lehrstühle“ in Freiburg gehalten hat.

** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie und Strafvollzugsrecht der Juristischen Fakultät der Universität Pécs und Humboldt-Stipendiat am Max-Planck-Institut für Strafrecht und Kriminologie (Wissenschaftlicher Betreuer: Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Jörg Albrecht).

¹ Kránitz, *Ügyészek Lapja* 5/2006, 25.

² Kránitz, *Ügyészek Lapja* 5/2006, 25 (26 ff.).

³ Kránitz, *Valóság* 5/1998, 1 (2).

⁴ Deák, in: Nováky/Tóth (Hrsg.), *A jövő és 2012*, 2012, S. 97 (98).

⁵ Takács/Csapodi/Takács-György, *Pénzügyi Szemle* 2011, 26 (28).

⁶ Papanek, *Polgári Szemle* 1 (2005), 48.

⁷ Vgl. Transparency International Magyarország v. 25.1.2017, abrufbar unter

<https://transparency.hu/hirek/cpi-2016-magyarorszag-tovabbra-is-lejtmenetben/>

(23.9.2019).

letzte Mal mit 48 Punkten auf Platz 57 der 176 Länder umfassenden Korruptionsrangliste.

Der CPI ist jedoch, da er auf Wahrnehmungen basiert und deswegen subjektiv ist, „lediglich“ dazu geeignet, eine erste Orientierung bezüglich der Korruptionsbelastung einzelner Länder darzustellen. Ein subjektiver Maßstab vermag gerade nicht, ein objektives, an das Fragment der Wirtschaft, der Bürokratie und die Staatsgewalt knüpfendes Phänomen wie die Korruption zu messen.

Der CPI leitet weiterhin einen „Etikettierungseffekt“ ein, er drückt dem jeweiligen Land eine positive oder negative Stempelmarke (Stigma) auf. Gleichzeitig wirkt auch diese Etikettierung selbst als korruptionsfördernder Faktor. Auf diese Weise wird aus einem durch die Korruption nur wenig oder kaum belasteten Land ein noch saubereres Land, während aus einem von Korruption durchtränkten Land ein noch weit mehr gefährdetes Land wird.

Der CPI ist zweifelsfrei ein international anerkannter Standard, seine Ergebnisse sind bei der Beurteilung der Korruptionslage eines Landes aber immer auch zu hinterfragen.⁸

Auch die andere hervorzuhebende Methode der Korruptionsmessung, die auf klassischen kriminalstatistischen Daten beruhende Untersuchungsmethode, leidet an Mängeln. Betrachtet man etwa die ungarische Kriminalstatistik als authentische Datenquelle, so kommt die ungarische Korruptionskriminalität als „weißer Rabe“ daher, als unbedeutendes, im Vergleich zur Gesamtkriminalität zu vernachlässigendes Problem. Das wäre offensichtlich ein falscher Befund, da bei der Korruption von einer äußerst hohen Dunkelziffer auszugehen ist. Wegen der in Bezug auf den rechtswidrigen Vorteil bestehenden Interessenkongruenz der Beteiligten kommt es nur in wenigen Fällen zur Einleitung eines Strafverfahrens wegen eines Korruptionsdelikts.⁹

Die geringe Anzahl von Strafprozessen¹⁰ lässt sich damit erklären, das die Mehrheit der Strafverfahren im Wege der (in Ungarn bestehenden) Privatanklage eingeleitet wird – daher gilt der im Zuge seiner Dunkelfeldforschungen¹¹ von *László Korinek* festgestellte Ausspruch: „Die Augen des Gesetzes sind die Staatsbürger“ – und im Falle der Korruption ist das Maß der Anklagebereitschaft äußerst gering.¹²

Es ist keine Übertreibung zu behaupten, dass die Indikatoren bezüglich des Umfangs der Korruptionskriminalität und

ihres Anteils innerhalb der Gesamtkriminalität in Ungarn als tragikomisch bezeichnet werden können (2016 wurden seitens der ungarischen Strafverfolgungsbehörden 290.779 Straftaten registriert, von denen lediglich 984 als Korruptionsdelikte bezeichnet wurden, was bedeutet, dass Korruptionsdelikte offiziell weniger als 1 % der angezeigten Straftaten ausmachen).¹³

Wenn diese Zahlen die Realität abbildeten, wäre Ungarn eines der saubersten, weltweit mit am wenigsten von Korruption betroffenen Länder. Und trotz der angebrachten Zweifel kann man die Zahlen mit Vorsicht durchaus anwenden: Man kann sie zumindest als unteren Grenzwert betrachten, der das ungarische Korruptionsminimum darstellt.¹⁴

Selbst wenn man die aus dem Korruptionsindex sowie aus der Kriminalstatistik¹⁵ gewonnenen Informationen zusammenfügt, ist man noch weit davon entfernt sagen zu können, dass uns der völlige Umfang der Korruption bekannt sei.

II. Die Korruption zu Beginn des Sozialismus und zur Marktwirtschaft – die „alte“ und die „neue“ Korruption

In Ungarn – gleich wie in allen anderen vom Schicksal gezeichneten Ländern Mittel- und Osteuropas – lebte und gedieh die Korruption sowohl während des Zeitalters des Sozialismus als auch noch nach dem Systemwechsel. Allerdings zeigen sich bei den beiden Erscheinungsformen der Korruption bezüglich der grundlegenden Art und Richtung der Korruption erhebliche Unterschiede. Der Grund hierfür ist im entscheidenden Unterschied zwischen den Wurzeln der beiden sozialen Strukturen zu finden.

1. Mangelwirtschaft und Überproduktion

Die Kernursache von Korruption – und das ist eine von politischen und wirtschaftlichen Systemen unabhängige, allgemeine Schlussfolgerung – ist immer in der Inkohärenz von Angebot und Nachfrage zu suchen. Die Konsistenz von Angebot und Nachfrage ist eine Voraussetzung, wenn nicht sogar das oberste Gesetz des Marktes, sie ist aber mit Blick auf ihre Auswirkung auf die Korruption viel breiter zu interpretieren: Sie bezieht sich neben der Wirtschaft auch auf viele andere Bereiche, insbesondere die gesundheitlichen, sozialen, pädagogischen und kulturellen Verhältnisse.

Wenn diese Harmonie signifikant in die eine Richtung ausschlägt, gibt es dort eine Spannung, zu deren Behebung sich die Korruption fast freiwillig, als denkbar einfaches Mittel zur Verfügung stellt. Die Inkohärenz bedeutet gleichzeitig ein Auseinanderdriften von Angebot und Nachfrage, zu dessen schneller Überbrückung auch andere Methoden zur Verfügung stünden (etwa die Anwendung von Gewalt), jedoch verkörpert für die Betroffenen die Korruption eine optimale Möglichkeit, insbesondere in der zivilisierten Welt.

Die Mangelwirtschaft war charakteristisch für die Verhältnisse im damaligen Sozialismus. Es gab Mangel an allem,

⁸ Vgl. *Kránitz*, Valóság 5/1998, 1 (5).

⁹ Die ungarische Polizei kann es als wichtigen Erfolg betrachten, dass sie einen ungarischen Parlamentsabgeordneten beim Entgegennehmen von Schmiergeld in Höhe von 20 Millionen Forint (= 69.000 Euro) erappte. Die Immunität des Abgeordneten wurde vom Parlament aufgehoben und er wurde zu einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe von sechs Jahren und zu einer Nebengeldstrafe von neun Millionen Forint (= 31.000 Euro) verurteilt.

¹⁰ *Korinek*, in: Csefkó/Horváth (Hrsg.), *Politika és korrupció, A törvényesség és a törvénytelenység határai*, 2010, S. 263 (270).

¹¹ *Korinek*, in: Gönczöl/Kerezsi/Korinek/Lévay (Hrsg.), *Kriminológia – Szakkriminológia*, 2006, S. 251.

¹² *Gál*, *Gazdasági büntetőjog közgazdászoknak*, 2007, S. 78.

¹³ *Kránitz*, Valóság 5/1998, 1 (6).

¹⁴ *Kránitz*, *Kapu* 4/1996, 72 (73).

¹⁵ *Varga*, *A korrupció mint destruktív vállalkozás*, 2017, S. 130.

vor allem an materiellen Gütern und Dienstleistungen, aber auch in vielen anderen Bereichen des Lebens.

Zentrales Merkmal der Mangelwirtschaft ist, dass der Markt der Verkäufer dominiert. Im Sozialismus hatte dies zur Folge, dass die vielen Kunden den Verkäufern einen ungerechtfertigten Vorteil gegen den Erhalt von Mangelwaren und Mangeldienstleistungen gewährten. Die Korruption war somit vom Käufer an den Verkäufer gerichtet.¹⁶

Das wesentliche Merkmal der Epoche war die allgemeine Verbreitung der alltäglich realisierten Korruptionsformen zu jeweils niedrigem Betrag, dafür im massenhaften Ausmaß (etwa in Form von Trinkgeldern, Schmier- und Bestechungsgeldern). Ganz eigener Ausdruck dieser Epoche war der sogenannte „Kauf unter'm Ladentisch“. Im Sozialismus versuchte man, die Menschen zu uniformieren. So konnte man beispielsweise nur ein oder zwei Arten von Mänteln und Schuhen in den Geschäften kaufen, Bananen konnte man nur zweimal jährlich kaufen (zu Weihnachten und zu Ostern). Jeder, der eine bessere als die Durchschnittsqualität eines Warentyps haben wollte, übergab dem Verkäufer ein „Geschenk“, damit dieser die Ware unter den Ladentisch legte und nicht ins Regal.

Autos konnten nur von staatlichen Unternehmen (MERKUR) bezogen werden und man musste wenigstens acht bis zehn Jahre auf einen PKW warten. Nach der Wartezeit erhielt man einen Brief, dass man den Wagen in Budapest abholen könne. Man ging mit dem Verkäufer zum Standort, deutete auf einen Wagen, dann gehörte dieser dem Käufer. Wenn dem Käufer ein Wagen gezeigt wurde, dessen Farbe er nicht mochte, hatte er die Wahl, ob er den Wagen trotzdem nehmen oder weitere acht bis zehn Jahre warten wolle, um zu sehen, ob er dann einen besseren Wagen erhalten würde. Er konnte aber auch gleich einen anderen Wagen mit einer anderen Farbe wählen, indem er dem Verkäufer ein Schmiergeld zahlte.

Nach der Wende wurde die Mangelwirtschaft allmählich durch die für die kapitalistische Wirtschaft charakteristische Überproduktion abgelöst, die jedoch mit einer grenzenlosen Fülle einhergeht. Dies bedeutete letztendlich, dass die Konsistenz von Angebot und Nachfrage aufgrund einer Dominanz des Angebots gestört wurde. Merkmal hierfür ist, dass der Markt der Käufer dominiert, folglich die Korruption vom Verkäufer (Unternehmer) an den Käufer (Besteller) gerichtet ist.

Jeder will verkaufen und es wird nicht als Korruption, sondern als Promotion bezeichnet, wenn ein Pharmaunternehmen kostenlose Weiterbildungen für Ärzte (sogar deren Familienmitglieder) in teuren Wellness-Hotels anbietet. Als Gegenleistung brauchen Ärzte lediglich dem Patienten das von der jeweiligen Firma vertriebene Medikament zu verschreiben. Natürlich wird dies von den Parteien nicht verbal formuliert, in der Praxis erfolgt dies durch ein schuldhaftes, gegenseitiges Zuzwinkern.

2. Planwirtschaft und Marktwirtschaft

Die Planwirtschaft beruhte auf der Absurdität, dass der Staat auf der einen Seite die (sozialen) Eigentumsrechte und -pflichten übernahm, zugleich aber auch seine originären, staatlichen Aufgaben zu erfüllen hatte.¹⁷ Zur Erfüllung dieser Doppelrolle musste er ein umfangreiches und daher schwerfälliges bürokratisches Institutionensystem errichten und betreiben, was schon an sich eine Brutstätte der Korruption war.¹⁸

Die wirtschaftliche Hegemonie des Staates verkörperte sich in der Planwirtschaft und ließ Freiraum für verschiedenste Arten korrupter Handlungen. Im Interesse der Erfüllung eines Planziels oder dessen Abänderung wurde tatsächlich ein Briefumschlag mit Geld „hinüber geschoben“, aber das System der sogenannten sozialistischen Verbindungen, der gegenseitigen Verbundenheit, funktionierte sehr effektiv. Pläne wurden oft nur auf dem Papier erfüllt, und man konnte nur durch Korruption erreichen, dass der „zuständige Genosse“, der für die Überwachung „des Plans“ – nach heutiger Terminologie: „des Projekts“ – verantwortlich war, wegschaute.

Die Marktwirtschaft basiert auf dem Wettbewerb und ist erfolgreich, wenn der gesunde Wettbewerb möglichst stark ist. Das Wesen des Wettbewerbs ist natürlich das Streben nach dem Sieg, aber nicht jeder konkurriert auf eine faire Weise. Wer sich im offenen Wettstreit nicht durchsetzen kann, greift oft zu rechtswidrigen Mitteln, nämlich zur Korruption.¹⁹

3. Vollbeschäftigung und Arbeitslosigkeit

Der existierende Sozialismus proklamierte und verwirklichte auch tatsächlich die Vollbeschäftigung der erwerbsfähigen Bevölkerung in einem Maße, dass er die Arbeitsscheu als gemeingefährlich einstuft und unter Strafe stellt. Vor diesem Hintergrund hatte jeder ein begründetes Interesse daran, eine Arbeit zu haben, schon um nicht den Straftatbestand der gemeingefährlichen Arbeitsscheu zu verwirklichen.

Es war jedoch im Sozialismus nicht immer leicht, einen Arbeitsplatz, zumal einen guten Arbeitsplatz zu bekommen. Zugang zu bestimmten Berufen (etwa zu Modeberufen) konnte man sich nur mit Hilfe von Korruption verschaffen, selbst die universitären Aufnahmeprüfungen waren von Korruptionsskandalen geprägt.

In Ungarn, das eine Bevölkerung von zehn Millionen Menschen, davon vier bis fünf Millionen Menschen im erwerbstätigen Alter hat, gingen unmittelbar nach der Wende 1,5 bis zwei Millionen Arbeitsplätze verloren. Massen von Menschen, die nach den Ideen und der Praxis der Vollbeschäftigung sozialisiert waren, blieben plötzlich ohne reguläre Arbeit und ihr regelmäßiges Einkommen zurück und konnten nicht mehr länger ihrem vorherigen Lebensrhythmus gemäß leben. Hinzu kam, dass sie nicht über genügend Kenntnisse darüber verfügten, wie sie ein Unternehmen gründen und betreiben könnten. Sie gehören bis heute zu den

¹⁶ Kránitz, *Jogtudományi Közlöny* 1979, 415 (421).

¹⁷ Vgl. Mihályi, *Közgazdasági Szemle* 50 (2003), 428 (430 f.).

¹⁸ Vgl. *Angyal*, *Társadalmi Szemle* 8-9/1988, 99 (107 f.).

¹⁹ Vgl. Szamuely, *Társadalmi Szemle* 4/1998, 1 (11).

sogenannten Scheinselbstständigen, die aufgrund von Arbeitslosigkeit in die Korruption getrieben wurden und noch immer werden.

Teilweise machen sie freiwillig und auf eigene Initiative hin Gebrauch von korrupten Handlungen, um ihre schwierige Lage zu verbessern, teils werden sie aber auch von den mit ihnen in Kontakt tretenden Angestellten von Behörden und Finanzinstituten gebrandschatzt. Unternehmungen benötigen oft Grundstücke, und um diese zu bekommen, hat man der Selbstverwaltung Schmiergeld zu zahlen; auch wenn man einen Kredit benötigt, bleibt ein Teil der Summe (in der Regel 15 %) in Form eines ungerechtfertigten Vorteils bei der Bank. Und hierfür gibt es zahlreichen Beispiele mehr.

Der Begriff und die „Institution“ des Scheinunternehmens entstand Anfang der neunziger Jahre und ist, zwar mit rückläufigen Tendenz, bis heute erhalten geblieben. Genauso ist die erzwungene Korruption der Scheinunternehmer erhalten geblieben.

Allerdings entstanden in den letzten Jahren auch neuere Formen der mit Arbeitslosigkeit einhergehenden Korruption. Die wachsende Zahl von Fällen exemplifiziert die Angst vor Arbeitslosigkeit: Es kommt immer häufiger vor, dass etwa Facharbeiter in ihrem Beruf am Arbeitsplatz ihrer Wahl angestellt werden, sogar bei den Steuerbehörden und der Sozialversicherung gemeldet werden und dennoch Monat für Monat 20 bis 30 % ihres Lohnes dem Manager oder dem Inhaber des Kleinunternehmens zurückzahlen müssen. Es gehört auch zum praktischen Alltag, dass Unternehmen nur dann einen kommunalen oder staatlichen Auftrag erhalten, wenn sie einen Teil als „Arbeitsgebühr“ beim Bürgermeister oder beim zuständigen Leiter eines staatlichen Unternehmens „liegen lassen“.

4. Rätssystem und Selbstverwaltung

Das nach sowjetischem Vorbild ausgestaltete Rätssystem unterschied sich grundlegend von System und Funktionsweise der in Westeuropa vorhandenen Gebietskörperschaften, trotz der Tatsache, dass manche ihrer Aufgaben (etwa die Verwaltung) in der Tat die gleichen waren.

Bei der Korruption manifestierte sich dies in der Weise, dass es ein paar immerwährende Bestechungszwecke gibt, die das vergangene Vierteljahrhundert – oder besser gesagt die letzten 35 bis 40 Jahre – überspannen. Zu diesem Feld gehören vor allem die Beschleunigung der Sachbearbeitung, die man mit einem sogenanntem Beschleunigungsgeld sichern konnte und noch heute sichern kann, die Beschaffung verschiedener (vor allem technischer, Bau- und Aufenthalts-) Genehmigungen,²⁰ für die die Kunden Rathausbeamte auf gleiche Art und Weise bestachen wie sie es heute bei den Beamten der Selbstverwaltungen oder des Staates tun. Allein die Höhe des Betrags ist im Laufe der Zeit gestiegen.²¹

Im Sozialismus wurden Natur und Ausmaß der Korruption in der staatlichen Verwaltung grundsätzlich durch den Umstand bestimmt, dass die Befugnisse und die finanziellen Möglichkeiten der Räte viel begrenzter waren als jene der

heutigen Selbstverwaltungen.²² Die Räte konnten nur in engen Rahmen tätig werden, ihr Spielraum wurde ohnehin durch die Planwirtschaft eingegrenzt. Die doppelte Unterordnung der sogenannten Exekutivkomitees machte es schwierig, Rechtsvorschriften zu umgehen, zumindest in der Theorie. Die Korruption fand natürlich auch so ihren eigenen Weg, vor allem bei der Zuweisung von staatlichen Wohnungen und bei der Vermietung von Einzelhandelsflächen.

Wenn ein Wohnungssuchender keine 20 bis 30 Jahre auf eine Wohnungszuweisung warten wollte, konnte er seine Wartezeit sogar bis auf wenige Wochen verkürzen, indem er etwa dem zuständigen Sachbearbeiter oder einem anderen Kollegen im Rat einen Festnetzanschluss für zuhause verschaffen konnte (zu dieser Zeit musste man im Sozialismus noch 15 bis 20 Jahre auf einen Festanschluss warten).

Die Selbstverwaltung ist „das Beispiel“ für die Entfaltung der Demokratie. Die kommunale Selbstverwaltung ist der „gesalbte“ Verwalter für die Angelegenheiten der jeweiligen Gemeinde und sie wird unabhängig von allen anderen Organisationen selbständig tätig. Ihr Tätigwerden kann ausschließlich im Wege der Nachprüfung durch den Staatlichen Rechnungshof kontrolliert werden.

Die Selbstverwaltung als demokratische Errungenschaft trägt jedoch auch eine Reihe von korruptionsfördernden Faktoren in sich. Diese können sowohl objektiver als auch subjektiver Natur sein.

Charakteristisch für die Gruppe der Korruptionsherde objektiver Natur ist, dass Unabhängigkeit und weitreichende Befugnisse der Selbstverwaltungen nicht mit ausreichenden finanziellen Mitteln einhergehen. Ihnen stehen vielmehr eher knappe finanzielle Mittel zur Verfügung, mit anderen Worten: Selbstverwaltungen sind arm.

Die andere große, sogenannte subjektive, Gruppe hängt mit der Eignung, der Bereitschaft, dem Bildungsniveau und nicht zuletzt auch mit der moralischen Grundeinstellung der Vorsitzenden bzw. Mitglieder eines Gemeinderats und des Apparats als Ganzem ab.

Beispielsweise bot eine Budapester Bezirks-Selbstverwaltung einem ungarischen Käufer erfolgreich den Kauf einer Immobilie zu einem Preis von 600 Millionen Forint (circa 1.940.000 Euro) an, woraufhin auch ein Vorvertrag geschlossen wurde. Zwei Monate später wurde die Immobilie jedoch an einen spanischen Käufer verkauft, der lediglich die Hälfte des ursprünglichen Preisangebots zahlte. Der Bürgermeister und sein Stellvertreter machten dafür mit der ganzen Familie Urlaub an der spanischen Küste.

Im Zusammenhang mit Selbstverwaltungen kommt es des Weiteren sehr häufig vor, dass frühere Außenbereiche zu Innenbereichen umqualifiziert werden und sich in der Folge der Preis der bis dato wertlosen Grundstücke um das Vielfache erhöht, weil nun Häuser auf ihnen gebaut werden können. Wer über die Flächennutzungspläne der Selbstverwaltungen gut informiert ist, kann sehr schnell reich werden. In mehreren Fällen ließen Mitarbeiter von Selbstverwaltungen ihre nahen Bekannten die wertlosen Grundstücke im Außenbereich aufkaufen, wohlwissend, dass die Selbstverwaltung sie

²⁰ Szamel, Társadalmi Szemle 1968, 41 (45).

²¹ Horváth, Belügyi Szemle 19/1 (1981), 106 (107).

²² Vgl. Böhm, Múltunk 4 (1999), 1 (9).

danach zu Innenbereich erklären und Enteignungsentschädigungen in mehrfacher Höhe zahlen würde.

Ein anderer Gemeinderat legte wiederum den Standort einer künftigen Deponie fest. Im weiteren Verlauf kauften die Ratsvertreter persönlich, unter Führung des Bürgermeisters, das Grundstück auf und verkauften es zum fünfundzwanzigfachen (!) Preis an die Selbstverwaltung zurück.

5. Rechtstreue und abweichendes Verhalten

Eine der grundlegenden Regeln des sozialen Zusammenlebens ist, dass rechtstreu Verhalten den Normalfall und Devianz die Ausnahme bildet.

Insbesondere Diktaturen sind in der Lage, mit Hilfe ihrer spezifischen Mittel die Durchsetzung dieser Grundregel zu gewährleisten, und zwar durch

- die einheitliche politische Macht, das Einparteiensystem,
- die rechtliche Regelung fast sämtlicher Lebensbereiche,
- die Vereinheitlichung des Systems der Sittennormen,
- die Unterwerfung der Wirtschaft entlang machtpolitischer Ziele,
- die Eingrenzung sozialer Verhältnisse in engen Rahmen sowie
- den Eingriff in die Privatsphäre.

In der Folge werden nicht nur die Kriminalität, sondern auch die weniger gefährlichen Formen der Devianz marginalisiert.

Demokratie und Marktwirtschaft sind im Ungarn der Wendezeit quasi „vom Himmel gefallen“, die schnell einhergehenden Veränderungen führten zu einem spezifischen Haltungswechsel. Letzterer hatte zur Folge, dass es heute so scheint, dass der allgemeine Normalzustand in der Normverletzung liegt und die Rechtstreue eher die Ausnahme bildet. Dies zeigt sich insbesondere

- in der Wirtschaft („Profit heiligt die Mittel“),
- im Verkehr (man hält nicht an der roten Ampel, dort hält nur, wer will),
- in Steuerangelegenheiten (moralische Anerkennung gebührt jenen, die sich erfolgreich den öffentlichen Lasten entziehen).²³

Die Opposition gegenüber der Macht hat in Ungarn eine lange Tradition, da Ungarn während der 1000 Jahre seines Bestehens mehrfach und für lange Phasen fest unter fremder Vorherrschaft stand (hier sei nur an die 150 Jahre unter den Osmanen, die Habsburger Periode und die sowjetische Besatzung erinnert). Opposition gegenüber der Macht – ob in aktiver oder passiver Form – ist zu einer patriotischen Aufgabe geworden. Im Laufe der Zeit sind selbst solche Formen des passiven Widerstands zu moralisch wertgeschätzten Formen geworden, die sonst dem Gemeinwohl nicht dienen. All dies ist ein wesentlicher Beitrag zum tiefen Eindringen in das

²³ Vgl. Pataki, A rendszerváltás fénye és árnyéka, Forrás 7-8/2009, 190 (201).

Unterbewusstsein der ungarischen Gesellschaft, nämlich, dass alle Arten der Konfrontation mit der jeweiligen Macht dem Grunde nach positive Taten sind.

Unter heutigen Bedingungen wird diese historische Haltung auf verschiedene Weisen bestätigt. Nach dem Systemwechsel wurde die Gesellschaft zur Gesellschaft der Gewinner und der Verlierer, in der die Durchsetzung von Rechtstreue als Hauptregel sogar von zwei unterschiedlichen Seiten bedroht wird.

Auf der einen Seite ist es eine empirische Tatsache, dass man im Wege gesetzestreu Verhaltens nur selten Gewinner wird, sondern im Gegenteil, einen eindeutigen Wettbewerbsnachteil erleidet. In der Folge bleiben die Rechtskonformen – diejenigen, die auf lautere Weise ihre Geschäfte abschließen, die an der roten Ampel anhalten, die ihren Steuerpflichten nachkommen – offensichtlich im Wettbewerb zurück, sie sind die Verlierer. Sie sind Verlierer in finanzieller, moralischer und selbst in zeitlicher Hinsicht.

Auf der anderen Seite folgt einer Normverletzung nicht automatisch die Entdeckung und Bestrafung bzw. die Wiederherstellung der demokratischen, verfassungsrechtlichen Ordnung. Somit erzielen Normenbrecher – Korrupte und Korruptierte, Raser, Steuerhinterzieher – sowohl einen materiellen als auch einen zeitlichen Gewinn, sie sind die Gewinner. Ihr Vorteil wird noch dadurch vergrößert, dass Folge ihres Verhaltens nicht die juristische Verantwortlichmachung, sondern die moralische Belohnung ist.²⁴

III. Die jüngsten Erscheinungsformen der Korruption in Ungarn

1. Die Unterschlagung öffentlicher Gelder

Die Korruption hat – wie allgemein bekannt ist – vielerlei Erscheinungsformen. Eine dieser Formen zeichnet sich dadurch aus, dass ganz gewöhnliche Menschen ab und zu ihr informelles Beziehungsnetz nutzen, um gewisse Güter und Leistungen an den bestehenden Gesetzen vorbei zu erlangen.

Vor allem in qualitativer Hinsicht unterscheidet sich hier von die von Regierungsakteuren professionell organisierte Großkorruption.²⁵

Eine der größten – in ihrer Wirkung bis zum heutigen Tage spürbaren – Erbsünden nach dem ungarischen Systemwechsel von 1989/1990 war die eilig durchgeführte Privatisierung am Anfang der 1990er Jahre. In deren Verlauf kamen einige Akteure, die „gute Beziehungen“ zu den „nah am Feuer stehenden“ politischen Entscheidungsträgern „pflögten“, zu riesigen Vermögen.²⁶

²⁴ Kránitz, Jogtudományi Közlöny 7/1979, 415.

²⁵ Hajdú, Magyar Nemzet Online v. 29.8.2017, abrufbar unter <https://mno.hu/gazdasag/allamilag-szervezett-kozpenzszivattyu-1359078> (23.9.2019).

²⁶ Beispielsweise verkaufte ein staatliches budapester Unternehmen einer Aktiengesellschaft etwa 20 hauptstädtische Restaurants. Generaldirektor des Unternehmens und Generaldirektor des Vorstandes der Aktiengesellschaft waren ein und dieselbe Person, was nichts anderes heißt, als dass nur

Bis 2010 konkurrierten diverse Oligarchen und ihre wirtschaftlichen Interessengruppen miteinander um die Gunst der jeweils aktuellen Regierungen. Als eine linksgerichtete Partei an der Macht war, bekamen Unternehmen linkspolitischer Orientierung unzählige staatliche Aufträge, als die rechtskonservative Partei an die Macht kam, gingen diese vor allem an die rechtsorientierten Unternehmen.²⁷ Ganz ähnliche Phänomene gab es auch auf dem Gebiet der Selbstverwaltungen, wo linksorientierte Selbstverwaltungen linksorientierte Firmen beauftragten, während rechtsgesinnte Unternehmen von rechtsgesinnten Selbstverwaltungen bevorzugt wurden.

Das eine Mal bereicherten sich die linksorientierten Oligarchen, das anderes Mal die rechtsgesinnten. Obwohl diese Gruppen ganze Sektoren (insbesondere in der Bauindustrie und am Kommunikationsmarkt) oder Unternehmen (beispielsweise Autobahnbauunternehmen) unter ihrer Kontrolle hielten, hatten sie doch keine unbegrenzte Macht.²⁸

Mit der zweiten Fidesz-Regierung (ab 2010) änderte sich diese Struktur und man begann, die Korruption von oben her, von Seiten der Politik aus zu organisieren.²⁹ Der Staat wurde nicht mehr von den Oligarchen gemolken, es wurde vielmehr seitens der Regierung (der Politik) entschieden, wer Oligarch werden und wer den Zugang zu staatlichen Aufträgen in Milliardenhöhe erhalten dürfe.

Es ist unmöglich, die genaue Summe der mit Hilfe von Korruption in Privathände gelangten Gelder zu bestimmen, denn die zugrundeliegenden Fälle sind naturgemäß geheim und illegal. In einigen wenigen Teilgebieten kann das Maß der Korruption jedoch geschätzt werden.

Auf Grund verschiedener Untersuchungen³⁰ kann man heute sagen, dass es bei etwa 90 % der 60 % ausmachenden öffentlichen Beschaffung und bei 95 % der staatlichen Investitionen sowie durch die Europäische Union finanzierten Projekten eine überhöhte Preiskalkulation gibt.

15 bis 25 % der jährlich Tausendmilliarden Forint (circa 3,2 Milliarden Euro) ausmachenden EU-Gelder verschwinden in korrupten Taschen. Dies sind natürlich nur Durchschnittszahlen, denn ein in jüngerer Vergangenheit aufgeflogener Parlamentsabgeordneter der Regierungspartei – der

eine einzige Person den Vertrag unterzeichnete, nur in zwei unterschiedlichen Positionen. Der Kaufpreis des Geschäfts betrug zu diesem Zeitpunkt einen Forint, zum heutigen Preis etwa ein Euro.

²⁷ Fazekas/Tóth, Portfolio Online v. 3.4.2014, abrufbar unter <https://www.portfolio.hu/gazdasag/egy-et-elore-kettot-hatra-avagy-ilyen-a-korrupcio-magyarorszagon.197391.html> (23.9.2019).

²⁸ Dieses Bild wird natürlich dadurch abgerundet, dass die „geschickteren“ Unternehmen sowohl links- als auch rechtsorientierte Geschäftsleute in ihr Spiel einbezogen, wodurch es ihnen möglich war, dass je nach politischer Regierungslage entweder die über linke oder die über rechte politische Beziehungen verfügende Person in den Vordergrund rückte und „zum Gesicht der Firma“ wurde.

²⁹ Magyar, Magyar polip – a posztkommunista mafiaállam, 2013, S. 2.

³⁰ Papanek, Vezetéstudomány 41 (2010), 62.

sich an eine Figur aus den Harry Potter-Romanen anlehnend „Lord Voldemort“ nennen ließ – erwarb 90 % der gewonnenen Gelder.

In der Theorie könnte die Bevorzugung einheimischer (ungarischer) Unternehmer gegenüber kapitalkräftigeren ausländischen Unternehmen sogar ein völlig legitimes Ziel seitens einer nationalkonservativen Regierung sein. Was jedoch zurzeit in der Praxis geschieht, hat mit diesem Ziel rein gar nichts zu tun.

Die Regierung unterstützt nämlich gerade nicht die innovativsten und wettbewerbsfähigsten Unternehmen, sondern vor allem Freunde, Verwandte, Teamkollegen und ehemalige Studienkollegen aus Studentenheimgen. Zudem wandert der überragende Großteil öffentlicher Gelder gerade nicht in die zugkräftigeren Industriezweige des 21. Jahrhunderts.

Ungarn befindet sich auf dem Weg zu einer Fußballstadien bauenden Großmacht (zu einem „Land der Stadien“). Der Mechanismus ist dabei der folgende: Ein Politiker sucht sich eine Fußballmannschaft aus. Er wird schnell zum Vorsitzenden gewählt, in der Hoffnung, dass staatliche Gelder dann strömen werden. Danach gibt der Staat dem Klub (der natürlich im Privateigentum steht) eine Finanzhilfe als „staatliches Geschenk“, zahlt ihm die kompletten Baukosten und eine befreundete Firma baut das Stadion zu einem ansehnlichen Preis.

Die durchschnittliche Zuschauerzahl ungarischer Fußballspiele in der 1. Liga liegt bei circa 2.800 Personen, was zeigt, dass es sich beim Stadionbau nicht um ein echtes gesellschaftliches Bedürfnis handelt. Allerdings können soziale Themen wie Kinderarmut oder Kinderhunger, die in Ungarn tatsächlich relevant wären (ein Drittel der etwa 1,8 Millionen Kinder lebt in Armut und es gibt circa 200.000 Kinder, die in den Schulferien hungern), nicht gerade als Probleme bezeichnet werden, bei deren Lösungen man ohne Weiteres Geld unterschlagen könnte. Nur nebenbei sei hier erwähnt, dass natürlich auch ein Stadion, die Pancho Arena, in Felcsút, dem Heimatdorf des Ministerpräsidenten, gebaut wurde. Auch wenn die Einwohnerzahl des Dorfes bei 1.888 liegt, die Aufnahmefähigkeit des Stadions beträgt 3.500 Zuschauer, und das Gras ist den aktuellen Ansprüchen entsprechend beheizbar.

Auch der Straßenbau ist ein korruptionsliebender Geschäftszweig. Und natürlich gibt es auch hier von der politischen Macht begünstigte Firmen, die die entsprechenden Ausschreibungen gewinnen.

Der verursachte Schaden, wenn öffentliche Gelder und staatliche Positionen nicht nach den allgemeinen Ansprüchen der Gesellschaft, sondern auf Grund von Interessen eines engen Kreises verteilt werden, ist immens und nicht immer unmittelbar messbar.³¹ So wird die Qualität der grundlegenden Leistungen verschlechtert, wenn weniger Ressourcen dem Gesundheitswesen und der Bildung zur Verfügung stehen, die Wettbewerbsfähigkeit sinkt, wenn nicht die geeig-

³¹ Világgazdaság Online v. 26.10.2014, abrufbar unter <https://www.vg.hu/kozelet/mindent-atszo-a-korrupcio-magyarorszagon-437795/> (23.9.2019).

netsten Menschen zu Führungspositionen kommen und es trägt zur Auswanderung der Jugendlichen bei. Darüber hinaus macht die Festsetzung überhöhter Preise das Funktionieren des Staates bedeutend teurer.³²

Aus der Feder investigativer Journalisten erscheinen beinahe täglich Artikel über verdächtige Angelegenheiten auf Grundlage nachgezeichneter Firmengeflechte, Verträge und Eigentümernetze.³³

In der Gesellschaft zeigt sich wiederum im Zusammenhang mit der Korruption eine weitgehende Interessenlosigkeit, die Menschen reagieren gleichgültig, apathisch nach dem Motto: „Die Sozialisten haben schon gestohlen, nun stehlen auch diese, das ist der Lauf der Dinge hier.“

In Ungarn ist die bürgerliche Schicht im klassischen Sinne, die vom Staat nicht existenziell abhängig ist und den Mut hat, Kritik offen zu formulieren, sehr klein. Wenn man aufgrund eines Facebook-Posts zum Chef bestellt wird, heißt es besser, still zu bleiben. Ein Teil derer, die im Besitz marktfähigen Fachwissens sind, drückt seine Missbilligung lieber mit den Beinen aus und verlässt das Land.

Die öffentlichen Medien bedienen die Regierung auf servile Weise. Es ist kein Zufall, dass verdächtige Sachverhalte zu Politikern der Regierungspartei und ihrer Familienmitglieder von ihnen nicht erwähnt werden. Auch die kommerziell tätigen privaten Medien sind nicht daran interessiert, die Regierung zu kritisieren, denn sie sind nach Ungarn gekommen, um Geld zu verdienen. Durch eine negative Beurteilung der Regierung würden sie staatliche Werbeaufträge verlieren. Vor diesem Hintergrund berichten nur einzelne Webseiten oder in geringer Auflagenhöhe erscheinende Zeitungen über die Korruption. Diese werden jedoch nur von einer überschaubaren städtischen Intelligenzschicht gelesen.

Die Korruption in Ungarn wurde auch dadurch verstärkt, dass die Europäische Union keine wirksamen Kontrollmechanismen zum Umgang mit europäischen Geldern hat. Die OLAF-Verfahren sind umständliche, bürokratische Prozeduren, an deren Ende die Schuldigen zumeist ungestraft davonkommen.

Einer der erfolgreichsten Unternehmer Ungarns ist der Gasinstallateur Lőrinc Mészáros, der zufälligerweise Bürgermeister im Dorfe des Ministerpräsidenten ist. Der Gasinstallateur ist mehr als nur Symbol, er ist eine herausragende Figur des öffentlichen Lebens: Er hat eine Rolle, eine Funktion und einen Mythos. Er ist ein Strohhalm.

Das Strohhalmensystem ist ein kompliziertes Geflecht zur Verschleierung der Vermögens- und Kapitalverteilung. Wesentliches Merkmal ist, dass es nicht im Interesse der Gesellschaft geschieht. Sein innerer Aufbau wird von der Zentrale, der Regierung selbst, festgelegt, diese bestimmt zugleich das System der Auszahlung und der Gegenleistung. Denn man muss immer auch etwas geben. Die Durchdachtheit des Sys-

tems wird unter anderem durch die Art und Weise der Gesetzgebung geprägt und auch mögliche Hintertüren werden eingebaut.

In diesem System ist der Strohhalm die Schlüsselfigur. Die Prozedur ist komplex, denn man muss nicht nur bei der Ausschreibung gewinnen, sondern auch das Eigentum übernehmen und sich eine gewisse Zeit am Markt betätigen. Das Geld ist versteuerungspflichtig, man muss es überweisen, dabei aber darauf achten, dass die hinter dem Strohhalm stehenden Personen verdeckt bleiben. Statt des Hintermanns übernimmt der Strohhalm das Risiko der Korruption.

Der Strohhalm vermittelt zwischen den Akteuren und ihrem zukünftigen Vermögen. Hierzu gibt es zahlreiche Tatvarianten, zur Wahrheit gehört es aber auch, dass man in die gesamte Bandbreite der Handlungsalternativen nicht einsehen kann.

Strohhalm kann ein unbemittelter Obdachloser, ein Wachmann, ein alter Freund, der Schulkamerad oder die Großmutter sein. Wenn man sich heute die mittlerweile in Ungnade der Regierungspartei gefallene KÖZGÉP anschaut, fällt auf, dass sie trotz eines Milliarden Einkommens kaum Menschen beschäftigte. Aller Wahrscheinlichkeit nach wirkte sie als Vermittlungsorganisation. Zu ihren Aufgaben gehörte es auch, einkommende Geschäfte einzusammeln und zu verteilen. Dazu mussten mehrere Subunternehmer einbezogen werden. Ein Strohhalm kann dafür sorgen, dass angelegtes Geld zu politischem Kapital, zu guter Presse, zu Kampagnengeldern gemacht wird. Das System selbst erfordert und ist eine gut gemanagte Organisation.

In Ungarn ist das System bis zum äußersten zentralisiert, das widerspricht dem, was moderne westliche Staaten im 21. Jahrhundert charakterisiert. Die Regierungen dort sind dezentralisiert, Entscheidungen werden auf niedrigeren Ebenen getroffen. In Ungarn hat sich die Welt umgekehrt. Überschaubare, informelle Cliquen betreiben den Staat.

Relevante Fragen werden in einem sehr engen inneren Kreis entschieden. Es zählt schon lange nicht mehr, wer der zuständige Minister ist. Sie sind reine Marionetten. Die Oligarchen dürfen souveräne Entscheidungen treffen, solange sie gewisse Grenzen nicht überschreiten. Der Ministerpräsident lässt auch die Oligarchen untereinander konkurrieren, manchmal hebt er einen von ihnen hervor, ein andermal lässt er einen von ihnen fallen. Es ist das sogenannte „Mit-dem-Lift-fahren-Lassen“.

2. Die Technisierung der Korruption

Um auf das Thema des Netzes menschlicher Beziehungen zurückzukommen: Das zwischenmenschliche Beziehungsnetz mag geeignet sein, Tauschvorgänge besonders einfach ablaufen zu lassen, ein Teil dieser Handlungen ist jedoch nicht *per se* korrupt. Beispielsweise ist es völlig normal, dass jemand zum Zwecke einer Stellensuche seine Bekannten fragt, ob sie eine Arbeitsmöglichkeit für ihn haben. Je höher man allerdings die soziale Rängeleiter hinaufklettert, desto größere Quellen der Macht³⁴ eines immer höheren Wertes an informellen Netzen werden erreichbar und man gelangt an den

³² Becker, *Átlátszó Online* v. 17.3.2018, abrufbar unter <https://blog.atlatszo.hu/2018/03/106-ugy-fert-a-fekete-konyvbe-tanulmanykotet-az-elmult-nyolc-ev-korrupcios-folyamatairol/> (23.9.2019).

³³ Vgl. *Vásárhelyi*, *Szociológiai Szemle* 4/1998, 51 (53).

³⁴ *Jávor*, *Társadalomkutatás* 26 (2008), 11 (17).

Punkt, an dem man öffentliche Ausschreibungen und wichtigere Genehmigungen auch innerhalb seines Bekanntenkreises erledigen kann.³⁵

Vor allem von Seiten der Unternehmer beklagt man sich in Ungarn³⁶ darüber, dass man ohne Verbindungen an keine Arbeit gelangen und keine Ausschreibung gewinnen könne, sodass man letztendlich zur Korruption gezwungen sei.³⁷

Bei den organisationalen Machtquellen kann die Grenzlinie der Korruption verhältnismäßig gut gezogen werden.³⁸ Solange man seine eigenen Machtquellen auf informelle Weise nutzbar macht, etwa einem Freund am Wochenende beim Streichen seiner Wohnung hilft, ist dies offensichtlich noch keine Korruption. Wenn jedoch die bei der Selbstverwaltung arbeitende Mutter des Freundes im Austausch für die Hilfe veranlasst, dass man entgegen der vorgegebenen Reihenfolge schneller eine Baugenehmigung für eine Garage bekommt, dann setzt die Verteilung informeller Organisationsmachtquellen bereits ein. Die Spitzenkorruption sozialer Eliten beruht allerdings nicht mehr auf gelegentlich in Anspruch genommenen persönlichen Netzen, sondern vielmehr auf solchen, die ganze Organisationen überspannen und ganz bewusst ins Leben gerufen werden.³⁹

Die Korruptionsform neuester Ausprägung ist im Allgemeinen nicht so simpel, dass sich die Führungskraft einer Organisation oder auch ein Politiker mit einer befreundeten Firma absprechen würde und die Firma daraufhin einen Auf-

trag bekommt.⁴⁰ An diesen Geschäften sind mittlerweile ganze Apparate aktiv beteiligt, die verstehen und genau wissen, worum es geht, und dafür sorgen, dass ein öffentlicher Auftrag legal, aus technischer Hinsicht sachgerecht wirkt und auch rechtlich abgesichert ist, indem die entsprechenden Hintertürchen da sind, die ihre Vorgesetzten im Voraus vereinbart haben.⁴¹

Was die Teilnehmer dieses Systems machen können und warum, wird durch ein kompliziertes Unterhandlungssystem und durch interne Machtverhältnisse bestimmt.⁴² Der Korruptionsmechanismus fängt damit an, dass ein Politiker (z.B. ein Bürgermeister oder ein Abgeordneter) und ein Unternehmer einen geheimen Vertrag abschließen.⁴³ Danach müssen die Ausschreibungsunterlagen so geschrieben werden, dass sie entsprechend für den ausgemachten Zweck funktionieren. Es sind die Beamten der mittleren Ebene, Experten in den Ministerien oder Behörden, von denen die technischen Parameter festgelegt werden, nach denen die Ausschreibung nur von einem bestimmten Unternehmen gewonnen werden kann. Man muss also die kleinen Spezifika der begünstigten Firma, des zukünftigen Gewinners finden, die als Anforderungen in der Ausschreibung auftauchen müssen, etwa, dass in den letzten Jahren eine bestimmte Anzahl von Mitarbeitern mit diesen und jenen speziellen Fachkenntnissen bei der Firma gearbeitet haben. Dies muss sehr sorgfältig gemacht werden, denn auf der einen Seite soll dadurch die Konkurrenz ausgeschlossen werden, und gleichzeitig soll dabei der Beamte auch sich selbst schützen. Es gilt ein Anforderungssystem zu erstellen, dem nur die politisch zugeneigte Firma entspricht.⁴⁴

Beispielsweise wird schon im Vorfeld im Kreis der potenziellen Kandidaten danach gefragt, über welche Referenzen sie verfügen. Danach wird festgehalten, welche individuellen technischen Parameter das favorisierte Unternehmen hat, damit diese dann in der Ausschreibung auch wirklich enthalten sind. Im Grunde führen sie Industriespionage durch. Sie prüfen auch, welche Schwächen das befreundete Unternehmen hat, damit diese nicht zum Gegenstand der Ausschreibung werden oder höchstens zu einem niedrigen Scoring. Wichtiges Merkmal der Korruptionstätigkeit auf mittlerer Ebene ist, dass Ausschreibungen im Interesse der zu erwartenden Ergebnisse technisiert werden.

³⁵ Halász, Átlátszó Online v. 2.9.2014, abrufbar unter <https://atlatso.hu/2014/09/02/a-fidesz-kezi-vezerlesre-allitotta-a-nagy-kontrollszervezeteket-es-a-fuggetlen-hatalmi-agakat-jancsics-david-korrupciokutato/>. (23.9.2019.)

³⁶ Beispielsweise hat ein bekannter Unternehmer im Rahmen einer elektronischen Versteigerung in jüngerer Vergangenheit einen Auftrag gewonnen. Als er in das Büro kam, um den Vertrag abzuschließen, wurde er tatsächlich gefragt, ob er ein noch billigeres Angebot als sein Gewinnerangebot machen könne. Nachdem er dies verneinte, teilte man ihm mit, dass man mit ihm keinen Vertrag abschließen könne, weil ein Problem mit dem elektronischen Lizitationssystem bestehe und es eine neue Lizitation geben werde. Bei dieser versuchte er es dann erst gar nicht mehr.

³⁷ Auch bei der Überprüfung des technischen Zustandes eines Wagens geschah das Folgende: Das Fahrgestell des Kraftfahrzeugs bekam wegen Verrostung an einer kleinen Stelle ein Loch. Der Eigentümer des Kraftfahrzeugs fragte, ob ein 50-Euro-Schein das Loch bedecken könne. Er bedeckte es.

³⁸ Jávör/Jancsics, Administration & Society 48 (2016), 527.

³⁹ Halász, Átlátszó Online v. 2.9.2014, abrufbar unter <https://atlatso.hu/2014/09/02/a-fidesz-kezi-vezerlesre-allitotta-a-nagy-kontrollszervezeteket-es-a-fuggetlen-hatalmi-agakat-jancsics-david-korrupciokutato/atszo.hu/2014/09/02/a-fidesz-kezi-vezerlesre-allitotta-a-nagy-kontrollszervezeteket-es-a-fuggetlen-hatalmi-agakat-jancsics-david-korrupciokutato/>. (23.9.2019.)

⁴⁰ Vgl. Markos, Szabad Föld Online v. 23.5.2017, abrufbar unter https://www.szabfold.hu/aktualis/cipotalptol_folfele. (23.9.2019.)

⁴¹ Máriás, HVG Online v. 21.8.2014, abrufbar unter http://hvg.hu/itthon/20140821_Nalunk_nem_kellett_Amerikaban_dijaztak. (23.9.2019.)

⁴² Vgl. Szilovics, Közjogi Szemle, 1/2010, 46 (49).

⁴³ Vgl. Szabados, in: Martin (Hrsg.), Mit választunk? Az intézményrendszer és a költségvetés átláthatósága Magyarországon, 2014, S. 89.

⁴⁴ Papanek, in: Papanek (Hrsg.), A korrupció és a közbeszerzési korrupció Magyarországon I. kötet, 2009, S. 239.

Das Phänomen der Technisierung ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil dadurch zugleich das illegale Ziel gesichert und auch die Täter besser geschützt werden können.

Nach außen sieht es so aus, als ob die Ausschreibung technisch, wirtschaftlich und rechtlich umfassend ausgearbeitet wäre, betrachtet man sie jedoch näher, so sieht man, dass es gerade in der Ausschreibung selbst liegt, dass – mit Ausnahme eines Bewerbers – alle anderen sich schon im Vorfeld von jeglicher Ausschreibungsteilnahme disqualifizieren.

Viele teilen die Ansicht, dass dies in Ungarn praktisch bei der Mehrheit öffentlicher Ausschreibungen der Fall ist.

Man kann mit vielen dieser technischen Parameter herumspielen⁴⁵: mit der Leistung, der Kapazität, dem Verbrauch der Maschine. Und sollte dies nicht genug sein, wenn etwa der öffentliche Auftraggeber erfahren hat, dass von den anderen Kandidaten entsprechende Tests nicht durchgeführt wurden, dann eben mit dem Verbrauch bei bestimmter Belastung, obwohl natürlich ein solcher Parameter gar keinen praktischen Sinn hat.⁴⁶

Die Technisierung ist auch deswegen interessant, weil sie eindeutig auf die Verantwortung der mittleren Ebene weist: Auch die fachlichen Mitarbeiter der Vollzugsstellen haben ihre eigenen Interessen, sie haben Angst davor, entdeckt zu werden oder aber sie haben moralische Bedenken. Es ist meistens diese Ebene, die die Verantwortung übernimmt, vieles wird auf dieser Ebene unterschrieben. Die Führungskräfte (etwa der Staatssekretär oder Generaldirektor) haben höchstens eine politische Verantwortung, die Täter auf der niedrigeren Ebene können, wenn die Situation schiefgeht, auch ins Gefängnis kommen. Daher haben sie ihre eigenen Interessen.

Die Technisierung bedeutet nicht nur, dass eine mittlere Führungskraft von ihrer Leitung manipuliert wurde, sie dient

darüber hinaus dem eigenen Interesse. Vereinfacht formuliert gibt es hier Abmachungen nach dem Motto: „Ich mache, was du von mir verlangst, aber im Gegenzug will auch ich meinen Anteil daran haben.“

Die Zwischenebene „technisiert“ diejenigen Vereinbarungen, Interessenkompromisse und Entscheidungen, die im Kreise der Elite getroffen werden. Diese werden in Regeln, Verfahren, Zahlen, technische Lösungen oder aber in rechtlich einwandfreie Dokumente umgewandelt.⁴⁷

Somit legalisiert die Zwischenebene der Macht die Macht- und Interessenvereinbarungen. Sie erstellt aus Machtverhältnissen und Interessenkompromissen verschleierte „Übersetzungen“, etwa in Form technischer Lösungen, Vertragsbedingungen, Wirtschaftlichkeitsdaten und Verfahrensabschnitten. Potenziell skrupelgeplagte Beamte werden entweder eingeschüchtert (etwa mit Kündigung bedroht) oder gekauft (durch Gehaltsprämien oder zusätzliche Gehälter für fiktive zusätzliche Tätigkeiten).

Experten und Führungskräfte verfügen auf dieser Ebene – im Gegensatz zu den gut messbaren und kontrollierbaren Kenntnissen der Durchführungsebene – über ein unfassbares „esoterisches“ Wissen, mit dessen Hilfe sie die bewusste Ausschaltung der Kontrollmechanismen unmerklich hinter der Fassade formaler organisatorischer Tätigkeit zu verbergen vermögen.⁴⁸

Mit „esoterischem“ Wissen ist gemeint, dass sie die Fakten und Zusammenhänge in das spezifische Interpretations- und Argumentationssystem platzieren können. Diese Interpretationen schaffen die Verbindung mit einer Reihe von Regelungen, Stellungnahmen, Erfahrungen, professioneller Kultur und Werten (Präferenz, Gewichtung).

Die hohe Zahl informeller Vereinbarungen und illegaler Korruptionsvereinbarungen im ungarischen öffentlichen Beschaffungswesen ist allgemein bekannt.⁴⁹ Häufig schließen die Leitungsebenen von Selbstverwaltungen und die Leitungsebenen privater Unternehmen schon im Vorfeld Vereinbarungen, in denen sie im Detail aushandeln, wer gewinnen wird und wie hoch der aufteilbare Privatgewinn sein wird. Die Teilnehmer müssen allerdings einen formalen Prozess vorspielen, sie müssen die Gesetzmäßigkeit ihres Handelns sozusagen simulieren. Auch die Technik der Ausgrenzung anderer Wettbewerber muss ausgearbeitet werden. Dazu braucht man eine Zwischenzone, die fähig ist, die zugrunde liegenden Abmachungen zu legalisieren bzw. einen „korrekten“ Sieg eines korrupten Teilnehmers umzusetzen, indem sie korrupte Vereinbarungen insbesondere zu den wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bedingungen macht. Dies wird als legale Korruption bezeichnet: Sämtliche Elemente des Vorgangs sind nach außen legal, allein dahinter verbergen sich jene korrupten Vereinbarungen, die den ganzen Vorgang zu einem simulierten machen, um den eigentlichen Inhalt zu verdecken.

⁴⁵ Zum Beispiel: Wenn eine Behörde neue Fahrzeuge benötigt, wird der öffentliche Auftrag so ausgeschrieben, dass in den vorgelegten Angeboten die Größe des Fahrzeugs höchstens um drei Zentimeter von der angegebenen Größe abweichen darf und diejenigen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, ausgeschlossen werden. Bei einem Kran ist es wiederum Voraussetzung, dass er nicht niedriger als 37 und nicht höher als 37,5 Meter sein darf.

⁴⁶ So kam es beispielsweise vor, dass bei einer Ausschreibung nur Unternehmen teilnehmen konnten, die schon seit mindestens fünf Jahren Ingenieure für Rohrleitungsbau in Anstellung hatten, obwohl es lediglich um die Verlängerung einer Rohrleitung ging. Es gab auch den Fall, in dem ein in Fachkreisen völlig unbekanntes Unternehmen mit wenig Kapital den Bauauftrag gewann, da im Bewertungssystem des öffentlichen Auftrags der Faktor die größte Rolle spielte, wie weit entfernt der Sitz des Investitionsträgers zum zu erbauenden Gebäude ist. Eine Woche vor der Ausschreibung wurde der Sitz des Kleinunternehmens in derselben Straße eingetragen, in der die neue Immobilie gebaut werden sollte. Obwohl unter den Bewerbern auch landesweit bekannte, namhafte Unternehmen zu finden waren, konnten sie nicht gewinnen, da sie ihren Sitz nicht in der Straße hatten, in der das Gebäude zu errichten war.

⁴⁷ Jávora, *Szociológiai Szemle* 1/2015, 2 (16).

⁴⁸ Szántó/Tóth/Varga, *Szociológiai Szemle* 3/2011, 61 (67).

⁴⁹ Tátrai, *Közgazdasági Szemle* 56 (2009), 835 (836 ff.).

3. Der Korruptionsmakler

Die Mobilisierung korrupter Akteure und Bündnisse zur Durchführung konkreter Aktionen stellt eine der komplexesten Aufgaben im Bereich der Verwaltung der Korruption dar. Die Aktivierung des Systems bedeutet, dass nicht nur die bekannten, sondern auch verdeckte Verbindungen betätigt werden müssen. Dazu muss man sich erneut der Zuverlässigkeit aller Beteiligten vergewissern.⁵⁰ Man muss Akteure, die einander nicht kennen, häufig auch nicht kennen lernen dürfen, in irgendeiner Form zusammenbringen. Dabei muss sichergestellt werden, dass die einzelnen Bausteine des Systems für den äußeren Beobachter nicht erkennbar werden. Darüber hinaus muss auch sichergestellt werden, dass einige untergeordnete Akteure, etwa die Fachexperten, das System in seiner Gesamtheit nicht durchschauen, sondern sich nur mit den ihn zugewiesenen Tatbeiträgen befassen.⁵¹ Zur Handhabung dieser Problemstellungen sind die Korruptionsvermittler, Korruptionshändler oder auch Korruptionsmakler in Erscheinung getreten. Der Korruptionsmakler verwaltet demnach die Austauschverhältnisse zwischen den Beteiligten.⁵²

Nach *Dávid Jancsics* ist es kein Zufall, dass unter den Korruptionsmaklern viele Rechtsanwälte zu finden sind und dass es unter ihnen auch eine Reihe von Beratern (vor allem Steuer-, Finanz- und Unternehmensberater) oder derzeitige oder ehemalige Beamte gibt. In vielen Fällen steht der Korruptionsmakler im Mittelpunkt des Geschäfts, um jene Organisationen von Rechtsanwälten und Beratern um sich herum zu sammeln oder sie selbst zu organisieren.

Rechtsanwälte haben hierbei auch viele andere Vorteile. Da die Schweigepflicht des Rechtsanwalts von vornherein einen gewissen Schutz bietet, können viele Rechtsanwälte ohne besonderes Risiko korrupte Gelder übernehmen und aufbewahren. Der hohe gesellschaftliche Status, die Anforderungen an die Ethik von Rechtsanwälten, die offizielle neutrale Position und die Vertretungsvollmacht seitens des Mandanten bieten Rechtsanwälten die Möglichkeit, sich leicht in verschiedenen gesellschaftlichen und institutionellen Kreisen zu bewegen und entsprechende Angebote zu vermitteln.

Anwälte verfügen auch über die erforderlichen Fachkenntnisse, mit denen sich korrupte Geschäfte oder auch gesamte geschäftliche Beziehungssysteme legalisieren lassen. Ihre Beteiligung bietet darüber hinaus den Geschäftspartnern Sicherheit, da sie sich immer auf ihre eigene juristische Unkenntnis berufen, vielmehr auf die Verantwortung des Rechtsberaters verweisen können. Dieser kann wiederum darauf hinweisen, dass er lediglich den Willen des Mandanten in eine rechtliche Form gebracht hat. Hier erscheint also, so jedenfalls *Jancsics*, der bei den Personen mittlerer Ebene bereits erwähnte Selbstverteidigungs- und Selbstlegalisierungsprozess zu wirken.

Rechtsanwälte sind vor diesem Hintergrund in besonderem Maße in der Lage, korrupte Geschäfte zu legalisieren und diese in korrekte juristische Form zu fassen, denn sie verstehen und überblicken den zugrunde liegenden Hinter-

grund des Spiels und auch die Legalisierung des rechtlichen Mantels. Folglich werden Juristen in der Praxis sehr häufig darum gebeten, das rechtlich zu schützende Vertragssystem korrupter Handlungen zu erstellen. Andere Experten und zentrale Akteure begründen hingegen die inhaltliche Legalisierung der Geschäfte. So können sie zum Beispiel „erzählen“ und begründen, warum ein Vergabeverfahren so schnell abgewickelt werden musste oder warum der technische Inhalt nachträglich noch geändert werden musste.

Es gibt immer eine legale und eine illegale Vereinbarung und in diesem Zusammenhang immer auch eine narrative Legitimation und eine rechtliche Legitimation. Nach *Jancsics* bedeutet dies, dass Korruptionssysteme auf mindestens vier Ebenen funktionieren:

- dem sichtbaren formalen Geschäft (beispielsweise einer Investition),
- den zugrundeliegenden informellen Vereinbarungen (der Neuaufteilung von Ressourcen),
- der rechtlichen Legalisierung der Korruption: einer verdeckenden Legalisierung, und
- der narrativen Legalisierung der die Korruption verdeckenden Hintergrundgeschichte.

Rechtsanwälte bewegen sich darüber hinaus auch leicht innerhalb ihrer berufseigenen Beziehungsnetze aus Rechtsanwälten, Staatsanwälten und Richtern, zumal es zur Natur der Sache gehört, dass sie dort auf ehemalige Studienkollegen, Geschäftspartner, Freunde und befreundete Sachverständige treffen. Auch dadurch sind sie in der Lage, die Position eines Korruptionsmaklers leicht und unbemerkt auszufüllen.⁵³

4. Die Input-Korruption

Die Korruption verschlechtert auch auf lokaler Ebene erheblich die Qualität des Managements, die institutionelle Effizienz, die Qualität der gegenüber Staatsbürgern erbrachten Dienstleistungen. Diese Aussage gilt umso mehr auf staatlicher, nationaler Ebene.

In Ungarn hatte die Korruption bis 2010 „nur“ Einfluss auf die Output-Seite der öffentlichen Politik, später trat sie dann auch auf der Input-Seite in Erscheinung. Input-Korruption bedeutet hierbei, dass der eigentliche Grund für die Schaffung einer Rechtsnorm die Verwirklichung eines Korruptionsziels ist: Die Rechtsnorm wird vom Staat (oder von einem sonstigen Gesetzgeber, etwa einer Selbstverwaltung) ausschließlich zu dem Zweck geschaffen, damit ein dahinter liegendes Korruptionsziel einen gesetzlichen Hintergrund bekommt. Zu einem nicht allzu im öffentlichen Interesse stehenden Sachverhalt wird ein Regierungsbeschluss oder Gesetz angenommen, auf dessen Grundlage staatliche Gelder unter befreundeten Firmen verteilt werden können.⁵⁴

⁵³ *Jávor*, *Szociológiai Szemle* 1/2015, 2 (30).

⁵⁴ Hierzu zählen beispielsweise Stadionbauten, von denen jeder weiß, dass die Stadien leer und ungenutzt bleiben werden, die bevorzugte Firma aber den Gewinn unter den Eingeweihten verteilen wird.

⁵⁰ Vgl. *Fülöp*, *A korrupció és a versengés*, 2009, S. 2.

⁵¹ *Jávor*, *Szociológiai Szemle* 1/2015, 2 (29).

⁵² *Lomnitz*, *American Anthropologist* 90 (1988), 42 (49).

Da staatliche Gelder auf Grundlage eines Gesetzes dem Schein nach im Rahmen eines gesetzlichen Verfahrens verteilt werden, scheint die derzeitige Verbreitung von Korruption in Ungarn unaufhaltsam und unangreifbar zu sein.

Das Gedeihen von Input-Korruption wird auch dadurch begünstigt, dass die zur Verfolgung der Korruption bestimmten Institutionen (insbesondere die Polizei und Staatsanwaltschaft) nicht allzu offensiv gegen korrupte Netzwerke und deren politische Verbündete vorgehen. Die Einstellungsbeschlüsse zu Ermittlungsverfahren, mit denen kriminelles Verhalten von politisch gedeckten Personen „weggebürstet“ wird, verfügen oft über Qualität und Umfang einer wissenschaftlichen Leistung. In manchen Kreisen ist es sogar üblich zu sagen: „Die Angelegenheit möge doch nach Budapest kommen, dort kann alles erledigt werden.“

IV. Aussichten

In Ungarn erhielt einmal ein leitender Politiker (der ehemalige Vizebürgermeister von Budapest Miklós Hagyó) erhebliche Schmiergelder in einer Nokia-Handy-Box. Seitdem ist die Nokia-Box im öffentlichen Diskurs zum Symbol der Korruption geworden.

In der heutigen Ära der Input-Korruption sollte man nicht zu sehr über eine „Nokia-Box“, sondern vielmehr über einen „Nokia-Berg“ sprechen und man sollte realistischere nicht mit einer Behebung der Input-Korruption in naher Zukunft rechnen, da es keine politische Kraft gibt, die mit der Regierungspartei politisch konkurrenzfähig wäre.

Der Staatsapparat verharrt faktisch in einen „Stand-by“-Betrieb, wenn sich der Korruptionsverdacht gegen die Regierung selbst richtet und auch die Strafverfolgungsbehörden werden dann nicht mehr allzu viel unternehmen.

Die einzige realistische Abhilfemöglichkeit kann dann nur eine „politische Bananenschale“ sein, die den staatlichen Betrieb als Ganzes zum Einstürzen bringt. Ein solches Ereignis lässt allerdings noch auf sich warten.

Handlung und Schuld der juristischen Person – Überlegungen zum Verbandsstrafrecht*

Von Prof. Dr. Yuki Nakamichi, Tokio**

I. Einleitung

Die japanische Strafrechtswissenschaft nimmt sich seit der Modernisierung und Rezeption des europäischen Rechtssystems im 19. Jahrhundert Deutschland zum Vorbild. Die methodische Denkweise, darunter der dreistufige Verbrechenaufbau, nämlich Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld sowie Täterschaft und Teilnahme, wurde in die japanische Strafrechtswissenschaft übernommen. Die allgemein in Japan anerkannte Idee von Strafe als das schärfste staatliche Mittel verlangt deren Legitimation als Vergeltung, General- und Spezialprävention.

Aufgrund dieser Ähnlichkeit zwischen der japanischen und deutschen Strafrechtswissenschaft muss auffallen, dass im japanischen Rechtssystem die Verbandsstrafe allgemein anerkannt ist. Während in Deutschland die Delikts- und Straffähigkeit der juristischen Person überhaupt geleugnet und die Unternehmenskriminalität gemäß §§ 30 und 130 des OWiG allein mit Geldbuße bedroht ist, stellt das japanische Strafrechtssystem, insbesondere im Nebenstrafrecht, weitgehend die Unternehmens- bzw. Verbandskriminalität mit der sog. Zusatzbestrafungsvorschrift unter Strafe. Nach dieser Vorschrift wird nicht nur der unmittelbare Täter, nämlich der Arbeitnehmer oder Vertreter des Unternehmers, sondern auch der Unternehmer selbst mit einer Geldstrafe belegt, wenn der Arbeitnehmer oder der Vertreter eine Zuwiderhandlung für den Unternehmer und in Bezug auf das Geschäft begeht. Von dem Begriff „Unternehmer“ wird auch die juristische Person erfasst. Der Höchstbetrag der Geldstrafe gegen den Unternehmer einschließlich der juristischen Person liegt bei einer Milliarde Yen (ca. acht Millionen Euro).¹

* Diese Arbeit wurde unterstützt von JSPS KAKENHI (Grant Number 17K13639).

** Der Autor ist Professor für Strafrecht an der Waseda Universität, Tokio. Dieser Beitrag beruht auf Vorträgen, die der Autor an der Humboldt-Universität zu Berlin (am 3.5.2018) und der Universität Bonn (am 15.10.2018) gehalten hat. Ein besonderer Dank geht an Prof. Dr. *Luís Greco*, Prof. Dr. *Martin Heger*, Prof. Dr. *Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser* und Prof. Dr. *Rainer Zaczyk*, die dem Autor die Vortragsgelegenheiten verschafft haben. Der Autor bedankt sich auch bei Dr. *Carina Dorneck*, M.mel. für ihre Hilfe, die den Aufsatz grammatikalisch verbessert hat.

¹ Die Strafe richtet sich gegen eine unerlaubte Veröffentlichung eines Betriebsgeheimnisses in der Absicht, es im Ausland zu verwenden (§§ 22 Abs. 1, 21 Abs. 1 S. 3, 21 Abs. 3 S. 1 des japanischen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb). Die Höhe der Geldstrafe kann auch gegen eine juristische Person niedrig ausfallen. Im Jahr 2017 wurde eine der größten Werbeagenturfirmen „Dentsu“ wegen Überstunden gemäß §§ 32 Abs. 1, 119 Abs. 1, 121 Abs. 1 des japanischen Arbeitsnormgesetzes mit Geldstrafe in Höhe von 500.000 Yen (ca. 5.000 Euro) verurteilt (Summarisches Gericht Tokyo, Urteil v. 6.10.2017 – NBL 1116, 19).

Im Jahr 2017 wurden insgesamt 1.214 juristische Personen verfolgt. Am häufigsten waren Verstöße gegen das Arbeits- und Gesundheitsschutzgesetz (211 Fälle) und das Abfallentsorgungsgesetz (198 Fälle) sowie Steuerhinterziehung (103 Fälle).²

Der Unterschied zwischen Deutschland und Japan, die den methodischen Hintergrund teilen, bietet einen guten Anlass zur theoretischen Untersuchung.

Diese Arbeit dient jedoch nicht nur einem theoretischen Zweck. In Deutschland wird der Ruf nach dem Verbandsstrafrecht wieder größer: Der Nordrhein-Westfalen-Entwurf im Jahr 2013 löste Diskussionen aus und anschließend provozierte eine Gruppe von Kölner Rechtswissenschaftlern mit ihrem Kölner-Entwurf die traditionelle Strafrechtswissenschaft mit der folgenden Aussage: „Demgegenüber haben die in früheren Debatten häufig angeführten grundsätzlichen dogmatischen Einwände gegen eine Strafbarkeit von Verbänden (etwa deren fehlende Handlungs- oder Schuldfähigkeit) inzwischen an Gewicht verloren.“³

Dieser Beitrag stimmt dieser Bewertung der Strafrechtsdogmatik seitens der Kölner Gruppe nicht zu. Die rein kriminalpolitisch begründete Konzeption ist so schwach wie ein Kartenhaus. Ohne dogmatische Begründung besitzt der Entwurf für das Verbandsstrafrecht keine starke Überzeugungskraft. In diesem Sinne unterschätzt diese Passage die Kraft der Dogmatik. Um das gewollte kriminalpolitische Ziel zu erreichen, sollten die Autoren des Kölner Entwurfs vielmehr ihren Vorschlag dogmatisch untermauern, um die Überzeugungskraft des Entwurfs zu stärken.

Die Brennpunkte der dogmatischen Analyse liegen, wie die Kölner Gruppe zeigte, in der Handlung und der Schuld der juristischen Person. Der Beitrag versucht zunächst – entgegen der Kölner Gruppe – die theoretische Möglichkeit der Handlung (II.) zu begründen. Anschließend ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schuld der juristischen Person zu begründen (III.).

II. Handlung der juristischen Person

1. Die herrschende Lehre

Die herrschende Lehre in der deutschen Strafrechtswissenschaft lehnt die Handlungsfähigkeit der juristischen Person deshalb ab, weil diese nur durch ihr Organ handeln könne.⁴ Obwohl früher z.B. *Gierke* aufgrund der Lehre der realen

² 検察統計調査平成 29 年度版 (罪名別既済となった事件の被疑者の既済事由及び性別・法人別人員) – Statistik der Staatsanwaltschaft, 2017, Sortiert nach Deliktbezeichnung, Behandlungsgrund, Anzahl nach Geschlecht und natürlichen/juristischen Personen.

³ *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1 (6).

⁴ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 23 VII. 1.

Verbandsperson deren Straffähigkeit bejahte⁵ und *Liszt/Schmidt* anschließend das Ergebnis darauf stützten, dass die Voraussetzungen für die Handlungsfähigkeit der Körperschaft auf dem Gebiet des Strafrechts keine anderen als auf dem Gebiet des Zivilrechts sind,⁶ wird diese zivilrechtliche Betrachtungsweise wegen ihrer Unübertragbarkeit auf das Strafrecht stark kritisiert.⁷

Die Kritik gegen die Handlungsfähigkeit der juristischen Person hat folgende Struktur: 1.: Die juristische Person habe keinen Körper; 2.: Um die Handlungsunfähigkeit der juristischen Person zu ersetzen, brauche sie die Handlung der natürlichen Person, nämlich ihres Organs; 3.: Da die Handlung des Organs die Handlung eines anderen sei, könne keine eigene Handlung der juristischen Person angenommen werden; 4.: Die Zurechnung der Organhandlung zur juristischen Person sei nur auf dem Gebiet des Zivilrechts möglich und auf dem des Strafrechts nicht legitimierbar.⁸

Um diese Kritiken zu überwinden, bedarf es der folgenden Gegenargumente: Erstens ist die Handlung des Organs auch strafrechtlich die Handlung der juristischen Person. Zweitens lässt sich die Handlung der juristischen Person selbst, auch ohne die Identifikation mit der Organhandlung, strafrechtlich begründen.

2. Handlungsfähigkeit der juristischen Person unter dem Handlungsbegriff

Zunächst ist zu untersuchen, ob die juristische Person eine Handlung im strafrechtlichen Sinne begehen kann. Unabhängig davon, von welcher Handlungslehre ausgegangen wird, setzt der Begriff „Handlung“ im strafrechtlichen Sinne den Willen als Ausgangspunkt voraus.⁹ Die Kritik gegen die Handlungsfähigkeit der juristischen Person lässt sich aus dieser Sicht dahin formulieren, dass die juristische Person ihren eigenen Willen nicht bilden könne und auch bei der Unternehmenskriminalität die Ursache des Geschehens der Wille der natürlichen Person sei.

Die Kritik setzt voraus, dass der Wille der handelnden natürlichen Person von dem Willen der juristischen Person getrennt ist. Diese Annahme ist jedoch theoretisch fragwürdig.

Mitarbeiter einer juristischen Person handeln jeden Tag und tragen zum Geschäft bei. Es stellt sich die Frage, ob sie ausschließlich aus eigenem Willen handeln. Die juristische Person verfolgt ihren eigenen Zweck, der von den persönlichen Zwecken der Mitarbeiter getrennt ist. Mitarbeiter müs-

sen sich an den Zweck anpassen. Außer zu diesem Zweck verhält sich der Mitarbeiter nicht mehr „in Wahrnehmung der Angelegenheit“ der juristischen Person, sondern verfolgt seinen eigenen Zweck. „In Wahrnehmung der Angelegenheit eines Verbands“ (§ 2 Abs. 1 NRW-Entwurf für VerbStrG) unterwerfen sich Mitglieder bzw. Mitarbeiter des Verbands dem Willen des Verbands.¹⁰

Aus dieser Struktur ergibt sich, dass der Wille der natürlichen Person als Mitglied bzw. Mitarbeiter der juristischen Person nicht mehr rein persönlich ist, sondern stark von den Entscheidungen der juristischen Person geprägt ist. Bei einem Geschehen, bei dem als Tätigkeit einer juristischen Person eine Straftat begangen wird, fungiert der Wille der juristischen Person als Ausgangspunkt des Geschehens.¹¹ Da sich der Wille der juristischen Person in der Regel aus Entscheidungen des Organs ableitet, ist der Wille der juristischen Person mit dem vereinigten Willen der Organmitglieder bzw. mindestens dem Willen der Mehrheit des Organs identisch.¹² In dem Sinne, dass Handlung „vom Willen getragenes Verhalten“ ist, ist die Handlung des Organs zugleich die Handlung der juristischen Person, soweit diese sich dem Einfluss der juristischen Person unterordnet.¹³

Aus dieser Konzeption ergeben sich zwei Handlungstypen des Organs: Die vom Organ selbst ausgeführte Zuwiderhandlung, die den Erfolg unmittelbar verursacht oder nicht verhindert, und die Verletzung bzw. Unterlassung der Aufsichtspflicht gegenüber dem Betrieb, um rechtswidrige Handlungen von Arbeitnehmern zu verhindern.

¹⁰ Vgl. *Aichele*, Jahrbuch für Recht und Ethik 16 (2008), 3 (22).

¹¹ Dem Begriff der *persona moralis* zufolge, der in der naturrechtlichen Tradition steht und von Immanuel Kant gebraucht wurde, wird eine Gesellschaft durch die Mehrzahl der physischen Personen konstituiert und diese Personen bilden zusammen ein einheitliches Ganzes. In Bezug auf das Ganze stellen die physischen Personen dessen Teile dar. Wegen der Einheit und Ganzheit sind die Einzelwillen ununterscheidbar. An dieser Stelle entsteht der einheitliche Wille der juristischen Person. *Aichele*, Jahrbuch für Recht und Ethik 16 (2008), 3 (12, 21).

¹² *Renzikowski*, GA 2019, 149 (155). Die Kritik, dass „auch das elaborierteste, organisationssoziologisch verklärte Zusammenwirken mehrerer Menschen in einem komplexen Kollektiv [...] das Kollektiv nicht zu einem Menschen mit all den besonderen Eigenschaften des Menschseins macht“ (*Ambos*, in: *Ambos/Bock* [Hrsg.], Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts, 2019, S. 181 [189]), übersieht insoweit die Einheitlichkeit dieses vereinigten Willens.

¹³ *Jescheck*, ZStW 1953, 210 (212); *Hirsch*, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993, S. 10, *ders.*, ZStW 1995, 285 (289). *Heger*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 65 (2017), 213 (241), bejaht die Sozialerheblichkeit im Sinne des sozialen Handlungsbegriffs.

⁵ *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 753.

⁶ *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1, 26. Aufl. 1932, S. 156 Fn. 4.

⁷ *Zieschang*, GA 2014, 91 (95). Vgl. auch *Robles Planas*, ZIS 2012, 347 (350).

⁸ Dazu umfassend *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd.1, 12. Aufl., 2007, Vor § 25 Rn. 22 ff.

⁹ *Jescheck*, ZStW 1953, 210 (212). Vgl. *Heinitz*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1953, S. 84.

3. Eigene Handlung der juristischen Person

a) Handlung und Norm

Nach der These, dass die Handlung des Organs mit der Handlung der juristischen Person identisch sei, scheint es unmöglich, eine eigene Delinquenz der juristischen Person ohne Feststellung der einzelnen Tat durch das Organ zu bestrafen. Es ist jedoch theoretisch noch zu erörtern, ob sich die eigene Handlung der juristischen Person im strafrechtlichen Sinne begründen lässt¹⁴.

Die Möglichkeit dieser Handlung wurde von *Tiedemann* bereits im Jahr 1988 und im Jahr 2001 von *Dannecker* angenommen. *Tiedemann* sieht die juristische Person als Adressat der Normen an, die sich unmittelbar an juristische Personen wenden. Als Beispiele nennt er die Normen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und des OWiG. Nach *Tiedemann* könne die juristische Person „die von den Verhaltensnormen geforderten Leistungen – Handlungen und Unterlassungen – erbringen“.¹⁵ *Dannecker* entwickelt diese Konzeption fort und schließt die Handlungsfähigkeit der juristischen Person aus der Erkenntnis, dass die juristische Person Adressat strafrechtlicher Normen sein und das Verhalten eines Systems „als Sinnausdruck verstanden werden kann“.¹⁶ Daraus entsteht die Möglichkeit, die Verletzung der an die juristische Person gerichteten Norm als Handlung zu begreifen.

b) Handlung als Konstrukt der Deutung

Dieses Ergebnis lässt sich durch eine normentheoretische Auffassung der Handlung begründen. Wer die Handlungsfähigkeit der juristischen Person aufgrund des fehlenden Körpers leugnet, versteht „Handlung“ als ein objektiv erfassbares Ereignis. Aber die Handlung ist von beschreibungs- und

deutungsabhängigem Charakter.¹⁷ Hier ist ein Beispiel: Wenn der Täter (T) das Opfer (O) erschießt, beschreibt der Strafrechtswissenschaftler dieses Ereignis als Tötung. Betrachtet ein Historiker hingegen das Ereignis unter der Voraussetzung „O ist ein Mitglied der königlichen Familie eines gewissen Landes“, könnte er dies beschreiben als „T verschlechterte die Auslandsbeziehungen“. Die militärischen Vorgesetzten des T könnten dessen Schuss für unpräzise halten. Hier geben drei „Beobachter“ jeweils andere Beschreibungen ab, obwohl alle ein und dasselbe Ereignis sehen (sog. „Akkordeon-Effekt“¹⁸).

Der Grund dafür ist, dass jeder versucht, die Handlung nach seinem eigenen fachlichen Deutungsschema bzw. „Code“¹⁹ zu erfassen, oder genauer: aus der Tatsache aufzufinden. *Arthur Kaufmann* schrieb: „[D]er Handlungssinn [ist] kein absolut feststehender [...], er ist vielmehr relational zum jeweiligen Betrachter [...]“.²⁰ Um ein Ereignis als Handlung im strafrechtlichen Sinne zu beschreiben, braucht man den strafrechtlichen „Code“.

Der Code im Strafrecht wird durch Normen, insbesondere Verhaltensnormen, gebildet, denn diese haben strafrechtlich relevante Handlungsbeschreibungen zum Inhalt. Bei dem oben genannten Beispiel kann der Strafrechtler gerade deshalb die Beschreibung „Tötung“ wählen, weil der Code für ihn das Tötungsverbot ist. Aus der Deutung anhand des strafrechtlichen Codes ergibt sich die strafrechtliche Tötungshandlung.

Dasselbe gilt für die juristische Person. Wenn es eine Norm gibt, die sich an die juristische Person richtet, kann der Beobachter anhand der Norm als strafrechtlichem Code das Ereignis deuten. Als Beispiel soll die Norm „Du sollst fehlerhafte Produkte zurückrufen!“ dienen: Wenn ein Erfolg, der mit dem Inhalt der Norm unvereinbar ist, trotz der Anforderung der Norm verwirklicht wird, verursacht der Normadressat gerade das, was die Norm vermeiden wollte.²¹ Hier kann ein Beobachter das Ereignis anhand der Norm als „Du hast nicht den Inhalt der Norm verwirklicht“, als „Du vernachlässigst die Rückrufpflicht“ beschreiben. Lautet die Norm „Du sollst keinen unrichtigen Jahresabschluss erstellen!“, kann er

¹⁴ In Deutschland wird die Auffassung, die eine eigene Strafbarkeit der juristischen Person bejaht, so verstanden, dass sie die Systemtheorie voraussetzt (*Schünemann* [Fn. 8], Vor § 25 Rn. 25. Ein Beispiel für den systemtheoretischen Ansatz bietet *Gómez-Jara Díez*, ZStW 119 [2007], 290). Befürworter der Handlungs- und Straffähigkeit der juristischen Person in Japan verweisen zur Begründung jedoch nicht auf den systemtheoretischen Ansatz. Einer der führenden Befürworter dieser Ansicht *Hideo Fujiki* begründet die eigene Handlung der juristischen Person anhand des Begriffs der „Pflichtwidrigkeit“. Wenn der Schwerpunkt der Strafwürdigkeit auf dem Verstoß gegen relevante Pflichten liege und die juristische Person als Adressat der Pflicht anzusehen sei, könne das pflichtwidrige Verhalten der juristischen Person strafrechtliche Handlungsqualität erhalten (*Fujiki*, Vorlesung zum Strafrecht Allgemeiner Teil [藤本英雄・刑法講義総論], 1975, S. 109 f.). Dies zeigt, dass die Verknüpfung des eigenen Handelns der juristischen Person mit dem systemtheoretischen Ansatz nicht zwingend ist. Aufgrund des unterschiedlichen wissenschaftlichen Hintergrunds geht der *Autor* in diesem Beitrag auch nicht weiter auf die Systemtheorie ein.

¹⁵ *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1171 f.).

¹⁶ *Dannecker*, GA 2001, 101 (111).

¹⁷ *Kindhäuser*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 39 (43); *Ast*, Handlung und Zurechnung, 2019, S. 15, 128.

¹⁸ *Feinberg*, Doing & Deserving, 1970, S. 134. Siehe auch *Anscombe*, Intention, 2. Aufl. 1963, § 26.

¹⁹ Zum Begriff „Code“, siehe *Jakobson*, Selected Writings III, Poetry of Grammar and Grammar of Poetry, 1981, S. 21; *ders.*, Selected Writings II, Word and Language, 1971, S. 574.

²⁰ *Arthur Kaufmann*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer, 1966, S. 79 (114 f.).

²¹ Anders als *Murmann*, in: Ambos/Bock (Fn. 12), S. 57 (75), meint, bedarf es hier der Wiederherstellung der Normgeltung durch staatliche Reaktion, etwa durch Strafe. Vgl. auch *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, 162 (170).

ein Ereignis als „Diese Firma hat einen unrichtigen Jahresabschluss erstellt“ beschreiben, soweit der verwirklichte Erfolg mit dem Inhalt der Norm unvereinbar ist. Hier begründen die zwei Faktoren – Existenz der Norm und der mit der Norm unvereinbare Erfolg – die Handlungsbeschreibung als „Normenverstoß“. Die Handlung der juristischen Person wird durch diese Beschreibung konstruiert.²² Mit anderen Worten: Aus dieser Beschreibung entsteht die Handlung der juristischen Person.

Eine solche Handlungsbeschreibung rechtfertigt aber noch nicht die Handlungsfähigkeit der juristischen Person. Auch nach der hiesigen Auffassung setzt die Handlungsfähigkeit voraus, dass die juristische Person die Anforderung der Norm zu befolgen und zu verwirklichen vermag. Umgekehrt ausgedrückt kann die juristische Person nur dann die Norm befolgen, wenn die Norm nichts Unmögliches von ihr verlangt (*ultra posse nemo obligatur*). So kann etwa die juristische Person die Anforderung der Norm „Du sollst einem Dritten Hilfe leisten!“ (§ 323c Abs. 1 StGB) deshalb nicht befolgen, weil sie wegen des Fehlens der Körperlichkeit keine physische Hilfe leisten kann. Auch wenn der mit dem Inhalt der Norm unvereinbare Erfolg verwirklicht wird, darf der Beobachter das Ereignis nicht als „unterlassene Hilfeleistung“ beschreiben. Bei der Rückrufpflicht kann hingegen auch die juristische Person durch eine Entscheidung des Gremiums die fehlerhaften Produkte zurückrufen. Insoweit kann die juristische Person die Norm befolgen. Wenn die juristische Person trotzdem entscheidet, die Produkte nicht zurückzurufen, ist der Erfolg nicht mit den Anforderungen der Norm vereinbar. Daher kann der Beobachter dem Ereignis die Handlungsbeschreibung „Unterlassen der Rückrufpflicht“ geben. Dies zeigt, dass die Existenz irgendeiner Norm die Handlungsfähigkeit der juristischen Person nicht rechtfertigt. Die Handlungsbeschreibung setzt daher vielmehr die inhaltliche Befolgungsmöglichkeit der Norm voraus. Umgekehrt kann gegen eine Norm verstoßen werden, soweit der Inhalt der Norm von der juristischen Person befolgt werden kann. Wenn die Handlung der juristischen Person als „Norm- bzw. Pflichtverletzung“ verstanden wird, bedeutet die Möglichkeit der Normbefolgung und -verletzung zugleich ihre Fähigkeit zu handeln.

c) Typ der Normen

Es ist aber noch begründungswürdig, welcher Typ von Normen sich an die juristische Person richten soll. Um eine eigene Handlung der juristischen Person, nämlich eine von der Organhandlung getrennte Handlung, zu konstruieren, soll die an die juristische Person gerichtete Norm eine solche Handlung zum Inhalt haben, die sich erst durch die Leistung im Namen der juristischen Person verwirklichen lässt. Als solche Normen sind die folgenden denkbar: Rückrufpflicht bei fehlerhaften Produkten, Pflicht zur angemessenen Rechnung im Jahresabschluss oder Pflicht zur Ergreifung notwendiger

Maßnahmen zur Verhütung interner Kriminalität (z.B. das Compliance-Programm).²³

Soweit eine juristische Person an diese Normen gebunden ist und dagegen verstößt, ergibt sich daraus eine Handlung der juristischen Person, die als „Norm- bzw. Pflichtverletzung“ beschrieben wird. Da der Inhalt der Norm je nach den Tatsachen unterschiedlich sein kann, bedarf es weiterer Fallstudien für die Konkretisierung. In diesem Beitrag wird darauf jedoch nicht eingegangen.

4. Zwischenergebnis

Aus der Verbindung zwischen dem Modell des „von dem Willen getragenen Verhaltens“ und der Struktur der Willensbildung in der juristischen Person ergibt sich die Handlungsfähigkeit der juristischen Person, die mit der Handlung des Organs identisch ist. Aus der Konzeption, dass die Handlung mithilfe des „Codes“ bzw. der Normen durch Deutung konstruiert wird, ist die Handlung der juristischen Person selbst als „Norm- bzw. Pflichtverletzung“ anzuerkennen. Insoweit kann die juristische Person auch im strafrechtlichen Sinne „handeln“.

III. Schuld der juristischen Person

1. Herkömmliches Verständnis

Das herkömmliche Verständnis²⁴, vertreten z.B. von *Jescheck*, leugnet die Schuldfähigkeit der juristischen Person aufgrund der sozialetischen Auffassung von Schuld: „Versteht man das Schuldurteil dahin, daß dem Täter vorgehalten wird, er habe sich von den Anforderungen der Rechtsordnung nicht motivieren lassen, obwohl ihm das zuzumuten war, so bezieht sich der Vorwurf auf ein sozialetisches Versagen und hat nur gegenüber der einzelmenschlichen Persönlichkeit Sinn, nicht aber gegenüber einem Verbands.“²⁵ Die Kritiker der Schuldfähigkeit der juristischen Person versuchen, diese These mit dem Verweis auf den im Grundgesetz verwurzelten Schuldgrundsatz zu untermauern.²⁶

Die Kritik der Schuldfähigkeit der juristischen Person ist irreführend. Wenn die Bestrafung der juristischen Person, wie die Kritiker sagen, gegen den verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz verstoßen würde, dürfte der deutsche Gesetzgeber

²² Vgl. *Ast* (Fn. 17), S. 128.

²³ Zur Pflichtverletzung im Kontext der Korruption, siehe *Hoven/Kubicel*, *Zeit Online* v. 17.1.2018, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2018/04/korruption-strafrecht-mitarbeiter-firmen-ermittlungspflicht> (24.9.2019).

²⁴ Zur Bewertung als herrschende Meinung siehe *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 48. Aufl., 2018, Rn. 626. Vgl. auch *Eidam*, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, S. 269; *Engisch*, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, Bd. 2, 1954, E 24; *Greco*, *GA* 2015, 503 (505).

²⁵ *Jescheck*, *ZStW* 1953, 210 (213).

²⁶ *Löffelmann*, *JR* 2014, 185 (189); *Sachs*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, S. 195 (195 ff.).

trotz seines weiten Ermessensspielraums²⁷ nicht die Unternehmenskriminalität unter Strafe stellen. Wenn sich hingegen das Unter-Strafe-Stellen der juristischen Person im Rahmen des verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatzes bewegt, aber nur dem wissenschaftlichen bzw. dogmatischen Anspruch an den Schuldbegriff widerspricht, so kann dieser Verstoß dem Gesetzgeber keine verfassungsrechtliche Grenze mehr setzen, denn der dogmatische Anspruch ohne verfassungsrechtlichen Grund stammt lediglich aus der Strafrechtswissenschaft, deren demokratische Legitimität nicht belegt ist. Wenn die Kritik einfach den wissenschaftlichen Anspruch betrifft, fungiert ein solches Argument lediglich als wissenschaftlicher Vorschlag für den Gesetzgeber.²⁸ Auf welcher Ebene die Kritiker die Schuldfähigkeit der juristischen Person ablehnen und welches Ergebnis diese Kritik bringen soll, ist nicht eindeutig.

Im Folgenden wird analysiert, welchen verfassungsrechtlichen Sinn der Schuldgrundsatz hat und ob sich die Verbandsstrafe innerhalb des verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatzes bewegt.

2. Verfassungswidrigkeit und der Schuldgrundsatz im Grundgesetz

a) Schuldgrundsatz in Entscheidungen des BVerfG

Nach weit verbreiteter Auffassung lässt sich der Schuldgrundsatz aus der Trias der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) i.V.m. der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Rechtsstaatsprinzip ableiten.²⁹ Würde die Verbandsstrafe dem verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz widersprechen, müsste die Einführung des Verbandsstrafrechts auch mit der Änderung des Grundgesetzes ausgeschlossen werden, weil diese Trias der Unveränderlichkeit gem. Art. 79 Abs. 3 GG unterliegt.³⁰

Der sog. „Bertelsmann-Lesering“-Beschluss des BVerfG im Jahr 1966 brachte die Gewährleistung des Schuldgrundsatzes zum Ausdruck:

„Das Rechtsstaatsprinzip ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes [...]. Zur Rechtsstaatlichkeit gehört nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch die materielle Gerechtigkeit [...]. Die Idee der Gerechtigkeit fordert, daß Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen. Die Strafe, auch die bloße Ordnungsstrafe, ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, daß sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf Repression und Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt. Mit der Strafe, auch mit der Ordnungsstrafe, wird

dem Täter ein Rechtsverstoß vorgehalten und zum Vorwurf gemacht. Ein solcher strafrechtlicher Vorwurf aber setzt Vorwerfbarkeit, also strafrechtliche Schuld voraus. Andernfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat. Die strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ist demnach rechtsstaatswidrig und verletzt den Betroffenen in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG“.³¹

Daraus lassen sich zwei Anforderungen in Bezug auf den Schuldgrundsatz ablesen: Erstens sollen „Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen“ – also die Verhältnismäßigkeit zwischen der Schwere der Tat und dem Verschulden des Täters gewahrt sein.³² Zweitens darf niemand ohne eigene Schuld bestraft werden – also die Eigenverantwortung des Täters berücksichtigt werden.³³

Der Anspruch eines gerechten Verhältnisses zwischen der Schwere der Tat und dem Verschulden des Täters bietet jedoch keine Begründung für die Schuldunfähigkeit der juristischen Person. Die Anforderung der gerechten Strafe betrifft die Quantität der Strafe; es geht also nur darum, welches Strafmaß vom Gesetzgeber gesetzt oder wie lange die Freiheitsstrafe sein darf, die bei der Strafzumessung vom Richter verhängt wird. Das sagt jedoch nichts darüber aus, ob die juristische Person straf- und schuldfähig ist.³⁴

Die Bedeutung der „eigenen Schuld“ ist hingegen diskutabel. Wenn dieser Begriff bedeuten würde, dass die Handlung des Organs keine Handlung der juristischen Person und deshalb die juristische Person für die Handlung des Organs nicht verantwortlich ist, müsste die Bestrafung der juristischen Person gegen den verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz verstoßen. Jedoch ist nicht zu übersehen, dass der „Bertelsmann-Lesering“-Beschluss die Verbandsstrafe betrifft³⁵ und die „eigene Schuld“ in einem Kontext angebracht wurde, in dem die Handlung des „Vertragspartners“ nicht als die Handlung des Beschwerdeführers angesehen werden darf. Der Ausdruck „eigene Schuld“ in diesem Beschluss schließt die Auslegung nicht aus, dass die Handlung des Organs auch innerhalb der Eigenverantwortung der juristischen Person verbleibt und die Straffähigkeit der juristischen Person begründet werden kann.³⁶ Dieses Ergebnis entspricht der hier vertretenen Ansicht, dass die Handlung des Organs mit der Handlung der juristischen Person identisch ist.

Der „Bertelsmann-Lesering“-Beschluss besagt jedoch nichts darüber Hinausgehendes, denn die Begründung des

²⁷ BVerfGE 120, 224 (241 f.).

²⁸ Stuckenberg, GA 2010, 653 (658 f.); Nakamichi, ZIS 2017, 324 (325). Vgl. Heger, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 65 (2017), 213 (241).

²⁹ Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 103, Rn. 55; BVerfGE 20, 323 (331); 25, 269 (285).

³⁰ Heger, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 65 (2017) 213 (241).

³¹ BVerfGE 20, 323 (331).

³² BVerfGE 25, 269 (286); 50, 205 (214); 95, 96 (140).

³³ BVerfGE 25, 269 (285); 109, 133 (171); Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 48 Lfg., 2006, Bd. 3, Art. 20 VII Rn. 124.

³⁴ Vgl. Heine, Die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen, 1995, S. 262.

³⁵ Dazu Vogel, StV 2012, 427 (428 f.).

³⁶ Heine (Fn. 34), S. 263.

BVerfG umfasst nur wenige Passagen. Theoretisch ist noch zu analysieren, welche Rolle das Schuldprinzip gegenüber der juristischen Person und deren Strafbarkeit spielen kann.

b) Juristische Person als Ausnahme des Schuldgrundsatzes?

Um die Kritik zu vermeiden, lehnt *Vogel* die Geltung des Schuldprinzips für die juristische Person ab. *Vogel* stellt auf eine der Komponenten der Argumententrias, nämlich die Menschenwürde ab, die gemäß Art. 19 Abs. 3 GG für die juristische Person nicht gilt.³⁷ Daraus leitet er die These ab, „dass das verfassungsrechtliche Schuldprinzip eine Unternehmensstrafbarkeit entweder gar nicht oder nur in anderer Gestalt als bei Menschen begrenzt und ihr im Prinzip nicht entgegensteht“.³⁸

Dieses Argument reicht aber nicht aus, denn der „Bertelsmann-Lesering“-Beschluss nahm, obwohl er in seiner Begründung nicht auf die Menschenwürde verwies, für den Schuldgrundsatz Verfassungsrang an. Außerdem ist nicht ersichtlich, welche Rolle die Menschenwürde im Rahmen des Schuldgrundsatzes spielt.³⁹ Das Ausschließen der Menschenwürde aus dem Schuldgrundsatzargument kann nicht zugleich bedeuten, dass der Schuldgrundsatz für die juristische Person nicht gilt.⁴⁰

c) Menschenbild im Grundgesetz und Schuldprinzip

Aufgrund der Unklarheit um die verfassungsrechtlichen Schlussfolgerungen aus dem Schuldgrundsatz versucht *Hörnle* die Grundlage des Schuldgrundsatzes im Menschenbild des Grundgesetzes zu finden. Sie leitet aus den Entscheidungen des BVerfG zwei Elemente ab, die das vom Grundgesetz vorausgesetzte Menschenbild kennzeichnen: Selbstbestimmung, die aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet wird, und Eigenverantwortung, die aus Art. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet wird.⁴¹

Selbstbestimmt seien Handlungen nach *Hörnle* schon dann, wenn sie unabhängig von Faktoren sind, die nicht dem „Selbst“ zuzurechnen sind.⁴² Die Selbstbestimmung sei im Strafrecht als Fähigkeit zu verstehen, das Geschehen zu kontrollieren.⁴³ Eigenverantwortung lasse sich als Verantwortung für eigene Handlungen vor anderen erfassen. In der Konzeption von *Hörnle* setzt der verfassungsrechtliche Schuldgrundsatz ein Menschenbild voraus, das Dialogfähigkeit und im Rahmen eines solchen Dialogs die Fähigkeit und Bereit-

schaft umfasst, unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber anderen persönliche Verantwortung zu übernehmen. Die Eigenverantwortung in diesem Sinne legitimiere das sog. sozialetische Unwerturteil.⁴⁴

Daraus leitet *Hörnle* vier Anforderungen ab, die Inhalt des Schuldgrundsatzes sein sollten: 1.: Es müsse eine eigene Handlung des Täters und deren kausale Verknüpfung mit dem Erfolgsunrecht festzustellen sein; 2.: Der schädliche Kausalverlauf müsse für ihn zumindest vorhersehbar gewesen sein; 3.: Es müsse neben der Handlung auch die Begehung von Unrecht vermeidbar gewesen sein; 4.: Der Täter müsse Unrechtseinsicht gehabt haben und die Fähigkeit, entsprechend zu handeln.⁴⁵

Um das Verbandsstrafrecht verfassungsrechtlich zu legitimieren, bedarf es einer Untersuchung, ob die juristische Person diese Anforderungen erfüllen kann. Die erste Anforderung wurde in diesem Beitrag durch die Handlungstypen der juristischen Person, nämlich die Handlung des Organs und die eigene Handlung der juristischen Person, analysiert. Im Folgenden werden die drei weiteren Thesen erörtert.

aa) Vorhersehbarkeit

Die Vorhersehbarkeit ist in zwei Phasen – die objektive und die subjektive Phase – eingeteilt. Objektiv vorhersehbar ist, „was ein umsichtig handelnder Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters unter den jeweils gegebenen Umständen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung in Rechnung stellen würde“.⁴⁶ Demgemäß ist auch bei der Unternehmenskriminalität noch prüfbar, wie sich ein umsichtig handelndes Unternehmen unter den gegebenen Umständen verhalten würde. Auch hier spielt die Verhaltensnorm als Richtlinie der Entscheidung eine Rolle („Wenn das Unternehmen umsichtig gehandelt hätte, hätte es die Norm befolgt.“). Diese objektive Vorhersehbarkeit ist auch bei der juristischen Person anzunehmen, soweit eine relevante Verhaltensnorm besteht.

Die subjektive Vorhersehbarkeit wird angenommen, wenn der Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten und dem Maß seines individuellen Könnens im Stande war, die objektive Sorgfaltspflicht zu erkennen und die sich daraus ergebenden Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen.⁴⁷ Diese Anforderung betrifft auch die Vermeidbarkeit, weshalb beide Aspekte im folgenden Abschnitt analysiert werden.

bb) Vermeidbarkeit und Einsicht des Unrechts

Die Handlung der juristischen Person selbst wird anhand der an die Person gerichteten Verhaltensnorm als deren Verletzung erfasst. Da die Verhaltensnorm als Verbot bzw. Gebot

³⁷ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 55 Lfg., 2009, Bd. 3, Art. 19 Abs. 3 Rn. 101; BVerfGE 95, 220 (242); 118, 168 (203).

³⁸ *Vogel*, StV 2012, 427 (429); *ders.*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Fn. 26), S. 206 (208).

³⁹ *Hörnle*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 325 (327).

⁴⁰ *Engelhart*, NZWiSt 2015, 201 (203 f.).

⁴¹ *Hörnle* (Fn. 39), S. 335, 339.

⁴² *Hörnle* (Fn. 39), S. 336.

⁴³ *Hörnle* (Fn. 39), S. 339.

⁴⁴ *Hörnle* (Fn. 39), S. 337 f.

⁴⁵ *Hörnle* (Fn. 39), S. 340.

⁴⁶ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl., 2017, Rn. 940. Nach dem Ausdruck der 48. Aufl., 2018 (Fn. 24), Rn. 1115, sei objektiv vorhersehbar, „was die besagte objektive Maßstabfigur unter den jeweils gegebenen Umständen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung in Rechnung stellen würde“.

⁴⁷ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 24), Rn. 1144.

fungiert, damit keine gesellschaftlich unerwünschten Änderungen in der Außenwelt verursacht werden, enthält sie per definitionem den Hinweis auf die Handlung, die für das Ausbleiben der Änderung geeignet ist.⁴⁸ Die Natur der Verhaltensnorm führt zu dem Ergebnis: Soweit die an die juristische Person gerichtete Verhaltensnorm existiert und die juristische Person dann die Zuwiderhandlung unterlassen bzw. die normgemäße Maßnahme durchführen könnte, wenn sie die relevante Verhaltensnorm befolgen würde, ist das in der Norm beschriebene Verhalten vermeidbar.

Außerdem kann die juristische Person bei der Nichtbefolgung der Norm in der Regel Verbotskenntnis erlangen,⁴⁹ denn die Verhaltensnorm ist nicht wertneutral, sondern setzt eine bestimmte Wertanschauung voraus. Trotzdem kann auch die juristische Person einem Verbotsirrtum unterliegen.⁵⁰ Insofern bleibt der Schuldabschluss noch möglich.

Daraus lässt sich das Ergebnis ableiten, dass auch die juristische Person die Anforderungen des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips erfüllen kann und die Einführung der Verbandsstrafe daher verfassungsrechtlich möglich ist.

3. Zwischenergebnis

Verfassungsrechtlich gilt der Schuldgrundsatz auch für die juristische Person. Das *Vogelsche* Argument, dies sei nicht der Fall, kann aufgrund der Argumentstruktur des BVerfG nicht bestehen. Aber das bedeutet nicht, dass die juristische Person wegen des Schuldgrundsatzes nicht zum Gegenstand des Schuldstrafrechts werden kann. Gemäß dem Menschenbild des Grundgesetzes und den daraus abgeleiteten Anforderungen des Schuldgrundsatzes ist es noch möglich, dass auch die juristische Person mindestens die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Schuldprinzips erfüllen kann.⁵¹

Ob der Gesetzgeber tatsächlich das Verbandsstrafrecht in das deutsche Rechtssystem einführen darf, hängt davon ab, ob die Anwendung von Strafe die Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht, besonders unter Berücksichtigung der Möglichkeit der einfachen Erhöhung der Geldbuße gem. OWiG. Die Einführung des Verbandsstrafrechts ist jedoch kein rein kriminalpolitischer Vorschlag mehr, sondern hat einen festen strafrechtsdogmatischen Grund.

IV. Fazit

Die hier vertretenen Thesen sind die folgenden:

1. Die juristische Person ist handlungsfähig. Die Handlung der juristischen Person tritt in zwei Formen auf: die Handlung des Organs, die mit der Handlung der juristischen

Person identisch ist, und die eigene Handlung der juristischen Person als Verletzung der Verhaltensnorm.

2. Die juristische Person ist zumindest aus verfassungsrechtlicher Sicht schuldfähig. Auch für die juristische Person ist ein gewisser Kausalverlauf nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv vorhersehbar. Die Vermeidbarkeit wird schon deshalb angenommen, weil die Verhaltensnorm die Handlung beschreibt, die für das Ausbleiben der Veränderung in der Außenwelt geeignet ist und damit bei der Verletzung der Verhaltensnorm grundsätzlich das Ereignis in der Außenwelt vermeidbar ist.

3. Rein strafrechtliche, von der Verfassung zu unterscheidende strengere Anforderungen sind zwar nicht ausgeschlossen. Diese Anforderungen vermögen jedoch nicht, den Gesetzgeber unmittelbar zu binden. Sie sollten daher als ein wissenschaftlicher Vorschlag verstanden werden.

⁴⁸ Nakamichi, RphZ 2018, 128 (132 f.).

⁴⁹ Dazu auch Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2017, § 9 Rn. 446.

⁵⁰ OLG Hamm wistra 2000, 433 (434).

⁵¹ Auch die Verfasser der sog. Frankfurter These nehmen an, dass die Einführung einer echten Kriminalstrafe gegen Unternehmen – mit dem Vorbehalt „je nach Ausgestaltung“ – verfassungsrechtlich grundsätzlich denkbar ist. Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop, wistra 2018, 27 (28).

Caso Favela Nova Brasília: A convencionalidade de uma imposição (in)constitucional

De Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade*, Prof. Rodrigo da Silva Brandalise**, Porto Alegre

A Corte Interamericana dos Direitos Humanos condenou o Estado Brasileiro, em 16 de fevereiro de 2017, entre outras providências, a alterar a legitimidade investigatória criminal do país nas hipóteses em que a pessoa investigada for agente dos órgãos de segurança pública e a infração penal houver sido cometida no exercício de suas funções. O presente estudo pretende, portanto, fazer uma análise dos termos desse ponto da condenação e averiguar a viabilidade constitucional da imposição ser efetivada em nossa legislação. De igual modo, serão averiguadas as providências tomadas pelo Estado Brasileiro até o momento e se elas se ajustam à real preservação dos direitos objeto de atenção por parte daquela Corte. Por fim, far-se-á proposta de solução, ainda que parcial, para o cumprimento imediato daqueles termos da condenação, sem a necessidade de percorrermos o longo caminho do processo legislativo.

On February 16, 2017, the Inter-American Court of Human Rights convicted the Brazilian State to grant an impartial agency the legitimacy for criminal investigations in cases where public security agents commit some types of crimes in the fulfilment of their duties. For the Court, these cases do not allow an effective investigation by the police. As a consequence, this study intends to analyze this injunction according to its constitutional conformation in Brazil, looking for its effectiveness in our legislation. Furthermore, it intends to present the steps taken by the Brazilian State to verify whether or not they obey the Inter-American Court of Human Rights determinations, especially to preserve the rights discussed in the decision. Finally, one solution will be proposed to attend the conviction, because it could prevent a long legislative process in Brazil.

I. Introdução

A relação do Estado Brasileiro com o tema *direitos humanos* vem sendo alvo de atenção por parte de sua doutrina nacional, passando por olhares de cunho sociológico, histórico e jurídico. No que diz respeito a este último, alertas vêm sendo dados quanto à difícil relação mantida pelo país com os textos internacionais que ele internalizou, o que se dá por meio do Poder Executivo, do Poder Legislativo¹ e, até mesmo, do Poder Judiciário.²

* O autor é Pós-Doutor em Direito Processual pela Universidade do Rio dos Sinos no Brasil, Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona na Espanha, Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul no Brasil, Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no Brasil e Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil.

** O autor é Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa em Portugal, Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul no Brasil e Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil.

O exemplo mais atual dessa *virada de costas* para os tratados e convenções que o Brasil se comprometeu em respeitar pode ser encontrado no instituto aqui conhecido como *audiência de custódia*, nome dado pela doutrina brasileira à audiência de apresentação de toda pessoa presa ou detida. Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção Americana dos Direitos Humanos³ – mais conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica* – no ano de 1992⁴, ele somente tomou algum tipo de providência voltada à aplicabilidade daquele instituto no ano de 2011, com a apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 544⁵, cuja tramitação ainda segue na Câmara dos Deputados⁶, mas sem uma perspectiva de finalização.

Foi preciso que o Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, publicasse a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015⁷, para que, de alguma forma, a audiência de custódia, que possui assento convencional, passasse a ser realizada no país. Mesmo assim, diversos Tribunais (estaduais e federais) criaram atos normativos que, sob o argumento de regulamentar a audiência de custódia, acabaram por restringir a necessidade daquela apresentação em suas localidades, restrição esta que não encontra amparo seja na regulamentação nacional (Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça), seja na jurisprudência internacional voltada à proteção dos direitos humanos.

Essa (anti)cultura do poder público vem fazendo com que o Estado Brasileiro esteja, em um número cada vez maior,

¹ No que diz respeito à relação dos Poderes Executivo e Legislativo com essa temática, ver: *Chaimovich*, Legislativo e Executivo brasileiros na internalização de tratados de Direitos Humanos: convergências e divergências na ditadura e na democracia, 2017.

² No que diz respeito à relação do Poder Judiciário com essa temática, ver: *Cunha*, in: Cunha (Org), Direitos Humanos. Poder Judiciário e Sociedade, 2011, p. 13–51; *Cunha*, in: Cunha (Org), Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade, 2011, p. 53–113.

³ Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm (30.9.2019).

⁴ Essa internalização se deu por meio do Decreto nº 678, de 09 de julho de 1992.

⁵ Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451474&disposition=inline> (30.9.2019).

⁶ Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp.jsessionid=AE21BC99BA36D56E46CF580A86831308.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2120017&ord=1&tp=completa (30.9.2019).

⁷ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234> (10.10.2019).

frequentando a pauta da Corte Interamericana dos Direitos Humanos.⁸

O episódio mais recente dessa relação conflitiva com a Convenção Americana dos Direitos Humanos foi o *Caso Favela Nova Brasília*, ocasião em que aquela Corte condenou o Brasil a uma série de obrigações de fazer e não fazer, dentre as quais se destaca a determinação de medidas para que as investigações criminais, nas hipóteses por ela analisadas, sejam conduzidas por autoridades independentes e imparciais. Com isso, houve a exclusão explícita da investigação criminal presidida pela autoridade policial, que é a modalidade dominante naquele país.

Em sua decisão, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos estabeleceu o prazo de um ano para o cumprimento de suas determinações, prazo este que teria início a partir da notificação do Brasil em relação àquele *decisum*, tendo ela ocorrido em 15 de maio de 2017, e expirado, assim, em 15 de maio de 2018.

A análise que se pretende aqui fazer diz respeito ao conteúdo daquela condenação e a submissão desse ponto específico da decisão a uma filtragem por parte da Constituição brasileira, de modo a ver se há a viabilidade de seu válido cumprimento, nos justos termos emitidos por aquela Corte. De igual forma, averiguar-se-ão quais providências foram tomadas pelo Estado Brasileiro após sua notificação e será apresentada uma proposta de solução para o pronto cumprimento daquela condenação, *a latere* das eventuais medidas tomadas pelo Estado Brasileiro.

II. Caso Favela Nova Brasília e suas repercussões sobre o estado brasileiro

O *Caso Favela Nova Brasília* chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos em razão da provocação feita pelo *Centro pela Justiça e o Direito Internacional* e pela *Human Rights Watch Americas*, em datas de 3 de novembro de 1995 e 24 de julho de 1996.⁹

⁸ A título de exemplo, lembremos as seguintes condenações proferidas pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos: *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentença de 6 de julho de 2006, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_p0_r.pdf (30.9.2019); *Caso Nogueira de Carvalho e outros vs. Brasil*, Sentença de 28 de novembro de 2006, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_p0_r.pdf (30.9.2019); *Caso Escher e outros vs. Brasil*, Sentença de 6 de julho de 2009, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_p0_r.pdf (30.9.2019); *Caso Garibaldi vs. Brasil*, Sentença de 23 de setembro de 2009, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_p0_r.pdf (30.9.2019); *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, Sentença de 24 de novembro de 2010, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_p0_r.pdf (30.9.2019).

⁹ *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, Sentença de 17 fev. 2017, disponível em

Tendo sua tramitação iniciado perante a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, ele versou sobre a demora e diversas falhas ocorridas na investigação policial instaurada para apurar uma série de crimes praticados pela polícia do Rio de Janeiro, quando da realização de incursões naquela localidade. Sob o abrigo das famosas *atas de resistência à prisão*, foram contabilizadas 26 mortes nos dias 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995. Além disso, quando da incursão em outubro de 1994, também foram contabilizadas torturas e violência sexual em três mulheres, sendo que, duas delas, eram adolescentes.

Após a regular tramitação perante aquela Comissão, o processo foi remetido à Corte, que, em decisão de 16 de fevereiro de 2017, condenou o Estado Brasileiro pelos fatos narrados na demanda, reconhecendo que a investigação criminal esteve voltada a justificar o uso da força policial, revitimizar as pessoas mortas e impedir uma apuração correta dos fatos. Nessa decisão, diversas foram as obrigações de fazer e não fazer impostas ao país, merecendo especial destaque – ao menos, para o presente estudo – a determinação de alteração normativa (podendo ser de caráter legal ou administrativo), destinada a atingir o direito processual penal brasileiro.¹⁰

Essa determinação¹¹ disse respeito a quem deveria caber a presidência da investigação criminal sempre que o crime fosse praticado por agentes policiais, no exercício de suas funções, e estivessem eles envolvidos em mortes, tortura ou violência sexual. Em tais situações, de modo a evitar a ocorrência de novas investigações tendenciosas – como as verificadas no *Caso Favela Nova Brasília* –, a imposição foi no sentido de que futuros casos de igual natureza deveriam ser apurados por uma autoridade independente e diversa da força policial envolvida nos fatos a serem apurados. Por isso, a indicação foi de que a investigação criminal deveria ser de responsabilidade do Ministério Público ou de uma autoridade judicial.^{12,13}

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_p0_r.pdf (30.9.2019).

¹⁰ Em âmbito doutrinário, tais determinações são chamadas de *obrigações processuais penais positivas*. Para uma melhor compreensão desse instituto, que só agora está chamando a atenção em nosso país, recomenda-se a leitura de: *Fischer/Pereira*, *Obrigações Processuais Penais Positivas*, 2018.

¹¹ A imposição de obrigações de fazer e não fazer, por parte da CIDH, poderia ser vista como uma ingerência na soberania dos Estados. Contudo, tem lugar, aqui, o *princípio* ou *referencial da subsidiariedade*, ou seja, “certas instituições ou normas interamericanas somente se tornam operativas se as instituições ou normas nacionais forem ineficazes ou insuficientes à realização de certos fins” (*Garcia*, *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* 67, p. 33). Para um aprofundamento sobre o tema, recomenda-se: *Martins*, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, 2003.

¹² “16. O Estado, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, deverá estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de

O prazo estabelecido pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, para que o Estado Brasileiro implementasse essa obrigação, foi de um ano, contado a partir de sua notificação da decisão, o que ocorreu em 15 de maio de 2017.

Premido pelo tempo, o Poder Executivo brasileiro, por meio da Advocacia-Geral da União, optou por promover reformas de cunho legislativo – conforme se viu, esse não foi o único caminho apontado pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos –, e levou ao conhecimento do Senado Federal, ainda no ano de 2017, aqueles pontos da decisão que estão relacionados à competência das Casas Legislativas do país. Resultado disso foi a apresentação, por parte do Senado Federal brasileiro, do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 135/2018,¹⁴ destinado a alterar o Código de Processo Penal naqueles pontos indicados pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, dentre os quais, encontra-se a condução das investigações criminais nas hipóteses tratadas na decisão.

A seguir, veremos se a proposição legislativa se ajusta à lógica constitucional brasileira.

III. Condução da investigação criminal

Como apontado acima, o Estado Brasileiro optou por adotar uma postura de reforma de sua legislação processual penal, a fim de dar executividade ao comando emitido pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Assim o foi a partir da notificação feita pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo, especificamente, ao Senado Federal, que apresentou, ainda que tardiamente, o PLS nº 135/2018.

A opção dada por aquela Corte foi de que a investigação criminal, nos casos em que, alegadamente, envolvessem policiais em homicídios, estupro e tortura, deveria ser presidida por uma autoridade com independência e imparcialidade, sendo indicados, assim, o Ministério Público e o Poder Judiciário. Diante dessa dupla sugestão de legitimidade investigatória, o Senado Federal entendeu ser mais adequado

intervenção policial, em que *prima facie* policiais apareçam como possíveis acusados, desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados, em conformidade com os parágrafos 318 e 319 da presente Sentença.”

¹³ Curiosamente, junto à doutrina internacional, a independência do Ministério Público brasileiro, assentada constitucionalmente, não vem sendo apontada como um fator determinante para a credibilidade de sua investigação criminal. Abordando a realidade italiana, encontramos: *Di Federico*, Revista del Poder Judicial 48, 1997, p. 31. No mesmo sentido, mas abordando a realidade brasileira, encontramos: *Andrade*, Ministério Público e sua Investigação Criminal, 2006, p. 224–234.

¹⁴ Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651107&ts=1535544831892&disposition=inline&ts=1535544831892> (30.9.2019).

conceder a presidência da investigação criminal, nas hipóteses tratadas por aquela decisão, ao Ministério Público, e não ao Poder Judiciário.

Parece-nos, portanto, haver a necessidade de se buscar uma justificação constitucional para a opção realizada pelo legislador, como forma de entender a não aderência à ideia de uma investigação criminal judicial. De igual modo, é preciso ver se a exclusão da investigação criminal policial, nas hipóteses aventadas pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, poderá ser executada pela via legislativa ordinária, dadas as previsões de nossa Constituição Federal.

1. Modelos constitucionais de investigação criminal

Fruto dos problemas verificados no *Caso Favela Nova Brasília*, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos entendeu que a polícia judiciária não seria a instituição mais adequada para a apuração de eventos delitivos envolvendo agentes dos órgãos de segurança pública. De maneira a evitar a repetição dos problemas verificados naquele caso, sua indicação foi de que o Ministério Público ou o Poder Judiciário deveriam se encarregar daquele tipo de investigação criminal.

No que diz respeito à investigação criminal do Ministério Público brasileiro, grande impacto não ocorre, em âmbito interno, com essa indicação. Afinal de contas, após longos anos de discussão no meio doutrinário¹⁵ e jurisprudencial, a composição plena do Supremo Tribunal Federal deu-a por encerrada no ano de 2015, não só julgando sua constitucionalidade, senão também conferindo, à sua decisão, o caráter de repercussão geral.¹⁶ Além do mais, a opção do legislador brasileiro vai ao encontro dos movimentos reformistas processuais penais europeu e latino-americano, que vêm, cada vez mais, valorizando a figura do Ministério Público como condutora da investigação criminal, capitaneados, em grande medida, pela reforma alemã da década de setenta do século passado.¹⁷

A dúvida que pode pairar, em relação à sua constitucionalidade, diz respeito à investigação criminal presidida pelo Poder Judiciário.

Mais conhecida como *juizado de instrução*, a investigação criminal judicial foi adotada em larga escala na Europa, primordialmente, em razão da influência que o *Code d'Instruction Criminelle* francês, de 1808, provocou em todo aquele continente no início do século XIX¹⁸, substituindo o temido *juiz inquisidor* – como autoridade investigante – pela

¹⁵ Os primeiros estudos monográficos, em âmbito nacional, dedicados à investigação criminal do Ministério Público, foram: *Andrade*, Ministério Público e sua Investigação Criminal, 2001; *Santin*, O Ministério Público na investigação criminal, 2001.

¹⁶ *Brasil*, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 593.727-5, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233> (30.9.2019).

¹⁷ Comentando a aludida reforma alemã, encontramos: *Maier*, La investigación penal preparatoria del Ministerio Público, Instrucción sumaria o citación directa, 1975.

¹⁸ *França*, Code D'Instruction Criminelle, 1811. p. 499–594.

figura do *juiz instrutor*.¹⁹ Por essa razão, é compreensível que a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, de uma hora para outra, não fechasse os olhos para um modelo de investigação criminal francamente utilizado em países de língua espanhola, sobretudo, em virtude de seu colonizador (Espanha) ainda manter o juiz de instrução à frente da investigação criminal.²⁰

Apesar de toda essa tradição, a figura do juiz instrutor – ou juiz investigador – não foi acolhida em nosso país. Mais que isso, em que pese a existência de controvérsia entre autores defendendo²¹ e rechaçando²² a implantação desse modelo de investigação no Brasil, em substituição à investigação policial, o certo é que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, já se manifestou por sua inviabilidade frente aos termos de nossa Constituição Federal, por ferimento à imparcialidade do juiz.²³

É por isso que, dentre as opções dadas, o Senado Federal corretamente escolheu a investigação criminal do Ministério Público, adequando-se convencional e constitucionalmente pela decisão proferida pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

¹⁹ Art. 9. La police judiciaire sera exercée sous l'autorité des cours impériales, et suivant les distinctions qui vont être établies,

Par les gardes champêtres et les gardes forestiers,

Par les commissaires de police,

Par les maires et les adjoints de maire,

Par les procureurs impériaux et leurs substituts,

Par les juges de paix,

Par les officiers de gendarmerie,

Par les commissaires généraux de police,

Et par les juges d'instruction.

²⁰ A discussão doutrinária, sobre o Ministério Público assumir a condução da investigação criminal em solo espanhol, teve início ainda antes de seu atual diploma processual penal, que data de 1882. Sobre essa discussão, ver: *Pacheco*, *Estudios de Legislación y Jurisprudencia*, 1843, p. 231–232. *Casas y Moral*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* n° XI, 1857, p. 105. Nos dias de hoje, a doutrina vem dando sequência a essa discussão, como pode se ver em: *Villegas Fernández*, *Fiscal Investigador contra Juez Instructor*, *La lógica de la investigación criminal*, 2012.

²¹ *Lazzarini*, *Revista de Informação Legislativa* n° 101, 1989, p. 197–206; *Nassaro*, *Revista A Força Policial* n° 41, 2004, p. 79–85; *Santoro Filho*, *Cadernos Jurídicos* n° 27, 2006, p. 101–109; *Costa*, *Revista CEJ* n° 40, 2008, p. 81–90.

²² *Geraci*, *Revista da EMERJ* v. 7, n° 26, 2004, p. 278–286. *Choukr*, *Processo à Luz da Constituição*, *Temas Escolhidos*, 1999, p. 91–92.

²³ *Brasil*, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1570-2, disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546> (30.9.2019).

2. A (in)constitucionalidade da exclusão da polícia judiciária como condutora de investigações criminais

Embora o Brasil haja ratificado a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) em 1992, somente no ano de 2002 é que ele reconheceu a competência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos quanto à interpretação ou aplicação daquele texto.²⁴ Com esse ato, o país admitiu respeitar e cumprir eventuais imposições feitas por aquela Corte, em processos originários de demandas contra ele apresentadas.

Havendo, portanto, uma posição política e um instrumento jurídico firmados pelo Brasil, no sentido de acatar eventuais condenações da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, o questionamento que fazemos é: haveria algum empecilho de ordem constitucional, impedindo-o de cumprir a imposição feita no *Caso Favela Nova Brasília*, no que diz respeito ao ponto que aqui é objeto de nossa atenção?

Como visto até o momento, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos impôs ao Brasil a realização de alterações normativas (legislativas ou não) voltadas à deslegitimação da polícia judiciária para investigar determinadas infrações penais envolvendo agentes de segurança pública, repassando essa legitimidade, de forma exclusiva, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário em tais hipóteses. Frente a isso, é importante vermos o que diz nossa Constituição Federal, em relação à legitimidade investigatória da polícia judiciária.

Por *polícia judiciária*, a Carta Maior se refere a duas polícias em específico: a polícia federal (§ 1º do artigo 144) e a polícia civil (§ 4º do artigo 144). Conforme ali se vê, há uma delimitação das funções apuratórias de cada uma delas, de maneira a evitar a sobreposição entre as atividades de uma em relação às atividades de outra. Mais que isso, a ambas não foi conferida a legitimidade apuratória quando da prática de crimes militares, pois, em relação a eles, fez-se menção às polícias militares (inciso V do artigo 144). Essa distinção de legitimidade apuratória fica ainda mais clara quando do trato da polícia civil, oportunidade em que, de modo expresso, foram-lhe reconhecidas “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares” (§ 4º do artigo 144).

Essa breve análise das funções da polícia judiciária nos faz ver que, em momento algum, a Constituição Federal restringiu a legitimidade investigatória das polícias federal e civil para além das infrações militares. Resultado disso é que a proibição apuratória da polícia judiciária está adstrita a infrações penais alheias à competência das Justiças Federal e Estadual, ficando limitada à Justiça Militar da União ou do Estado.²⁵

²⁴ Decreto n° 4.463/2002, artigo 1º. É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para os fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

²⁵ Apontando a limitação da atuação da polícia judiciária às infrações penais mais comuns, vemos: *Bastos/Martins*, *Co-*

Chegando-se a esse resultado constitucionalmente assentado, não vemos como a imposição feita pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos possa ser implementada por meio do PLS nº 135, de 2018. A grosso modo, o projeto importa na exclusão da polícia judiciária, a partir da alteração do Código de Processo Penal, em relação à apuração de fatos ligados à competência das Justiças Federal e Estadual. O que se identifica, portanto, é o choque entre uma interpretação e condenação feitas a partir da CADH e o texto de nossa Constituição Federal. Teríamos, com isso, uma decisão – aquela proferida no *Caso Favela Nova Brasília – convencional* aos olhos do direito internacional, mas uma proposição reformista *inconstitucional* aos olhos da Constituição brasileira.

Não há dúvidas que o problema apresentado necessita ser superado, sobretudo, porque a Corte Interamericana dos Direitos Humanos não indicou, em sua decisão, qual o caminho a ser seguido pelo Brasil para implementar os termos da condenação. Ao contrário, aquela Corte deixou claro que não lhe interessava o instrumento utilizado para chegar ao resultado apontado – se por meio de alteração legislativa ou outro de ordem administrativa.

O rumo que nos parece mais adequado, para que haja conciliação entre a convencionalidade e a constitucionalidade da resposta dada pelo Brasil àquela condenação, é a alteração de sua Constituição Federal, criando-se uma limitação investigatória à polícia judiciária para além das infrações militares. Sem tal alteração, qualquer intento, em restringir a atuação policial, padecerá de grave mácula de constitucionalidade.

IV. A efetividade dos meios extralegais para o cumprimento da condenação imposta ao estado brasileiro

Em sua decisão, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos impôs ao Estado Brasileiro a realização de alterações na presidência da investigação criminal. Ao assim fazê-lo, também deixou claro que tais alterações poderiam se dar com uma reforma legislativa tradicional ou por meio de qualquer outro instrumento que lhe permitisse chegar àquele fim.

O caminho escolhido pelo país foi o de dar início a um regular processo legislativo, tendo em vista que o tema é de ordem processual, e a Constituição brasileira atribui à União a competência *exclusiva* para legislar sobre direito processual (inciso I do seu artigo 22). O problema é que o caminho até aqui eleito, na nossa visão, mostra-se claramente inconstitucional. Além disso, ele é por demais lento, e o prazo fixado por aquela Corte já finalizou, sem que o processo legislativo sequer haja sido concluído em sua Casa de origem.

Frente a isso, surge a seguinte questão: poderia o Estado Brasileiro adotar alguma medida, de natureza *extralegal* e com respeito à sua Constituição, que pudesse, validamente, concretizar os objetivos pretendidos pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos? A resposta vai em sentido positivo, ainda que de modo parcial.

Ao condenar o Brasil a alterar a legitimidade investigatória criminal para situações como a tratada no *Caso Favela Nova Brasília*, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos

afirmou que essa alteração deveria se dar por meio dos “mecanismos normativos necessários” (Ponto Resolutivo 16), sem indicar, no entanto, quais seriam eles.

A busca por uma facilitação na colocação em prática das decisões da Corte Interamericana dos Direitos Humanos não foi algo adotado de modo inovador no *Caso Favela Nova Brasília*. Em outra oportunidade, essa Corte já havia se posicionado em igual sentido,²⁶ mas a base normativa para assim decidir está na própria Convenção, mais especificamente, em seu artigo 2º.²⁷

Encontrado o suporte *convencional* para a possibilidade de o Estado Brasileiro tomar medidas extralegais voltadas à execução da decisão da Corte Interamericana dos Direitos Humanos – suporte que conta com o apoio de sua doutrina nacional²⁸ –, resta-nos encontrar quais disposições *de outra natureza* poderiam ser utilizadas por ele.

Com relação à presidência da investigação criminal, não há como, válida e constitucionalmente, excluir a legitimidade investigatória da polícia judiciária. Entretanto, é possível que o Ministério Público se encarregue da investigação relativa aos fatos e pessoas mencionados naquela decisão e no PLS nº 135/2018, sem a necessidade do processo legislativo, mas com a condição de não exclusão da atividade apuratória policial. Referimo-nos, portanto, ao ingresso do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) na busca de efetividade à condenação imposta ao Brasil no *Caso Favela Nova Brasília*.

A partir do momento em que a investigação criminal do Ministério Público foi vista como um instrumento a serviço da preservação e proteção dos direitos humanos, o CNMP poderia, naquilo que lhe cabe, prestar grande auxílio à sociedade brasileira, demonstrando uma verdadeira vocação do Ministério Público para a defesa dos direitos humanos. Isso se daria com a alteração da Resolução nº 181, do CNMP, publicada em 2017 para dar nova roupagem à regulamentação

²⁶ *Costa Rica*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, Sentença de 26 de setembro de 2006, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_es_p.pdf (30.9.2019).

²⁷ Artigo 2º. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

²⁸ Sobre o tema, encontramos: “Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas ‘de outra natureza’. Tal significa que o propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.)” (*Gomes/Mazzuoli*, Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica, 4. ed., 2013, p. 33).

mentários à Constituição do Brasil (promulgada em 05 de outubro de 1988), 2000, p. 281.

ção da investigação criminal presidida pelo acusador público brasileiro.²⁹

Ao que se observa daquela regulamentação feita na seara administrativa, o CNMP não apontou quais fatos ou pessoas deveriam ser objeto de atenção na referida investigação criminal. Contudo, essa foi uma opção política daquele Conselho, frente à existência de independência funcional dos membros do Ministério Público brasileiro. Ou seja, à época, ele entendeu não poder impor, por simples opção política e por meio de um ato administrativo, qualquer forma de atuação investigativa obrigatória.

Situação diversa se vê, no entanto, em razão da condenação imposta ao Estado Brasileiro.

Partindo-se dos termos contidos na condenação imposta pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, aquele Conselho poderia, sem grandes dificuldades, alterar sua própria resolução (que se trata de um ato administrativo), nela inserindo a obrigatoriedade de o Ministério Público instaurar sua investigação nas hipóteses delitivas mencionadas no *Caso Favela Nova Brasília*. Em uma realidade como essa, a obrigatoriedade da atuação investigatória do Ministério Público decorreria não de uma opção política, mas do cumprimento de uma imposição feita ao país, cuja executividade – esta sim – dar-se-ia por meio de um ato administrativo, preservando, com isso, a independência funcional, constitucionalmente assentada, dos membros do Ministério público brasileiro.

V. Entre a constitucionalidade e a convencionalidade: É possível criar limites à investigação criminal do ministério público?

Estabelecida a opção do Estado Brasileiro pela investigação criminal do Ministério Público, e sendo superados os obstáculos de ordem constitucional hoje presentes, uma dúvida que poderá assolar a doutrina brasileira é quanto ao futuro alcance das apurações realizadas por seu acusador público nacional. Mais concretamente, o questionamento que se poderá fazer é: o *Caso Favela Nova Brasília* e o PLS nº 135/2018 – se aprovado –, para efeitos práticos, restringirão a atuação apuratória do Ministério Público aos casos objeto de atenção daqueles textos, ou poderá ele seguir investigando de forma livre, independentemente do tipo de infração penal e da pessoa a serem investigadas?

Essa preocupação não se mostra desarrazoada, em especial, quando nos atemos ao teor da proposta de redação, presente naquele projeto, dada ao artigo 5º-A do Código de Processo Penal. Em sua textualidade, diz ele: “A investigação da infração penal será atribuição do órgão do Ministério Público se houver suspeita de autoria por parte de agentes dos órgãos da segurança pública, no exercício de suas funções”.

Na nossa visão, a melhor forma de evitar interpretações restritivas sobre a investigação do Ministério Público seria o legislador brasileiro promover uma alteração naquele texto,

²⁹ *Brasil*, Conselho Nacional do Ministério Público, Resolução nº 181, de 2018, disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf> (30.9.2019).

deixando claro, a título de exemplo, que “A investigação da infração penal será atribuição do órgão do Ministério Público, dentre outras hipóteses, sempre que houver suspeita de autoria por parte de agentes dos órgãos da segurança pública, no exercício de suas funções”. Entretanto, até o momento, essa alteração sequer foi proposta e acreditamos que, caso o seja, maior será a exposição do Brasil no cenário internacional, em razão da já expiração do prazo fixado pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos e a necessidade de retomada de todo o processo legislativo até aqui trilhado pelo PLS nº 135/2018. Por isso, a pergunta feita acima segue necessitando de uma resposta.

A chave para se afastar todo e qualquer alarme em relação ao risco que mencionamos está na origem da legitimidade investigatória reconhecida pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos ao acusador público brasileiro. Aclarando um pouco mais, a fonte normativa, utilizada por essa Corte para chegar ao resultado apresentado, foi a CADH, tendo-se, como pressuposto, o reconhecimento de violação aos seus artigos 8.1³⁰ e 25.1.³¹ Com isso, o que se fez foi uma interpretação *convencional* para, a partir das violações praticadas pelo Estado Brasileiro, o Ministério Público ser apontado como uma alternativa à investigação policial.

Por outro lado, a legitimidade investigatória do acusador público brasileiro é fruto de antiga discussão no cenário nacional, remontando a período anterior à atual Constituição do Brasil.³² Após um longo período de discussões – acadêmicas e jurisprudenciais –, o Supremo Tribunal Federal pôs fim à controvérsia no ano de 2015, fixando a posição de que o Ministério Público detém legitimidade investigatória, retirando-a, portanto, do próprio texto constitucional, sob a invocação da *teoria dos poderes implícitos*³³ e sua inserção sobre o inciso I do artigo 129 da Carta Maior.³⁴

³⁰ 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

³¹ 25.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

³² *Boschi*, Persecução Penal: inquérito policial, ação penal e Ministério Público, 1987, p. 220–227.

³³ Sobre o tema, ver: *Hartman/Mersky/Tate*, Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States, 2004; *Beck*, University of Illinois Law Review, nº 3, 2002, p. 581-659; *Buttá*, John Marshall, ‘Judicial Review’ e Stato Federale, 1998. Dentre as primeiras abordagens, em âmbito nacional, sobre a teoria dos poderes implícitos, encontramos: *Barbosa*, Comentários à Constituição Federal Brasileira, Tomo 1, 1932, p. 206–214.

Ao que se observa, dois são os pontos de partida para a tomada de cada decisão: a Corte Interamericana dos Direitos Humanos se utilizou, em sua decisão, da CADH, ao passo que o Supremo Tribunal Federal encontrou na Constituição brasileira a justificativa para a viabilidade de o Ministério Público fazer sua própria apuração de ordem criminal. Com isso, aquela convenção, por tratar de tema atinente a direitos humanos, de norma *supralegal* se trata, o que a coloca, por óbvio, em um patamar inferior ao texto constitucional.

Essa simples retomada sobre as bases que assentaram cada decisão nos permite afirmar, portanto, que não há como a decisão no *Caso Favela Nova Brasília* e o PLS nº 135/2018 criarem ou permitirem algum tipo de limitação na atribuição investigatória criminal do Ministério Público. Basta lembrar que a teoria dos poderes implícitos foi aplicada no ponto da Constituição brasileira que trata da titularidade do exercício da ação penal pública. Ou seja, ela não incide sobre uma classe específica de infrações penais ou de pessoas acusadas, mas sobre toda e qualquer ação penal de caráter público, independentemente do fato ou da pessoa objeto de sua atenção.

Além disso, o *Caso Favela Nova Brasília* está a demonstrar que a investigação criminal do Ministério Público se configura como um *instrumento protetivo dos direitos humanos* – aliás, ela foi utilizada pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos justamente nesse sentido –, o que nos leva a identificar a existência de uma obrigação do Estado Brasileiro em não criar restrições a tal modalidade de apuração, sob pena de chocar-se frontalmente com os textos internacionais, por ele próprio ratificados, protetivos daquela classe de direitos.

Tal soma de fatores deixa claro que, a menos que haja alguma imposição judicial ou legal positiva – como é o caso da decisão da Corte Interamericana dos Direitos Humanos –, deve-se dar liberdade ao Ministério Público para que eleja os fatos ou pessoas a serem investigados, sempre que identificar alguma situação que venha a colocar em risco os direitos humanos da vítima, esteja ela individualizada ou caracterizada de forma coletiva. Se assim não fosse, teríamos não um *isomorfismo reformista*, como, ao seu tempo, disse Foucault,³⁴ mas um verdadeiro retrocesso humanitário-legislativo na seara processual penal, ferindo de morte a teleologia convencional e constitucional que justifica a investigação criminal do acusador público nacional.

Em síntese, o mecanismo que permitiu se chegar à interpretação de que o Ministério Público detém legitimidade investigatória com amparo constitucional não admite qualquer tipo de restrição infraconstitucional. É por essa razão que nenhuma legislação hierarquicamente inferior à nossa

Carta Maior – e, arriscamos em dizer, nem mesmo qualquer tipo de interpretação judicial, até mesmo proveniente do Supremo Tribunal Federal – poderá restringir a operacionalização da investigação criminal do acusador público, por ela ser um instrumento que está a serviço do ajuizamento, ou não, da ação penal pública.

VI. Conclusão

A condenação a que o Estado Brasileiro foi submetido pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, embora haja exposto negativamente o país, serviu para colocá-lo, frente a frente, com algumas pautas de discussão que o deixaram isolado em relação ao direito internacional. A principal delas se refere à própria condenação em si.

Isso significa que ele precisa se dar conta que, apesar de o poder público (em todas as suas esferas) não se ater de forma devida aos reflexos que a proteção aos direitos humanos produz no seu direito processual, o Estado Brasileiro ratificou a CADH e se submeteu à Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Portanto, caso a opção seja seguir com as costas voltadas para os termos e posturas já assentadas em âmbito internacional, o Brasil se tornará um *habitué* junto àquela Corte.

Mesmo assim, há sério risco de a decisão do *Caso Favela Nova Brasília* não ser cumprida pelo país em curto espaço de tempo. Apesar de o prazo fixado naquela decisão já haver sido superado, o caminho legislativo adotado (PLS nº 135/2018) não encontra respaldo na Constituição Federal, em razão da criação de uma limitação infraconstitucional à atuação de sua polícia judiciária. Tal como o tema está sendo tratado, teríamos uma decisão condenatória *convencional* sendo executada de modo *inconstitucional*.

Para superar esse entrave e minimizar o impacto negativo que um novo e demorado processo legislativo – com a apresentação de uma Proposta de Emenda Constitucional – pode trazer ao país em âmbito internacional, a sugestão aqui apresentada é de o Estado Brasileiro fazer uso de uma das alternativas dadas pela própria Corte Interamericana dos Direitos Humanos: lançar mão de um instrumento de natureza administrativa para dar cumprimento à sua decisão. Isso se daria com a alteração da Resolução nº 181, de 2017, do CNMP, para ali inserir a obrigatoriedade da instauração da investigação criminal do Ministério Público nas hipóteses mencionadas no *Caso Favela Nova Brasília*.

Por certo que a exclusão da polícia judiciária não poderia ser realizada por meio de um ato administrativo. No entanto, parece-nos mais coerente haver uma colegitimidade investigatória – ainda que transitória, até a aprovação de uma reforma legislativa constitucionalmente válida – do que a manutenção de um *status quo* que levou o Brasil a uma vexatória condenação pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

³⁴ Dentre as primeiras manifestações doutrinárias nesse sentido, encontramos: *Jardim*, Direito Processual Penal, 6. ed., 1997, p. 339; *Suxberger*, Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, nº 22, 2003, p. 35–54; *Lemos Júnior*, Revista dos Tribunais, nº 795, 2002, p. 411–451.

³⁵ *Foucault*, Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões, 1977, p. 239.

Buchrezension

Kai Ambos, Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe, Verlag C.H. Beck, München, 5. Aufl. 2018, 742 S., € 99.

I. Mit der 5. Auflage ist *Ambos'* „Internationales Strafrecht“ zu dem geworden, zu dem es sich schon nach den Voraufgaben (1. Aufl. 2006; 2. Aufl. 2008; 3. Aufl. 2011; 4. Aufl. 2014) empfohlen hatte: ein Großlehrbuch der grünen Reihe. Verlagsintern gesellt sich das noch einmal wesentlich überarbeitete und erweiterte, mittlerweile 742 Seiten dicke „Internationale Strafrecht“ zu dem Kreis der Lehrbücher etwa von *Roxin* zum Allgemeinen Teil des Strafrechts und von *Göppinger* zur Kriminologie. Wie aus den Voraufgaben bekannt (vgl. zur 4. Aufl. etwa die Rezension von *Trüg*, *StraFo* 2015, 175), strukturiert *Ambos* den gesamten Bereich des internationalen Strafrechts, d.h. alle Gebiete des Strafrechts, die Auslands- bzw. einen die nationalen Grenzen überspannenden Bezug aufweisen: Strafanwendungsrecht (§§ 1–4), Völkerstrafrecht (§§ 5–8) und europäisches Strafrecht (§§ 9–13), wobei das zugehörige Strafverfahrensrecht (§§ 8, 10, 12) und insbesondere das Rechtshilferecht (§ 8 C., § 12 C.) mitumfasst sind. Durch die 5. Auflage ist das Werk nun auf den Rechtsstand von Dezember 2017 gebracht. Dabei waren in allen Gebieten zahlreiche neuere Entwicklungen zu berücksichtigen: angefangen etwa von der Diskussion um ein strafanwendungsrechtliches Domizilprinzip (§ 3 Rn. 42), über die stetig anwachsende Rechtsprechung der internationalen Strafgerichtshöfe (etwa § 8 Rn. 41, 48), die jüngsten Änderungen des IStGH-Statuts durch die 16. Vertragsstaatenversammlung vom 14.12.2017 (§ 6 Rn. 34; § 7 Rn. 273), bis hin zum Aufbau einer europäischen Staatsanwaltschaft und der neuen Rechtsprechung des EGMR sowie des EuGH im europäischen Strafrecht (insbesondere zum Europäischen Haftbefehl, dazu §§ 10 Rn. 158; 12 Rn. 53, 60).

Ambos gelingt es in der 5. Auflage, die sich bereits den Ruf als „unverzichtbares Standard-Nachschlagewerk“ (*Zurkinden*, *SchwZfStr* 2018, 547) erarbeitet hat, all die erforderlichen Aktualisierungen vorzunehmen, ohne an Qualität im Hinblick auf die Grundlagen einzubüßen, diese vielmehr sogar noch auszubauen. Was das Buch besonders lesenswert macht, ist eben nicht nur die inhaltliche Breite, sondern die Tatsache, dass es von einer eigenen Linie getragen ist. *Ambos*, der seit 2017 auch als Richter am Kosovo Sondertribunal und Berater der kolumbianischen Sondergerichtsbarkeit für den Frieden tätig ist, blickt nicht von „außen“ auf die aktuellen Rechtsentwicklungen in Den Haag, Brüssel oder Straßburg, sondern ist dort selbst präsent und kann die justiziellen und institutionellen Diskurse von „innen“ heraus darstellen. Nachdem er sich jüngst andernorts (GA 2016, 177) für „Offenheit und diskursive Methodik“ eingesetzt hat, tritt *Ambos* auch in seinem Lehrbuch dafür ein, sich von nationalen Vorverständnissen zu lösen und ist bereit, die Argumente in internationalen Foren neu auszutauschen. Er bringt einen völkerrechtsfreundlichen, menschenrechtsorientierten Impetus zum Ausdruck, der einerseits zu einer gewissen Flexibilisierung „deutscher“ strafrechtsdogmatischer

Konstrukte bereit ist, andererseits aber dort zu harten Grenzen führt, wo die Menschenrechte durch die Strafgewalt von Nationalstaaten oder internationalen Organisationen bedroht sind. *Ambos'* Leitmotiv bildet die Rechtsvergleichung, welche den Weg zu einem spezifisch „internationalen“ Verständnis des Rechts weisen soll. Im Folgenden werde ich versuchen, die *Ambos'sche* Linie exemplarisch anhand der seit der Voraufgabe vorgenommenen Neuerungen zu veranschaulichen und dabei einige der besonderen Vorzüge des Lehrbuchs herausstellen, ohne dabei freilich die inhaltliche Breite des Werks vollständig abdecken zu können.

II. Vorweggestellt seien noch einige kurze Bemerkungen zum Aufbau und zur formalen Grundstruktur des Lehrbuchs. *Ambos* stellt dem Werk (bisher) keinen übergreifenden „Allgemeinen Teil des internationalen Strafrechts“ voran – was insbesondere daran liegen dürfte, dass sich ein solcher angesichts der disparaten Materie, die nicht nur materielles und prozessuales Strafrecht, sondern auch Völker- und Europarecht vereinigt, nur schwer formulieren ließe. Stattdessen fächert *Ambos* sein Werk sogleich in die drei Teilgebiete – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht – auf, die jeweils einen Allgemeinen Teil enthalten und darauf aufbauend den Besonderen Teil sowie ggf. das zugehörige Strafverfahrensrecht erörtern. Im Vergleich zur Voraufgabe am deutlichsten erweitert wurde der Abschnitt zum europäischen Strafrecht, der wie derjenige zum Völkerstrafrecht mittlerweile 300 Seiten umfasst; das Strafanwendungsrecht wird auf knapp 100 Seiten erörtert. Besonders zu beachten ist dabei jeweils der nochmals ausgebaute Fußnotenapparat, der sich zusammengenommen als eigenes „Vertiefungslehrbuch“ darstellt. Um der besonderen Stellung der Rechtsprechung im durchaus case law-geprägten internationalen Strafrecht schon formal gerecht zu werden, enthält das Lehrbuch neben ausführlichen Literatur- und Stichwortverzeichnissen auch ein eigenes Rechtsprechungsverzeichnis (S. 705 ff.). An geeigneten Stellen arbeitet *Ambos* zudem mit Schaubildern, was die Übersichtlichkeit steigert (vgl. dazu die Verweise auf S. XIX).

III. Nun zum Inhalt im Einzelnen: In den §§ 1–4 behandelt *Ambos* das Strafanwendungsrecht, d.h. die nationalen Normen zur Bestimmung der Anwendbarkeit deutschen Strafrechts. *Ambos* betont in seiner seit der Voraufgabe unverändert gebliebenen Grundkonzeption dieses Teilgebiets in begrifflicher Hinsicht, dass hier von „internationalem Strafrecht“ nur abgeschwächt die Rede sein kann, da es zunächst nicht um internationale, sondern nationale Gesetze und im Übrigen auch nicht um ein echtes Kollisionsrecht gehe (§ 1 Rn. 2). Sein eigener Entwurf des Strafanwendungsrechts als „transnationales Strafrecht“ ist gleichwohl konsequent international ausgerichtet; das heißt in diesem Kontext aber nicht per se menschenrechtlich, sondern zuerst zwischenstaatlich orientiert. Nach *Ambos'* Konzept muss jeder Einzelstaat, der seine Strafgewalt über das eigene Territorium hinaus erstrecken will, nicht nur „negativ“ die Souveränität der anderen Staaten achten (Nichteinmischung), sondern muss „positiv“ eine legitimierende völkerrechtliche Erlaubnis dafür vorbringen können (sog. Kompetenz-Kompetenz des Völkerrechts, § 2 Rn. 4). Selbst wenn man diese Konzeption nicht vollstän-

dig teilt, sondern etwa die Schranken für das Strafanwendungsrecht stärker durch die Rechte des betroffenen Individuums bestimmen möchte, ist dennoch anzuerkennen, dass *Ambos'* Modell ein instruktives Schema der Kritik bietet, das nicht zuletzt vor Überheblichkeiten gegenüber anderen Staaten bewahrt.

Im Zusammenhang mit diesem völkerrechtsorientierten Ansatz zu sehen sind etwa auch *Ambos'* Ausführungen zum aktuellen Problem des Tatorts bei (rechtsradikaler) Internetkriminalität bzw. der Holocaustleugnung im Ausland, wo er bemüht ist, einer Entgrenzung des deutschen Strafrechts vor allem aus Gründen der Rücksichtnahme auf die inneren Angelegenheiten anderer Staaten vorzubeugen. Auch der BGH hat hier im Ergebnis mittlerweile eine „anwendungskritische“ Richtung eingeschlagen und vertritt im Zusammenhang mit § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB, dass eine Inlandstat nicht allein dadurch begründet werden kann, dass Youtube-Inhalte „von Deutschland aus abrufbar sind“ (BGH NStZ 2015, 81) bzw. bei § 130 Abs. 3 StGB, dass „die bloße Möglichkeit, dass eine im Ausland begangene Volksverhetzung [... friedensstörende] Auswirkungen im Inland zeitigt, die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach §§ 3 und 9 I StGB nicht rechtfertigen“ kann (BGH NStZ 2017, 146). Man kann diese Urteile also durchaus als Bestätigung von *Ambos'* Grundkonzeption lesen; denkt man das Strafanwendungsrecht primär vom betroffenen Individuum her, würde sich die Fragestellung gleichwohl etwas verschieben. Die Schranken der Anwendbarkeit müsste man dann nämlich nicht primär aus den Souveränitätsinteressen der anderen Staaten ableiten, sondern fragen, ob „eine solch intensive Beziehung des Beschuldigten zu der hiesigen Strafrechtsordnung“ besteht, dass eine Aburteilung in Deutschland gerechtfertigt erscheint.¹

Hervorzuheben in der 5. Auflage ist auch die hervorragend ausgebaute Diskussion des aktiven Personalitäts- und des Domizilprinzips einschließlich der damit verbundenen europarechtlichen Fragestellungen. Während beim „klassischen“ aktiven Personalitätsprinzip bekanntlich an die Staatsangehörigkeit des Täters angeknüpft wird, stellt man beim Domizilprinzip auf den Wohnort des Täters ab. *Ambos* hat freilich von seinem völkerrechtszugewandten Grundkonzept her gewisse Probleme mit einem Domizilprinzip, wenn keine zusätzlichen Anknüpfungspunkte bestehen, da der Wohnort des Täters jedenfalls in der Vergangenheit einen völkerrechtlich wenig verfestigten Anknüpfungspunkt darstellte (vgl. dazu noch 4. Aufl., § 3 Rn. 42, wo *Ambos* von einer Völkerrechtswidrigkeit des Domizilprinzips ausging). In der Literatur wurden nun aber zuletzt vor allem gegenläufige Bedenken gegen das klassische aktive Personalitätsprinzip formuliert. So wird vorgebracht, dass in bestimmten Konstellationen wegen einer Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV vorliege.² Zudem wird das

Domizilprinzip in Zeiten globaler Migrationsbewegungen im Vergleich zur Staatsangehörigkeitsfixierung des aktiven Personalitätsprinzips auch rechtspolitisch für vorzugswürdig erachtet. *Ambos*, der diese Bedenken in einer neu gefassten Randnummer (§ 3 Rn. 43) verarbeitet, zeigt sich insoweit mit überzeugenden Gründen aufgeschlossen, zumal der Wohnort nunmehr auch völkerrechtlich zunehmend als entscheidendes Kriterium anerkannt wird (§ 3 Rn. 42). In der Tat dürfte das Domizilprinzip daher künftig an Bedeutung gewinnen, was aus individualistischer Sicht dadurch zu rechtfertigen ist, dass durch den Lebensmittelpunkt eine tatsächliche, nicht nur abstrakt-personenrechtliche Nähebeziehung zum verurteilenden Staat hergestellt wird.³

Die Tatsache, dass die Achtung der Souveränität *Ambos'* strafanwendungsrechtlichen Ausgangspunkt bildet, heißt übrigens nicht, dass nicht auch andere Belange eine wichtige Rolle spielen. Besonders interessant sind insoweit etwa die Ausführungen zum zuletzt neu eingefügten § 5 Nr. 9a StGB, der u.a. bei der Verstümmelung weiblicher Genitalien nach § 226a StGB den Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts bei deutschen Tätern oder Opfern mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland (also eine Art „passives“ Domizilprinzip) auf Auslandstaten ausdehnt. Diese Erweiterung hält *Ambos* (im Interesse des Rechtsgüterschutzes) für kriminalpolitisch sinnvoll und tritt sogar aus verfassungs- und menschenrechtlichen Gründen für einen äquivalenten Schutz männlicher Opfer ein (§ 3 Rn. 60).

IV. Im zweiten Teil durchleuchtet *Ambos* das Völkerstrafrecht, welches auch ansonsten einen besonderen Schwerpunkt seiner wissenschaftlichen und richterlichen Tätigkeit ausmacht. *Ambos* betont, dass es sich hierbei bisher – im Gegensatz zum Strafanwendungsrecht und zum europäischen Strafrecht der EU – um das einzige „echte“ internationale Strafrecht „im Sinne eines völkerrechtlichen (supranationalen) Strafrechts“ handelt (§ 5 Rn. 1). Dies rechtfertigt sich dadurch, dass bei den core crimes (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegs- und Aggressionsverbrechen) die internationale Gemeinschaft in Gestalt der internationalen Strafgerichtshöfe dem Einzelnen, ohne Vermittlung durch nationales Recht, strafend gegenübertritt. Auch im englischsprachigen Ausland ist mit „International Criminal Law“ daher häufig nur das Völkerstrafrecht gemeint. Konzeptionell betont *Ambos* im Völkerstrafrecht, dass er eine pauschale „domestic analogy“ ablehnt. Stattdessen tritt er für eine völkerstrafrechtseigene System- und Begriffsbildung ein, um auf diesem Wege universelle Akzeptanz zu erzielen (§ 7 Rn. 1). Erwähnt sei insoweit, dass etwa die teilweise vorhandenen Bemühungen der IStGH-Rechtsprechung, wie in Deutschland zwischen Täterschaft und Teilnahme zu differenzieren, von *Ambos* eher kritisch beurteilt werden, da er ein funktionales Einheitstätersystem wie in Österreich auf Ebene des Völkerstrafrechts eher befürwortet (§ 7 Rn. 13). Damit zeigt *Ambos* eindrucksvoll, wie ernst er es damit meint (und

¹ Pawlik, ZIS 2006, 274, der freilich zu engen Schranken für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts kommt.

² Vgl. hierzu etwa A. Schneider, in: Asholt/Kuhli/Ziemann/Basak/Reiß/Beck/ Nestler (Hrsg.), Grundlagen und Grenzen des Strafens, 2015, S. 101 (104 ff.).

³ Vgl. dazu Isfen, in: Saliger u.a. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 869 (877, 879).

man es auch in der Tat damit meinen sollte), die Leistungsfähigkeit hergebrachter dogmatischer Konstruktionen im internationalen Diskurs erneut zu überprüfen. Es überzeugt also, eine ungeprüfte „domestic analogy“ abzulehnen. Gleichwohl kann es m.E. aber durchaus sein, dass sich hergebrachte dogmatische Konstrukte und Argumentationsmuster durchsetzen – selbst wenn es „typisch deutsche“ sind, und selbst wenn diese etwa dazu führen, den alten akademischen Streit um den völkerrechtlichen Straftataufbau (vgl. § 7 Rn. 2, 77) wieder „aufzubrechen“, was etwa mit Blick auf den entschuldigenden Notstand der Fall sein dürfte. Es ist natürlich auch umgekehrt denkbar, dass das Völkerstrafrecht zeigt, dass „typisch deutsche“ Konstrukte eben nicht leistungsfähig sind, was dann aber die weitere Frage aufwirft, ob sie dies im nationalen Strafrecht wirklich sind bzw. jemals waren.

Eine sehr instruktive Erweiterung hat der Teil zum Völkerstrafrecht in der 5. Auflage bereits hinsichtlich der Erörterung der Legitimationsgrundlagen dieses Rechtsgebiets erhalten, wobei *Ambos* insoweit nicht nur die zunehmend kontrovers geführte strafrechtstheoretische Debatte in der Wissenschaft aufgreift, sondern in einem eigenen neuen Abschnitt auch zur politischen Kritik am IStGH insbesondere seitens der Afrikanischen Union Stellung bezieht (§ 6 Rn. 35). Letzteres verarbeitet *Ambos* in der Sache überzeugend bestimmt, gleichwohl aber wohlthuend differenziert. So entlarvt er die Kritik teilweise als politisch instrumentalisiertes Manöver zur Bewahrung der Straflosigkeit, macht aber zur selben Zeit ganz klar, dass „von einem ‚Weltstrafgericht‘ auch weltweite Ermittlungen zu erwarten sind“ (§ 6 Rn. 35). Straftheoretisch tritt *Ambos* m.E. ganz überzeugend für eine Überwindung primär vergeltender Konzepte ein. Stattdessen befürwortet er mit der in Deutschland herrschenden Lehre vor allem den Zweck der positiven Generalprävention (§ 5 Rn. 4); Völkerstrafe soll danach vor allem ein entstehendes weltgesellschaftliches Kollektivbewusstsein untermauern. Freilich ist auch diese Theorie gerade im Völkerstrafrecht nicht unproblematisch, da man dann in besonderer Weise Gefahr läuft, den Einzelnen selektiv im Interesse einer nur lose mit ihm verbundenen Weltgesellschaft zu instrumentalisieren, zumal hier nicht ohne Weiteres die Möglichkeit besteht, auf eine demokratische Mitwirkung am Normgebungsprozess zu verweisen; es besteht daher, wie auch *Ambos* anerkennt, der Bedarf einer weiteren theoretischen Präzisierung sowohl des genauen Strafzwecks als auch der (intrinsic fundierten) Strafbegrenzung. Was den generalpräventiven Strafzweck angeht, ist vor allem klar zu sehen, dass das (Völker-)Strafrecht durch die Sanktionierung eigentlich nicht direkt die Makroebene der gesamten (Welt-)Gesellschaft adressiert, sondern eine bestimmte Sub-Gruppe derselben (sog. Meso-Ebene): So werden etwa bei einer Ahndung von hauptverantwortlichen Völkermördern primär solche Personen als potentielle Täter adressiert, die sich überhaupt in der Lage und Stellung dazu befinden, ein Völkerrechtsverbrechen zu initiieren, also relativ wenige Personen, wobei der Täter selbst in diese transnationale Gruppe wiederum sozial vernetzt ist. Auf diese Weise lässt sich auch der völkerstrafrechtliche „Normgeltungsschaden“ wiederum mit dem Täter in Beziehung setzen, so dass man es auf dieser Grundlage

durchaus legitimieren kann, einen Täter vor der Weltgemeinschaft zu bestrafen, soweit er seine Verantwortung hierfür im diskursiven Prozess des Strafens nicht zurückweisen kann.⁴

Parallel zu dieser rechtspolitischen und theoretischen Diskussion wurde das Völkerstrafrecht auch inhaltlich zuletzt wieder reformiert, was *Ambos* gewohnt akribisch aufarbeitet. Schon in den Voraufgaben berücksichtigt wurden freilich die Ergebnisse von Kampala etwa im Hinblick auf das Aggressionsverbrechen und die Ausdehnung der Kriegsverbrechen der Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. xvii–xix IStGH-Statut auf den nicht-internationalen Konflikt. In die 5. Auflage hat *Ambos* nunmehr die zentralen Ergebnisse der 16. Vertragsstaatenversammlung vom 14.12.2017 eingepflegt, was besonders zu betonen ist, da im Vorwort eigentlich der Rechtsstand Anfang Dezember 2017 angegeben ist. Die Vertragsstaatenversammlung führte nicht nur zur Reformierung der Kriegsverbrechenstatbestände (§ 6 Rn. 34 mit Fn. 214), sondern auch dazu, dass der IStGH seine Zuständigkeit über das Aggressionsverbrechen nunmehr (seit dem 17.7.2018) tatsächlich ausüben kann (§ 7 Rn. 273). Dass dieser Fortschritt auf dem Weg zu einer globalen Strafjustiz für Kernverbrechen dadurch „erkauft“ wurde, dass der IStGH bei Staatenverweis oder proprio motu-Ermittlungen keine Zuständigkeit über Staaten hat, die die Vertragsänderung weder annehmen noch ratifizieren, vermerkt *Ambos* dabei kritisch. Anderes gilt wiederum nur bei einer Sicherheitsratsüberweisung, so dass die Sonderstellung dieses Gremiums, das ja allein die Befugnis hat, die Zuständigkeit des IStGH über Nicht-Vertragsstaaten zu erzwingen, noch verstärkt wird.

Auch die seit der Voraufgabe wiederum enorm angewachsene Rechtsprechung der internationalen Strafgerichtshöfe berücksichtigt *Ambos* auf instruktive Weise. Hervorgehoben sei etwa das Urteil des ICTY zum Fall von Radovan Karadžić (ICTY, Urte. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18). Ein zentrales Problem bei Karadžićs Verurteilung nach dem Völkermordtatbestand für die Taten in Srebrenica bestand bekanntlich darin, die Völkermordabsicht nachzuweisen. *Ambos* hebt hier hervor, dass sich die zuständige Verfahrenskammer in nicht unproblematischer Weise auf Indizienbeweise (circumstantial evidence), nämlich die Folgen von Karadžićs Handeln, berufen hat (§ 8 Rn. 48). Die Diskussion zeigt wiederum, wie schwierig es ist, historisch mehr oder weniger anerkannte Tatsachen in strafjuristische Entscheidungen zu übersetzen. Hinzuweisen ist auch noch auf die Ausführungen zum Al-Mahdi-Urteil des IStGH (Urte. v. 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15), in dem der IStGH erstmals einen Angeklagten aufgrund eines Geständnisses verurteilt hat (§ 8 Rn. 41). Denn im „guilty plea“-Verfahren des IStGH zeigt sich in besonderem Maße die von *Ambos* überzeugend diagnostizierte „gemischt adversatorisch-instruktorische“ Verfahrensstruktur des IStGH (§ 8 Rn. 61), nach der es „plea agreements“ (common law) gibt, die aber für die Verfahrenskammer unverbindlich sind (civil law).

V. Im deutlich erweiterten dritten Teil erörtert *Ambos* das europäische Strafrecht. Dieses ist bekanntlich vom umfassten

⁴ Ausführlich *Werkmeister*, Straftheorien im Völkerstrafrecht, 2015, S. 262 ff.

Themenbereich her sehr weit aufgefächert und reicht etwa von dem klassischen materiell-rechtlichen Streit, ob das in der EMRK verankerte Recht auf Leben tödliche Notwehr zum Schutz von Sachwerten untersagt (§ 10 Rn. 112 ff.), über die neueren strafprozessualen Fragen um das Konfrontationsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK (§ 10 Rn. 44 ff., 50 ff.) bis hin zum institutionellen Problem der Errichtung einer europäischen Staatsanwaltschaft (§ 13 Rn. 24 ff.). Von einem „echten“ europäischen Strafrecht kann man hier, wie *Ambos* festhält, nur insoweit sprechen, als „die hoheitliche Strafgewalt der Union – das *ius puniendi* – den einzelnen Bürgern der Mitgliedstaaten unmittelbar als Kriminalstrafrecht gegenübertritt“ (§ 9 Rn. 18), was nur in einem engen Gegenstandsbereich, insbesondere dem Schutz der finanziellen Interessen der Union, möglich erscheint, in dem es zudem so ist, dass die Durchsetzung unionaler Normen den Mitgliedstaaten (und nicht etwa einem „europäischen Strafgerichtshof“) obliegt (ausführlicher § 9 Rn. 19 ff.). Im Übrigen geht es um – freilich nicht minder wichtiges – „europäisiertes nationales Strafrecht“, d.h. um Einwirkungen des EU-Rechts und des Rechts der EMRK auf das nationale Strafrecht.

In dem gesamten Abschnitt des europäischen Strafrechts wird deutlich, für wie wichtig *Ambos* die europäische Einigung und das daran anknüpfende fundamentale, friedensbasierte (und zunehmend demokratisierte, vgl. *Reinbacher*, Strafrecht im Mehrebenensystem, 2014, S. 737 ff.) Rechtsprojekt hält. Besonders betont *Ambos* hier die grundrechtsschützenden Dimensionen, wobei er im strafprozessualen Bereich den fair trial-Grundsatz für den „Kern und zugleich den Oberbegriff der Verfahrensrechte“ (§ 10 Rn. 25) hält. In den noch einmal ausgebauten Ausführungen zum Grundrechtsschutz auf EU-Ebene finden sich aber auch Details zu strafrechtsrelevanten Richtlinien ebenso wie ein eigener Abschnitt zur Datenschutz-Grundverordnung (§ 10 Rn. 154 f.). Umgekehrt ist aber auch festzustellen, dass *Ambos* an bestimmten Punkten recht deutlich einen Entwicklungsbedarf des europäischen Strafrechts anmahnt. Die EU sei im Ursprung „keine Menschenrechtsorganisation“, sondern ein „marktbasierter Staatenverbund“, der sich erst noch zu einem „Werteverbund“ weiterentwickeln müsste. In der Folge kritisiert *Ambos* etwa den bisher nicht erfolgten Beitritt der EU zur EMRK infolge der Plenarentscheidung des EuGH v. 18.12.2014 (vgl. § 10 Rn. 4 ff.). Ebenso äußert er gegen assimilierende Verweisungen von EU-Recht auf das nationale Recht Bedenken, zumal zu verhindern sei, dass „die Union damit – im Wege der Ausdehnung der Reichweite vorfindlicher nationaler Strafgesetze – unmittelbar geltendes supranationales Unionsrecht schafft und faktisch ihre in diesen Bereichen mangelnde Strafrechtssetzungsbefugnis [...] überspielt“ (§ 11 Rn. 24); im umgekehrten Fall der Verweisung von nationalem Recht auf EU-Recht zeichnet er die verfassungsrechtlichen Probleme, vor allem in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot nach, die besonders bei sog. dynamischen Verweisen auftreten (§ 11 Rn. 32 ff.). Zudem betont er, was die Harmonisierung angeht, die Notwendigkeit, die EU-Bürger nicht nur mittels des Strafrechts, sondern auch vor dem Strafrecht zu schützen, wobei er insoweit auf die GRCh,

die Grundfreiheiten sowie die klassischen Strafbegrenzungsprinzipien verweist (§ 11 Rn. 8); nicht nur – aber auch – durch EU-Mindestvorschriften besteht in der EU die Gefahr einer Überkriminalisierung. Die Entwicklung einer europäischen bzw. EU-strafverfassungsrechtlich fundierten Strafbegrenzungs- und Kriminalisierungstheorie steht freilich noch aus; sie bedarf der gemeinschaftlichen Anstrengung der europäischen Strafrechtswissenschaft.

Auch die in jüngster Zeit besonders heiß diskutierteuropastrafrechtlichen Themen werden im „Ambos“ instruktiv verarbeitet. Hervorzuheben sind zunächst die Probleme im Hinblick auf den Europäischen Haftbefehl. Dieses Institut, das die Mitgliedstaaten grundsätzlich dazu verpflichtet, die Haftbefehle anderer Mitgliedstaaten ohne vertiefte Überprüfung zu vollstrecken, setzt voraus, dass man den Ausstellungsstaaten im Hinblick auf die Achtung der Grundrechte und Rechtsstaatlichkeitsstandards vertrauen kann. Auf diesem Vertrauen beruht der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (§ 9 Rn. 26), der hinter dem Europäischen Haftbefehl steht. *Ambos* ist hinsichtlich der notwendigen Vertrauensbasis zwischen den EU-Staaten indes bemerkenswert skeptisch: Man stelle hier teilweise die „hohle Behauptung eines ‚hohen Maßes an Vertrauen und Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten‘ in den Raum [...], welche jedoch – mit zunehmender Erweiterung der EU – immer mehr zu einer Brüsseler bzw. Luxemburger Phantasmagorie“ werde (§ 12 Rn. 51). Zu berücksichtigen ist freilich, dass der EuGH konkret in Bezug auf den Europäischen Haftbefehl mittlerweile Ablehnungsgründe anerkannt hat, die den Anspruch „gegenseitigen Vertrauens zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen“ relativieren – weshalb auch *Ambos* nicht bei der Grundsatzkritik stehen bleibt. Insbesondere in der Rechtssache Aranyosi und Căldăraru hat der EuGH (Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU) mittlerweile entschieden, dass bei Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ eine Beschränkung der Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung in Betracht kommt; erforderlich sei eine sog. „echte Gefahr“, dass die zu überstellende Person aufgrund der Haftbedingungen im Ausstellungsstaat einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt ist (dazu §§ 10 Rn. 158; 12 Rn. 53, 60). *Ambos* möchte gegenüber diesem Ausnahmeverbehalt noch einen Schritt weitergehen, und die Pflicht zur Vollstreckung von Europäischen Haftbefehlen unter einen generellen Grundrechtsvorbehalt stellen (§ 12 Rn. 53). Dies dürfte wohl in der Tat eine erste Konsequenz dessen sein, dass auch das Überstellungs- bzw. Auslieferungsrecht nicht allein eine zwischenstaatliche, sondern eine das einzelne Individuum betreffende Materie darstellt. Die zwangsweise Überstellung an einen anderen Mitgliedstaat erscheint auch innerhalb der EU gegenüber dem Betroffenen rechtfertigungsbedürftig; konsequent ist auch hier dann von einem „Primat der Individualrechte“ auszugehen.⁵ Dieser Ansicht scheint auch das BVerfG zuzuneigen, das in seinem Urteil v. 5.12.2015 (NJW 2016, 1149) zum

⁵ Vgl. dazu *Roger*, Grund und Grenzen transnationaler Strafrechtspflege, 2016, S. 69 ff.

Europäischen Haftbefehl bei Abwesenheitsverfahren die Ansicht vertreten hat, dass Europäischen Haftbefehlen „nach unionsrechtlichen Maßstäben nicht Folge zu leisten [ist], wenn [...] die Auslieferung mit einer Verletzung der unionalen Grundrechte einherginge“. Die Verarbeitung der jüngsten, nicht unproblematischen Wendung der EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache Celmer (EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU) bleibt freilich der 6. Auflage vorbehalten; dort hat der EuGH zwar prinzipiell anerkannt, dass auch eine Gefährdung des Rechts auf ein unabhängiges Gericht, das zum Wesensgehalt der Verfahrensfairness gehöre, eine Ausnahme von der Pflicht, Europäische Haftbefehle zu vollstrecken, begründen kann, die konkreten Anforderungen jedoch so sehr hochgeschraubt, dass eine Nichtvollstreckung im Hinblick auf polnische Haftbefehle trotz der bedenklichen Reformen insoweit kaum je in Betracht kommen wird.

Zuletzt sei noch die Debatte um die Entwicklung einer Europäischen Staatsanwaltschaft erwähnt. Mit der Verordnung 2017/1939 des Rates v. 12.10.2017 wird die Europäische Staatsanwaltschaft nun auf die verstärkte Zusammenarbeit in Art. 86 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV gestützt. Die sachliche Zuständigkeit der EU-Strafverfolgungsbehörde soll danach durch ein Betroffensein der finanziellen Interessen der EU begründet werden können; sie bezieht sich damit allein auf die Auswirkungen einer möglichen Tat, ohne dass ein grenzüberschreitendes Element vorausgesetzt wäre. Diese Entwicklung wird von *Ambos* wiederum kritisch reflektiert. Er plädiert als Korrektiv für eine Art Komplementaritätsmodell, wie es sich auf Ebene des IStGH bewährt hat (§ 13 Rn. 24 ff.) und hebt zudem hervor, dass der EU-Staatsanwaltschaft schon aus Gründen der Waffengleichheit eine europäische Strafverteidigung zur Seite gestellt werden müsste.

VI. Damit dürfte deutlich geworden sein, dass es das Lehrbuch durchgehend schafft, den Bogen zu spannen von grundlagenorientierten dogmatischen Konzeptionen über die Falllösung und Rechtsprechung im Einzelfall bis hin zur internationalen Kriminalpolitik. *Ambos'* 5. Auflage des Internationalen Strafrechts ist damit eine uneingeschränkte Empfehlung sowohl für die Wissenschaft als auch für die Praxis. *Ambos* stellt den Stoff nicht nur umfassend und mit zahlreichen instruktiven Vertiefungshinweisen dar, sondern bezieht in einer spezifisch *internationalen* Weise Stellung, so dass das Lehrbuch wiederum einen meinungsstarken Ankerpunkt für die weitere Diskussion darstellt. Das internationale Strafrecht befindet sich unterdessen weiter im Wandel; insbesondere steht der EU-Austritt Großbritanniens bevor, der auch nicht ohne Auswirkungen auf das Strafrecht bleiben wird. Man kann schon gespannt sein, wie *Ambos* in der 6. Auflage die allerneueste Entwicklung einordnen und beurteilen wird; sicher erscheint, dass er damit die Diskussion wie durch die hier besprochene 5. Auflage wiederum mitprägen wird.

Wiss. Mit. Dr. Andreas Werkmeister, Berlin

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

André M. Szesny/Thorsten Kuthe (Hrsg.), Kapitalmarkt Compliance, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2. Aufl. 2018, 532 S., € 194,99.-

Compliance im Bereich des Kapitalmarktes, aber auch im Allgemeinen, hat über die vergangenen Jahre, d.h. auch seit dem Erscheinen der 1. Auflage¹ des Werkes, nicht an Bedeutung verloren, sondern im Gegenteil noch erheblich an Wichtigkeit gewonnen. Dieser Umstand zeigt sich nicht nur am Umfang des vorliegenden Werkes, der im Vergleich zur 1. Auflage noch einmal deutlich angestiegen ist, sondern insbesondere auch in Form der verstärkten gesetzgeberischen Tätigkeit in diesem Bereich. Bereits im Vorwort zur 2. Auflage weisen die Autoren zutreffend darauf hin, dass insbesondere auf europäischer Ebene eine rege Rechtsetzungsaktivität seit 2014 stattgefunden hat, die (auch) den Bereich der Kapitalmarkt-Compliance wesentlich prägen wird bzw. bereits geprägt hat. Diese neueren Entwicklungen greift die 2. Auflage auf und bindet sie ein in den Kontext der Erläuterungen, die bereits Gegenstand der 1. Auflage des Werkes waren.

I. Inhaltsübersicht

Bereits bei der ersten Lektüre der Inhaltsübersicht bzw. des Inhaltsverzeichnisses zeigt sich, dass die insgesamt 38 Autoren, die ihre fachliche Expertise auf insgesamt 33 Kapiteln ausgebreitet haben, in eingehender Tiefe das Feld der Kapitalmarkt-Compliance aufbereitet haben.

Der erste Teil des Werkes (S. 1 ff.) enthält neben einführenden Ausführungen zu dem Themenfeld einen (ersten) Problemaufriss und konzentriert die Aufmerksamkeit des Lesers auf die Historie der Compliance-Vorschriften sowie die sich in diesem Zusammenhang ergebenden Rechte und Pflichten der Betroffenen, die aufgrund der bereits erwähnten regen Rechtsetzungstätigkeit in dem Bereich der Compliance-relevanten Vorschriften einer Vielzahl von zu beachtenden Vorgaben gegenüberstehen, die teilweise erhebliche (auch strafrechtliche) Rechtsfolgen nach sich ziehen. Gerade die hohe Regulierungsdichte im Kapitalmarktrecht, auf die die Autoren bereits in der Einführung zutreffend hinweisen, erfordert von den Verpflichteten eine sorgfältige Prüfung der erforderlichen Compliance-Maßnahmen.

Der zweite Teil des Buches (S. 21 ff.) behandelt – wie bereits in der 1. Auflage – die Emittenten-Compliance und bietet einen Leitfaden für den Aufbau einer kapitalmarktbezogenen Compliance-Organisation bei Emittenten an. Zugleich werden im zweiten Teil die Ad-hoc-Publizität in Unternehmen, die Eigengeschäfte von Führungskräften (sog. Directors' Dealings)², Stimmrechtsmitteilungen aus Compli-

ance-Sicht, der Deutsche Corporate Governance Kodex³ und seine Bedeutung für die Kapitalmarkt-Compliance sowie die Regelpublizität betrachtet. In diesem zweiten Teil und hier insbesondere im 2. Kapitel behandeln die Autoren eingehend die (auch praktischen) Vorgaben zur Etablierung eines ordnungsgemäßen Compliance-Managements. Einen breiten Raum widmen die Autoren hierbei auch den praktischen Problemen bei der Etablierung einer Compliance-Abteilung unter besonderer Berücksichtigung der Emittenten-Compliance (S. 27 ff.). In ihrer kapitelbezogenen Zusammenfassung (S. 52 f.) legen die Autoren das Augenmerk – noch einmal – auf die umfassende Pflicht zur Etablierung eines Informationserfassungs- und Meldesystems, das nur in einer umfassenden Form den einzelnen Verpflichteten dazu befähigt, der eigenen Legalitätspflicht sowie die ihn treffenden Informations-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten gerecht zu werden. An diese Zusammenfassung schließen sodann umfangreiche Ausführungen zur Ad-hoc-Publizität⁴ bzw. zu den bereits erwähnten weiteren Aspekten (Stichwort: Directors' Dealings) an.

Der dritte Teil des Werkes (S. 249 ff.) behandelt sodann die transaktionsbezogene Compliance und hierbei insbesondere die äußerst relevanten Sachverhalte der Compliance bei Börsengang und Kapitalerhöhung (S. 251 ff.), bei M&A-Transaktionen einschließlich öffentlicher Übernahmen (S. 283 ff.), dem Erwerb eigener Aktien (S. 309 ff.), der Hauptversammlung (S. 355 ff.) und der Mitarbeiterbeteiligungsmodelle (S. 417 ff.). Beispielhaft sei insoweit auf das 8. Kapitel, das die Compliance bei Börsengang und Kapitalerhöhung behandelt, eingegangen. In diesem 8. Kapitel wird durch die Autoren umfassend auf die Problematik der Kommunikation und der Marktsondierung in der Planungs- und Vorbereitungsphase des Börsengangs bzw. der Kapitalmaßnahme eingegangen (S. 257 ff.), wobei (auch) bereits diese – frühe – Phase ein erhebliches Gefahrenpotential für den Verpflichteten bietet. Zugleich wird durch die Autoren auf die Verknüpfung zu den ggf. eintretenden zusätzlichen Pflichten aus dem Insiderrecht und der Ad-hoc-Publizität im Rahmen der Vorbereitung von Kapitalerhöhungen eingegangen (S. 271 ff.).

Die Darstellung der kreditwesenrechtlichen Compliance-Pflichten ist Gegenstand des vierten Teils des Werkes (S. 441 ff.) und umfasst die besonderen Organisationspflichten von

³ Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist in aktueller Fassung über die Internetpräsenz der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex abrufbar unter https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/170424_Kodex.pdf (24.9.2019).

⁴ Zur Ad-Hoc-Publizität nach Art. 17 MAR siehe bereits *Hopt/Kumpfan*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2017, § 107 Rn. 133 ff. Zur Ad-Hoc-Publizität im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern gem. § 93 AktG siehe *Spindler*, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 159 ff.

¹ Besprochen von *Engel*, ZIS 2018, 84.

² Zu der Zulässigkeit von Directors' Dealings nach der Marktmissbrauchsverordnung siehe bereits *Stüber*, DStR 2016, 1221; *Zöllner-Petzoldt/Höhling*, NZG 2018, 687; *Rubner/Pospiech*, NJW-Spezial 2015, 719.

Instituten nach § 25a Abs. 1 KWG⁵ (S. 443 ff.) und den Aufbau einer Compliance-Organisation nach § 25a KWG in der Praxis sowie die (erforderlichen) internen Sicherungsmaßnahmen gemäß § 25h KWG (S. 488 ff.). Hinsichtlich des letztgenannten Themenfeldes bieten die Autoren eine umfassende Analyse der Regelung des § 25a KWG sowie der daraus resultierenden Vorgaben zur Implementierung eines Compliance-Managements.⁶ § 25h KWG fordert von den Instituten nämlich – neben den Organisationspflichten nach § 25a Abs. 1 KWG – ein angemessenes Risikomanagement sowie die Implementierung von Verfahrensgrundsätzen, die neben der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung auch die Prävention sonstiger strafbarer Handlungen umfassen. Die Vorgaben im Einzelnen werden von den Autoren unter Ziffer II im 14. Kapitel (S. 494 ff.) umfassend aufbereitet.

Demgegenüber behandelt der fünfte Teil des Buches (S. 529 ff.) Vorgaben zum Compliance-Management betreffend die Finanzdienstleister. Neben dem Aufbau einer Compliance-Funktion (S. 531 ff.), werden die Organisation des Meldewesens nach Art. 26 MiFIR⁷ (S. 593 ff.), Wertpapierdienstleistungen bei Kundenberatungen (S. 606 ff.) sowie bei der Auftragsausführung (S. 719 ff.) sowie die Erstellung und Weitergabe von Finanzanalysen und Anlageempfehlungen aus Compliance-Sicht (S. 744 ff.) behandelt.

Der sechste Teil (S. 807 ff.) behandelt zunächst die allgemeinen straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Grundsätze (S. 809 ff.), bevor sodann die Erfordernisse des Compliance-Managements zur Vermeidung der Betrugsstraftaten gemäß §§ 263, 264a, 265b StGB (S. 868 ff.), etwaige untreuerelevante Risiken (S. 911 ff.) sowie die Compliance zur Vermeidung von strafbarem Verleiten zu Börsenspekulationsgeschäften (§§ 26, 49 BörsG)⁸ dargestellt werden (S. 936 ff.).

⁵ Zu § 25a KWG und seiner Vorgaben im Einzelnen eingehend *Braun*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, KWG § 25a Rn. 1 ff.; ebenso *Bottmann*, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. 2.1. Rn. 12 ff.

⁶ Zu dieser Thematik siehe auch *Braun* (Fn. 4), KWG § 25a Rn. 1 ff.; *Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. 2, 224. Lfg., März 2019, KWG § 25a Rn. 1 ff. Die Thematik wird auch von *Bottmann* (Fn. 4), Kap. 2.1. Rn. 12 ff., aufgegriffen.

⁷ Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (Markets in Financial Instruments Regulation – MiFIR), ABI. EU Nr. L 173, S. 84 ff.

⁸ Zu der Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften im Sinne des § 26 BörsG siehe *Kumpfan*, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 38. Auflage 2018, BörsG § 26 Rn. 1 ff.; *Groß*, in: Groß (Hrsg.), Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2016, BörsG § 26 Rn. 1 ff. Eine umfassende Kommentierung der Strafvorschriften der §§ 26, 49 BörsG bietet *Bröker*, in:

Der siebente Teil (S. 973 ff.) behandelt sodann Rechtsfragen rund um die Vermeidung von Pflichtverstößen im Aufsichtsbereich, wobei die Autoren insoweit – neben weiteren Themen – ein großes Augenmerk auf die Vermeidung korruptionsrelevanter Verstöße (S. 999 ff.) sowie die Compliance zur Vermeidung von Insiderverstößen (S. 1107 ff.) legen.

Der achte Teil (S. 1193 ff.) behandelt Kapitalmarktordnungswidrigkeiten, bevor sodann der neunte und letzte Teil des Werkes (S. 1311 ff.) den Umgang mit Verstößen im Compliance-Bereich aufarbeitet. Hierbei werden auch Vorgaben zu internen Untersuchungen im börsennotierten Unternehmen (S. 1332 ff.) sowie zur Ermittlung durch Externe (S. 1350 ff.) aufgestellt. Der Fokus liegt hierbei zunächst in der Bestimmung der Bedrohungslage im Unternehmen (S. 1333 f.), bevor sodann die Etablierung eines sog. Fraud Management Teams dargestellt wird (S. 1334 f.)

II. Bewertung

Die 2. Auflage des Handbuchs von Szesny und Kuthe zur Kapitalmarkt-Compliance verstärkt den äußerst positiven Eindruck, der sich bereits aus der 1. Auflage des Werkes ergeben hat. Es zeigt sich auch durch die neuerliche Auflage, dass die Autoren nicht nur eine Vielzahl von Themengebieten behandeln, sondern die einzelnen Themengebiete für den Rechtsanwender auch für die praxisnahe Anwendung eingehend aufbereitet werden. Durch die Lektüre des Werkes hat der Rechtsanwender eine hervorragende Möglichkeit, einzelne Problemfelder zu erfassen und Maßnahmen in der alltäglichen Anwendung zu ergreifen, die es ihm ermöglichen, Rechtsverstöße gegen compliance-rechtliche Vorgaben zu vermeiden.

Auch in der 2. Auflage gelingt es den Autoren somit, die einzelnen Thematiken zum einen umfassend und gründlich aufzubereiten, zum anderen aber trotz der Fülle der Informationen diese praxisnah darzustellen, sodass es dem Rechtsanwender möglich ist, praktische Probleme – etwa bei der Implementierung eines eigenen Compliance-Management-Systems – durch Lektüre des Werkes von Szesny und Kuthe zu bewältigen.

Bereits die 1. Auflage behandelte Themen, die von höchster Aktualität geprägt waren. Diesen Aktualitätsbezug hat die 2. Auflage nicht verloren und bietet durch die Inbezugnahme vergangener compliance-relevanter Sachverhalte umfassende Verhaltensleitlinien für den Rechtsanwender. Aus diesen Gründen ist die Lektüre des Werkes von Szesny und Kuthe denjenigen Personen unbedingt zu empfehlen, deren Geschäfts- oder Beratungstätigkeit im Bereich des Kapitalmarktes und seiner juristischen Bezüge liegt.

Abgerundet wird das positive Urteil über die 2. Auflage durch die ausführliche und eingehende Darstellung der strafrechtlichen Relevanz der Thematik, die insbesondere im siebenten Teil des Werkes exzellent aufbereitet wurde. Die strafrechtliche Relevanz ist im Kontext des (eigenen) Com-

Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Bd. 7, 3. Aufl. 2019, BörsG § 49 Rn. 1 ff.

pliance-Managements nicht zu unterschätzen und wird auch von den Autoren zu Recht deutlich hervorgehoben.

Trotz des großen Umfangs des Werkes in der 2. Auflage, die sich über insgesamt 1.512 Seiten (ohne Sachverzeichnis) erstreckt, mutet das Werk zu keinem Zeitpunkt als nicht handhabbar an, sondern bietet eine hervorragende Unterstützung nicht nur des Verpflichteten, sondern auch des (internen und/oder externen) Beraters, da durch die Autoren eine umfassende Behandlung der compliance-relevanten Thematiken geboten wird. Das Werk von Szesny und Kuthe ist somit auch in der 2. Auflage in höchstem Maße zum Kauf zu empfehlen.

Rechtsanwalt Dr. Julian Engel, Koblenz