

AUSGABE 12/2013

S. 483 - 536

8. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafprozessrecht

**§ 153a StPO bei weiter aufklärbarem Verdacht eines Verbrechens?
Überlegungen aus Anlass der vorläufigen Einstellung des Bremer Brechmittelverfahrens**

Von Prof. Dr. Mark Deiters, Akad. Rätin Dr. Anna Helena Albrecht,
Münster 483

Strafrecht

**Der transnationale Geltungsbereich des deutschen
Verbandsstrafrechts – de lege lata und de lege ferenda**

Von Dr. Anne Schneider, LL.M. (U.W.E.), Bonn 488

Völkerstrafrecht

**Die Tatbestandsmerkmale der Vergewaltigung im
Völkerstrafgesetzbuch von Deutschland**

Von Dr. Alexandra Adams, Beirut 500

Strafrecht

Ein evidenzbasierter Blick auf die Beschneidungsdebatte

Von Hendrik Pekárek, Berlin 514

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

**BVerfG, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07
(Zur Verfassungsmäßigkeit des Anti-Terror-Datei-Gesetzes)
(Stud. iur. Jan-Willem Prügel, Heidelberg)**

529

BUCHREZENSIONEN

Steuerstrafrecht

**Stefan Rolletschke, Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2012
(Oberregierungsrat Dr. Thomas Möller, Osnabrück)**

535

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. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus
Wagner

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

§ 153a Abs. 2 StPO bei weiter aufklärbarem Verdacht eines Verbrechens? Überlegungen aus Anlass der vorläufigen Einstellung des Bremer Brechmittelverfahrens

Von Prof. Dr. Mark Deiters, Akad. Rätin Dr. Anna Helena Albrecht, Münster

I. Verdacht der Körperverletzung mit Todesfolge als Ausgangspunkt

Am 31.10.2013 hat das Schwurgericht I des LG Bremen ein neun Jahre andauerndes Strafverfahren, das als sog. Brechmittelverfahren bekannt wurde, durch Beschluss gem. § 153a Abs. 2 StPO gegen eine an die Mutter des verstorbenen Tatopfers zu zahlende Geldauflage in Höhe von 20.000 € vorläufig eingestellt. Dem Angeklagten, einem approbierten Arzt, war vorgeworfen worden, am 27.12.2004 im Rahmen seiner Tätigkeit für einen privaten Beweissicherungsdienst an dem des Drogenhandels verdächtigen Tatopfer eine sog. Exkorporation vorgenommen zu haben, bei welcher durch die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln und Wasser nicht nur das Erbrechen von mehreren Kokainkügelchen bewirkt wurde, sondern auch Mageninhalt und Wasser in die Lunge gelangt waren, weil der Betroffene den Kiefer zusammenhielt. In Folge eines dadurch bedingten Sauerstoffmangels fiel das Opfer ins Koma und verstarb zwei Wochen später.¹

Wegen dieses Vorfalls hatte das LG Bremen den Angeklagten zunächst mit Urteil vom 4.12.2008 vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung freigesprochen. Der BGH hob diese Entscheidung am 29.4.2010 einschließlich der zugrunde liegenden Feststellungen auf. Das Tatgericht habe „die getroffenen Feststellungen nicht mit Blick auf wesentliche [...] berufliche Sorgfaltspflichten des Angeklagten gewürdigt“ und sei „im Hinblick auf den in Anspruch genommenen Vertrauensgrundsatz von einem unzutreffenden Maßstab aufgrund einer teils widersprüchlichen und nicht erschöpfenden Würdigung der festgestellten Umstände ausgegangen.“² Der zuständige Senat verwies das Verfahren wegen dieser Mängel aber nicht nur einfach an eine andere große Strafkammer, sondern an eine Schwurgerichtskammer des LG Bremen zurück. Die Begründung: Es sei nicht auszuschließen, dass sich das Verhalten des Angeklagten – auch unter Berücksichtigung der im Tatzeitpunkt vonseiten der Rechtsprechung grundsätzlich angenommenen Rechtfertigung einer beweisichernden Drogenexkorporation gem. § 81a StPO³ – als Körperverletzung mit Todesfolge darstelle.⁴

¹ Siehe LG Bremen, Pressemitteilung v. 1.11.2013 – 64/2013, <http://www.landgericht.bremen.de/sixcms/media.php/13/PM%2064-13%20Brechmittelverfahren%20vorl%E4ufig%20beendet.pdf> (7.12.2013).

² BGHSt 55, 121 (130 Rn. 24).

³ BGHSt 55, 121 (130 Rn. 23); nachdem das BVerfG 1999 in einem Nichtannahmebeschluss über eine Verfassungsbeschwerde von einer Vereinbarkeit dieser Praxis jedenfalls mit der Menschenwürde und der Selbstbelastungsfreiheit ausgegangen war (BVerfG NSTZ 2000, 96), hat der EGMR (NJW 2006, 3117) sie mittlerweile wegen Verstoßes gegen das Folterverbot aus Art. 3 EMRK und das Gebot eines fairen Verfahrens aus Art. 6 EMRK für konventionswidrig erklärt.

⁴ BGH, Urte. v. 29.4.2010 – 5 StR 18/10 = BGHSt 55, 121 (137 Rn. 40 f.).

Die Sache wurde daraufhin ein zweites Mal vor dem LG Bremen verhandelt, das in seinem Urteil vom 14.6.2011 erneut zu einem Freispruch gelangte. Auf die vonseiten der Nebenklage erhobene Revision hob der 5. Strafsenat des BGH aber auch diese Entscheidung mitsamt den Feststellungen auf.⁵ In der Begründung übt der Senat deutliche Kritik an der tatrichterlichen Entscheidung: Das Schwurgericht habe gleich mehrfach gegen die Bindungswirkung der früheren Senatsentscheidung verstoßen.⁶ Auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts sei eine Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge, also eines Verbrechens, geboten.⁷

II. Problematik des unaufgeklärten Verbrechensverdachts bei einer Einstellung gem. § 153a StPO

Angesichts dieser Vorgeschichte muss der (zumindest vorläufige) Abschluss des Bremer Brechmittelverfahrens überraschen. Eine Einstellung gem. § 153a StPO ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nur bei einem Vergehen zulässig. Wie aber ist es dann möglich, dass das Verfahren dennoch gegen Zahlung einer Geldauflage eingestellt wurde? Begründen lässt sich das nur mit neuen tatsächlichen Feststellungen, die der Bewertung des Geschehens durch den 5. Strafsenat des BGH als Körperverletzung mit Todesfolge den Boden entziehen. Genau dies war nach Einschätzung des LG Bremen offenbar der Fall. Jedenfalls findet sich in seinem Einstellungsbeschluss die Aussage: „Ein hinreichender Tatverdacht einer Körperverletzung mit Todesfolge gemäß § 227 StGB besteht [...] nicht mehr.“⁸ Ausführlicher verhält sich dazu die einschlägige Pressemitteilung vom 1.11.2013, der zufolge aufgrund der erstmaligen und ausführlichen Einlassung des Angeklagten sowie der Aussage eines während der Exkorporation herbeigerufenen Notarztes nach Einschätzung der Kammer „auf der Grundlage der bis dahin durchgeführten Beweisaufnahme voraussichtlich keine Feststellungen getroffen werden können, die eine Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge gemäß § 227 StGB (Strafgesetzbuch) tragen könnten.“

Weitere Einzelheiten werden nicht mitgeteilt. Es lässt sich deshalb nicht beurteilen, ob der Einstellung des Verfahrens – nunmehr – eine zutreffende rechtliche Bewertung der Voraussetzungen des § 227 StGB zugrunde liegt. Das freilich ist ein allgemeines Problem der Verfahrenserledigung nach § 153a StPO, die überhaupt nicht und deshalb auch nicht hinsichtlich einzelner Rechtsfragen begründet werden muss. Dass es angesichts der Verfahrensgeschichte angemessen gewesen wäre,

⁵ BGH, Urte. v. 20.6.2012 – 5 StR 536/11 = NJW 2012, 2453.

⁶ BGH, Urte. v. 20.6.2012 – 5 StR 536/11 = NJW 2012, 2453 Rn. 12.

⁷ BGH NJW 2012, 2453 Rn. 13: „Entgegen der Auffassung der Schwurgerichtskammer ergeben die durch sie getroffenen Feststellungen ohne Weiteres die Voraussetzungen einer Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 StGB.“

⁸ Abgedruckt bei LG Bremen, Pressemitteilung v. 1.11.2013 (Fn. 1).

die Feststellung eines nicht mehr hinreichenden Verdachts einer Körperverletzung mit Todesfolge in dem Einstellungsbeschluss näher zu erläutern, mag man im Hinblick auf das berechnete Informationsinteresse der Öffentlichkeit trotzdem für naheliegend erachten; eine Rechtspflicht folgt daraus nicht.

Die Entscheidung des LG Bremen wirft aber – unabhängig vom konkreten Fall – die grundlegendere Frage auf, ob allein die auf eine noch nicht vollständig durchgeführte Beweisaufnahme gegründete Voraussicht, der Vorwurf eines Verbrechens werde sich in der Hauptverhandlung nicht bestätigen lassen, genügen kann, den Anwendungsbereich des § 153a Abs. 2 StPO zu eröffnen. In der Literatur finden sich dazu nur vereinzelt Äußerungen. Es wird davon ausgegangen, dass die Staatsanwaltschaft einem bestehenden Verbrechensverdacht nachgehen müsse, weshalb eine Anwendung des § 153a Abs. 1 StPO so lange ausscheide, wie sich der Verdacht noch durch weitere Erforschung des Sachverhalts verdichten könne.⁹ In der Situation einer laufenden Hauptverhandlung käme eine Einstellung nach § 153a Abs. 2 StPO damit erst in Betracht, wenn sich der Verdacht des Verbrechens nach der jedenfalls hinsichtlich dieses Vorwurfs vollständig durchgeführten Beweisaufnahme sowohl nach Einschätzung des Gerichts als auch der Staatsanwaltschaft nicht in hinreichendem Maße bestätigt hat. Das LG Bremen hätte sich also – falls diese Annahme zutrifft – nicht mit der bloßen Aussicht, der Verdacht des Verbrechens werde sich nicht bestätigen lassen, zufrieden geben dürfen, sondern den Sachverhalt in der Hauptverhandlung weiter aufklären müssen, bis entweder der Verbrechensverdacht vollständig aufgeklärt ist oder aber alle Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft sind.

III. Unterschiedliche Funktionen der Voraussetzung eines hinreichenden Vergehensverdachts und des Fehlens eines hinreichenden Verbrechensverdachts

Die Regelung des § 153a Abs. 1, Abs. 2 StPO spricht zunächst für diese Sichtweise. Sie verlangt ihrem Wortlaut nach das Vorliegen eines Vergehens, und es ist nicht ersichtlich, dass bereits die fundierte Vermutung, dass die Tat kein Verbrechen ist, ausreichen würde. Allerdings wird aus diesem nach allgemeiner Überzeugung auch nicht gefolgert, dass vor einer Einstellung schon dem Vorliegen überhaupt eines straf-

⁹ *Beulke*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 153a Rn. 16 i.V.m. § 153 Rn. 9; zust.: *Beukelmann*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozeßordnung, Stand: 28.1.2013, 2. Aufl. 2012, § 153a Rn. 40 i.V.m. § 153 Rn. 23; sachlich wohl übereinstimmend, aber zu weitgehend in der Formulierung *Diemer* (in: Hannich [Hrsg.], Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 153a Rn. 9), der annimmt, „der strafrechtliche Sachverhalt [müsse] in einem Maß ermittelt sein [...], dass keine Anhaltspunkte für ein Verbrechen vorliegen.“ Eine Einstellung nach § 153a Abs. 1 StPO ist aber gewiss auch dann zulässig, wenn nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten Verdachtsmomente bzgl. eines Verbrechens verbleiben, aber ein hinreichender Tatverdacht nur bzgl. eines Vergehens besteht.

baren Verhaltens des Beschuldigten so weit wie möglich nachzugehen ist – obwohl er im Gegensatz zu dem des § 153 Abs. 1 StPO scheinbar die Begehung einer Straftat, und nicht nur die hypothetische Schuld des Beschuldigten voraussetzt. Eine Einstellung ist nach allgemeiner Meinung bereits dann zulässig, wenn ein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich der dem Beschuldigten vorgeworfenen Straftat besteht.¹⁰ Als Beurteilungsgrundlage reicht dabei sowohl für die staatsanwaltschaftliche als auch die gerichtliche Einstellung jedenfalls der staatsanwaltschaftlich ausermittelte Sachverhalt aus.¹¹ Die wesentlich weitere Praxis verlangt freilich noch nicht einmal diese Anklagereife.¹²

Muss der hinreichende Verdacht der Straftat, wegen derer das Verfahren eingestellt wird, nicht auf bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung, d.h. in der Hauptverhandlung nicht auf einer umfassenden Beweisaufnahme beruhen, so ist es auf den ersten Blick folgerichtig, auch für die Feststellung, dass kein hinreichender Verbrechensverdacht besteht, auf eine entsprechende Tatsachengrundlage zu verzichten. Von dieser Auslegung ging offenbar das LG Bremen aus: Seine Aussage, der Verbrechensverdacht lasse sich voraussichtlich nicht beweisen, bedeutet nichts anderes, als dass eine Verurteilung aus § 227 StGB nicht überwiegend wahrscheinlich und der Angeklagte daher einer Körperverletzung mit Todesfolge nicht hinreichend verdächtig war. Zugleich wird eingeräumt, dass weitere Aufklärungsmöglichkeiten bestanden, aber nicht ergriffen wurden.

Selbst wenn man für eine Einstellung nach § 153a Abs. 1 StPO keinen ausermittelten Sachverhalt voraussetzt, ist es aber alles andere als zwingend, Gleiches auch hinsichtlich der Klärung eines etwa im Raum stehenden Verbrechensverdachts anzunehmen. Ein hinreichender Verbrechensverdacht sperrt

¹⁰ Statt vieler BVerfG NStZ-RR 1996, 168 (169); *Beulke* (Fn. 9), § 153a Rn. 40; *Diemer* (Fn. 9), § 153a Rn. 11; *Weßlau*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 4. Aufl. 2011, § 153a Rn. 25.

¹¹ *Beulke* (Fn. 9), § 153a Rn. 40; *Gercke*, in: Julius u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 153a Rn. 13; *Schulenburg*, JuS 2004, 767 (769); *Weßlau* (Fn. 10), § 153a Rn. 25. Die herrschende Ansicht in der Literatur hält damit an dem in §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO verankerten Gebot umfassender Sachverhaltserforschung fest. Dafür sprechen der Wortlaut des § 153a Abs. 1 StPO und systematische Erwägungen: Anders als § 153 StPO gestattet § 153a StPO ein Absehen nicht schon von der Verfolgung, d.h. der Sachverhaltserforschung, sondern erst von einer Erhebung der öffentlichen Klage. Damit müssen die Voraussetzungen einer Entscheidung gem. § 170 Abs. 1 StPO gegeben sein, sodass ein hinreichender Tatverdacht auf Grundlage eines ausermittelten Sachverhalts bestehen muss. Bei dieser Sichtweise ist es selbstverständlich, dass jedenfalls die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zugleich verpflichtet ist, einen bestehenden Verbrechensverdacht so weit wie möglich aufzuklären.

¹² Siehe etwa *Dahs*, NJW 1996, 1192; *Fezer*, ZStW 106 (1994), 1 (27 m.w.N.); *Siegismund/Wickern*, wistra 1993, 81 (85); *Weßlau* (Fn. 10), § 153a Rn. 25.

die Möglichkeit der Einstellung gem. § 153a StPO, während der hinreichende Verdacht eines strafbaren Vergehens eine notwendige Voraussetzung darstellt und zugleich den Gegenstand der Einstellung bildet, auf den sich gem. §§ 153a Abs. 1 S. 5, Abs. 2 S. 2 StPO die materielle Rechtskraft erstreckt. Angesichts dieser unterschiedlichen Funktionen beider Voraussetzungen im Regelungsgefüge des § 153a StPO ist es durchaus möglich, dass die Gründe, wegen derer das Gericht im Hauptverfahren vor einer Einstellung nicht zur umfassenden Wahrheitserforschung wegen eines Vergehens verpflichtet ist, eine entsprechende Verfahrensabkürzung nicht nur nicht rechtfertigen, sondern ihr sogar entgegenstehen können, wenn der zwar nicht mehr hinreichende, aber doch noch weiter aufklärbare Verdacht eines Verbrechens besteht. Entsprechendes würde im Ermittlungsverfahren gelten, soweit man dort mit der Rechtspraxis eine Einstellung nach § 153a Abs. 1 StPO auch vor Abschluss der Ermittlungen für zulässig erachtete.

IV. Auf Vergehen begrenzte Durchbrechung der gerichtlichen Aufklärungspflicht

1. Zweck der Justizentlastung als Mittel effizienterer Verfolgung von Verbrechen

§ 153a StPO liegen zu einem erheblichen Anteil verfahrensökonomische Erwägungen zugrunde. Die Strafverfolgungsorgane und Gerichte sollen durch die Einstellung von Verfahren über anfangs Bagatellen,¹³ seit 1993¹⁴ auch mittlere Kriminalität ihre Kapazitäten für die Verfolgung schwererer Straftaten freihalten können. Dass das Gericht vor einer Einstellung gem. § 153a Abs. 2 StPO der Aufklärungspflicht nicht (vollständig) genügen muss, ist der Zweck der Regelung.

Unzweifelhaft wäre es darüber hinaus verfahrensentlastend, wenn das Gericht einem zugleich bestehenden Verbrechensverdacht nicht umfassend nachgehen müsste, sondern sich damit begnügen könnte, dass aufgrund eines Teils der durchgeführten Beweisaufnahme die Verurteilung aus dem Verbrechenstatbestand nicht zu erwarten sei. Die gegensätzliche Pflicht führte in bestimmten Einzelfällen sogar dazu, eine Einstellung gem. § 153a Abs. 2 StPO erst zu einem Zeitpunkt für möglich zu halten, in dem eine nennenswerte Verfahrensentlastung nicht mehr denkbar ist. Das ist der Fall, wenn die Fragen, ob der Beschuldigte eine Straftat begangen hat und ob diese ein Verbrechen ist, untrennbar miteinander verbunden sind, d.h. der Beschuldigte nach dem Ergebnis der Ermittlungen entweder gänzlich unschuldig oder aber eines Verbrechens strafbar sein muss. Das Gericht müsste die Beweisaufnahme dann bis zum Ende durchführen, nur um den Vergehenscharakter der Tat zu klären.

Freilich ist zweifelhaft, ob der Gesetzgeber Staatsanwaltschaft und Gerichte in diesen Fällen überhaupt von der weiteren Aufklärung entlasten wollte. Dagegen spricht seine Absicht, die Strafverfolgungskapazitäten stärker von der Bagatell- und mittleren Kriminalität hin zur schwereren Kriminalität zu verlagern. Was er dabei unter Bagatellen verstand, zeigt der Anlass für die Schaffung des § 153a StPO, die Abschaffung der Übertretungstatbestände und die Umwandlung eines Teils in Vergehenstatbestände.¹⁵ Dem entspricht auch der teilweise zusätzlich vorgebrachte Zweck des § 153a StPO, Bagatellen zu entkriminalisieren und den Ultima-Ratio-Charakter des Strafrechts zu wahren.¹⁶ Verbrechen sollten dabei keinesfalls dem Bereich der mittelschweren Kriminalität zugeordnet werden, weshalb der Gesetzgeber 1993 zwar das Schuldmerkmal als Voraussetzung einer Einstellung gem. § 153a StPO modifizierte, die Beschränkung auf Vergehen aber beibehielt. Die durch die Regelung ermöglichte entlastende Wirkung sollte Staatsanwaltschaft und Gerichte also auch in die Lage versetzen, sich auf die Verfolgung von Verbrechen zu konzentrieren. Dann muss ihnen eine Verfahrensabkürzung durch Einstellung gegen Auflagen aber verwehrt bleiben, solange der Verdacht eines Verbrechens fortbesteht und weiter aufklärbar ist.

2. Generalpräventive Fundierung einer beschränkten Durchbrechung der Aufklärungspflicht

Dafür sprechen auch strafrechtstheoretische Überlegungen. Steht der Verdacht einer Straftat im Raum, so liegt darin eine Gefahr für die gesellschaftliche Normanerkennung, der um ihrer Stabilität willen durch das (ernsthafte) Bemühen um Verdachtsklärung entgegengetreten werden muss.¹⁷ Dabei dient die Verdachtsklärung nicht nur mittelbar der Befriedigung generalpräventiver Bedürfnisse, indem sie ggf. die Voraussetzung für die Verhängung normstabilisierend wirkender Übel in Gestalt einer Strafe – oder auch einer Maßnahme nach § 153a StPO – schafft. Vielmehr hat schon der Vorgang der Verdachtsklärung selbst eine positiv-generalpräventive Funktion: Er macht deutlich, dass die Gesellschaft die möglicherweise übertretene Norm, ungeachtet des abweichenden Verhaltens einzelner, weiter ernst nimmt.¹⁸ Auf diese Weise wird das durch den Tatverdacht gefährdete Vertrauen in die Normgeltung schon durch das ernsthafte Bemühen um Sachverhaltserforschung bestätigt¹⁹ – und zwar selbst dann, wenn dieses im Ergebnis erfolglos bleibt.²⁰ Dabei ist es plausibel anzunehmen, dass Dringlichkeit und der zum Zwecke der Normbestätigung erforderliche Umfang der Verdachtsklärung zum einen von der Schwere der möglicherweise begangenen

¹³ BT-Drs. 7/550, S. 297, 298; BT-Drs. 7/551, S. 44; BT-Drs. 7/1261, S. 44.

¹⁴ Seit der Änderung durch Art. 2 Nr. 3 des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege v. 11.1.1993 ist nicht mehr erforderlich, dass die Schuld gering ist, sondern lediglich die Schwere der Schuld der Einstellung nicht entgegensteht. Der Gesetzgeber bezweckte damit eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift in den „Bereich der mittleren Kriminalität“, BT-Drs. 12/1217, S. 34.

¹⁵ BT-Drs. 7/550, S. 297, BT-Drs. 7/551, S. 44.

¹⁶ BGHSt 28, 69 (70); *Beulke* (Fn. 9), § 153a Rn. 3 f. m.w.N.; s.a. *Rieß*, NSTz 1981, 2 (6): konsequente Weiterentwicklung des Ultima-Ratio-Gedankens.

¹⁷ *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 72; *Schmidhäuser*, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, S. 511 (S. 516).

¹⁸ *Deiters* (Fn. 17), S. 75 f.

¹⁹ *Deiters* (Fn. 17), S. 77 f.

²⁰ *Deiters* (Fn. 17), S. 75.

Straftat, zum anderen von der Stärke des Verdachts abhängen.²¹

Daraus folgt: Soweit § 153a StPO für die Feststellung des hinreichenden Tatverdachts eines Vergehens keine vollständige Verdachtsklärung verlangt, lässt sich daraus nicht ableiten, dass Entsprechendes auch für die zugleich (regelmäßig nur implizit zu treffende) Feststellung gelte, dass kein hinreichender Tatverdacht eines Verbrechens bestehe. Im Gegenteil: Da bei dem Verdacht eines Verbrechens seine Klärung nicht nur dringlicher, sondern auch in einem größerem Umfang zum Zwecke der Normstabilisierung erforderlich ist, müssten auch dann unterschiedliche Maßstäbe gelten, wenn das Gesetz es zuließe, das Strafverfahren insoweit bei (fortbestehender) Anklagereife gem. § 153a StPO einzustellen. Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, d.h. der weiteren Sachverhaltserforschung, kann allenfalls durch die Erteilung von Auflagen und Weisungen beseitigt werden, wenn sich die Justiz bereits in einem angemessenen Umfang um die Klärung des Verbrechensverdachts bemüht hat.

Zudem tritt in den Fällen einer Einstellung in der Hauptverhandlung der Verdacht gerade einer erheblichen Straftat besonders deutlich zu Tage. Denn zu einer solchen wird es – von den Fällen, in denen der Beschuldigte seine Zustimmung verweigert hat, abgesehen – nur kommen, wenn Staatsanwaltschaft und Gericht eine Einstellung schon im Ermittlungs- oder Zwischenverfahren nicht für angemessen erachteten. Die Erhebung der öffentlichen Klage und die Eröffnung des Hauptverfahrens können somit im Bewusstsein der Gesellschaft den Tatverdacht sowie den Eindruck erhärten, die Tat sei von einer die Einstellung gegen Auflagen und Weisungen ausschließenden Schwere, und die darin liegende Störung des Rechtsfriedens noch bestärken.²²

Muss ein starker Tatverdacht umfassender aufgeklärt werden als ein schwacher und einem Verbrechensverdacht intensiver nachgegangen werden als dem eines Vergehens, bedeutet das noch nicht, dass das Gericht bei einem starken Verbrechensverdacht alle Erkenntnisquellen auszuschöpfen hat, bevor es eine Einstellung gem. § 153a StPO in Erwägung ziehen kann. Strafrechtstheoretisch lässt sich nur das Erfordernis einer differenzierten Behandlung, nicht aber ein bestimmter Umfang der „verdachtsproportionalen Sachverhaltserforschung“²³ plausibel machen. Seine Konturierung ist deshalb grundsätzlich Aufgabe des Rechtsanwenders, soweit sich dem Gesetz keine Entscheidung des Gesetzgebers entnehmen lässt. Genau dies ist bei § 153a StPO aber der Fall: Indem das Gesetz hier, wie dargelegt zum Zwecke der besseren Verfolgung schwerer Kriminalität, nur bei Vergehen die Möglichkeit der Einstellung gegen die Erteilung von Auflagen und Weisungen eröffnet, bringt es zugleich zum Ausdruck, dass hinsichtlich des Umfangs der Sachverhaltserforschung bei Verbrechen die allgemeinen Regeln gelten sollen.

3. Beschränkter Strafklageverbrauch als Folge der beschränkten Durchbrechung der Aufklärungspflicht

Diese Wertung liegt auch dem beschränkten Strafklageverbrauch zugrunde, den das Gesetz für den Fall einer endgültigen Verfahrenserledigung nach Erfüllung der Auflagen und Weisungen vorsieht: Die Tat kann dann nach § 153a Abs. 1 S. 5 StPO nicht mehr als Vergehen verfolgt werden, d.h. es dürfen auch bei neuen Tatsachen keine neuen Ermittlungen aufgenommen werden und auch eine erneute Anklageerhebung ist unzulässig. Umgekehrt bleibt der Ermittlungs- und Anklagezwang des Legalitätsprinzips bestehen, soweit sich die Tat später möglicherweise als Verbrechen darstellt.²⁴ Die Regelung gilt entsprechend bei einer Einstellung nach Eröffnung des Hauptverfahrens, § 153a Abs. 2 S. 2 StPO. Deshalb ist die Staatsanwaltschaft auch bei einer Einstellung im Hauptverfahren zu einer erneuten Anklage verpflichtet, falls sich die Tat im Zuge späterer Ermittlungen doch mit hinreichendem Verdacht als Verbrechen darstellt.

Dann aber kann die Befugnis zur Einstellung gem. § 153a Abs. 2 StPO die gerichtliche Amtsaufklärungspflicht nur hinsichtlich eines Vergehens, und nicht auch zugleich hinsichtlich eines verfahrensgegenständlichen Verbrechens, einschränken. Anderenfalls ist die kuriose Situation denkbar, dass die Beteiligten das Verfahren in der Hauptverhandlung gem. § 153a StPO einzustellen berechtigt sind, die Staatsanwaltschaft aber – nach h.M. auch ohne neue Erkenntnisse oder Beweismittel²⁵ – wegen des fortbestehenden nicht hinreichenden Verdachts eines Verbrechens nach dem Legalitätsprinzip rechtlich verpflichtet bleibt, weiter zu ermitteln und ggf. später die nicht verbrauchte Strafklage erneut zu erheben.

Wird der Beschuldigte schließlich wegen des Verbrechens sanktioniert, gehen seine Leistungen zur Erfüllung der Auflagen und Weisungen zwar nicht vollständig verloren, weil sie entweder zurückzuerstatten oder aber jedenfalls im Rahmen der Strafzumessung zu kompensieren sind.²⁶ Es drohen aber eine Verlängerung des Verfahrens sowie ein zweifache Verhängung von „Sanktionen“ für dieselbe Tat. Dieses Risiko geht der Beschuldigte freilich auch dann ein, wenn er nach Abschluss der Beweisaufnahme einer Einstellung gem. § 153a StPO zustimmt, weil sich in dieser nur der Vergehens- und nicht auch der Verbrechensverdacht in einem für die Verurteilung hinreichenden Maße bestätigt hat. Der auf Vergehen beschränkte Strafklageverbrauch beruht insoweit zwar

²¹ Zur Bedeutung der Deliktsschwere für die Gefährdung des Vertrauens in die Normgeltung Deiters (Fn. 17), S. 118 f.

²² Siehe zur verdachtsbestärkenden Wirkung von Ermittlungshandlungen Deiters (Fn. 17), S. 47.

²³ Zu diesem Grundsatz Deiters (Fn. 17), S. 158 ff.

²⁴ Umstritten ist, ob zu diesem Zweck das bisherige Verfahren fortgeführt werden kann (so etwa Beulke [Fn. 9], § 153a Rn. 100; Plöd, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel [Hrsg.], KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 66. Lfg., Stand: Mai 2013, § 153a Rn. 57; Weßlau [Fn. 10], § 153a Rn. 72) oder ein neues Verfahren eingeleitet werden muss (so etwa Gercke [Fn. 11], § 153a Rn. 41; Meyer-Göfner, Strafprozessordnung, Kommentar, 56. Aufl. 2013, § 153a Rn. 52).

²⁵ Statt vieler Beulke (Fn. 9), § 153a Rn. 99; Weßlau (Fn. 10), § 153a Rn. 72 m.w.N.; Plöd (Fn. 24), § 153a Rn. 57; a.A. Kleinknecht, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, 1978, S. 475 (S. 482).

²⁶ Ausführliche Darstellung des Streitstandes bei Krick, NStZ 2003, 68 m.w.N.

auf der entsprechenden beschränkten Durchbrechung der Aufklärungspflicht. Eine umfassende Erfüllung der Aufklärungspflicht rechtfertigt hingegen nach dem Gesetz nicht zugleich einen umfassenden Strafklageverbrauch, wenn die Verfahrensbeteiligten – trotz der in diesen Fällen stark verringerten Entlastungswirkung – von der Möglichkeit einer Einstellung gem. § 153a Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht haben, die für den Beschuldigten hinsichtlich des verbleibenden Vorwurfs des Vergehens regelmäßig vorteilhaft sein dürfte.

III. Ergebnis

Solange die Möglichkeit der Verurteilung wegen eines Verbrechens besteht, darf das Verfahren nicht nach § 153a Abs. 2 StPO eingestellt werden. Hinsichtlich eines Verbrechensverdachts muss sich die Beweisaufnahme nach § 244 Abs. 2 StPO stets von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel erstrecken, die für die Entscheidung über die Schuld- und Straffrage von Bedeutung sind. § 153a Abs. 2 StPO ermöglicht insoweit keine abweichende Handhabung. Erst wenn sich dieser Verdacht nach Erfüllung der Amtsaufklärungspflicht nicht in einem für die Verurteilung hinreichenden Maße bestätigt, kann wegen des zugleich bestehenden Verdachts eines Vergehens nach § 153a Abs. 2 StPO verfahren werden – vorausgesetzt, das Gericht ist insoweit nicht verpflichtet, den Angeklagten freizusprechen. Es reicht demzufolge nicht aus, wenn sich nach einer nur teilweise durchgeführten Beweisaufnahme als Zwischenergebnis ergibt, dass der Verdacht eines Verbrechens nur „voraussichtlich“ nicht bestätigt werden wird. Das hat selbstverständlich zur Folge, dass sich über eine Einstellung nach § 153a Abs. 2 StPO in diesen Konstellationen keine nennenswerte Entlastung der Justiz erzielen lässt. Das Bremer Brechmittelverfahren ist unter diesem Gesichtspunkt aber sicher kein Fall, den der Gesetzgeber über § 153a Abs. 2 StPO gelöst wissen wollte.

Bei der Bewertung des konkreten Falles darf freilich nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die Verfahrensbeteiligten einer schwierigen Entscheidungssituation mit ungewissem Ausgang gegenüber sahen. Im Zeitpunkt der Einstellung befand sich der Angeklagte im Zustand der möglicherweise sogar dauerhaften Verhandlungsunfähigkeit. Es bestand bei Bestätigung durch ein neues Sachverständigengutachten die Aussicht auf eine endgültige und folgenlose Einstellung des Verfahrens gem. § 206a StPO.²⁷ Das Verfahren hätte demnach ebenso einen Verlauf nehmen können, gegenüber dem die Einstellung gegen Auflagen und Weisungen gem. § 153a StPO aus Sicht des Beschuldigten nachteilig wäre. Angesichts der Schwere der Erkrankung – der Beschuldigte befand sich in Lebensgefahr –, der Tatsache, dass diese „im Wesentlichen durch das Verfahren selbst begründet worden ist“,²⁸ und der Aussicht auf eine durch das Sachverständigengutachten bedingten Verzögerung des Verfahrens um ein weiteres Jahr liegt es nahe, dass das Gericht nicht zuletzt im gesundheitli-

chen Interesse des Beschuldigten nach einer praktikablen und Rechtsfrieden stiftenden Lösung suchte und auch unter Berücksichtigung der Interessen der Nebenklägerin in einer Einstellung gem. § 153a StPO dazu die einzige Möglichkeit sah. Tatsächlich kann man deshalb mit dem LG Bremen das „Vorgehen nach § 153a Abs. 2 StPO angemessen und [...] vertretbar“²⁹ finden.

²⁷ Siehe die Begründung des Einstellungsbeschlusses bei LG Bremen, Pressemitteilung v. 1.11.2013 (Fn. 1).

²⁸ Siehe die Begründung des Einstellungsbeschlusses bei LG Bremen, Pressemitteilung v. 1.11.2013 (Fn. 1).

²⁹ Siehe die Begründung des Einstellungsbeschlusses bei LG Bremen, Pressemitteilung v. 1.11.2013 (Fn. 1).

Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Verbandsstrafrechts – de lege lata und de lege ferenda

Von Dr. Anne Schneider, LL.M. (U.W.E.), Bonn*

I. Einleitung

Die Frage, ob in Deutschland ein Strafrecht für Verbände eingeführt werden sollte, wird seit langem kontrovers diskutiert.¹ Erst kürzlich hat der NRW-Justizminister *Kutschat* einen Gesetzesentwurf für ein Verbandstrafgesetz vorgelegt.² Selten angesprochen wird jedoch die Frage, inwieweit das deutsche Recht bei Fällen mit Auslandsbezug eingreift, also die Frage nach dem transnationalen Geltungsbereich des Verbandsstrafrechts. Wenn vom „transnationalen Geltungsbereich“ die Rede ist, so ist damit die „Gesamtheit aller Sachverhalte mit Auslandsberührung“³ gemeint, mithin das, was häufig unter dem Stichwort „Strafanwendungsrecht“ behandelt wird.⁴ „Verbandsstrafrecht“ bezeichnet in diesem Zusammenhang Sanktionen gegen Unternehmen, die als Reaktion auf Straftaten und Ordnungswidrigkeiten erfolgen. Das Verbandsstrafrecht de lege lata umfasst die nach geltendem Recht möglichen Sanktionen, also § 30 OWiG. Mit dem Verbandsstrafrecht de lege ferenda wird auf den am 18.9.2013 vorgestellten Gesetzesentwurf Bezug genommen.

II. Verbandsstrafrecht de lege lata

Die zentrale Norm für die Sanktionierung von Verbänden ist § 30 OWiG. Danach ist die Festsetzung einer Geldbuße von bis zu zehn Millionen⁵ gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen möglich, wenn bestimmte, mit dem Verband verbundene Personen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begangen haben und der Verband dadurch entweder bereichert worden ist oder Pflichten des Verbands verletzt wurden. Die Geldbuße kann auch selbständig (§ 30 Abs. 4

OWiG) oder gegen den Rechtsnachfolger (§ 30 Abs. 2a OWiG) festgesetzt werden.

§ 30 OWiG enthält keine Angaben dazu, was in Fällen mit Auslandsberührung zu geschehen hat. Die Bezeichnung der sanktionsfähigen Verbände ist neutral gehalten und bezieht sich nicht auf spezifisch deutsche Verbandsformen, so dass es dem Wortlaut nach möglich wäre, ausländische Verbände mit Sanktionen zu belegen.⁶ Auch ansonsten finden sich keine räumlichen oder persönlichen Einschränkungen des Geltungsbereichs in § 30 OWiG. Es gelten daher die allgemeinen Regeln. Dabei kommen grds. drei Regelungsmöglichkeiten in Betracht: Der transnationale Geltungsbereich könnte sich nach § 5 OWiG richten, nach §§ 3 ff. StGB oder nach dem Geltungsbereich der Bezugstat.

1. § 5 OWiG

§ 5 OWiG regelt die räumliche Geltung des OWiG. Danach können – sofern keine abweichende Regelung existiert – nur Ordnungswidrigkeiten geahndet werden, die, vereinfacht gesagt, auf deutschem Territorium oder auf deutschen Schiffen oder Luftfahrzeugen begangen wurden.⁷ Wann dies der Fall ist, wird in § 7 OWiG näher definiert. Es gilt das Ubiquitätsprinzip, d.h. der Täter muss entweder in Deutschland oder auf entsprechenden Schiffen oder Luftfahrzeugen gehandelt haben, oder der Erfolg muss an einem dieser Orte eingetreten sein.

Ein Teil der Literatur wendet diese Vorschrift auf § 30 OWiG an.⁸ Damit wird gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG als ordnungswidrigkeitsrechtliche Regelung eingeordnet wird. Folgt man dieser Prämisse, ist es konsequent, den Geltungsbereich des § 30 OWiG – so wie den der Ordnungswidrigkeiten – anhand von § 5 OWiG zu bestimmen. Dann stellt sich allerdings die Frage, unter welchen Voraussetzungen § 30 OWiG Anwendung findet, wenn dafür eine Begehung der Tat im Inland erforderlich ist. Immerhin regelt § 30 OWiG ausschließlich die Verhängung einer Verbandsgeldbuße, so dass der „Täter“ des § 30 OWiG nur der Verband sein kann.

Gemäß § 7 Abs. 1 Var. 1 OWiG ist eine Handlung an jedem Ort begangen, an dem der Täter tätig geworden ist. In Bezug auf § 30 OWiG muss daher der Handlungsort der juristischen Person oder Personenvereinigung ermittelt werden. Die Ermittlung des Handlungsortes eines Unternehmens kann – je nach Konzeption der Unternehmensstrafbarkeit – kompliziert sein.⁹ § 30 Abs. 1 OWiG macht die Verhängung

* Die Verf. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht (Prof. Böse) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ Siehe zum Streitstand etwa *Beckemper*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, S. 277 m.w.N.

² Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen, online abrufbar unter: http://www.justiz.nrw.de/Mitteilungen/2013_09_19_Gesetze Entwurf_UnternehmensSTR/index.php (8.12.2013).

Kritisch hierzu *Szesny*, BB 2013, I.

³ *Jeßberger*, *Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts*, 2011, S. 19.

⁴ Siehe etwa *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6. Aufl. 2013, § 2 Rn. 4; *Rotsch*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar*, 2011, Vor §§ 3 ff. StGB Rn. 1 ff.

⁵ Diese Summe wurde zum 30.6.2013 durch das Achte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, S. 1738 [S. 1747 f.]), auf zehn Millionen erhöht; zuvor betrug die Maximalsumme eine Million. Siehe zur Neuregelung auch *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013, Rn. 1013.

⁶ Vgl. auch *Rogall*, in: *Senge* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, 3. Aufl. 2006, § 30 Rn. 30; *Niesler*, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 4), § 30 OWiG Rn. 7; *Gürtler*, in: *Göhler* (Hrsg.), *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar*, 16. Aufl. 2012, § 30 Rn. 1.

⁷ Siehe zu Details etwa *Rogall* (Fn. 6), § 5 Rn. 1 ff.

⁸ *Jeßberger* (Fn. 3), S. 249.

⁹ *Schneider*, in: *Brodowski u.a.* (Hrsg.), *Regulating Corporate Criminal Liability* (im Erscheinen), Gliederungspunkt 4.2.

einer Geldbuße jedoch davon abhängig, dass eine mit dem Unternehmen verbundene natürliche Person eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat. Die Geldbuße ist daher akzessorisch.¹⁰ In solchen Fällen entspricht der Handlungsort der natürlichen Person dem Handlungsort des Unternehmens.¹¹ Entsprechend sind auch der Ort, an dem das Unternehmen hätte tätig werden müssen (§ 7 Abs. 1 Var. 2 OWiG) und der Ort, an dem der Erfolg nach Vorstellung des Täters eintreten sollte (§ 7 Abs. 1 Var. 4 OWiG) unter Rückgriff auf die natürliche Person und deren Vorstellungen zu bestimmen. Der tatsächliche Erfolgsort (§ 7 Abs. 1 Var. 3 OWiG) ist bei akzessorischer Unternehmensstrafbarkeit gleichfalls der Ort, an dem der Erfolg der Tat der natürlichen Person eingetreten ist. Es gibt also keinen speziellen „Unternehmenserfolgsort“.¹²

Die Einordnung des § 30 OWiG als ordnungswidrigkeitsrechtliche Regelung führt somit zu folgendem Ergebnis: § 30 OWiG gilt für alle, d.h. sowohl inländische als auch ausländische, Unternehmen, soweit die Tat, die die Verbandsgeldbuße auslöst, von der natürlichen Person auf deutschem Territorium oder auf deutschen Schiffen oder Luftfahrzeugen begangen wurde.

2. §§ 3 ff. StGB

Eine weitere Möglichkeit wäre, den Geltungsbereich des § 30 OWiG anhand der §§ 3 ff. StGB zu bestimmen. Gemäß Art. 1 Abs. 1 EGStGB gelten die Vorschriften des Allgemeinen Teils für das gesamte Bundesrecht, also nicht nur für die im StGB geregelten Straftatbestände. Allerdings regeln die §§ 3 ff. StGB den Geltungsbereich des *Strafrechts*. Sie könnten daher nur dann auf § 30 OWiG Anwendung finden, wenn die dort geregelte Verbandsgeldbuße als strafrechtliche Regelung eingeordnet wurde. Dies wird, soweit ersichtlich, von niemandem vertreten – wohl, weil die systematische Stellung der Vorschrift im OWiG eine Einordnung als ordnungswidrigkeitsrechtliche Regelung näher legt als als strafrechtliche.¹³

Dennoch lohnt sich ein kurzer Blick darauf, welche Konsequenzen die Einordnung der Geldbuße nach § 30 OWiG als zum Strafrecht gehörende Regelung hätte. Gemäß § 3 StGB gilt das deutsche Strafrecht für Taten, die im Inland begangen wurden. Hierzu gilt das zu § 5 OWiG Gesagte entsprechend; es kommt also auf den Begehungsort der Tat an, an die die Verbandsgeldbuße knüpft. Gleiches gilt für das in § 4 StGB niedergelegte Flaggenprinzip.

Schwieriger ist die Sache im Fall des § 7 StGB, der die Geltung des deutschen Strafrechts u.a. von der Staatsangehörigkeit des Täters abhängig macht. Gemäß § 7 Abs. 1 StGB gilt das deutsche Strafrecht für Taten, die gegen einen Deutschen begangen wurden, und gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB für Taten, die von einem Deutschen begangen werden, jeweils unter weiteren Voraussetzungen. Diese Regelung wirft zwei grundlegende Fragen auf: Erstens, kann eine juristische Person oder Personenvereinigung „Deutscher“ im Sinne des § 7 StGB sein, und zweitens, falls ja, wie bestimmt man die Staatszugehörigkeit¹⁴ eines Unternehmens? Das parallele Problem stellt sich bei § 5 StGB, der in verschiedenen Nummern an die Staatsangehörigkeit des Täters knüpft (Nrn. 3 lit. a, 5 lit. b, 8 lit. a und b, 9, 11a, 14a, 15).

Schon dieser kursorische Blick auf die §§ 3 ff. StGB zeigt, dass deren Anwendung auf juristische Personen und Personenvereinigungen verschiedene Probleme aufwirft. Darauf wird später eingegangen werden. Die Probleme bei der Anwendung der §§ 3 ff. StGB könnten jedoch mit ein Grund dafür sein, dass § 30 OWiG im Allgemeinen nicht als strafrechtliche Regelung angesehen wird.

3. Geltungsbereich der Bezugstat

Der überwiegende Teil der Literatur bestimmt den Geltungsbereich des § 30 OWiG in Abhängigkeit von der Bezugstat.¹⁵ Dies beruht auf der Annahme, dass es sich bei § 30 OWiG weder um eine Ordnungswidrigkeit noch um eine Straftat handelt. In der Tat wird die Verbandsgeldbuße häufig als eigenständige Sanktion eingeordnet.¹⁶

Folgt man dieser Einordnung, entscheidet einzig die Bezugstat über den Geltungsbereich des § 30 OWiG. Unterfällt die Bezugstat deutschem Strafrecht (§§ 3 ff. StGB) oder deutschem Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 5 OWiG), kann eine Unternehmensgeldbuße verhängt werden, unabhängig davon, ob es sich um ein deutsches oder ausländisches Unternehmen handelt. Umgekehrt ist die Verhängung einer Geldbuße nicht möglich, wenn keine nach deutschem Recht straf- oder ahndbare Bezugstat vorliegt, auch wenn das Unternehmen seinen Sitz in Deutschland hat. Ein Bezug des Unternehmens zu Deutschland ist daher nicht erforderlich.

¹⁰ Siehe hierzu auch *Beckemper* (Fn. 1), S. 278 ff.

¹¹ *Schneider* (Fn. 9), Gliederungspunkt 4.2.2. Dies wird so auch im Ausland gehandhabt, siehe *Böse/Meyer/Schneider*, in: *Böse/Meyer/Schneider* (Hrsg.), *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, 2013, S. 411 (S. 414).

¹² Siehe auch *Schneider* (Fn. 9), Gliederungspunkt 4.1.

¹³ Ganz zweifelsfrei ist dieses Ergebnis nicht. So könnte man z.B. erwägen, die §§ 3 ff. StGB im Wege der rahmenbeschlusskonformen Auslegung auf § 30 OWiG anzuwenden, weil einige Rahmenbeschlüsse umfangreiche Geltungsangaben machen und dabei auch die Strafbarkeit juristischer Personen fordern (näher zu den Rahmenbeschlüssen unten bei II. 2. b).

¹⁴ Zu diesem Begriff *Jeßberger* (Fn. 3), S. 248 f.; *Krsjak*, Die Staatszugehörigkeit der Handelsgesellschaften in französischem und in deutschem Recht, 1971, S. 11 ff. und passim.

¹⁵ *Rogall* (Fn. 6), § 30 Rn. 71; *Dörr*, in: *Kempff/Lüderssen/Volk* (Fn. 1), S. 23 (S. 26); *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2011, § 12 Rn. 11. Siehe auch *BMJ*, in: *Hettinger* (Hrsg.), *Verbandsstrafe*, Bd. 4.3, 2002, S. 155 (S. 176).

¹⁶ Siehe z.B. *Bohnert* (Hrsg.), *Ordnungswidrigkeitengesetz*, Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 30 Rn. 5; *Rogall* (Fn. 6), § 30 Rn. 14; *Niesler* (Fn. 6), § 30 OWiG Rn. 4; *Förster*, in: *Rebmann/Roth/Herrmann* (Hrsg.), *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Kommentar, 8. Lfg., Stand: August 2004, Vor § 30 Rn. 11.

4. Stellungnahme

Die Diskussion um den Geltungsbereich des § 30 OWiG wird beeinflusst von der Diskussion um dessen Rechtsnatur.¹⁷ Wer § 30 OWiG als ordnungswidrigkeitsrechtliche Regelung ansieht, muss § 5 OWiG anwenden, wer die Vorschrift als strafrechtliche Regelung einordnet, muss die §§ 3 ff. StGB anwenden. Nur wer § 30 OWiG als Sanktion eigener Art ansieht, unterliegt nicht den Zwängen der §§ 3 ff. StGB bzw. § 5 OWiG. Aus der Einordnung als Sanktion *sui generis* folgt aber nicht automatisch, dass der Geltungsbereich des § 30 OWiG dem Geltungsbereich der Bezugstat folgt. Denkbar wäre auch eine analoge Anwendung der §§ 3 ff. StGB oder § 5 OWiG. Die Geltungsbereichsdiskussion ist daher eigenständig zu führen.

Dabei empfiehlt es sich, zunächst die Ansicht zu untersuchen, die den Geltungsbereich des § 30 OWiG von dem der Bezugstat abhängig macht. Solange die Bezugstat deutschem Recht unterfällt, spielt es nach dieser Ansicht keine Rolle, ob das Unternehmen einen Bezug zu Deutschland aufweist. Diese Interpretation kann mitunter zu skurrilen Fällen führen, wie folgendes Beispiel verdeutlicht:

Ein Mitarbeiter eines Unternehmens, das von einer juristischen Person getragen wird, verspricht einem Geschäftspartner einen Vorteil als Gegenleistung für eine Auftragserteilung an sein Unternehmen – ein Verhalten, das nach deutschem Strafrecht § 299 Abs. 2 StGB unterfällt. Keiner der Beteiligten ist Deutscher, das Geschehen spielt nicht in Deutschland, betrifft nicht die deutsche Wirtschaft und das beteiligte Unternehmen hat keinen Sitz in Deutschland und wurde dort auch nicht gegründet. Kurz darauf verliebt sich der Mitarbeiter in eine deutsche Touristin, kündigt seine Stelle, zieht nach Deutschland, heiratet sie und erwirbt die deutsche Staatsbürgerschaft. Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB findet nunmehr deutsches Strafrecht auf die bereits begangene Bestechung im geschäftlichen Verkehr Anwendung.¹⁸ Damit wäre der Weg frei für die Verhängung einer Geldbuße gegen die juristische Person gem. § 30 Abs. 1 OWiG, obwohl diese nach wie vor keinen Bezug zu Deutschland hat.

Man mag hiergegen einwenden, dass solch eine rückwirkende Anwendung des § 30 OWiG einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG darstellen würde. Der BGH hatte solche Einwände für § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB mit dem Argument beiseite gewischt, zur Tatzeit habe ja bereits festgestanden, dass deutsches Strafrecht bei künftigen Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit Anwendung fände.¹⁹ Akzeptiert man dieses Argument für § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB, muss man es konsequenterweise auf § 30 OWiG übertragen. Soweit zum Tatzeitpunkt feststeht, dass die Verbands Geldbuße von der Strafbarkeit des Individualtäters nach deutschem Recht abhängt und diese auch durch späteren Erwerb der

Staatsangehörigkeit begründet werden kann, ist daher die Verhängung der Verbands Geldbuße vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG nach dieser Ansicht legitim. Sieht man hingegen die Legitimation des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB zumindest auch darin, dass der Täter sich durch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit freiwillig der deutschen Rechtsordnung unterworfen hat,²⁰ müsste man konsequenterweise die Geltung deutschen Strafrechts für Verbände in dem Beispielsfall verneinen, weil der Verband keinen Einfluss auf den Erwerb der Staatsangehörigkeit durch den ehemaligen Mitarbeiter hatte.

Probleme bereitet die Verhängung einer Verbands Geldbuße außerdem unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten. Die völkerrechtlichen Grundsätze sind über Art. 25 GG auch für den deutschen Gesetzgeber verbindlich. Eines der zentralen Prinzipien des Völkerrechts ist der Souveränitätsgrundsatz. Dieser verbietet es den Staaten, die Souveränität anderer zu verletzen. Aus diesem Grund ist spätestens seit der wegweisenden Lotus-Entscheidung²¹ des IGH allgemein anerkannt, dass ein Staat sein Strafrecht nur dann auf einen Sachverhalt erstrecken darf, wenn ein sinnvoller Anknüpfungspunkt („genuine link“) zu ihm besteht.²² Diese Anknüpfungspunkte ergeben sich aus der staatlichen Gebiets- und Personalhoheit. Darüber hinaus erlauben in bestimmten Fällen Völkergewohnheitsrecht (Weltrechtsprinzip) und allgemeine Grundsätze des Völkerrechts (Staatschutzprinzip) eine Ausdehnung des Strafrechts.²³ Jedenfalls ist eine Ausdehnung des Strafrechts auf Sachverhalte, die keinen Bezug zum strafenden Staat aufweisen, völkerrechtswidrig.²⁴

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit diese Einschränkungen für die Verbands Geldbuße gelten. Unternehmensstrafbarkeit als solche ist im Völkerrecht bislang nicht anerkannt.²⁵ Es existieren daher keine verbindlichen Vorgaben zum Geltungsbereich des Unternehmensstrafrechts.²⁶ Allerdings sind die soeben dargestellten Grundsätze Ausfluss des allgemeinen Souveränitätsprinzips. Nicht nur das Strafrecht, sondern alle Fälle der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt müssen einen Inlandsbezug aufweisen.²⁷ Die Verhän-

¹⁷ Siehe hierzu *Kleszczewski*, in: H. Schneider u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag* am 15. September 2008, 2008, S. 179.

¹⁸ Dies setzt allerdings voraus, dass die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist und die Verjährungsfrist nach deutschem Recht nicht bereits abgelaufen ist.

¹⁹ BGHSt 20, 22 (23).

²⁰ *Werle/Jeffberger*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 7 Rn. 87; *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 26. Lfg., Stand: Juni 1997, § 7 Rn. 10.

²¹ StLGHE 5, 73.

²² Siehe nur *Schneider*, *Die Verhaltensnorm im Internationalen Strafrecht*, 2011, S. 152 mit Nachweisen in Fn. 403; *Jeffberger* (Fn. 3), S. 204.

²³ Einzelheiten bei *Jeffberger* (Fn. 3), S. 220 ff.

²⁴ *Schneider* (Fn. 22), S. 172 f.; *Herdegen*, *ZaöRV* 47 (1987), 221 (234 f.).

²⁵ *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 3. Aufl. 2011, § 7 Rn. 10; *Weigend*, *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), 927 (929).

²⁶ Vgl. auch *Jeffberger* (Fn. 3), S. 249.

²⁷ Siehe *Rudolf*, in: *Habscheid/Rudolf* (Hrsg.), *Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung*, 1973, S. 7 (S. 17 ff.), mit Beispielen aus verschiedenen Rechtsgebieten.

gung einer Verbandsgeldbuße ist ein solcher Hoheitsakt und ist daher nur zulässig, wenn der dem zu Grunde liegende Sachverhalt einen hinreichenden Bezug zu Deutschland aufweist.

Nun ist es nicht so, als gäbe es in Fällen wie dem Beispielsfall überhaupt keinen Bezug zu Deutschland. Immerhin ist die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 30 OWiG nach der unter 3. vertretenen Ansicht, dass die Straftat oder Ordnungswidrigkeit, an die die Verbandsgeldbuße knüpft, deutschem Recht unterfällt. Die Frage ist aber, ob dieser Bezug ausreicht.²⁸ Wie der Beispielsfall gezeigt hat, kann die Geltung deutschen Strafrechts für die Individualität aus Gründen folgen, die von der juristischen Person nicht beeinflusst werden können. Noch deutlicher ist dies im Fall des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, der auf einen inländischen Ergreifungsort abstellt. Wann ein Bezug zu einem bestimmten Staat hinreichend ist, um die Anwendung von Bußgeldvorschriften wie § 30 OWiG zu rechtfertigen, lässt sich dem Völkerrecht nicht genau entnehmen.²⁹ Es müssen daher die Souveränitätsinteressen der beteiligten Staaten abgewogen werden.³⁰ *Rudolf* weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Inlandsbezug umso stärker ausgeprägt sein müsse, je mehr eine Norm einzelstaatlichen Interessen diene.³¹ Hierbei komme es darauf an, „[...] wie stark eine Norm der Verwirklichung übereinstimmender Rechtswerte innerhalb der Völkerrechtsgesellschaft [...]“³² diene. Aus diesem Grund könnten Strafvorschriften, die sich auf internationale Solidarität stützen, auch mit nur vagem oder ohne Inlandsbezug zulässig sein.³³ *Rudolf* bezieht sich hierbei u.a. auf Fälle stellvertretender Strafrechtspflege und des Weltrechtsprinzips.³⁴ Steuervorschriften müssten dagegen einen stärkeren Inlandsbezug aufweisen, weil sie letztendlich rein nationalen Interessen dienen und das Steuerrecht nur selten Ausdruck übereinstimmender Rechtswerte sei.³⁵

Die Differenzierung von *Rudolf* ist überzeugend: Je mehr eine Norm spezifisch innerstaatlichen Interessen dient, desto stärker muss der Bezug zum rechtsetzenden Staat sein. Oder umgekehrt: Je mehr eine Norm Ausdruck internationaler Solidarität und übereinstimmender Rechtswerte ist, desto schwächer darf der Bezug sein. Die weite Geltung des Strafrechts auf Grund des Schutzgrundsatzes (vgl. § 5 StGB) ist daher insoweit gerechtfertigt, als dadurch Werte geschützt werden, die in allen Staaten als schützenswert angesehen werden.

Bestimmt man den Geltungsbereich des § 30 OWiG anhand der Bezugstat, führt dies allerdings, wie im obigen Beispiel gezeigt wurde, in bestimmten Fällen dazu, dass eine Verbandsgeldbuße möglich ist, obwohl nur ein schwacher Inlandsbezug – z.B. über die Staatsangehörigkeit des handelnden Mitarbeiters des Unternehmens – vorliegt. Folglich

müsste die Verbandsgeldbuße weitgehend ein Ausdruck internationaler Solidarität oder übereinstimmender Rechtswerte sein, um den Eingriff in die Souveränität betroffener Staaten (etwa des Herkunftsstaats der juristischen Person) zu rechtfertigen.

Gegen eine derartige Einordnung der Verbandsgeldbuße sprechen jedoch mehrere Gründe: Erstens sind Verbandsgeldbußen nicht weltweit anerkannt, sondern werden – trotz einer Ausdehnung der Unternehmensstrafbarkeit in den letzten Jahren³⁶ – kontrovers diskutiert. Aus diesem Grund fällt es generell schwer, die Bestrafung eines Verbandes als Akt internationaler Solidarität bzw. Verwirklichung übereinstimmender Rechtswerte zu begreifen. Hinzu kommt, dass § 30 OWiG, anders als etwa § 7 StGB, keine Rücksicht auf die Straf- oder Ahndbarkeit am Tatort nimmt, also auch dann Anwendung findet, wenn das Tatortrecht keine Unternehmensstrafbarkeit kennt.

Zweitens ist ein wichtiger Zweck des § 30 OWiG die Abschöpfung der durch die Tat erlangten Vorteile.³⁷ Dies erkennt man daran, dass die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils bei der Festsetzung der Geldbuße gem. §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG zu berücksichtigen ist und § 30 Abs. 5 OWiG eine separate Verfallsanordnung ausschließt. Der derart abgeschöpfte Gewinn kommt aber unmittelbar dem Staat zu Gute. Ersatzansprüche eventueller Verletzter werden im ordnungswidrigkeitsrechtlichen Verfallsverfahren nur dann berücksichtigt, wenn sie rechtskräftig festgestellt worden sind (vgl. § 99 Abs. 2 OWiG).³⁸ In vielen Fällen, in denen § 30 OWiG einschlägig ist, gibt es jedoch entweder keine Verletzten, oder es fällt diesen schwer, ihren Schadensersatzanspruch gerichtlich durchzusetzen. Nicht selten profitiert der Staat daher wirtschaftlich von der Verbandsgeldbuße. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Verfall zugleich ein übergeordnetes Ziel verfolgt, nämlich dafür zu sorgen, dass „[...] Verbrechen sich nicht lohne [...]“³⁹. Es ist anzunehmen, dass dieser Gedanke von der Völkerrechtsgemeinschaft geteilt wird. Problematisch ist in diesem Zusammenhang aber, dass die Abschöpfung des Erlangten mit der Bereicherung des Staates einhergeht, die gerade im Fall des § 30 OWiG auch Vorrang vor den Ansprüchen des Verletzten hat.⁴⁰ Wenn der Staat eine Verbandsgeldbuße verhängt, handelt er somit auch aus eigenem Interesse.

Angesichts dieser beiden Aspekte lässt sich nicht annehmen, dass § 30 OWiG übereinstimmende Werte der Völkerrechtsgesellschaft verwirklicht. Dann muss aber nach den *Rudolfschen* Kriterien auch ein deutlicher Inlandsbezug vorhanden sein, der sich entweder in dem der Maßnahme unterworfenen Subjekt, also der juristischen Person, manifestiert,

²⁸ Auch *Rudolf* ([Fn. 27], S. 22) stellt die Frage nach der Enge des Inlandsbezugs.

²⁹ Siehe *Schneider* (Fn. 22), S. 209; *Ziegenhain*, RIW 1993, 897 (899).

³⁰ *Ziegenhain*, RIW 1993, 897 (899 ff.).

³¹ *Rudolf* (Fn. 27), S. 29.

³² *Rudolf* (Fn. 27), S. 29.

³³ *Rudolf* (Fn. 27), S. 28 f.

³⁴ *Rudolf* (Fn. 27), S. 29.

³⁵ *Rudolf* (Fn. 27), S. 29.

³⁶ Siehe Entwurf (Fn. 2), S. 26 f.

³⁷ *Rogall* (Fn. 6), § 30 Rn. 18.

³⁸ Näher hierzu *Rogall* (Fn. 6), § 30 Rn. 126 f.

³⁹ *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, vor §§ 73 ff. Rn. 3.

⁴⁰ Eine andere Bewertung gilt möglicherweise für die strafrechtliche Verfallsanordnung in § 73 Abs. 1 StGB, die den Ansprüchen der Verletzten den Vorrang einräumt (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB).

oder in der Tat erkennbar ist. Mit anderen Worten: Der deutsche Staat darf eine Verbandsgeldbuße nur dann verhängen, wenn der Verband seiner Gebiets- oder Personalhoheit unterfällt.

Diesen Anforderungen wird nicht genügt, wenn der Geltungsbereich des § 30 OWiG dem Geltungsbereich der Bezugstat folgt, weil es in diesen Fällen, wie im Beispielsfall gezeigt wurde, dazu kommen kann, dass nur die Staatsangehörigkeit (oder der Ergreifungsort) des Täters der Bezugstat die Verbandsgeldbuße nach deutschem Recht auslöst. Die Ansicht, die auf eine eigenständige Bestimmung des Geltungsbereichs des § 30 OWiG verzichtet, ist somit abzulehnen.

Es ist daher notwendig, Vorschriften zu finden, die eine Bestimmung des Geltungsbereichs des § 30 OWiG leisten können. Wie bereits erläutert wurde, kommen hierfür nur § 5 OWiG und §§ 3 ff. StGB in Betracht. De lege lata spricht vieles dafür, auf § 5 OWiG zurückzugreifen: Zum einen ist § 30 OWiG im Ordnungswidrigkeitengesetz geregelt und steht § 5 OWiG systematisch somit näher, zum anderen spricht der Titel der Vorschrift „Geldbuße“ für eine Nähe zur Ordnungswidrigkeit. Danach könnte die Verbandsgeldbuße für alle Taten verhängt werden, die auf deutschem Territorium oder deutschen Schiffen und Luftfahrzeugen begangen wurden.

Diese Ansicht findet einen gewissen Widerhall in der Rechtsprechung. Unter den wenigen⁴¹ Entscheidungen zu Geldbußen bei Sachverhalten mit Auslandsberührung finden sich nur solche, die einen territorialen Bezug zu Deutschland aufweisen. So hatte das OLG Celle etwa über eine Geldbuße gegen ein in Polen ansässiges Unternehmen zu entscheiden, das polnische Arbeitnehmer unter Missachtung des Arbeitnehmerentsendegesetzes auf eine deutsche Baustelle entsandt hatte.⁴² In einer neueren Entscheidung verurteilte das LG Düsseldorf eine Schweizer Großbank zu einer Geldbuße von 149 Millionen Euro⁴³, weil diese ihre Mitarbeiter dazu geschult hatte, deutschen Kunden bei Steuerhinterziehungen behilflich zu sein.⁴⁴ In beiden Fällen könnte auch unter Anwendung des § 5 OWiG eine Geldbuße verhängt werden, weil der Erfolg – die tatsächliche Beschäftigung und die Steuerhinterziehung als Haupttat – in Deutschland begangen wurde.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch eine Entscheidung des LG Saarbrücken:⁴⁵ Hier war die Forderung einer polnischen Gesellschaft im Hinblick auf eine künftige Verfallsanordnung nach § 29a OWiG arretiert worden. Die polnische Gesellschaft hatte für ihre deutsche Werkunternehmerin Mitarbeiter auf eine Baustelle auf einer amerikanischen Airbase entsandt und diesen nicht den tariflichen Min-

destlohn gezahlt. Auf den ersten Blick scheint hier nur ein vager Inlandsbezug, nämlich zum Sitz der Werkunternehmerin, zu existieren. Ein Blick auf die einschlägigen Ordnungswidrigkeitsvorschriften § 5 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 S. 2 AentG a.F. zeigt jedoch, dass diese nur gelten, wenn die Arbeitnehmer „im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags“, also auf deutschem Boden beschäftigt sind. Offensichtlich handelt es sich also um eine in Deutschland belegene Airbase. Daher lässt sich auch in diesem Fall ein konkreter Bezug zum deutschen Territorium nachweisen.

Die Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, dass § 30 OWiG in tatsächlicher Hinsicht eher restriktiv gehandhabt wird. Wie oben erläutert wurde, ist eine gewisse Restriktion aus völkerrechtlicher Perspektive auch erforderlich. Insofern ist die Verfolgungspraxis, wie sie sich in den veröffentlichten Entscheidungen darstellt, durchaus zu begrüßen. Dogmatisch lässt sie sich rechtfertigen, indem § 5 OWiG direkt (bei Einordnung des § 30 OWiG als ordnungswidrigkeitsrechtliche Regelung) oder analog (bei Einordnung des § 30 OWiG als Sanktion eigener Art) auf § 30 OWiG angewandt wird.⁴⁶ De lege lata ist der Geltungsbereich des deutschen „Verbandsstrafrechts“ daher auf das deutsche Territorium beschränkt.

III. Verbandsstrafrecht de lege ferenda

Der vom Land Nordrhein-Westfalen vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden (im Folgenden: VerbStrG) sieht in § 2 Abs. 1 und 2 zwei Verbandsstrafatbestände vor. § 2 Abs. 1 VerbStrG betrifft verbandsbezogene Zuwiderhandlungen durch Entscheidungsträger, Abs. 2 sonstige verbandsbezogene Zuwiderhandlungen, die auf Aufsichtspflichtverletzungen durch Entscheidungsträger zurückgeführt werden können.

Der Begriff der Zuwiderhandlung wird in § 1 Abs. 2 S. 1 VerbStrG näher definiert. Danach sind nur Verstöße gegen ein Strafgesetz erfasst, soweit diese nicht in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgen. Von Entscheidungsträgern begangene Ordnungswidrigkeiten rechtfertigen die Verhängung einer Verbandsstrafe nach dem VerbStrG daher nicht.⁴⁷ Ob auch die Verletzung ausländischer Strafgesetze als Zuwiderhandlung angesehen werden kann, lässt sich dem VerbStrG nicht direkt entnehmen. Der Wortlaut schließt dies nicht aus, weil nur von „Strafgesetzen“ gesprochen wird. Aus der Entwurfsbegründung ergibt sich allerdings, dass nur Zuwiderhandlungen gegen deutsche Strafgesetze erfasst sein sollen.⁴⁸ Diese Einschränkung ist vernünftig, weil dadurch ein stärkerer Inlandsbezug hergestellt wird.⁴⁹ Es wäre aber empfehlenswert, dies im VerbStrG selbst klarzustellen.

⁴¹ Auch Dörr ([Fn. 15], S. 26) weist auf die geringe Zahl der Entscheidungen hin. Er macht hierfür allerdings den vom OLG Celle geforderten Strukturvergleich verantwortlich. Dieser ist aber die Konsequenz der Formulierung des § 30 Abs. 1 OWiG, der konkrete Anforderungen an die Position der Bezugspersonen stellt.

⁴² OLG Celle wistra 2002, 230.

⁴³ Der Ahndungsteil betrug 1 Million (die damalige Höchststrafe), der Abschöpfungsteil 148 Millionen.

⁴⁴ LG Düsseldorf wistra 2013, 80.

⁴⁵ LG Saarbrücken, Beschl. v. 27.5.2009 – 1 Qs 90/09 (juris).

⁴⁶ Eine solche Analogie ist zulässig, weil § 30 OWiG dadurch eingeschränkt wird und dies daher für den Täter, das betroffene Unternehmen, günstig ist.

⁴⁷ Siehe auch Entwurf (Fn. 2), S. 40.

⁴⁸ Entwurf (Fn. 2), S. 49.

⁴⁹ Vgl. Buchholz, Der Begriff der Zuwiderhandlung in Paragraph 130 OWiG unter Berücksichtigung aktueller Compliance-Fragen, 2013, S. 103.

Anders als bei § 30 OWiG ist der transnationale Geltungsbereich des § 2 Abs. 1, 2 VerbStrG eindeutig geregelt. § 3 Abs. 1 VerbStrG ordnet die sinngemäße Geltung des Allgemeinen Teils des StGB an, soweit dieser nicht ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar ist und das VerbStrG keine abweichende Regelung enthält. Die Vorschrift ähnelt insofern dem bereits angesprochenen Art. 1 Abs. 1 EGStGB. Zu den Vorschriften des Allgemeinen Teils des StGB gehören auch die §§ 3 ff. StGB, die den Geltungsbereich des Strafrechts regeln. Diese Deutung wird durch einen Blick auf § 2 Abs. 3 VerbStrG bestätigt. Dieser Paragraph enthält in S. 1 eine Sonderregel für Zuwiderhandlungen im Ausland in den Fällen des § 2 Abs. 2 VerbStrG. § 2 Abs. 3 S. 2 VerbStrG bestätigt demgegenüber, dass die §§ 3-7 StGB durch diese Sonderregel unberührt bleiben. Es kann daher kein Zweifel daran bestehen, dass der Geltungsbereich des im Entwurf vorgeschlagenen § 2 Abs. 1, 2 VerbStrG anhand der §§ 3-7 und 9 StGB zu bestimmen ist.

Allerdings findet sich in der Entwurfsbegründung zum Geltungsbereich des § 2 Abs. 1 VerbStrG folgende Passage: „Soweit auf die Zuwiderhandlung das deutsche Strafrecht Anwendung findet – nur dann liegt eine Zuwiderhandlung im Sinne des § 1 Absatz 2 Satz 1 VerbStrG vor – haftet auch der Verband.“⁵⁰ Dies klingt, als sei bei § 2 Abs. 1 VerbStrG beabsichtigt, den Geltungsbereich in Abhängigkeit vom Geltungsbereich der Bezugstat zu bestimmen. Sollte dies die Intention des Entwurfsgesetzgebers gewesen sein, hat sie sich jedoch nicht im Text des Gesetzesentwurfs niedergeschlagen. Da eine derartige Geltungsbereichsbestimmung völkerrechtswidrig wäre, ist diese Zurückhaltung zu begrüßen.

Es bleibt somit dabei, dass die §§ 3 ff. StGB den Geltungsbereich des VerbStrG bestimmen. Dieser soll im Folgenden näher erläutert werden. Wegen der Sonderregel in § 2 Abs. 3 S. 1 VerbStrG ist zwischen den beiden Verbandsstraftatbeständen zu trennen. Zu guter Letzt wird noch auf das Verhältnis zu § 30 OWiG einzugehen sein.

1. Der Geltungsbereich des § 2 Abs. 1 VerbStrG

§ 2 Abs. 1 VerbStrG stellt für die Verhängung einer Verbandsstrafe auf eine durch einen Entscheidungsträger begangene verbandsbezogene Zuwiderhandlung ab. Ihm liegt daher, ebenso wie § 30 OWiG, ein akzessorisches Haftungsmodell zu Grunde. Dies bedeutet, dass die Handlung eines Individuums – hier eines Entscheidungsträgers⁵¹ – die Verbandsgeldstrafe auslösen kann. Dies hat Auswirkungen auf die Bestimmung des Geltungsbereichs.

a) §§ 3, 4 StGB

Gemäß § 3 StGB gilt das deutsche Strafrecht für Taten, die im Inland begangen wurden. § 4 StGB erweitert den Geltungsbereich auf Taten, die auf deutschen Schiffen oder Luftfahrzeugen begangen wurden. Was unter Begehungsort zu verstehen ist, ist in § 9 StGB geregelt. Die entsprechenden Regeln sind im Wesentlichen parallel zu §§ 5, 7 OWiG, so dass

auf das oben Gesagte verwiesen werden kann: Da § 2 Abs. 1 VerbStrG die Strafbarkeit von der Handlung einer Einzelperson abhängig macht, ist deren Handlung als Tathandlung des Verbands anzusehen. Unter dieser Prämisse lassen sich die zu § 3 StGB entwickelten Grundsätze problemlos auf Verbände übertragen.

Aus diesem Grund spricht auch nichts gegen die sinngemäße Anwendung der §§ 3, 4 StGB (vgl. § 3 Abs. 1 VerbStrG). Zwar können Verbände als solche keine Körperbewegungen vornehmen und damit nicht im eigentlichen Sinne handeln. Mit der Entscheidung für eine Verbandsstrafbarkeit durch Zurechnung des Verhaltens einer natürlichen Person wird dem Verband jedoch eine Handlung zugeteilt, die eine sinngemäße Anwendung des § 3 StGB erlaubt.

b) § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob über § 3 Abs. 1 VerbStrG auch § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB zur Anwendung gelangt. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB ordnet die Geltung deutschen Strafrechts unter bestimmten Voraussetzungen dann an, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher war oder es nach der Tat geworden ist. Dies gilt gem. § 3 Abs. 1 VerbStrG sinngemäß für Verbände, soweit § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar ist. Die Frage ist also, ob Verbände sinngemäß Deutsche sein können oder dies natürlichen Personen vorbehalten ist.

aa) Sinngemäße Übertragung auf deutsche Verbände

Bei der parallelen Diskussion zu § 7 Abs. 1 StGB wurde die Anwendung auf Verbände bislang überwiegend abgelehnt.⁵² Ein gewichtiges Gegenargument war dabei der Wortlaut des § 7 StGB, der juristische Personen nicht umfasse.⁵³ Eine Anwendung auf juristische Personen unterliege daher dem Analogieverbot.⁵⁴ Dieses Argument lässt sich allerdings nicht eins zu eins auf das VerbStrG übertragen. § 3 Abs. 1 VerbStrG sieht (im Unterschied zu Art. 1 Abs. 1 EGStGB) nur eine sinngemäße Anwendbarkeit der AT-Vorschriften vor, keine direkte. Daher stellt sich nicht mehr die Frage, ob der Begriff „Deutscher“ auch juristische Personen umfasst, sondern es ist zu überlegen, ob „Deutscher“ *sinngemäß* auch juristische Personen umfassen kann. Dies ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Begriff von Inhalt und Sinn her überhaupt nicht auf

⁵⁰ Entwurf (Fn. 2), S. 49.

⁵¹ Siehe die Definition in § 1 Abs. 3 VerbStrG.

⁵² Basak, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 7 Rn. 11; Satzger (Fn. 4), § 5 Rn. 82; Ambos (Fn. 25), § 3 Rn. 78; Zöller, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2010, § 7 Rn. 5; Rotsch (Fn. 4), § 7 Rn. 18; Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 7 Rn. 6; Werle/Jeßberger (Fn. 20), § 7 Rn. 62.

⁵³ Basak (Fn. 52), § 7 Rn. 11; Satzger (Fn. 4), § 5 Rn. 82; Ambos (Fn. 25), § 3 Rn. 78; Zöller (Fn. 52), § 7 Rn. 5; Rotsch (Fn. 4), § 7 Rn. 18; Eser (Fn. 52), § 7 Rn. 6; Werle/Jeßberger (Fn. 20), § 7 Rn. 63.

⁵⁴ Ambos (Fn. 25), § 3 Rn. 78; Zöller (Fn. 52), § 7 Rn. 5; Rotsch (Fn. 4), § 7 Rn. 18; Werle/Jeßberger (Fn. 20), § 7 Rn. 62.

juristische Personen bezogen werden kann.⁵⁵ Der Maßstab für die Bewertung der Geltung des § 7 StGB für juristische Personen ist daher ein völlig anderer.⁵⁶

Es muss somit eigenständig geprüft werden, ob § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB sinngemäß auf Verbände angewandt werden kann. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB knüpft an die Staatsangehörigkeit des Täters an. Auch Verbände lassen sich jedoch einem Staat zuordnen. Diese Staatszugehörigkeit ist mit der Staatsangehörigkeit natürlicher Personen vergleichbar. Zwar ist umstritten, ob als Zuordnungskriterium der Sitz- oder der Gründungsort heranzuziehen ist.⁵⁷ Doch auch bei natürlichen Personen gibt es unterschiedliche Ansätze zum Erwerb einer Staatsangehörigkeit, etwa die Abstammung oder den Geburtsort. Diese Detailfragen hindern daher nicht die Übertragbarkeit des § 7 StGB auf Unternehmen. Nicht umsonst hat es sich im allgemeinen Sprachgebrauch eingebürgert, von „deutschen“ bzw. ausländischen Unternehmen zu sprechen.⁵⁸ Der Inhalt des Begriffs erlaubt daher eine sinngemäße Übertragung auf Unternehmen.

Bei der Frage nach dem Sinn einer solchen sinngemäßen Übertragung ist zu differenzieren: Soweit es um die Fälle des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB geht, also die Fälle, bei denen die deutsche Staatszugehörigkeit zum Tatzeitpunkt bestehen muss, ist anzumerken, dass das Abstellen auf die Staatszugehörigkeit im Bereich des Verbandsstrafrechts besondere Vorteile aufweist. Anders als bei natürlichen Personen ist bei juristischen Personen die Staatszugehörigkeit meist leicht erkennbar. Die Rechtsform der juristischen Person gibt Aufschluss über den Gründungsort, und auch der Sitz einer Gesellschaft ist meist kein Geheimnis. Das Opfer einer Verbandsstraftat kann daher leicht erkennen, welchem Staat der Verband zugehört. Auch der Verband selbst und der handelnde Entscheidungsträger kennen die Staatszugehörigkeit des Verbands, so dass eine daran anknüpfende Strafbarkeit gut vorhersehbar ist. Es erscheint daher nur sinnvoll, diese erhöhte Transparenz im Strafrecht nutzbar zu machen. Jedenfalls steht der Sinn des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB einer Anwendung auf Unternehmen nicht entgegen. Eine sinngemäße Geltung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB für deutsche Verbände ist daher möglich.

Im Fall des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB⁵⁹ hängt die Frage der Sinnhaftigkeit davon ab, wie diese Regelung eingeordnet wird. Sieht man diese sog. Neubürger-Klausel als Aus-

prägung des aktiven Personalitätsprinzips an,⁶⁰ gilt das zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB Ausgeführte entsprechend. Hält man sie hingegen für eine Ausprägung des Prinzips der stellvertretenden Strafrechtspflege und somit für eine Folge des Auslieferungsverbots für deutsche Staatsangehörige (Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG),⁶¹ gelten die gleichen Grundsätze, die auf § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB Anwendung finden (siehe unten II. 1. d).

bb) Entsprechende Geltung für § 7 Abs. 1 und 5 StGB

Geht man, wie hier, davon aus, dass zumindest § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB sinngemäß auch auf deutsche Verbände Anwendung findet, muss dasselbe konsequenterweise für § 7 Abs. 1 StGB und § 5 Nr. 3 lit. a, 5 lit. b, 8 lit. a und b, 9, 11a, 14a, 15 StGB gelten, die ebenfalls den Begriff „Deutscher“ verwenden. Für eine differenzierende Auslegung bietet das VerbStrG keinen Raum.⁶² Die Akzeptanz einer Verbandstäterschaft geht daher einher mit einem erhöhten Schutz von Verbänden. Dieser Gleichklang bedeutet außerdem, dass auch die Bestimmung der Staatszugehörigkeit in § 7 Abs. 1 und 2 StGB einheitlich erfolgen muss (dazu sogleich).⁶³

cc) Bestimmung der Staatszugehörigkeit von Verbänden

Als nächstes ist zu klären, wann ein Verband als deutsch anzusehen ist.⁶⁴ Hierzu werden zwei unterschiedliche Ansätze vertreten: Nach der sog. Gründungstheorie ist das Recht des Gründungsortes entscheidend, nach der sog. Sitztheorie das Recht des tatsächlichen Verwaltungssitzes.⁶⁵ Zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen die beiden Ansichten vor allem bei sog. Briefkastenfirmen, die an ihrem Gründungsort keine tatsächliche Verwaltungstätigkeit entfalten. Ursprünglich galt in Deutschland die Sitztheorie. In einer Reihe von Entscheidungen⁶⁶, die sich mit dem Thema befassten, stellte der EuGH jedoch fest, dass die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) eine Diskriminierung von Gesellschaften verbietet, die nach fremdem Recht gegründet wurden. An die Niederlassung in

⁵⁵ Vgl. Entwurf (Fn. 2), S. 51.

⁵⁶ Auch Zöller (Fn. 52), § 7 Rn. 5) bezieht seine Ablehnung nicht auf den Fall der Einführung eines Verbandsstrafrechts.

⁵⁷ Jeßberger (Fn. 3), S. 249; Wolswijk, in: Böse/Meyer/Schneider (Fn. 11), S. 329 (S. 341). Für den Sitzort Werle/Jeßberger (Fn. 20), § 7 Rn. 62.

⁵⁸ Siehe auch den Verweis auf die Formulierung des § 2 Abs. 1 LuftVG („deutsche Luftfahrzeuge“) bei Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 7 Rn. 4.

⁵⁹ Um diese Vorschrift geht es in dem oben angeführten Beispielfall.

⁶⁰ So etwa Ambos, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 1.

⁶¹ So etwa Werle/Jeßberger (Fn. 20), § 7 Rn. 8, 86; Basak (Fn. 52), § 7 Rn. 1; Lackner/Kühl, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 7 Rn. 1; Eser (Fn. 52), § 7 Rn. 1; Hoyer (Fn. 20), § 7 Rn. 10.

⁶² Derzeit wird die Einbeziehung juristischer Personen zwar nur bei § 7 Abs. 1 StGB diskutiert. Dies liegt aber daran, dass eine Täterschaft von juristischen Personen nach geltendem Recht nicht in Betracht kommt. Mit der Einführung eines Verbandsstrafrechts entfällt dieses Hindernis.

⁶³ So bereits Schneider (Fn. 9), Gliederungspunkt 3.

⁶⁴ Vgl. zu dem Folgenden auch Schneider (Fn. 9), Gliederungspunkt 3.

⁶⁵ Jeßberger (Fn. 3), S. 249; Wolswijk (Fn. 57), S. 341.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97 = Slg. I-01459 (Centros); EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – C-208/00 = Slg. I-09919; EuGH, Urt. v. 30.12.2003 – C-167/01 = Slg. I-10155 (Inspire Art).

einem fremden Mitgliedstaat dürfen somit keine negativen Rechtsfolgen geknüpft werden.

Dies hat Auswirkungen für die Fälle, in denen die Anwendung deutschen Strafrechts an die Staatszugehörigkeit des Verbandstäters geknüpft wird.⁶⁷ Verlegt eine im Ausland gegründete Gesellschaft ihre gesamte Geschäftstätigkeit nach Deutschland, so wäre diese Gesellschaft nach der Gründungstheorie weiterhin als ausländisch, nach der Sitztheorie aber als deutsch anzusehen. Als deutsche Gesellschaft unterfiele sie aber gem. § 3 Abs. 1 VerbStrG in Verbindung mit § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB deutschem Strafrecht. Die Begründung des Sitzes (durch Niederlassung) in Deutschland hätte daher zur Folge, dass deutsches Strafrecht anwendbar ist. Dies ist eine nachteilige Folge der Niederlassungsbegründung und als solche nach der „Inspire Art“-Rechtsprechung des EuGH unzulässig. Im Ergebnis folgt aus der Niederlassungsfreiheit und den dazu entwickelten Grundsätzen daher ein Verbot, den Sitz zur Begründung der Staatszugehörigkeit beim aktiven Personalitätsprinzip heranzuziehen.⁶⁸ Auch in diesem Zusammenhang ist auf das Gründungsrecht abzustellen. Deutsche Gesellschaften können daher nur solche sein, die in Deutschland gegründet wurden.

Da, wie bereits erläutert wurde, die §§ 3 ff. in dieser Hinsicht parallel auszulegen sind, ist diese Auslegung auch im Rahmen des § 7 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen.⁶⁹ Demnach werden im Fall des § 7 Abs. 1 StGB Gesellschaften, die in Deutschland gegründet wurden, dem Schutz des deutschen Strafrechts unterstellt. Insoweit findet also eine Besserstellung der nach deutschem Recht gegründeten Gesellschaften statt.⁷⁰

dd) Zwischenergebnis

Als vorläufiges Ergebnis ist festzuhalten: Die Geltungsbe-
reichsregeln, die an die Staatsangehörigkeit des Täters oder
Opfers anknüpfen, lassen sich im Prinzip sinngemäß auf Ver-
bände übertragen. Die Staatszugehörigkeit eines Verbands
bestimmt sich mit Blick auf die „Inspire Art“-Rechtsprechung
anhand des Gründungsortes. Empfehlenswert wäre aus Klar-
stellungsgründen allerdings, die Bestimmung der Staatszuge-
hörigkeit eines Unternehmens gesetzlich festzulegen.

Die Tatsache, dass dieses Ergebnis erst nach längerer Aus-
legung gefunden wurde, weist allerdings auf ein grundlegen-
des Problem des § 3 Abs. 1 VerbStrG hin: Indem die Vor-
schrift die *sinngemäße* Anwendung der Paragraphen des all-
gemeinen Teils anordnet, *soweit diese nicht ausschließlich
auf natürliche Personen anwendbar sind*, verlangt sie dem
Rechtsanwender jedes Mal die Prüfung ab, ob eine bestimmte
Vorschrift auf Verbände Anwendung findet oder nicht. Wann
eine Vorschrift ausschließlich auf natürliche Personen an-
wendbar ist und sich daher noch nicht einmal sinngemäß
übertragen lässt, sagt der Entwurf nicht. Dies mag in wenigen
Fällen (etwa bei § 20 StGB) klar sein. Bei dem Großteil der

Vorschriften – etwa den Irrtums- und Rechtfertigungsvor-
schriften – ist jedoch abzusehen, dass die ungenaue Formulie-
rung in § 3 Abs. 1 VerbStrG Anlass zu Diskussionen bieten
wird. Es ist daher sehr fraglich, ob § 3 Abs. 1 VerbStrG in
seiner jetzigen Form dem Bestimmtheitsgebot genügt.⁷¹ Das
Problem kann an dieser Stelle nicht vertieft werden. Es bleibt
abzuwarten, ob im Gesetzgebungsprozess eine präzisere Rege-
lung getroffen werden kann.

c) §§ 5, 6 StGB

Die §§ 5 und 6 StGB enthalten eine Reihe von Einzeldelikten,
die auch im Ausland bestraft werden können. Wenn eine Zu-
widerhandlung gegen eines dieser Delikte die Verbandsstrafe
gemäß § 2 Abs. 1 VerbStrG auslöst, ist der Geltungsbereich
des deutschen Verbandsstrafrechts gem. § 3 Abs. 1 VerbStrG
in Verbindung mit der jeweiligen Nummer der §§ 5, 6 StGB
eröffnet. Die Vorschriften lassen sich daher im Grundsatz
problemlos sinngemäß auf Verbände übertragen.

Allerdings bedürfen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1
VerbStrG hier besonderer Prüfung. Der Entscheidungsträger
muss in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbands
gehandelt haben. Außerdem muss die Zuwiderhandlung ver-
bandsbezogen gewesen sein, das heißt, durch sie müssten
Pflichten des Verbands verletzt oder der Verband bereichert
worden sein (§ 1 Abs. 2 S. 2 VerbStrG). In vielen der in §§ 5,
6 StGB geregelten Fälle wird eine Verbandsstrafe bereits an
diesen Voraussetzungen scheitern.

Darüber hinaus finden sich gerade in § 5 StGB viele wei-
tere Einschränkungen des Täter- und Opferkreises. Eine ge-
naue Erläuterung der einzelnen Nummern kann an dieser
Stelle nicht erfolgen, so dass nur kurz auf einige Formulie-
rungen eingegangen wird. Es wurde bereits darauf hingewie-
sen, dass eine Voraussetzung oft ist, dass der Täter Deutscher
sein muss. Diese Anforderung ist häufig von der Forderung
begleitet, der deutsche Täter müsse seine Lebensgrundlage im
räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes haben (Nr. 3 lit. a,
5 lit. b, 8 lit. a). Mit dem „räumlichen Geltungsbereich des
Gesetzes“ ist das deutsche Territorium gemeint.⁷² Der Aus-
druck „Lebensgrundlage“ bezeichnet den Lebensmittelpunkt.⁷³
Unternehmen leben zwar nicht und haben daher keine Lebens-
grundlage im eigentlichen Sinn. Sinngemäß kann bei Unter-
nehmen aber auf den Mittelpunkt ihrer unternehmerischen
Tätigkeit abgestellt werden, also auf das sog. centre of main
interest (COMI).⁷⁴ Verlangt das Gesetz daher, dass „der Täter
Deutscher ist und seine Lebensgrundlage im räumlichen Gel-
tungsbereich des Gesetzes hat“, bedeutet dies für Verbände,
dass diese in Deutschland gegründet worden sein und ihr
COMI in Deutschland haben müssen. Unter diesen Voraus-
setzungen können daher auch die entsprechenden Regelungen
in § 5 StGB auf Verbände angewandt werden.

⁶⁷ Siehe bereits *Schneider* (Fn. 9), Gliederungspunkt 3.

⁶⁸ Siehe zum passiven Personalitätsprinzip *Schneider* (Fn. 9),
Gliederungspunkt 3.

⁶⁹ *Schneider* (Fn. 9), Gliederungspunkt 3.

⁷⁰ Näher zum passiven Personalitätsprinzip *Schneider* (Fn. 9),
Gliederungspunkt 3.

⁷¹ Anders offenbar der Entwurf (Fn. 2): „Der Entwurf trägt
auch den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes ausrei-
chend Rechnung.“, S. 33.

⁷² *Schroeder*, GA 1968, 353 (354 f.).

⁷³ *Ambos* (Fn. 60), § 5 Rn. 16.

⁷⁴ Vgl. zur Bedeutung des COMI auch *Schneider* (Fn. 9),
Gliederungspunkt 4.2.2.3.

d) § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB findet deutsches Strafrecht – sofern die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt – unter drei Voraussetzungen Anwendung. Erstens muss der Täter Ausländer sein. Bei Inländern findet bereits § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB Anwendung, so dass sich die Frage nach der Anwendbarkeit von Nr. 2 gar nicht stellt. Da auch Verbände eine Staatszugehörigkeit haben, ist es durchaus möglich, Verbände, die einem fremden Staat zugehören, als Ausländer anzusehen.

Zweitens muss der ausländische Verband „im Inland betroffen“ sein. Damit ist gemeint, dass die Anwesenheit des Täters im Inland festgestellt worden sein muss.⁷⁵ Auch dieses Kriterium lässt sich auf Verbände übertragen. Zwar sind Verbände körperlos und können daher nicht im eigentlichen Sinne anwesend sein. An die Stelle der körperlichen Anwesenheit kann jedoch eine Niederlassung in Deutschland treten. Im Inland betroffen ist ein Verband daher dann, wenn er zumindest eine Zweigniederlassung in Deutschland unterhält.

Die dritte Voraussetzung für die Anwendung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist, dass der Täter aus bestimmten Gründen nicht ausgeliefert wird, obwohl das Auslieferungsgesetz seine Auslieferung nach der Art der Tat zuließe. Auf Verbände übertragen bedeutet dies, dass die Auslieferung des Verbandes nach Art der Tat zulässig sein müsste. Dies führt zur Kernfrage der Anwendbarkeit des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB auf Verbände: Kann ein Verband überhaupt ausgeliefert werden? Falls ja, käme eine Geltung deutschen Strafrechts in Betracht, falls nein, wäre eine Auslieferung generell unzulässig, so dass das Prinzip *aut dedere aut iudicare*, auf dem § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB beruht, die Geltung deutschen Strafrechts nicht rechtfertigen könnte. Es ist daher zu klären, ob eine Auslieferung von juristischen Personen denkbar ist.

Der Entwurf enthält keine Regeln zur Rechtshilfe. Einschlägig sind daher die Regelungen des IRG. Da der Entwurf allerdings nicht sinngemäß auf das IRG verweist, müssen die entsprechenden Regelungen unmittelbar angewandt werden. Gemäß § 2 Abs. 1 IRG ist die Auslieferung von Ausländern grundsätzlich möglich. Ausländer sind gem. § 2 Abs. 3 IRG Personen, die nicht Deutsche im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG sind, das heißt vereinfacht gesagt, Personen, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit haben. Das trifft jedoch auf Verbände erst Recht zu, weil diese gar keine Staatsangehörigkeit haben können. § 2 IRG bezieht sich zwar auf Personen, aber nicht ausdrücklich auf natürliche Personen. Prinzipiell wäre es daher möglich, unter „Ausländer“ im Sinne des § 2 IRG auch juristische Personen zu fassen.

Allerdings scheitert eine solche Auslegung an der Natur der Auslieferung. Unter Auslieferung im Sinne des IRG versteht man die Überstellung an einen anderen Staat zum Zweck der Strafverfolgung oder -vollstreckung.⁷⁶ Es geht also um einen physischen Vorgang, der mit einem Ortswechsel verbunden ist. Versucht man, diesen Vorgang auf Verbände zu

beziehen, stößt man auf das Problem, wer oder was denn überstellt werden soll. Eine denkbare Möglichkeit wären die Organe des Verbands, die den Verband nach außen hin vertreten. Allerdings wäre eine solche Maßnahme den betroffenen natürlichen Personen gegenüber kaum zu rechtfertigen – diese müssten ein Verfahren in einem fremden Staat und ggf. Auslieferungshaft über sich ergehen lassen, obwohl sie persönlich unbescholten sind. Im Übrigen besteht gar kein Bedürfnis nach einer Auslieferung eines Verbands, weil Verbände sowieso nicht persönlich vor Gericht erscheinen können, sondern vertreten werden müssen (vgl. § 17 Abs. 1 S. 1 VerbStrG). Der deutsche Entwurf sieht außerdem die Möglichkeit eines Abwesenheitsurteils vor (§ 21 VerbStrG). Eine Auslieferung von Verbänden ist daher im Ergebnis unzulässig. Damit fehlt es an einer Voraussetzung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB, so dass diese Vorschrift bei Verbänden auch sinngemäß keine Anwendung finden kann. Hierbei handelt es sich also um eine Vorschrift, die dem Sinn nach nur auf natürliche Personen anzuwenden ist.

2. Der Geltungsbereich des § 2 Abs. 2 VerbStrG

Gemäß § 2 Abs. 2 VerbStrG kann eine Verbandssanktion verhängt werden, wenn eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung im Sinne des § 1 Abs. 2 VerbStrG begangen wurde und ein Entscheidungsträger Aufsichtsmaßnahmen unterlassen hat, die die Zuwiderhandlung verhindert hätten. Anders als bei § 2 Abs. 1 VerbStrG kommen bei Abs. 2 also auch Zuwiderhandlungen von Personen in Betracht, die nicht Entscheidungsträger sind, sofern eine Aufsichtspflichtverletzung durch einen Entscheidungsträger vorliegt. Der Geltungsbereich des § 2 Abs. 2 VerbStrG richtet sich wie bei Abs. 1 nach den §§ 3 ff. StGB. Da § 2 Abs. 3 S. 1 VerbStrG jedoch eine Sonderregel für Zuwiderhandlungen im Ausland enthält, bietet es sich an, zwischen Zuwiderhandlungen im In- und Ausland zu differenzieren.

a) Zuwiderhandlung im Inland

Für Zuwiderhandlungen im Inland gelten die §§ 3 ff. StGB über § 3 Abs. 1 VerbStrG sinngemäß, so dass auf die oben dargestellten Grundsätze zurückgegriffen werden kann. Auch hier findet § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB daher keine Anwendung, während deutsche Verbände durchaus den sonstigen Regelungen des § 7 StGB unterfallen können.⁷⁷ Auch die §§ 5 und 6 StGB sind im Wesentlichen anwendbar.

Gemäß §§ 3 und 4 StGB findet deutsches Strafrecht auf Taten Anwendung, die in Deutschland bzw. auf deutschen Schiffen und Luftfahrzeugen begangen wurden. Hierunter fallen gemäß § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB auch Taten, bei denen der Täter an den entsprechenden Orten gehandelt hat. Entscheidend ist daher u.a. der Ort der Tathandlung. Es kommt demnach darauf an, was die Tathandlung des § 2 Abs. 2 VerbStrG ist. § 2 Abs. 2 VerbStrG lautet in verkürzter Form: „Ist [...] eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden, so wird gegen den Verband eine Verbandssanktion verhängt, wenn durch einen Entscheidungsträger dieses Verban-

⁷⁵ Basak (Fn. 52), § 7 Rn. 15; Rotsch (Fn. 4), § 7 Rn. 25.

⁷⁶ Vogel, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Kommentar, 53. Lfg., Stand: November 2001, Vor § 1 IRG Rn. 2.

⁷⁷ Siehe zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB oben II. 1. b) aa).

des vorsätzlich oder fahrlässig zumutbare Aufsichtsmaßnahmen [...] unterlassen worden sind [...]“. Als mögliche Tathandlungen kommen bei dieser Formulierung sowohl die Zuwiderhandlung als auch das Unterlassen von Aufsichtsmaßnahmen in Betracht.

Da die Vorschrift die subjektive Tatseite („vorsätzlich oder fahrlässig“) explizit auf das Unterlassen von Aufsichtsmaßnahmen bezieht, muss jedenfalls diese Unterlassung zum objektiven Tatbestand gehören und damit Tathandlung sein. Diese Interpretation wird gestützt durch den Vergleich mit § 130 OWiG, an den § 2 Abs. 2 VerbStrG angelehnt ist.⁷⁸ Demnach findet gemäß § 3 StGB in Verbindung mit § 9 Abs. 1 Var. 2 StGB deutsches Strafrecht jedenfalls dann Anwendung, wenn der Entscheidungsträger die Aufsichtsmaßnahmen im Inland hätte vornehmen müssen. Dies gilt unabhängig davon, wie die Zuwiderhandlung einzuordnen ist, weil es für § 3 StGB regelmäßig ausreicht, wenn eine Teilhandlung im Inland stattgefunden hat.⁷⁹

Denkbar ist jedoch auch, dass die Aufsichtsmaßnahmen trotz inländischer Zuwiderhandlung im Ausland hätten stattfinden müssen. Dies ist z.B. der Fall bei ausländischen Unternehmen mit Sitz im Ausland, die dort ein Compliance-Programm auf die Beine hätten stellen müssen und dies unterlassen haben. Hätten die Aufsichtsmaßnahmen im Ausland vorgenommen werden müssen, käme deutsches Strafrecht über § 3 StGB nur dann zur Anwendung, wenn die inländische Zuwiderhandlung dafür sorgen würde, dass die Tat als im Inland begangen zu klassifizieren wäre. Dies hängt davon ab, wie die Zuwiderhandlung rechtlich eingeordnet wird. Fasst man die Zuwiderhandlung als weiteren Teil der Tathandlung auf, so wäre § 3 StGB bei inländischer Zuwiderhandlung immer einschlägig, weil damit ein inländischer Handlungsort vorliegen würde. Paralleles gilt, wenn man die Zuwiderhandlung als Taterfolg ansieht. Ordnet man die Zuwiderhandlung hingegen als objektive Bedingung der Strafbarkeit ein, kann eine inländische Zuwiderhandlung nur dann die Geltung deutschen Strafrechts begründen, wenn der Ort des Eintritts einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit generell als Erfolgsort im Sinne des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB angesehen wird. Dies ist umstritten.⁸⁰ Falls § 2 Abs. 2 VerbStrG als konkretes Gefährdungsdelikt angesehen würde, so wie es teilweise für § 130 OWiG vertreten wird,⁸¹ könnte der Ort einer möglichen Zuwiderhandlung als Erfolgsort des konkreten Gefährdungsdelikts gleichfalls die Geltung des § 3 StGB auslösen.⁸²

Für die Einordnung der Zuwiderhandlung als Tatbestandsmerkmal spricht zunächst der Wortlaut. § 2 Abs. 2 VerbStrG ist ähnlich wie Abs. 1 formuliert, in dem die Zuwiderhandlung unstreitig die Tathandlung ist. Allerdings fehlt in Abs. 2 der

Hinweis auf die subjektive Tatseite – nicht mehr die Zuwiderhandlung muss vorsätzlich oder fahrlässig vorgenommen worden sein, sondern das Unterlassen von Aufsichtsmaßnahmen. Dies spricht dafür, dass die Zuwiderhandlung in Abs. 2 nicht Teil des Unrechtstatbestands sein soll, weder als konkrete Gefährdung, noch als Tathandlung oder Taterfolg. Entsprechend ordnet auch die Gesetzesbegründung die Zuwiderhandlung in Abs. 2 als „objektive Bedingung der Ahndung“ ein.⁸³ Bei § 2 Abs. 2 VerbStrG handelt es sich daher um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.⁸⁴

Geht man davon aus, dass es sich bei der Zuwiderhandlung in Abs. 2 um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handelt, hängt die Geltung deutschen Strafrechts bei Unterlassung im Ausland davon ab, ob der Eintritt einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit im Inland einen inländischen Tatort begründet. Dies wird in der Literatur mit dem Argument bejaht, § 9 StGB solle nur solche Erfolge ausschließen, die strafrechtlich irrelevant seien.⁸⁵ Allerdings weist der Wortlaut des § 9 StGB, der auf den „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ abstellt, auf eine engere Verwendung der Erfolgsdefinition hin, nämlich auf eine tatbestandsbezogene.⁸⁶ Objektive Bedingungen der Strafbarkeit zeichnen sich jedoch dadurch aus, dass sie keine Relevanz für Unrecht und Schuld besitzen. Zutreffend weist *Satzger* darauf hin, dass solche Merkmale vor dem Hintergrund des Schuldprinzips nur gerechtfertigt werden können, wenn sie eine für den Täter günstige Beschränkung der Strafbarkeit von abstrakten Gefährdungsdelikten darstellen.⁸⁷ Diese Funktion schließt es jedoch aus, objektive Bedingungen der Strafbarkeit als „zum Tatbestand gehörende Erfolge“ anzusehen.⁸⁸ Die inländische Zuwiderhandlung begründet daher für sich genommen nicht über § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB die Geltung des § 3 StGB.

b) Zuwiderhandlung im Ausland

Ist die Zuwiderhandlung im Ausland begangen worden, wird ausweislich § 2 Abs. 3 S. 1 VerbStrG eine Verbandssanktion nur verhängt, wenn der entsprechende Verband „seinen Sitz im Anwendungsbereich dieses Gesetzes hat“. Die §§ 3-7 StGB bleiben von dieser Regelung unberührt (§ 2 Abs. 3 S. 2 VerbStrG). Dies bedeutet, dass bei Zuwiderhandlungen im Ausland zwei Voraussetzungen vorliegen müssen: Gemäß §§ 3 ff. StGB muss deutsches Strafrecht anwendbar sein und zusätzlich muss der Verband, gegen den eine Verbandssanktion verhängt werden soll, seinen Sitz im Anwendungsbereich des VerbStrG

⁷⁸ Siehe Entwurf (Fn. 2), S. 45.

⁷⁹ *Eser* (Fn. 52), § 9 Rn. 12; *Rotsch* (Fn. 4), § 9 Rn. 12; *Hoyer* (Fn. 20), § 9 Rn. 4.

⁸⁰ Siehe *Satzger* (Fn. 4), Rn. 29 ff.; *Namavicius*, Territorialgrundsatz und Distanzdelikt, 2012, S. 155 ff. Siehe im Zusammenhang mit § 130 OWiG auch *Buchholz* (Fn. 49), S. 100 ff.

⁸¹ Siehe hierzu *Rogall* (Fn. 6), § 130 Rn. 15 f.; *Buchholz* (Fn. 49), S. 16 ff.

⁸² So auch *Buchholz* (Fn. 49), S. 99.

⁸³ Entwurf (Fn. 2), S. 46. Der Ausdruck „Ahndung“ ist allerdings verfehlt, weil § 2 Abs. 2 VerbStrG ein Straftatbestand ist.

⁸⁴ Wünschenswert wäre es gewesen, wenn sich diese Struktur auch deutlicher im Text niedergeschlagen hätte.

⁸⁵ *Eser* (Fn. 52), § 9 Rn. 6a. Siehe auch *Basak* (Fn. 52), § 9 Rn. 8; *Ambos* (Fn. 60), § 9 Rn. 21; *Lackner/Kühl* (Fn. 61), § 9 Rn. 2. Zustimmung *Buchholz* (Fn. 49); *Böse* (Fn. 58), § 9 Rn. 9; *Hoyer* (Fn. 20), § 9 Rn. 6.

⁸⁶ Siehe *Satzger* (Fn. 4), § 5 Rn. 31.

⁸⁷ *Satzger* (Fn. 4), § 5 Rn. 31.

⁸⁸ *Satzger* (Fn. 4), § 5 Rn. 31. Ebenso *Namavicius* (Fn. 80), S. 158; *Krause*, Jura 1980, 449 (454).

haben. § 2 Abs. 2 VerbStrG findet damit unter strengeren Voraussetzungen Anwendung als § 2 Abs. 1 VerbStrG.

Irritierend ist in diesem Zusammenhang die Entwurfsbegründung. Darin steht zu § 2 Abs. 3 VerbStrG: „Die Vorschrift beruht auf dem Rechtsgedanken, dass eine strafrechtliche Verbandsverantwortlichkeit, die an eine fehlerhafte Verbandsorganisation anknüpft, nicht davon abhängig gemacht werden sollte, von wo aus die verbandsbezogene Zuwiderhandlung hätte verhindert werden können, solange sich der Sitz des Verbandes im Inland befindet. Die Regelung verhindert „organisierte Unverantwortlichkeit durch Verlagerung von Aufsichts- und Kontrollzuständigkeiten ins Ausland.“⁸⁹ Die Intention hinter dem Entwurf war also offenbar, sicherzustellen, dass Verbände mit Sitz im Inland in jedem Fall für Aufsichtspflichtverletzungen haften müssen. Dies spiegelt der Entwurf aber nicht wider: durch die Verwendung des Wortes „nur“ in § 2 Abs. 3 S. 1 VerbStrG wird deutlich, dass das Erfordernis eines inländischen Sitzes eine Einschränkung des Geltungsbereichs sein soll. Auch das Abstellen auf die Zuwiderhandlung ist unglücklich, weil Tathandlung des § 2 Abs. 2 VerbStrG nicht die Zuwiderhandlung, sondern das Unterlassen von Aufsichtsmaßnahmen ist. Aus der Tatsache, dass die Zuwiderhandlung im Ausland begangen wurde, folgt daher nicht, dass es sich auch um eine Auslandstat handelt. Der Entwurf sollte in diesem Punkt überarbeitet werden.

Nimmt man den Wortlaut, wie er ist, findet § 2 Abs. 2 VerbStrG gem. § 2 Abs. 3 S. 1 VerbStrG bei Zuwiderhandlungen, die im Ausland begangen wurden, Anwendung, wenn diese auf einen Verband bezogen sind, der seinen Sitz im Anwendungsbereich dieses Gesetzes (VerbStrG) hat. Im Ausland begangen sind Taten, die außerhalb des deutschen Territoriums begangen wurden. Darunter fallen auch Taten, die auf deutschen Schiffen oder Luftfahrzeugen begangen wurden, die sich außerhalb der deutschen Gewässer befinden. Der Ausdruck „im Anwendungsbereich dieses Gesetzes“ ist missverständlich, weil es in § 2 Abs. 3 VerbStrG gerade um die Bestimmung des Anwendungsbereiches geht. Gemeint dürfte das sein, was im StGB häufig als „räumlicher Geltungsbereich dieses Gesetzes“ beschrieben wird, also das Inland.⁹⁰ § 2 Abs. 2 VerbStrG findet daher bei ausländischen Zuwiderhandlungen nur auf Verbände mit inländischem Sitz Anwendung.

Fraglich ist, was mit „Sitz“ gemeint ist. In Betracht kommen zum einen der satzungsmäßige Sitz, zum anderen der Verwaltungssitz der Gesellschaft. Dies entspricht dem bereits erläuterten Streit um Gründungs- und Sitztheorie. Im deutschen Recht sind beide Varianten gebräuchlich (vgl. etwa § 24 BGB, § 4a GmbHG), so dass für jedes Gesetz einzeln auszulegen ist, was mit „Sitz“ gemeint ist. Das VerbStrG selbst definiert dies nicht. In der Entwurfsbegründung finden sich allerdings Verweise auf zwei EU-Rahmenbeschlüsse⁹¹,

denen durch die Regelung in § 2 Abs. 3 VerbStrG besser entsprochen werden soll.⁹² Im Wege der europarechtskonformen Auslegung sind daher diese Rahmenbeschlüsse heranzuziehen.

Die deutschen Fassungen beider Rahmenbeschlüsse stellen wie das VerbStrG darauf ab, dass der Sitz der juristischen Person im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats sein muss. Sie helfen daher nicht weiter. Ein Blick auf andere Fassungen der Rahmenbeschlüsse zeigt jedoch, dass es in Art. 9 Abs. 1 lit. d RB 2002/475/JI um die Niederlassung in einem Mitgliedstaat geht.⁹³ Die Niederlassung entspricht nicht dem satzungsmäßigen Sitz, sondern setzt ein tatsächliches Entfalten von Tätigkeit voraus. Art. 7 Abs. 1 lit. c RB 2003/568/JI stellt hingegen im überwiegenden Teil der Sprachfassungen auf den Sitz ab, womit der satzungsmäßige Sitz gemeint sein dürfte.⁹⁴ Diese Uneinheitlichkeit findet sich auch in anderen Rahmenbeschlüssen: Art. 9 Abs. 1 lit. c RB 2008/913/JI⁹⁵ stellt in manchen Fassungen⁹⁶ auf den satzungsmäßigen Sitz, in anderen⁹⁷ auf den Sitz der Hauptverwaltung ab. Art. 10 Abs. 2 lit. b RL 2011/36/EU⁹⁸ bezieht sich überwiegend auf die Niederlassung,⁹⁹ ebenso wie Art. 17 Abs. 2 lit. b RL 2011/92/EU¹⁰⁰.

Insgesamt lässt sich trotz gewisser Uneinheitlichkeit im EU-Recht eine Tendenz dazu erkennen, auf eine Niederlassung der juristischen Person abzustellen.¹⁰¹ Es bietet sich an, den Sitz bei § 2 Abs. 3 VerbStrG entsprechend auszulegen und nur, falls anderslautendes EU-Recht dies gebietet, von dieser Sitzdefinition abzuweichen. Bei Zuwiderhandlungen im Ausland findet § 2 Abs. 2 VerbStrG daher nur dann Anwendung, wenn der Verband eine Niederlassung auf deutschem Territorium hat und die §§ 3 ff. StGB die Geltung deutschen Strafrechts anordnen.

3. Verhältnis zu § 30 OWiG

Als letztes stellt sich noch die Frage, wie das Verhältnis der neuen Verbandsstraftatbestände zu § 30 OWiG aussieht. Der geplante Entwurf enthält keine Einschränkung des § 30 OWiG,

2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor = ABl. EU 2003 Nr. L 192/54.

⁹² Entwurf (Fn. 2), S. 48.

⁹³ So etwa die englische, französische, schwedische und spanische Fassung. Wie die deutsche aber die dänische Fassung („hjemsted“).

⁹⁴ Siehe die französische, dänische, schwedische, spanische und deutsche Fassung. Anders die englische („head office“).

⁹⁵ ABl. EU 2008 Nr. L 328/55.

⁹⁶ Französisch, Spanisch, Dänisch, Italienisch.

⁹⁷ Schwedisch, Deutsch, Englisch.

⁹⁸ ABl. EU 2011 Nr. L 101/1.

⁹⁹ Siehe die deutsche, französische, englische, schwedische und spanische Fassung. Anders die italienische („sede“) und dänische („hjemsted“).

¹⁰⁰ ABl. EU 2011 Nr. L 335/1. Hier ist es die deutsche, französische, englische, schwedische und spanische Fassung. Anders die italienische („sede“) und dänische („hjemsted“).

¹⁰¹ Ebenso *Stuckenberg*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 9, 2013, § 10 Rn. 8 (S. 379 ff.).

⁸⁹ Entwurf (Fn. 2), S. 48.

⁹⁰ Siehe zu der Begrifflichkeit *Schroeder*, GA 1968, 353.

⁹¹ Rahmenbeschlusses des Rates 2002/475/JI vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung = ABl. EG 2002 Nr. L 164/3; Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22. Juli

so dass beide Vorschriften nebeneinander Anwendung finden werden. Allerdings erfasst § 2 VerbStrG nur solche Zuwiderhandlungen, die selbst Straftaten darstellen. Besteht die Zuwiderhandlung hingegen in einer Ordnungswidrigkeit, kommt nur eine Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG in Betracht. Handelt es sich bei der Zuwiderhandlung um eine Straftat, findet § 21 OWiG Anwendung, der das Verhältnis von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten regelt.¹⁰² Danach hat § 2 VerbStrG Vorrang vor § 30 OWiG (§ 21 Abs. 1 S. 1 OWiG). In Zukunft ist also bei Zuwiderhandlungen gegen Strafgesetze primär das VerbStrG heranzuziehen.

IV. Ergebnis

Die Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen: De lege lata richtet sich der Geltungsbereich der Verbandsgeldbuße in § 30 OWiG nach § 5 OWiG. De lege ferenda – nach dem Entwurf eines VerbStrG – sind grds. die §§ 3 ff. StGB anzuwenden. Dabei finden die §§ 3, 4, 5, 6, 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB mit der Maßgabe Anwendung, dass die Staatszugehörigkeit anhand des Gründungsortes bestimmt wird. § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB lässt sich nicht sinngemäß auf Verbände anwenden. Im Fall des § 7 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB hängt die Anwendbarkeit auf Verbände von der Einordnung der Vorschrift ab. Für Zuwiderhandlungen im Ausland gilt im Rahmen des § 2 Abs. 2 VerbStrG eine Besonderheit: Hier wird eine Sanktion nur dann verhängt, wenn der Verband, auf den sie bezogen ist, eine Niederlassung auf deutschem Territorium hat.

Die Gegenüberstellung von geltendem Recht und Gesetzesentwurf zeigt, dass der transnationale Geltungsbereich des VerbStrG gegenüber § 30 OWiG deutlich erweitert sein wird. Grund dafür ist, dass durch die Bezeichnung der Vorschriften als Strafrecht die extensiven strafrechtlichen Geltungsbereichsregeln Anwendung finden. Angesichts der dargestellten Ungereimtheiten erscheint es zweifelhaft, ob die Verfasser des Entwurfs diese Konsequenz in allen Einzelheiten vor Augen hatten. Auch ist fraglich, ob eine derart extensive Regelung der Unternehmensstrafbarkeit überhaupt von Nöten ist. Es bleibt zu hoffen, dass der Entwurf in diesem Punkt noch einmal überdacht wird.

¹⁰² Ordnet man § 30 OWiG als Rechtsfolge sui generis und nichts als ordnungswidrigkeitsrechtliche Regelung ein, muss man § 21 OWiG analog anwenden.

Die Tatbestandsmerkmale der Vergewaltigung im Völkerstrafgesetzbuch von Deutschland

Von Dr. Alexandra Adams, Beirut*

I. Problemstellung

Am 30.6.2002 ist in Deutschland das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) in Kraft getreten.¹ Das VStGB wurde mit dem Ziel eingeführt, in Deutschland die Umsetzung des IStGH-Statuts zu bewirken und teilweise über das Statut hinaus auch völkergewohnheitsrechtliche Strafnormen aufzunehmen, um durch die „Schaffung eines einschlägigen nationalen Regelungswerks das humanitäre Völkerrecht zu fördern und zu seiner Verbreitung beizutragen“.² Trotz dieser Umsetzung völkerrechtlicher Verbrechen in nationale Straftatbestände ist bis heute unklar, welche konkreten Tatbestandsmerkmale die Vergewaltigung nach Völkerstrafrecht ausmachen. Das Anliegen dieser Abhandlung ist es, zu untersuchen, wie der Tatbestand der Vergewaltigung im VStGB zu definieren ist.

Das VStGB enthält einen Allgemeinen (§§ 1-5) und einen Besonderen Teil (§§ 6-14). § 2 verbindet das VStGB mit dem deutschen allgemeinen Strafrecht. Soweit keine spezielleren Vorschriften in den §§ 1-5 VStGB existieren, kommt das deutsche allgemeine Strafrecht zur Anwendung.³ Daher bestimmt sich der Vorsatz zur Vergewaltigung gemäß § 2 VStGB in Verbindung mit § 15 StGB nach deutschem Recht. Bedingt vorsätzliches Handeln reicht aus.⁴ Der Besondere Teil enthält die völkerrechtlichen Strafnormen, welche inhaltlich auf dem IStGH-Statut sowie sonstigen verbindlichen Instrumenten des humanitären Völkerrechts, der Verbrechenselemente (Elements of Crimes), der Spruchpraxis internationaler Strafgerichte und der Staatenpraxis basieren.⁵ Teilweise weichen jedoch die Formulierungen von diesen Vorgaben ab, um eine Harmonisierung mit den in Deutschland üblichen Begriffen und Strukturen des Strafrechts zu erreichen.⁶

Der Völkermordtatbestand nach § 6 VStGB wurde aus dem IStGH-Statut mit kleinen Abweichungen übernommen. Seit

der Völkermordkonvention wurde der Tatbestand nicht mehr grundlegend verändert, weshalb es bis heute an einer expliziten Aufzählung der Vergewaltigung fehlt. Es wird aber nach allgemeiner Auffassung davon ausgegangen, dass die Vergewaltigung von den Tatalternativen des Art. 2 Abs. 1 lit. b, c und d Völkermordkonvention erfasst wird.⁷ Die Vergewaltigung (samt fünf weiterer Sexualdelikte) wird nur in den Verbrechen gegen die Menschlichkeit und den Kriegsverbrechen (§§ 7 Abs. 1 Nr. 6; 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB) erwähnt. Jedoch enthalten die Einzeltaten der Rahmenverbrechen wiederum keine Tatbestandsmerkmale, so dass es an einem präzisen Tatbestand der Vergewaltigung im VStGB mangelt. Es bedarf daher einer Auslegung des Begriffs der Vergewaltigung.

Grundsätzlich gelten die deutschen Auslegungsregeln und Rechtsstaatsgarantien (Gesetzlichkeitsgrundsatz) auch für das VStGB, weil sie Regeln des allgemeinen Strafrechts sind und das VStGB insofern keine speziellere Vorschrift bereithält.⁸ Die Vergewaltigung ist bereits im StGB ein hinreichend bestimmter Tatbestand, womit die Möglichkeit besteht, auf die Auslegung des § 177 Abs. 2 StGB zur Ausfüllung der §§ 7 Abs. 1 Nr. 6, 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB zurückzugreifen.⁹ Der Vorteil wäre eine übereinstimmende Verwendung desselben Begriffs in beiden deutschen Strafgesetzen. Dagegen spricht allerdings die Herkunft der Vorschriften des Besonderen Teils aus dem Völkerstrafrecht. Vorrangiges Ziel war es, die allgemein anerkannten sowie nach dem IStGH-Statut strafbaren Tatbestände ins deutsche Recht zu übertragen, um so dem Gesetzlichkeitsgrundsatz im deutschen Strafrecht zu genügen.¹⁰ Würde man nun einen deutschen Tatbestand (zwar innerhalb eines Rahmenverbrechens) zur Anwendung bringen, könnten Zweifel an einer korrekten, den spezifischen Unrechtsgehalt des völkerrechtlichen Verbrechens berücksichtigenden Umsetzung des IStGH-Statuts aufkommen. Außerdem würde man nicht der völkergewohnheitsrechtlichen Strafpflicht entsprechen, wenn der Tatbestand im Völkerstrafrecht ein anderer ist als im StGB.¹¹ Es könnten Zweifel an der

* Die Verf. hat bei Prof. Dr. Thomas Weigend, Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Universität Köln, im Völkerstrafrecht promoviert und ist Lehrbeauftragte für das Völkerrecht/Völkerstrafrecht und das allgemeine Strafrecht an der Université Saint-Esprit de Kaslik, Libanon.

¹ Der Gesetzestext ist einsehbar auf: <http://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/>.

² Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches – mit Begründung, 2001, S. 21; Werle/Jeffberger, Criminal Law Forum 13 (2002), 191 (197); Zimmermann, in: Neuner (Hrsg.), National Legislation Incorporating International Crimes, 2003, S. 137 f.; Satzger, NStZ 2002, 125 f.

³ Weigend, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/2, 2009, § 2 VStGB Rn. 4.

⁴ Werle/Burchards, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 7 VStGB Rn. 81; Zimmermann/Geiß, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 8 VStGB Rn. 194; Weigend (Fn. 3), § 2 VStGB Rn. 9 f.

⁵ Bundesministerium der Justiz (Fn. 2), S. 22.

⁶ Bundesministerium der Justiz (Fn. 2), S. 22 f.; Zimmermann (Fn. 2), S. 137 (S. 138, 142); Satzger, NStZ 2002, 125 (130).

⁷ Adams, Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht, 2013, S. 121 ff. m.w.N., 176 ff.

⁸ Vgl. Weigend (Fn. 3), § 2 VStGB Rn. 5.

⁹ So hat beispielsweise der deutsche Gesetzgeber den Tatbestand der sexuellen Gewalt dem StGB (sexuelle Nötigung) entnommen, um damit die Einzeltaten des IStGH-Statuts „jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere“ und „sexuelle Sklaverei“ abzudecken; vgl. Bundesministerium der Justiz (Fn. 2), S. 44; Werle/Burchards (Fn. 4), § 7 VStGB Rn. 77; Zimmermann (Fn. 2), S. 137 (S. 142 f.).

¹⁰ Werle/Jeffberger, Criminal Law Forum 13 (2002), 191 (210): „The definitions of crimes have been aligned as closely as possible to international criminal law norms, which means taking over the definitions of the ICC Statute as far as these definitions meet the strict test of legal certainty under German constitution.“

¹¹ So auch Weigend (Fn. 3), § 2 VStGB Rn. 5.

Reichweite der Strafgewalt Deutschlands laut werden. Die Tatbestände des VStGB werden aufgrund der Strafgewalt des Weltrechtsprinzips angewandt, so dass kein Inlandsbezug zur Straftat bestehen muss, § 1 VStGB. Eine solche extraterritoriale Strafbefugnis kann sich nur aus einer Norm des Völkerstrafrechts ergeben. Denn nur sie erlaubt eine Strafverfolgung über die eigenen Grenzen ohne eigenes Staatsinteresse unter Beeinträchtigung der Staatssouveränität anderer Staaten (wie dem Tatort- und/oder Täterstaat) zum Schutz des Weltfriedens und der Sicherheit der Menschheit hinweg. Grundvoraussetzung für die Festlegung des Weltrechtsprinzips im VStGB ist daher, dass der Tatbestand auf eine der drei Rechtsquellen des Völkerstrafrechts (Völkervertrag, Völkergewohnheitsrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze gemäß Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut) zurückzuführen ist.¹² Es kann also bei der Auslegung einzelner Tatbestände nicht im Vordergrund stehen, einen Bruch zwischen den Begriffen im StGB und VStGB zu vermeiden und schlichtweg einen deutschen Straftatbestand anzuwenden. Die völkerrechtsfreundliche Auslegung¹³ findet allerdings logischerweise ihre Grenze, wenn der deutsche Wortlaut nicht mit dem Inhalt der völkerrechtlichen Norm vereinbar ist.¹⁴ Der Tatbestand der Vergewaltigung ist demzufolge von den völkerstrafrechtlichen Normen her auszulegen, soweit es der Wortlaut des deutschen Gesetzes zulässt.

Die Strafbarkeit der Vergewaltigung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 6 beruht auf Art. 7 Abs. 1 lit. g IStGH-Statut, Art. 5 lit. g JStGH-Statut, Art. 3 lit. g RStGH-Statut und Art. 2 Abs. 1 lit. c KRG.¹⁵ Die Strafbarkeit der Vergewaltigung als Kriegsverbrechen nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB basiert auf Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xxii und Abs. 2 lit. e sublit. vi IStGH-Statut.¹⁶ Weder das IStGH-Statut noch das Völkergewohnheitsrecht enthalten jedoch konkrete Tatbestandsmerkmale der Vergewaltigung.¹⁷ Die Literatur entnimmt die Tatbestandsmäßigkeit der Vergewaltigung der Rechtsprechung der Ad hoc-Tribunale¹⁸ und den Verbre-

chenselementen (Elements of Crimes) zum IStGH-Statut.¹⁹ Die Tatbestandselemente zum IStGH-Statut werden als finale Ausformulierung der Spruchpraxis der internationalen Gerichte behandelt. Ihnen falle die Aufgabe zu, den letzten Stand eines allgemeingültigen Tatbestands wiederzugeben.²⁰

Allerdings ist die alleinige Auseinandersetzung mit der internationalen Rechtsprechung und der Auslegungshilfe zum IStGH-Statut, den Elements of Crimes, nicht ausreichend, um einen völkerrechtlichen Tatbestand der Vergewaltigung nachzuweisen. Denn es handelt sich bei diesen internationalen Instrumenten nicht um verbindliche Rechtsquellen des Völkerrechts, sondern lediglich um Hilfsquellen (Rechtserkenntnisquellen). Internationale Gerichtsurteile können keine Staatenpraxis oder opinio juris im Sinne von Völkergewohnheitsrecht verkörpern, weil sie keine Völkerrechtssubjekte sind und deshalb nicht die Kompetenz haben, Völkergewohnheitsrecht zu erzeugen.²¹ Sie können allein die Streitparteien bzw. im Straf-

for this purpose must be given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances.“ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des JStGH und des RStGH zum Vergewaltigungstatbestand findet sich bei *Adams* (Fn. 7), S. 218 ff., 265 ff.

¹⁹ Die Verbrechenselemente der Vergewaltigung sind gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. g-1; Art. 8 Abs. 2 lit. b sublit. xxii-1; Art. 8 Abs. 2 lit. e sublit. vi-1 Elements of Crime folgendermaßen gefasst (Übersetzung: *Ambos*, Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2011, S. 266 Rn. 210):

„Der Täter drang [Fn: „Eindringen“ ist geschlechtsneutral zu verstehen.] in den Körper der Person mittels eines Verhaltens ein, das zu einer – wie auch immer leichten – Penetration eines Körperteils des Opfers oder des Täters mit einem Sexualorgan, oder der analen oder genitalen (Körper-)Öffnung des Opfers mit irgendeinem Gegenstand oder einem anderen Körperteil führte.

Das Eindringen geschah durch Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt oder Zwang, hervorgerufen etwa durch Angst vor Gewalt, Zwang, Inhaftierung, psychologischer Unterdrückung oder Machtmissbrauch, gegen die Person oder eine andere Person, oder unter Ausnutzung einer von Zwang geprägten Umgebung oder das Eindringen wurde gegen eine Person begangen, die nicht im Stande war, eine echte Zustimmung zu erteilen [Fn: aufgrund natürlicher Umstände oder einer altersbedingten Unfähigkeit].“

Siehe auch die Interpretation bei *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Bd. 2, 2014, S. 92 ff.

²⁰ Vgl. *Werle/Burchards* (Fn. 4), § 7 VStGB Rn. 78-81; *Zimmermann/Geiß* (Fn. 4), § 8 VStGB Rn. 142-145. Ähnlich *Ambos* (Fn. 19), S. 95.

²¹ *Danilenko*, Law-Making in the International Community, 1993, S. 83 ff.; *Fastenrath*, Lücken im Völkerrecht, Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts, 1991, S. 108; 121 ff.; *Cassese*, International Criminal Law, 2008, S. 17 ff.; *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 164, 177 f.; *Ambos*, Der Allge-

¹² *Adams* (Fn. 7), S. 47, 54 ff.

¹³ Das BVerfG hat mehrfach betont, deutsche Gesetze völkerrechtsfreundlich zu interpretieren, wenn sie einen völkerrechtlichen Bezug aufweisen: BVerfGE 111, 307 (315 ff.); BVerfG StV 2008, 1.

¹⁴ *Weigend* (Fn. 3), § 2 VStGB Rn. 5.

¹⁵ *Werle/Burchards* (Fn. 4), § 7 VStGB Rn. 78.

¹⁶ Bundesministerium der Justiz (Fn. 2), S. 57; *Zimmermann/Geiß* (Fn. 4), § 8 VStGB Rn. 140.

¹⁷ Vgl. dazu die umfangreiche Analyse aller internationalen Dokumente (wie Haager Landkriegsordnung, Genfer Konventionen, Völkermordkonvention, IMG-Statut, IMGFE-Statut, KRG 10, JStGH-Statut, RStGH-Statut, IStGH-Statut, SCSL-Statut) hinsichtlich einer Strafbarkeit und Tatbestandsmäßigkeit der Vergewaltigung in: *Adams* (Fn. 7), S. 99 ff.

¹⁸ ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 22.2.2001 – IT-96-23-T, IT-96-23/1-T (Prosecutor v. Kunarac u.a.), para. 460: „[T]he sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent

verfahren den Angeklagten binden. Selbst wenn der Gerichtshof von einem Völkerrechtssubjekt wie den Vereinten Nationen errichtet wird, stellt der Gerichtshof ein unabhängiges Organ der Vereinten Nationen dar. Die Rechtsprechung des Strafgerichts kann nicht als eine Handlung und/oder eine Rechtsüberzeugung des Völkerrechtssubjekts zugerechnet werden.²² Denn man kommt nicht über die Tatsache hinweg, dass ein internationales Gericht eben nicht in den Gerichtsaufbau eines Staates integriert ist, um ein tatsächliches Handeln einer Staatsgewalt verkörpern zu können.²³ Ebenso sind die Elements of Crimes nach zumindest herrschender Lehre keine verbindliche Rechtsquelle für den Strafgerichtshof. Sie wurden zwar von der Staatengemeinschaft verabschiedet und sind damit auf den völkerrechtlichen Vertrag des IStGH-Statuts zurückzuführen. Sie wurden aber zwei Jahre nach der Verabschiedung des IStGH-Statuts von einer Vorbereitungskommission (Prep Com) entwickelt, um gemäß Art. 9 IStGH-Statut dem Gericht bei der Interpretation und Rechtsanwendung seiner Strafbestimmungen behilflich zu sein.²⁴ Die Kommission hatte keine Kompetenz neues Rechts zu schaffen, sondern durfte nur das zur Zeit des Vertragsschlusses geltende Völkerstrafrecht ausformulieren. Daher können die Elements of Crimes zwar bei der Auslegung dienlich sein, sie sind aber stets mit dem Statutentext sowie dem damaligen Völkergewohnheitsrecht abzugleichen. Sollten die Verbrechenlemente dem Statut widersprechen, geht das Statut gemäß Art. 9 Abs. 3 IStGH-Statut vor.²⁵ Im Einzelfall obliegt den Richtern

meine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung, 2. Aufl. 2004, S. 48 f.

²² Vereinzelt wird zwar der Versuch unternommen, internationale Urteile als eine Staatenpraxis und „*opinio juris*“ mehrerer Staaten auszulegen; vgl. *Bleckmann*, Völkerrecht, 2001, § 5 Rn. 198

²³ Da internationale Gerichtsentscheidungen von völkerstrafrechtlich qualifizierten Richtern gefällt werden, die reines Völkerstrafrecht anwenden, im Gegensatz zu nationalen Urteilen, die meist auf staatlichem Recht und staatlicher Rechtsdogmatik beruhen, ist der internationalen Rechtsprechung aber als Rechtserkenntnisquelle ein hoher Stellenwert einzuräumen; vgl. *Fastenrath* (Fn. 21), S. 108, 121 ff.; *Werle* (Fn. 21), Rn. 161; *Cassese* (Fn. 21), S. 17 ff.; ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 14.1.2000 – IT-95-16-T (Prosecutor v. Kupreskić u.a.), para. 542.

²⁴ *Triffterer*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1415; zur Entstehungsgeschichte der Elements of Crimes v. *Hebel*, in: Lee (Hrsg.), The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, 2001, S. 3 ff.; v. *Hebel/Kelt*, YIHL 3 (2000), 273; *Hall*, AJIL 92 (1998), 548 (551).

²⁵ Gem. Art. 9 Abs. 3 IStGH-Statut müssen die „Verbrechenlemente“ und ihre Änderungen mit dem Statut vereinbar sein. Verwirrend ist insofern Art. 21 IStGH-Statut, weil er entgegengesetzt zu Art. 9 auf einen verbindlichen Status der Elements of Crimes hindeutet. Art. 21 sieht vor, dass der Gerichtshof an erster Stelle das Statut, die Elements of Crimes und die Prozessvorschriften (RPE) anwenden soll. Damit werden

die Aufgabe, die Vereinbarkeit der Elements of Crimes mit dem Statutentext festzustellen.

Da die Strafkammern der beiden Ad hoc-Tribunale die Vergewaltigungsdefinition aus der subsidiären Rechtsquelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze nach Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut hergeleitet haben, sind letztlich die staatlichen Strafgesetze, nicht die Urteilspassagen zur Vergewaltigung die ausschlaggebende Rechtsquelle.²⁶ Erst aufgrund einer Rechtsvergleichung der Strafgesetze der wichtigsten Staaten dieser Welt konnten die Tribunale übereinstimmende allgemeine Grundsätze ermitteln, die die Tatbestandsmerkmale der Tribunalsdefinition sowie der später entwickelten Verbrechenlemente der Vorbereitungskommission ausmachen.²⁷ Ob die von den Gerichten bzw. der Expertenkommission ermittelten Definitionen korrekt sind bzw. ob sie immer noch der heutigen Rechtslage entsprechen, kann nur mittels einer Rechtsvergleichung überprüft werden.

II. Rechtsfindungsmethode

Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut nennt als dritte Rechtsquelle die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze. Um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu einem Sachproblem nachzuweisen, ist es erforderlich zu zeigen, dass dieser Rechtsgrundsatz in mehreren nationalen Rechtsordnungen anerkannt ist.²⁸ Erst die Übereinstimmung ermittelter Rechtsprinzipien mehrerer nationaler Rechtsordnungen bildet einen allgemeinen Rechtsgrundsatz im Völkerstrafrecht.²⁹ Bestandteil des Völkerstrafrechts werden nicht die überein-

das Statut, die Elements of Crimes und die RPE als gleichwertige Rechtsquellen aufgeführt. Vgl. auch: UN-DOC. A/CONF.183/C.1/L.69; *Rückert/Witschel*, in: Fischer/Kreß/Lüder (Hrsg.), International and National Prosecution of Crimes under International Law, 2001, S. 59 ff.; v. *Hebel* (Fn. 24), S. 7 ff.; *Dörmann/Doswald-Beck/Kolb*, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Sources and Commentary, 2002, S. 8; v. *Hebel/Kelt*, YIHL 3 (2000), 273 (274 f.); *Weigend*, JICJ 6 (2008), 472; *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Bd. 1, 2013, S. 73 ff, insbes. Fn. 177.

²⁶ Nur beiläufig erwähnen die Autoren des Münchner Kommentars, dass die entwickelten Definitionen der Ad hoc-Strafkammern auf die Rechtsquelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze nach Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut zurückzuführen sind; vgl. *Werle/Burchards* (Fn. 4), § 7 VStGB Rn. 79; nur indirekt *Zimmermann/Geiß* (Fn. 4), § 8 VStGB Rn. 142 f.

²⁷ ICTY (Trial Chamber, Urt. v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Furundžija), paras. 175, 177; ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 22.2.2001 – IT-96-23-T, IT-96-23/1-T (Prosecutor v. Kunarac u.a.), paras. 437 ff.; ICTY (Appeals Chamber), Urt. v. 12.6.2002 – IT-96-23-A, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac u.a.), paras. 130 ff.

²⁸ *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2002, S. 64.

²⁹ *Cassese* (Fn. 21), S. 22; *Nill-Theobald*, Defences bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA, Zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts, 1998, S. 27.

stimmenden Rechtsnormen mehrerer staatlicher Rechtsordnungen selbst, sondern nur die diesen Rechtsätzen zugrundeliegenden Prinzipien.³⁰

Die Rechtsvergleichung ist vom eigenen Rechtssystem des Rechtsanwenders losgelöst, allein am Sachproblem orientiert durchzuführen (moderne funktional-empirische Rechtsvergleichung).³¹ Häufig bieten mehrere Rechtssysteme unterschiedliche Lösungen für ein Sachproblem an, so dass es an einer scheinbaren Kongruenz der ermittelten nationalen Prinzipien fehlt. Logischerweise sollten die Rechtsgrundsätze favorisiert werden, die für das Sachproblem die beste Lösung anbieten.³² Im Völkerstrafrecht geht es generell um eine Maximierung des Menschenrechtsschutzes und speziell bei der Vergewaltigung um den Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts. Die beste Lösung ist grundsätzlich diejenige, die optimal diesen Schutz sicherstellt.³³ Zudem besteht die Möglichkeit, innerhalb einer Rechtsordnung verschiedene Ansichten abzuwägen, um einen Lösungsansatz zu verwerfen, mit der Folge, dass eine Übereinstimmung von Regelungen in anderen Rechtsordnungen erreicht wird. Da das Ziel der Untersuchung ist, stets das hinter der Rechtsnorm stehende Prinzip aufzuspüren, was eine genaue Untersuchung des Rechtsgebiets, der Rolle und Funktion der fraglichen Norm innerhalb des Normenkomplexes sowie der Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Ansichten in Literatur und Rechtsprechung voraussetzt, scheint eine innerhalb der nationalen Rechtsordnung vorzunehmende Wertung nicht dem Grundgedanken des Völkerstrafrechts entgegen zu stehen.³⁴ Lediglich wenn trotz dieser Wertungen keine Gemeinsamkeit in den untersuchten Rechtsordnungen hervortritt, handelt es sich um eine „Non liquet“-Situation.³⁵ Die Rechtsfrage bleibt aufgrund einer Lücke im Normensystem unbeantwortet. Für das Rechts-

system des kontinentaleuropäischen „Civil Law-Systems“³⁶ wurden Deutschland, Frankreich und Spanien, für das anglo-amerikanische „Common Law“³⁷ wurden England, New York und Kalifornien ausgewählt.³⁸

III. Vergewaltigungsdefinitionen im nationalen Recht

1. Sexuelle Handlung

Die Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs, Spaniens und Englands stimmen darin überein, dass der Beischlaf, der Anal- und Oralverkehr den Tatbestand der Vergewaltigung erfüllen.³⁹ Nur die Rechtsordnungen von New York und Kalifornien bezeichnen allein den Beischlaf als Vergewaltigung.⁴⁰ Der Analverkehr und der Oralverkehr sind allerdings nach separaten Tatbeständen strafbar.⁴¹ Auch befürworten alle untersuchten Rechtsordnungen eine Ergänzung der Strafbarkeit hinsichtlich der Einführung anderer Körperteile als dem Penis

³⁰ Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, 1984, § 602; Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 28), S. 64; Cassese (Fn. 21), S. 22 ff.; McAuliffe de Guzman, in: Triffterer (Hrsg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observer's Notes*, 1999, Art. 21 Rn. 14-19.

³¹ Ambos (Fn. 21), S. 45; ders. (Fn. 25), S. 77 ff.

³² Zweigert, *RabelsZ* 28 (1964), 601 (611): „Allgemeiner Rechtsgrundsatz ist [...], was sich bei einer kritischen Analyse der Lösungen, die sich nach einer rechtsvergleichenden Umschau ergeben, als die beste Lösung darstellt.“ Adams (Fn. 7), S. 86 f.

³³ Aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht ist die wertende Rechtsvergleichung bekannt, die der Lösung den Vorzug gibt, die den besten Grundrechtsschutz entfaltet; siehe dazu Ambos (Fn. 21), S. 45 m.w.N.; siehe auch ders. (Fn. 25), S. 79 f., der auf die Menschenrechte als Rechts(-erkenntnis-)quelle im Völkerstrafrecht Bezug nimmt.

³⁴ Kreß, *ZStW* 111 (1999), 597 (611 f.); Ambos (Fn. 21), S. 47; ders. (Fn. 25), S. 78; McAuliffe de Guzman (Fn. 30), Art. 21 Rn. 16 f.; Simma/Paulus, in: Ascensio/Decaux/Pellet (Hrsg.), *Droit International Pénal*, 2000, S. 55 (S. 63); Peron, *ZStW* 109 (1997), 281 (299); Stuckenberg, *GA* 2007, 80 (94 f.); Adams (Fn. 7), S. 83 ff.

³⁵ Siehe zur Problematik einer „Non-liquet“-Situation im Völkerstrafrecht Stuckenberg, *GA* 2007, 80 (100 ff.) m.w.N.

³⁶ Deutschland repräsentiert die deutsch-italienische Schule, weil es gegenüber dem italienischen Strafrecht einen größeren Rechtseinfluss auf mehrere umliegende Staaten (Österreich, Schweiz, Luxemburg, Niederlande) sowie auf die osteuropäischen Rechtsreformen nach dem Zusammenbruch der sozialistischen Staaten hatte. Das französische Recht wurde ausgewählt, weil es einen großen Einfluss auf die Rechtsprechung der Ad hoc-Tribunale hatte und auch heute noch in vielen afrikanischen Staaten und Ländern des Nahen Ostens anzutreffen ist. Das spanische Recht repräsentiert die überwiegenden Rechtsordnungen Mittel- und Südamerikas.

³⁷ Das englische Recht wurde gerade erst auf den neusten Stand gebracht und ist die Basis für zahlreiche Rechtsordnungen des „Common Wealth“. Die USA sollten wegen ihres großen Einflusses auf das Völkerrecht keinesfalls unerwähnt bleiben. Stellvertretend für die 50 Strafgesetzbücher der USA wurden der wichtigste Bundesstaat der Ost- und der Westküste – New York und Kalifornien – ausgewählt. Beide Staaten zeichnen sich durch sehr andersartige Vorgehensweisen in der Kriminalisierung von Sexualstraftaten aus.

³⁸ Ein weiteres, von der westlichen Welt abweichendes Rechtssystem, das seiner eigenen Dogmatik, Systematik und seinen Wertvorstellungen folgt, ist das islamische Recht („Sharia Islamiya“). So weist auch: Ambos (Fn. 25), S. 77 m.w.N., auf eine Berücksichtigung dieses Rechtssystems hin. Allerdings ist einem westlichen Rechtsanwender meist der Zugang zu diesem religiösen Recht aufgrund der fehlenden Übersetzungen verwehrt. Ferner verstößt der islamische Tatbestand der Vergewaltigung – soweit er denn auffindbar war –, gegen das im Völkerrecht geltende Diskriminierungsverbot bzw. Gleichbehandlungsgebot von Mann und Frau. Er musste daher von vornherein als untauglich bewertet werden, um ins Völkerstrafrecht übertragen werden zu können. Siehe dazu Adams (Fn. 7), S. 347 ff.

³⁹ § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB, Art. 222-23 Code Pénal, Art. 179 Código Penal, s. 1 SOA 2003.

⁴⁰ SS. 130.25, 130.30; 130.35 PC N.Y.; ss. 261; 262 PC Cal.

⁴¹ SS. 130.40; 130.45; 130.50 PC N.Y.; ss. 286; 288a PC Cal.

und beweglicher Gegenstände in die Vagina oder den Anus.⁴² Das leichteste Eindringen eines Körperteils oder Objekts in die betreffende Körperöffnung genügt. Sowohl eine Frau als auch ein Mann kann einen anderen Mann zur Penetration einer ihrer bzw. seiner Körperöffnungen zwingen, sog. „umgekehrte“ Vergewaltigung („violación inversa“). Ferner erfüllt das Einführen der Zunge in die Vagina oder den Anus entweder als Oralverkehr oder als Einführen von Körperteilen den Tatbestand der Vergewaltigung (bzw. der ähnlich schweren Penetrationstatbestände).⁴³ Die strafbaren Sexualpraktiken müssen sich zwischen dem Täter und dem Opfer abspielen. Erzwungene sexuelle Handlungen des Opfers mit einem Dritten oder an sich selbst (z.B. Masturbation) werden daher nicht vom Vergewaltigungstatbestand erfasst.⁴⁴

⁴² In den „Civil Law“-Ländern Deutschland, Frankreich und Spanien werden diese Handlungen als Vergewaltigung behandelt. Die „Common Law“-Staaten haben es vorgezogen, einen eigenen Tatbestand für diese Handlungen zu schaffen (s. 2 SOA 2003; ss. 130.65-a [fremdes Objekt und Finger], 130.66 [fremdes Objekt], 130.67 [Finger] und 130.70 [fremdes Objekt] PC N.Y.; s. 289 Abs. k) 1) PC Cal.).

⁴³ In New York und Kalifornien wird der Oralverkehr so weit ausgelegt, dass er nicht nur die Fellatio, sondern jeden Kontakt des Mundes mit dem Penis, Anus und der Vagina erfasst. In Deutschland, Frankreich, Spanien und England wird das Einführen eines anderen Körperteils als dem Penis (so auch der Zunge) in die Vagina und den Anus als Vergewaltigung bzw. als Penetrationstatbestand behandelt.

⁴⁴ *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 177 Rn. 202 ff.; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 177 Rn. 61 ff.; *Frommel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 177 Rn. 61 ff.; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. 2011, § 173 Rn. 11; *Folkers*, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, 2004, S. 84; *Kieler*, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, 2003, S. 48 f.; *Gössel*, *Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis*, 2005, § 2 Rn. 72; *Juris-Classeur*, in: *Rassat* (Hrsg.), *Code Pénal*, Bd. 2, 2010, Art. 222-22-33-1 Rn. 23 ff.; *Larguier/Larguier*, *Droit Pénal Spécial*, 2007, Bd. 4, Chapitre I Section 1 § 1; *Rassat*, *Droit Pénal Spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 2006, Rn. 456 ff., 514; *Dalloz*, *Code Pénal*, 2010, § 222-23 Rn. 3 ff.; *Salgado u.a.*, *Compendio de Derecho Penal Espanol, Parte Especial*, 2005, Lección 9.3.C (S. 257 ff.); *Vives Anton u.a.*, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2008, Lección XI I. 2.3.2; *Queralt Jiménez*, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2008, § 6.3aa.aca (S. 195); *Quintero Olivares/Valle Muñiz*, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2008, S. 292 ff.; *Climent Duràn*, *Código Penal, Legislación Complementaria con Jurisprudencia Sistematizada*, 2010, Art. 179 1.1 ff.; *Smith/Hogan/Omerod* (Hrsg.), *Criminal Law*, 2008, S. 695 ff.; *Temkin/Ashworth*, *CLR* 2004, 328 (344); *Loveless*, *Criminal Law*,

2. Nötigungshandlung

Die „Civil Law“-Staaten grenzen einvernehmliche sexuelle Handlungen von einer Vergewaltigung ab, indem sie Zwangsmaßnahmen des Täters oder Zwangsumstände der Tat nennen, die zu einer Willensbeugung des Opfers führen und dadurch die sexuelle Handlung ermöglichen. Die Länder des „Common Law“ knüpfen die Strafbarkeit einer sexuellen Handlung an einen inneren Willenszustand, nämlich an das fehlende Einverständnis des Opfers zur fraglichen Handlung. Da aber auch die Nötigung ein Einverständnis ungültig machen kann, werden an dieser Stelle alle sechs Rechtsordnungen in Bezug auf Nötigungsmittel untersucht. Die Tatbestandsmerkmale des fehlenden Einverständnisses werden unter einem separaten Gliederungspunkt weiter unten erörtert.

a) Gewalt

Die Gewalt wird in allen sechs Rechtsordnungen recht einheitlich ausgelegt. Es wird darunter eine nicht unerhebliche, aber nicht notwendig schwerwiegende physische Kraftentfaltung gegen den Körper des Opfers verstanden, die beim Opfer einen solchen körperlichen Zwang auslöst, dass sein entgegenstehender Wille gebeugt oder gebrochen wird.⁴⁵ Es kommt bei der Gewaltanwendung nicht auf einen Nachweis einer äußeren Gegenwehr des Opfers an. Entscheidend ist, dass das Opfer einen inneren Widerwillen gegen die sexuelle Handlung gebildet hat.⁴⁶ Die Gewalt kann vom Täter oder einer dritten Person (wie einem Mittäter oder Gehilfen) ausgehen.⁴⁷

Text, Cases, and Materials, 2008, S. 513, 542; *Simester/Sullivan*, *Criminal Law Theory and Doctrine*, 5. Aufl. 2012, S. 465 ff.; *Hooper/Ormerod* (Hrsg.), *Blackstone's Criminal Practice*, 23. Aufl. 2012, Rn. B3.4 ff.; *Archbold*, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 61. Aufl. 2012, Rn. 20-19 ff.; *Card/Cross/Jones*, *Criminal Law*, 2008, S. 346 Rn. 9.22; *Allen*, *Criminal Law*, 2009, S. 391; *Keating/Clarkson*, *Criminal Law, Text and Materials*, 2007, S. 646; *Klotter*, *Criminal Law*, 2009, S. 131, 141 ff.; *LaFave*, *Substantive Criminal Law*, Bd. 2, 2003, S. 611 f. m.w.N.; *Adams* (Fn. 7), S. 381 ff.

⁴⁵ § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB; Art. 222-23 CP, Art. 178 CP; s. 75 Abs. 2 lit. a, lit. b SOA 2003; ss. 130.00 Abs. 8 lit. a; 130.05 Abs. 2 lit. a; 130.35; 130.50 Abs. 1; 130.66; 130.67; 130.70 PC N.Y.; ss. 261 Abs. a) 2); 262 Abs. a) 1); 286 Abs. c) 2); 288a Abs. c) 2); 289 Abs. a) 1) PC Cal. In der Praxis wurden Ohrfeigen, Schläge, Tritte, Stöße sowie das Festhalten, Einsperren und Betäuben als Gewalt angesehen.

⁴⁶ *Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2010, § 177 Rn. 5 ff.; *Folkers* (Fn. 44), S. 37 m.w.N.; *Fischer* (Fn. 44), § 177 Rn. 5-8, 17 m.w.N.; *Laufhütte/Roggenbuck* (Fn. 44), § 177 Rn. 41 ff.; *Renzikowski*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 177 Rn. 22 ff.; *Rassat* (Fn. 44), Rn. 507; *Juris-Classeur* (Fn. 44), Art. 222-22-33-1 Rn. 8; *Dalloz* (Fn. 44), § 222-23 Rn. 22; *Vives Anton u.a.* (Fn. 44), Lección XI I. 2.3.3; *Climent Duràn* (Fn. 44), Art. 178 2.3; *Sánchez Melgar*, *Código Pénal, Comentarios y Jurisprudencia*, 2. Aufl. 2006, Art. 178, 4.; *Muñoz Conde*, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2009, S. 216; *Salgado u.a.*

b) Drohung

Das Zwangsmittel der Drohung ist im deutschen, englischen, US-amerikanischen Recht qualifiziert, das heißt, der Täter muss das Opfer mit einer gegenwärtigen Leibes- oder Lebensgefahr bzw. in New York zudem mit einer Entführung bedrohen⁴⁸, während in Frankreich und Spanien eine Drohung mit einem gegenwärtigen empfindlichen Übel⁴⁹ ausreicht. Alle Rechtsordnungen setzen voraus, dass der Schadenseintritt unmittelbar bevorstehen, also gegenwärtig sein muss.⁵⁰ Die Drohung kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent zum Ausdruck gebracht werden. Der Schadenseintritt kann sich gegen das Opfer der Drohung, aber auch gegen einen Dritten richten. Lediglich Selbstmord- oder Selbstverletzungsdrohungen des Täters scheiden aus.⁵¹

(Fn. 44), S. 254 f.; *Allen* (Fn. 44), S. 397; *Jefferson*, Criminal Law, 2009, S. 574; *Gardner/Singer*, Crimes and Punishment, 2004, S. 671 ff. m.w.N.; *Dressler*, Criminal Law, 2005, S. 329 f.; *ders.*, Understanding Criminal Law, 2009, S. 631 m.w.N.; *Schulhofer*, in: Robinson (Hrsg.), Criminal Law: Case studies & Controversies, 2. Aufl. 2005, S. 821; *LaFave* (Fn. 44), S. 622; *Klotter* (Fn. 44), S. 143; *Lee/Harris*, Criminal Law, Cases and Materials, 2009, S. 492 ff. m.w.N.; *Adams* (Fn. 7), S. 429 ff.

⁴⁷ In Deutschland besteht allerdings die Besonderheit, dass zwischen Täter und Opfer ein sexueller Kontakt zwingende Voraussetzung ist, so dass eine Mittäterschaft an der Vergewaltigung ausgeschlossen ist, wenn der andere lediglich die Zwangsmaßnahmen, aber nicht die sexuelle Handlung durchführt.

⁴⁸ § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB; s. 75 Abs. 2 lit. a, lit. b SOA 2003; ss. 130.00 Abs. 8 lit. b; 130.05 Abs. 2 lit. b; 130.35; 130.50 Abs. 1; 130.66; 130.67; 130.70 PC N.Y.; ss. 261 Abs. a) 2); 262 Abs. a) 1); 286 Abs. c) 2); 288 Abs. c) 2); 289 Abs. a) 1) PC Cal.

⁴⁹ Art. 222-23 CP, Art. 178 CP. Drohungen mit einem kleinen wirtschaftlichen Nachteil oder einer leichten Körperverletzung wie z.B. einer Ohrfeige erfüllen diesen Standard nicht. Andererseits sind nach dieser Auslegung die Ankündigung einer Strafverfolgung, einer Inhaftierung oder einer Landesausweisung/Auslieferung geeignete Übelankündigungen, die im deutschen, englischen und amerikanischen Recht nicht unter die qualifizierte Drohung fallen.

⁵⁰ Lediglich Kalifornien verfügt über eine Drohung mit Nachteilen, die sich erst in der Zukunft realisieren müssen (Vergeltung, ss. 261 Abs. a) 6), 262 Abs. a) 4), 286 Abs. c) 3), 1); 288a Abs. c) 3); 289 Abs. a) 2), 1) PC Cal.) Diese Drohung stellt aber eine unbeachtliche Ausnahme in der Rechtsvergleichung dar.

⁵¹ *Fischer* (Fn. 44), § 177 Rn. 18 ff.; *Perron/Eisele* (Fn. 46), § 177 Rn. 7; *Laufhütte/Roggenbuck* (Fn. 44), § 177 Rn. 72 ff.; *Renzikowski* (Fn. 46), § 177 Rn. 36 ff.; *Harbeck*, Probleme des Einheitstatbestandes bei der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung, 2001, S. 111 ff.; *Lackner/Kühl* (Fn. 44), § 177 Rn. 5; *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2000, Rn. 138 f.; *Rassat* (Fn. 44), Rn. 508; *Larguier/Larguier* (Fn. 44), § 1; *Juris-Classeur* (Fn. 44), Art. 222-22-33-1 Rn. 10; *Dalloz* (Fn. 44),

c) Weitere Zwangsmittel

Das französische Recht lässt jegliche Einflussnahme oder psychischen Druck auf die Widerstandsfähigkeit des Opfers (Zwang, Art. 222-23 CP) genügen, um auf die Überwindung eines entgegenstehenden Willens des Opfers zu schließen. Es bedarf nicht einmal einer Ankündigung eines Übels, sondern es reicht eine Situation, in der sich das Opfer befindet, welche es dazu bringt, eine Handlung vorzunehmen oder über sich ergehen zu lassen, was es normalerweise nicht tun würde (ärztliche Untersuchung, Überlegenheit des Täters).⁵² Allerdings ist es in einem solchen Fall schwierig von einer Nötigung zu sprechen, wenn dem Opfer nicht irgendein Schaden zumindest konkludent angedroht wird. Es handelt sich dann eher um einen Missbrauch einer Person, die sich in einer Situation befindet, die sie besonders verletzlich stellt.

Das kalifornische Strafgesetz erkennt ebenfalls die Variante des Zwangs an.⁵³ Danach muss der Täter das Opfer mit einer Gewaltanwendung, einer Gefahr oder einer Vergeltung bedrohen. Die amerikanische Lösung stellt im Unterschied zum französischen Zwangsmoment eindeutig auf die Nötigung des Opfers und nicht auf eine reine Missbrauchssituation ab. Der Unterschied zwischen dem Zwang und der vorherigen Drohung mit einer Körperverletzung ist, dass Übelankündigungen ausreichen, die sich erst in der Zukunft realisieren können. Allerdings existiert eine solche Nötigungsalternative bereits unter dem Begriff der Vergeltung⁵⁴, wonach der Täter dem Opfer drohen muss, in der Zukunft gegen das Opfer oder einen Dritten Vergeltung (Entführung, rechtswidrige Inhaftierung, Zufügung von schweren Schmerzen oder einer schweren Körperverletzung oder Verursachung des Todes) zu üben. Es handelt sich somit beim Zwang um eine Auffangvariante, die dem Richter die Möglichkeit gibt, Drohungen zu erfassen, die nicht unter den anderen beiden Drohungen konkretisiert sind. Das gleiche kann auf das französische Zwangsmoment übertragen werden. Sollte es anhand der Tatumstände schwierig sein, eine konkludente Drohung anzunehmen, ist dem Richter mittels des Zwangs eine weitere Möglichkeit an die Hand gegeben, im Einzelfall doch eine Bestrafung zu erzielen. Es erscheint jedoch bedenklich, auf diesem Wege letztlich den Richter und nicht das Parlament entscheiden zu lassen, welches Übel ausreicht, um eine Drohung zu begründen. Ein nicht sauber definiertes Tatmittel kann nicht als richtungsweisend innerhalb einer Rechtsvergleichung bewertet werden.

Überdies besteht nur in Kalifornien die Möglichkeit der Drohung, eine öffentliche Beamtenstellung auszunutzen, um das Opfer oder einen Dritten verhaften oder deportieren zu

S. 266 Rn. 16; *Salgado u.a.* (Fn. 44), S. 255 f.; *Queralt Jiménez* (Fn. 44), S. 196 f., § 6.3aa.acc; *Vives Anton u.a.* (Fn. 44), Lección XI I. 2.3.4.; *Smith/Hogan/Omerod* (Fn. 44), S. 682; *Allen* (Fn. 44), S. 397; *LaFave* (Fn. 44), S. 626; *Dressler* (Fn. 46 – 2009), S. 625 ff.; *Gardner/Singer* (Fn. 46), S. 677 m. Beispielsfällen; *Lee/Harris* (Fn. 46), S. 481 ff. m.w.N.; *Adams* (Fn. 7), S. 429 ff.

⁵² *Dalloz* (Fn. 44), § 222-23 Rn. 20-23 m.w.N.

⁵³ SS. 261 Abs. a) 2), Abs. b); 262 Abs. a) 1), Abs. c); 286 Abs. c) 2); 288a Abs. c) 2); 289 Abs. a) 1) PC Cal.

⁵⁴ Siehe Fn. 51.

lassen.⁵⁵ Das Opfer muss ernsthaft an die Beamtenstellung geglaubt haben.

Der deutsche Tatbestand verfügt gemäß § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB neben den qualifizierten Nötigungsmitteln über eine dritte Variante, die Ausnutzung einer schutzlosen Lage. Sollte das Opfer ohne Flucht- oder Verteidigungsmöglichkeiten und wehrlos sein, reicht eine einfache Drohung (bzw. eine Gewaltanwendung gegenüber Sachen) aus, um die Nötigung zu bejahen.⁵⁶

Letztlich kann kein übereinstimmendes Prinzip den drei Rechtsordnungen entnommen werden. Bei allen untersuchten Rechtsordnungen wird zwar maßgeblich auf die Zwangswirkung beim Opfer abgestellt. Sowohl Frankreich und Kalifornien in Form des „Zwangs“ als auch Deutschland aufgrund seines neuen Tatmittels der „Ausnutzung einer schutzlosen Lage“ tendieren zur Erfassung jeglicher Fälle, in denen das Opfer einen solchen Druck verspürt, welcher zu seiner Erstarung oder Wehrlosigkeit und demzufolge seinem Hingeben zur sexuellen Handlung führt. Die vom Opfer verspürte Angst muss sich aber auf eine gegenwärtige Körperverletzung, Entführung, Verhaftung, Auslieferung oder Todesverursachung beziehen, denn nur eine solche Angst begründet einen Willensbruch oder eine Willensbeugung. Diese Fälle können aber genauso gut unter dem weit ausgelegten Tatbestandsmerkmal der Drohung mit einem empfindlichen Übel erfasst werden, so dass ein internationaler Tatbestand der Vergewaltigung auf die Aufnahme des eher unbestimmten Merkmals des Zwangs verzichten sollte. Die Beschränkung der Drohung auf Körperverletzungen und den Tod wird jedenfalls nicht der Vielfalt an denkbaren Zwangswirkungen für das Opfer gerecht, so dass der Schutz auf internationaler Ebene um andere vergleichbare Drohungen für das Opfer erweitert werden sollte. Auch spricht besonders der Gesichtspunkt dafür, eine unqualifizierte Drohung genügen zu lassen, wenn man auf internationaler Ebene die weiteren Nötigungsmittel wie den „Zwang“ (Frankreich, Kalifornien), die „Ausnutzung einer schutzlosen Lage“ (Deutschland) oder die „Drohung, Vergeltung zu üben“ (Kalifornien) oder „seine Beamtenstellung auszunutzen“ (Kalifornien) aufgrund einer mangelnden Übereinstimmung in den untersuchten Rechtsordnungen ablehnt und sich letztlich auf die traditionellen Nötigungsmittel der Gewalt und der Drohung beschränkt. Über die weite Auslegung der Drohung können nämlich diese Situationen erfasst werden, die ansonsten in den einzelnen Rechtsordnungen unter den besagten anderen Begriffen aufgefangen werden.⁵⁷ Weiterhin ist der Vorteil,

dass man sich auf ein Nötigungsmittel beschränkt, welches in allen Rechtsordnungen vorkommt – qualifiziert oder unqualifiziert – und damit hinreichend bestimmt ist, gleichzeitig aber weit genug ist, um jede schwere Zwangswirkung auf das Opfer zu erfassen.

d) Kausalität

Alle Rechtsordnungen setzen voraus, dass die Gewalt oder die Drohung sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht zur Herbeiführung der sexuellen Handlung gedient haben muss. Die Nötigungsmittel müssen die sexuelle Handlung erst ermöglicht bzw. erleichtert haben. Wurde das Nötigungsmittel zu einem anderen Zweck eingesetzt oder aber das Opfer überrascht oder getäuscht, ohne dass es einen Widerstandswillen bilden konnte, fehlt es an der kausalen und finalen Verknüpfung des Nötigungsmittels mit der sexuellen Handlung.⁵⁸

3. Fehlendes Einverständnis

Das Grundprinzip der anglo-amerikanischen Rechtsordnungen ist einfach festzustellen: Bestraft wird ein Sexualverhalten, wenn es ohne ein Einverständnis des anderen vorgenommen wird. Die Schwierigkeit besteht allerdings darin, zu bestimmen, wann es an einem gültigen Einverständnis fehlt.

a) Gewalt und Drohung

Es fehlt ganz eindeutig an einem Einverständnis des Opfers, wenn der Täter Gewalt angewandt bzw. das Opfer mit Gewalt oder einem anderen schweren Nachteil bedroht hat (siehe Nötigungshandlung oben).

b) Körperliche und geistige Beeinträchtigung

Ferner sind sich die Rechtsordnungen Englands, New Yorks, Kaliforniens und Frankreichs einig, dass ein körperlich oder geistig behindertes oder zeitweilig geistig beeinträchtigtes Opfer nicht in der Lage ist, ein Einverständnis zu geben.⁵⁹

stimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 203; a.A. Kieler (Fn. 44), S. 157 ff.

⁵⁸ Fischer (Fn. 44), § 177 Rn. 13 ff.; Perron/Eisele (Fn. 46), § 177 Rn. 6; Kieler (Fn. 44), S. 142; Laubenthal (Fn. 51), Rn. 124 ff.; Quintero Olivares/Valle Muñiz (Fn. 44), S. 293; Muñoz Conde (Fn. 46), S. 216 f.; Lee/Harris (Fn. 46), S. 492 ff. Siehe auch Adams (Fn. 7), S. 462 ff.

⁵⁹ SS. 74, 75 Abs. 2 SOA 2003; ss. 130.00 Abs. 5, 6, 7; 130.05; 130.25-70 PC N.Y.; ss. 261 Abs. a) 1), 3); 261.6; 262 Abs. a) 2); 286 Abs. g), h), i); 288a Abs. d) 3), g), h), i); 289 Abs. b), c) e) PC Cal.; Art. 222-23 CP. Die körperliche Behinderung muss das Opfer in seinen Abwehrmöglichkeiten eingeschränkt haben (z.B. die Unfähigkeit des Opfers, seinen Widerwillen dem konkreten Täter mitteilen zu können). Die geistige Behinderung muss so schwer sein, dass das Opfer die Handlung selbst bzw. die Auswirkungen der sexuellen Handlung sowie sein Recht, eine solche Handlung ablehnen zu können, nicht begreift (z.B. Geisteskrankheit, Geistesdefekt, Lernschwäche, Alkoholisierung, Betäubung mit Drogen oder eine Bewusstseinsbeeinträchtigung). In Kalifornien fällt die Beeinträchti-

⁵⁵ SS. 261 Abs. a) 7); 262 Abs. a) 5); 286 Abs. k); 288a Abs. k); 289 Abs. g) PC Cal.

⁵⁶ Fischer (Fn. 44), § 177 Rn. 23 ff.; Kieler (Fn. 44), S. 149; Folkers (Fn. 44), S. 52 ff. (mit zahlreichen Nachw. aus der Rspr.); dies., NJW 2000, 3317 f.; Adams (Fn. 7), S. 435 ff.

⁵⁷ So auch Fischer, ZStW 112 (2000), 103, der die dritte Alternative des § 177 StGB lediglich als eine Erweiterung der beiden qualifizierten Nötigungsmittel auf eine einfache Drohung versteht. Siehe auch Harbeck (Fn. 51), S. 113; Mildemberger, Schutzlos – Hilflös – Widerstandsunfähig: Einige Anmerkungen zur Auslegung der Tatbestandsenerweiterung des § 177 StGB n.F., 1998, S. 60 f.; Sick, Sexuelles Selbstbe-

Der Täter muss sich über die geistige Beeinträchtigung im Klaren sein bzw. hätte von ihr wissen müssen. Nicht erforderlich ist, dass der Täter den geminderten Geisteszustand verursacht hat. Die h.M. geht davon aus, dass es bei einer Betäubung oder Alkoholisierung unerheblich ist, ob das Opfer damit einverstanden war.⁶⁰ Schwierig ist nur der Nachweis im Nachhinein, ob sich das Betäubungsmittel oder der Alkohol auf die Entscheidungsfähigkeit des Opfers ausgewirkt hat.⁶¹

c) Bewusstlosigkeit und Schlaf

Alle vier untersuchten Rechtsordnungen sind weiterhin der Meinung, dass ein schlafendes oder bewusstloses Opfer kein Einverständnis geben kann.⁶²

d) Gefangenschaft

Nur in England wird ein fehlendes Einverständnis vermutet, wenn sich das Opfer in einer rechtswidrigen Gefangenschaft befindet, s. 75 Abs. 2 lit. c SOA 2003. Den amerikanischen Rechtsordnungen ist diese Bedingung unbekannt.⁶³ Das Ein-

gung der Geistesfähigkeiten aufgrund von Drogen unter den separaten Grund des Rausches und nicht der geistigen Behinderung.

⁶⁰ In New York (s. 130.00 Nr. 6 PC: „geistig beeinträchtigt“) und England (s. 75 Abs. 2 lit. f SOA 2003: „Verabreichung einer überwältigenden Substanz“) wird darauf abgestellt, dass das Opfer mit der Einnahme von Betäubungsmitteln nicht einverstanden war. In Kalifornien und Frankreich wird auch die selbstbeigebrachte Alkoholisierung oder Drogeneinnahme als ausreichend angesehen. Entscheidend ist die Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten des Opfers. Dem Opfer kann bei einer selbstbeigebrachten Alkoholisierung lediglich der Vorwurf gemacht werden, dass es in Kauf genommen hat, dass seine Geistesfähigkeiten geschwächt werden. Allerdings nutzt sowohl bei einer fremd- als auch selbsterbeigeführten Vergiftung der Täter die geminderte Geistesfähigkeit bewusst aus.

⁶¹ *Juris-Classeur* (Fn. 44), Art. 222-22-33-1 Rn. 13, 14 m.w.N.; *Rassat* (Fn. 44), Rn. 510 m.w.N.; *Allen* (Fn. 44), S. 398; *Smith/Hogan/Omerod* (Fn. 44), S. 684; *Loveless* (Fn. 44), S. 522 f.; *Simester/Sullivan* (Fn. 44), S. 472 ff.; *Klotter* (Fn. 44), S. 133 ff., 143 m.w.Bsp.

⁶² Art. 222-23 CP; s. 75 Abs. 2 lit. d SOA 2003; ss. 130.00 Abs. 7, 130.35; 130.50; 130.66; 130.67; 130.70 PC N.Y.; 261 Abs. a) 4) A); 262 Abs. a) 3) A), 286 Abs. f) 1), 288a Abs. f) 1), 289 Abs. d) 1) PC Cal. *Rassat* (Fn. 44), Rn. 510 m.w.N. In England handelt es sich allerdings um eine widerlegbare Vermutung, welche die Ausnahme zulässt, dass der Täter tatsächlich an ein Einverständnis des schlafenden Opfers geglaubt haben kann, wenn zwischen den Partnern die Gewohnheit bestand, sich gegenseitig mit sexuellen Handlungen aufzuwecken; vgl. *Allen* (Fn. 44), S. 398; *Card/Cross/Jones* (Fn. 44), S. 343 Rn. 9.14; *Smith/Hogan/Omerod* (Fn. 44), S. 683.

⁶³ *Allen* (Fn. 44), S. 398; *Smith/Hogan/Omerod* (Fn. 44), S. 683; *Simester/Sullivan* (Fn. 44), S. 478 ff. In Kalifornien sollte der homosexuelle Oral- und Analverkehr zwischen Insassen in Staatsgefängnissen unterbunden werden, s. 286 ss. lit. c PC. Es Die Sittlichkeit stellt aber kein legitim geschütztes Rechtsgut

sperren oder Festhalten des Opfers wird jedoch als Gewalt gehandhabt. Es überzeugt daher, allein den Begriff der Gewalt und nicht zusätzlich der rechtswidrigen Gefangennahme im internationalen Tatbestand der Vergewaltigung zu verwenden.

e) Alter

Eine weitere Diskrepanz der Rechtsordnungen konnte hinsichtlich des Alters des Opfers festgestellt werden. In England ist ein Opfer unfähig, ein Einverständnis zu geben, wenn es jünger als 13 Jahre alt ist.⁶⁴ In New York wird ein Opfer, das jünger als 17 Jahre und in Kalifornien, das jünger als 18 Jahre alt ist, für unfähig gehalten, ein Einverständnis zu sexuellen Penetrationen geben zu können.⁶⁵ In Frankreich kann das Alter nach der neuesten Rechtsprechung kein Grund für ein fehlendes Einverständnis sein, weil das junge Alter bereits der Grund für eine Strafverschärfung gemäß Art. 222-24 CP ist.⁶⁶

Letztlich kann der US-amerikanische Ansatz nicht überzeugen. Sollte allein die Minderjährigkeit der Grund für ein fehlendes Einverständnis sein, bedeutet dies, dass einem Minderjährigen (bzw. einem Menschen, der jünger als 17 Jahre alt ist) kein eigenständiger Wille zugestimmt wird. Selbst wenn ein Minderjähriger der Handlung zugestimmt haben sollte, wird ein fehlendes Einverständnis unterstellt, weil es allein auf das Alter ankommt, um den Tatbestand zu erfüllen („strict liability element“). Diese juristische Wertung ist nicht nur realitätsfremd, weil die überwiegende Anzahl der Jugendlichen dieser Welt vor dem 18. Lebensjahr einvernehmliche Sexualkontakte haben, sondern führt zu einer unfairen Benachteiligung des Täters. Der Täter wird trotz einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs (oder sonstiger einvernehmlicher sexueller Penetration) als Vergewaltiger (bzw. als ähnlich schwerer Sexualverbrecher) verurteilt. Das Alter kann aber ein Einverständnis nur dann ausschließen bzw. ungültig machen, wenn das Opfer die sexuelle Handlung sowie ihre Auswirkungen nicht kennt oder versteht. Ein jugendliches Alter (13-18 Jahre) allein kann nicht für eine Vergewaltigung strafbegründend sein. Es ist daher mit der Mehrheit der untersuchten Rechtsordnungen auch auf internationaler Ebene an der Trennung zwischen Jugendschutztatbeständen und Sexualstraf-tatbeständen festzuhalten.

der Sexualdelikte dar. Daher ist diese Vorschrift auf internationaler Ebene irrelevant.

⁶⁴ Unter 16 Jahren kann ein Opfer zwar ein Einverständnis zur Handlung geben, wird aber trotz seines Einverständnisses noch nach Missbrauchsvorschriften, die gerade nicht auf ein Einverständnis abstellen, geschützt (ss. 5-10 SOA 2003). Die Regelungen der ss. 1-4, welche ein fehlendes Einverständnis voraussetzen, kommen dann nicht zur Anwendung, es sei denn, dass Opfer war mit der Handlung nicht einverstanden.

⁶⁵ S.130.05 Abs. 3 lit. a PC N.Y.; ss. 261.5, 286 b) 1), 288a b) 1) PC Cal.

⁶⁶ *Rassat* (Fn. 44), Rn. 511; *Juris-Classeur* (Fn. 44), Art. 222-22-33-1 Rn. 16 m.w.N.

f) Täuschung

Bereits im „Common Law“ war ein Einverständnis ungültig, wenn das Opfer über die Natur des Geschlechtsverkehrs getäuscht wurde.⁶⁷ Die Täuschung musste dem Opfer falsche Tatsachen über die Handlung vorspiegeln, so dass das Opfer nicht verstand, dass es sich um einen Geschlechtsverkehr handelte. Der Täuschungsbegriff wurde sodann um die Täuschung über den Zweck der Handlung erweitert.⁶⁸ Das Opfer begreift zwar, dass es sich um eine sexuelle Handlung handelt. Es glaubt aber dem Täter, dass die Handlung zu einem bestimmten Zweck (z.B. medizinische Untersuchung) ausgeführt wird, wenn in Wirklichkeit der Arzt zu seiner eigenen sexuellen Befriedigung handelt oder gar kein qualifizierter Arzt ist. Erfasst werden auch die Fälle, in denen ein Arzt vorspiegelt, eine medizinische Untersuchung vorzunehmen, in Wirklichkeit aber einen Geschlechtsverkehr mit dem Opfer vollzieht. Bei Kenntnis des wahren Grundes für die Handlung hätte das Opfer nicht zugestimmt.⁶⁹ Nicht erfasst werden die Fälle, in denen ein Arzt vorgibt, den Geschlechtsverkehr zur Heilung zu vollziehen, weil dem Opfer bekannt ist, dass es sich um einen Geschlechtsverkehr handelt.⁷⁰ Das Opfer hat dann dem Geschlechtsverkehr zugestimmt, wurde aber nur über die Motivation und nicht die Fakten der Handlung getäuscht.⁷¹ Andere Täuschungen wie die Lüge, eine Prostituierte nach dem Geschlechtsverkehr bezahlen zu wollen, das Opfer zu heiraten, ein Kondom zu benutzen oder das Verschweigen einer Geschlechtskrankheit reichen nicht aus, um ein Einverständnis für nichtig zu erklären. Ferner führt in England, Kalifornien und auch Frankreich die Vorspiegelung der Identität einer dem Opfer bekannten Person bzw. des Ehepartners zu einem ungültigen Einverständnis des Opfers.⁷²

⁶⁷ *Flattery*, (1877), 2 QB 410 (chirurgischer Eingriff); *Williams*, 1923, 1 KB 340 (Singstimme); *Tabassum*, (2000), 2 Cr. App. R. 328 (medizinische Untersuchung); *Smith/Hogan/Omerod* (Fn. 44), S. 686; *Keating/Clarkson* (Fn. 44), S. 640 f.; *Loveless* (Fn. 44), S. 525.

⁶⁸ S. 76 Abs. 2 lit. a SOA 2003; ss. 261 Abs. a) 4) D); 262 Abs. a) 3) C); 286 f) 4); 288a f) 4); 289 d) 4) PC Cal.; ebenso in Frankreich: Art. 222-23 CP „Ausnutzen einer Überraschung“. Vgl. *Rassat* (Fn. 44), Rn. 509; *Juris-Classeur* (Fn. 44), Art. 222-22-33-1 Rn. 15; *Dalloz* (Fn. 44), § 222-23 Rn. 25.

⁶⁹ Siehe *Lee/Harris* (Fn. 46), S. 542 ff. m.w.N.

⁷⁰ *Boro v. Supreme Court*, 163 Cal. App. 3d 1224, 210 Cal. Rptr. 122 (1985), abgedr. in *Gardner/Singer* (Fn. 46), S. 684 f.

⁷¹ Allein in Kalifornien besteht die Möglichkeit auch gewisse Täuschungen über die Herbeiführung des Geschlechtsverkehrs („fraud in the inducement“) nach einem geringeren Strafrahmen zu bestrafen. Die Täuschung muss eine Angst beim Opfer auslösen, die das Opfer zum Einverständnis motiviert. Da aber keine der anderen Rechtsordnungen sich für einen so weiten Strafrechtsschutz entschieden hat, ist diese Meinung für das Ergebnis der Rechtsvergleichung unbeachtlich.

⁷² Art. 222-23 CP; S. 76 Abs. 2 lit. b SOA 2003; ss. 261 Abs. a) 5); 286 Abs. j); 288a Abs. j); 289 f) PC Cal. Die Täuschung über die Identität des Ehepartners stammt in Kalifornien noch aus dem veralteten „Common Law“. Dieses

Unstreitig werden keine Täuschungen erfasst, die sich lediglich auf bestimmte Qualitäten der Person beziehen (etwa eine berühmte Persönlichkeit zu sein). Wichtig ist die Kausalität. Der Täter muss das Opfer getäuscht haben, was bei diesem den Irrtum hervorgerufen hat. Der Irrtum muss das Einverständnis bewirkt haben. Hat sich das Opfer trotz Täuschungshandlung nicht geirrt, oder hat der Täter den Irrtum beim Opfer nicht vorsätzlich erregt, ist das Einverständnis des Opfers gültig.⁷³

Auch wenn in New York keine Täuschungshandlungen bestraft werden, kann prinzipiell festgehalten werden, dass die Mehrheit der hier zur Debatte stehenden Rechtsordnungen (Frankreich, England und Kalifornien) ein Einverständnis ausschließt, wenn das Opfer über wesentliche Eigenschaften der sexuellen Handlung wie die Art oder den Zweck der Handlung oder den Sexualpartner getäuscht wurde.

4. Nötigungshandlung versus fehlendes Einverständnis

Es stehen sich somit zwei Konzepte im Aufbau eines Vergewaltigungstatbestands gegenüber. Erst eine Abwägung der Vor- und Nachteile beider Lösungsvorschläge kann den Ausschlag für entweder die Aufnahme von Nötigungsmitteln oder des fehlenden Einverständnisses im Vergewaltigungstatbestand geben. Es sind dabei nicht nur die methodischen Überzeugungen beider Rechtssysteme zu berücksichtigen, sondern es können ebenso Aspekte des Völkerstrafrechts beachtlich sein.⁷⁴

Ein ausschlaggebender Gesichtspunkt für die Aufnahme von Nötigungsmitteln im Vergewaltigungstatbestand ist, dass die Willensbeugung oder gar der Willensbruch ein schwereres Unrecht und eine höhere Schuld des Täters verkörpert als eine Sexualhandlung, die ohne die Zustimmung des Opfers erfolgt. Eine solche Willensbeugung wird vom Opfer als besonders traumatisierend empfunden und stellt daher einen weit aus schwereren Eingriff in sein sexuelles Selbstbestimmungsrecht dar.⁷⁵ Die sexuelle Handlung führt häufig zu körperlichen Verletzungen, so dass auch das Rechtsgut der Unantastbarkeit der körperlichen Integrität beeinträchtigt wird. Außerdem wird der seelische Gesundheitszustand eines Menschen stark und oft für den Rest seines Lebens beeinträchtigt. Ein Missbrauchsoffer hingegen bekommt die Tat nicht mit oder versteht sie nicht. Es empfindet daher auch nicht den gleichen Kontrollverlust, Todesangst und mangels der Körperverletzung

schützte nicht das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Opfers, sondern die Moral und Sittlichkeit der Gesellschaft. Das englische und das französische Strafgesetz hingegen tragen mit der Erweiterung der Täuschung auf einen dem Opfer bekannten Personenkreis dem Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts und den Sozialnormen einer modernen Gesellschaft Rechnung, welche auch Sexualbeziehungen außerhalb der Ehe akzeptiert.

⁷³ *Lee/Harris* (Fn. 46), S. 542 ff.

⁷⁴ Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung bei *Adams* (Fn. 7), S. 509 ff.

⁷⁵ Vgl. auch *Kieler* (Fn. 44), S. 190; *Harbeck* (Fn. 51), S. 127; *Dressler* (Fn. 46 – 2009), S. 632 f.

auch nicht den gleichen Schmerz.⁷⁶ Da der Täter die natürliche Hemmschwelle vor der Verletzung des Körpers und der seelischen Gesundheit des Opfers beim Einsatz von willensbeugenden Maßnahmen sehr viel weiter überschreiten muss, ist die körperliche und mentale Kraftentfaltung bei einer Gewaltanwendung oder Drohung sehr viel höher, als wenn er lediglich eine Behinderung oder einen sonstigen geschwächten Bewusstseinszustand des Opfers ausnutzt, um die sexuelle Handlung vollziehen zu können. Der Täter verfolgt sein Ziel ohne Rücksicht auf die körperlichen und seelischen Verletzungen, die er mit der Anwendung von Zwang einem anderen Menschen zufügt. Ein solcher Egoismus negiert wesentlich einschneidender und weitreichender die Grundrechte eines anderen und macht ein soziales Zusammenleben von Menschen unmöglich. Der Missbrauchstäter dagegen erwartet bei der Tatdurchführung auf keinerlei Hindernisse zu stoßen. Ihm kann gerade nicht der Vorwurf gemacht werden, um jeden Preis seinen Willen durchsetzen zu wollen. Seine Motivation ist die geistige Schwäche des Opfers, ohne Widerstand seine sexuelle Befriedigung zu erreichen. Sollte sich jedoch das Opfer wehren, muss sich der Täter entscheiden, ob er einen Schritt weitergehen will. Dass nicht jeder Täter, der bereit ist, eine Schwäche eines anderen zu seiner sexuellen Befriedigung auszunutzen, ebenfalls gewillt ist, mit Gewalt oder einer Drohung sein Anliegen zu erzwingen, sollte eigentlich am Anschaulichsten den Unterschied im Unrechts- und Schuldgehalt der Tat verständlich machen.

Da nicht deutlich wird, was das Opfer tun muss, um seinen Widerwillen kundzutun, welche Tatumstände bzw. welches Täterverhalten ein Einverständnis ausschließen oder ungültig machen, ist eine allein das fehlende Einverständnis voraussetzende Vorschrift nicht in der Lage, den Bürger wissen zu lassen, wann ein strafbares Verhalten vorliegt.⁷⁷ Es bleibt stets offen, welche Einwirkung noch zulässig ist oder bereits die Grenze zur Strafbarkeit überschreitet. Die „Civil Law“-Rechtsordnungen haben dieses Problem nicht. Aufgrund der

ständigen Rechtsprechung zur Gewalt und zur Drohung sowie des Verständnisses im allgemeinen Sprachgebrauch ist sichergestellt, dass jedermann weiß, wann die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers verstößt und somit den Straftatbestand der Vergewaltigung erfüllt. Die Gesetzgebungen Englands, New Yorks und Kaliforniens haben inzwischen die Definition des fehlenden Einverständnisses mit konkreten Tatumständen und Opfermerkmalen objektiviert.⁷⁸ Eine Negativliste nennt objektive Tatbestandsmerkmale, die ein Einverständnis konkret ausschließen. Nur in den Tatbeständen, die allein auf ein fehlendes Einverständnis des Opfers abstellen, ist das fehlende Einverständnis noch als zu vage zu bezeichnen, weil es das Risiko einer von Fall zu Fall abweichenden Rechtsprechung durch die Jury in sich trägt.⁷⁹

Außerdem gestaltet sich die Beweislage bei der Nötigungsvariante sehr viel einfacher als bei einem fehlenden Einverständnis des Opfers. Wurde das Opfer genötigt, fand die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers statt, so dass kein weiterer Beweis für ein fehlendes Einverständnis erbracht werden muss. Die Handlung der Gewalt oder der Drohung des Täters treten äußerlich in Erscheinung.⁸⁰ Auch wenn ein Widerstand des Opfers heutzutage nicht mehr erforderlich ist, ruft die Gewaltanwendung in der Regel eine Gegenwehr oder zumindest eine verbale Ablehnung beim Opfer hervor. Auch finden sich meist Spuren hierfür am Körper des Opfers. Beim fehlenden Einverständnis muss dagegen eine subjektive Einstellung des Opfers zur fraglichen Handlung ermittelt werden. Da innere Willenszustände nicht äußerlich erkennbar sind, sondern aus einem äußerlich vernehmbaren Verhalten des Opfers in der konkreten Tatsituation erst abgeleitet werden müssen, sind sie sehr viel schwerer nachzuweisen als Gewaltanwendungen des Täters.⁸¹ Es wurde zwar darauf hingewiesen, dass die anglo-amerikanischen Rechtsordnungen bestimmte Gründe für ein fehlendes Einverständnis in ihren Vergewaltigungstatbeständen aufgenommen haben, so dass sich der Nachweis auf diese objektiven Umstände beschränken kann und damit dem Schwierigkeitsgrad des Beweises von Nöti-

⁷⁶ Miller, Wash. & Lee L.Rev. 64 (2007), 1349 (1356): „Sex is violation of bodily integrity. It undermines an individual's dignity and autonomy. The role of consent, therefore, is to mitigate the effects of these violations. In the role of process of reinforcing women's subjectivity – by eliminating the humiliating effects of considering consent alone in rape legislation (effectively placing the burden of proof on the victim to show that she did not in fact ‚want it‘) – contemporary international law is effectively criminalizing all sex. Rape is a crime not because there is an absence of consent but because sex is an assault on politically defined bodily borders. The purpose of proving consent is again, simply to turn what is already a crime – sex – into something slightly less horrific.“ MacKinnon, CJTL 44 (2006), 940 (954 f.): „In most legal settings outside recognized zones of conflict, a woman charging rape is still effectively presumed to have wanted the act, an assumption for which consent is a proxy, no matter how much force was involved. This effectively turns the act back into sex on specific body parts interactions, presumptive consent that she must rebut, often with little more than her word.“

⁷⁷ Vgl. dazu Bryden, in: Robinson (Fn. 46), S. 824 ff.

⁷⁸ Siehe die Argumentation, warum ein Einverständnis als Strafbarkeitskriterium einer sexuellen Handlung ungeeignet ist, bei Fischer, ZStW 112 (2000), 75 (87 f.): „Die Rechtsgutsschranke soll widerrechtliche Eingriffe Dritter abwehren. Sie deckt sich mit der durch den individuellen Willen frei bestimmbaren Grenzlinie des Einverständnisses. Diese Grenze kann nicht ohne weiteres in strafrechtliche Tatbestände übernommen werden. Ihre Bestimmung kann nicht dem Einzelnen und den Zufälligkeiten seines Willens überlassen werden, denn für den potentiellen Täter wäre nicht vorhersehbar, wann er tatbestandsmäßig handelt, wenn die Grenze allein durch das innere Interesse des Opfers bestimmt wäre.“

⁷⁹ S. 74 SOA 2003; s. 130.20; 130.25 Abs. 3, 130.40 Abs. 3 PC. N.Y.

⁸⁰ So auch MacKinnon, CJTL 44 (2006), 940 (955).

⁸¹ Dressler (Fn. 46 – 2005), S. 331, argumentiert, dass ein fehlendes Einverständnis ohne Gewalt und Widerstand nicht bewiesen werden könne. Das Opfer solle wenigstens seinen Gegenwillen äußern müssen, als dass der Täter ein Einverständnis einholen müsse.

gungsmitteln entspricht. Allerdings fällt diese Erleichterung der objektiven Beweislast weg, wenn allein auf ein fehlendes Einverständnis des Opfers im Tatbestand (s. 74 SOA 2003; s. 130.20; 130.25 Abs. 3; 130.40 Abs. 3 N.Y.L.C.) abgestellt wird. Entscheidend ist dann wieder das Verhalten des Opfers und des Täters in der konkreten Situation. Das äußerlich wahrnehmbare Opferverhalten lässt aber nicht immer auf dessen wahren Willen schließen, so dass das Sexualverhalten zwischen Mann und Frau oft zu Missverständnissen führt. Ein „Nein“ des Opfers, ohne dass der Täter Gewalt angewandt oder eine Drohung ausgesprochen hat oder die Situation bedrohlich wirkte, wird daher weder vom Täter noch vom Gericht als ein fehlendes Einverständnis erkannt, sondern vielmehr als ein geschlechtstypisches „Zieren“ interpretiert. Selbst wenn die Juroren nicht von einem Einverständnis in der konkreten Tatsituation überzeugt sind, kann sich der Täter sehr viel leichter auf einen vorsatzausschließenden Irrtum über das fehlende Einverständnis berufen. Er muss lediglich behaupten, an das klassische sexuelle Rollenspiel von Mann und Frau geglaubt zu haben.⁸²

Das Tatbestandsmerkmal des fehlenden Einverständnisses bringt den weiteren Nachteil mit sich, dass der Fokus im Prozess auf dem Opferverhalten liegt. Denn es wird hauptsächlich aus dem Verhalten des Opfers sein Wille abgeleitet.⁸³ Dies hat dazu geführt, dass Strafverteidiger jede Möglichkeit nutzten, das Opfer so darzustellen, als wenn es die sexuelle Handlung gewollt oder sogar provoziert hatte. Das sexuelle Vorleben, die Kleidung, ein erotisches Verhalten vor der Tat wurden im Prozess ausgeschlachtet, womit das Opfer ein zweites Mal im Prozess viktimisiert wurde. Diese Vorgehensweise diente allein dazu, das Opfer zu diffamieren, seinen Ruf zu schädigen und die Laienrichter zu einer das Opfer ablehnenden Haltung zu motivieren.⁸⁴

⁸² Die US-amerikanischen Staaten wirken der Schutzbehauptung eines Irrtums entgegen, indem sie die Unterscheidung zwischen einem nachvollziehbaren und einem unrealistischen Irrtum über ein fehlendes Einverständnis vornehmen. Ein subjektiver, unrealistischer Irrtum führt nicht zum Vorsatzausschluss. Ebenso setzt der englische Gesetzgeber auf eine objektive Beurteilung der Frage eines Irrtums, um so absurde Irrtümer ausschließen zu können. In der Verschiebung von der subjektiven Täterperspektive auf eine objektive Betrachtungsweise der Irrtumsproblematik in den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen kann durchaus eine wirksame Kontrolle zur Vermeidung von Schutzbehauptungen gesehen werden. Die Tat kann dem Täter aber nur vorgeworfen werden, wenn er und nicht ein Dritter sie gewollt hat. Hat sich der Täter über das Einverständnis geirrt, fehlt es an einem Vorsatz und die Tat kann ihm nicht vorgeworfen werden. Insofern stellt die Beurteilung des Irrtums aus der Sicht eines objektiven Dritten eine Benachteiligung des Täters dar.

⁸³ So auch *Miller*, Wash. & Lee L.Rev. 64 (2007), 1349 (1356); *Hansen-Young*, CJIL 6 (2005), 479 (489); *Cole*, ICLR 8 (2008), 55 (79).

⁸⁴ Vgl. dazu *Brownmiller*, *Against our Will: Men, Women and Rape*, 1975, S. 369; ICTY (Trial Chamber), Urt. v. 5.6.1997 – IT-96-21-T (Prosecutor v. Delalić), Decision on

Ein Argument der „Common Law“-Staaten für die Aufnahme des fehlenden Einverständnisses in den Vergewaltigungstatbestand ist der weite Opferschutz. Es werden nicht nur diejenigen Opfer geschützt, die zur Handlung gezwungen werden, sondern auch diejenigen, die Schwierigkeiten haben, ihren Gegenwillen zu bilden bzw. auszuüben, um so das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung möglichst umfassend zu schützen.⁸⁵ Dieser Schutzzweck des Vergewaltigungstatbestands veranlasste die anglo-amerikanischen Rechtsordnungen allein darauf zu achten, ob die Person die sexuelle Handlung wollte.⁸⁶ Die Zwangsmittel beweisen zwar, dass die Tat gegen den Willen des Opfers erfolgte. Sie seien aber nicht die einzige Vorgehensweise, den entgegenstehenden Willen des Opfers auf sexuellem Gebiet zu missachten.⁸⁷ Mittlerweile haben sich viele US-amerikanische Rechtsordnungen⁸⁸ von einem alle Verhaltensweisen umfassenden Vergewaltigungstatbestand abgewandt. Stattdessen haben sie mehrere Tatbestände nicht nur hinsichtlich der unterschiedlichen sexuellen Handlungen, aber auch hinsichtlich der unterschiedlichen Grade der Willensbeeinflussung eingeführt. Das Argument ist somit nicht mehr zulässig, dass es bei der Vergewaltigung allein auf die Zustimmung des Opfers ankomme. Es wird vielmehr auf konkrete schutzwürdige Situationen abgestellt, die typischerweise eine Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts bewirken. Neben der Gewalt und Drohung sind dies der Schlaf, die Bewusstlosigkeit, der Rausch, ein

the Prosecution's Motion fort the Redaction oft the Public Record, para. 48. Die anglo-amerikanischen Rechtsordnungen haben inzwischen der Verunglimpfung der Opfer mit sog. „rape shield laws“ entgegengewirkt; vgl. *Dressler* (Fn. 46 – 2009), S. 642 ff.; *Dripps*, CLR 92 (1992), 1780 (1794 f.).

⁸⁵ Die sexuelle Selbstbestimmung beinhaltet das Recht einer Person, über Zeitpunkt, Form und Bedeutung ihrer sexuellen Betätigung frei zu entscheiden; darin enthalten ist die Freiheit der Partnerwahl. Die Freiheit, über die eigene Sexualität zu bestimmen, ist unantastbarer Kernbereich der Persönlichkeit und Ausdruck der Willens- und Handlungsfreiheit. Siehe dazu *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (87 f.).

⁸⁶ *Dressler* (Fn. 46 – 2009), S. 632 f.

⁸⁷ Es findet sich in der Literatur des Öfteren der Vergleich zum Diebstahl. Wie ein Bestohler nicht „nein“ zur Wegnahme seines Eigentums sagen muss, sollte auch bei der Vergewaltigung nicht verlangt werden, dass das Opfer sich verbal gegen sexuelle Handlungen gewehrt hat. Es sollte vielmehr ein Einverständnis des Opfers eingeholt werden. Vgl. *Dressler* (Fn. 46 – 2009), S. 632 ff.; *State in the interest of M.T.S.*, 609 A.2d 1266 (N.J. 1992).

⁸⁸ Vgl. beispielsweise die Strafgesetzbücher von Alabama (ss. 13A-6-60-13A-6-70); Alaska (§ 11.41.470); Columbia (§ 22-3001); Colorado (§ 18-3-401); Connecticut (§ 53a-65); Delaware (§ 770 ff.); Indiana (s. 35-42-4-1); Iowa (§ 702.17); Kansas (Art. 35); Kentucky (§ 510-010); Maine (§ 251 ff.); Maryland (§ 3-301); Michigan (ss. 750.520a-520n); Ohio (s. 2907.02);

http://www.arte-sana.com/articles/rape_statutes.pdf (Stand: Oktober 2013).

Abhängigkeitsverhältnis, die verminderte Verstandesreife eines Kindes, psychische Krankheiten oder körperliche Behinderungen sowie die Täuschung über Natur und Zweck der Handlung sowie die Identität des Täters. In den prozessrechtlichen Vermutungsregelungen Englands finden sich ähnliche Bedingungen, bei deren Vorliegen das Fehlen eines Einverständnisses unterstellt wird, ss. 76, 75 SOA 2003. In New York werden die Fälle, in denen es an Gewalt oder einer geistigen bzw. körperlichen Beeinträchtigung des Opfers fehlt, das Opfer aber nicht mit der sexuellen Handlung einverstanden war, nach einem niedrigeren Strafrahmen eines sexuellen Vergehens („Sexual misconduct“, s. 130.15 PC N.Y.) verfolgt. Nur in England besteht nach der Auffangregelung des s. 74 SOA 2003 die Möglichkeit, eine sexuelle Handlung als Vergewaltigung zu bestrafen, wenn es schlicht an einem Einverständnis mangelt. Grundsätzlich begrenzen aber die präzisen Vermutungsregelungen der ss. 75 und 76 SOA 2003 die Fälle des fehlenden Einverständnisses. Ein absoluter Schutz gegenüber jeder sexuellen Handlung, der nicht ausdrücklich zugestimmt wurde, besteht daher in den „Common Law“-Rechtsordnungen auch nicht mehr.

Andererseits bleibt zweifelhaft, ob es neben der Gewalttätigkeit und Drohung mit einem einfachen Übel ausreicht, den Handlungsunwert lediglich auf ein Ausnutzen menschlicher Schwächen zu reduzieren. Es wird zwar nicht bestritten, dass das sexuelle Selbstbestimmungsrecht verletzt wird, wenn ein geistig oder körperlich beeinträchtigter Mensch zu sexuellen Handlungen benutzt wird. Eine solche Handlung ist an sich strafwürdig. Zugleich ist das Rechtsgut bei diesen Personen in der Regel in größerer Gefahr, beeinträchtigt zu werden als bei einem gesunden, informierten Erwachsenen. Das Ausnutzen dieser Schwäche steht aber erheblich hinter dem Handlungsunwert der Nötigung zurück. Es ist den Zwangsmitteln nicht gleichwertig. Dieser Aussage steht aber nicht entgegen, die erwähnten Alternativen nach einem Missbrauchstatbestand und damit einem niedrigeren Strafrahmen zu verfolgen.⁸⁹ Jedoch sollte eine systematische Trennung zwischen den Nötigungstatbeständen und Missbrauchstatbeständen im völkerrechtlichen Tatbestand angestrebt werden. Grundsätzlich ist die Schutzrichtung bei einem Vergewaltigungstatbestand eine andere als bei einem Missbrauchstatbestand. Beim Vergewaltigungstatbestand wird der entgegenstehende Wille des Opfers mittels angewandten Zwangs gebeugt oder sogar gebrochen; beim Missbrauchstatbestand wird an einem in seinen Abwehrmöglichkeiten eingeschränkten Opfer eine Handlung durchgeführt, ohne dass es auf dessen Zustimmung ankommt. Aus dem „Nötigungs-Vergewaltigungstatbestand“ scheiden in den untersuchten „Civil Law“-Staaten daher die Fälle aus, in denen das Opfer eine Zustimmung

gegeben hat, die nicht erzwungen wurde, oder aber in denen das Opfer keinen Gegenwillen zu erkennen gegeben hat. Der Unterschied liegt in der Mitwirkung des Opfers und in der fehlenden Zwangswirkung für das Opfer. Wurde das Opfer getäuscht, hat es zwar keine informierte Entscheidung getroffen. Es hat aber durch die Zustimmung bei der Handlung mitgewirkt.⁹⁰ Wurde das Opfer über die Tat getäuscht oder war das Opfer geistig behindert, bewusstlos, betrunken, betäubt, minderjährig bzw. schlief es, konnte das Opfer gar keinen Widerwillen zur sexuellen Handlung aufbauen. Es fehlt bereits an einer Zwangswirkung auf den Willen des Opfers.⁹¹ Gemeinsam ist diesen Fallkonstellationen, dass ein in der Abwehr geschwächtes Opfer benutzt wurde, ohne dass der Täter dies durfte. Dies stellt einen Missbrauch dar.⁹² Sprachlich lässt sich diese Situation schon nicht mit dem Begriff des Nötigens vereinbaren. Der körperliche und seelische Schaden aufgrund der Willensbeugung ist sehr viel größer als bei einer sexuellen Handlung, der das Opfer – wie auch immer irreführt – zugestimmt hat oder gegen welche es gar keinen Widerwillen gebildet hat. Neben diesem höheren Unrechtsgehalt ist dem Täter ein gesteigerter Schuldvorwurf zu machen. Die besondere Verwerflichkeit der Tat kommt in der kriminellen Einstellung des Täters zum Ausdruck, wenn er das Opfer mit Gewalt oder einer Drohung zur Handlung zwingt. Der Grad der Beeinträchtigung des Widerwillens und der Widerstandskraft des Opfers ist somit ein entscheidender Faktor der Strafwürdigkeit und damit der Höhe der Strafandrohung.⁹³ Wenn nun der Gesetzgeber die aufgezählten Missbrauchssituationen mit der Nötigung gleichstellt, indem es sie unter dem gleichen Tatbestand mit der gleichen Überschrift verurteilt, wird das Unrecht einer Nötigungsvergewaltigung gemildert bzw. der eines Missbrauchs über das erforderliche Maß gesteigert. Wenn aber unterschiedliche Handlungen mit unterschiedlichem Unrechts- und Schuldgehalt strafrechtlich gleichbehandelt werden, wird gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Zum einen wird der Täter benachteiligt, wenn ein Missbrauch unter einem zu hohen Strafrahmen und der Überschrift „Vergewaltigung“ verurteilt wird. Zum anderen wird die Nötigung des Opfers durch diesen Einheitstatbestand nicht adäquat gesühnt.⁹⁴

Überdies konnte im Völkerstrafrecht kein wirklicher Bedarf für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vergewaltigung auf widerstandsunfähige Opfer nachgewiesen werden. Die Rechtsprechung der beiden Ad hoc-Tribunale für Ex-Jugoslawien und Ruanda zeigt, dass die typischen Vergewaltigungsabläufe mittels schwerster Gewalt und Drohungen gegen den Leib oder das Leben des Opfers oder einer ihm nahestehenden Person erzwungen wurden.⁹⁵ Im Rahmen eines

⁸⁹ New York hat diesem Prinzip folgend die gleiche sexuelle Handlung in mehrere Straftaten aufgespalten, um so den unterschiedlichen Angriffsmethoden mittels einer adäquaten Strafe gerecht zu werden. Auch findet sich in den „Civil Law“-Staaten eine Strafbarkeit des Missbrauchs von Kindern, in einem Abhängigkeitsverhältnis stehenden Personen, körperlich oder geistig Behinderten oder vorübergehend in den Geistestätigkeiten beeinträchtigten Menschen.

⁹⁰ Fischer, ZStW 112 (2000), 75 (90).

⁹¹ Folkers, NSZ 2005, 181.

⁹² Fischer, ZStW 112 (2000), 75 (96).

⁹³ Renzikowski (Fn. 46), § 177 Rn. 50.

⁹⁴ Mildenerger (Fn. 57), S. 74 ff.

⁹⁵ Es kann hier aus Platzgründen nicht das Tatgeschehen aller verhandelten Fälle dargestellt werden. Es findet sich aber in Adams (Fn. 7), S. 218 ff., 265 ff., eine komplette Abhandlung aller Vergewaltigungsfälle vor den beiden Ad hoc-Tribunalen

Völkermords, eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder eines Kriegsverbrechens weicht die lediglich ohne Zustimmung vollzogene sexuelle Handlung erheblich weiter vom Fall der Gewaltanwendung ab als in Friedenszeiten. Denn das Opfer sieht sich dort meist zahlreichen Gewalttaten und Drohungen gegenüber. Würde man nun auch solche Handlungen unter den Vergewaltigungstatbestand erfassen, die lediglich ohne das Einverständnis des Opfers erfolgen, würden zwei krass voneinander abweichende Unrechtshandlung unter einem Strafraum zusammengefasst werden. Diese Ausweitung auf Missbräuche an widerstandsunfähigen Menschen würden dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Ungleiches nicht gleich zu behandeln) verletzen und dem Verbrechen der Vergewaltigung gleichzeitig die Schwere nehmen, die es rechtfertigt unter den drei Makroverbrechen aufgenommen zu werden. Demzufolge kann nur dazu geraten werden, auf den Begriff des fehlenden Einverständnisses im Völkerstrafrecht zu verzichten und stattdessen die besagten Nötigungsmittel in den Tatbestand aufzunehmen.

5. Ergebnis der Rechtsvergleichung

Die Rechtsvergleichung der sechs ausgewählten Rechtsordnungen der Welt hat folgende Tatbestandsmerkmale der Vergewaltigung erbracht:

Sexuelle Handlung

- Vaginaler Geschlechtsverkehr
- Analverkehr
- Oralverkehr (Manipulation der Zunge an Penis, Vagina, Anus genügt)
- Einführen anderer Körperteile als dem Penis (z.B. Zunge, Finger, Faust) in die Vagina oder den Anus
- Einführen beweglicher Gegenstände (z.B. Dildo, Flasche, Banane) in die Vagina oder den Anus
- Sich-Penetrieren-Lassen („umgekehrte Vergewaltigung“)
- Die sexuelle Handlung muss sich zwischen Täter und Opfer abspielen (keine Masturbation oder Handlung mit Dritten)

Täter

- Jedermann

Opfer

- Jedermann

Nötigungshandlung

- Gewalt gegen eine Person⁹⁶

für das frühere Jugoslawien und Ruanda. Die Sachverhalte werden kurz wiedergegeben und es finden sich dort zur weiteren Einsicht die Fundstellen aller Entscheidungen. Ferner wurde ein Überblick über die typischsten Vergewaltigungsszenarien während eines bewaffneten Konflikts im zweiten Kapitel gegeben (S. 31 ff.).

⁹⁶ Die Rechtsvergleichung hat zwar ergeben, dass nur die Gewalt gegen Personen und nicht gegen Sachen genügt. Da

- Drohung mit Gewalt gegen eine Person oder einem ähnlich empfindlichen Übel
- Kausalität (Mittel-Zweck-Relation)

Diese Tatbestandsmerkmale verkörpern den völkerrechtlichen Tatbestand der Vergewaltigung.⁹⁷ Wenn das Verbrechen der Vergewaltigung Gegenstand der Anklage vor einem deutschen Gericht wird, sollten diese Tatbestandsmerkmale nach § 6 Abs. 1 Nrn. 2, 3, und 4, § 7 Abs. 1 Nr. 6 und § 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB zur Anwendung kommen.

IV. Fazit

Die Rechtsvergleichung hat ergeben, dass weder die Definition der Ad hoc-Tribunale noch die der Elements of Crimes mit dem aus der Rechtsvergleichung ermittelten Tatbestand der Vergewaltigung übereinstimmen.⁹⁸ Dies zeigt deutlich, dass man sich nicht nur auf die Auslegung eines Gerichts bzw. der Elements of Crimes berufen kann, sondern stets eine Rechtsvergleichung durchführen muss, um den aktuellen völkerrechtlichen Tatbestand bestimmen zu können. Dies ist aber eine Rechtsfindung, die in der Praxis aus zeitlichen Gründen kaum durchführbar ist. Es empfiehlt sich daher, den Tatbestand auf eine andere Völkerrechtsquelle zu übertragen, die leichter zu ermitteln ist. Da eine völkervertragliche Fixierung des Vergewaltigungstatbestandes in einem universalverbindlichen Völkerstrafgesetzbuch nicht zu erwarten ist, kann stattdessen eine

aber das zweite Nötigungsmittel unqualifiziert ist, muss dies konsequenterweise auch auf die Gewalt übertragen werden. Denn es wäre widersinnig, wenn eine Drohung mit der Zerstörung von Eigentum (z.B. der Tötung von Tieren oder das Abbrennen des Hauses) genügt, jedoch die konkrete Gewaltanwendung gegen Sachen nicht ausreichen soll. Da aber nur die Androhung von schweren Übeln akzeptabel ist, sollte die Gewalt gegenüber Sachen einen schwerwiegenden Nachteil für das Opfer bedeuten.⁹⁷ Die Rechtsvergleichung wurde in einer wertenden Betrachtung durchgeführt, so dass bereits staatliche Normen zugunsten anderer Vorschriften, die eher im Einklang mit dem Völkerstrafrecht oder den Menschenrechten stehen, der Vorzug gegeben wurde. Daher sind die Tatbestandsmerkmale der Vergewaltigung tauglich im Völkerstrafrecht zur Anwendung zu kommen. Siehe *Ambos* (Fn. 21), S. 48, der eine Tauglichkeitsprüfung für überflüssig hält, wenn man eine wertende, prinzipienorientierte Rechtsvergleichung durchführt.

⁹⁸ Die Kunarac-Definition stellt im Gegensatz zu den beiden anderen Definitionen weder die Manipulation der Zunge an der Vagina oder dem Anus, noch die Einführung von anderen Körperteilen als dem Penis in die analen oder vaginalen Körperöffnungen unter Strafe. Auch erfasst sie nicht die sog. „umgekehrte Vergewaltigung“. Sie setzt allein auf ein fehlendes Einverständnis des Opfers, während die Definition der hiesigen Rechtsvergleichung auf eine Nötigung setzt. Der Elements of Crimes-Tatbestand kombiniert die Nötigungsmittel mit einem Teilaspekt des fehlenden Einverständnisses. Siehe zur materiell-rechtlichen Gegenüberstellung der Vergewaltigungsdefinitionen der Ad hoc-Tribunale, der Elements of Crimes und der Rechtsvergleichung *Adams* (Fn. 7), S. 567 ff.

völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung des hiesigen Tatbestands durch die Aufnahme in Strafgesetzbücher bzw. Militärhandbüchern oder durch die Anwendung des Tatbestands vor nationalen Gerichten vorangetrieben werden (Geltungsnachweis).⁹⁹ Der Tatbestand könnte durch die zukünftige Anwendung von einem Gericht aus einem Urteil in Form eines abstrakten Rechtssatzes gelesen werden (Inhaltsnachweis). Der Vorzug wäre, dass eine völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung einer Norm auch diejenigen Staaten bindet, die sich weigern, dem IStGH-Statut beizutreten. Denn diese Staaten würden sich konsequenterweise auch widersetzen, sich einem potentiellen Völkerstrafgesetzbuch anzuschließen. Der praktisch ganz erhebliche Vorteil wäre, dass der Rechtsanwender im Einzelfall nicht mehr alle Instrumente erneut durchgehen muss, sondern er könnte zum Nachweis einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm auf bestehende Untersuchungen zurückgreifen.

⁹⁹ Die wiederholte Anwendung des Vergewaltigungstatbestands vor nationalen Gerichten bewirkt die Normentstehung, weil ein Akt der Judikative eines Staates die Entstehungsvoraussetzungen des Völkergewohnheitsrechts in Form von einer Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung erfüllt. Ebenso trägt die Übernahme des Tatbestands in innerstaatliche Strafgesetze zur Normbildung als Akt der Legislative eines Staates bei. Die Anwendung des Vergewaltigungstatbestands vor dem IStGH und den Ad hoc-Tribunalen hingegen dient lediglich dem Inhalts- (und nicht dem Geltungs-)Nachweis einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm, weil internationale Gerichtsurteile nicht einer der Gewalten eines Staates zugerechnet werden können. Sie stellen somit keine Staatenpraxis bzw. *opinio juris* dar. Vgl. zur Einordnung einzelner Dokumente als Staatenpraxis oder Rechtsüberzeugung im Völkerstrafrecht *Adams* (Fn. 7), S. 62 ff.

Ein evidenzbasierter Blick auf die Beschneidungsdebatte

Von Hendrik Pekárek, Berlin*

Die Debatte über die rechtliche Behandlung der rituellen Beschneidung von Knaben beschäftigt die deutsche Strafrechtswissenschaft trotz Inkrafttretens des neuen § 1631d BGB noch immer. Dieser Beitrag untersucht kritisch die Darstellungen zum Stand medizinischer Erkenntnis in der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Dazu werden die Prinzipien der evidenzbasiert-wissenschaftlichen Forschung in den strafrechtlichen Diskurs übertragen. Die Quellen der bisherigen rechtswissenschaftlichen Beiträge werden herausgearbeitet und mit dem Stand medizinischer Erkenntnis, wie er sich im internationalen Schrifttum darstellt, verglichen. Es zeigt sich dabei, dass die bisher im deutschen Schrifttum zu findenden Angaben, mit denen die Kritiker die Strafbarkeit des Eingriffs begründen, erheblich von dem internationalen Forschungsstand abweichen. Diese Abweichungen sollten von der anhaltenden deutschen Debatte berücksichtigt werden.

Despite its explicit legalization in the new section 1631d BGB, the debate on the legality of ritual male circumcision in German jurisprudence continues. This article reviews the alleged state of medical knowledge represented in the legal debate thus far. For this purpose, the principles of evidence-based scientific research are transferred to the criminal law discourse. This new methodology is then employed to evaluate the sources of the previous contribution and to compare them with the state of medical knowledge as identified in international sources. The subsequent analysis shows that the information provided and relied upon by the proponents of the rituals' criminality in the German legal literature differ significantly from current international scientific consensus. Those differences should be carefully taken into consideration in any further discourse on the subject matter.

I. Einführung

Mit Urteil vom 7.5.2012 entschied das Landgericht Köln, dass die medizinisch nicht-induzierte Beschneidung von Knaben eine strafbare Körperverletzung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB darstellt.¹ Dem Kölner Urteil vorweg ging eine Debatte in der deutschen Strafrechtswissenschaft um die Strafbarkeit des Rituals, an der auch einige Verfassungsrechtler

und Mediziner teilnahmen.² Die Mehrheit der Literatur sah die Zirkumzision dabei grundsätzlich als tatbestandliche Körperverletzung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB an. Umstritten war allerdings, ob die Eltern des Knaben in diese Handlung rechtfertigend einwilligen konnten oder ob der Kindeswohlgedanke aus § 1626 BGB in Verbindung mit § 1631 BGB dem entgegenstand. Zentral für die verfassungs- und strafrechtlichen Aspekte der Debatte war die Frage, ob die Zirkumzision für das Wohl des Knaben vor-, nachteilhaft oder neutral sei. Die Kritiker erachteten die Nachteile des Eingriffs mit Verweis auf medizinische Studien für erwiesen und lehnten folglich eine strafrechtlich relevante rechtfertigende Einwilligung der Eltern aus Kindeswohlgründen sowie eine verfassungsrechtliche Abwägung zwischen der Elternfreiheit aus Art. 6 und der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 GG ab. Etwaige vorteilhafte präventiv-medizinische oder soziokulturelle Faktoren dürften in den Abwägungsprozess entweder gar nicht³ oder nur begrenzt einbezogen werden.⁴ Die kleine Strafkammer folgte in ihrer Urteilsbegründung der Ansicht der Kritiker und verwies auf deren Beiträge.⁵ Mit der Einführung des § 1631d BGB hat der Gesetzgeber das Recht der Eltern, in die Beschneidung des männlichen Kindes rechtfertigend einzuwilligen, nunmehr ausdrücklich normiert.

Dennoch bewegt das Thema die Gerichte und die deutsche Strafrechtswissenschaft weiterhin: Vor allem mit Blick auf die von ihnen ausgemachten Nachteile kritisieren die Kritiker in der Literatur die neu geschaffene Norm.⁶ Überdies hat jüngst der 3. Senat für Familiensachen des OLG Hamm in Konkretisierung des § 1631d BGB entschieden, dass die Wirk-

² Siehe z.B. Fateh-Moghadam, RW 2010, 115; Herzberg, JZ 2009, 332; ders., ZIS 2010, 471; ders., MedR 2012, 169; Putzke, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebenzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 669; ders., NJW 2008, 1568; ders., MedR 2008, 269; ders./Stehr/Dietz, Monatsschrift Kinderheilkunde 2008, 783; dies., Der Urologe 2010, 286; Schramm, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011; Schramm/Gierthmühlen/Eckstein u.a., Der Urologe 2009, 869; Schwarz, JZ 2008, 1125.

³ Herzberg, JZ 2009, 332 (335).

⁴ Putzke (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 676, 702.

⁵ LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 = NJW 2012, 2128, verweist auf Herzberg, JZ 2009, 332; ders., MedR 2012, 169; Jerouschek, NStZ 2008, 313; Putzke, NJW 2008, 1568.

⁶ Mandla, FPR 2013, 244 (247, 249); Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 8.3.2013, § 223 Rn. 99; Frerk, Humanistischer Pressedienst v. 7.1.2013, Interview mit Holm Putzke: Den Gesetzgeber hat der Teufel geritten, <http://hpd.de/node/14709> (22.11.2013); Herzberg, ZIS 2012, 486 (488); Scheinfeld, HRRS 2013, 268 (269); Merkel, in: Zeit Online v. 1.10.2012, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2012-10/beschneidung-ethikrat-reinhard-merkel> (22.11.2013); Walter, JZ 2012, 1110 (1113).

* Der Verf. ist Research Fellow und Doktorand bei den Berliner Studien zum Jüdischen Recht an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Mein Dank gilt Prof. Dr. Martin Heger, Prof. Dr. Klaus Marxen, Privatdozent Dr. Florian Knauer, Dr. Boris Burghardt, Dr. Anneke Petzsche, Dr. Ilyah Levin, Jan Baumann, Boris Bröckers, Aziz Epik, Michael Jahn und Alexander Tischbirek für ihr Feedback, sowie Dr. Wolfgang Hegenbarth, Facharzt für Haut- und Geschlechtskrankheiten in Berlin, für die Beratung in medizinischen Fachfragen.

¹ LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 = NJW 2012, 2128.

samkeit der elterlichen Einwilligung in die Beschneidung von der ordnungsgemäßen und umfassenden Aufklärung über die Chancen und Risiken des Eingriffs abhängt.⁷ Die weiterhin anhaltende Aktualität des Themas und die fortwährende Verweisung auf die Angaben der Kritiker in aktuellen Kommentierungen des § 223 StGB⁸ gebietet eine eingehende Untersuchung der in der Debatte vorgebrachten empirischen Belege zu Risiken und Auswirkungen des Eingriffs.

II. Methodik der Untersuchung

Die Frage, ob die nicht medizinisch indizierte Zirkumzision das Kindeswohl negativ beeinträchtigt, ist primär keine rechtliche Frage, sondern nur durch die Erkenntnisse anderer Disziplinen, insbesondere der Medizin und der Psychologie beantwortbar. Ein methodengerechtes Vorgehen setzt insofern voraus, dass nach Möglichkeit alle verfügbaren Quellen in die Diskussion einfließen.

Dieser Aufsatz untersucht die Darstellungen zum „Stand medizinischer Erkenntnis“,⁹ die in der rechtswissenschaftlichen Debatte in Bezug auf das Kindeswohl vorgebracht wurden. Die Untersuchung orientiert sich dabei – soweit für einen rechtswissenschaftlichen Beitrag möglich – an den methodischen Forschungskriterien der sog. evidenzbasierten Medizin (EbM). Unter EbM versteht man den gewissenhaften, ausdrücklichen und vernünftigen Gebrauch der gegenwärtig besten externen, wissenschaftlichen Evidenz für Entscheidungen in der medizinischen Versorgung individueller Patienten.¹⁰ Mit „evidenzbasiert“ gemeint ist somit eine nachweisorientierte, durch empirische Belege gestützte Vorgehensweise.¹¹ EbM bezieht sich dazu „auf die Informationen aus wissenschaftlichen Studien und systematisch zusammengetragenen klinischen Erfahrungen, die einen Sachverhalt erhärten oder widerlegen“.¹²

Die Bewertung der Evidenz von Studienergebnissen erfolgt in den Lebenswissenschaften¹³ grundsätzlich anhand objektiv

nachvollziehbarer Kriterien wie dem Studiendesign, der durchführenden Institution, aber auch durch das Publikationsmedium, dessen Impact-Faktor in Journal-Rankings,¹⁴ das Vorhandensein von unabhängigen peer-review der Einzelbeiträge, sowie eventueller Interessenkonflikte seitens der Durchführenden.¹⁵ Wichtige Aspekte des Studiendesigns sind die Anzahl an teilnehmenden Versuchspersonen, sowie ob es sich um retrospektive oder prospektive,¹⁶ beobachtende oder experimentelle,¹⁷ unkontrollierte oder kontrollierte,¹⁸ Querschnitt-

Biochemie, Bioinformatik, Biologie, Biomedizin, Biophysik, Bio- und Gentechnologie, Ernährungswissenschaften, Lebensmitteltechnologie, Medizin, Medizintechnik, Pharmazie und Pharmakologie, Umweltmanagement und Umwelttechnik, vgl. Deutsche UNESCO-Kommission e.V., Lebenswissenschaften, <http://www.unesco.de/lebenswissenschaften.html> (23.11.2013).

¹⁴ Das Journal-Ranking wird hier wo möglich jeweils durch den offen zugänglichen SCImago Journal & Country Rank (SJR) aus dem jeweiligen Publikationsjahr bis auf die zweite Nachkomma-Stelle angegeben; der SJR misst den wissenschaftlichen Einfluss eines durchschnittlichen Artikels des jeweiligen Journals; siehe SCImago, SJR - SCImago Journal & Country Rank, <http://www.scimagojr.com> (22.11.2013); von den in diesem Beitrag zitierten Journals hat das New England Journal of Medicine zum Zeitpunkt der Veröffentlichung den höchsten (SJR 8,34) und das Irish Journal of Medical Science den niedrigsten Faktor (SJR 0,20).

¹⁵ M.w.N. siehe auch die Serie zur Bewertung wissenschaftlicher Publikationen im Deutschen Ärzteblatt: *Du Prel/Röhrig/Blettner*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 100; *Ressing/Blettner/Klug*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 456; *Röhrig u.a.*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 262.

¹⁶ Retrospektive Studien greifen auf Daten zurück, die bei Studienbeginn schon vorliegen, während bei prospektiven Studien diese Daten erst nach Studienbeginn entstehen. Mit prospektiven Studien lässt sich somit beobachten, ob ein bestimmter Eingriff tatsächlich zum Auftreten eines bestimmten Effekts führt, während mit retrospektiven Studien rückwirkend untersucht wird, ob sich eine Experimental bzw. Beobachtungsgruppe von der Kontrollgruppe unterscheidet. Siehe *Rothgangel*, Kurzlehrbuch Medizinische Psychologie und Soziologie, 2. Aufl. 2010, S. 160; *Seiler*, in: Krukemeyer/Alldinger (Hrsg.), Chirurgische Forschung, 2006, S. 205 (S. 208).

¹⁷ Bei Beobachtungsstudien nehmen die Forscher eine passive Rolle ein: Sie erheben Daten lediglich durch Beobachtung bestimmter Merkmale der Studienteilnehmer. Bei Experimentellen Studien intervenieren die Forscher dagegen aktiv bei den Studienteilnehmer, indem sie z.B. ein bestimmtes Medikament verschreiben oder einen operativen Eingriff vornehmen; siehe *Seiler* (Fn. 16), S. 208.

¹⁸ Kontrollierte Studien vergleichen Effekte zwischen zwei Gruppen von Personen, der sog. Versuchsgruppe und der Kontrollgruppe, während in unkontrollierten Studien kein Vergleich zu einer unbehandelten Kontrollgruppe stattfindet; siehe *Seiler* (Fn. 16), S. 208.

⁷ OLG Hamm, Beschl. v. 30.8.2013 – 3 UF 133/13 = NJW 2013, 3362.

⁸ *Eschelbach* (Fn. 6), Rn. 9.1, 35.1 ff.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 223 Rn. 43, 44a ff.

⁹ *Walter*, JZ 2012, 1110 (1113).

¹⁰ *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 125; *Stallberg*, PharmR 2010, 5 (6); *Welti/Raspe*, NJW 2002, 874.

¹¹ Der Begriff „Evidenz“ ist dabei nicht i.S.d. lateinischen „evidentia“ (i.S.v. Augenscheinlichkeit), sondern i.S.d. englischen „evidence“ (Aussage, Zeugnis, Beweis, Ergebnis, Unterlage, Beleg) zu verstehen; Deutsches Netzwerk Evidenzbasierte Medizin e.V., Grundbegriffe de EbM: Definitionen, <http://www.ebm-netzwerk.de/was-ist-ebm/grundbegriffe/definitionen/> (22.11.2013).

¹² Deutsches Netzwerk Evidenzbasierte Medizin e.V., Grundbegriffe de EbM: Definitionen, <http://www.ebm-netzwerk.de/was-ist-ebm/grundbegriffe/definitionen/> (22.11.2013); vertiefend *Hahn/Sröhle*, GRUR 2013, 120 (123).

¹³ Nach der Definition der UNESCO umfassen die Lebenswissenschaften (oder Life Sciences) die Wissenschaftszweige

oder Längsschnittstudien handelt.¹⁹ Ein besonders hoher Beweiswert kommt randomisiert kontrollierten Studien und systematischen Übersichtsarbeiten mit oder ohne Metaanalyse zu. Die randomisiert kontrollierte Studie vergleicht zwei (oder mehr) durch Randomisierung zufällig zusammengestellte Gruppen von Versuchspersonen zeitgleich bezüglich der Ergebnisse zweier (oder mehr) Behandlungen prospektiv.²⁰ Durch die zufällige Zuteilung der Studienteilnehmer und der blinden Durchführung des Experiments, wird eine Verzerrung der Ergebnisse durch die Forscher oder Probanden verhindert.²¹ Sie gelten daher als „Goldstandard“ der medizinischen Forschung.²² Die systematische Übersichtsarbeit bezeichnet die zusammenfassende Darstellung mehrerer Primärstudien zu einem gemeinsamen Effekt.²³ Dies kann durch Metaanalyse mittels quantitativen, statistischen Methoden erfolgen.²⁴ So kann besser als bei Einzelstudien überprüft werden, ob ein bestimmter Effekt tatsächlich vorliegt und wie stark er ist.²⁵ Metaanalysen bilden eine zentrale Grundlage der evidenzbasierten Forschung, da sie aufgrund des aggregierten Forschungsstandes gegenüber den mitunter überaus kleinen Einzelstudien eine wesentlich erhöhte Aussagekraft haben.²⁶ Die tatsächliche Bewertung von Studien erfolgt dabei in der EbM nach einer „Hierarchie der Evidenz“ in folgender Rangfolge:²⁷

- 1. Systematische Übersichtsarbeiten und/oder Metaanalysen von mehreren randomisiert kontrollierten Studien
- 2. Einzelne randomisiert kontrollierte Studien mit hoher statistischer Aussagekraft
- 3. Nicht randomisiert kontrollierte Studien (Beobachtungsstudien)
- 4. Nicht kontrollierte Studien
- 5. Nicht evidenzbasierte Expertenmeinungen.

Die EbM ist als „Methode der Verwissenschaftlichung der Medizin sowohl für den Bereich professioneller Normsetzung und Normanwendung als auch für die Transformation solcher Normen in rechtliche Geltung relevant“.²⁸ Der Grundsatz der EbM ist als Rechtsbegriff sowohl direkt,²⁹ als auch indirekt vom Gesetzgeber im SGB V implementiert worden.³⁰ Der Gesetzgeber hat ferner den Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) und das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) seit dem Jahr 2006 verpflichtet die Kriterien der evidenzbasierten Medizin zur Grundlage ihrer Bewertungspraxis zu machen.³¹ Aufgrund dieser weitreichenden rechtlichen Geltung der Grundsätze der EbM, wird die rechtlich relevante Frage nach den Vor- und Nachteilen bzw. den Risiken und Auswirkungen der Beschneidung im Folgenden durch die Übertragung dieser Prinzipien auf die strafrechtswissenschaftliche Debatte aufgearbeitet. Dazu werden die von den Kritikern vorgebrachten Angaben zu den

¹⁹ Die Querschnittstudie gibt eine Momentaufnahme, indem sie Merkmale der Studienteilnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt erhebt. Die Längsschnittstudie (gelegentlich auch Langzeitstudie genannt) untersucht dagegen die Studienteilnehmer zu mehreren Zeitpunkten; siehe *Rothgangel* (Fn. 16), S. 159 f.; *Seiler* (Fn. 16), S. 208.

²⁰ *Bortz/Schuster*, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, 7. Aufl. 2010, S. 8, 584; *Rothgangel* (Fn. 16), S. 157; *Windeler u.a.*, Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen 2008, 321; für die Anwendung dieser Methodik auch im Pharmarecht, siehe *Reese/Holtdorf*, in: *Dieners/Reese* (Hrsg.), Handbuch des Pharmarechts, 2010, § 11 Rn. 147 ff.; für eine genaue Erklärung des Randomisierungsvorgangs, siehe *Schulz/Grimes*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 2002, 515.

²¹ *Schulz/Grimes*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 2002, 515 (516).

²² *Rothgangel* (Fn. 16), S. 157; *Schulz/Grimes*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 2002, 515.

²³ *Ressing/Blettner/Klug*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 456; *Seiler* (Fn. 16), S. 208.

²⁴ *Bortz/Döring*, Forschungsmethoden und Evaluation, 3. Aufl. 2006, S. 672 f.

²⁵ *Bortz/Döring* (Fn. 24), S. 673; *Ressing/Blettner/Klug*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 456.

²⁶ *Reese/Holtdorf* (Fn. 20), § 11 Rn. 148; *Ressing/Blettner/Klug*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 456 (461); *Schumacher*, Methodik Klinischer Studien, 2009, S. 129.

²⁷ Hier leicht vereinfacht dargestellt nach *Herkner/Müllner*, Erfolgreich wissenschaftlich arbeiten in der Klinik, 3. Aufl. 2011, S. 244, für die vollständige Übersicht siehe Deutsches Netzwerk Evidenzbasierte Medizin e.V., Evidenzklassen, <http://www.ebm-netzwerk.de/was-ist-ebm/images/evidenzklassen.jpg/view> (22.11.2013).

²⁸ *Hart*, MedR 2000, 1 (5).

²⁹ Siehe § 35 Abs. 1b SGB V („Grundsätze der EbM“); § 35b Abs. 1 SGB V („internationalen Standards der EbM“); § 73b Abs. 2 Nr. 2 SGB V; § 137f Abs. 1 Nr. 3 SGB V; § 139a Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 S. 1 SGB V („evidenzbasierte, praxisorientierte Leitlinien“, „international anerkannten Standards der EbM“); § 137f Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 SGB V („Verfügbarkeit von evidenzbasierten Leitlinien“, „Behandlung nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft unter Berücksichtigung von evidenzbasierten Leitlinien oder nach der besten, jeweils verfügbaren Evidenz“); § 139a Abs. 4 SGB V („international anerkannte Standards der EbM“); vgl. auch *Stallberg*, PharmR 2010, 5 (8).

³⁰ Nach *Stallberg* wird der Grundsatz der evidenzbasierten Medizin indirekt implementiert, „wenn das Gesetz sie selbst zwar nicht explizit erwähnt, jedoch Begriffe verwendet, die in der Sache das Gleiche meinen“ (*ders.*, PharmR 2010, 5 [9]); dies geschieht etwa, wenn der Gesetzgeber sich auf den allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnis bezieht, z.B. in §§ 2 Abs. 1 SGB V; § 13 Abs. 4, 5 SGB V; § 18 Abs. 1 SGB V; § 56 Abs. 2 SGB V; § 70 Abs. 1 SGB V; § 92 Abs. 1 SGB V; § 137c Abs. 1 SGB V; § 140b Abs. 3 SGB V.

³¹ Vgl. § 92 Abs. 1 SGB V, siehe auch *Stallberg*, PharmR 2010, 5; die Verfahrensordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses besagt, dass dieser den allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse auf der Grundlage der evidenzbasierten Medizin ermittelt und eine Bewertung der Evidenz sich an evidenzbasierten Leitlinien zu orientieren hat, siehe Gemeinsamer Bundesausschuss, Verfahrensordnung, http://www.g-ba.de/downloads/62-492-765/VerfO_2013-06-20_und_2013-02-21.pdf (22.11.2013), S. 12, 135.

ursprünglichen Studien, aus denen sie stammen, zurückverfolgt und ihnen systematisch Studien höherer Evidenz aus dem internationalen Schrifttum gegenübergestellt. Die von den Kritikern gemachten Angaben werden sodann anhand der gefundenen Literatur unter den wissenschafts-methodischen Gütekriterien der evidenzbasierten Forschung analysiert und vor dem Hintergrund der verfügbaren Datenlage einer kritischen Bewertung unterzogen.³²

Die Recherche für diese Untersuchung erfolgte interdisziplinär in wissenschaftlichen Meta-Suchmaschinen,³³ sowie fachspezifischen juristischen und medizinischen Datenbanken.³⁴

III. Der Stand medizinischer Erkenntnis

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum lassen sich fünf zentrale Punkte zum anerkannten Stand medizinischer Erkenntnis identifizieren, die für eine straf- und verfassungsrechtliche Bewertung des Eingriffs relevant sein können: das Risiko von gesundheitlichen Komplikationen durch den Eingriff (1.), die Sterblichkeitsrate des Eingriffs (2.), das Risiko späterer sexueller Funktionsstörungen als Folge des Eingriffs (3.), das Risiko durch den Eingriff ein psychologisches Trauma zu erleiden (4.) und der Ausschluss etwaiger Vorteile des Eingriffs (5.). Im Folgenden werden die Beweise für Nachteile sowie der Ausschluss etwaiger Vorteile nacheinander nach der oben erläuterten Methode untersucht und kritisch hinterfragt.

1. Das Risiko von Komplikationen durch die Zirkumzision

Die Kritiker der Beschneidung sehen in den möglichen Komplikationen bei der Zirkumzision von Säuglingen, Knaben und Heranwachsenden eines ihrer Hauptargumente für die Strafbarkeit des Eingriffs.³⁵ Die Gefahren des Eingriffs werden dabei in der Debatte entweder als Auflistung aller bekannten Komplikationen, als allgemeiner Wahrscheinlichkeitswert oder als natürliche Häufigkeit angegeben: So finden sich im rechtswissenschaftlichen Schrifttum etwa Verweise auf eine Liste von 18 Komplikationen der Stanford School of Medicine³⁶ sowie Komplikationsraten von „0,2 bis circa 6 % der

Fälle“,³⁷ „teilweise bei über zehn Prozent“,³⁸ „Komplikationsraten von immerhin im einstelligen Prozentbereich (also 1 bis 10 pro hundert!)“,³⁹ sowie langfristige Komplikationsrisiken für die neonatale Zirkumzision von „bis zu 32 % der Fälle“.⁴⁰

Mit Hinblick auf Art der Risikokommunikation, die Differenzierbarkeit und die Zuverlässigkeit der zugrundeliegenden Daten sind diese in der Literatur zu findenden Angaben bedenklich. Fundierte Aussagen zur Komplikationsrate lassen sich nur treffen, wenn vorab definiert wird, was überhaupt als Komplikation zu bewerten ist.⁴¹ Bei Angaben zur Komplikationsrate der Zirkumzision ist etwa streng zwischen einfachen und schweren Komplikationen zu unterscheiden.⁴² Ferner muss zwischen unmittelbaren Komplikationen und späten Komplikationen unterschieden werden.⁴³ Außerdem ist das Risiko von Komplikationen abhängig von weiteren Faktoren, etwa ob der Eingriff in einer sterilen oder nichtsterilen Umgebung stattfindet, ob der Eingriff von einem Arzt oder einem traditionellen Beschneider vorgenommen wird, sowie von den genutzten chirurgischen Methoden und Instrumenten.⁴⁴ Da es in der Debatte im Kern um die Zulässigkeit des Eingriffs bei Minderjährigen geht, ist auch ein Zusammenhang zwischen Alter und steigendem Komplikationsrisiko für die rechtliche Debatte relevant.⁴⁵ Hier hätte eine differenzierte Betrachtung der Komplikationsgefahren des Eingriffs etwa erfordert, dass zwi-

³² Siehe auch das Vorgehen bei der EbM, siehe z.B.

<http://www.cochrane.de/de/ebm> (22.11.2013).

³³ Google Scholar (<http://scholar.google.de>),

Google Books (<http://books.google.de>),

Web of Knowledge (<http://wokinfo.com/>),

Microsoft Academic Search

(<http://academic.research.microsoft.com/>).

³⁴ PubMed (<http://www.pubmed.gov/>),

The Cochrane Library (<http://www.thecochranelibrary.com/>),

Beck Online (<http://beck-online.beck.de/>),

Juris (<http://www.juris.de>).

³⁵ Siehe etwa Herzberg, ZIS 2012, 486 (488); Putzke (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 677; Walter, JZ 2012, 1110 (1113).

³⁶ Siehe Scheinfeld, HRRS 2013, 268; Merkel, Zeit Online v. 1.10.2012 (Fn. 6); in dem Interview spricht Merkel fälschlich von der „Stanford School of Psychiatries“ und erwähnt „18 typische physiologische Komplikationen der Beschneidung“.

³⁷ Putzke ([Fn. 2 – FS Herzberg], S. 677) verweist auf Riccabona, welcher diese Angaben jedoch nicht näher belegt; vgl. Riccabona, in: Steffens/Langens (Hrsg.), Risiken und Komplikationen in der Urologie 2, 2005, S. 318 ff.

³⁸ Putzke, Recht und Politik 2012, 138.

³⁹ Müller, Zirkumzision - wie soll das Gesetz aussehen? (mit Update 20.7.2012),

<http://blog.beck.de/2012/07/15/zirkumzision-wie-soll-das-gesetz-aussehen-mit-update-2007> (22.11.2013).

⁴⁰ Putzke (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 677; ders., ZIS 2009, 177 (180); Stehr/Putzke/Dietz, Deutsches Ärzteblatt 2008, 1178; jeweils mit Verweis auf Stehr u.a., Klin Padiatr 2001, 50 (53).

⁴¹ Für eine systematische Metaanalyse m.w.N. siehe Weiss u.a., BMC Urol 2010, 10:2 (9) – SJR 0,62.

⁴² Zum Problem der Definition von Komplikationen, siehe Weiss u.a., diese erfassen als einfache Komplikationen solche Blutungen, die sich ohne besonderen Aufwand stillen lassen, sowie überbleibende Vorhaut. Dagegen seien Komplikationen als „schwer“ zu erachten, wenn sie lebenslange oder lebensbedrohende Folgen haben, etwa die Amputation der Eichel, Verletzungen der Harnröhre oder die Notwendigkeit plastischer Korrektur; siehe Weiss u.a., BMC Urol 2010, 10:2 (1, 9).

⁴³ Krill/Palmer/Palmer, TSWJ 2011, 2458 (2462).

⁴⁴ Center for Disease Control and Prevention, Male Circumcision and Risk for HIV Transmission and Other Health Conditions: Implications for the United States, <http://www.cdc.gov/hiv/resources/factsheets/PDF/circumcisi-on.pdf> (22.11.2013), S. 4; Weiss u.a., BMC Urol 2010, 2 (8).

⁴⁵ Tobian/Gray, JAMA 2011, 1479 (1480) – SJR 4,77; Weiss u.a., BMC Urol 2010, 10:2 (1).

schen der Beschneidung von Säuglingen, Kleinkindern, Heranwachsenden und Erwachsenen klar unterschieden wird.

Der einfachen Auflistung aller denkbaren Komplikationen, wie durch den Verweis auf eine Liste von 18 Komplikationen vorgenommen,⁴⁶ mangelt es an einer solchen Differenzierung. Darüber ist zweifelhaft, ob eine solche Liste ohne dazugehörige Angabe der Häufigkeit des Eintritts wirkliche Aussagekraft für die Rechtswissenschaft besitzt. Aus der bloßen Existenz oder Anzahl möglicher Gefahren allein kann noch kein informiertes Urteil über die tatsächliche Gefährlichkeit einer Maßnahme hergeleitet werden. Nicht ohne Grund kommuniziert die Packungsbeilage selbst gängigster Medikamente das Risiko von Nebenwirkungen in Häufigkeitsangaben, damit der Verbraucher eine informierte Entscheidung über die Gefährlichkeit des Medikaments treffen kann. Die Angabe von *Merkel*, dass es sich um „typische physiologische Komplikationen der Beschneidung“ handelt, ist überdies missverständlich, da die Newborn Nursery der Stanford School of Medicine bei der Mehrzahl dieser Komplikationen explizit ein sehr geringes Risiko kommuniziert.⁴⁷ Es handelt sich somit gerade nicht um „typische“ Komplikationen.⁴⁸

Die Differenzierung und Aussagekraft der in der Debatte häufig verwendeten Prozent- und Häufigkeitsangaben zum Komplikationsrisiko ist ebenfalls fraglich. In Bezug auf die rechtliche Problemstellung der Zirkumzision bei Neugeborenen und Kleinkindern decken sich die vorgebrachten Risikoangaben nicht mit dem derzeitigen Kenntnisstand der internationalen medizinischen Forschung.⁴⁹ Bei neonatalen Beschneidungen beobachteten groß angelegte Studien in den Vereinigten Staaten und Israel unmittelbare Komplikationsraten zwi-

schen 0,19 %⁵⁰, 0,2 %⁵¹ und 0,34 %.⁵² In einer systematischen Metaanalyse von 16 prospektiven Studien aus aller Welt berichten *Weiss u.a.* zum unmittelbaren Komplikationsrisiko bei neonataler Beschneidung einem Zentralwert von 1,5 % und für schwere Komplikationen bei 0 %.⁵³ Bei Kleinkindern berichten *Weiss u.a.* nach Metaanalyse von 10 prospektiven Studien für einfache Komplikationen einen Zentralwert von 6 % und schweren Komplikationen von 0 %, wobei die erhöhten Werte vor allem darauf zurückzuführen seien, dass die zugrundeliegenden Studien vorwiegend medizinisch-induzierte, nicht rituelle Beschneidungen beobachteten.⁵⁴ Für erwachsene Männer berichten die drei groß angelegten randomisiert kontrollierten Studien zur Beschneidung als Beitrag zur HIV-Prävention in Afrika eine einfache Komplikationsrate von 1,7 % bis 8 %.⁵⁵ Die im rechtswissenschaftlichen Schrifttum aufzufindende Annahme, das Komplikationsrisiko des Eingriffs sei bei Erwachsenen gleich hoch wie bei Säuglingen

⁵⁰ *Wiswell/Geschke* untersuchten in ihrer retrospektiven kontrollierten Beobachtungsstudie die Krankenhausdaten von 136.086 männlichen Säuglingen in U.S. Militärkrankenhäusern zwischen 1980 und 1985, wovon 100.157 im Krankenhaus beschnitten wurden; dabei wurden 193 Komplikationen (0,19 %) innerhalb des ersten Lebensmonats gemeldet, siehe *dies.*, *Pediatrics* 1989, 1011.

⁵¹ *Christakis u.a.* untersuchten in ihrer retrospektiven Beobachtungsstudie Krankenhausdaten des Bundesstaates Washington zwischen 1987 und 1996 von insgesamt 354.287 männlichen Säuglingen, wovon 130.475 (37 %) im Krankenhaus beschnitten wurden. Dabei wurden 287 (0,2 %) Komplikationen gemeldet, siehe *dies.*, *Pediatrics* 2000, 246 (SJR 1,70).

⁵² *Ben Chaim u.a.* registrierten in einer prospektiven Studie im Zeitraum 2001 in vier großen israelischen Krankenhäusern bei 19.478 männlichen Neugeborenen, von denen alle kurz darauf traditionell beschnitten wurden, 66 unmittelbare Komplikationsfälle, siehe *dies.*, *IMAJ* 2005, 368 (SJR 0,25); die Studien von *Ben Chaim u.a.*, *Christakis u.a.* und *Wiswell u.a.* fanden auch Einzug in den jüngsten Report der American Academy of Pediatrics (AAP), siehe *Blank u.a.*, *Pediatrics* 2012, e756 (e772) – SJR 2,54.

⁵³ *Weiss u.a.*, *BMC Urol* 2010, 10:2 (3).

⁵⁴ *Weiss u.a.*, *BMC Urol* 2010, 10:2 (5).

⁵⁵ *Auvert u.a.* berichten bei 1.568 beschnittenen Männern von einfachen Komplikationen in 60 Fällen (3,8 %), davon 54 HIV-negativen Männer (3,6 %) und 6 HIV-positiven Männer (8,2 %); *Bailey u.a.* berichten bei 1.391 beschnittenen Männern von einfachen Komplikationen in 23 Fällen (1,7 %); *Gray u.a.* berichten bei 2.328 beschnittenen Männern von Komplikationen in 178 Fällen (8 %), davon 5 schwere Komplikationen (0,2 %), siehe *Auvert u.a.*, *PLOS Medicine* 2005, e298 (1119) – SJR 1,43; *Bailey u.a.*, *The Lancet* 2007, 643 (652) – SJR 4,44; *Gray u.a.*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2007, 657 (SJR 1,65); eine Metaanalyse von *Perera u.a.* kommt so zusammengerechnet auf eine Komplikationsrate von 4,8 %, siehe *Perera u.a.*, *The Annals of Family Medicine* 2010, 64 (67 f.).

⁴⁶ *Scheinfeld*, *HRRS* 2013, 268; *Merkel* (Fn. 6).

⁴⁷ Siehe *Merkel* (Fn. 6), sowie die tatsächlichen Angaben bei *Stanford School of Medicine*, *Complications of Circumcision*, <http://newborns.stanford.edu/CircComplications.html> (22.11.2013).

⁴⁸ „Typisch“ meint laut DUDEN charakteristisch, kennzeichnend, bezeichnend, siehe <http://www.duden.de/rechtschreibung/typisch> (22.11.2013).

⁴⁹ Für Deutschland liegen, soweit ersichtlich, keine verlässlichen Zahlen in Form kontrollierter Studien zum Komplikationsrisiko der Zirkumzision von Neugeborenen, Kleinkindern oder Heranwachsenden vor. Zwar präsentierte *Hartmann* in einer Stellungnahme vor dem Bundestag Ergebnisse einer internetbasierten Befragung, an der etwa 10 % der Kinder- und Jugendarztpraxen in Deutschland teilnahmen und anhand ihrer Aufzeichnungen seit dem 1.1.2010 Angaben zu gemeldeten Komplikationen machten. Allerdings geht aus den Daten nicht die absolute oder relative Häufigkeit des Eintritts hervor; Siehe *Hartmann*, Stellungnahme des Präsidenten des Bundesverbands der Kinder- und Jugendärzte 2012, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anh-erugen/archiv/31_Beschneidung/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Hartmann.pdf;

in Abwesenheit valider nationaler Daten muss daher auf die internationale Forschung zurückgegriffen werden.

oder Kleinkindern,⁵⁶ ist somit fragwürdig. Die medizinische Evidenz zeigt vielmehr an, dass das Komplikationsrisiko des Eingriffs mit zunehmendem Alter ansteigt.⁵⁷

Des Weiteren halten die in der strafrechtlichen Literatur angegebenen langfristigen Komplikationen bei der neonatalen Zirkumzision in „bis zu 32 % der Fälle“⁵⁸ in Form einer Verengung der Harnröhrenmündung (sog. Meatusstenose) einer evidenzbasierten Überprüfung nicht stand. Die Angaben stammen aus einer inzwischen 15 Jahre alten retrospektiven Beobachtungsstudie von *Upadhyay u.a.*,⁵⁹ deren Aussagekraft aufgrund des Publikationsmediums⁶⁰ und der geringen Studiengröße von nur 50 Teilnehmern beschränkt ist.⁶¹ Es existieren, soweit ersichtlich, keine anderen Untersuchungen, die eine derart hohe Komplikationsrate für die Meatusstenose reproduziert haben. In der jüngeren Forschung finden sich stattdessen Angaben von 0,01 %, ⁶² 0,55 %, ⁶³ 0,9 %, ⁶⁴ 2,78-7,29 %⁶⁵. Bei der Studie von *Upadhyay u.a.* handelt es sich somit um eine klassische „Ausreißerstudie“. Die vielen Studien, die eine ganz erheblich geringere Rate aufzeigen, stellen hier eine verlässlichere und aussagekräftigere Evidenz dar.

Im Ergebnis zeigt sich, dass die in der rechtswissenschaftlichen Literatur verwendeten Angaben aufgrund ihrer Pauschalisierung und Risikokommunikation missverständlich sind. Nach dem medizinischen Schrifttum sind einfache Komplika-

tionen selten und schwere Komplikationen sehr selten, wobei aber das Risiko mit steigendem Lebensalter signifikant ansteigt.

2. Die Sterblichkeitsrate bei der neonatalen Zirkumzision

Im Zusammenhang mit dem Risiko von Komplikationen wird von Strafrechtlern außerdem auf die vermeintliche Sterblichkeitsrate durch die Zirkumzision verwiesen.⁶⁶ *Merkel* gab dazu in der Sitzung des Deutschen Ethikrates⁶⁷ und in einem späteren Interview an, dass es „[n]ach einer neueren Studie [...] in den USA jedes Jahr schätzungsweise mehr als 100 Todesfälle als Folge von Beschneidungen“ gibt.⁶⁸

Diese Angaben zur Mortalität bei der neonatalen Zirkumzision stammen aus einem Aufsatz von *Bollinger*, der eine Sterblichkeitsrate von 9,01 Todesfällen auf 100.000 (d.h. 0,009 %) Beschneidungen errechnet.⁶⁹ Die Objektivität des Autors sowie die Zuverlässigkeit und Validität der Untersuchung ist allerdings sehr zweifelhaft. Der Autor *Bollinger* bezeichnet sich selbst als „Boy’s Health Advisory“⁷⁰ und ist Mitglied der Anti-Beschneidungsorganisation „Intact America’s Steering Committee“.⁷¹ Bei dem Veröffentlichungsmedium „Thymos: Journal of Boyhood Studies“ handelt es sich auch nicht um eine medizinische oder statistische Fachpublikation.⁷² Tatsächlich basiert die von *Bollinger* errechnete Mortalität auf der höheren Säuglingssterblichkeit von Knaben, deren Abweichung zur niedrigeren Sterblichkeit von neugeborenen Mädchen dann auf die Zirkumzision zurückgeführt wurde.⁷³ Ein solches spekulatives Vorgehen täuscht über die Tatsache hinweg, dass die Sterblichkeit von männlichen Säuglingen in Ländern, in denen nicht beschnitten wird, ebenfalls höher ist als bei Mädchen.⁷⁴ Auch in Deutschland besteht eine geschlechtsspezifische Abweichung in der Sterblichkeit

⁵⁶ So aber *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 691.

⁵⁷ Siehe *Krill/Palmer/Palmer*, TSWJ 2011, 2458 (2462) m.w.N.; *Tobian/Gray*, JAMA 2011, 1479 (1480); *Weiss u.a.*, BMC Urol 2010, 10:2 (8).

⁵⁸ *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 677; *Stehr/Putzke/Dietz*, Deutsches Ärzteblatt 2008, 1178 (1179), mit Verweis auf *Stehr u.a.*, Klin Padiatr 2001, 50 (53).

⁵⁹ *Stehr u.a.*, Klin Padiatr 2001, 50, unter Verweis auf *Upadhyay/Hammodat/Pease*, New Zealand Medical Journal 1998, 57.

⁶⁰ SJR-Factor für das New Zealand Medical Journal im Jahr 1999 = 0,3. Die anderen zur Meatusstenose verfügbaren Quellen hatten SJR-Faktoren im Bereich 0,3 bis 1,75.

⁶¹ *Upadhyay/Hammodat/Pease*, New Zealand Medical Journal 1998, 57.

⁶² *Cathart u.a.* fanden bei der Auswertung Krankenhausdaten von 66.519 beschnittenen Jungen 7 Fälle von Meatusstenose; siehe *dies.*, British Journal of Surgery 2006, 885 (888) – SJR 1,75.

⁶³ *Simforoosh u.a.* untersuchten in einer prospektiven Studie 2.000 neonatal beschnittene und 2.000 unbeschnittene Jungen als Kontrollgruppe über einen Zeitraum von 15 Monaten, von denen 11 beschnittene Jungen im Beobachtungszeitraum Meatusstenose entwickelten; siehe *dies.*, Journal of Pediatric Urology 2012, 320 (321) – SJR 0,66.

⁶⁴ *Yegane u.a.* fanden bei einer Untersuchung von 3.125 beschnittenen Jungen 29 Fälle von Meatusstenose; siehe *dies.*, Pediatric Surgery International 2006, 442 (442, 444).

⁶⁵ *Van Howes* Angaben beruhen auf einer Auswertung von den Untersuchungsdaten von 1.009 vorwiegend aus medizinischen Gründen beschnittenen Jungen (Durchschnittsalter 6,32 Jahre, Median-Alter 5,28 Jahre); siehe *ders.*, Clinical Pediatrics 2006, 49 (50).

⁶⁶ Siehe z.B. *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 328 (336); *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 689.

⁶⁷ Simultanmitschrift der Sitzung des Ethikrates v. 23.8.2012, S. 16 („[Eine] Studie kommt zum Ergebnis, dass ungefähr 117 neonatale beschneidungsverbundene Todesfälle jährlich in den Vereinigten Staaten vorkommen. Das ist eine ausführliche Studie, die ein komplexes statistisches Modell entwickelt. Beglaubigen kann ich das nicht. Aber ignorieren kann man diese Dinge nicht.“),

<http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/plenarsitzung-23-08-2012-simultanmitschrift.pdf> (22.11.2013).

⁶⁸ So *Merkel* in Interviews, siehe *Armbrüster*, Rechtsphilosoph Beschneidung „nicht in dieser überhasteten Form“ verabschieden,

http://www.dradio.de/dlf/sendungen/interview_dlf/1880605/ (22.11.2013); *Merkel* (Fn. 6).

⁶⁹ *Bollinger*, Thymos: Journal of Boyhood Studies 2010, 78 (83).

⁷⁰ *Bollinger*, Thymos: Journal of Boyhood Studies 2010, 78.

⁷¹ <http://www.intactamerica.org/danbollinger> (22.11.2013).

⁷² Die Zeitschrift hat weder einen JCR-, noch einen SJR-Impact Factor.

⁷³ Vgl. *Morris u.a.*, AIDS Care 2012, 1565 (1566) – SJR 0,92.

⁷⁴ *Morris u.a.*, AIDS Care 2012, 1565 (1566, Tabelle 1).

von Säuglingen männlichen Geschlechts: Bei den 2.408 Todesfällen von Säuglingen im Jahr 2011 handelte es sich um 1.347 männliche (ca. 55,94 %) und 1.061 weibliche Säuglinge (ca. 44,06 %).⁷⁵ Die Gründe für den Unterschied in der Sterblichkeitsrate zwischen den Geschlechtern sind in Wahrheit wohl vielfältig und hauptsächlich auf angeborene Gesundheitsschwächen und nur selten auf externe Faktoren zurückzuführen.⁷⁶ Ob es methodisch haltbar ist, aus einer allgemein erhöhten männlichen Säuglingssterblichkeit die spezifische Sterblichkeitsrate der Zirkumzision bei Neugeborenen zu errechnen, kann somit zu Recht bezweifelt werden.

Der Rückgriff einzelner Rechtswissenschaftler auf die *Bolinger*-Studie zur Sterblichkeit überrascht um so mehr, weil die Angaben auch im eklatanten Widerspruch zum sonstigen medizinischen Schrifttum stehen: Die Meta-Studie von *Weiss u.a.* erfasst bei 52 Studien in 21 Ländern einen einzigen Todesfall (in Nigeria), bei dem jedoch nicht geklärt ist, ob er auf den Eingriff selbst zurückzuführen war.⁷⁷ In Abwesenheit entgegenstehender aktueller Daten ist mithin davon auszugehen, dass die tatsächliche Sterblichkeitsrate bei der neonatalen Beschneidung extrem gering ist.⁷⁸

3. Sexuelle Nachteile

Ein weiteres zentrales Argument der strafrechtlichen Kritiker ist der Vorwurf, der Eingriff würde sich negativ auf die spätere Sexualität des beschnittenen Knaben auswirken.⁷⁹ Hingewiesen wird im strafrechtlichen Schrifttum vor allem auf einen sensorischen Empfindungsverlust, der auf den Verlust der Vorhaut und die ständige Offenlegung der Eichel zurückzuführen sei,⁸⁰ sowie die häufigere Beobachtung von Erektionsschwierigkeiten bei beschnittenen Männern.⁸¹

Die Angaben zum sensorischen bzw. sexuellen Empfindungsverlust stützen sich auf eine Untersuchung von *Sorrells u.a.*⁸² Diese retrospektive Beobachtungsstudie erforschte die

Druck- und Berührungsempfindlichkeit des Penis an 91 beschnittenen und 68 unbeschnittenen Männern und stellte abschließend fest, dass durch die Beschneidung die „empfindlichsten Stellen des Penis entfernt werden“.⁸³ Die Untersuchung wurde im medizinischen Schrifttum wegen Statistik- und Auswertungsfehlern und der vergleichsweise geringen Teilnehmerzahl angegriffen.⁸⁴ Bemängelt wurde ferner ein offener Interessenkonflikt, da die Studie von einer amerikanischen Anti-Beschneidungsorganisation finanziert und durchgeführt wurde.⁸⁵ Im Übrigen stehen die Ergebnisse im starken Kontrast zur sonstigen medizinischen Forschung, denn vier andere Studien im gleichen Zeitraum kommen zu dem abweichenden Ergebnis, dass die physiologischen Veränderungen durch die Beschneidung keine negativen Auswirkungen auf die Sexualität haben: *Bleustein u.a.* haben im Jahr 2005 keine statistisch signifikanten sensorischen Unterschiede zwischen beschnittenen und nicht-beschnittenen Männern feststellen können.⁸⁶ Eine Studie von *Payne u.a.* aus demselben Jahr und mit vergleichbarer Stichprobengröße wie *Sorrells* kam zu dem Ergebnis, dass zwischen beschnittenen und unbeschnittenen Männern im erregten Zustand des Penis keine Unterschiede in der sexuellen Empfindlichkeit bestanden.⁸⁷ Ebenfalls im Jahr 2007 kamen *Kigozi u.a.* in einer unabhängigen, durch ein internationales Team durchgeführten randomisiert-kontrollierten Studie mit 4.456 Teilnehmern zu dem Ergebnis, dass die Zirkumzision bei erwachsenen Männern weder das sexuelle Empfinden noch die sexuelle Funktionsfähigkeit negativ beeinträchtigt.⁸⁸ *Krieger u.a.* kamen im Jahr 2008 bei einer weiteren randomisiert-kontrollierten Studie in Kenia mit 2.784 Teilnehmern zum gleichen Ergebnis.⁸⁹ Eine

⁸³ *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 677; *Sorrells u.a.*, BJU Int 2007, 864 (864, 869).

⁸⁴ Siehe *Waskett/Morris*, BJU Int 2007, 1551 (SJR 1,19); *Morris u.a.*, AIDS Care 2012, 1565. Für eine eingeschränkte Verteidigung *Young*, BJU Int 2007, 699.

⁸⁵ Offenbarung dieses Interessenkonflikts bei *Sorrells u.a.*, BJU Int 2007, 864 (869); für die Website der NOCIRC, siehe <http://www.nocirc.org> (1.10.2013).

⁸⁶ Die Studie umfasste 125 Teilnehmer, davon 62 unbeschnittene und 63 neonatal-beschnittene Männer. Sie ist insofern besonders interessant, weil sie aufzeigt, wie durch externe Faktoren das Ergebnis verfälscht werden kann: Die ursprünglichen Ergebnisse wiesen auf statistisch signifikante Unterschiede hin. Die Signifikanz verschwand nach einer Kontrollanpassung für Alter und Erkrankungen wie Bluthochdruck und Diabetes; siehe *Bleustein u.a.*, Urology 2005, 5 (SJR 1,16).

⁸⁷ *Payne u.a.*, The Journal of Sexual Medicine 2007, 667 (672 f.) – SJR 1,57.

⁸⁸ Bei der Studie wurden 4.456 sexuell erfahrene, HIV-negative Männer zwischen 15 und 49 Jahren in zwei Gruppen aufgeteilt. Die Experimentalgruppe, 2.210 zufällig ausgewählte Männer, wurden sofort beschnitten, die restlichen 2.246 Männer als Kontrollgruppe erst nach 24 Monaten; siehe *Kigozi u.a.*, BJU Int 2008, 65 ff. (SJR 1,19).

⁸⁹ *Krieger u.a.*, Journal of Sexual Medicine 2008, 2610 (SJR 1,08); *Bronselear u.a.* merken zu dieser Studie allerdings kritisch an, dass die Beschneidung in Kenia üblich sei und das

⁷⁵ Statistisches Bundesamt, Säuglingssterblichkeit, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Geburten/Tabellen/Saeuglingssterblichkeit.html> (22.11.2013).

⁷⁶ So auch *Drevenstedt u.a.*, Proceedings of the National Academy of Sciences 2008, 5016 (5019 f.) – SJR 5,37; *Morris u.a.*, AIDS Care 2012, 1565 (1566).

⁷⁷ *Weiss u.a.*, BMC Urol 2010, 10:2 (7).

⁷⁸ *Krill/Palmer/Palmer*, TSWJ 2011, 2458 (2464).

⁷⁹ Siehe z.B. *Herzberg*, ZIS 2012, 486 (488, 501); *ders.*, MedR 2012, 169 (170 Fn. 2); *Scheinfeld*, HRRS 2013, 268 (270).

⁸⁰ Siehe z.B. *Krüper*, ZJS 2012, 547; *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 677; *ders./Dietz/Stehr*, Deutsches Ärzteblatt 2012, 4; *dies.*, Monatsschrift Kinderheilkunde 2008, 783 (785); *dies.*, Deutsches Ärzteblatt 2008 1178 (1779); *Walter*, JZ 2012, 1110 (1113).

⁸¹ *Putzke*, MedR 2012, 621 (623).

⁸² *Sorrells u.a.*, BJU Int 2007, 864 (SJR 1,19); als Beleg bei *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 328 (337); *Krüper*, ZJS 2012, 547 (550); *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 677; *ders.*, MedR 2012, 621 (623); *ders./Stehr/Dietz*, Monatsschrift Kinderheilkunde 2008, 783 (788); *Scheinfeld*, HRRS 2013, 268 (270 Fn. 22).

umstrittene jüngere Online-Befragung von *Bronsleaer u.a.* weist zwar auf einen sehr geringen Empfindungsverlust an der glans penis hin, dieser scheint aber vor allem Männer zu betreffen, die als Erwachsene beschnitten wurden.⁹⁰ Mithin verbleiben hier Zweifel, an der Aussagekraft der *Sorrels*-Studie für den strafrechtlichen Diskurs; dieser sollte jedenfalls auch die anderen Studien in die Bewertung möglicher Folgen miteinbeziehen.

Die Angaben im strafrechtlichen Schrifttum, es gäbe einen Zusammenhang zwischen Beschneidung und erektiler Dysfunktion, stützen sich in erster Linie auf eine Untersuchung von *Frisch u.a.*⁹¹ Es handelt sich dabei um eine Umfragestudie, bei der in Dänemark im Rahmen einer nationalen Gesundheitserhebung 2.573 Männer zu ihrer Sexualität befragt wurden.⁹² Von den Umfrageteilnehmern waren lediglich 125 Männer (5 % der Teilnehmer) beschnitten, von denen wiederum nur 17 (0,66 % der Teilnehmer) neonatal beschnitten waren.⁹³ Anders als durch *Putzke* angegeben,⁹⁴ fand die Studie gerade *keine* Unterschiede im generellen sexuellen Empfinden, sexuellen Wünschen, vorzeitiger Ejakulation und erektiler Dysfunktion zwischen beschnittenen und unbeschnittenen Männern. Der einzige statistisch signifikante Unterschied, den *Frisch u.a.* feststellten, seien häufigere Orgasmus-

probleme bei beschnittenen Männern.⁹⁵ Die Ergebnisse der Studie sind, wie zuvor *Sorrels u.a.*, wegen methodischer Mängel und Interessenkonflikte in die Kritik geraten⁹⁶ und stehen ebenfalls im Widerspruch zu mindestens fünf anderen randomisiert-kontrollierten, prospektiven und retrospektiven Studien.⁹⁷ Erst jüngst haben *Hoschke u.a.* in einer vergleichbaren, in Deutschland durchgeführten Studie keine Anzeichen für erhöhte erektile Dysfunktion bei beschnittenen Männern feststellen können.⁹⁸ Auch zwei jüngst erschienene systematische Übersichtsarbeiten von *Tian u.a.* und *Morris u.a.* fanden keine statistisch signifikanten Unterschiede im sexuellen Empfinden oder der sexuellen Funktion.⁹⁹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kritiker den Vorwurf sexueller Nachteile auf ausgewählte, relativ schwache Evidenz stützen. Mit Blick auf die hier genannten aktuellen internationalen Studien bleiben somit erhebliche Zweifel, ob sich die von den Kritikern der Beschneidung im Rahmen ihrer juristischen Würdigung angenommenen sexuellen Nachteile wirklich empirisch belegen lassen. Allerdings ist den Kritikern der Zirkumzision von Knaben immerhin zugute zu-

deshalb eine mögliche kulturelle Voreingenommenheit der Studienteilnehmer nicht ausgeschlossen werden kann; siehe *dies.*, BJU Int 2013, 820 (825) – SJR 1,38.

⁹⁰ *Bronsleaer u.a.* befragten in einer retrospektiven Studie 1.059 unbeschnittene (Gruppe A) und 310 beschnittene Männer (Gruppe B) durch einen Onlinefragebogen zu ihrer sexuellen Empfindlichkeit. Im Ergebnis konnte eine statistisch-signifikante Abweichung auf einer 5-Punkte Skala nur für die glans penis festgestellt werden. Der Unterschied belief sich dorsal A = 3,72 zu B = 3,31 (ca. 12,39 %); lateral A = 3,57 zu B = 3,31 (ca. 7,85 %); ventral A = 3,85 zu B = 3,70 (ca. 4,05 %). Für den Penischaft wurde keine signifikante Veränderung in der Empfindlichkeit festgestellt. Allerdings beklagten sich im Erwachsenenalter Beschnittene öfter über Beschwerden am Penischaft als Unbeschnittene oder im Kindesalter beschnittene Männer, was die Autoren der Studie auf die verwendete Operationstechnik zurückführen, siehe *Bronsleaer u.a.*, BJU Int 2013, 820 (823 ff.). Auch diese Studie ist aufgrund methodischer Mängel, wie etwa der erheblich kleineren Gruppe beschnittener Männer und dem Test-Verfahren (Online-Befragung) in die Kritik geraten, siehe *Morris/Krieger/Kigozi*, BJU Int 2013, E269-E270; *Wang/Tian/Wazir*, BJU Int 2013, E2-E3.

⁹¹ *Putzke*, MedR 2012, 621 (623); *Scheinfeld*, HRRS 2013, 268 (269 Fn. 9 f., 270 Fn. 22) mit Verweis auf *Frisch/Lindholm/Gronbaek*, International Journal of Epidemiology 2011, 1367 (SJR 2,57).

⁹² *Frisch/Lindholm/Gronbaek*, International Journal of Epidemiology 2011, 1367.

⁹³ *Frisch/Lindholm/Gronbaek*, International Journal of Epidemiology 2011, 1367 (1369).

⁹⁴ *Putzke*, MedR 2012, 621 (623).

⁹⁵ *Frisch/Lindholm/Gronbaek*, International Journal of Epidemiology 2011, 1367 (1371, 1379).

⁹⁶ *Morris u.a.* kritisieren vor allem die geringe Anzahl von beschnittenen Männern, sowie die verwendeten Quotenverhältnisse welche die Validität des Studienmodells gefährden würden. Außerdem seien 85 % der befragten beschnittenen, nicht-jüdischen und nicht-muslimischen Männern erst nach dem Kleinkindalter zirkumzidiert, was darauf hindeute würde, dass dies aufgrund medizinischer Indikation geschah (z.B. Phimose), ohnehin also schon urologische Probleme bestanden; siehe *Morris/Waskett/Gray*, International Journal of Epidemiology 2012, 312. Für die Replik und Kritik an *Morris u.a.* siehe *Frisch*, International Journal of Epidemiology 2012, 312.

⁹⁷ Siehe z.B. *Collins u.a.*, The Journal of Urology 2002, 2111 (SJR 1,43); *Masood u.a.*, Urologia Internationalis 2005, 62 (SJR 0,32); *Richters u.a.*, International Journal of STD & AIDS 2006, 547 (SJR 0,69); *Kigozi u.a.*, BJU Int 2007, 65 (SJR 1,21); *Krieger u.a.*, Journal of Sexual Medicine 2008, 2610 (SJR 1,08).

⁹⁸ An der Befragungsstudie nahmen 2.499 heterosexuelle Männer teil, von denen 167 Männer (6,7 %) beschnitten waren; siehe *Hoschke u.a.*, Der Urologe 2013, 562 (563, 568).

⁹⁹ *Morris u.a.* die für ihre Übersichtsarbeit 36 Studien mit insgesamt 40.473 Männern untersuchten, kamen zu dem Schluss, die hochwertigsten Studien würden darauf hindeuten, dass die medizinische männliche Beschneidung keine nachteilige Wirkung auf die Sexualfunktion, Empfindlichkeit, das sexuelle Empfinden oder die Zufriedenheit habe, siehe *Morris/Krieger*, The Journal of Sexual Medicine 2013, 2644 (SJR für 2012 1,01). Die Forscher um *Tian u.a.*, die zehn Studien mit insgesamt 9.317 beschnittenen und 9.423 unbeschnittenen Männern evaluierten, fordern allerdings vor dem Hintergrund der unübersichtlichen und teilweise schlechten Datenlage, dass weitere, qualitativ hochwertigere Studien durchgeführt werden, siehe *Tian u.a.*, Asian Journal of Andrology 2013, 662 (SJR für 2012 0,52).

halten, dass sie einige dieser Studien bei Erstellung ihrer Beiträge wohl noch nicht kannten.

4. Die Gefahr psychologischer Traumatisierung

Beizupflichten ist den Kritikern grundsätzlich in der Forderung nach effektiver Schmerzbehandlung bei der Neugeborenenzirkumzision. Die negativen Auswirkungen der Zirkumzision ohne effektive Schmerzbehandlung auf Neugeborene sind durch systematische Übersichtsarbeiten mit Metaanalyse ausreichend belegt.¹⁰⁰ Der Gesetzgeber hat darauf insofern mit dem Tatbestandsmerkmal „Regeln der ärztlichen Kunst“ in § 1631d Abs. 1 BGB reagiert.¹⁰¹

Wiederholt wird von den Kritikern in der rechtswissenschaftlichen Literatur jedoch auch auf vermeintliche weitere psychologische bzw. traumatologische Folgen der Beschneidung hingewiesen.¹⁰² So sieht *Jerouschek* etwa durch die Zirkumzision die Gefahr eines Beziehungs-, Kindheits- und Sexualtrauma gestärkt.¹⁰³ *Herzberg* stellt fest, dass die neonatale Beschneidung „als Trauma wirkt und zu erheblichen körperlichen, sexuellen oder psychischen Komplikationen und Leidenszuständen führen kann (nicht muss!), die den Beschnittenen noch als Erwachsenen belasten“.¹⁰⁴ Mit Bezug auf ältere Kinder bemerkt *Putzke*, Studien würden darauf hinweisen, „[d]ass Kinder den Eingriff als Angriff wahrnehmen, der dem Körper Schaden zufügt“.¹⁰⁵ Problematisch an diesen Angaben der Kritiker zur Gefahr psychologischer Traumata ist jedoch, dass sie sich bislang nicht zuverlässig verifizieren lassen. *Jerouschek* stützt seine Aussagen auf theoretische Erwägungen der Psychotraumatologie, unterlegt diese allerdings nicht mit empirischer Forschung.¹⁰⁶ *Herzberg* stützt seine Aussagen zu den „psychischen Komplikationen und Leidenszuständen“ auf einen FAZ-Beitrag von *Franz* und betont dessen angeblich langjährige empirische Forschung.¹⁰⁷ *Franz* hat in der Tat zur Entstehungsgeschichte der Beschneidung publiziert, jedoch, soweit ersichtlich, keine kontrollierte medizinische oder psychologische Forschung zu der Thematik veröffentlicht.¹⁰⁸ *Putzke* belegt seine Aussage, Studien würden zeigen, dass „Kinder den Eingriff als Angriff wahrnehmen“,

ebenfalls nicht mit direktem Verweis auf kontrollierte Untersuchungen, sondern nur mit Sekundärquellen.¹⁰⁹

Rekonstruiert man aus diesen Angaben die Primärquellen, so zeigt sich, dass sie allesamt aus der Anti-Beschneidungsbewegung stammen.¹¹⁰ Auch an anderer Stelle verweist *Putzke* nicht auf empirisch belegte Informationen, sondern lediglich auf Meinungsbeiträge.¹¹¹ Alle im Übrigen von *Putzke*, *Herz-*

¹⁰⁹ *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 678 mit Verweis auf *Gollaher*, Das verletzte Geschlecht, 2002, S. 99; *Stehr u.a.*, Klin Padiatr 2001, 50 (54); *Wierner/Willmann*, Die Zeit 1998, <http://www.zeit.de/1998/48/199848.beschneidung.xml> (11.12.2013).

¹¹⁰ *Putzke* verweist damit indirekt auf einen Aufsatz des amerikanischen Psychologen *Goldman* (Circumcision Resource Center), eine strittige Befragungsstudie zu den physischen, sexuellen und psychischen Konsequenzen von *Hammond* (NOHARMM, der National Organization to Halt the Abuse & Routine Mutilation of Males), und eine zweifelhafte Befragungsstudie zu den Auswirkungen des beschnittenen Penis auf die weibliche Sexualität von *O'Hara u.a.* (Betreiber einer Anti-Beschneidungswebseite). Die *Hammond*-Studie basiert auf einer Umfrage mit 546 Teilnehmern, welche ausgewählt wurden, weil sie zuvor verschiedene Anti-Beschneidungsorganisationen kontaktiert hatten. Die *O'Hara*-Befragung umfasste 138 Teilnehmerinnen, die unter anderem über den Newsletter einer Anti-Beschneidungsorganisation rekrutiert wurden; siehe *Goldman*, BJU Int 1999, 93 (SJR 0,30); *Hammond*, BJU Int 1999, 85 f.; *O'Hara/O'Hara*, BJU Int 2002, 79 (79 f., 84) – SJR 0,75; das von *Putzke* zitierte Buch von *Gollaher* bezieht sich rekursiv ebenfalls auf *Goldman* und *Hammond*, siehe z.B. *Gollaher*, Circumcision, 2000, S. 166 f., 175, 180 f.

¹¹¹ Siehe *Putzke*, MedR 2012, 621 (623 Fn. 34 f.); er verweist dabei auf Aufsätze von *Paix u.a.* und *Boyle u.a.* sowie einen Beitrag des Düsseldorfer Medizinprofessors *Matthias Franz* in der FAZ. Auch *Scheinfeld* verweist mehrfach auf *Paix u.a.*, siehe *Scheinfeld*, HRRS 2013, 268 (274 Fn. 82, 275 Fn. 91 f., 267 Fn. 105, 277 Fn. 120); *Paix u.a.* ist keine primäre medizinische Studie oder systematische Übersichtsarbeit, sondern ein umstrittener „Point of view“-Beitrag, d.h. eine Meinungsdarstellung, der zwar den bestehenden Kenntnisstand bezüglich der Schmerzbehandlung zusammenfasst, in Bezug auf die vermeintlichen psychologischen Folgen jedoch nicht auf kontrollierte Studien, sondern erneut nur auf spekulative Sekundärliteratur verweist, siehe *Paix/Peterson*, Anaesthesia and Intensive Care 2012, 511 (SJR 0,50); für eine direkte Kritik des Artikels und seiner Methoden, siehe *Machlin*, Anaesthesia and Intensive Care 2012, 720; der Aufsatz von *Boyle u.a.* verweist erneut rekursiv auf spekulative Sekundärliteratur sowie auf eine Studie zum Zusammenhang zwischen (Massen-)Beschneidungen bei Jungen in den Philippinen und Posttraumatischen Belastungsstörungen, siehe *Boyle u.a.*, Journal of Health Psychology 2002, 329 (332 f.) – SJR 0,47; die Studie von *Ramos u.a.* befragte 1.577 Jungen zu ihrer psychischen Verfassung nach der Beschneidung und gibt eine PTSD-Rate von bis zu 70 % bei der in den Philippinen tradierten rituellen Beschneidung an. Allerdings wurde die Stu-

¹⁰⁰ Siehe z.B. *Brady-Fryer/Wiebe/Lander*, Cochrane Database of Systematic Reviews 2004; *Taddio u.a.*, The Lancet 1995, 291; *Taddio u.a.*, The Lancet 1997, 599.

¹⁰¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, 2010, S. 23.

¹⁰² Siehe z.B. *Herzberg*, ZIS 2012, 486 (488); *Jerouschek*, NSStZ 2008, 313 (316); *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 678; *ders.*, MedR 2012, 621 (623).

¹⁰³ *Jerouschek*, NSStZ 2008, 313 (316).

¹⁰⁴ *Herzberg*, ZIS 2012, 486 (488).

¹⁰⁵ *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 678.

¹⁰⁶ *Jerouschek*, NSStZ 2008, 313 (316).

¹⁰⁷ *Herzberg*, ZIS 2012, 486 (488, 501), mit Verweis auf *Franz*, FAZ v. 9.7.2012, S. 7.

¹⁰⁸ Eine entsprechende Datenbanksuche bei Google Scholar, Web of Knowledge und PubMed blieb ohne Treffer.

berg und Jerouschek gemachten Angaben basieren nicht auf empirischer Forschung, sondern sind allein anekdotische Berichte.¹¹²

Abschließend sei angemerkt, dass die indirekten Quellenangaben in den Beiträgen der Kritiker es der Rechtswissenschaft erschweren, die empirische Belastbarkeit der Aussagen zur möglichen psychologischen Traumatisierung zu überprüfen. Folgt man der Spur der Quellen, so offenbart sich deren geringer Evidenzwert.¹¹³ Die von den Kritikern gemachten Angaben zur psychologischen Traumatisierung genügen damit nicht evidenzbasierten Kriterien der wissenschaftlichen Forschung.

5. Gesundheitlich vorteilhafte Aspekte des Eingriffs

In der Debatte wird auch auf vorteilhafte infektionspräventive und hygienische Aspekte der männlichen Beschneidung hingewiesen.¹¹⁴ Im medizinischen Schrifttum als Vorteile genannt werden die Reduzierung von Harnwegs- und Eichelentzündungen im Kleinkindalter und des Ansteckungsrisikos mit sexuell übertragbaren Krankheiten (STIs), wie etwa dem Humanen Immundefizitvirus (HIV), Humanen Papillomaviren (HPV) und dem Herpes Simplex Virus Typ-2 (HSV-2), bei Heranwachsenden und Erwachsenen¹¹⁵ sowie ein geringeres Risiko von Anal- und Peniskarzinomen bei Männern und invasivem Gebärmutterhalskrebs bei deren Geschlechtspartnerinnen.¹¹⁶ Die Ergebnisse der jüngeren Forschung spiegeln sich dabei in den Empfehlungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) und des Gemeinsamen Programm der Vereinten Nationen zu HIV/AIDS (UNAIDS) wider, die dazu raten, die Zirkumzision als Mittel zur Prävention von HIV/AIDS in Hochrisikogebieten einzusetzen, sowie in dem zeitlich in die Kernphase der Debatte fallenden Report der American Academy of Pediatrics (AAP) zur Beschneidung.¹¹⁷

die nie in einem psychologischen oder medizinischen Journal mit Peer-Review veröffentlicht, sondern liegt nur als Working Paper und Publikation in den Proceedings of the Sixth International Symposium on Genital Integrity vor, siehe Boyle u.a., *Journal of Health Psychology* 2002, 329 (332); Ramos/Boyle, *Humanities & Social Sciences papers* 2001, 253.

¹¹² Siehe z.B. Putzke (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 678, sowie auch Herzbergs Verweise auf Youtube Videos, auf die Erfahrungen eines Arztes in New Jersey, oder auf Necla Keleks Beschreibung der Beschneidung ihres Neffens: Herzberg, ZIS 2010, 471 (475); ders., ZIS 2012, 486 (487 f., 501).

¹¹³ Siehe auch die Kritik in Fn. 110 und 111.

¹¹⁴ Siehe z.B. BT-Drs. 17/11295 2012, S. 7 f.:

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/112/1711295.pdf>; Fateh-Moghadam, RW 2010, 115 (135); Putzke (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 692.

¹¹⁵ M.w.N. siehe Auvert u.a., *Journal of Infectious Diseases* 2009, 14 (17 f.) – SJR 2,51; Tobian u.a., *N Engl J Med* 2009, 1298 (1308) – SJR 8,34; Blank u.a., *Pediatrics* 2012, e756 (e764 ff.) – SJR 2,54.

¹¹⁶ Blank u.a., *Pediatrics* 2012, e756 (e764 ff.).

¹¹⁷ Safe, Voluntary, Informed Male Circumcision and Comprehensive HIV Prevention Programming; Blank, *Pediatrics* 2012, 585; dies., *Pediatrics* 2012, e756.

Ein Teil des strafrechtlichen Schrifttums lehnt eine positive Bewertung der mit der Zirkumzision einhergehenden infektions- und karzinompräventiven Vorteile ab und hegt Zweifel an den zugrundeliegenden Studienergebnissen.¹¹⁸ Vereinzelt findet sich auch der Hinweis, die infektionspräventiven Vorteile würden durch die in Deutschland existierenden hygienischen Bedingungen keine Bedeutung haben.¹¹⁹ Umstritten ist insbesondere der Zusammenhang zwischen der Zirkumzision und einem reduzierten Infektionsrisiko mit HIV.¹²⁰

Die dargestellte Ablehnung infektionspräventiver Vorteile der männlichen Beschneidung wiegt rechtlich schwer, denn sie wirkt sich wesentlich auf den Abwägungsprozess zwischen Vor- und Nachteilen des Eingriffs und damit auf dessen Kindeswohlgehalt aus.

Allerdings ist fraglich, ob die Kritiker ihre Ablehnung der starken medizinischen Evidenz für die einzelnen präventivmedizinischen Vorteile der Zirkumzision überzeugend belegen können. So belegt Herzberg seine Zweifel an den präventivmedizinischen und hygienischen Vorteilen der Beschneidung nicht mit medizinischer Fachliteratur, sondern mit einem schlichten Verweis auf die Website der Anti-Beschneidungsorganisation Circumcision Resource Center.¹²¹ Nicht überraschend, nennt die Website ausschließlich belastende, zum Teil hier bereits hinterfragte Studien und ignoriert ohne nähere Begründung die dem entgegenstehende Forschung. Auch Putzke belegt seine Behauptungen nicht mit Primärquellen, sondern mit Verweisen auf Sekundärliteratur oder auf ältere

¹¹⁸ So meint Herzberg etwa, „[d]ie ‚hygienischen und präventivmedizinischen Vorteile‘ einer Beschneidung, die ‚kurativmedizinisch‘ unnötig ist, sind äußerst zweifelhaft“ (Herzberg, ZIS 2012, 486 [488]), für Scheinfeld sind „[d]ie gesundheitlichen Vorteile [...] alle umstritten [...]“ (Scheinfeld, HRRS 2013, 268 [271]) und Putzke stellt fest, dass eine Beschneidung bei Kindern aus „medizinischer und gesundheitlicher Sicht keinerlei Vorteile“ habe (Putzke, *Recht und Politik* 2012, 138); sinngleich auch in Frerk (Fn. 6); Putzke (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 692; ders., *MedR* 2012, 621 (622); sowie Putzke (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 689; ders./Dietz/Stehr, *Deutsches Ärzteblatt* 2012, 4; dies., *Monatsschrift Kinderheilkunde* 2008, 783 (786).

¹¹⁹ Putzke meint: „Genitalhygiene reduziert das Infektionsrisiko ausreichend; Harnwegsinfekte, Eichelentzündung oder Peniskarzinom treten ohnehin selten auf; das Risiko, sich mit HIV zu infizieren, und bei Frauen Gebärmutterhalskrebs zu verursachen, kann sich erst mit Geschlechtsreife realisieren“, Putzke, *Recht und Politik* 2012, 138; Scheinfeld kommt zu dem Schluss, etwaige hygienische Vorteile zählten nicht, „weil in Deutschland Seife und Wasser hinreichend zur Verfügung stehen“, HRRS 2013, 268 (271); ähnlich auch Walter, *JZ* 2012, 1110 (1113).

¹²⁰ Putzke gibt mit Bezug auf die HIV-präventiven Aspekte des Eingriffs insofern zu bedenken, „[d]ass der behauptete Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung keinesfalls eindeutig ist“, Putzke (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 689.

¹²¹ Herzberg, ZIS 2012, 486 (488).

von ihm (mit-)verfasste Beiträge.¹²² Andere Autoren begründen ihre Zweifel zwar mit einer Gegendarstellung beschneidungskritischer europäischer und kanadischer Kinderärzte zum Report der American Academy of Pediatrics (AAP) zur männlichen Beschneidung in der Fachzeitschrift *Pediatrics*.¹²³ Dabei bleibt allerdings unerwähnt, dass die AAP in derselben Ausgabe diese Kritik in einer ausführlichen Stellungnahme zurückweist und auf die selektive Quellenauswahl und kulturelle Voreingenommenheit der zitierten Gegendarstellung hinweist.¹²⁴ Fragen wirft auch die Begründung von *Putzkes* spezifischer Kritik an der Kausalität zwischen Beschneidung und reduzierten HIV-Ansteckungsrisiko auf.¹²⁵ Die von ihm angezweifelte drei Studien dienten mit ihrem prospektiven randomisiert kontrollierten Studiendesign gerade der Überprüfung der Kausalität zwischen Beschneidung und verminderter Ansteckungsrate mit HIV.¹²⁶

Die HIV-präventiven Aspekte der Beschneidung gelten in der internationalen Fachliteratur mittlerweile als ausreichend gesicherte medizinische Erkenntnis.¹²⁷ Die erhebliche Reduktion des Ansteckungs- und Übertragungsrisiko von HIV/AIDS um ca. 60 % durch die Zirkumzision wird nicht nur als biologisch zumindest plausibel angesehen,¹²⁸ sondern auch

¹²² Siehe z.B. *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 692; *ders.*, *Recht und Politik* 2012, 138; *ders.*, *MedR* 2012, 621 (622); *Stehr/Putzke/Dietz*, *Deutsches Ärzteblatt* 2008 286.

¹²³ Siehe *Frisch u.a.*, *Pediatrics* 2013, 796; als Beleg bei *Mandla*, *FPR* 2013, 244 (247); *Scheinfeld*, *HRRS* 2013, 268 (271 Fn. 44); Autoren der Gegendarstellung sind u.a. *Frisch*, *Hartmann* und *Putzkes* Co-Autor *Stehr*, siehe *Frisch u.a.*, *Pediatrics* 2013, 796.

¹²⁴ *Blank u.a.*, *Pediatrics* 2013, 801.

¹²⁵ *Putzke* belegt seine Kritik methodisch fragwürdig mit dem Verweis auf ein älteres Werk: *Gollaher* (Fn. 111), siehe *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 689.

¹²⁶ Siehe *Auvert u.a.*, *PLOS Medicine* 2005, e298; *Bailey u.a.*, *The Lancet* 2007, 643; *Gray u.a.*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2007, 657.

¹²⁷ Anstatt vieler, siehe nur *Blank u.a.*, *Pediatrics* 2012, e756; Center for Disease Control and Prevention, *Male Circumcision and Risk for HIV Transmission and Other Health Conditions: Implications for the United States*,

<http://www.cdc.gov/hiv/resources/factsheets/PDF/circumcison.pdf> (22.11.2013);

Krieger, *World Journal of Urology* 2011, 3; für eine Einschränkung in Bezug auf homosexuellen Geschlechtsverkehr (sog. MSM), siehe allerdings *Wiysonge u.a.*, *Cochrane Database of Systematic Reviews* 2011; für eine einschränkend-kritische, jedoch umstrittene Metaanalyse, siehe *Perera u.a.*, *The Annals of Family Medicine* 2010, 64; für die Kritik daran siehe die Leserbriefe unter

http://annfammed.org/content/8/1/64.short/reply#annalsfm_el22082 (22.11.2013).

¹²⁸ *Grey u.a.* führen die Anfälligkeit der Vorhaut für HIV-Infektionen wird auf die leichte Verhornung der inneren Schleimhaut der Vorhaut zurück. Außerdem weise die Vorhaut eine hohe Dichte von sogenannten „dendritischen Zellen“ und anderen HIV-Zielzellen auf. Auch die mechanische Funktion

durch die randomisierten klinischen Studien von *Auvert u.a.*, *Bailey u.a.* und *Gray u.a.* und systematische Metaanalyse mehrerer Beobachtungsstudien empirisch valide belegt.¹²⁹ Heute wird die männliche Beschneidung in Teilen der internationalen Literatur als eine „chirurgische Impfung“ und wichtiger Baustein der kombinierten biomedizinischen Prävention vor allem für Risikogebiete angesehen.¹³⁰

Vor dem Hintergrund, dass Deutschland kein solches Risikogebiet sei, verneint *Putzke* eine Einbeziehung der HIV-präventiven Aspekte der (neonatalen) Zirkumzision in die Abwägung des Kindeswohls.¹³¹ Er kommt zu diesem Ergebnis, indem er das Ansteckungsrisiko eingrenzt: Statt das Risiko der gesamten männlichen Bevölkerung zu erfassen, nimmt er lediglich Minderjährige in die Wahrscheinlichkeitsquote auf. Er begründet diese Eingrenzung damit, dass die Minderjährigen die Entscheidung für die Zirkumzision aus infektionspräventiven Gründen schließlich bei Eintritt der Volljährigkeit treffen könnten,¹³² da das Ansteckungsrisiko bei Minderjährigen vernachlässigbar wäre und die Zirkumzision ohne Risikoerhöhung auch später möglich sei, „[d]enn das Operationsrisiko ist bei Säuglingen oder Kindern nicht geringer als bei einer Person, die soeben volljährig geworden ist“. Unabhängig davon, dass bereits die Prämisse zur Risikobewertung fragwürdig ist, da wie oben gezeigt die Zirkumzision bei Säuglingen und Kleinkindern ein geringeres Komplikationsrisiko als bei Heranwachsenden und Erwachsenen aufzuweisen scheint,¹³⁴ ist zweifelhaft, ob eine solche Beschränkung

der Vorhaut beim Koitus erhöhe das Risiko. Da die Vorhaut während des Geschlechtsverkehrs über den Schaft zurückgezogen wird, setzt sich die innere Schleimhaut den Vaginalsekreten aus. Darüber hinaus sei die Vorhaut anfälliger für Verletzungen während des Koitus; siehe *Gray u.a.*, *Current Infectious Disease Reports* 2008, 121.

¹²⁹ Siehe z.B. *Weiss/Quigley/Hayes*, *AIDS* 2000, 2361 (SJR 3,15); *Auvert u.a.*, *PLOS Medicine* 2005, e298; *Bailey u.a.*, *The Lancet* 2007, 643; *Gray u.a.*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2007, 657; *Siegfried u.a.*, *Cochrane Database of Systematic Reviews* 2009; *Tobian/Gray*, *JAMA* 2011, 1479 (1480).

¹³⁰ Siehe z.B. *Morris*, *BioEssays* 2007, 1147 (1147, 1155) – *SJR* 3,22; *Cooper/Wodak/Morris*, *Medical Journal of Australia* 2010, 318; *Tobian/Gray/Quinn*, *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine* 2010, 78 (SJR 0,82); *Morris u.a.*, *AIDS Care* 2012, 1565 (1570) – *SJR* 0,92; *Rosario/Kasabwala/Sadeghi-Nejad*, *Current Urology Reports* 2013, 1 (SJR 2012 0,63); die Bezeichnung als „chirurgische Impfung“ ist allerdings sehr umstritten, siehe z.B. die Leserbriefe als Reaktion auf *Cooper u.a.*: *Medical Journal of Australia* 2011, 97; sowie *Lyons*, *Public Health Ethics* 2013, 90 (SJR für 2012 0,46).

¹³¹ *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 690; *ders.*, *MedR* 2012, 621 (622); *ders./Stehr/Dietz*, *Monatsschrift Kinderheilkunde* 2008, 783 (786); *dies.*, *Deutsches Ärzteblatt* 2008 (1779).

¹³² *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 690.

¹³³ *Putzke* (Fn. 2 – FS Herzberg), S. 691.

¹³⁴ *Tobian/Gray*, *JAMA* 2011, 1479 (1480) m.w.N.; *Weiss u.a.*, *BMC Urol* 2010, 10:2 (1).

des Ansteckungsrisikos von HIV auf Volljährige der Lebenswirklichkeit in der Bundesrepublik entspricht. Befragungsstudien zufolge haben mittlerweile 16 % der männlichen und 12 % der weiblichen 14-Jährigen bereits Geschlechtsverkehr, bei den 16-Jährigen sind es schon 45 % der Jungen und 52 % der Mädchen in Deutschland.¹³⁵ Zwar nimmt laut jüngsten Schätzungen des Robert Koch-Instituts die homosexuelle und heterosexuelle Übertragung des Virus in Deutschland weiterhin ab,¹³⁶ es erscheint aber dennoch wenig überzeugend, die HIV-präventiven Aspekte der Zirkumzision allein wegen der geringen Ansteckungsgefahr generell aus der Kindeswohl-abwägung und dem Entscheidungsermessen der Eltern herauszunehmen, die sehr geringe Mortalitätsrate des Eingriffs jedoch einzubeziehen.

Problematisch ist ferner, dass die anderen, in der internationalen Forschung diskutierten infektionspräventiven Aspekte der Zirkumzision von den Kritikern nicht gewürdigt werden.¹³⁷ Im strafrechtlichen Schrifttum anzutreffende Aussagen zur Reduzierung des Infektionsrisikos durch ausreichende Genitalhygiene oder das Herunterspielen des Infektionsrisikos ignorieren den derzeitigen medizinischen Forschungsstand zu den weiteren infektions-präventiven Vorteilen des Eingriffs: Beobachtungsstudien,¹³⁸ randomisierte klinische Studien¹³⁹ und

¹³⁵ An der Befragungsstudie nahmen 1.228 11- bis 17-Jährige teil; siehe iconkids & Youth, Anteil der Jugendlichen, die bereits zum ersten Mal Geschlechtsverkehr hatten, <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/6728/umfrage/jugendliche-die-bereits-geschlechtsverkehr-hatten/> (22.11.2013); eine Befragungsstudie im Auftrag der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung berichtete 2006 noch von 12 % der weiblichen und 10 % der männlichen 14-Jährigen, sowie 47 % der weiblichen und 35 % der männlichen 16-Jährigen, siehe Heßling, Jugendsexualität, 5. Aufl. 2009, S. 80.

¹³⁶ Robert Koch-Institut, Weiterführende Analysen zur HIV-Inzidenz- und -Prävalenzschätzung 2012, Epidemiologisches Bulletin Nr. 45, S. 462-463.

¹³⁷ Angaben zu den HPV- und HSV-2-präventiven Aspekt der Zirkumzision werden, soweit ersichtlich, in keiner der bisher veröffentlichten beschneidungskritischen Beiträge in der deutschen Rechtswissenschaft erwähnt.

¹³⁸ Hernandez u.a. untersuchten 379 Männer und stellten eine signifikant niedrigere HPV-Prävalenz an verschiedenen Stellen des Penis bei beschnittenen Männern als bei unbeschnittenen Männern fest; Lu u.a. untersuchten 285 Männer über einen Zeitraum von 18 Monaten regelmäßig zur HPV-Infektionen und Prävalenz; siehe Hernandez u.a., Journal of Infectious Diseases 2008, 787 (SJR 2,62); Lu u.a., Journal of Infectious Diseases 2009, 362 (362, 367 ff.) – SJR 2,51.

¹³⁹ Die randomisiert kontrollierte Studie von Auvert u.a. baute auf der vorherigen Studie von Auvert u.a. (2005) mit 3.274 unbeschnittenen Männern auf, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten beschnitten wurden. Bei 1.264 Teilnehmern im Alter von 18-24 Jahren wurde anschließend die HPV-Prävalenz in der Harnröhre untersucht (Interventionsgruppe n = 637, Kontrollgruppe n = 627). Festgestellt wurde eine 32 % niedrige HPV-Prävalenz bei beschnittenen Männern; siehe auch Auvert u.a., Journal of Infectious Diseases 2009, 14;

eine systematische Metaanalyse¹⁴⁰ zeigen eine bis zu 40 % niedrigere genitale Besiedlung mit dem Humanen Papillomaviren (HPV) und ein bis zu 35 % niedrigeres HPV-Infektionsrisiko bei beschnittenen Männern als bei unbeschnittenen Männern.¹⁴¹ Ferner scheint bei beschnittenen Männern das Virus schneller von der Immunabwehr vernichtet zu werden.¹⁴² Die Infektion mit HPV, einer bedeutenden Gruppe von Tumorigenen,¹⁴³ ist die häufigste sexuell übertragbare Krankheit weltweit.¹⁴⁴ Allein in Deutschland kommt es nach Manseck jährlich zu ca. 500.000 Neuinfektionen, was sich wohl vor allem auf die hohe Infektiosität der Viren zurückführen lässt.¹⁴⁵ HPV-Infektionen gelten als die Hauptursache von invasivem Gebärmutterhalskrebs.¹⁴⁶ Viele Scheiden-, Penis- und Anal-Karzinome werden in der Forschung auf HPV zurückgeführt.¹⁴⁷ Im Übrigen deuten auch neue Forschungsergebnisse auf einen Zusammenhang zwischen HPV und Pros-

Tobian u.a. untersuchten in ihrer randomisiert kontrollierten Studie 3.393 HIV-, HPV- und HSV-2-negative Männer, von denen 1.684 Männer beschnitten (Interventionsgruppe) und 1.709 Männern nicht beschnitten wurden (Kontrollgruppe), und untersuchten sie zu vier Zeitpunkten auf HSV-2, HIV, Syphilis sowie eine Untergruppe auf HPV. Sie kamen zu dem Ergebnis, dass die Beschneidung die Inzidenz von HSV-2 Infektionen und die Prävalenz von HPV-Infektionen reduziert, siehe Tobian u.a., N Engl J Med 2009, 1298 (SJR 8,34); Für eine eingeschränkte Kritik an Tobian u.a. siehe van Howe/Storms, Journal of Pediatric Urology 2012, 331 (SJR 0,66); für die Replik Tobian u.a., siehe ebenda.

¹⁴⁰ Larke u.a. bestätigten den HPV-präventiven Effekt der Zirkumzision in einer systematischen Übersichtsarbeit mit Metaanalyse von insgesamt 30 Studien verschiedenen Designs; siehe Larke u.a., Journal of Infectious Diseases 2011, 1375 (SJR 2,82); für eine frühere von Van Howe durchgeführte, den Effekt relativierende systematische Metaanalyse, siehe Journal of Infection 2007, 490 (SJR 0,61); die Untersuchung ist wegen gravierender statistischer Mängel angegriffen worden, siehe Castellsague u.a., Journal of Infection 2007, 91; für die Replik siehe van Howe, Journal of Infection 2007, 93.

¹⁴¹ Für die Prozentangaben, siehe Blank u.a., Pediatrics 2012, e756 (e767).

¹⁴² Hernandez u.a., Journal of Infectious Diseases 2008, 787 (791 f.); Lu u.a., Journal of Infectious Diseases 2009, 362 (362, 365, 370); Morris u.a., Advances in Urology 2011, 1 (9).

¹⁴³ Forman u.a., Vaccine 2012, F12 (F21); Rübben/Rübben, Der Urologe 2012, 1005 (1008).

¹⁴⁴ Albero u.a., Sexually Transmitted Diseases 2012, 104; Manseck, Der Urologe 2007, 646 (648).

¹⁴⁵ Bei einer aktiven Infektion beträgt die Wahrscheinlichkeit der Übertragung an den Sexualpartner ca. 70 %, siehe Manseck, Der Urologe 2007, 646 (648); die genaue HPV-Prävalenz in Deutschland ist noch nicht ausreichend erforscht und derzeit Gegenstand einer Studie des Robert Koch-Instituts.

¹⁴⁶ Muñoz u.a., Vaccine 2006, S1 (S3) – SJR 1,07; Hernandez u.a., Journal of Infectious Diseases 2008, 787; Albero u.a., Sexually Transmitted Diseases 2012, 104 (SJR 1,12).

¹⁴⁷ M.w.N. Morris u.a., Advances in Urology 2011, 1 (11); Muñoz u.a., Vaccine 2006, S1.

tata-Krebs, der zweithäufigsten Krebsart bei Männern, hin.¹⁴⁸ Zusätzlich zur niedrigeren Gefahr von HIV- und HPV-Infektionen, deutet sich in der Forschung eine Reduktion der Ansteckungsgefahr mit dem Herpes Simplex Virus Typ 2 (HSV-2) durch die Zirkumzision ab.¹⁴⁹ HSV-2 stellt eine der häufigsten Ursachen für Genitalgeschwüre dar.¹⁵⁰ Ferner weisen Beobachtungsstudien darauf hin, dass die Infektion mit HSV-2 wiederum die Gefahr einer Ansteckung mit HIV begünstigt.¹⁵¹

Im Ergebnis bleibt damit fraglich, ob die Kritiker ihre Zweifel an den infektionspräventiven Aspekten der Zirkumzision mit medizinwissenschaftlichen Quellen wirklich belegen können und ob sie die gesicherte Evidenz, welche auf die Vorteile der Zirkumzision in Bezug auf die Prävention von STIs und Karzinomen hindeutet, hinreichend gewürdigt haben.

IV. Zusammenfassung

In der Gesamtschau weisen die hier untersuchten Beiträge eine Reihe überraschender methodischer Schwächen auf. Ohne eine Begründung dafür zu geben, wird wiederholt auf einzelne unkontrollierte, retrospektive Beobachtungsstudien mit sehr kleinen Teilnehmerzahlen Bezug genommen, obwohl beweiskräftigere systematische Übersichtsarbeiten mit Metaanalyse oder randomisiert-kontrollierte-Studien mit großen Teilnehmerzahlen (dem „Goldstandard“ der medizinischen Forschung¹⁵²) zur Verfügung stehen. Entgegen der guten wissenschaftlichen Praxis wird auch dann teilweise auf tertiäre Quellen verwiesen, wenn sekundäre Quellen verfügbar sind, und auf sekundäre Quellen, wenn primäre Quellen verfügbar sind. Zumindest unschwer aus evidenzbasiert-wissenschaftlicher Sicht fragwürdig wird Erlebnisberichten ein höherer Stellenwert entgegengebracht, als heute leicht verfügbaren wissenschaftlichen Daten.¹⁵³ Vielen Beiträgen sind ausschließlich Studien zu Grunde gelegt, welche die Komplikationsgefahr, die Sterblichkeitsrate und die vermeintlichen sexuellen Nachteile der Zirkumzision im Verhältnis zum Mainstream der heute im medizinischen Schrifttum zitierten Studien tendenziell überhöhen oder verzerren. Ohne ausreichende Begründung ignorieren die Kritiker die große Masse der medizinischen Forschung im In- und Ausland, die ihre Ansichten nicht stützt. Genauso unberücksichtigt bleiben Studien, welche die präventiv-medizinische Vorteile des Eingriffs aufzeigen, obwohl diese bereits den Emp-

fehlungen internationaler Organisationen, wie etwa UNAIDS oder der WHO zugrunde, gelegt werden.

V. Diskussion

Das Vorgehen zur Feststellung des medizinischen Erkenntnisstandes in der rechtswissenschaftlichen Beschneidungsdebatte ist überraschend, wenn man sich noch einmal vergegenwärtigt, dass es gerade der Wille des Gesetzgebers ist, die Kriterien der evidenzbasierten Medizin zur Grundlage der Entscheidungsfindung im Medizin- und Pharmarecht zu machen.¹⁵⁴ Der Rückgriff auf evidenzbasierte Forschung ist auch in der sonstigen Rechtswissenschaft nicht ungewöhnlich: Auf Erkenntnisse, welche evidenzbasiert-wissenschaftliche Kriterien erfüllen, wird in der familienrechtlichen Literatur (insbesondere in Bezug auf Fragen des Kindeswohls),¹⁵⁵ sowie im Lebensmittel-, Kosmetik- und Werberecht verwiesen.¹⁵⁶ Der Verweis auf qualitativ-hochwertige empirische Forschung ist auch in der Schwesterdisziplin des Strafrechts – der Kriminologie – allgegenwärtig.¹⁵⁷ Zunehmend wird auch in Gerichtsentscheidungen auf hochevidente Quellen, wie etwa Metaanalysen oder randomisiert kontrollierten Studien, zurückgegriffen.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Siehe oben II., insbesondere Fn. 29 und 30; ergänzend siehe z.B. Hart, MedR 2000, 1; Ostendorf, PharmR 2006, 182; Quaas/Zuck (Fn. 10), § 11 Rn. 125, § 68 Rn. 31 ff.; Roters, NZS 2007, 169 (177); Welte/Raspe, NJW 2002, 874.

¹⁵⁵ Siehe z.B. Bliesener, FPR 2013, 405 (406 f.); Dettenborn, FPR 2012, 447 (Fn. 2); Kindler, FPR 2011, 207 (208, 210); ders./Fichtner, FPR 2008, 139; Kostka, FPR 2005, 89 (93); Lehmkuhl/Lehmkuhl, FPR 2007, 28 (32); Maywald, FPR 2008, 499 (501); Permien, FPR 2011, 542 (543 f.); Quenzer, FPR 2013, 434 (436 f.); Schwarz/Gödde, FPR 2005, 98 (99 f.).

¹⁵⁶ Siehe z.B. Dettling, LMuR 2010, 65; ders., LMuR 2010, 105; ders., LMuR 2011, 65; Feddersen, GRUR, 127 (131 ff.); Hahn/Sröhle, GRUR 2013, 120 (120, 123); Metz, LMuR 2006, 93; Reese/Holtdorf (Fn. 20), Rn. 147 ff.

¹⁵⁷ Siehe z.B. Beisel u.a., MSchrKrim 2010, 87 (87 ff.); Bittner/Becker/Neumann, MSchrKrim 2010, 1 (13); Brettfeld/Wetzels, MSchrKrim 2011, 409 (411); Eher u.a., MSchrKrim 95, 18 (28); Haarig/Blase/Sedlmeier, MSchrKrim 2012, 392 (394, 397); Hirtenlehner/Leitgöb/Bacher, MSchrKrim 2013, 293 (294, 299); Schneider, MSchrKrim 2010, 475 (493); ders., MSchrKrim 2011, 112 (128 f.); Schwendler/Schmucker, MSchrKrim 2012, 269 (270); für eine Forderung nach mehr Evidenzbasierung siehe Dünkel u.a., ZRP 2010, 175 (178).

¹⁵⁸ Siehe z.B. die Anforderungen an Wissenschaftliche Belege für Diäten, OLG München, Urt. v. 17.11.2005 - 29 U 4024/03 = GRUR-RR 2006, 139 (140); Schoene, GRUR-Prax 2012, 468; Zum Schadensersatzanspruch gegen Arzneimittelhersteller, BGH, Beschl. v. 1.7.2008 - VI ZR 287/07 = NJW 2008, 2994; für die Einstufung eines Präparats als Arzneimittel im Sinne der Beihilfeverordnung, VGH Mannheim, Urt. v. 19.1.2010 - 4 S 1816/07 = PharmR 2010, 307 (310 ff.); zur Verordnung eines nicht zugelassenen Medikaments LSG Schleswig Holstein, Urt. v. 6.10.2009 - L 4 KA 34/08 = NZS 2010, 394 (397); zur Irreführung durch Werbeaussagen bei Nah-

¹⁴⁸ Für einen Zusammenhang zwischen HPV-Infektionen und Prostata-Krebs, siehe z.B. Wright/Lin/Stanford, Cancer 2012, 4437 (SJR 2,40); Morris/Waskett, Asian J Androl 2012, 661 (SJR 0,52). Gegen einen Zusammenhang zwischen HPV-Infektionen und Prostata-Krebs siehe z.B. Lin u.a., Irish Journal of Medical Science 2011, 497 (SJR 0,20); Tachezy u.a., Journal of Medical Virology 2012, 1636 (SJR 0,93).

¹⁴⁹ Tobian u.a., N Engl J Med 2009, 1298.

¹⁵⁰ Tobian u.a., N Engl J Med 2009, 1298 (1299).

¹⁵¹ M.w.N. Tobian u.a., N Engl J Med 2009, 1298 (1299).

¹⁵² Seiler, in: Krukemeyer/Alldinger (Hrsg.), Chirurgische Forschung 2006/5, S. 208.

¹⁵³ Siehe die Kritik und Belege in Fn. 112.

Mit Blick auf die Bedeutung des Standes medizinischer bzw. wissenschaftlicher Erkenntnisse für die heutige Rechtswissenschaft bleiben somit erhebliche Zweifel, ob sich eine strafrechtliche Debatte trotz in Zeiten des Internet einfacher Verfügbarkeit von Studien der höchsten Evidenzklassen der Medizin, lediglich auf einzeln ausgewählte Studien niedriger Evidenz oder sogar bloße Meinungsdarstellungen verlassen darf, um die Zirkumzision als „Verstümmelung“ zu titulieren,¹⁵⁹ und – wohl gerade deshalb – in Folge als Kindeswohl- und verfassungswidrig zu bewerten.

Abschließend stellt sich die Frage, welche Lehren sich aus dem verzerrten Informationsstand der Beschneidungsdebatte für die rechtswissenschaftliche Methodik ziehen lassen bzw. wie der Verzerrung einer rechtswissenschaftlichen Debatte durch einseitige Quellenauswahl künftig entgegen gewirkt werden kann.

Denkbar wäre hier für die Zukunft eine stärkere Berücksichtigung evidenzbasierter Forschung. Trifft das Strafrecht auf ein bioethisches oder medizinisches Problem, basiert dies im Kern oft auf einer empirischen Fragestellung. Zuverlässige Informationen zu dieser Fragestellung in Form von Forschungsergebnissen im lebenswissenschaftlichen Schrifttum sind heute über spezielle akademische Suchmaschinen und die jeweiligen fachspezifischen Forschungs-Datenbanken für jeden Interessierten ohne weiteres verfügbar. Die Erhebung eines Forschungsstandes kann nur durch einen unvoreingenommenen Blick unter Berücksichtigung einer breiten Quellenrecherche vorgenommen werden. Die Bewertung der gefundenen Ergebnisse erfordert, dass Rechtswissenschaftler, die zu medizinrechtlichen oder bioethischen Themen forschen, zumindest über gewisse Methodenkenntnisse im Bereich der Lebenswissenschaften verfügen oder sich diese durch interdisziplinäre Kooperation zueignen.¹⁶⁰

Grundlegend für eine Auswertung lebenswissenschaftlicher Forschungsergebnisse in Form von Primärstudien ist die Unterscheidung aussagekräftiger von weniger aussagekräftigen Studiendesigns, sowie die Berücksichtigung der methodischen Gütekriterien durch kritische Evaluation der in den Studien genannten Faktoren wie Anzahl und Auswahl der Teilnehmer und eventuell offener Interessenkonflikte. Die unterschiedlichen Evidenzklassen der evidenzbasierten Medizin bilden insofern eine Orientierungshilfe für die Rechtswissenschaften, da sie klare Vorgaben über den Beweiswert der einzelnen Arten von Studien geben.¹⁶¹

Die Präferenz der hier untersuchten rechtswissenschaftlichen Beiträge für sekundäre und tertiäre Literatur zeigt die Notwendigkeit, den gegenwärtig in der Rechtswissenschaft gepflegten Umgang mit Quellen zu überdenken. Ein besonderer medizinrechtlicher und bioethischer Diskurs ist nur möglich, wenn es anderen Rechtswissenschaftlern jederzeit möglich ist die Quellen eines Autors lückenlos nachzuvollziehen. Hier könnte sich die Rechtswissenschaft etwa an den etablierten Regeln der guten wissenschaftlichen Praxis in den Lebens- und Sozialwissenschaften orientieren. So sollte verstärkt darauf geachtet werden, dass Primär- bzw. Originalquellen oder den Forschungsstand aggregierenden systematischen Übersichtsarbeiten der Vorzug vor Sekundärquellen und nichtwissenschaftlichen Tertiärquellen gegeben wird. Insofern ist vor allem auf der Rückgriff auf populärwissenschaftliche Literatur und auf nicht-wissenschaftliche Webseiten zu vermeiden.¹⁶²

Große Vorsicht ist auch bei der Verwendung des Begriffs „Studie“ zu wahren, da darunter in den Lebenswissenschaften eine kontrollierte empirische Untersuchung und keine Meinungsdarstellung oder Literaturübersicht verstanden wird. Werden empirische Studien anderer Disziplinen als Argument in eine rechtswissenschaftliche Debatte eingeführt, so sollten grundlegenden Angaben zu deren Methodik, wie z. B. das Studiendesign, die Teilnehmerzahl und die Ergebnisse, im Haupttext oder in einer Fußnote genannt werden. Stehen sich mehrere wissenschaftliche Studien im Ergebnis widersprüchlich gegenüber, so empfiehlt sich die Entscheidung zugunsten einer bestimmten Studie anhand anerkannter Kriterien wie der verwendeten Methodik, dem Ranking des veröffentlichenden Journals, eines Artikel-Zitat-Indexes und den Reaktionen der Scientific Community zu begründen.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass Normsetzung und Normanwendung nicht aufgrund von persönlichen Meinungen und Wahrnehmungen erfolgen sollte. Akkumulierte Anekdoten können den Rückgriff auf verifizierbare Daten weder ersetzen noch widerlegen, ebenso wenig erstarken Meinungen durch vielfache Wiederholung zu Fakten.¹⁶³ Die im Internet auf unzähligen Webseiten und in Teilen der Vereinigten Staaten geführte Debatte zur männlichen Beschneidung sollte die deutsche Rechtswissenschaft mit der notwendigen wissenschaftlichen Distanz begegnen. Der dortige Meinungskampf zwischen Gegnern und Befürwortern des Eingriffs hat bisweilen skurrile Züge angenommen.¹⁶⁴ Bei der

rungsergänzungsmitteln, LG Berlin, Urt. v. 9.12.2010 - 52 O 111/10 = LMRR 2010, 147.

¹⁵⁹ Siehe z.B. *Fischer* (Fn. 8), § 223 Rn. 43; *Herzberg*, ZIS 2010, 471 (475)

¹⁶⁰ Für eine vergleichbare Forderung, siehe *Hahn/Sröhle*, GRUR 2013, 120 (123: „[...] die rechtliche Bewertung „wissenschaftlicher Aussagen“ [erfordert] eine Zusammenarbeit zwischen Jurisprudenz und Naturwissenschaft – und damit auch ein gegenseitiges Grundverständnis der jeweils anderen Disziplin.“).

¹⁶¹ Siehe Deutsches Netzwerk Evidenzbasierte Medizin e.V., <http://www.ebm-netzwerk.de/was-ist-ebm/images/evidenzklassen.jpg/view> (22.11.2013);

vgl. auch *Feddersen*, GRUR, 127 (132).

¹⁶² Kritisch angemerkt sei hier nur die Verwendung von einseitigen, wissenschaftlichen Ansprüchen nicht genügenden Webseiten wie <http://www.beschneidung-von-jungen.de> oder <http://www.circumcision.org> (22.11.2013).

¹⁶³ Vgl. auch den Ausspruch der bekannten Wissenschaftstheoretikerin *Fiske*, An Assertion Is Often An Empirical Question, Settled By Collecting Evidence, <http://www.edge.org/response-detail/10667> (22.11.2013).

¹⁶⁴ Als Beispiel seien nur Anti-Beschneidungsorganisationen wie die National Organization of Circumcision Information Resource Centres (NOCIRC), Doctors Opposing Circumcision (D.O.C.); Brothers United for Future Foreskins (BUFF);

unkritischen Rezeption von Informationen aus den Quellen der Anti-Beschneidungsbewegung besteht die Gefahr unsachliche und unwissenschaftliche Argumente in die rechtswissenschaftliche Debatte zu importieren.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die moderne Rechtswissenschaft, die sich mit immer komplexeren technischen, bioethischen, und medizinischen Problemstellungen befassen muss, ist zunehmend eine interdisziplinäre, datengestützte, empirische Auseinandersetzung mit einer oft unübersichtlichen Faktenlage. Dadurch wird sie immer anfälliger für verzerrte Ergebnisse aufgrund einer unzureichenden Quellenlage. Einer solchen Verzerrung kann durch eine erweiterte Methodik – einer *evidenzbasierten* Rechtswissenschaft – begegnet werden.

XI. Schlussbetrachtung

Die hier vorgenommene Darstellung und Bewertung der Vor- und Nachteile der Zirkumzision ist nicht als Aufruf zur routinemäßigen Vornahme misszuverstehen oder ein Versuch den Eingriff zu bagatellisieren. Ebenso ist anzumerken, dass diese Untersuchung sich zwar um eine erschöpfende Wiedergabe der relevanten Primärstudien bemüht, indes aber keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Ziel war es vielmehr anhand eines ausführlichen Überblicks über das aktuelle medizinische Schrifttum und den Kriterien der evidenzbasierten Wissenschaft die methodische Einseitigkeit vieler Beiträge der Debatte aufzuzeigen, um so der Rechtswissenschaft die Möglichkeit einer differenzierteren Diskussion zu geben.

Die medizinische, psychologische, ethische, historische und rechtliche Bewertung der Beschneidung von männlichen Knaben ist ein fortlaufender Prozess. Wenn der rechtswissenschaftliche Diskurs nicht losgelöst von anderen Wissenschaftszweigen fortgesetzt werden soll, so erfordert dies einen respektvolleren Dialog miteinander und eine Berücksichtigung der Erkenntnisse der anderen Disziplinen.¹⁶⁵ Die Angaben in den bisherigen Beiträgen sind für den zukünftigen Diskurs gefährlich, weil der von den Kritikern verzerrt dargestellte „Stand wissenschaftlicher Erkenntnis“ begonnen hat, in der juristischen Literatur ein vom international anerkannten Stand wissenschaftlicher Erkenntnis abweichendes Eigenleben zu

führen.¹⁶⁶ Das Perpetuieren eines falschen Informationsstandes birgt jedoch unvorhersehbare Risiken sowohl für die Rechtspraxis, als auch für die Rechtswissenschaft.

Die Frage nach der Zulässigkeit der medizinisch nicht-indizierten Zirkumzision ist und bleibt eine komplexe normative Wertung. Vor dem Hintergrund der aktuellen medizinischen und psychologischen Forschungslage erscheint es nicht überzeugend, den Eltern bzw. Sorgeberechtigten eines Knaben die rechtfertigende Einwilligung in den Eingriff allein aufgrund dessen vermeintlicher Risiken und Auswirkungen zu versagen. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und mit der Einführung des § 1631d BGB angemessen darauf reagiert.

National Organization of Restoring Men (NORM), National Organization to Halt the Abuse and Routine Mutilation of Males (NOHARM), Nurses for the Rights of the Child (NRC), Parents of Intact Sons, sowie das Uncircumcising Information and Resources Center (UNCIRC) genannt. Die selbsternannten „Intaktivisten“ führen die Debatte dabei schon lange nicht mehr auf Basis rationaler wissenschaftlicher Argumente und verifizierbaren Daten. In Anti-Beschneidungsforen werden Wissenschaftler, die der Bewegung entgegenstehende Studie veröffentlichen, öffentlich angeprangert und in einem eigens dafür eingerichteten Wiki (www.circileaks.org/) werden steckbriefähnlich persönliche Informationen zur vermeintlichen „Beschneidungslobby“ gesammelt.

¹⁶⁵ Für ähnliche Forderungen, vgl. auch *Blank u.a.*, J Med Ethics 2013, 1; *Kristiansen/Sheikh*, Global Discourse 2013, 342 (345).

¹⁶⁶ Siehe das Beispiel *Sorrells u.a.* in Fn. 82, das Beispiel *Frisch u.a.* in Fn. 91 und 123 oder *Walter*, der mit Verweis auf *Putzke* „prophylaktischen Nutzen“ ausschließt, siehe *ders.*, JZ 2012, 1110 (1113).

Entscheidungsanmerkung

Zur Verfassungsmäßigkeit des Anti-Terror-Datei-Gesetzes

1. Die Errichtung der Antiterrordatei als Verbunddatei verschiedener Sicherheitsbehörden zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, die im Kern auf die Informationsanbahnung beschränkt ist und eine Nutzung der Daten zur operativen Aufgabenwahrnehmung nur in dringenden Ausnahmefällen vorsieht, ist in ihren Grundstrukturen mit der Verfassung vereinbar.

2. Regelungen, die den Austausch von Daten der Polizei- und Nachrichtendienste ermöglichen, unterliegen hinsichtlich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen. Aus den Grundrechten folgt ein informationelles Trennungsprinzip, das diesen Austausch nur ausnahmsweise zulässt.

3. Eine Verbunddatei zwischen Sicherheitsbehörden wie die Antiterrordatei bedarf hinsichtlich der zu erfassenden Daten und ihrer Nutzungsmöglichkeiten einer hinreichend bestimmten und dem Übermaßverbot entsprechenden gesetzlichen Ausgestaltung. Das Antiterrordateigesetz genügt dem nicht vollständig, nämlich hinsichtlich der Bestimmung der beteiligten Behörden, der Reichweite der als terrorismusnah erfassten Personen, der Einbeziehung von Kontaktpersonen, der Nutzung von verdeckt bereitgestellten erweiterten Grunddaten, der Konkretisierungsbefugnis der Sicherheitsbehörden für die zu speichernden Daten und der Gewährleistung einer wirksamen Aufsicht.

4. Die uneingeschränkte Einbeziehung von Daten in die Antiterrordatei, die durch Eingriffe in das Brief- und Fernmeldegeheimnis und das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung erhoben wurden, verletzt Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 3, 10 Abs. 1, 13 Abs. 1, 73 Abs. 1 Nrn. 5, 10a-c, 80 Abs. 1, 87 S. 2; AEUV Art. 267; GRCh Art. 8, 51 Abs. 1 S. 1; ATDG §§ 1-6, 8-12; StGB § 129a

BVerfG, Urt. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07¹

I. Einleitung

Das Anti-Terror-Datei-Gesetz von 2006 normiert die Errichtung einer Verbunddatei, in die deutsche Sicherheitsbehörden personenbezogene Daten von Mitgliedern und Unterstützern terroristischer Vereinigungen einspeisen, um so allen Berechtigten Zugang zu verschaffen. Die Terrorismusbekämpfung soll damit effizienter gestaltet werden. In seinem Urteil stellte das BVerfG nun die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit

¹ Die Entscheidung ist online abrufbar unter http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20130424_1bvr121507.html sowie abgedruckt in NJW 2013, 1499.

der Norm fest, bemängelte aber einzelne Teile der Vorschrift. Die nachfolgende Anmerkung erläutert die rechtlichen Grundlagen des Urteils und eruiert den höchststrichterlich gesetzten Überarbeitungsmaßstab an den Gesetzgeber.

II. Allgemeines zum Anti-Terror-Datei-Gesetz

1. Geschichtlicher Hintergrund

Die Idee einer bundesweiten Antiterrordatei geht neben europarechtlichen Anstößen² auf eine Vorlage des Bundesrates aus dem Jahr 2004 während der 15. Wahlperiode des Bundestags zurück.³ Dieser „Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung einer gemeinsamen Datei der deutschen Sicherheitsbehörden zur Beobachtung und Bekämpfung des islamistischen Extremismus und Terrorismus (Anti-Terror-Datei-Gesetz, ATDG)“⁴ wurde mangels politischer Unterstützung zunächst allerdings nicht mehr realisiert.⁵ Ein Umdenken setzte erst ein, als 2006 zwei Anschläge mit terroristischem Hintergrund auf Eisenbahnzüge in Koblenz und Dortmund nur knapp vereitelt wurden.⁶ Kurz darauf brachte die Regierung der damals amtierenden Großen Koalition als Gegenmaßnahme den „Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder (Gemeinsame-Dateien-Gesetz, GDG)“⁷ ein, der ohne große Änderungen⁸ auch zeitnah am 22.12.2006 verabschiedet wurde und am 31. Dezember desselben Jahres in Kraft trat. Es stellt ein sog. Artikelgesetz dar, vereint also mehrere Einzelgesetze in einem.⁸ In Art. 1 GDG ist das oben genannte ATDG normiert. Der Gesetzgeber beabsichtigte damit angesichts der Bedrohungen durch den internationalen Terrorismus⁹ die Schaffung einer Rechtsgrundlage für eine gemeinsame Datei, die den Informationsaustausch zwischen Polizeibehörden und Nachrichtendiensten effektiver gestalten, bewährte Formen der Zusammenarbeit ergänzen und Übermittlungsfehler verringern soll.¹⁰ Eine Zusammenarbeit geschieht hierbei unter anderem zwischen dem Bundeskriminalamt, den einzelnen Landeskriminalämtern, den Verfassungsschutzbehörden, dem Zollkriminalamt sowie dem Bundesnachrichten-

² Maßnahmen zur Bekämpfung der Finanzierung des internationalen Terrorismus, Umsetzung der VO (EG) Nr. 2580/2001 des Rates v. 27.12.2001 (ABl. EG 2001 Nr. L 344, S. 70) und der VO (EG) Nr. 881/2002 v. 27.5.2002 (ABl. EG 2002 Nr. L 139, S. 9).

³ Auf Landesebene gab es einen ähnlichen Ansatz aber bereits 2002 mit dem „Konzept zur Aufklärung krimineller islamistischer Strukturen“ (AKIS), in das Erfahrungen der bayrischen Polizeibehörden sowie des Landesamts für Verfassungsschutz einfließen; siehe dazu Bayerischer Staatsminister des Innern Dr. Günter Beckstein, Neue Strategien in der Terrorismusbekämpfung, Voraussetzungen erfolgreicher Prävention, Rede bei der Hanns-Seidel-Stiftung v. 12.11.2004.

⁴ BT-Drs. 15/4413.

⁵ BVerfG, Urt. v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, Rn. 35 (juris).

⁶ Vgl. ZAR 2006, 378.

⁷ BT-Innenausschuss, Protokoll Nr. 16/24.

⁸ Ausführlich vgl. Lachner, Das Artikelgesetz, 2007, passim.

⁹ Dazu näher BT-Drs. 16/3646.

¹⁰ BT-Drs. 16/2950, S. 12.

dienst.¹¹ Die tatsächliche Freischaltung der Datei erfolgte dann am 30.5.2007.¹²

2. Bisherige Ausgestaltung und Funktion der Antiterrordatei

In dieser Datenbank finden sich Informationen über Personen, die im Verdacht stehen terroristischen Gruppierungen anzugehören, bzw. solche direkt oder indirekt zu unterstützen.¹³ Dabei werden zwei Zugriffsebenen unterschieden: Zum einen die einfachen, zum anderen die erweiterten Grunddaten. Gemäß § 3 Abs. 1 lit. a ATDG gehören zu den einfachen Grunddaten allgemeine Informationen zur Person wie Name, Geburtsdatum und Lichtbilder. § 3 Abs. 1 lit. b ATDG normiert hingegen die erweiterten Grunddaten, zu denen u.a. Bankverbindungen, E-Mail-Adressen und besondere, für Terrorismus nutzbare, berufliche Fähigkeiten zählen. Während die Grunddaten gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ATDG von der erfragenden Behörde im Wege eines automatisierten Verfahrens, sprich der Benutzung einer Suchmaske, uneingeschränkt abgerufen werden können, sind die erweiterten solchen zugriffsbeschränkt. Sucht eine Behörde nach Informationen, die nur einer anderen Stelle vorliegen, so kann sie gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 ATDG Zugriff erlangen, wenn die verfügende Stelle diesen gewährt. Bemerkenswert ist aber, dass diese Sicherheitssperre im sogenannten „Eilfall“ nach § 5 Abs. 2 ATDG überwunden werden kann. Ein solcher ist laut Vorschrift dann gegeben, wenn er aufgrund bestimmter Tatsachen zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für Sachen von erheblichem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten sowie unerlässlich ist und die Datenübermittlung durch eine reguläre behördliche Anfrage nicht rechtzeitig erfolgen kann. Hierdurch wird erstmals das strikte Trennungsprinzip zwischen Polizei und Nachrichtendiensten gelockert,¹⁴ um eine, nach Vorstellung des Gesetzgebers, effizientere Verbrechensbekämpfung und -vorbeugung zu gewährleisten.

Aktuell sind etwa 16.000 Personeneinträge in der Datei gespeichert,¹⁵ von denen sich die meisten Personen bei Einführung der Datenbank und somit wohl auch heute noch im Ausland befanden.¹⁶

III. Entscheidung des BVerfG

1. Tenor

Das Urteil des 1. Senats vom 24.4.2013 erging aufgrund der Rechtssatzverfassungsbeschwerde eines pensionierten Richters, der das Antiterrordateigesetz als verfassungswidrig erachtete und daraufhin das BVerfG anrief. Im Ergebnis erklärte das Gericht die Norm jedoch für grundsätzlich verfassungsmäßig, bemängelte allerdings die konkrete Ausge-

staltung in einigen Punkten.¹⁷ Diese muss der Gesetzgeber bis spätestens Ende 2014 nachbessern. Bis dahin gelten die verfassungswidrigen Vorschriften mit einigen Einschränkungen fort.¹⁸

2. Das Urteil im Einzelnen

a) Zulässigkeit

Die im Ergebnis zutreffende, aber eher knapp konstatierte Bejahung der Zulässigkeit täuscht darüber hinweg, dass dieser Prüfungspunkt durchaus Probleme aufwirft.

Bei näherer Betrachtung fällt auf, dass der Beschwerdeführer die in ständiger Rechtsprechung¹⁹ entwickelten Voraussetzungen der gegenwärtigen Betroffenheit *prima vista* nicht zu erfüllen scheint. Zum Zeitpunkt der Beschwerde war er zwar Normadressat und somit im Hinblick auf den angegriffenen Rechtssatz hinreichend selbst betroffen.²⁰ In der Antiterrordatei ist er jedoch weder vermerkt, noch bestehen konkrete Anhaltspunkte für einen zu erwartenden Eintrag. Ein nur zukünftiges Betroffensein durch den Angriffsgegenstand reicht nicht aus, da eine Verfassungsbeschwerde nicht den Charakter einer Popularklage hat.²¹ Vielmehr muss der Beschwerdeführer tatsächlich und nicht nur virtuell betroffen sein.²² Etwas anderes ergibt sich allerdings, wenn vom Betroffenen üblicherweise keine Kenntnis des Vollzugsakts erlangt werden kann.²³ Kann er eine ausreichende Wahrscheinlichkeit, durch die Norm in seinen Grundrechten verletzt zu werden, geltend machen, so gilt das Gegenwärtigkeitskriterium als erfüllt.

Von einem Eintrag in die Antiterrordatei und den damit nachgelagerten Grundrechtseingriffen im Sinne der §§ 5 f. ATDG würde der Beschwerdeführer erst bei Aufnahme von Strafverfolgungsermittlungen im Sinne von § 152 Abs. 2 StPO, sehr wahrscheinlich aber überhaupt keine Kenntnis erlangen. Das erforderliche Maß der darzulegenden Wahrscheinlichkeit einer Betroffenheit ist dabei abhängig von der Weite des Normadressatenkreises. Je mehr Personen potentiell erfasst sein können, desto weniger spezifisch muss die zu erwartende Beeinträchtigung vorgetragen werden.²⁴ § 2 S. 1 ATDG ist sehr weit gefasst, da sogar die Unterstützer von Unterstützern terroristischer Vereinigungen erfasst werden. Insoweit ist dem BVerfG zuzustimmen, als es dem Beschwerdeführer trotz seiner recht unspezifischen Begründung in Form von lediglich einigen potentiell terroristisch involvierten Bekanntschaften eine gegenwärtige Betroffenheit attestiert.²⁵

¹¹ Vgl. NJW-Spezial 2006, 428.

¹² BMI, Pressemitteilung v. 30.3.2007.

¹³ Anschaulich Kasiske, NJW-Spezial 2013, 312.

¹⁴ Kasiske, NJW-Spezial 2013, 312.

¹⁵ Kasiske, NJW-Spezial 2013, 312.

¹⁶ Lange, Spiegel-online v. 30. 3.2007, im Internet unter

<http://www.spiegel.de/netzwelt/web/antiterrordatei-terrorfahndung-2-0-a-474924.html> (8.12.2013).

¹⁷ BVerfG NJW 2013, 1499 (1500).

¹⁸ BVerfG NJW 2013, 1499 (1500).

¹⁹ Etwa BVerfGE 53, 30 (48).

²⁰ Zum Erfordernis der Selbstbetroffenheit siehe näher BVerfGE 102, 197 (206 f.); 119, 181 (212).

²¹ BVerfGE 1, 97 (102).

²² Vgl. Benda, in: Benda/Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 564.

²³ So bei der automatisierten Kennzeichenerfassung, siehe BVerfGE 120, 378 (396 m.w.N.).

²⁴ BVerfG NJW 2013, 1499 (1500).

²⁵ BVerfG NJW 2013, 1499 (1500).

Vom Gericht nicht thematisiert wurde die Prüfung des Unmittelbarkeitsmerkmals. Hiernach muss der Beschwerdeführer bereits durch das angegriffene Gesetz und nicht erst durch einen darauf gestützten, selbstständig angreifbaren Vollziehungsakt in seinen Rechten beeinträchtigt sein. Erfüllt ist diese Voraussetzung etwa bei gesetzlich in Bezug auf Zeit und Inhalt bereits genau bestimmten Grundrechtseingriffen.²⁶ Die in § 2 ATDG stipulierte Verpflichtung, bereits erhobene Daten im Sinne des § 3 Abs. 1 ATDG in die Antiterrordatei einzuspeisen, stellt bereits einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG dar, so dass das Merkmal der Unmittelbarkeit erfüllt ist. Alternativ wären aber auch heimliche Vollzugsakte, wie die Ausübung der Suchfunktion innerhalb der Antiterrordatei, ausreichend.²⁷

Die in § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG normierte Rechtswegerschöpfung steht der Zulässigkeit ebenfalls nicht entgegen, da der Beschwerdeführer über eine Datenspeicherung nicht informiert wird und ihm daher der Rechtsweg verschlossen bleibt.

Fraglich war ebenso, ob ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH eingeleitet werden sollte, da das angegriffene ATDG teilweise Regelungsbereiche des Unionsrechts tangiert. Art. 16 AEUV verleiht der Europäischen Union etwa Kompetenzen im Bereich des Datenschutzes. Auch existiert damit verbunden sekundäres Unionsrecht, das im Zusammenhang mit der Abwehr des internationalen Terrorismus Regelungen zur multilateralen Zusammenarbeit von Strafverfolgungsbehörden vorsieht.²⁸ Eine auf dem ATDG basierende Behörden-tätigkeit stellt aber dennoch keine Durchführung von Unionsrecht im Sinne des Art. 51 Abs. 1 S. 1 der EU-Grundrechtecharta (GRCh) dar, da die Errichtung und Durchführung staatlicher Terrorismusbekämpfungsmechanismen nach Maßgabe des ATDG nicht explizit durch Unionsrecht determiniert ist.²⁹ Da der Kompetenzrahmen der Union gem. Art. 51 Abs. 2 GRCh und Art. 6 Abs. 1 EUV nicht über die geregelten Zuständigkeiten hinaus ausdehnt und weder neue Zuständigkeiten, noch neue Aufgaben für die Union begründet, noch die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben geändert werden dürfen,³⁰ hat das BVerfG zu Recht von einer Vorlage an den EuGH abgesehen.

²⁶ Vgl. BVerfGE 110, 370 (381 f.); 122, 63 (78).

²⁷ Vgl. BVerfGE 109, 279 (307); *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 204a.

²⁸ So etwa die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG 1995 Nr. L 281, S. 31 [Datenschutz-Richtlinie]).

²⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 der Direktive 95/46/EG, der den Anwendungsbereich der behördlichen Datenverarbeitung in Bezug u.a. auf die öffentliche Sicherheit von der Kompetenz der Europäischen Union ausdrücklich ausnimmt.

³⁰ BVerfG NJW 2013, 1499; EuGH NVwZ 2012, 97 (100 Rn. 71).

b) Begründetheit

Das Gericht sah die Verfassungsbeschwerde im Ergebnis nur als teilweise begründet an, hält die Einrichtung einer Antiterrordatei in ihren Grundstrukturen aber für verfassungsgemäß.

Laut Urteil greifen die bemängelten Vorschriften in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG), des Brief- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG) und des Rechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) ein.³¹

Das im Volkszählungsurteil³² des BVerfG entwickelte und seither anerkannte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schützt die Informationen über eine Person gegen staatliche Datenerhebung sowie -verarbeitung und garantiert ein Recht auf Inkennntnissetzen über derartige Vollzugsakte.³³ Allein durch die erstmalige Bündelung der bestehenden Daten in der Datei durch die partizipierenden Behörden gemäß § 2 ATDG werde in die Privatsphäre der Betroffenen im Sinne des informationellen Selbstbestimmungsrechts eingegriffen. Gleiches gelte bei der Erhebung neuer Daten.

Ein Eingriff in die Art. 10 Abs. 1, 13 Abs. 1 GG liege deshalb vor, weil die ursprünglich durch verfassungsrechtlich gerechtfertigte Datenerhebungen gewonnen Informationen der Behörden nun von einer staatlichen Datenbank in die nächste transferiert und der Eingriff somit perpetuiert würde, nicht aber automatisch erneut gerechtfertigt sei. Hierzu lässt sich noch hinzufügen, dass das ATDG gerade neue Eingriffe ergänzend einführt, nicht aber alte lediglich ersetzt.³⁴

Dennoch seien die Grundrechtseingriffe laut Urteil größtenteils verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Einerseits blieb die formelle Verfassungsmäßigkeit des ATDG unbeanstandet. Der Bund habe gemäß Art. 73 Abs. 1 Nrn. 1, 5, 10 lit. a-c GG die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf die Regelung einer interbehördlichen Zusammenarbeit.³⁵ Aus Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG ergebe sich zudem, unabhängig von der ungeklärten Frage, ob eine Verwaltungskompetenz des Bundes zum Führen einer Verbunddatei im Sinne des ATDG notwendig ist, eine Zuständigkeit für die Einrichtung von Zentralstellen für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen. Andererseits stelle die Erhaltung der demokratischen Grundordnung durch Terrorismusbekämpfung mithilfe der elektronischen Erfassung potentieller Gefahrquellen einen legitimen Zweck dar, der zudem

³¹ EuGH NVwZ 2012, 1499.

³² BVerfGE 65, 1 (42 f.); 118, 168 (183 ff.).

³³ Dazu näher *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, Rn. 399 ff.

³⁴ So auch *Petri*, Zeitschrift für Datenschutz 2013, 5.

³⁵ Vgl. BVerfG NJW 2013, 1499 (1501 f.); kritisch *Petri*, ZD 2013, 6, der u.a. infrage stellt, ob und inwieweit der Bund auf Grundlage von Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG Landesbehörden wie den Landeskriminalämtern verbindliche Regeln vorgeben kann. Dazu bejahend *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 64. Lfg., Stand: Januar 2012, Art. 73 Rn. 233; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 73 Rn. 31.

verhältnismäßig sei. Die Eingriffe seien zwar erheblich, aber in Anbetracht des hohen Stellenwerts der Inneren Sicherheit auch angemessen.³⁶

Jedoch sei die konkrete Ausgestaltung des Gesetzes in Teilen nicht haltbar. So verstoße § 1 Abs. 2 ATDG gegen das Bestimmtheitsgebot, da die erfassten Behörden nicht erkennbar seien. Auch der Personenkreis der Terrorismusunterstützer zweiten Ranges im Sinne des § 2 S. 1 Nr. 1 lit. b ATDG wurde als zu unbestimmt und mit dem Übermaßverbot als unvereinbar erklärt, da nicht nur unklar sei, wer erfasst werde, sondern auch solche Personen in die Datei aufgenommen würden, die nichts von den terroristischen Aktionen anderer wüssten. Eine daher zwingend notwendige wissentliche Förderung terroristischer Handlungen ließe das Gesetz aber vermissen.³⁷

Weiterhin verstoße das tatbestandliche „Befürworten von Gewalt“ gemäß § 2 S. 1 Nr. 2 ATDG gegen das Übermaßverbot, da eine rein subjektive Maßgabe des forum internum einer Person keine ausreichende Begründung eines Grundrechtseingriffs sei, wenn gleichzeitig keine Abweichung von rechtstreuem Verhalten gegeben ist.³⁸

Ferner wurde der Begriff der „Kontaktperson“ in § 2 S. 1 Nr. 3 ATDG als zu unkonturiert und somit als verfassungswidrig verworfen.³⁹

Auch wurden mangelnde Dokumentationsmöglichkeiten und eine teils fehlende Konkretisierung des Gesetzes moniert, da eine rechtsstaatlich gebotene Klarheit über die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ATDG nicht gegeben sei.⁴⁰ Sollen diese Tatbestände der Vorschrift beibehalten werden, bedürfe es einer konkretisierenden Zusatzbestimmung durch den Gesetzgeber.

Ebenso wurde eine merkmalsbezogene „Inverssuche“ gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 lit. a ATDG für verfassungswidrig erklärt, falls sie Zugang zu den Grunddaten gestatte. Hiermit könne die für die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs notwendige Unterteilung in einfache und erweiterte Grunddaten gleichsam durch die Hintertür ausgehöhlt werden.⁴¹

IV. Bewertung

Einem Großteil der vom BVerfG gezogenen Schlüsse ist zuzustimmen. Insbesondere sind die gerügten Einzelvorschriften verfassungswidrig und bedürfen einer gründlichen Überarbeitung durch den Gesetzgeber.⁴² Insgesamt geht die Kritik an der Verfassungsmäßigkeit des ATDG jedoch nicht weit genug. Auch wird dem Missverhältnis zwischen den erheblichen Grundrechtseingriffen durch das ATDG sowie der damit einhergehenden Erosion des sicherheitsbehördlichen Trennungsgabotes auf der einen und dem legitimen, aber nur mangelhaft

erreichten Ziel einer verbesserten Terrorismusbekämpfung auf der anderen Seite nicht ausreichend Rechnung getragen.

1. Verfassungswidrigkeit der unbestimmten Begriffe in § 2 S. 1 Nr. 2 ATDG

So konnte aufgrund von Stimmengleichheit im *Senat* gemäß § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG keine Verfassungswidrigkeit bezüglich der Tatbestandsmerkmale der „rechtswidrigen Gewalt“ und des „vorsätzlichen Hervorrufens von Gewalt“ in § 2 S. 1 Nr. 2 ATDG festgestellt werden.⁴³ Die im Ergebnis tragende Senatsmeinung sieht in den Begriffen zwar das Potenzial einer zu weit gehenden Auslegungsmöglichkeit, hält aber eine verfassungskonforme Auslegung restriktiven Charakters für möglich. Dies gelte sowohl für den Gewaltbegriff als auch das Kriterium des Vorsatzes. Als Begründung wird angeführt, dass die Sicherheitsbehörden angaben, den Gewaltbegriff in der Praxis eher eng auszulegen und eine extensive Auslegung weder durch den Wortlaut der Norm, noch durch Gesetzeszweck indiziert sei. Auch der Vorsatz müsse daher auf willentliches Hervorrufen von Gewalt beschränkt werden.

Diese Argumentation vermag indes nicht zu überzeugen.

Zum einen hat sich der Gesetzgeber bewusst für einen weit zu verstehenden Gewaltbegriff entschieden, da er sich über Kritik und Gegenentwürfe während der Beratungen aktiv hinwegsetzte.⁴⁴ Selbst nach der tragenden Senatsmeinung wäre dieser weite Maßstab nicht mit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit vereinbar und somit verfassungswidrig.⁴⁵ Zum anderen kann es nicht auf die Aussage einiger weniger Behördenvertreter vor Gericht ankommen, um letztverbindlich zu entscheiden, ob die Praxis eine enge Auslegung konsequent aufrechterhält. Nicht nur ist die Liste der vom ATDG berechtigten Behörden, wie bereits erwähnt, auf verfassungswidrige Art und Weise zu unbestimmt, so dass gar nicht erst abschließend geklärt werden kann, welche Praktiken welcher Behörden überhaupt gemeint sind. Ferner fehlt durch die mangelnde Öffentlichkeit der Datenerhebung und -übermittlung das „kontradiktorische Wechselspiel“⁴⁶ von Verwaltungsgerichten und Sicherheitsbehörden, das eine enge Auslegung der Behörden kontrollieren könnte.

Auch läuft das tragende Verständnis des *Senats* den herrschenden strafrechtlichen Lehren von Gewalt und Vorsatz zuwider. Das Strafrecht spielt eine zentrale Rolle im Einsatz des ATDG und muss somit bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe herangezogen werden. So wird der Gewaltbegriff des Nötigungstatbestandes in § 240 StGB gerade weit

³⁶ BVerfG NJW 2013, 1499.

³⁷ BVerfG NJW 2013, 1499 (1508).

³⁸ BVerfG NJW 2013, 1499 (1510).

³⁹ BVerfG NJW 2013, 1499 (1510).

⁴⁰ BVerfG NJW 2013, 1499 (1513); zur Begründung vgl. auch SächsVerfGH NJ 2003, 473.

⁴¹ SächsVerfGH NJ 2003, 1514.

⁴² So in Teilen schon *Wolff/Scheffczyk*, JA 2008, 81.

⁴³ BVerfG NJW 2013, 1499 (1508).

⁴⁴ Unklarheit und unverhältnismäßige Reichweite des Gewaltbegriffs des § 2 Nr. 2 ATDG wurden ausgiebig kritisiert in BT-PlenProt. 16/71, S. 7100; BT-Innenausschuss, Protokoll Nr. 16/24, S. 55; A-Dr 16 [4]131 D, S. 10; A-Dr 16 [4]131 J, S. 10. Zum gescheiterten Gegenentwurf vgl. BT-Drs. 16/3642, S. 14 f.

⁴⁵ Vgl. BVerfG NJW 2013, 1499 (1508 f.).

⁴⁶ Ähnlich BVerfG NJW 2013, 1499 (1510).

ausgelegt.⁴⁷ Vorsatz im Sinne des § 15 StGB beinhaltet nach überwiegender Ansicht drei Alternativen, von denen der sog. Eventualvorsatz noch nicht einmal die moralische Billigung oder das sichere Wissen des Täters um das Hervorrufen von Gewalt im Sinne des § 2 Nr. 2 ATDG umfassen muss,⁴⁸ was eine Speicherung in der Antiterrordatei aufgrund der scharfen Grundrechtseingriffe als unverhältnismäßig auszeichnen würde. Eine durch den Wortlaut der Norm nicht indizierte Beschränkung des Vorsatzbegriffes auf *dolus directus* 1. Grades erscheint daher willkürlich.

Gerade im Datenschutzrecht sind die Anforderungen an die Normenklarheit aufgrund der komplexen und weitreichenden Regelungsinhalte besonders hoch.⁴⁹ Vom Gesetzgeber ist deshalb eine angemessene Präzision in der Formulierung zu verlangen und missglückte Passagen nicht mit der höchstgerichtlichen *Carte blanche* einer verfassungskonformen Auslegung durchzuwinken.

2. Unverhältnismäßige Erosion des informationellen Trennungsgebots

Weiterhin bestehen Bedenken ob der Relativierung des bislang, zumindest gesetzlich, strikt aufrechterhaltenen informationellen Trennungsgebots zwischen Polizeibehörden und Nachrichtendiensten.⁵⁰ Die Grundlage für eine organisationsrechtliche Trennung ergibt sich u.a. aus den unterschiedlichen Aufgabenfeldern der Verwaltungsorgane.⁵¹ Während Strafverfolgungs- und Polizeibehörden repressives bzw. aktiv-präventives Verhalten gesetzlich erlaubt ist, dürfen Informationsdienste nur informativ-präventiv gegen Gefahrenquellen vorgehen.⁵² Ob sich diese Trennung auch auf den Informationsaustausch bezieht und sie Verfassungsrang genießt, ist umstritten.⁵³ Zumindest ist das informationelle Trennungsprinzip nicht ausdrücklich im Grundgesetz normiert.⁵⁴ Tau-

schen die Behörden aber ihre Daten trotz organisatorischer Trennung aus, so wird die Separation praktisch umgangen, insbesondere, wenn wie bei der Antiterrordatei kein Richtervorbehalt mehr vonnöten ist, sondern die Behörden nach eigenem Gutdünken unkontrolliert sensible Daten weitergeben dürfen. Dieser Umstand kann theoretisch sogar zu einem Datenhandel führen, bei dem Behörden Informationen solange zurückhalten, bis sie Einsicht in sonst verwehrte Verschlusssachen bekommen. Die mangelnde Publizität der Datenübermittlung erschwert die richterliche Kontrolle dabei noch. Das BVerfG hat das informationelle Trennungsgebot daher auch mehrfach bestätigt, dabei aber Ausnahmen zugelassen.⁵⁵ Auch im hier besprochenen Urteil wird das informationelle Trennungsprinzip ausdrücklich anerkannt.⁵⁶ Den Überlegungen des BVerfG ist insoweit zuzustimmen, als es das Prinzip nicht als unumstößlich ansieht. In der Tat kann ein legitimer Grund gegeben sein, Informationen miteinander auszutauschen. Die Bekämpfung des sich stetig ausbreitenden internationalen Terrorismus ist von elementarer Bedeutung für das friedliche Zusammenleben und die Erhaltung der innerstaatlichen Demokratie. Daher sind Idee und Zweck des ATDG nicht verwerflich und im Grunde zu begrüßen. Wer jedoch rechtsstaatliche Zugeständnisse im Kampf gegen die Feinde der Demokratie macht, sollte darauf achten, nicht selbst in die Methodik des Gegners zu verfallen. So ist dem Ergebnis des BND-Urteils zwar zuzustimmen, dass eine Weitergabe im berechtigten Einzelfall möglich ist. Dem ATDG-Urteil ist auch beizupflichten, dass die Terrorismusbekämpfung eine legitime Ausnahme darstellt. Unverhältnismäßig ist allerdings, dass das ATDG das informationelle Trennungsgebot derart stark abschwächt. Diese Erosion des bis dato gesetzlich ehernen Prinzips ist nicht mehr verhältnismäßig, weil alle personenbezogenen Informationen in die Datei gem. § 2 ATDG verpflichtend eingespeist werden und nicht mehr im Einzelfall überprüft werden. So ist für andere Behörden nicht mehr ersichtlich, in welchem Zusammenhang bestimmte Daten gespeichert wurden. Der ursprüngliche Bedeutungshintergrund wird somit verwischt, was zu einschneidenden Fehlinterpretationen u.a. in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG führen kann.⁵⁷ Auf eine nur in Ausnahmefällen vorkommende operative Nutzung der Daten, was laut Gericht die Eingriffsschwere mindere,⁵⁸ kann es nicht ankommen. Vielmehr begründet gerade die Verknüpfung und Zusammenlegung bisher unverbundener Datenbestände die Gefahr, dass anhand von Einzeldaten umfassende Verdachtszusammenhänge konstruiert werden können, die dann ihrerseits als Grundlage für weitere erhebliche Grundrechtseingriffe dienen.⁵⁹ Ferner ist nicht auszuschließen, dass der nun erlaubte

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 104, 92 (102) = NJW 2002, 1031; instruktiv Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 14. Aufl. 2013, § 23 Rn. 2 ff.

⁴⁸ Ausführlich zu den Vorsatzarten Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 15 Rn. 64 ff.

⁴⁹ St. Rspr., vgl. BVerfGE 65, 1 (46) = NJW 1984, 419; BVerfGE 118, 168 (187) = NJW 2007, 2464; BVerfGE 120, 378 (408) = NJW 2008, 1505.

⁵⁰ So auch Kasiske, NJW-Spezial 2013, 312; vgl. Wolff/Scheffczyk, JA 2008, 81 (83).

⁵¹ Die Unterteilung in Strafverfolgung, Polizei und Informationsdiensten ergibt sich etwa aus den Art. 73 Abs. 1 Nrn. 9a, 10, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und Art. 87 Abs. 1 GG; vgl. h.M. mit unterschiedlichen Begründungen Kutscha, ZRP 1986, 194; Gusy, ZRP 1987, 45; Werthebach/Droste-Lehnen, DÖV 1992, 514 f.; Götz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 79 Rn. 43.

⁵² Näher Wolff/Scheffczyk, JA 2008, 81 (82).

⁵³ Bejahend BVerfG NJW 2013, 1499 (1505); Petri, Zeitschrift für Datenschutz 2013, 5 m.w.N.; ablehnend Wolff/Scheffczyk, JA 2008, 81 (84).

⁵⁴ Hierzu näher Zöller, JZ, 2007, 763 (767); Weisser, NVwZ 2011, 142 (144).

⁵⁵ BVerfGE 100, 313 (BND-Entscheidung), das die Weitergabe von nachrichtendienstlich gewonnenen Informationen an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden im berechtigten Einzelfall für verfassungsgemäß erklärte.

⁵⁶ BVerfG NJW 2013, 1499 (1505).

⁵⁷ Petri, ZD 2013, 3.

⁵⁸ BVerfG NJW 2013, 1499 (1505).

⁵⁹ Kasiske, NJW-Spezial 2013, 312 (313).

Informationsaustausch durch die Antiterrordatei den Charakter eines gesetzlich legitimierten Dammbereichs haben könnte: Wenn sich die informationelle Austauschpraxis der Polizei- und Nachrichtendienste verfestigt, ist nicht auszuschließen, dass die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Sicherheitsarchitektur durch wachsende Verschmelzung der Befugnisse zunehmend ausgehöhlt wird. Das kann für den Schutz diverser Grundrechte fatale Folgen haben, was die Verfehlungen der jüngeren deutschen Geschichte und die gegenwärtigen Strukturen mancher Staaten deutlich macht.

Weiterhin bestehen Zweifel an der Effizienz der Antiterrordatei, die unter dem Aspekt der hohen Eingriffsschwere umso mehr ins Gewicht fallen. Zum einen erscheint der in § 5 Abs. 2 ATDG geregelte Eilfall problematisch. Nicht nur verlangt er keinen direkten Bezug zur Terrorismusbekämpfung und ist in seinem Anwendungspotenzial, das nur die ausführende Behörde bestimmt, nahezu uferlos.⁶⁰ Er wurde seit Einführung der Datei 2007 auch erst ein einziges Mal, angeblich auch noch aufgrund einer Fehlbedienung, verwendet.⁶¹ Aufgrund der Unbestimmtheit und Verfahrensunsicherheit durch mangelnde richterliche Kontrolle ist die Verfassungswidrigkeit des § 5 Abs. 2 ATDG entgegen der Meinung des BVerfG nahelegend, insbesondere, weil der Eilfall auch aus praktischer Perspektive überflüssig erscheint.

Ebenso entbehrlich sind die erweiterten Grunddaten unter dem Blickpunkt der Eingriffsschwere. Wie das Gericht schon korrekt ausführt, dient die Antiterrordatei vor allem der Informationsanbahnung.⁶² Wie in der Praxis seit jeher üblich, wird man sich ohnehin direkt mit der über die Informationen verfügenden Behörde in Verbindung setzen, die möglicherweise über noch detailliertere Kenntnisse verfügt, als es die Datei vermuten lässt. Sie ist angesichts der Vollzugspraxis deshalb nur bei der Feststellung behilflich, ob überhaupt ein Anfangsverdacht bestehen könnte.⁶³ In Anbetracht der immensen laufenden Kosten, etwa durch verbrauchten Speicherplatz und Wartung, sowie der einschneidenden Grundrechtseingriffe scheinen somit auch die erweiterten Grunddaten unverhältnismäßig.

3. Handlungsempfehlung an den Gesetzgeber

Neben den vom BVerfG veranlassten Überarbeitungen des ATDG sollte die Vorschrift besonders im Hinblick auf Bestimmtheit und Effizienz hin korrigiert werden. Die Begriffe der „rechtswidrigen Gewalt“ und des „vorsätzlichen Hervorrufens von Gewalt“ in § 2 S. 1 Nr. 2 ATDG sind daher zu konkretisieren. Hierzu könnte der vom Gesetzgeber abgelehnte Gegenantrag erneut berücksichtigt werden. „Vorsätzlich“ ist in „absichtlich/wissentlich“ umzuändern. Der bemängelten Erosion des informationellen Trennungsprinzips sollte durch eine verbesserte Einzelfallregelung entgegenge wirkt werden. Dies könnte etwa durch schärfere Einstellungs voraussetzungen erreicht werden.⁶⁴ Der in § 5 Abs. 2 ATDG

geregelte Eilfall und die erweiterten Grunddaten § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ATDG sind mangels Nutzen und in Anbetracht des hohen Eingriffspotenzials und der inhärenten Kosten aus dem Gesetz zu entfernen. Auch sollte man den Blick auf die gesetzlichen Lösungen anderer Staaten richten, um etwaige Hinweise zu einer wirksameren Gestaltung ausfindig zu machen.

*Stud. iur. Jan-Willem Prügel, Heidelberg**

⁶⁰ Wolff/Scheffczyk, JA 2008, 81 (87).

⁶¹ Petri, ZD 2013, 7 f.

⁶² BVerfG NJW 2013, 1499 (1505).

⁶³ Petri, ZD 2013, 8.

⁶⁴ So auch Wolff/Scheffczyk, JA 2008, 81 (88).

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft im 6. Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist Chefredakteur der Studentischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg (StudZR).

Buchrezension

Stefan Rolletschke, Steuerstrafrecht, 4. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2012, 339 S., € 29,80

In den letzten Monaten ist das Thema „Steuer, Steuerhinterziehung und Selbstanzeige“ immer wieder und immer mehr in den Blickpunkt der Öffentlichkeit gerückt. Auch bedingt durch die verstärkte internationale Bekämpfung von Steuerbetrug gewinnt dieser Teil des Strafrechts immer mehr an praktischer Bedeutung. Wer sich beruflich mit dem Steuerstrafrecht befassen will, der muss sowohl über steuerrechtliche als auch über strafrechtliche Fachkenntnisse verfügen. Zudem weist die Rechtsmaterie Steuerstrafrecht zahlreiche Besonderheiten auf. Der Wunsch nach zielgerichteter Einführung in das Steuerstrafrecht ist verständlich.

So verschieden wie die Ausbildungsgänge für das Steuerstrafrecht sind, so verschieden könnte auch die Ausbildungsliteratur sein. Das rechtswissenschaftliche Studium an den deutschen Universitäten berücksichtigt mehr oder weniger stark das Rechtsgebiet Steuer(straf)recht. Auf Fachhochschulniveau gibt es verschiedene Studiengänge die sich schwerpunktmäßig dem Steuerrecht mit dem Steuerstrafrecht widmen. Auf dem Markt der Literatur zum Steuerstrafrecht gibt es vom reinen Handbuch bis zum Kommentar verschiedenes. Dennoch ist reine Studienliteratur rar, da die meisten Werke wegen der praktischen Bedeutung die Perspektive der Strafverteidigung favorisieren. Steuerstrafrecht von *Rolletschke* erscheint als Lehrbuch der Rechtswissenschaft in 4. Auflage. Das Lehrbuch war zum ersten Mal im Jahr 2004 erschienen. Es richtet sich an Studenten, die sich in den Wahlfächern Steuerrecht oder Wirtschaftsrecht erstmals mit der Rechtsmaterie befassen und soll auch anderen einen Einstieg in das praxisrelevante Rechtsgebiet ermöglichen. Unter Verweis auf *Dannecker* ist es nach dem Vorwort von *Rolletschke* angesichts der Fülle der Probleme und Fragen notwendig, zeitnah über neuere Entwicklungen informiert und unterrichtet zu werden. Dies gehört demnach auch zur Aufgabenstellung des Lehrbuchs Steuerstrafrecht von *Rolletschke*. Die steuerrechtliche Wirklichkeit hat *Rolletschke* Recht gegeben, als er bei der Neubearbeitung für die 4. Aufl. auf die Darstellung eines etwaigen deutsch-schweizerischen Steuerabkommens bewusst verzichtet hat. Die Neuregelung der Selbstanzeige durch das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz vom 28.4.2011 ist in der bereits im Jahr 2012 erschienenen 4. Auflage des Lehrbuchs eingearbeitet.

Das Lehrbuch „Steuerstrafrecht“ enthält sechs Teile, zwei Anhänge und ein Sachverzeichnis. Im ersten Teil und im zweiten Teil werden das materielle Steuerstrafrecht und das materielle Ordnungswidrigkeitenrecht behandelt. Der dritte Teil stellt die Verjährung für die Sanktionen und die Besteuerung dar. Im vierten Teil sind knapp über 50 Seiten der Selbstanzeige gewidmet. Der fünfte Teil behandelt das Strafverfahren und der sechste Teil das Verhältnis von Strafverfahren und Besteuerungsverfahren. Mit den Auflagen des Lehrbuchs hat auch der Umfang der einzelnen von *Rolletschke* bearbeiteten Teile zugenommen. Die Darstellung der Rechtsmaterie erfolgt übersichtlich und systematisch. Zahlreiche Bei-

spiele und „Anmerkungen“ fördern den praktischen Einstieg in das Steuerstrafrecht. Ein Anhang mit Aufbauschemata und Steuerrechtssystematiken ergänzt die Ausführungen. Der Fokus liegt hier auf den vollendeten Handlungen sowie der Einkommen- und Umsatzsteuer. Den Ausführungen von *Rolletschke* ist ein Literaturverzeichnis vorangestellt. Das Sachverzeichnis am Ende des Lehrbuchs ermöglicht ein schnelles Auffinden, wenn die Stichwörter soweit geläufig sind.

Der erste Teil des materiellen Steuerstrafrechts hat mit 150 Seiten einen erheblichen Anteil an den gesamten Ausführungen von *Rolletschke* zum Steuerstrafrecht. Er behandelt den Grundtatbestand der Steuerhinterziehung. *Rolletschke* legt hier ein enges Begriffsverständnis zu Grunde, schichtet demnach die Zollstraftaten des Bannbruchs (§ 372 AO), des gewerbsmäßigen, gewaltsamen und bandenmäßigen Schmuggels (§ 373 AO) und der Steuerhellerie (§ 374 AO) ab und beschränkt sich auf die Darstellung der Steuerhinterziehung nach § 370 AO. *Rolletschke* belässt es trotzdem nicht bei einer abstrakten Beschreibung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Strafnorm, sondern steuert zahlreiche Beispiele für das Verständnis bei. Die Definition des mit § 370 Abgabenordnung geschützten Rechtsgutes durch *Rolletschke* ist sinnvoll, da er nicht nur auf den Steueranspruch, sondern auch auf die Variante der Steuererstattung abstellt. Dies hat mit den steuerlichen Entlastungen im Verbrauchsteuerrecht auch eine erhebliche praktische Bedeutung. Der Thematik Blankettstrafrecht schenkt *Rolletschke* nur zwei Seiten. Die Regelungstechnik im Steuerstrafrecht ist gerade für das juristische Studium beispielhaft und sollte in einem Lehrbuch entsprechende Berücksichtigung finden können. Mit Verweisungen auf europäisches Recht überlässt es der deutsche Strafrechtsgeber zudem dem europäischen Gesetzgeber, den eigentlichen Inhalt der nationalen Strafnorm zu konkretisieren. Steuerliche Erklärungspflichten (S. 21) enthalten auch die Zoll- und Verbrauchsteuervorschriften, wo europäisches Recht Einzug gehalten hat. Die Tathandlung des § 370 Abs. 1 Nr. 3 AO (pflichtwidriges Unterlassen der Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern) wird von *Rolletschke* als Sonderfall erläutert. Sie reduziert sich aktuell zwar auf die Tabaksteuer, ist aber gleichberechtigte Variante neben der Nr. 1 und der Nr. 2 und wegen des Konsums unsteuerter Tabakwaren auch von erheblicher praktischer Relevanz.

Obwohl Steuern im Sinne der Abgabenordnung, werden Zölle und Verbrauchsteuern von *Rolletschke* nicht behandelt. Da das Europäische Recht einen immer größeren Stellenwert in der juristischen Ausbildung hat, wären Ausführungen zu dem strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, wozu auch die Zölle gehören, für angehende Juristen sicherlich interessant. Die Möglichkeiten der Harmonisierung des Steuerstrafrechts in der Europäischen Union sind mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union größer geworden. Zumindest sollte in dem Literaturverzeichnis ein Hinweis auf Basisliteratur zu diesen Steuern erfolgen (z.B. *Bender/Möller/Retemeyer*, Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht, 29. Lieferung 12/2013; *Beck/Bendix/Huchatz*, Lehrbuch Abgabenrecht für Zölle und Verbrauchsteuern – Einschließlich Steuerstrafrecht, 2012;

Dannecker/Janssen, Steuerstrafrecht in Europa und den Vereinigten Staaten, 2007).

Im zweiten Teil behandelt *Rolletschke* das materielle Steuerordnungswidrigkeitenrecht. Praxisgerecht umfasst der Teil nicht nur die bedeutenden Steuerordnungswidrigkeiten der leichtfertigen Steuerverkürzung (§ 378 AO) und Steuergefährdung (§ 379 AO), sondern auch die aktuellen Vorschriften zur Bekämpfung des Umsatzsteuerbetrugs wegen der Schädigung des Umsatzsteueraufkommens (§§ 26b, 26c UStG). Wegen der Ausführungen können viele Verweise zu dem ersten Teil erfolgen. Dennoch macht *Rolletschke* mit Beispielen die Unterschiede der Steuerhinterziehung und der leichtfertigen Steuerverkürzung beim Täterkreis und der subjektiven Tatseite ausführlich deutlich.

Der dritte Teil behandelt die Verjährung. Die Ausführungen umfassen die Verjährung der Steuerstraftaten und der Steuerordnungswidrigkeiten sowie die Verjährung im Besteuerungsverfahren. Praktische Bedeutung hat das auf S. 248 behandelte Auseinanderfallen der Verjährungszeitpunkte. Die Verjährung kann auch den Umfang einer Selbstanzeige bestimmen. Die strafrechtliche Verjährung beträgt grundsätzlich fünf Jahre (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB). Seit dem 25.12.2008 gilt jedoch § 376 AO in neuer Fassung, wonach in den in § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 5 AO genannten Fällen die strafrechtliche Verjährungsfrist zehn Jahre beträgt. Liegt beispielsweise eine Steuerhinterziehung in großem Ausmaß vor (§ 370 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 AO – nach neuester Rechtsprechung des BGH in der Regel bei einem Betrag von 50.000,00 € bzw. bei Nichtfestsetzung von 100.000,00 €), muss eine Selbstanzeige bis zu zehn Jahre umfassen, damit sie strafbefreiende Wirkung entfalten kann.

Wegen der aktuellen Brisanz ist der vierte Teil über die Selbstanzeige (§ 371 AO) mit der Neuregelung des Selbstanzeigerechts wichtige Erkenntnisquelle. Eingearbeitet sind die Änderungen und Verschärfungen durch das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz vom 28.4.2011. Praktische Bedeutung haben die neugefassten Sperrtatbestände. Zu Recht sieht *Rolletschke* in den Beamten des Arbeitsbereichs Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) der Zollverwaltung Tatentdecker (S. 286). Die Prüfungen nach dem SchwarzArbG durch die FKS und damit einhergehende Feststellungen zu Steuerhinterziehung haben an praktischer Bedeutung erheblich zugenommen.

Im fünften Teil geht es dann um das Steuerstrafverfahrensrecht. Die Ausführungen zu den Zuständigkeiten der Behörden und deren Zusammenspiel sind hilfreich. Die Straf- und Bußgeldsachenstelle als „kleine“ Staatsanwaltschaft im selbständigen Ermittlungsverfahren ist eine Spezialität des Steuerstrafrechts. Die Darstellung der Besonderheiten im Ermittlungsverfahren und beim Verfahrensabschluss runden die Ausführungen ab.

Der letzte und sechste Teil behandelt das Verhältnis von Strafverfahren und Besteuerungsverfahren. Der *nemo tenetur*-Grundsatz des Strafverfahrens und die Mitwirkungspflichten im Besteuerungsverfahren zeigen den Konflikt deutlich. Die Verwendung der im Strafverfahren rechtmäßig gewonnenen Erkenntnisse, auch durch Abhörmaßnahmen, für das Besteuerungsverfahren ist dennoch konsequent und interessant.

Fazit: Das Lehrbuch ermöglicht eine Durchdringung der Rechtsmaterie Steuerstrafrecht. Dies wird durch die praktische Tätigkeit von *Rolletschke* als Leiter des Staatlichen Rechnungsprüfungsamts für Steuern in Münster gefördert. Insgesamt bietet es einen sehr guten Überblick über die Grundstrukturen des Steuerstrafrechts. Die umfangreiche Zitation erschließt weitere Quellen steuerstrafrechtlicher Entscheidungen und Literatur, um das Thema zu vertiefen. Das Lehrbuch ist auch für den Einstieg der verschiedenen finanzbehördlichen Strafverfolgungsorgane (Steuerfahndung, Zollfahndung, Finanzkontrolle Schwarzarbeit) in das Steuerstrafrecht besonders geeignet. *Rolletschke* unterstützt mit dem Lehrbuch einen offenen Diskurs des Themas Steuerstrafrecht.

Oberregierungsrat Dr. Thomas Möller, Dipl.-Kaufmann, Dipl.-Finanzwirt, Osnabrück