

AUSGABE 2/2014

S. 56 - 96

9. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht*

**Der Abwägungsgedanke und der „evidenzbasierte Blick“ in der Beschneidungsdebatte**

Von Prof. Dr. Rolf D. Herzberg, Bochum

56

**Beweisen oder Bewerten**

**Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz**

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

66

##### *Ausländisches Strafrecht*

**Strafrechtliche und strafprozessuale Aspekte der neuen Korruptionsbestimmungen im österreichischen Strafrecht**

Von Prof. Dr. Dr. Maria Eder-Rieder, Salzburg

71

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

**Philipp Horrer, Bestechung durch deutsche Unternehmen im Ausland – Strafrechtsentwicklung und Probleme, 2011**

(Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, München)

89

##### *Völkerstrafrecht*

**Richard H. Steinberg (Hrsg.), Assessing the Legacy of the ICTY, 2011; Bert Swart/Alexander Zahar/Göran Sluiter (Hrsg.), The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 2011**

(Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.)

92

#### VARIA

##### *Tagungsbericht*

**Tagungsbericht: Anti-Corruption: the severity, causes and countermeasures of the global corruption**

**Das fünfte Forum zum Thema Kriminalität und Strafrecht im Zeitalter der Globalisierung vom 26.10.-28.10.2013 in Peking, China**

Von Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. Daphne Petry, LL.M. (Canterbury), Osnabrück

339

#### 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

# Der Abwägungsgedanke und der „evidenzbasierte Blick“ in der Beschneidungsdebatte

Von Prof. Dr. Rolf D. Herzberg, Bochum

## I. Der Abwägungsgedanke

### 1. Wolfgang Thierse's Ansatz

„Was ist Toleranz?“, fragt *Wolfgang Thierse*, der frühere Präsident des Deutschen Bundestages, mit der Überschrift eines Artikels, dem seine Neujahrsrede zugrunde liegt.<sup>1</sup> Unter dem Aspekt dieser Frage betrachtet der *Autor* u.a. den Streit „um die Beschneidung des männlichen Kindes“ und die Debatte um Verbot und Gestattung, ausgetragen „vor Gericht, an Stammtischen, in den Medien und zu guter Letzt im Deutschen Bundestag“. *Thierse* zweifelt nicht an der Richtigkeit einer Lehre, die er wie folgt wiedergibt: „In dieser Debatte hatten wir es mit einer Güterabwägung zwischen verschiedenen Grund- und Menschenrechten zu tun: Dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit, dem elterlichen Sorgerecht“ und – hier setzt er den Schwerpunkt – „der Religionsfreiheit“. Dieses „umfassende Menschenrecht“ erstreckt *Thierse* im Prinzip auf das, was jeweils die Religion ihren Anhängern streng gebietet, was „zum Kern der Identität einer Religionsgemeinschaft gehört“. Die Grenzen des Freiheitsrechts zu bestimmen sei keineswegs Sache des Staates, sondern „der Religionsgemeinschaft selbst und der Zivilgesellschaft“. Doch heiße das nicht etwa, dass „kulturelle Eigenarten oder religiöse Praktiken [...] sakrosankt“ seien. „Auch sie müssen abgewogen, die Gründe gewichtet werden.“ Im Streit um die religiöse Beschneidung hat diese Abwägung den Abgeordneten *Thierse* im November 2012 dahin geführt, mit der Mehrheit zu stimmen, das heißt in den Grenzen des damaligen Gesetzesentwurfs (inzwischen beschlossen und verkündet als § 1631d BGB) ein Recht der Eltern auf Beschneidung ihrer männlichen Kinder zu bejahen und in entsprechendem Maß – wogegen eine starke Minderheit im Parlament verzweifelt angekämpft hatte – den rechtlichen Schutz der Kinder vor der Verletzung ihrer Körper zu verneinen. Seine Gründe deutet er in der Neujahrsrede an: Man darf „das Menschenwohl nicht allein in materiellen Dimensionen bestimmen“ (die körperliche Unversehrtheit rechnet *Thierse* anscheinend zu den „materiellen“ Werten), sondern auch „geistige, geistliche und kulturelle Dimensionen“ sind einzubeziehen. Wer es anders sieht, „reduziert das volle Freiheitsrecht der Religion auf negative Religionsfreiheit und propagiert Säkularismus als staatlich verordnete Weltanschauung“. Aus diesem Geiste heraus hatte sich *Thierse* schon in seiner Bundestagsrede am 22.11.2012 ausdrücklich gegen mich und meine These gewandt, dass im Streit um die Beschneidung metaphysische Behauptungen keine relevanten Argumente sein können. Nach ihm hat es also für die Frage der Kindeswohl dienlichkeit Gewicht, wenn auch nicht unbedingt ein ausschlaggebendes, dass die zuständige Religionsgemeinschaft lehrt und die Eltern glauben, durch die Beschneidung dem Kind einen vorteilhaften Bund mit Gott zu verschaffen.

### 2. Zur Gewichtung der Religionsfreiheit

#### a) Absoluter Vorrang?

Was zunächst „die Religionsfreiheit“, genauer das aus Art. 4 Abs. 2 GG folgende Recht betrifft, so erscheint auf den ersten Blick der Gedanke des Gewichtenmüssens durchaus plausibel und naheliegend. Ja, man ist versucht, speziell diesem Recht ein ganz besonderes, ein so großes Gewicht zu geben, dass dagegen nichts ankommt. Denn wer den Blick auf Art. 4 GG beschränkt, das Grundgesetz nicht zu Ende studiert und sich keine konkreten Beispiele vor Augen führt, mag die Freiheit der Religionsausübung geradezu für „abwägungsfest“ halten und fragen, wie irgendein Gegeninteresse jemals diese Freiheit einschränken könne. Art. 4 Abs. 2 GG gewährleistet ja *umfassend* die „ungestörte Religionsausübung“. Ausnahmen sind nicht vorgesehen, das heißt es ist kein „Gesetzesvorbehalt“ angefügt. Ganz anders beim „Recht auf körperliche Unversehrtheit“, wovon nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG „auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden“ darf. Das könnte den oberflächlichen Betrachter annehmen lassen, dass Religionsausübung schlechthin, unter allen denkbaren Umständen, ungestört bleiben müsse, und dass der dies anordnende Art. 4 Abs. 2 GG zugleich das Gesetz sei, das frommen Eltern die Beschneidung ihres Sohnes als Eingriff in dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit erlaube; eine Erlaubnis, die also schon vor Inkraftsetzung des § 1631d BGB bestanden und die das LG Köln<sup>2</sup> verkannt habe.

Aber diese Hypothese hält der Erprobung nicht stand. Das zeigt sich im Falle einer Zirkumzision, zu deren Legitimierung *allein* Art. 4 Abs. 2 GG in Betracht kommt. Angenommen, jüdische Eheleute haben sich schon vor der Geburt ihres Kindes scheiden lassen. Die „elterliche Sorge“ ist vom Gericht allein der Mutter zugewiesen, die sich entschieden gegen die Beschneidung ausgesprochen hat. Als dem Vater das Kind für einen Tag anvertraut ist, nutzt er das zusammen mit einem befreundeten Arzt aus, das Ritual „nach den Regeln der ärztlichen Kunst“ zu vollziehen. Der Vater mag sich darauf berufen, er habe damit im Geiste Abrahams eine religiöse Pflicht erfüllt, die ihm als dem Vater obliege und die „zum Kern der Identität seiner Religionsgemeinschaft“ gehöre. Aber diese Pflichterfüllung war eine körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung im Sinne von § 223 StGB. Als ein straffatbestandsmäßiges Verhalten bedarf sie also der Rechtfertigung. Diese kann man für den – nicht sorgeberechtigten! – Vater allenfalls aus Art. 4 Abs. 2 GG herleiten. *Fischer* hält die Verneinung für selbstverständlich: „Es besteht kein Zweifel daran“, sagt er, „dass sich individuelle und kollektive Religionsfreiheit *innerhalb* der staatlichen Rechtsordnung zu vollziehen haben [...]. Aus Art. 4 GG ergibt sich kein Anspruch, den eigenen religiösen Glauben durch [...] Verstümmelung anderer Menschen zu vollzie-

<sup>1</sup> *Thierse*, Die Zeit v. 2.1.2014, S. 46.

<sup>2</sup> LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 = NJW 2012, 2128.

hen“.<sup>3</sup> Genauso sehen es *Hörnle* und *Huster*: Es ist „ausgeschlossen, über die Religionsfreiheit die Rechtsmacht zu Übergriffen in die Rechte Dritter zu erlangen. Niemand muss sich eine Körperverletzung gefallen lassen, weil der Eingreifende meint, damit ein religiöses Gebot zu erfüllen“.<sup>4</sup>

### b) Absoluter Nachrang: Art. 140 GG

Aber *wieso* ist das ausgeschlossen? Ist die Zulassung solcher Eingriffe nicht gerade der Sinn der umfassenden Gewährleistung freier Religionsausübung? Sucht man bei den Experten des Verfassungsrechts nach einer Begründung, so stößt man dort auf die herrschende Lehre von den „immanenten Schranken“, die auch den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten gezogen seien. Diese Lehre leistet kaum mehr, als das „Rechtsgefühl“ zur Geltung zu bringen: Ungerechte und unzumutbare Belastungen Dritter oder auch willkürliche Missachtungen allgemeingültiger Regeln, z.B. des Straßenverkehrs, kann das Grundrecht nicht legitimieren. Es mag sein, dass andere Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt – z.B. die Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG – sich in ihrer rechtlichen Auswirkung tatsächlich nur auf diesem unsicheren Wege mit der Vernunft in Einklang bringen lassen. Zur Religionsausübungsfreiheit haben wir aber eine recht präzise Gesetzesaussage von sogar verfassungsrechtlichem Rang. Art. 140 GG lässt nämlich einige Artikel „der deutschen Verfassung vom 11. August 1919“, der sog. „Weimarer Reichsverfassung“ (WRV), als „Bestandteil dieses Grundgesetzes“ weitergelten. Dazu gehört Art. 136 WRV, in dessen erstem Absatz es heißt: „Die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt.“ Das Grundgesetz selbst bestimmt also, dass niemandem die Ausübung seiner Religion einen Eingriff in fremde Rechte gestattet, etwa in das Hausrecht, das Eigentum, die Ehre, die Körperintegrität, und dass sie niemanden von einer Rechtspflicht entbindet, etwa der Pflicht, strafrechtliche Verbote und Gebote oder die Straßenverkehrsregeln zu befolgen. Denn alle diese Rechte und Pflichten sind solche des Staatsbürgers. Sie erfahren auch nicht die geringste Einschränkung, wenn sie mit eigenen oder fremden Interessen an „freier Religionsausübung“ kollidieren. Der Pilger z.B., der einsam seinen Pilgerpfad wandelt und seine Gebete murmelt, hat also das Recht auf diese Religionsausübung durchaus nicht unter allen Umständen. Trifft er etwa auf ein vom Rad gestürztes Kind, das ein Bein gebrochen hat und auf seine Hilfe angewiesen ist, dann muss er sein Pilgern und Beten unterbrechen. Es ist seine staatsbürgerliche und strafrechtliche Pflicht, Hilfe zu leisten, und in der Kollision von Grundrecht (Art. 4 Abs. 2 GG) und Rechtspflicht (§ 323c StGB) schlägt diese jenes glatt aus dem Feld. Oder betrachten wir den Moslem, der in einem Restaurant unter lauter speisenden Gästen plötzlich einen kleinen Teppich auf dem Boden ausrollt, niederkniet und zu beten anfängt! Darf ihn die Herrin des Hauses darin stören? Oh ja! Nach eindeutiger Aussage unserer Verfassung

<sup>3</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 223 Rn. 45a, 48 (*Hervorhebung des Verf.*).

<sup>4</sup> *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 328 (331).

wird ihr bürgerliches Hausrecht nicht dadurch beschränkt, dass der Mann auf dem Teppich seine Religionsfreiheit ausübt. Er begeht einen rechtswidrigen Hausfriedensbruch, wenn er ihren Protest missachtet, weiterbetet und schließlich, nach der Aufforderung, das Restaurant zu verlassen, „sich nicht entfernt“ (§ 123 StGB).

Man muss sich das – anhand der beiden Beispiele – klar machen: Das Grundrecht des Art. 4 Abs. 2 GG verschafft dank der Einschränkung durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV dem Ausübenden nicht einmal die Erlaubnis, für kurze Zeit ein fremdes Hausrecht zu beeinträchtigen, und ebenso wenig die Lizenz, eine gebotene Hilfeleistung zu unterlassen. Die Rechte der Betroffenen, das Hausrecht, der Anspruch auf Hilfe, und entsprechend die Pflichten des Betenden, nämlich keinen Hausfriedensbruch zu begehen (§ 123 StGB) bzw. die gebotene Hilfe zu leisten (§ 323c StGB), „werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit“ nicht „beschränkt“. Die Dinge liegen also genau umgekehrt, als man zunächst anzunehmen geneigt ist: Die Abwägung, die *Thierse* für notwendig hält, verbietet sich, aber nicht, weil die Religionsausübungsfreiheit allemal den Vorrang, sondern weil sie allemal den Nachrang hat.

### c) Religiosität versus Säkularismus

Darf man solcher Gesetzesauswertung entgegensetzen, sie reduziere „das volle Freiheitsrecht der Religion auf negative Religionsfreiheit“? Dieser Begriff scheint mir auch in *Thierse*s Kontext fehl am Platz. Es handelt sich um einen terminus technicus, der lauter Negationen umfasst. So meint er etwa, dass man auch die Freiheit habe, seinen religiösen Glauben vor jedermann zu verschweigen oder sich offen als areligiös, als Atheist, als Agnostiker zu bekennen und für den eigenen Standpunkt zu werben. Es steht aber überhaupt nicht zur Debatte, dass man in religiösen Angelegenheiten *allein* dies dürfe, dass die Freiheit auf eine Wahl in diesem Rahmen *beschränkt* sei. In welchen „Dimensionen“ ein ernst zu nehmender, rechtsstaatlich gesonnener Gesprächsteilnehmer das „Menschenwohl“ auch bestimmen mag, er wird aus Art. 4 GG immer auch die Freiheit des Menschen ableiten, sich positiv zum Islam, zum Judentum, zu den Zeugen Jehovas zu bekennen und in aktivem Handeln sein Leben danach zu gestalten.

Etwas anders steht es um *Thierse*s Vorwurf an die Adresse bestimmter Gegner, dass sie den „Säkularismus als staatlich verordnete Weltanschauung“ propagieren. Nicht gerade diese „Weltanschauung“ schreiben uns der Staat und seine Gesetze vor, durchaus aber eine säkularistische „Rechtsanschauung“, nämlich dass die weltliche Rechtspflicht stets Vorrang habe vor einem (wirklichen oder subjektiv angenommenen) Verhaltensbefehl der Religion, den zu befolgen mit der Rechtspflicht unvereinbar ist. Dass in meinen Beispielen der Moslem religiös verpflichtet sein mag, unverzüglich sein Abendgebet zu verrichten, und der jüdische Vater, für seinen Sohn durch Beschneidung den Bund mit Gott zu stiften, ist rechtlich gesehen ohne Belang. Unter den gegebenen Umständen war ihre Religionsausübung eine Missachtung von Rechtspflichten. Der Moslem musste der „Aufforderung des Berechtigten“ folgen (§ 123 StGB), der jüdische Vater war

verpflichtet, das mütterliche Recht der „Personensorge“ zu respektieren und die „körperliche Unversehrtheit“ des Kindes zu wahren durch Unterlassen jeder „Körperverletzung“ (Art. 2 GG, § 223 StGB).

Dass ich damit die Rechtslage in puncto Religionsfreiheit richtig dargestellt habe, scheint mir kaum bestreitbar. Wie kommt es aber dann, dass im Streit „um die Beschneidung des männlichen Kindes“ nach der Verkündung des Kölner Urteils dessen Kritiker sich zur Rechtfertigung der folgenschweren Körperverletzung in erster Linie – wie es jetzt wieder *Thierse* tut – auf Art. 4 GG berufen haben? Ich erkläre es mir damit, dass sich diese Begründung am besten eignet, das Gewissen zu beschwichtigen. Denn eine Zirkumzision tut ja dem wehrlosen, oft bitterlich weinenden Kind ein schmerzliches Leid an mit lebenslangen Folgen. Ein empathiefähiger Mensch kann das schreckliche Abschneiden des Präputiums nur veranlassen, ausführen oder gutheißen, wenn es *notwendig* ist. Dies wird er natürlich bejahen im Fall einer – wirklichen und nicht nur vom Arzt aus Gefälligkeit oder Geldgier behaupteten – medizinischen Indikation. Die Beschneidung dient dann, wie eine Blinddarmoperation, dem Wohl des Kindes, das heißt man darf annehmen, dass sie dem Kind mehr Leid erspart als zufügt. In einem anderen Sinn notwendig ist die Beschneidung aber auch dann, wenn nur durch sie eine religiöse Pflicht oder doch ein religiöses Anliegen erfüllt werden kann – in diesem Fall nicht zum Wohl des Kindes, sondern zum Wohl derer, denen an der Beschneidung um der Religion und der Tradition willen gelegen ist. Darum die intuitiv-vorrangige Berufung auf Art. 4 GG: Die Beschneidung, so denken viele, muss erlaubt sein, weil das Verbot dieser Religionsausübung schmerzliche Entbehrung bewirkt, den religiösen Menschen demütigt und dieses Erwachsenenleid größer wäre als das Leid, das dem Kind dank des Verzichtes auf die Beschneidung erspart bliebe. So kann man aber nicht fühlen, wenn das Beschneidenwollen Gründe hat, die angesichts des kindlichen Leides ohne Gewicht sind oder uns sogar empören. Die Beschneidung dient etwa der ästhetischen Flause, sie verschönere den Penis, oder areligiöse Eltern veranlassen sie widerwillig und voller Abscheu, weil davon eine Geldzahlung der Großeltern abhängt.

Das drängt dahin, dem Beschneidendürfen die würdig-religiöse Begründung zu geben oder es sogar darauf zu beschränken. Aber die juristische Analyse hat gezeigt, dass auch die strengste religiöse Pflicht, auch das lauterste religiöse Motiv *als solches* niemals die Kraft haben kann, den Beschneidungsakt zu legitimieren. Erinnern wir uns an das Beispiel! Der Vater sieht sich biblisch verpflichtet, seinen Sohn zu beschneiden, und er handelt zur Ausübung seiner Religion, die ihm dies befiehlt. Aber die Mutter kann, im Rahmen der ihr allein obliegenden „Personensorge“, auch eine religiös motivierte Beschneidung verbieten. Von Abwägung keine Spur! Wie hoch man den Wert der Ausübungsfreiheit auch veranschlagt, die Rechte des Kindes und der Mutter wiegen schwerer, sie waren für den Vater und den Arzt, um *Thierse*s Wort zu gebrauchen, „sankrosankt“. Die Täter haben sich mindestens nach § 223 StGB strafbar gemacht.

### 3. Legitimation über das elterliche Sorgerecht

Wenn der neue § 1631d BGB mit seiner begrenzten Beschneidungserlaubnis außerhalb der medizinischen Erforderlichkeit überhaupt eine verfassungsrechtliche, ihn legitimierende Grundlage hat, dann findet sie sich nicht in Art. 4 GG, sondern allenfalls in Art. 6 GG. Und immerhin kann man sagen, dass *Thierse* insoweit im Prinzip recht hat: In manchen Lebensbereichen kommt es an auf eine „Güterabwägung zwischen [...] dem Recht des Kindes auf körperliche und seelische Unversehrtheit“ und „dem elterlichen Sorgerecht“, im Art. 6 Abs. 2 GG bezeichnet als „das natürliche Recht der Eltern“ auf „Pflege und Erziehung der Kinder“. Dass dieses Recht in der Abwägung, was auf den ersten Blick verblüffen mag, Vorrang haben kann vor dem Recht des Kindes, nicht verletzt zu werden, zeigt der Vergleich der Befugnisse im Umgang mit eigenen Kindern auf der einen und fremden auf der anderen Seite. Dem eigenen Sohn dürfen die Eltern, etwa anlässlich seiner Einschulung, auch gegen seinen Protest die langen Mädchenlocken abschneiden. Ja, sogar schwerwiegende Eingriffe dürfen sie veranlassen, z.B. eine medizinisch erforderliche Zirkumzision oder vielleicht sogar, zur Vermeidung seelischen Leides, eine kosmetische Operation an den Ohrmuscheln. Anders bei einem fremden Kind, das sie während der Sommerferien betreuen. Da dürften sie solche Körperverletzungen auf eigene Faust weder verüben noch veranlassen, selbst wenn die Eingriffe dem Wohl des Kindes dienen würden.

So hat auch der Gesetzgeber dem politischen Druck mit einer Regelung nachgegeben, die verfassungsrechtlich allein auf Art. 6 GG gestützt ist. Das Einwilligungensrecht, von dem die Rechtmäßigkeit des Beschneidungsaktes abhängt, wird gebunden an die „Personensorge“ und nicht beschränkt auf die Einwilligung in religiös-rituelle Beschneidungen. „Die Regelung“, heißt es in der Begründung des Entwurfs, „differenziert [...] nicht nach der Motivation der Eltern, insbesondere enthält sie keine Sonderregelung für religiös motivierte Beschneidungen“. Die Verfasser berufen sich ausdrücklich auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und sie sehen keine Befugnis neu begründet, sondern das Einwilligungsrecht der Eltern nur „klargestellt“;<sup>5</sup> und zwar mit dem ersten Satz des § 1631d BGB: „Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll.“ Die Einwilligung der Eltern in die Beschneidung wird also als ein Akt der „Personensorge“ ausgegeben und damit als eine Maßnahme, die die Eltern – nach der für alle „elterliche Sorge“ gültigen Vorgabe des § 1627 BGB – „zum Wohl des Kindes“ treffen.

#### a) Rationale und metaphysische Erwägungen zum Kindeswohl: Die Schranke des Strafrechts

Eine schwerwiegende, medizinisch unnötige Verletzung des Geschlechtsteils, beim Mädchen ohne Differenzierung nach dem Schweregrad „Verstümmelung“ genannt (§ 226a StGB),

<sup>5</sup> BT-Drs. 17/11295, S. 16.

soll dem „Wohl“ des Kindes dienen? Diese Annahme ist eine dermaßen dreiste Verkehrung der Wahrheit, eine solche Missachtung der Wirklichkeit, dass es mir nicht gelingt, eine darauf beruhende Regelung zu akzeptieren und mit dem Grundgesetz im Einklang zu sehen. Sie setzt sich hinweg über das empirisch Erkennbare, ja auf der Hand Liegende. Tausende und Abertausende in aller Welt beklagen den Schmerz, den sie selbst erlitten oder als Mütter mitgeföhlt haben, und oft auch die lebenslangen Folgen, unter denen sie selbst leiden oder deretwegen sie sich als die damals verantwortlichen Eltern bittere Vorwürfe machen. In Deutschland insbesondere sind solche Klagen – vorher meist aus Scham verschwiegen – in der öffentlichen Debatte nach dem Kölner Urteil hundertfach laut geworden. Aber wo sind Äußerungen, die umgekehrt beklagen, dass der kindliche Penis *unbeschneitten* geblieben ist? Wer die medizinisch unnötige Zirkumzision im Regelfall als „Pflege“ des Kindes und als Sorge für dessen „Wohl“ bewertet, der müsste das doch empirisch untermauern können mit Leiden und Nachteilen von Kindern, denen diese Wohltat *versagt* geblieben ist. Aber soweit ich sehe, pflegt niemand, dessen Penis normal beschaffen ist, unter seiner Vorhaut zu leiden, ob Christ, Jude oder Moslem, und niemand benennt oder zitiert andere, die sich, obwohl ohne Beschwerden, darüber beklagen, nicht oder nicht rechtzeitig beschnitten worden zu sein.<sup>6</sup> Wo also sollten Nachteile liegen, wenn es an Wasser und Seife nicht mangelt, der religiöse Status eines Juden oder Moslems die Beschneidung anerkanntermaßen nicht voraussetzt, die religiöse Erziehung von einer Vorhaut gewiss nicht behindert wird und keine Gemeinde, wie man mir versichert, die An- und Aufnahme eines Kindes von dessen Beschneidung abhängig macht?

*Thierse* wendet sich gegen den „Säkularismus als staatlich verordnete Weltanschauung“ und öffnet sich damit einer ganz anderen Begründung der Kindeswohl dienlichkeit, hier also dem Argument, dass nach dem religiösen Glauben der Eltern der liebe Gott die Beschneidung gebiete, dass er an beschnittenen Kindern ein besonderes Wohlgefallen habe und ihnen das körperliche Leid überaus reichlich entgelten werde. Die Beschneidung als ein wertvolles Geschenk, welches einer Rechtfertigung gar nicht bedürfe, wie ich in einer Fernsehdiskussionsrunde den Rabbiner *Yitshak Ehrenberg* tatsächlich habe behaupten hören. Ich bleibe dabei, dass in unserem Streit eine solche metaphysische Behauptung – als Argument pro Einwilligungsgerecht wegen Kindeswohlförderung – null und nichtig ist, und ich kann mir nicht vorstellen, dass umgekehrt auch *Thierse* daran festhält, dieser These zu widersprechen, wie er es 2012 getan hat. Gewiss haben Eltern einen Spielraum, worin sie auf das Kind zu seinem „Wohl“ glau-

---

<sup>6</sup> *Stücker* (Evidenz ohne Ethik, im Internet abrufbar unter <http://hpd.de/print/17669> [4.2.2013]) fasst diese Argumentation zusammen, indem er hinweist auf „die Tatsache, dass es weltweit eine wachsende Bewegung von Männern gibt, die ihr Schweigen gebrochen haben, die nicht mehr still vor sich hin leiden, die protestieren und politisch aktiv werden. Dagegen gibt es aber keine Bewegung von Männern mit intakten Genitalien, die sich darüber beklagen und dagegen demonstrieren, dass ihnen als Säugling die Vorhaut gelassen wurde.“

bensgeleitet, aus irrational-religiösen Gründen einwirken dürfen. Ich erinnere mich, als Kind bei meinen frommen Großeltern manchmal im Morgenschlummer gestört worden zu sein, weil man mich mit Weihwasser besprenkte. Und meine keineswegs fromme Mutter glaubte doch, erzieherisch darauf bestehen zu sollen, dass ich die Sonntagsmesse besuchte und einmal im Monat zur Beichte und zur Kommunion ging. Gegen solche elterliche (und großelterliche) Ausübung der „Sorge für die Person des Kindes“ (§ 1626 Abs. 1 S. 2 BGB) ist nichts einzuwenden. Aber das Strafrecht zieht eine Grenze. Die Verwirklichung von Straftatbeständen wie Freiheitsberaubung, Nötigung und vor allem Körperverletzung (§§ 239, 240, 223 StGB) ist nicht deshalb gerechtfertigt und straffrei, weil Eltern glauben oder hoffen, durch Einsperren, Bedrohen oder Misshandeln zum Segen des Kindes das Wirken jenseitiger Wesenheiten auszulösen. Es findet sich sogar eine partielle, auf die Nötigung bezogene Anerkennung dieser Schranke im Verfassungsrecht. Art. 140 GG hält, wie gesagt, den Art. 136 WRV in Kraft, und in dessen Abs. 4 heißt es, dass „niemand“, also auch kein Kind, „zu einer kirchlichen Handlung oder Feierlichkeit oder zur Teilnahme an religiösen Übungen [...] gezwungen werden“ darf; ein Verbot, das praktisch unbeachtet bleibt, sodass kaum jemand sich gegen die rechtswidrigen Zwangsbeschneidungen empört, die älteren Kindern oft angetan werden.

Aber die Schranke muss auch dort gelten, wo keine Vorschrift sie ausdrücklich zieht. Wenn eine Mutter ihren Achtjährigen beim Onanieren erwischt und ihn nun, um Gottes Zorn zu besänftigen, zur Buße einen Tag lang in den Keller sperrt, dann ist diese Freiheitsberaubung durchaus nicht als elterliche „Personensorge“ gerechtfertigt. Natürlich hat die Mutter die Freiheit, daran zu glauben, dass sie über die Übelzufügung auf ein jenseitiges Wesen beschwichtigend einwirke und so Schaden von ihrem Sohn abwende, aber der Glaube gibt ihr nicht das Recht, eine Freiheitsberaubung zu begehen. Und was speziell rituelle Körperverletzungen betrifft, so haben wir schon gesehen: Das Recht der Eltern, ihre Religion durch rituelle Handlungen auszuüben, beschränkt nicht das Recht des Kindes, körperlich unversehrt zu bleiben (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV). Auch ohne die verfassungsrechtliche Vorgabe zu kennen, findet das hierzulande jeder selbstverständlich – sofern es nicht gerade um die rituelle Vorhautamputation geht! Man denke etwa an die – vergleichsweise harmlosere und auswirkungsschwächere – Mädchenbeschneidung, wie die Schafi’iten sie als religiöse Initiation fordern! Oder man stelle sich eine christliche Sekte vor, die gläubige Eltern dazu bringt, ihre Kinder zu deren Wohl am Karfreitag ein wenig zu geißeln! Oder eine Glaubensgemeinschaft, die am biblischen Beschneidungsritual festhält, ihm aber den neutestamentlichen Sinn eines Bundes mit Jesus Christus gibt: Die Eltern lassen den Rücken des Täuflings mit dem Skalpell *lege artis* so beschneiden, dass eine bildschöne Narbe in Kreuzesform zurückbleibt. Wer würde dafür eintreten, dass solche Verletzungen kindlicher Körper erlaubt und straflos seien?

b) Elternwohl statt Kindeswohl

Thierse hat anscheinend auch in der „Güterabwägung zwischen [...] dem Recht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit (und) dem elterlichen Sorgerecht“ geglaubt, dem kindlichen Recht das geringere Gewicht und dem Gesetzesentwurf seine Zustimmung geben zu dürfen. Diese Gewichtung setzt aber voraus, dass man das elterliche Recht vom Kriterium der Kindeswohlfürsorge ablöst und es mit Interessen erklärt, die nicht die des Kindes sind. Die Beschneidung wird, bei Lichte besehen, nicht als Kindes-, sondern als Traditions- und Religionspflege gerechtfertigt. Es behauptet ja niemand ernstlich, dass das Kind unter der Erhaltung seiner Vorhaut litte und die Amputation ihm eine Wohltat erweise, sondern man beruft sich immer nur darauf, dass es für *andere*, vor allem für die Eltern, Geistliche und Verbandsfunktionäre bitter und schmerzlich sei, sich von einem heilig-überlieferten Ritual ihrer Religion verabschieden zu sollen. Ich will dieses Leid nicht gering achten, wo es doch viele offenbar stärker belastet als das Mitleid mit den Kindern, die nach altem Brauch qualvoll ohne Betäubung beschnitten werden. Aber das Verzichtslid der Erwachsenen kann nicht ins Gewicht fallen. Die geltenden Gesetze schreiben den Eltern ja vor, zum Guten des Kindes zu handeln, und die Beschneidung dient nicht deshalb der „Pflege“ und dem „Wohl“ des Kindes und sie ist nicht deshalb „Sorge für die Person des Kindes“ (§ 1626 Abs. 1 BGB), weil der Vollzug des Rituals andere Menschen beglückt und ihr religiöses Bedürfnis befriedigt. „Wenn die Eltern“, sagt *Tonio Walter*, „die Beschneidung unbedingt wollen, aus welchen Gründen auch immer, so mag sie deren innerem Wohl dienen. Aber das ist nicht das Wohl des Kindes“. <sup>7</sup> Und *Fischer* sagt es so: „Es geht nicht um Verwirklichung der Selbstbestimmung der Sorgeberechtigten, sondern um das Kindeswohl [...]. Dieses ist aber nicht eine Mischung aus elterlicher Selbstverwirklichung, Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit [...], sondern eine eigenständige, an der physischen und psychischen Integrität des kindlichen Individuums ausgerichtete Position.“ <sup>8</sup>

c) Zur Ausnahmeregelung in § 1631d Abs. 1 S. 2 BGB

Dass die medizinisch unnötige Beschneidung das Kindeswohl nicht befördert, sondern beeinträchtigt, ist so offensichtlich, dass es auch der Gesetzgeber erkannt haben muss. Ihm war gewiss klar, dass er, politischem Druck nachgebend, mit § 1631d Abs. 1 S. 1 BGB dem Organismus unserer Rechtsordnung einen kaum verträglichen Fremdkörper eingefügt hat. Der zweite Satz – „Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird“ – ist ein Versuch, den Schaden zu begrenzen. Aber es ist ein hilfloser Versuch, der die Gesamtregelung erst recht unstimmig macht. Wenn in Wahrheit jede unnötige Beschneidung das Kindeswohl gefährdet und mindert, dann gibt es kein Kriterium, wonach man die dem Wohl gefährlichen Beschneidungen von den förderlichen unterscheiden kann. Man muss bedenken, dass es ja von

vornherein nur um *kunstgerechte* Beschneidungen geht, so dass der Ausnahmefall nicht deshalb angenommen werden kann, weil dem Kind *körperlich* ein besonderes Unheil droht. So bleibt nur, dem S. 2 die Fälle einzuordnen, in denen zu befürchten ist, dass das Kind *aus besonderen Gründen* unter seiner Beschneidung *seelisch*, und zwar im besonderen Maße, leiden werde.

Die Autoren der Entwurfsbegründung haben anscheinend selber ihren Einschränkungsvorschlag mit Unbehagen betrachtet. Sie machen möglichst wenig Aufhebens davon und schreiben ganze zwei Sätze, denen man einen Erklärungswert zuerkennen kann: „Im Rahmen der Kindeswohlprüfung muss auch der Zweck der Beschneidung in den Blick genommen werden (etwa bei einer Beschneidung aus rein ästhetischen Gründen oder mit dem Ziel, die Masturbation zu erschweren). Ebenso kann der entgegenstehende Wille eines nicht einsehens- und urteilsfähigen Kindes zu berücksichtigen sein.“ <sup>9</sup>

Unter dem praktischen Aspekt betrachtet, geben diese beiden Sätze dem Arzt Empfehlungen. Sie legen ihm nahe, in den genannten Fällen die Beschneidung abzulehnen, weil von einer Gefährdung des Kindeswohls und somit vom Fehlen des elterlichen Einwilligungsrechts auszugehen ist, sodass die Körperverletzung, die er selbst beginge, mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrig wäre. *Josef Isensee* weist treffend darauf hin, dass die Entwurfsbegründung die „Differenzierung nach dem Motiv der Beschneidung und nach sonstigen subjektiven Momenten“ ja zunächst ausdrücklich „verbannt“ habe, dass sie nun aber zurückkehre „durch die Hintertür des Kindeswohls. Damit kehrt auch das formelle Problem zurück, wie sich diese Umstände verlässlich feststellen lassen“. <sup>10</sup> Was den zuletzt genannten Umstand angeht, den „entgegenstehenden Willen“ des Kindes, wird dem Arzt die Feststellung, wenn er ernstlich nachforscht, wohl meistens gelingen. Dass gegebenen Falles das Kindeswohl *besonders* gefährdet ist, liegt hier sogar auf der Hand. Man kann den beiläufigen Satz in der Entwurfsbegründung betrachten als eine halbherzig-schwache und wohl unbewusste Berücksichtigung des ganz entschiedenen verfassungsrechtlichen Verbotes, dass „niemand [...] zur Teilnahme an religiösen Übungen gezwungen werden“ darf (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 4 WRV). Hingegen ist die Aufforderung, „auch den Zweck der Beschneidung in den Blick“ zu nehmen, ohne Sinn. Zum einen, weil es im Belieben der Eltern steht, dem Arzt ehrliche Auskunft zu geben, zum anderen, weil es für das (seelische) Wohl und Unwohl des Kindes ohnehin unerheblich ist, *warum* die Eltern die Beschneidung veranlassen. Gerade die beiden Beispiele, die die Verfasser der Begründung wohl besonders einleuchtend finden, machen das deutlich. Unter dem Aspekt der Kindeswohlgefährdung macht es nicht den geringsten Unterschied, ob etwa fromme Muslime dem religiösen Gebot gehorchen oder ob z.B. atheistische Juden die Beschneidung ihres Kindes deshalb fordern, weil sie unbeschnittene Penes hässlich finden und der Ästhetik wegen am Brauchtum festhalten wollen. Ja, nicht einmal die Beschneidung aus dem besonders schäbigen Motiv der Geldgier ge-

<sup>7</sup> *Walter*, JZ 2012, 1110 (1114).

<sup>8</sup> *Fischer* (Fn. 3), § 223 Rn. 48 (*Hervorhebung des Verf.*).

<sup>9</sup> BT-Drs. 17/11295, S. 18.

<sup>10</sup> *Isensee*, JZ 2013, 317 (325).

fährdet das Kindeswohl stärker als eine religiös motivierte; man denke sich, die Eltern sind an sich gegen den Akt, „verkaufen“ aber die Vorhaut ihres Babys an die reichlich zahlenden Großeltern, denen die Beschneidung religiös wichtig ist, oder an einen befreundeten Arzt, der das Beschneiden üben will.

Das zweite Beispiel lohnt eine besondere Betrachtung. Man muss zunächst anerkennen, dass auch die Masturbationsunterdrückung in den Köpfen der sie erstrebenden Eltern einen *religiösen* Sinn hat, dass Eltern sich darum bemühen aus einer christlich-traditionellen *Keuschheitsfrömmigkeit*; sie ist der Mutterboden, aus dem heraus – besonders in den Vereinigten Staaten – im 19. Jahrhundert eine puritanisch-christliche Beschneidungssitte gewachsen ist und sich verbreitet hat. Macht man sich das klar, dann erscheint es geradezu absurd, das „Wohl des Kindes“ hier gefördert und dort (besonders) gefährdet zu sehen. Zwei Babys, zwei Elternpaare und zwei Beschneidungen, jeweils am achten Tag nach der Geburt. Alle Eltern handeln Gott zu Gefallen; den einen geht es um die Erfüllung des biblischen Gebotes (1. Buch Mose, 17. Kapitel), den anderen um die Vermeidung kindlich-sündhafter Unkeuschheit. Die körperlichen Torturen und Dauerfolgen sind vollkommen gleich und Übereinstimmung findet sich auch in den Köpfen der Eltern. In allen vier herrscht der fromme Glaube, zum Wohle des Kindes einen guten Zweck zu verfolgen: einen Bund des Kindes mit Gott zu stiften, das Kind vor Sünde, Schuldgefühl und göttlicher Strafe zu bewahren. Wer könnte sich anheischig machen, hier ethisch zu unterscheiden, das heißt die erste Zweckverfolgung ehrfürchtig zu respektieren, die zweite hingegen zu verachten und zu verpönen? Wer könnte eine juristisch-rationale Begründung geben, dass die gleiche Körperverletzung hier eine Straftat, eine schändliche Misshandlung des Kindes, dort aber als kindeswohldienliche Personensorge das gute Recht der Eltern sei?

## II. Pekáreks „evidenzbasierter Blick“

### 1. Darstellung

Hendrik Pekárek hat in dieser Zeitschrift einen stark belehrenden, mit medizinischen und statistischen Informationen angefüllten Aufsatz publiziert und ihm die Überschrift „Ein evidenzbasierter Blick auf die Beschneidungsdebatte“ gegeben.<sup>11</sup> Wie Thierse und die meisten Bundestagsabgeordneten begrüßt er die „Einführung des § 1631d BGB“. Das Vorbringen der Gegner und Kritiker kennzeichnet er dahin, dass sie mit der „aktuellen medizinischen und psychologischen Forschungslage“ zu argumentieren versuchen und bei medizinisch unnötigen Beschneidungen „den Eltern [...] eines Knaben die rechtfertigende Einwilligung in den Eingriff allein aufgrund dessen vermeintlicher Risiken und Auswirkungen versagen wollen“.<sup>12</sup> Fünf Punkte seien es, worauf die Gegnerschaft sich im Einzelnen berufe: „das Risiko von gesundheitlichen Komplikationen“, „die Sterblichkeitsrate des Eingriffs“, „das Risiko späterer sexueller Funktionsstörungen als Folge

des Eingriffs“, „das Risiko, durch den Eingriff ein psychologisches Trauma zu erleiden“ (gemeint ist wohl ein psychisches), und das Fehlen „etwaiger Vorteile des Eingriffs“.<sup>13</sup>

Für seine Überprüfung der einzelnen Punkte nimmt Pekárek in Anspruch, orientiert zu sein „an den methodischen Forschungskriterien der sog. evidenzbasierten Medizin“, womit nicht mehr gemeint ist, als dass er sich um „eine nachweisorientierte, durch empirische Belege gestützte Vorgehensweise“ bemühen und dabei achten werde „auf die Informationen aus wissenschaftlichen Studien und systematisch zusammengetragenen klinischen Erfahrungen, die einen Sachverhalt erhärten oder widerlegen“.<sup>14</sup> Diese Qualitäten schreibt Pekárek nur den eigenen Untersuchungen zu. Die seiner Gegner seien nicht „evidenzbasiert“, weshalb er zeigen zu können glaubt, „dass die bisher im deutschen Schrifttum zu findenden Angaben, mit denen die Kritiker die Strafwürdigkeit des Eingriffs begründen, erheblich von dem internationalen Forschungsstand abweichen“.<sup>15</sup> Dies Punkt für Punkt nachzuweisen ist Pekárek nun über elf Seiten hin bestrebt, und er gelangt erwartungsgemäß zu dem Ergebnis, dass die „aktuelle medizinische und psychologische Forschungslage“ nicht bestätige, was die Kritiker zum Ausmaß der Risiken und schlimmen Folgen behaupten. Im Hinblick auf die „vermeintlichen Risiken und Auswirkungen“ den Eltern eines Knaben „die rechtfertigende Einwilligung“ (gemeint: das Recht wirksamer Einwilligung) „in den Eingriff [...] zu versagen“, erscheine nicht überzeugend. „Der Gesetzgeber hat dies erkannt und mit der Einführung des § 1631d BGB angemessen darauf reagiert.“<sup>16</sup>

### 2. Kritik

Ich halte Pekárek entgegen, dass seinem „evidenzbasierten“ Blick auf die Beschneidungsdebatte die entscheidende Evidenz, die sich freilich nicht auf dem medizinisch-psychologischen Feld findet, gerade entgangen ist: Für die Berechtigung der Kritik an § 1631d BGB spielt das, was er an bösen Folgen kleinzureden versucht, und an guten, gesundheitsnützlichen Folgen von seinen Gegnern vorschnell geleugnet sieht, kaum eine Rolle. Den Eltern ist das Einwilligungsrecht deshalb zu bestreiten, weil eine medizinisch unnötige Amputation des Präputiums das Kind körperlich *verletzt*, große *Schmerzen* verursacht und schon dadurch in erheblichem Maß auch sein *Wohl* beeinträchtigt.

Pekárek glaubt, es sei „die Frage, ob die nicht medizinisch indizierte Zirkumzision das Kindeswohl negativ beeinträchtigt, [...] primär keine rechtliche Frage, sondern nur durch die Erkenntnisse anderer Disziplinen, insbesondere der Medizin und der Psychologie, beantwortbar“.<sup>17</sup> Daran ist richtig, dass bei Zweifeln an der Kindeswohldienlichkeit einer Maßnahme die Erkenntnisse anderer Disziplinen hilfreich sein können. Letztlich geht es aber um einen gesetzlichen Wertungsbegriff und um eine Rechtsfrage, die der Jurist

<sup>11</sup> Pekárek, ZIS 2013, 514.

<sup>12</sup> Pekárek, ZIS 2013, 514 (528).

<sup>13</sup> Pekárek, ZIS 2013, 514 (517).

<sup>14</sup> Pekárek, ZIS 2013, 514 (515).

<sup>15</sup> Pekárek, ZIS 2013, 514.

<sup>16</sup> Pekárek, ZIS 2013, 514 (528).

<sup>17</sup> Pekárek, ZIS 2013, 514 (517).

autonom, in eigener Wertung entscheiden muss. So muss er keinen Expertenrat abwarten, ehe er in der Zufügung erheblicher Schmerzen ohne Heilungssinn eine Beeinträchtigung des Kindeswohls erkennt. Und auch wenn Ärzte und Psychologen nichts Rechtes zu sagen wissen, z.B. zum behutsamen Tätowieren eines Glaubenssymbols auf den Babyrücken, darf der Jurist das Urteil fällen, dass so eine Siegelung eine körperliche Misshandlung und ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kindes sei und nicht „zum Wohl des Kindes“ vorgenommen werde.

*Pekárek* hat also einen ganz schlichten Befund, den man schlechterdings nicht bestreiten kann und der den *springenden* Punkt bildet, in seine Fünf-Punkte-Liste gar nicht aufgenommen. Die Körperverletzung ist gleichsam der Wald, den er vor lauter Bäumen nicht gesehen hat. Was sofort klar wird, wenn man sich einmal eine rituelle Beschneidung vorstellt, die praktisch risikolos ist und später keinerlei spürbare Auswirkungen hat: mein Beispiel der „christlichen“ Beschneidung, die dem Rücken gilt und dort mit dem Skalpell ärztlich-kunstgerecht eine schöne Narbe in Kreuzesform schafft. Komplikationen sind nicht ernstlich zu befürchten und körperlich fühlen wird der Beschnittene sein Kreuz in keiner Lebenslage. Aber trotzdem ist der Schnitt als nutzlose Körperverletzung selbstverständlich eine Misshandlung und Unwohlthat, die sich den Eltern verbietet, genau wie später der Faustschlag ins Gesicht des aufsässigen Zwölfjährigen.

*Pekárek* glaubt offensichtlich, dass seine Argumentationen den gegnerischen weit überlegen seien. Das reizt mich als einen von diesem Urteil Getadelten, einmal die Sonde anzusetzen und die wissenschaftliche Bonität eines zentralen Beweisführungsversuchs zu prüfen. Mein Ausgangspunkt ist *Pekáreks* Behauptung: „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.“<sup>18</sup> Ich lasse beiseite, dass noch nie ein Kritiker mit den Komplikationen argumentiert hat, die einem Heranwachsenden (§ 1 Abs. 2 JGG: „achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt“) drohen, wenn er beschnitten zu werden verlangt. Aufschlussreicher scheint mir, wie *Pekárek* einen Aufsatz seines Gegners *Jörg Scheinfeld* in den Dienst des Plädoyers stellt, das er als Anwalt der rituellen Beschneidung vorträgt. Zuerst verweist er auf eine von *Scheinfeld* zitierte Auflistung verschiedener Komplikationen, die die Stanford School of Medicine vorgelegt hat.<sup>19</sup> Dann heißt es: „Aus der bloßen Existenz oder Anzahl möglicher Gefahren allein kann noch kein informiertes Urteil über die tatsächliche Gefährlichkeit einer Maßnahme hergeleitet werden.“<sup>20</sup> Aber ein solches Urteil wollte *Scheinfeld* auch gar nicht herleiten! *Pekárek* hat vermutlich gewusst, dass er den Sinn der *Scheinfelds* Auflistung verfälscht. Denn sie steht ganz deutlich im Zusammenhang mit der Aufklärungspflicht des Operateurs, für die es auf die statistische Häufigkeit einer möglichen Komplikation nicht ankommt. Der Arzt muss, sagt die Rechtsprechung, vor dem

Eingriff über *alle* Risiken aufklären, auch über ganz entfernte. Was demnach der Arzt vor der Beschneidung den Eltern alles mitteilen muss, das sollte man aus der Liste ersehen. Allein darum ging es *Scheinfeld* an dieser Stelle.

Die wissenschaftliche Redlichkeit verbietet es *Pekárek* ohnehin und von vornherein, *Scheinfeld* und dessen Komplikationenliste unter der Überschrift „Das Risiko von Komplikationen durch die Zirkumzision“ anzuführen. Denn *Scheinfeld* betont ja gerade, dass es für die grundgesetzwidrige Missachtung des Persönlichkeitsrechts, die er begründen will, auf die Risiken überhaupt nicht ankommt. Z.B. mit dieser Passage: „Das Persönlichkeitsrecht des Kindes ist betroffen, weil die Abtrennung der Vorhaut in das sexuelle Empfinden des Knaben, in seine *Intimsphäre* eingreift und das sexuelle Erleben lebenslang beeinflusst. Selbst wenn man die empirische Situation hinsichtlich der Folgen einer Beschneidung für unsicher hält (das Beschnittensein wird von den Betroffenen vielfach bedauert, überwiegend aber begrüßt), so steht außer Frage, dass der körperliche Eingriff das Sexualleben *beeinflusst*. Und hier wird etwas bedeutsam, was vor allem in der politischen Debatte nicht hinreichend klar gesehen oder beiseitegeschoben wurde: Die Entscheidung darüber, sich den besonders sensiblen und erogenen Teil seines Geschlechtsorgans abschneiden zu lassen (sei es aus Gründen der Ästhetik, der Hygiene, der Prophylaxe oder für einen Bund mit seinem Gott) betrifft die Intimsphäre der Person und ist eine *höchstpersönliche Entscheidung*, die nicht in Stellvertretung getroffen werden darf. Da völlig offen ist, ob der spätere, entscheidungsreife Erwachsene sich für seine Beschneidung entschiede und diesen intimen Körperteil irgendeinem Interesse opferte, drückt die Anmaßung einer Stellvertreterentscheidung nur aus, dass man die – noch reife – Persönlichkeit des Kindes nicht respektiert.“<sup>21</sup>

Diese ausgesprochen juristische, und zwar verfassungsrechtliche Argumentation passt *Pekárek* natürlich nicht ins Konzept, vor allem deshalb nicht, weil sie ersichtlich ein großes Gewicht hat. Es war zu erwarten, dass er sie im eigenen Abschnitt „3. Sexuelle Nachteile“ nicht wiedergibt und es unterlässt, sich damit auseinanderzusetzen. Stattdessen überschüttet er den Leser mit Einzelheiten aus „aktuellen internationalen Studien“, in deutlicher Voreingenommenheit zugunsten der Arbeiten, die „keine Unterschiede im generellen sexuellen Empfinden, sexuellen Wünschen, vorzeitiger Ejakulation und erektiler Dysfunktion zwischen beschnittenen und unbeschnittenen Männern“ herausgefunden zu haben behaupten.<sup>22</sup>

*Harald Stücker* widerspricht *Pekárek* in diesem Punkt wie folgt: Wir wissen heute, „was genau bei einer Beschneidung abgeschnitten wird. Es ist eine komplexe neurologische Struktur. Dass eine Amputation dieser Struktur keinerlei einschränkende Auswirkungen auf das sexuelle Empfinden hat, ist wissenschaftlich ebenso plausibel wie die Hypothese, dass die Entfernung der Fingerkuppen keine Auswirkung auf den

<sup>18</sup> *Pekárek*, ZIS 2013, 514 (517).

<sup>19</sup> Vgl. *Scheinfeld*, HRRS 2013, 268 (277).

<sup>20</sup> *Pekárek*, ZIS 2013, 514 (518).

<sup>21</sup> *Scheinfeld*, HRRS 2013, 268 (269) – *Hervorhebungen* im Original.

<sup>22</sup> *Pekárek*, ZIS 2013, 514 (521) – *Hervorhebung* im Original.

Tastsinn hat. Wenn Studien zu einem solchen Ergebnis kommen, dann stehen sie entweder zu gesicherten Erkenntnissen der Anatomie und Neurologie im Widerspruch, oder sie deuten auf einen mächtigen, verzerrenden Effekt hin, der wahrscheinlich psychologischer Natur ist. Die Befunde sind also wissenschaftlich unplausibel, sie sind nicht *szientabel*. Historische Belege untermauern diese Unplausibilität. Mittelalterliche jüdische Gelehrte [...] wussten genau, dass mit der Beschneidung die Sexualität beschnitten wird und gaben das unumwunden als ihren Zweck zu. Auch die sexualfeindlichen Puritaner im 19. Jahrhundert wollten durch Beschneidung eben diese negativen Auswirkungen auf die Sexualität erreichen. Sie wären wohl mehr als befremdet, wenn sie erleben könnten, dass heute für genau dieselbe Maßnahme genau entgegengesetzt argumentiert wird.“ Am Ende findet *Stücker*: „Die ethische Frage nach den Grundrechten der Kinder ist unabweisbar, und sie lässt keine neutrale Antwort zu. *Pekárek* aber versteckt seine Antwort und seinen Beschneidungsaktivismus hinter einer Fassade der unvoreingenommenen Neutralität [...]. Sein Beitrag ist tendenziös und – gerade weil er die wissenschaftliche, ‚evidenzbasierte‘ Medizin so stark betont, die ethische Frage aber völlig ignoriert – ein Beispiel für schlechte Wissenschaft.“<sup>23</sup>

Das trifft ins Schwarze. Ein Blick auf die Mädchenbeschneidung belegt das. Angenommen, THE LANCET bringt „evidenzbasierte“ Studien, wonach etwa die Beschneidung der Klitorisvorhaut komplikationsärmer sei als die Beschneidung der Penisvorhaut: *Zöge Pekárek* daraus den Schluss, dass Eltern auch die Klitorisvorhautbeschneidung veranlassen dürfen?

### III. Strafbarkeit und Bestrafung

In einer Studie über „Ethische und rechtliche Aspekte der Genitalbeschneidung“ habe ich mein Ergebnis wie folgt formuliert: „Weder Art. 4 noch Art. 6 GG verschaffen den Eltern das Recht, auch außerhalb der Fälle medizinischer Erforderlichkeit die Beschneidung ihres männlichen Kindes zu veranlassen. Diese Entscheidungsfreiheit einem der Artikel zu entnehmen ist jedenfalls unvereinbar mit dem Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. [...] § 1631d BGB, dessen Schöpfer das Recht der Eltern als ein gegebenes nur ‚klarzustellen‘ glauben, gewährt es tatsächlich als etwas Neues, gerät dadurch aber in Widerspruch zum kindlichen Grundrecht. Er ist deshalb mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig. Dies wiederum bedeutet: Eine auf § 1631d BGB gestützte Körperverletzung wäre auf eine nichtige Erlaubnis gestützt und somit rechtswidrig.“<sup>24</sup>

Ein Nichtjurist kann das leicht missverstehen. Ihm ist vielleicht nicht klar, dass für eine Strafbarkeit nach § 223 StGB das Vorliegen einer rechtswidrigen Körperverletzung

nur eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung ist. Zur Rechtswidrigkeit hinzukommen muss die *Schuld* des Täters oder Teilnehmers. Wenn z.B. ein Zwölfjähriger ohne Not einen Kameraden zu Boden schlägt, dann begeht er eine rechtswidrige Körperverletzung, aber er ist nach § 19 StGB „schuldunfähig“ und somit nicht strafbar. Für die hier betrachteten, vor allem für die aus einem „würdigen“ Motiv heraus veranlassten, in religiöser Tradition stehenden Beschneidungen hat § 17 S. 1 StGB besondere Bedeutung: „Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte.“ Vermeidbarkeit und Nichtvermeidbarkeit des Irrtums sind natürlich nicht als Fakten aufklärbar. Vielmehr ist Unvermeidbarkeit dem Irrenden zuzubilligen, wenn man den Irrtum als *verzeihlich* bewertet.<sup>25</sup> Ebendies hat das LG Köln in seinem wegweisenden Urteil vom 7.5.2012 getan. Die Strafkammer hat den angeklagten muslimischen Arzt, was Kritiker und Beschimpfer des Richterspruchs oft unfairerweise verschweigen, ja gerade nicht *verurteilt*, sondern *freigesprochen*. Der Arzt hatte einen Vierjährigen lege artis beschnitten und dadurch schlimme Komplikationen ausgelöst. Den § 1631d BGB gab es im Mai 2012 noch nicht, wohl aber den rechtswissenschaftlichen Streit. Manche Juristen verneinten die Rechtswidrigkeit einer Beschneidung, wie der Arzt sie ausgeführt hatte, und auch der Arzt selbst hielt seine Tat für erlaubt. Die Strafkammer sah das anders, sie verneinte die Rechtfertigung, anerkannte aber den Irrtum des Arztes als einen „Verbotsirrtum“ im Sinne des § 17 StGB und bewertete ihn als unvermeidbar. Hier wird deutlich, dass nichts anderes als „verzeihlich“ gemeint ist. Denn das Gericht lässt es als unerheblich beiseite, dass „sich der Angeklagte nicht nach der Rechtslage erkundigt“, sich also um die „Vermeidung“ gar nicht bemüht habe. Dieses Bemühen, könnte man sagen, habe für ihn als Arzt, der immer wieder durch Beschneidungen in das kindliche Recht auf körperliche Unversehrtheit eingriff, ganz nahe gelegen und hätte ihn das Unrecht seines Tuns erkennen lassen. Nein, sagt zwischen den Zeilen die Strafkammer, darauf kommt es nicht an. Wenn sogar manchen Juristen in dieser Frage die Unrechtseinsicht fehlt, dann muss man auch dem Angeklagten seinen Verbotsirrtum nachsehen und auf den Schuldvorwurf verzichten.

Das gilt natürlich heute erst recht. Eltern und Ärzte haben jetzt den § 1631d BGB im Rücken und können sich auf ihn berufen – natürlich nur, wenn die Beschneidung im Rahmen der Gestattung bleibt, das heißt insbesondere die Regeln der ärztlichen Kunst einhält! Auch die vielen, die die Vorschrift für verfassungswidrig und nichtig halten und darum die Rechtfertigung der Einwilligung und der Körperverletzung verneinen, müssen doch zur Kenntnis nehmen, dass Eltern und Ärzte, die es angeht, so gut wie immer *glauben*, rechtens zu handeln, wenn die neue Bestimmung sie deckt. Das bedeutet einen Verbotsirrtum, der in der BGB-Vorschrift eine so gute Grundlage hat, dass man ihn als unvermeidbar und somit

<sup>23</sup> *Stücker*, Evidenz ohne Ethik, im Internet abrufbar unter <http://hpd.de/print/17669> (4.2.2014).

<sup>24</sup> *Herzberg*, in: Franz (Hrsg.), Die Beschneidung von Jungen, Ein trauriges Vermächtnis, 2014, S. 269 (314). Eingehend dort zur verfassungsrechtlichen Frage *Scheinfeld*, S. 360 ff.

<sup>25</sup> Näher begründet bei *Herzberg*, in: Freund/Murmann/Bloy (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 95 (108 f.).

entschuldigend anerkennen muss. Kurz und bündig stellt dies auch der Bundesrichter *Ralf Eschelbach* fest: „Das Gesetz ist offensichtlich verfassungswidrig [...]. Mit der Rechtsbehauptung des Gesetzgebers wird allerdings vorerst ein unvermeidbarer Verbotsirrtum ubiquitär.“<sup>26</sup>

Freilich ist auch der Fall nicht auszuschließen, dass ein Arzt einschlägiges Schrifttum studiert und sich von der Verfassungswidrigkeit des § 1631d BGB überzeugen lässt. Wenn er dann in dessen Rahmen dennoch eine Beschneidung durchführt, ist ihm natürlich kein Verbotsirrtum zuzubilligen, und er ist – nach der hier dargelegten wahren Rechtslage beurteilt! – strafbar. Aber selbst dann noch bildet § 1631d BGB ein Bollwerk gegen seine tatsächliche Bestrafung. Denn die Justiz wird trotz der entschiedenen Positionierung eines Bundesrichters („offensichtlich verfassungswidrig“) stark geneigt sein, einen im BGB stehenden Paragraphen als verfassungskonform zu akzeptieren. Darum ist es äußerst unwahrscheinlich, dass gegen einen Arzt, auch wenn er sein Unrechtsbewusstsein bekennt, ein Strafverfahren betrieben wird. Käme es aber doch einmal dazu und hielte zuerst die Staatsanwaltschaft und dann auch das Gericht § 1631d BGB für verfassungswidrig, dann wäre nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG „das Verfahren auszusetzen und [...] die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen“.

#### IV. Ein aufschlussreicher Fall

Realistischer ist eine andere Erwartung: Die bei medizinisch unnötiger Beschneidung in Wahrheit immer gegebene Beeinträchtigung und Gefährdung des Kindeswohls wird die Gerichte geneigt machen, in umstrittenen Fällen das vom Gesetzgeber gewollte weitreichende Einwilligungensrecht des Sorgeberechtigten durch Überdehnung der Ausnahmebestimmung zu negieren. Bestätigt sehe ich meine Erwartung durch einen Beschluss, den ein *Familiensenat* des OLG Hamm gefällt hat.<sup>27</sup> Es ging um das Wohl und den Schutz des sechsjährigen G. Seine Eltern, beide Kenianer, waren verheiratet und sind geschieden. G lebt bei seiner Mutter, die seit der Scheidung allein sorgeberechtigt ist. Die Eltern stritten vor Gericht in einem Verfahren der „einstweiligen Anordnung“ um das Recht der Mutter, seine Beschneidung zu veranlassen. Der Vater suchte die Zuerkennung dieses Rechtes zu verhindern, weil er gegen die Beschneidung ist, die Mutter wollte es zurückgewinnen, nachdem das Amtsgericht Dortmund es ihr entzogen und auf das Jugendamt als „Ergänzungspfleger“ übertragen hatte. Sie berief sich – nach der Darstellung im *Senatsbeschluss* – auf § 1631d BGB und begründete ihr Vorhaben wie folgt: Zusammen mit G besuche sie regelmäßig ihr Heimatland. Er solle „entsprechend dem in Kenia kulturell üblichen Ritus beschnitten werden, da er bei seinen Besuchen dort sonst – auch von seinen Verwandten – nicht als vollwertiger Mann angesehen werde. In Afrika sei das so, alle Jungen müssten das machen. In jedem Telefonat mit ihren Ver-

wandten in Kenia, mit denen sie eng verbunden sei, werde sie gefragt, ob ihr Sohn G nun endlich beschnitten sei“.

Man kann wohl sagen, dass die Lebenswirklichkeit mit diesem Fall dem Gesetzgeber und dem Gesetz eine Bewährungsprobe verschafft hat. Ablesbar an der Gesetzesbegründung ist es der Geist und Sinn des § 1631d BGB, der Mutter die Einwilligungsmacht zu geben und ihrem Beschneidungsbegehren zur Verwirklichung zu verhelfen. Die „Personensorge“ wurde nach der Scheidung allein der Mutter zugewiesen, und davon umfasst ist nach § 1631d Abs. 1 S. 1 BGB auch das Recht, einzuwilligen in eine Beschneidung nach den Regeln der ärztlichen Kunst, wie sie hier erstrebt wird. Das Gesetz, betont die Entwurfsbegründung, „differenziert [...] nicht nach der Motivation der Eltern“, nicht nur religiöse, auch ethnisch-kulturelle oder familiär-traditionelle Gründe dürfen die sorgeberechtigte Person motivieren. Nach allem, was der Gesetzgeber an Gedanken und Argumenten vorgebracht hat, musste hier die für das Kind allein verantwortliche Mutter – nach hinreichender ärztlicher Aufklärung sowie Erfragung und Gewichtung des Kindeswillens – entscheiden dürfen. Das heißt: Das ihr vorläufig aberkannte Recht, wirksam einzuwilligen in eine lege artis durchzuführende Beschneidung des G, musste ihr, wie von ihr gefordert, wieder zuerkannt werden. Eine auf dieser Grundlage durchgeführte Beschneidung wäre dann eine rechtmäßige Körperverletzung und als mit dem Wohl des Kindes vereinbar zu bewerten. So die Festlegung des Gesetzes. In Wahrheit aber wäre die Zirkumzision dem Wohl den Jungen schwer abträglich, denn eine solche Operation ist qualitativ, sie entfernt irreversibel ein schützendes, sexuell wichtiges Körperstück und ist mit beträchtlichen Komplikationsrisiken behaftet. Was die Mutter vorbringt, das sind ja bei Lichte besehen auch gar keine Argumente, dass *ihrer Kind* die Beschneidung zum Wohl gereiche, sondern sie sagt nur, dass es *sie selbst* und *ihre Verwandten* erfreuen und zufriedenstellen würde, wenn endlich dem heimatlichen Brauch Genüge geschähe.

So trivial und borniert wird ein ethnisch-kulturell motivierter Beschneidungswunsch wohl meistens sein. Aber § 1631d BGB gibt auch ihm seinen Segen und will wahrhaben, dass bei einem so normalen Motiv wie dem der Antragstellerin das Kindeswohl durch die Beschneidung nicht gefährdet werde. Nun betrachte man das gesamte familienrechtliche Verfahren mit dem vorläufigen Schlusspunkt des unanfechtbaren OLG-Beschlusses! Mit Ausnahme der Mutter sahen alle Beteiligten, der Vater, das Amtsgericht, das Jugendamt, die Gutachterin und zuletzt auch der *Senat*, das Kindeswohl bedroht, wenn es nach dem Willen der Mutter ginge und ihr tatsächlich das Recht, nach der gerichtlichen Entziehung, wiedereingeräumt würde.

Es war zu erwarten, dass der *Senat* diese Vorschrift als verfassungskonform und gültig akzeptiert. Aber über ihren Sinn setzt er sich hinweg, indem er normale Gegebenheiten und Möglichkeiten betont und im Hinblick auf sie den Ausnahmefall annimmt, dass „durch die Beschneidung [...] das Kindeswohl gefährdet wird“ (§ 1631d Abs. 1 S. 2 BGB). Z.B. weist er auf die Gefahr hin, dass es zur Einwilligung und zum Eingriff kommen werde ohne umfassende ärztliche Aufklärung und ohne ernsthafte Erkundung und Würdigung des

<sup>26</sup> *Eschelbach*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 22.7.2013, § 223 Rn. 9.

<sup>27</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 30.8.2013 – 3 UF 133/13 = NJW 2013, 3662.

Kindeswillens. Aber das muss man immer befürchten, und gerade hier war die Gefahr leicht zu bannen. Der *Senat* hätte nur dafür sorgen müssen, dass in mündlicher Verhandlung die Mutter über den Eigenwillen ihres Kindes und über die Auswirkungen und Risiken der Zirkumzision hinreichende Aufklärung erhielt. Offenbar *wollte* er nicht, dass hier ein Argument gegen die Wiedereinräumung des Rechtes wegfiel – weil er wusste, dass auch die aufgeklärteste Einwilligung der Mutter unvernünftig wäre und dem Kind nicht zum Wohle, sondern zum Schaden gereichen würde. Ferner betont er, dass die Mutter der Operation nicht beiwohnen wolle und sich dies „ausgesprochen negativ auf die Psyche des Kindes auswirken“ könne. Und er macht sich die Ausführungen einer Sachverständigen zu eigen, dass das evangelisch getaufte Kind „durch den [...] Eingriff in dem sein Alltagsleben weit überwiegend prägenden deutschen Kulturkreis anders behandelt würde als die große Mehrzahl seiner etwa gleichaltrigen Kontaktpersonen“, dass „ein Verständnis des Kindes für den Sinn des irreversiblen Eingriffs nicht zu erwarten sei“ und dass G hierüber schließlich selbst „in einigen Jahren eigenverantwortlich [...] entscheiden könne“. Das ist alles wahr, nur nach der Sicht des Gesetzgebers kein Grund, den Willen der sorgeberechtigten Mutter nicht zu respektieren. Und vor allem: Den Hauptgrund, weshalb dem Kind der Eingriff erspart bleiben sollte, erwähnt der *Senat* gar nicht. Denn er vermeidet es, seinen ablehnenden Beschluss mit den gravierendsten Beeinträchtigungen und Gefährdungen des Kindeswohls zu begründen, also mit Schmerz, Körperverlust und Komplikationsrisiken. Ihm ist bewusst, dass diese Begründung dem Gesetzgeber gleichsam ins Gesicht schلüge und den § 1631d BGB offen missachten würde. Aber den Sinn der Vorschrift missachtet auch die gewählte Begründung, weil alles, was der *Senat* anführt, völlig normal ist bei einer vom Sorgeberechtigten ernsthaft gewollten Beschneidung eines in Deutschland lebenden Kindes.

In der OLG-Entscheidung hat sich ein von allen (außer der Antragstellerin) empfundenenes Schutzbedürfnis durchgesetzt gegen eine Regelung, die den Schutz des Kindes nicht will, um statt seiner die sorgeberechtigte Person zu schützen, nämlich in ihrem Interesse an der rituellen Verletzung des kindlichen Körpers. Der Gesetzgeber hat diese Regelung unter politischem Druck geschaffen. Sie taugt nichts, und die Praxis wird immer wieder versuchen, sie durch gesetzwidrige Bejahung der Kindeswohlgefährdung (§ 1631d Abs. 1 S. 2 BGB) zu umgehen.

## Beweisen oder Bewerten

### Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

In einer Entscheidungsbegründung treten zwei verschiedene Arten singularer Sätze auf: Tatsachenbehauptungen und Werturteile. Beide Arten von Sätzen unterscheiden sich fundamental in ihrem Sinn, ihrer Begründung und ihrer prozessualen Behandlung. Werden die beiden Arten von Sätzen miteinander konfundiert, so ist das Ergebnis nichts anderes, als mit wohlklingenden Textbausteinen garnierte Willkür. Der nachgefragte inflationäre Gebrauch von Ausdrücken wie Wertung, Akt der Wertung, wertende Betrachtung und auch des Ausdrucks normativ, sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Wissenschaft, hat dazu geführt, dass diese Unterscheidung nicht mit der nötigen Sorgfalt getroffen wird und zwar sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Wissenschaft.

Eine Tatsachenbehauptung ist wahr oder falsch. Man kann sie bestreiten, aber nicht kritisieren. Wenn sie wahr ist, so ist an ihr nichts zu drehen und zu deuteln. Eine Tatsache wird, falls sie nicht unmittelbar sinnlich wahrgenommen wird, dadurch bewiesen, dass man sog. Indiztatsachen wahrnimmt und feststellt, aus denen sich nach Naturgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, dass die behauptete Tatsache wahr ist. Inhaltlich haben diese Indiztatsachen mit dem Inhalt der zu beweisenden Behauptung nichts zu tun. Fußspuren im Schnee sind ein Indiz dafür, dass zwischen dem Schneefall und dem Moment ihrer Wahrnehmung eine Person sich an dieser Stelle aufgehalten hat. Aber mit der Tatsache, dass sich die Person dort aufgehalten hat, haben die Spuren im Schnee nichts zu tun. Diese Tatsache wäre auch dann wahr, wenn kein Schnee gefallen wäre.<sup>1</sup> Die Verknüpfung zwischen einer Indiz-

tatsache und der Tatsachenbehauptung muss nicht normativ gerechtfertigt werden, sondern nur empirisch. Es gibt deshalb auch keine inhaltliche Beschränkung der zu einem Beweis heranzuziehenden Indiztatsachen. Es gilt vielmehr für den Richter, der den Beweis führt, die Maxime, alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Prozessual gilt für den Beweis einer Tatsachenbehauptung die freie richterliche Beweiswürdigung und der Zweifelsgrundsatz. Tatsachenfeststellungen sind nicht revisibel.

Werturteile sind weder wahr noch falsch. Sie sind zunächst zwar eine persönliche Äußerung des jeweiligen Sprechers, aber jedes Werturteil drückt den Anspruch der Allgemeingültigkeit aus (Universalisierbarkeit).<sup>2</sup> Der Sprecher will mit seinem Urteil nicht nur ein Gefühl kundtun das er selbst hat, sondern den Hörer dazu bewegen, sich seinem Urteil anzuschließen.<sup>3</sup> Werturteile haben einen Bezug zur Praxis, indem sie eine Norm implizieren.<sup>4</sup> Der Satz, ein Auto das wenig Benzin verbraucht, wenig Schadstoffe ausstößt und

---

wenn der Begriff unklar ist, der zugeordnet werden soll. Ein Indiz ist als Zuordnungsregel falsch, wenn es empirisch nicht begründet ist, ein Begriffsmerkmal ist falsch, wenn es normativ nicht begründet ist. Beide Arten von Zuordnungsregeln werden gleichgesetzt von denen, die vorschlagen, den Streit um die richtige Bestimmung des Vorsatzbegriffs aufzugeben und sich von vornherein der Frage zuzuwenden, wie man Vorsatz beweist, *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 359; *ders.*, JA 1988, 486 (497 ff.); *Hassemer*, in: Dornseifer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 (304 f.); *Frisch*, in: Geppert/Dehne (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 533 (550 f.); *Mylonopoulos* (Fn. 1), S. 349 ff.; *Volk* (Fn. 1), 745 ff. Wird die Unterscheidung zwischen dem, was bewiesen werden soll und dem, was beweist, aufgehoben, so bleibt ein Zirkel übrig, in dem die Indizien nur noch sich selbst beweisen, *Puppe*, NStZ 2012, 409 (414); gegen die Gleichsetzung von Indizien und Begriffsmerkmalen auch *Schünemann*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 363 (375 f.); *Steinberg*, JZ 2010, 712.

<sup>2</sup> *Hare*, Die Sprache der Moral, 1972, S. 164 ff.; *ders.*, Moralisches Denken, 1992, S. 166 ff.; *Neumann*, in Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 333 (335); *Birnbacher*, Analytische Einführung in die Ethik, 2003, S. 31 ff.

<sup>3</sup> *Hare* (Fn. 2 - Sprache), S. 205 ff.; *Birnbacher* (Fn. 2), S. 24; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, S. 90 ff., 107.

<sup>4</sup> *Hare* (Fn. 2 - Sprache), S. 205 ff.; *Alexy* (Fn. 3), S. 90 ff., 107; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2013, S. 39; vgl. auch *Birnbacher* (Fn. 2), S. 33 ff.; *Neumann*, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, 2012, S. 311 (315 ff.).

---

<sup>1</sup> Solche einfachen Beispiele widerlegen die These von *Volk*, dass es bei der Begründung der Anwendung eines Begriffs auf einen Einzelfall keinen Unterschied gibt zwischen den Merkmalen dieses Begriffs und den Indizien für deren Vorliegen, *Volk*, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, 2000, S. 739 (745 f.); dem folgend *Mylonopoulos*, in: Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 349 (355); vgl. dazu auch *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 386 ff., 401 ff. Es ist richtig, dass, je nachdem von welcher Begriffsdefinition man ausgeht, eine Zuordnungsregel als Begriffsmerkmal oder als Indiz erscheinen kann. In einer intellektualistischen Begriffsbestimmung des Vorsatzes erscheint die dem Täter bewusste hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts als Begriffselement des Vorsatzes, in einer voluntaristischen nur als widerlegbares Indiz dafür, dass der Täter sich mit dem Erfolgseintritt abgefunden hat, *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 6. Aufl. 2006, § 12 Rn. 16; *Puppe*, JA 1989, 345 (350) = *dies.*, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, S. 27 (39 f.). Zu einer Konfusion beider Arten von Zuordnungsregeln kommt es aber nur dann,

leise ist, ist ein gutes Auto, impliziert die Norm, dass die Autofahrer solche Autos anderen gegenüber bevorzugen sollen. Der berüchtigte Satz, nur ein toter Indianer ist ein guter Indianer, impliziert die Norm, dass alle Indianer umgebracht werden sollen. Um ein Werturteil zu begründen, auch ein singuläres, muss ich meinen Gesprächspartner davon überzeugen, diese in ihm implizierte Norm zu akzeptieren.

Ein Werturteil hat nur dann einen Sinn, wenn es die Tatsachen impliziert, die in einem bestimmten Sinne bewertet werden und die Kriterien, nach denen sie bewertet werden. Anders als Indiztatsachen sind also die Tatsachen, auf die sich eine Wertung bezieht, integraler Bestandteil der Bedeutung der wertenden Aussage.<sup>5</sup> Wenn mir jemand sagt, dies ist ein gutes Auto, so weiß ich noch nicht, was er meint. Für den einen ist ein gutes Auto ein solches, das eine hohe PS-Zahl, einen hohen Beschleunigungswert und eine hohe Maximalgeschwindigkeit hat, für einen anderen ein solches, das wenig Benzin verbraucht, wenig Schadstoffe ausstößt und wenig Krach macht. Nur wenn ich weiß, ob mein Gesprächspartner zu der ersten oder der zweiten Sorte von Autofahrern gehört, kann ich verstehen, was er mit dem Satz ausdrückt: Dies ist ein gutes Auto. Da jedes Werturteil sich auf bestimmte Tatsachen beziehen muss, gilt für Werturteile nicht die Maxime, sie seien unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu fällen. Wenn ein Richter mir auf die Frage, warum er in einem konkreten Fall das Rachemotiv des Täters als niedrig im Sinne von § 211 StGB bewertet hat oder auch nicht als niedrig bewertet hat, die Antwort gibt, dies sei das Ergebnis seiner wertenden Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles, so weiß ich immer noch nicht, was er unter einem niedrigen Beweggrund im konkreten Urteil versteht. Da Werturteile eine Norm implizieren, impliziert ihre Anwendung im Recht eine Rechtsnorm. Rechtsnormen unterliegen der Revision.<sup>6</sup> Für Rechtsnormen, anders als für Tatsachenfeststellungen gilt auch nicht der Zweifelsgrundsatz. Der Richter ist bei Zweifeln an seiner Wertung also nicht gehalten, sich stets für diejenige Wertung zu entscheiden, die für einen Angeklagten am günstigsten ist. Deshalb ist ein Werturteil nicht empirisch bestreitbar, sondern normativ kritisierbar.

Es dürfte deutlich geworden sein, warum eine sorgfältige Trennung zwischen behauptenden und bewertenden Sätzen in Theorie und Praxis der Rechtsanwendung unerlässlich ist. Untersuchen wir die neueste Rechtsprechung des BGH zur Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit daraufhin, welche darin enthaltenen Sätze behauptende und welche bewertende sind. Nach Preisgabe des Hemmschwellentopos

durch den BGH<sup>7</sup> musste die Standardformulierung des BGH zur Unterscheidung zwischen bedingtem Tötungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit geändert werden. In der Sache hat sich allerdings zunächst nicht viel mehr geändert als, dass der Hinweis auf die hohe Hemmschwelle ersetzt wurde, durch den Hinweis darauf, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit in Grenzfällen eng beieinander liegen.<sup>8</sup> Die Erfahrungen, die wir mit der bisherigen Rechtsprechung zur Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei Tötungsdelikten gemacht haben,<sup>9</sup> werden also wohl auch für die Zukunft gelten. Die neue Formulierung, die inzwischen sowohl vom zweiten als auch vom dritten Strafsenat des BGH verwendet wird und sich bereits zu einem neuen Textbaustein der Urteilsbegründung zu verfestigen beginnt, lautet:

„Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, weiter, dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung zumindest abfindet. Da die Schuldformen des bedingten Vorsatzes und der bewussten Fahrlässigkeit im Grenzbereich eng beieinander liegen, müssen vor der Annahme bedingten Vorsatzes beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissens- als auch das Willenselement, umfassend geprüft und gegebenenfalls durch tatsächliche Feststellungen belegt werden. Hierzu bedarf es einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalles, in welche vor allem die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage mit einzubeziehen sind.“<sup>10</sup>

Untersuchen wir also diesen Text daraufhin, welche Passagen Tatsachenbehauptungen ausdrücken und welche Wertungen. Eine Tatsachenbehauptung ist zunächst, dass der Täter den Erfolg als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt. Das ist alles, was der BGH als sog. Wissenselement des Vorsatzes fordert. Dieses Wissenselement unterscheidet sich nicht von dem bei der bewussten Fahrlässigkeit gegebenen bzw. bei der unbewussten Fahrlässigkeit erreichbaren Wissen des Täters. Denn wenn der Erfolg ganz fernliegend ist, so trifft den Täter keine Sorgfaltspflicht, ihn zu vermeiden. Der BGH besteht nun weiterhin darauf, dass das Willenselement des Vorsatzes vom Wissenselement inhaltlich völlig unabhängig ist. Er beschreibt es dahin, dass der Täter den Erfolg billigt oder sich mit seinem Eintritt abfindet.

Betrachten wir diese Aussage zunächst als Tatsachenbehauptung. Sie beschreibt dann einen Befund in der Psyche des Täters bzw. ein vom Täter selbst zu fallendes Werturteil.

<sup>5</sup> Hare (Fn. 2 - Sprache), S. 110 f.; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 203; Puppe, GA 1990, 145 (173 f.); vgl. auch Birnbacher (Fn. 2), S. 31.

<sup>6</sup> Neumann, in: Michalke (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24.12.2008, 2008, S. 525 (534 ff.); ders., in: Karras (Hrsg.), Festschrift für Nikolaos K. Androulakis, 2003, S. 1091 (1101); ders., GA 1988, 387 (393); Grosse-Wilde, HRRS 2009, 363 (364 f.); Puppe, NStZ 2012, 409 (412).

<sup>7</sup> BGH JR 2012, 474 mit Anm. Puppe.

<sup>8</sup> Diese Formulierung ist freilich auch nicht neu, aber sie ist „funktionaler“ Ersatz für den Hemmschwellentopos.

<sup>9</sup> Vgl. die Nachweise bei Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 15 Rn. 88 ff.

<sup>10</sup> BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ-RR 2013, 75 (76 f.); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90); BGH BeckRS 2013, 07323; BGH BeckRS 2013, 15925; BGH BeckRS 2013, 16656.

Im strengen Sinne des Wortes billigt der Täter den Erfolg nämlich nur dann, wenn er das Werturteil fällt, dass der Erfolg sein soll oder mindestens doch sein darf.<sup>11</sup> So urteilen nur Überzeugungstäter, beispielsweise Gotteskrieger. Der normale Straftäter ist sich durchaus darüber klar, dass der Tod des Opfers nicht sein soll. Bleibt also die Alternative des Sich-Abfindens mit dem Erfolg im Moment der Tat. Abfinden kann ich mich nur mit einem Nachteil, den ich selbst erleide, ebenso wie ich nur einen Preis in Kauf nehmen kann, den ich selbst bezahlen muss. Das einzige, womit sich der Täter also abfinden oder was er in Kauf nehmen kann, sind die unangenehmen Gefühle, die er haben wird, wenn das Opfer an seiner Behandlung stirbt. Ein Staatsanwalt hat es treffend beschrieben: Der Richter muss sich fragen, was stellt sich der Täter vor, wie er sich fühlen wird, falls das Opfer stirbt.<sup>12</sup> Solche unangenehmen Gefühle hat der Täter allerdings nur dann zu fürchten, wenn er das Opfer liebt oder sonst an seinem Schicksal Anteil nimmt. Hat der Täter solche unangenehmen Gefühle aber gar nicht zu fürchten, weil ihm das Schicksal des Opfers im Moment der Tatausführung gänzlich gleichgültig ist, so gibt es nichts, womit er sich abzufinden oder was er in Kauf zu nehmen hätte. Das dürfte aber normalerweise die psychische Befindlichkeit eines Täters sein, der sein Opfer unter Alkoholeinfluss, aus Wut oder einem nichtigen Anlass, in offensichtlich lebensgefährlicher Weise angreift, sonst würde er nicht so handeln. Jedenfalls im Moment der Tatausführung befasst sich der Täter nicht mit der Frage, ob er den Eintritt des Todes des Opfers in Kauf nehmen, sich damit abfinden oder ernsthaft und nicht nur vage auf sein Ausbleiben vertrauen will. Die Problematik der Anwendung dieser Beschreibung des Willenselements des Vorsatzes besteht also nicht, wie viele Wissenschaftler meinen, darin, dass der Richter dem Täter während der Tatausführung nicht in den Kopf schauen kann,<sup>13</sup> sondern darin, dass er das, was er sucht, ein Sich-Abfinden mit dem Tod oder ein ernsthaftes Vertrauen auf sein Ausbleiben, in diesem Kopf im Moment der Tatausführung gar nicht finden würde.<sup>14</sup>

Wenn wir die Redeweise von dem in Kauf nehmen des Erfolges oder dem ernsthaften Vertrauen auf sein Ausbleiben aufrechterhalten wollen, können wir sie nur normativ verstehen. Sie ist keine Tatsachenfeststellung, sondern eine Zuschreibung, eine Bewertung des Verhaltens des Täters dergestalt, dass der Richter sich für berechtigt hält, dem Täter ein Billigen oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg zuzuschreiben,

in dem Sinne: Wer in dieser Situation, mit diesem Wissen, dies tut, der findet sich mit dem Tod seines Opfers ab.<sup>15</sup>

Eine Bewertung oder Zuschreibung die von Rechts wegen erfolgt, muss aber nach festliegenden rechtlichen Regeln erfolgen,<sup>16</sup> nicht nach einer, wie es heißt „individuellen wertenden Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalles“. Hierzu gibt unser Textbaustein nur eine einzige bewertbare Tatsache *expressis verbis* an, nämlich die „objektive Gefährlichkeit der Tatausführung“. Im Übrigen werden gar keine Tatsachen benannt, die die Zuschreibung eines Billigens oder Sich-Abfindens mit dem Erfolg begründen oder auch widerlegen könnten, es werden lediglich die Lebensbereiche aufgezählt, denen solche Tatsachen gegebenenfalls entnommen werden sollen, nämlich „die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatausführung und seine Motivationslage.“ Welche Angriffsweise, welche psychische Verfassung und welche Motivationslage für oder gegen die Zuschreibung sprechen sollen, wird gar nicht gesagt.

Das ist aber keineswegs selbsterklärend, vielmehr hat der BGH neuerdings entdeckt, dass viele für eine solche Zuschreibung relevanten Tatsachen, das Gericht nennt sie „Beweisanzeichen“ ambivalent sind, in dem Sinne, dass sie „je nachdem, wie das Tatgericht es im Einzelfall bewertet, rechtlich zulässige Schlüsse sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten des Angeklagten ermöglichen.“<sup>17</sup> Hier ist zunächst davon die Rede, dass die betreffenden Tatsachen „Beweisanzeichen“ seien, das Ergebnis wird also als Tatsachenfeststellung verstanden, aber im nächsten Satz heißt es, dass es darauf ankommt, wie das Gericht diese Beweisanzeichen im Einzelfall „bewertet“. Es fragt sich also, ob das Ergebnis, dass der Täter sich mit dem Erfolg abgefunden habe, eine Tatsachenbehauptung sein soll, oder ein Werturteil. Nach unserer Feststellung, dass die Formel als Tatsachenbehauptung nicht sinnvoll bzw. die Tatsachen, die behauptet werden sollen, nicht vorhanden sind, kann es nur ein Werturteil sein.

<sup>11</sup> Roxin (Fn. 1), § 12 Rn. 36; Hassemer (Fn. 1), 298 Fn. 46.

<sup>12</sup> Leitmeier, NJW 2012, 2850 (2852).

<sup>13</sup> Hassemer (Fn. 1) S. 303 ff.; Volk (Fn. 1), S. 744, 746; Mylonopoulos (Fn. 1), S. 349.

<sup>14</sup> Schünemann (Fn. 1) S. 367 f.; schon v. Bar hat das Billigen und in Kauf nehmen des Erfolges bezeichnet als ein „aus Irrtümern hervorgegangenes und darum irregeleitetes Phantom, geeignet die Strafjustiz bei dem Volke in Mißkredit zu bringen“ (ZStW 18 [1898], 534 [556]).

<sup>15</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 15 Rn. 9a; Jakobs, Rechtswissenschaft 2010, 283 (287 ff.); Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 22.7.2013, § 15 Rn 23; Hruschka, in: Gössel (Hrsg.) Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, 1985, S. 191 (201); Kindhäuser, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerichtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 345 (354); Roxin (Fn. 1), § 12 Rn. 31; Pérez-Barberá, GA 2013, 454 (456 f.); Stuckenberg (Fn. 1), S. 385 f.; Schünemann (Fn. 1), S. 367; Puppe (Fn. 8), § 15 Rn. 24, 68.

<sup>16</sup> Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009, S. 266 f.; Neumann (Fn. 2), S. 335; ders. (Fn. 4), S. 315 ff.; Puppe, NSTZ 2012, 409 (414); dies. (Fn. 4), S. 52 f.

<sup>17</sup> BGH NSTZ 2013, 581 (582); BGH NSTZ-RR 2013, 75 (77); BGH NSTZ-RR 2013, 89 (90); BGH, Urt. v. 4.4.2013 - 3 StR 37/13 = BeckRS 2013, 07323; BGH NSTZ-RR 2013, 343 (Ls.) = BeckRS 2013, 15925.

Darin, dass ein und derselbe Sachverhalt, beispielsweise die Erregung des Täters oder seine Alkoholisierung in einem Fall für, in einem anderen Fall gegen die Bewertung seines Verhaltens als Billigen oder Sich-Abfinden mit dem Tod des Opfers sprechen soll, liegt noch kein Wertungswiderspruch, sofern die Voraussetzungen angegeben werden, unter denen der ambivalente Gesichtspunkt in dem einen oder dem anderen Sinne zu werten ist.

In dem Urteil, in dem der BGH den Hemmschwellentopos in der Sache preisgegeben hat, hieß es noch: „Zur Verneinung des voluntativen Vorsatzelements bedarf es vielmehr in jedem Einzelfall tragfähiger Anhaltspunkte dafür, dass der Täter ernsthaft darauf vertraut haben könnte, der Geschädigte werde nicht zu Tode kommen“<sup>18</sup>. Ich habe versucht, Tatsachen anzugeben, die die Bewertung der ambivalenten Kriterien in dem einen oder anderen Sinne begründen könnten. Ich habe nur solche gefunden, denen der Verdacht des Charakterstrafrechts oder Gesinnungsstrafrechts anhaftet, bspw. die bisherige Unbestraftheit und der unauffällige Lebenswandel des Angeklagten.<sup>19</sup> Manche, die ich in der Rechtsprechung der Instanzgerichte vorfand, wirkten auf mich geradezu rabulistisch und zynisch. Beispielsweise die Fettleibigkeit des von 13 Stichen in den Rumpf verletzten Opfers,<sup>20</sup> oder das Argument, dass die Täter, die dem Opfer acht „wichtige“ Tritte ins Gesicht versetzt hatten, wegen ihrer Fußballerfahrung vielleicht noch härter hätten zutreten können?<sup>21</sup> In dem neuesten Urteil, das ebenfalls das ambivalente Beweiszeichen der „Spontaneität“ aufweist, hält es der 2. Senat für ein entscheidendes Indiz gegen den Tötungsvorsatz, dass es „an einem einsichtigen Grund dafür fehlt, dass die Angeklagten [...] den Tod des Opfers billigend in Kauf genommen haben“.<sup>22</sup> Die Angeklagten hatten das Opfer, das einer von ihnen versehentlich angerempelt hatte, mit Faustschlägen und Fußtritten derart misshandelt, dass es daran verstarb. Geht man davon aus, dass das billigende in Kauf nehmen des Todes eine tatbegleitende psychische Befindlichkeit des Täters ist, die unabhängig von der dem Täter bewussten Lebensge-

fährlichkeit der Misshandlung bestehen oder fehlen kann, so ist das durchaus konsequent. Bei einer bewertenden Beurteilung des Tatverhaltens erscheint es dagegen widersinnig dem Täter vorsatzausschließend zugutezuhalten, dass er keinerlei nachvollziehbaren Anlass hatte, das Opfer in lebensbedrohlicher Weise zu misshandeln. Eine Tötung aus nichtigem Anlass gilt als Mord aus niedrigen Beweggründen.

Verzichtet man aber darauf, die Voraussetzungen allgemeingültig anzugeben, unter denen das ambivalente Kriterium für bzw. gegen die Annahme von Vorsatz spricht, so bleibt der Wertungswiderspruch eben bestehen. Um nun zu verhindern, dass dieser Wertungswiderspruch auf die einzelne Entscheidungsbegründung durchschlägt, weist der BGH das Instanzgericht an, ein solches ambivalentes „Beweisanzeichen“ in seinen Urteilsgründen stets nur entweder in dem einen oder in dem anderen Sinne zu bewerten. „Der Tatrichter kann in einem solchen Fall nicht gehalten sein, denselben Umstand nochmals in dem anderen Beweiszusammenhang zu erwägen und damit Gefahr zu laufen, sich zu seinem anderweitig gewonnenen Ergebnis zu Gunsten oder zu Lasten des Angeklagten in Widerspruch zu setzen“.<sup>23</sup> Das Tatgericht soll sich also zuerst aufgrund einer wertenden Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles entscheiden, ob es den Täter wegen Vorsatz oder wegen Fahrlässigkeit verurteilen will und dann bei der Begründung, wie der Volksmund es ausdrückt, „auf den Putz hauen“. Nur diejenigen Gesichtspunkte, die für die Entscheidung des Gerichts sprechen, sollen in der Begründung Erwähnung finden. Eine abwägende Auseinandersetzung mit Gegengründen soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, selbst wenn das Instanzgericht sie gewissenhafter Weise tatsächlich vollzogen hat. Bei der nächsten Gelegenheit kann das gleiche Gericht die gleichen „Indizien“ im entgegengesetzten Sinne „bewerten“ und beide Urteile sind revisionsfest, wenn es dabei nur kräftig genug auf den Putz haut.

Die Formulierungen des BGH changieren zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil. Einerseits werden die Gründe für die Annahme oder Ablehnung des Vorsatzes als Indizien oder Anzeichen bezeichnet und das Ergebnis der freien tatrichterlichen Beweiswürdigung anheimgestellt, andererseits ist allenthalben von Wertung und wertender Beurteilung und sogar von einem Wertungsspielraum die Rede.<sup>24</sup>

Der BGH muss sich entscheiden, wie er die Formeln vom Billigen, billigend in Kauf nehmen, billigend in Kauf nehmen im Rechtssinne oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg verstanden wissen will, als zuschreibende Werturteile über das Gesamtverhalten des Täters in der konkreten Situation in dem Sinne, wer in dieser Situation so handelt, hat sich mit dem Tod abgefunden, oder als Tatsachenbehauptung über die psychische Befindlichkeit des Täters im Moment der Tat. Entscheidet er sich für das erstere, so muss er allgemein gültige Regeln darüber aufstellen, unter welchen tatsächlichen Bedingungen das Werturteil gelten soll, dass der Täter den Er-

<sup>18</sup> BGH JR 2012, 474 (477).

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 4.4.2013 - 3 StR 37/13 = BeckRS 2013, 07323.

<sup>20</sup> BGH NStZ-RR 2013, 75.

<sup>21</sup> BGH NStZ 2013, 581 (583), die Fußballerfahrung der Täter spricht doch eher für als gegen den Vorsatz, es sei denn, sie hätten ihre Erfahrung dazu benutzt, ihre „wichtigen“ Tritte zu mäßigen. Allenfalls ist auch die Fußballerfahrung bei Tritten ins Gesicht ein ambivalentes Indiz.

<sup>22</sup> BGH NStZ 2014, 35, vgl. dazu auch BGH NStZ 1994, 585; BGH NStZ 2003, 431 f.; BGH NStZ 2004, 51; BGH NStZ 2004 329 (330); BGH NStZ 2005, 629 mit krit. Anm. *Schneider*; BGH NStZ 2011, 338 (339); BGH StV 2004, 76; BGH NStZ-RR 2005, 304 (305); BGH NStZ-RR 2007, 307; BGH FD StraFR 2012, 33522. Nach BGH NStZ 2007, 700, und BGH NStZ 2002, 541, kommt es darauf nicht entscheidend an; kritisch dazu auch *Trück*, NStZ 2005, 233 (236); kritisch dazu *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 212 Rn. 59 f.; *Puppe* (Fn. 8), § 15 Rn 92.

<sup>23</sup> BGH NStZ 2013, 581 (582 f.); BGH NStZ-RR 2013, 75 (77); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90); BGH BeckRS 2013, 07323; BGH BeckRS 2013, 15925.

<sup>24</sup> BGH BeckRS 2013, 16656.

folg gebilligt bzw. sich mit ihm abgefunden hat. Diese tatsächlichen Bedingungen, sog. Indikatoren, sind integraler Bestandteil dieses Werturteils. Dabei können sie von Fall zu Fall durchaus verschieden sein. Sind mehrere solcher Indikatoren einschlägig, so muss zwischen ihnen eine allgemein gültige Rangfolge festgelegt werden.

Nun hat der BGH es aber abgelehnt, solche Festlegungen zu treffen, weil sie ein Eingriff in die freie Beweiswürdigung des Tatrichters seien und auf die Aufstellung von Beweisregeln hinauslaufen.<sup>25</sup> Es sei nicht nur Aufgabe des Tatgerichts, unter Beachtung des Zweifelsgrundsatzes zu entscheiden, ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, „gleichermaßen Sache des Tatrichters ist es, die Bedeutung und das Gewicht der einzelnen be- oder entlastenden Indizien in der Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses zu bewerten.“<sup>26</sup> Der BGH versteht also die tatsächlichen Feststellungen, anhand deren ein Tatrichter, wie es heißt „Schlussfolgerungen auf das Vorhandensein oder Fehlen des Vorsatzes zieht“, *expressis verbis* als Indizien, also als empirische Gründe für den Beweis einer von ihnen inhaltlich unabhängigen Tatsachenbehauptung und nicht als Indikatoren, die Gegenstand und Inhalt eines Werturteils sind.<sup>27</sup> Danach müsste der BGH aufhören, in diesem Zusammenhang von wertender Beurteilung, Gesamtbewertung oder gar Wertungsspielraum zu reden, und uns klar – ich sagte nicht exakt – sagen, welche psychische Befindlichkeit es ist, die das Billigen oder Sich-Abfinden mit dem Erfolg ausmacht, und welche psychische Befindlichkeit es ist, die das ernsthafte und nicht nur vage Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges ausmacht. Diese Alternative müsste alle Fälle abdecken, auch die, in denen ein Täter unter dem Einfluss von starker Erregung, Alkoholisierung und aus nichtigem Anlass, sein Opfer lebensgefährlich angreift. Vor allen Dingen müsste entschieden werden, ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig handelt, der die Lebensgefahr des Opfers zwar im Sinne eines sachgedanklichen Mitbewusstseins erkennt, sich aber innerlich damit nicht auseinandersetzt, weil das Überleben des Opfers, jedenfalls im Moment der Tathandlung für ihn kein Thema ist, so dass er dessen Tod weder in Kauf nimmt, noch ernsthaft darauf vertraut, dass er nicht eintreten wird. Das ist eine allgemeine Rechtsfrage und der BGH macht seine Hausaufgaben nicht, wenn er ihre Entscheidung von Fall zu Fall der Gesamtschau aller relevanten Umstände durch das Tatgericht anheim stellt. Der Grundsatz *in dubio pro reo* hilft bei der Lösung dieser Aufgabe nicht, er ist erst einschlägig, wenn feststeht, auf welche Tatsachen es ankommt.

Seit *Feuerbach* von dem Standpunkt ausgehend, dass das Willenselement des Vorsatzes ein psychisches Faktum ist, die gemeinrechtliche Lehre vom *dolus indirectus* für 200 Jahre

desavouiert hat,<sup>28</sup> bemüht sich die Praxis, vor allem aber die Wissenschaft, von den verschiedensten Denkansätzen aus, das Willenselement des bedingten Vorsatzes als psychisches Faktum zu formulieren.<sup>29</sup> Sie ist daran gescheitert und hat es schließlich aufgegeben.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ-RR 2013, 75 (77); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90).

<sup>26</sup> BGH NStZ 2013, 581 (582); BGH NStZ-RR 2013, 75 (77); BGH NStZ-RR 2013, 89 (90); BGH BeckRS 2013, 07323.

<sup>27</sup> In letzterem Sinn verstehen die Typustheoretiker das Verhältnis der Indikatoren zum Vorsatz als Typus, *Hassemer* (Fn. 1), S. 304; *Schünemann* (Fn. 1) S. 370 ff.

---

<sup>28</sup> *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847 (Neudruck 1973), § 54, §§ 59 ff.

<sup>29</sup> Vgl. die Darstellung in *Puppe* (Fn. 8), § 15 Rn. 31 ff.; *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 16 Rn. 42 ff.

<sup>30</sup> *Canestrari*, GA 2004, 210 (212 ff.); *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 8/26; *Joecks* (Fn. 29), § 16 Rn. 31; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, 1996, S. 165 f.; *Stuckenberg* (Fn. 1), S. 217; *Schünemann* (Fn. 1), S. 367 f.

# Strafrechtliche und strafprozessuale Aspekte der neuen Korruptionsbestimmungen im österreichischen Strafrecht

Von Prof. Dr. Dr. Maria Eder-Rieder, Salzburg

## I. Entstehungsgeschichte

Die Entwicklung der Korruptionsstrafbestimmungen begann mit dem 1. Antikorruptionsgesetz 1964,<sup>1</sup> das 2. Antikorruptionsgesetz 1982,<sup>2</sup> das Strafrechtsänderungsgesetz (StrÄG) 1987<sup>3</sup> und das StrÄG 1998<sup>4</sup> brachten weitreichende Änderungen, fortgesetzt durch das StrÄG 2008,<sup>5</sup> dessen zu weite Tatbestandsbeschreibung mit den KorrStrÄG 2009<sup>6</sup> vereinfacht<sup>7</sup> aber auch entschärft wurde.<sup>8</sup> Mit dem Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz (KorrStrÄG) 2012,<sup>9</sup> das am 1.1. 2013 in Kraft getreten ist, wurde der Begriff Korruption erstmals im StGB in der Überschrift des 22. Abschnitts verankert und der davon umfasste Bereich des materiellen Strafrechts in erheblichem Ausmaß reformiert und erweitert.

Das Korruptionsstrafrecht ist dabei von der Umsetzung internationaler Vereinbarungen getragen. Dazu zählen das EU-Bestechungsübereinkommen,<sup>10</sup> das OECD-Bestechungsübereinkommen,<sup>11</sup> der Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22. Juli 2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption,<sup>12</sup> die Empfehlung der Staatengruppe des Europarats gegen Korruption (GRECO)<sup>13</sup> und das Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption.<sup>14</sup>

Mit dem KorrStrÄG 2012 hat Österreich nach den letzten zwei verunglückten und kritisierten Reformen schließlich ein modernes und den internationalen Vorgaben entsprechendes Korruptionsstrafrecht erhalten.<sup>15</sup> Hervorzuheben ist die nunmehr ausdrückliche Erwähnung der Korruption in der Überschrift des 22. Abschnitts des StGB „Verletzung der Amts-

pflicht, Korruption und verwandte strafbare Handlungen“. Neben der Erweiterung des Amtsträgerbegriffs (§ 74 Abs. 1 Nr. 4a StGB) mit vollständiger Erfassung von Abgeordneten (auch bezüglich „erkaufter“ parlamentarischer Anfragen) bzw. von Organen oder Bediensteten eines öffentlichen („staatsnahen“) Unternehmens, ist auch die Erweiterung des internationalen Bereichs durch Einbeziehung der Strafbarkeit von im Ausland begangenen Korruptionsdelikten – unabhängig von den Strafgesetzen des Tatortstaats – in Österreich (§ 64 Abs. 1 Nr. 2a StGB) erwähnenswert. Außerdem wurde die tätige Reue durch freiwillige Aufgabe, Selbstanzeige und Hinterlegung (§ 307c StGB a.F.) ersatzlos gestrichen, da wegen der Kronzeugenregelung des § 209a StPO kein Bedarf dafür bestand.<sup>16</sup>

Bei der Korruption im öffentlichen Bereich wurde die Trennung zwischen pflichtwidriger und pflichtgemäßer Vornahme oder Unterlassung von Amtsgeschäften bzw. die spiegelgleiche Zuordnung der passiven zur aktiven Korruption beibehalten und die Tatbestände, welche die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung (Bestechlichkeit nach § 304 StGB und Bestechung nach § 307 StGB) normierten, unberührt gelassen. Vorteilsannahme (§ 305 StGB) und Vorteilszuwendung (§ 307a StGB), welche die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung beinhalten, wurden wesentlich verändert. Der unter den Begriff „Anfütterung“ bekannte „Anbahnungsparagraf“ wurde als Vorteilsnahme zur Beeinflussung (§ 306 StGB) bzw. Vorteilszuwendung zur Beeinflussung (§ 307b StGB) neu gefasst<sup>17</sup> und die Bestimmung der verbotenen Intervention (§ 308 StGB) verändert.

Die Korruption im privaten Bereich wurde erheblich verschärft. Die §§ 168c-168e StGB a.F. wurden aufgehoben und systematisch zu den Korruptionsdelikten in den 22. Abschnitt transferiert und in den neu geschaffenen § 309 StGB („Geschenkannahme und Bestechung von Bediensteten und Beauftragten“) zusammengefasst. Dabei wurde das Privatanklagedelikt (§ 168e StGB a.F.) abgeschafft und Korruption im privaten Geschäftsverkehr zum Officialdelikt gemacht, die Strafrahmen im Fall der Wertqualifikation von über € 50.000,- bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe (bisher 3 Jahre) erhöht und die Straflosigkeit bei geringfügigen Vorteil – das heißt auch Akte der Höflichkeit (Erfrischungsgetränke, Kaffee u.a.) – bei der aktiven Bestechung gestrichen.<sup>18</sup>

<sup>1</sup> BGBl. 1964/116.

<sup>2</sup> BGBl. 1982/205.

<sup>3</sup> BGBl. 1987/605.

<sup>4</sup> BGBl. I 1998/153.

<sup>5</sup> BGBl. I 2007/109.

<sup>6</sup> BGBl. I 2009/98.

<sup>7</sup> Dazu *Eder-Rieder*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2011, S. 105 ff.

<sup>8</sup> Zu den diversen Änderungen *Schmoller*, in: Pfeil/Prantner (Hrsg.), Sozialbetrug und Korruption im Gesundheitswesen, 2013, S. 51 (S. 54 ff.).

<sup>9</sup> BGBl. I 2012/61.

<sup>10</sup> ABl. EG 1997 Nr. C 195, S. 2; BGBl. III 2000/38.

<sup>11</sup> BGBl. III 1999/176.

<sup>12</sup> BGBl. III 2006/47.

<sup>13</sup> Kritischer Evaluierungsbericht der Staatengruppe gegen Korruption des Europarats (GRECO), im Internet unter [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3%282011%293\\_Austria\\_Two\\_DE.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3%282011%293_Austria_Two_DE.pdf) (4.2.2014); dazu auch *Zierl*, Journal für Strafrecht 2012, 144 (145 Fn. 12).

<sup>14</sup> Europaratskonvention (SEV-Nr. 173), ratifiziert am 25.9. 2013, trat am 1.1.2014 in Kraft.

<sup>15</sup> *Brandstetter/Singer*, Journal für Strafrecht 2012, 209; *Pilnacek*, Österreichische Juristen-Zeitung 2012, 741.

<sup>16</sup> Justizausschuss, Ausschussbericht 1833 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 24. GP, S. 11; kritisch *Brandstetter/Singer*, Journal für Strafrecht 2012, 209 (217).

<sup>17</sup> *Mitgutsch/Brandstetter*, in: Mitgutsch/Wessely (Hrsg.), Jahrbuch Strafrecht Besonderer Teil, 2013, S. 13 (S. 16).

<sup>18</sup> Kritisch *Zierl*, Journal für Strafrecht 2012, 144 (145); *Thiele*, in: Hinterhofer/Rosbaud/Triffterer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand: 2013, § 309 Rn. 24.

## II. Überblick über die Korruptionsdelikte

Unter Korruption wird jede Art von Pflichtwidrigkeit und Missbrauch einer eingeräumten Befugnis bzw. Vertrauensstellung in einer Funktion in Verwaltung, Wirtschaft und Politik im Austausch gegen einen Vorteil, auf den kein rechtlich begründeter Anspruch besteht, angesehen.<sup>19</sup> Als Korruptionsdelikte werden die in den §§ 304-309 StGB umschriebenen Tatbestände innerhalb des 22. Abschnitts erfasst. Geschütztes Rechtsgut ist dabei die Reinheit, Sauberkeit und Unbestechlichkeit der Amtsführung und im geschäftlichen Verkehr.<sup>20</sup>

Das neue Korruptionsstrafrecht betrifft den öffentlichen Sektor, das heißt Amtsträger, Schiedsrichter, Sachverständige (§§ 304 bis 308 StGB) und den privaten Wirtschaftsbereich, das heißt Machthaber, Bedienstete oder Beauftragte von öffentlichen Unternehmen (§ 309 StGB). Die Korruptionstatbestände unterteilen sich in Straftaten, die durch den Vorteilsnehmer (passive Bestechung) und spiegelgleich zu diesen solche die durch den Vorteilsgeber (aktive Bestechung) begangen werden. Damit wird jedem passiven Bestechungsdelikt ein aktives gegenübergestellt.

Zu den Korruptionstatbeständen des öffentlichen Bereiches zählen:

- Betreffend den Vorteilsnehmer (passive Bestechung): Bestechlichkeit (§ 304 StGB), Vorteilsannahme (§ 305 StGB), Vorteilsannahme zur Beeinflussung (§ 306 StGB), verbotene Intervention (§ 308 Abs. 1 StGB),
- Betreffend den Vorteilsgeber (aktive Bestechung): Bestechung (§ 307 StGB), Vorteilszuwendung (§ 307a StGB), Vorteilszuwendung zur Beeinflussung (§ 307b StGB), Verbotene Intervention (§ 308 Abs. 2 StGB)

Zu den Korruptionstatbeständen des privaten Bereiches zählen zusammenfassend:

- Passive Bestechung: Geschenkkannahme durch Machthaber (§ 153a StGB), Geschenkkannahme durch Bedienstete oder Beauftragte (§ 309 Abs. 1 StGB, subsidiär § 10 Abs. 2 UWG), Umtriebe während einer Geschäftsaufsicht, im Ausgleichs- oder im Konkursverfahren (§ 160 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 und Abs. 2 StGB), Bestechung bei der Wahl oder Volksabstimmung (§ 265 Abs. 2 StGB).
- Aktive Bestechung: Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten (§ 309 Abs. 2 StGB, subsidiär § 10 Abs. 1 UWG), Umtriebe während einer Geschäftsaufsicht, im Ausgleichs- oder im Konkursverfahren (§ 160 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 StGB), Bestechung bei der Wahl oder Volksabstimmung (§ 265 Abs. 1 StGB).

<sup>19</sup> *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch, 5. Aufl. 2012, S. 1; *Köck*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2010, S. 73 m.w.N.; zu den Schwierigkeit der Begriffsbildung siehe *Rauch*, Korruptionsstrafrecht, 2012, S. 6 ff.

<sup>20</sup> *Zierl*, Journal für Strafrecht 2012, 144 (147 m.w.N.); *Zagler*, in: *Hinterhofer/Rosbaud/Triffterer* (Fn. 18), § 304 Rn. 4.

## III. Korruption im öffentlichen Bereich

### 1. Amtsträger nach § 74 Abs. 1 Nr. 4a StGB

Der Begriff des Amtsträgers als Tatsubjekt bzw. Tatobjekt der Korruptionsdelikte ist in § 74 Abs. 1 Nr. 4a lit. b-d StGB definiert und umfasst nach der Legaldefinition drei Personengruppen.

#### a) Amtsträger nach § 74 Abs. 1 Nr. 4a lit. b StGB

Amtsträger ist nach § 74 Abs. 1 Nr. 4a lit. b StGB jeder, der für eine Gebietskörperschaft (Bund, Land, Gemeindeverband, Gemeinde), für eine andere Person des öffentlichen Rechts (ausgenommen Kirche oder Religionsgesellschaften), für einen anderen Staat oder eine internationale Organisation Aufgaben der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz als deren Organ oder Dienstnehmer wahrnimmt.

Organe sind z.B. Bundespräsident, Bundesminister, Staatssekretäre, Mitglieder der Landesregierungen, Bürgermeister und Abgeordnete (auch der EU und anderen Staaten), Richter (auch EuGH, EGMR, IGH oder IStGH), Staatsanwälte, Polizisten, Amtssachverständige, Abgeordnete eines ausländischen Parlaments.<sup>21</sup>

Dienstnehmer sind z.B. Rechts- oder Verwaltungspraktikanten oder Gemeindebedienstete.

Zu den anderen Personen öffentlichen Rechts zählen verschiedene Körperschaften öffentlichen Rechts wie z.B. Ärzte-, Rechtsanwalts-, Arbeiter- oder Wirtschaftskammer, Universitäten, Krankenhäuser, Österreichische Hochschülerschaft, Sozialversicherungs-, Pensionsversicherungs- bzw. Unfallversicherungsanstalten, aber auch Stiftungen und Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit.<sup>22</sup>

Bei Wahrnehmung von Aufgaben im Bereich der Gesetzgebung unterliegen die ausländischen ebenso wie auch die inländischen Parlamentarier uneingeschränkt dem Amtsträgerbegriff nach lit. b. Dies gilt auch für Österreicher, die Abgeordnete zum EU-Parlament sind.<sup>23</sup>

Nur ganz untergeordnete Hilfstätigkeiten (Reinigungspersonal, Portiere, Hausdienst) sind ausgenommen.<sup>24</sup>

#### b) Amtsträger nach § 74 Abs. 1 Nr. 4a lit. c StGB

Amtsträger nach § 74 Abs. 1 Nr. 4a lit. c StGB ist jeder, der – auch ohne Organ oder Dienstnehmer zu sein – befugt ist im Namen einer solchen Körperschaft (lit. b) in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, das heißt Hoheitsakte zu setzen.

Darunter fallen z.B. Schöffen und Geschworene, Prüfer an Universitäten, Zusteller von RSA-Briefen (amtliche Schreiben) und im Bereich der Übertragung staatlicher Aufgaben auf „beliehene“ private Unternehmen oder einzelne Personen wie z.B. Betreiber von Kfz-Werkstätten nach § 57a Abs. 2

<sup>21</sup> *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2012, § 304 Rn. 5; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2012, § 304 Rn. 7.

<sup>22</sup> *Hinterhofer/Rosbaud* (Fn. 21), § 304 Rn. 6 m.w.N.

<sup>23</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 61 Rn. 3.

<sup>24</sup> *Bertel/Schwaighofer* (Fn. 21), § 304 Rn. 5.

KFG (Begutachtung der Fahrtauglichkeit eines KFZ [= TÜV]), der zur Fleischuntersuchung bestellte Tierarzt, Angestellte eines Wachdienstes, die von einer Gemeinde als Aufsichtsorgan mit der Parkraumbewirtschaftung betraut werden<sup>25</sup> oder Sicherheitsbeauftragte eines Unternehmens, das vom BMI mit der Durchführung von Sicherheitskontrollen in Flughäfen nach § 4 Abs. 1 LuftfahrtsicherungsG beauftragt wird.<sup>26</sup>

Dies gilt jedoch nicht für einen Vertragsarzt von Krankenkassen, der von Arzneimittelunternehmen Provisionen für die Verschreibung bestimmter Arzneimittel angenommen hat. Er begeht eine Verwaltungsübertretung nach §§ 55a, 84 Abs. 1 Nr. 20 AMG, nicht jedoch eine Korruptionsstraftat als Amtsträger.<sup>27</sup>

Beispiel ist die Korruption im Zusammenhang mit der Zulassung zum Studium, der einzelnen Lehrveranstaltungen bzw. Prüfungs- und Beurteilungswesen sowie Verleihung von akademischen Titeln.

*c) Amtsträger nach § 74 Abs. 1 Nr. 4a lit. d StGB*

Amtsträger nach § 74 Abs. 1 Nr. 4a lit. d StGB sind alle Organe und Bedienstete eines öffentlichen („staatsnahen“) Unternehmens. Amtsträger ist daher, wer als Organ oder Dienstnehmer eines Unternehmens tätig ist, an dem eine oder mehrere inländische oder ausländische Gebietskörperschaften unmittelbar oder mittelbar mit mindestens 50 % des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt sind, das eine solche Gebietskörperschaft allein oder mit anderen Gebietskörperschaften betreibt oder durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht, jedenfalls aber jedes Unternehmen, das der Überprüfung durch den Rechnungshof oder einer ähnlichen Einrichtung (z.B. Europäischer Rechnungshof) unterliegt.<sup>28</sup>

Darunter fallen folgende Unternehmen:<sup>29</sup> AstroControl GmbH, ASFINAG Service GmbH, ASFINAG Baumanagement GmbH, Österreichische Post AG, Wien Energie Gasnetz GmbH, Wiener Linien GmbH, Elektrizitätsunternehmen der Länder, ÖBB Infrastruktur AG und andere ÖBB-Gesellschaften mit einer entsprechenden Beteiligung der öffentlichen Hand, Bundesbeschaffung GmbH, Buchhaltungsagentur des Bundes, Burgenländische oder andere Krankenanstalten GmbH der Gebietskörperschaften (z.B. die Salzburger Landeskliniken [SALK]), Statistik Austria, Flughafen Wien AG, ORF, dessen Gebarung nach § 31a ORF-Gesetz der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegt, der Salzburger Festspielfonds

<sup>25</sup> Jerabek, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2013, § 74 Rn. 19c; Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 304 Rn. 6; Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 304 Rn. 12.

<sup>26</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 59 Rn. 6.

<sup>27</sup> Schmoller (Fn. 8), S. 60.

<sup>28</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 60 Rn. 7 m.w.N.; Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 304 Rn. 7; Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 304 Rn. 13.

<sup>29</sup> Justizausschuss (Fn. 16), S. 4; Schmoller (Fn. 8), S. 61; Stuefer, Journal für Strafrecht 2012, 148 (149); Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 304 Rn. 7; Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 304 Rn. 14.

und die nach dem Universitätsgesetz 2002 eingerichteten Universitäten.<sup>30</sup>

*d) Gemeinschaftsbeamte und Schiedsrichter*

Zusammengefasst definiert § 74 Abs. 1 Nr. 4a StGB einen einheitlichen Amtsträgerbegriff, der österreichische, ausländische oder internationale Amtsträger umfasst und alle drei Staatsgewalten einbezieht. Erstmals sind auch die Mitglieder inländischer verfassungsmäßiger Vertretungskörper (Parlamentsabgeordnete) uneingeschränkt erfasst.<sup>31</sup> § 74 Abs. 1 Nr. 4b StGB umschreibt den Gemeinschaftsbeamten im Sinne des EU-Bestechungsübereinkommens und § 74 Abs. 1 Nr. 4c StGB den Schiedsrichter als Entscheidungsträger eines Schiedsgerichts (§§ 577 ZPO) und nicht als Schiedsrichter von Sportveranstaltungen.<sup>32</sup>

*2. Passive Bestechungsdelikte (§§ 304-306 StGB)*

*a) Tatsubjekt*

Unmittelbarer Täter der passiven Bestechungsdelikte nach §§ 304-306 StGB ist ein Amtsträger oder Schiedsrichter und bezüglich Bestechlichkeit nach § 304 Abs. 1 S. 2 StGB auch der vom Gericht oder einer anderen Behörde für ein bestimmtes Verfahren bestellte Sachverständige.

*b) Gemeinsame Merkmale der Tathandlung der passiven Bestechungsdelikte*

*aa) Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts*

*(1) Amtsgeschäft*

Die Tat der passiven Bestechungsdelikte (§§ 304-306 StGB: Bestechlichkeit, Vorteilsannahme und Vorteilsannahme zur Beeinflussung) muss sich auf die Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes beziehen. Darunter fällt jede Tätigkeit, die ein Amtsträger im öffentlichen Dienst zur Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben im Bereich der Hoheits- und der Privatwirtschaftsverwaltung<sup>33</sup> entfaltet. Zu den Amtsgeschäften zählen „alle Verrichtungen die zur unmittelbaren Erfüllung der Vollziehungsaufgaben eines Rechtsträgers dienen, also zum eigentlichen Gegenstand des jeweiligen Amtsbetriebs gehören und für die Erreichung der amtspezifischen Vollzugsziele sachbezogen relevant sind.“<sup>34</sup> Amtsgeschäft ist daher alles, was bei Erfüllung des dem Amtsträger zukommenden Aufgabenbereichs von Relevanz ist,<sup>35</sup> das heißt Rechtshandlungen und Verrichtungen tatsächlicher Art,<sup>36</sup> aber auch eine vorbereitende, unterstützende<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Justizausschuss (Fn. 16), S. 4; Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 61 Rn. 8; Brandstetter/Singer, Journal für Strafrecht 2012, 209 (211).

<sup>31</sup> Schmoller (Fn. 8), S. 62.

<sup>32</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 63 Rn. 14.

<sup>33</sup> OGH, Entsch. v. 1.7.1982 – 13 Os 4/90 = Evidenzblatt 1983/445, 165.

<sup>34</sup> Leukauff/Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 1993, § 304 Rn. 8.

<sup>35</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 64 Rn. 17.

<sup>36</sup> OGH, Entsch. v. 14.4.1983 – 12 Os 23/83.

oder kontrollierende gegenüber letztlich ausschlaggebenden Tätigkeit eines anderen Amtsträgers.

Nur Handlungen, die völlig außerhalb des Aufgabenbereiches des Amtsträgers liegen, werden als reine Privathandlungen von den §§ 304-306 StGB nicht erfasst. Ebenso wenig erfasst sind Handlungen, die keine Akte staatlicher Verwaltung sind (z.B. Interventionen des Bürgermeisters im Interesse eines Gemeindegürgers in einer nicht der Gemeindezuständigkeit unterliegenden Verwaltungsangelegenheit, Glückwünsche des Bürgermeisters zum Geburtstag einer betagten Gemeindegürgerin oder Hilfestellung bei Ausfüllen von Formularen).<sup>38</sup>

Beispiele für Amtsgeschäfte nach der Judikatur des OGH sind:<sup>39</sup>

- Honorare für die Bearbeitung von dienstlichen Anträgen während der Freizeit,<sup>40</sup>
- Vergabe von gemeindeeigenen Wohnungen<sup>41</sup> oder Verwaltung der Gemeindebauten,<sup>42</sup>
- Erstellung eines positiven Kanalbefundes,<sup>43</sup>
- Abwicklung von Genehmigungen nach § 33 Abs. 2 und 3 KFG<sup>44</sup> bzw. Erstellung von Prüfungsbefunden für Kfz-Einzelgenehmigungen,
- Begutachtung von Weinproben,
- Durchführung von Führerscheiprüfungen,<sup>45</sup>
- das Zusammenstellen der für eine Entscheidung erforderlichen Unterlagen.

Nicht als Amtsgeschäft sind jedoch allgemeine Delikte (Diebstahl, Veruntreuung u.a.) zu werten.

## (2) Pflichtwidrigkeit des Amtsgeschäfts

Pflichtwidrig ist ein Amtsgeschäft, wenn gegen Gebote und Verbote, das heißt jeweilige Gesetze, Verordnungen, Erlässe, Einzelweisungen verstoßen wird bzw. Amts- oder Dienstpflichten nicht beachtet werden.<sup>46</sup> Ein Amtsträger (Schiedsrichter) muss sich bei der Besorgung der Amtsgeschäfte ausschließlich von sachlichen und rechtlichen Gründen leiten lassen. Eine pflichtwidrige Vornahme eines Amtsgeschäfts ist daher auch dann gegeben, wenn der Täter parteilich – nach Wohlwollen oder Ungunst – entscheidet oder eine Partei durch eine rasche Abwicklung des sie betreffenden Amtsge-

schafts bevorzugt.<sup>47</sup> Deshalb kann auch eine sachlich nicht begründete vorgezogene Abwicklung eines später angefallenen Vorgangs pflichtwidrig und damit nach § 304 StGB strafbar sein.<sup>48</sup> Dieses strikte Sachlichkeitsgebot gilt auch für Ermessensentscheidungen, denn vom Ermessen muss als „gebundenes Ermessen“ im Sinne des Gesetzes (Art. 130 Abs. 2 B-VG) Gebrauch gemacht werden.<sup>49</sup> Die Grenze des Wohlwollens liegt allein im höflichen Verhalten.<sup>50</sup>

Hingegen liegt nach *Bertel*,<sup>51</sup> solange keine Vorschrift verletzt wird und keine andere Partei benachteiligt wird, auch keine Pflichtwidrigkeit vor. Für ihn fallen Ermessensentscheidungen im Rahmen des rechtlich Vertretbaren und raschere Erledigungen unter die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts nach § 305 StGB. Gibt z.B. ein Mechaniker einem Bekannten für € 50,- trotz Mängel am Auto die Begutachtungsplakette (§ 57a KFG), macht er sich nach § 304 Abs. 1 StGB strafbar. Zieht er jedoch den PKW des Bekannten für die „Pickerlprüfung“ (= TÜV) nach § 57a KFG vor und begutachtet korrekt, weil er von diesem € 10,- Trinkgeld bekommt, soll § 305 Abs. 1 StGB und nicht wie nach Meinung der Rspr. § 304 Abs. 1 StGB einschlägig sein.<sup>52</sup>

Keine Pflichtwidrigkeit ist jedoch bei Nichtbeachtung parteiinterner Anordnungen bei Ausübung des Stimmrechts oder einer geschäftsordnungsgemäßen Pflicht („Klub- oder Fraktionszwang“) eines an keinen Auftrag (Art. 56 B-VG) gebundenen Abgeordneten gegeben.<sup>53</sup>

Beispiele für die Strafbarkeit nach § 304 Abs. 1 StGB sind:

- Ein leitender Angestellter der Bundesimmobiliengesellschaft (BIG) oder der Direktor eines landeseigenen Elektrizitätsunternehmens, der für die Erteilung eines Auftrags an einen Schlechterbieter Geld annimmt,<sup>54</sup>
- ein Justizwachebeamter, der Geld dafür nimmt, dass er einem Gefangenen einen Brief in die Zelle schmuggelt,<sup>55</sup>
- ein Abgeordneter des Gemeinderats, der für eine Belohnung von einer Sitzung fernbleibt, um so eine Stimmenmehrheit für ein Projekt herbeizuführen.

<sup>37</sup> OGH, Entsch. v. 3.9.1984 – 11 Os 103/84.

<sup>38</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 64 Rn. 18.

<sup>39</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 64 Rn. 18; *Zagler* (Fn. 20), § 304 Rn. 11.

<sup>40</sup> OGH, Entsch. v. 11.11.1997 – 11 Os 86/97 = *Juristische Blätter* 1999, 199 m. Anm. *Michel*.

<sup>41</sup> OGH, Entsch. v. 1.7.1982 – 13 Os 88/82 = *Evidenzblatt* 1983/45, 165.

<sup>42</sup> OGH, Entsch. v. 20.10.1982 – 11 Os 114/82.

<sup>43</sup> OGH, Entsch. v. 27.2.1979 – 11 Os 21/79.

<sup>44</sup> OGH, Entsch. v. 5.8.2004 – 12 Os 45/04 = *Juristische Blätter* 2005, 397.

<sup>45</sup> OGH, Entsch. v. 22.9.1994 – 12 Os 111/94 = *Evidenzblatt* 1995/16, 67.

<sup>46</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 69 Rn. 33.

<sup>47</sup> RIS-Justiz RS0109171; OGH, Entsch. v. 12.4.1984 – 13 Os 49/84 = *Sammlung Strafsachen* 55/17 = *Juristische Blätter* 1985, 119; *Hinterhofer/Rosbaud* (Fn. 21), § 304 Rn. 28.

<sup>48</sup> So *Initiativantrag* 671/A, 24. GP; OGH, Entsch. v. 11.11.1997 – 11 Os 86/97 = *Juristische Blätter* 1999, 199 m. Anm. *Michel*.

<sup>49</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 70 Rn. 35.

<sup>50</sup> *Justizausschuss* (Fn. 16), S. 8.

<sup>51</sup> *Bertel*, in: *Höpfel/Ratz* (Fn. 25), § 304 Rn. 15, Rn. 23 ff. und 27.

<sup>52</sup> *Bertel/Schwaighofer* (Fn. 21), § 304 Rn. 12.

<sup>53</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 69 Rn. 34.

<sup>54</sup> *Bertel/Schwaighofer* (Fn. 21), § 304 Rn. 12 m.w.N.; vgl. OGH, Entsch. v. 24.11.1988 – 13 Os 140/88.

<sup>55</sup> Vgl. OGH, Entsch. v. 30.11.2000 – 12 Os 137/00; *Hinterhofer/Rosbaud* (Fn. 21), § 304 Rn. 29 m.w.N.

*bb) Vorteil*

Der Vorteil ist jede nützliche Leistung materieller und immaterieller Art, die den Täter besser stellt, und auf die er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat.<sup>56</sup>

Materielle Vorteile sind z.B.<sup>57</sup> Geldzahlung, Wertgegenstände, Dienstleistung, sonstige werthaltige Zuwendungen mit einem bestimmten Marktwert (z.B. Mahlzeiten, Reisegutscheine, Freiflüge, Konzert- oder Theaterkarten, Festspiel- und Jagdbesuche, Übernahme der Kosten für Betriebs- oder Weihnachtsfeiern, auffallend hohe Rabatte und günstige Kredite). Eine rechtliche Besserstellung kann vorliegen, wenn Fristen verlängert oder Anträge rascher erledigt werden.

Immaterielle Vorteile sind gesellschaftliche und berufliche Vorteile wie z.B. Verschaffen einer Auszeichnung, eines Ordens, das Unterstützen eines Bewerbungsgesuchs, Lobbying, gesellschaftlich vorteilhafte Einladungen zur Jagd oder das Verschaffen eines Jobs für Angehörige, Wahlunterstützungen sowie sexuelle Zuwendungen.<sup>58</sup>

Praktisch bedeutsam ist der Abschluss von Scheingeschäften, wodurch die tatbildliche Entgeltlichkeit einer Zuwendung verschleiert werden soll. Zu denken ist an Darlehen zu besonders günstigen Konditionen, überhöhte Rabatte, fiktive Beraterverträge und überhöhte Honorare oder Rechnungen. Solche Geschäfte sind dann vorteilhaft, wenn sich Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich betrachtet nicht entsprechen und sich außerhalb marktüblicher Konditionen bewegen. Verschleiert sind Vorteile auch dann, wenn sie unter den sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen dem Amtsträger etwa durch Hingabe an Familienangehörige (z.B. Reisegutschein für Ehefrau) mittelbar zukommen („für sich oder einen anderen“).<sup>59</sup>

Der Wert des Vorteils ist aus der Sicht des Empfängers zu beurteilen und muss über ein adäquates Austauschverhältnis hinausgehen.<sup>60</sup> Damit liegt kein Vorteil vor, wenn der Zuwendung eine adäquate, außerhalb der Amtsführung liegende Gegenleistung gegenübersteht, so bei angemessenen Honoraren (oder der Kostentragung von Dritteleistung wie z.B. der Unterkunft und Verpflegung anlässlich einer Tagung) für Vorträge oder Diskussionsbeiträge, wenn sie den unmittelbaren Funktionsbereich des Amtsträgers betreffen. Keine Tatobjekte bzw. keine ungebührlichen Vorteile sind auch Zuwendungen anlässlich des Übertritts in den Ruhestand, oder wissenschaftliche Werke als Widmungsexemplar des Autors, Einladungen an ein breites Kollektiv zu Veranstaltungen, die dem gesellschaftlichen Austausch dienen (Weihnachtsfeiern, Kanzleieröffnungsfest, Veranstaltungen von Berufsgruppen), auch wenn sie auf dienstliche Beziehung zurückgehen und kein amtliches Interesse besteht, oder nicht personenbezoge-

ne Zuwendungen an eine Gemeinschaft (z.B. Spende für die Kaffeekasse einer Krankenhausabteilung).

Sponsoring im Sinne von auf Werbe- oder Imagepflege beruhenden Zuwendungen des Unternehmens an den Veranstalter sportlicher, kultureller, gemeinnütziger oder sonstiger Veranstaltungen ist unbedenklich.<sup>61</sup> Werden vom Sponsor Besucherkarten an Amtsträger in Konnex mit (allenfalls künftigen) Amtsgeschäften weiterverschenkt, können §§ 304 ff. StGB vorliegen. Dies gilt auch für Vorteile, die ein Amtsträger im Zusammenhang mit (künftigen) Amtsgeschäften annimmt, damit sie letztlich seiner Dienststelle zukommen („Verwaltungssponsoring“). Will der Amtsträger den Vorgesetzten unverzüglich informieren und bei Ablehnung den Vorteil wieder zurückerstatten, ist ein deliktischer Vorsatz zu verneinen.<sup>62</sup>

*cc) Konnex zwischen Vorteil und Amtsgeschäft*

§§ 304 und 305 StGB erfordern einen ursächlichen Zusammenhang des Vorteils mit einem gegenwärtigen oder künftigen konkreten Amtsgeschäft oder nach § 304 Abs. 1 S. 2 StGB die unrichtige Erstattung eines Befundes oder Gutachtens. Eine genaue Präzisierung des mit dem Geschenk angesprochenen Amtsgeschäfts bedarf es nicht, es muss aber derart konkretisiert sein, dass eine faktische Eindeutigkeit und im Verhältnis zu anderen Amtsgeschäften eine Unverwechselbarkeit gegeben ist.<sup>63</sup> Nicht von Bedeutung ist jedoch, ob der Amtsträger den Vorteil vor, während oder nach der dazu im Zusammenhang stehenden Amtsführung fordert, annimmt oder sich versprechen lässt.<sup>64</sup> § 306 StGB stellt hingegen auf die künftige noch nicht konkretisierte Amtstätigkeit des Amtsträgers ab.<sup>65</sup>

*Beispiel:* Der für die Erteilung von Arbeits- und Aufenthaltsbewilligungen zuständige Referent bringt einem in regelmäßigen Abständen diesbezügliche Ansuchen stellenden Unternehmer zur Kenntnis, dass für die bevorzugten Erledigungen des erwartenden derartigen Antrags ein Vorteil positiven Einfluss hätte.<sup>66</sup>

*c) Bestechlichkeit (§ 304 StGB)*

*aa) Objektiver Tatbestand nach § 304 Abs. 1 S. 1 StGB*

Unmittelbarer Täter ist ein (österreichischer, ausländischer oder internationaler) Amtsträger oder (österreichischer oder ausländischer) Schiedsrichter. Dieser verwirklicht § 304 Abs. 1 StGB, wenn er für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt.

<sup>56</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 71 Rn. 19, 43.

<sup>57</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 65 Rn. 20; Eder-Rieder (Fn. 7), S. 106.

<sup>58</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 66 Rn. 21; Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 304 Rn. 19; Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 304 Rn. 9.

<sup>59</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 65 Rn. 20.

<sup>60</sup> Initiativantrag 671/A, 24. GP; Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 304 Rn. 9.

<sup>61</sup> OGH, Entsch. v. 6.9.1990 – 12 Os 50/90 = Juristische Blätter 1991, 532; Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 65 Rn. 20; vgl. auch Eder-Rieder (Fn. 7), S. 76 m.w.N.

<sup>62</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 65 Rn. 20.

<sup>63</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 66 f. Rn. 28 m.w.N.

<sup>64</sup> OGH, Entsch. v. 29.5.1980 – 13 Os 46/80 = Evidenzblatt 1981/13, 48; OGH, Entsch. v. 29.6.1988 – 14 Os 141/87.

<sup>65</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 67 Rn. 27.

<sup>66</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 69 Rn. 33.

Fordern ist das offene oder verhüllte Verlangen eines Vorteils durch den Amtsträger, die Initiative geht vom Amtsträger aus.<sup>67</sup> Annehmen ist das reale Empfangen (Entgegennahme eines Geschenks, Einstecken von Bargeld oder Tickets) oder In-Anspruch-Nehmen des Vorteils (Opernabend, Jagdpartie).<sup>68</sup> Versprechen lassen heißt zu vereinbaren, dass der Täter oder ein Dritter den Vorteil später erhalten soll. Bei beiden Modalitäten geht die Initiative vom Anderen aus. Die Tat muss ein bestimmtes Amtsgeschäft betreffen, das bereits angefallen ist oder für den Amtsträger anfallen wird.<sup>69</sup>

*bb) Objektiver Tatbestand nach § 304 Abs. 1 S. 2 StGB*

§ 304 Abs. 1 S. 2 StGB bestraft den von einem Gericht oder einer anderen Behörde für ein bestimmtes Verfahren bestellten Sachverständigen, der für die Erstattung eines unrichtigen Befundes oder Gutachtens einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt.

*cc) Subjektiver Tatbestand*

Für die Verwirklichung des § 304 Abs. 1 StGB ist (zumindest bedingter) Vorsatz erforderlich.

*dd) Sanktionen*

Bestechlichkeit nach § 304 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bestraft. Wird die Tat in Bezug auf einen € 3000,- übersteigenden Wert des Vorteils begangen, ist sie mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren, jedoch in Bezug auf einen € 50.000,- übersteigenden Wert des Vorteils, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu 10 Jahren zu bestrafen (§ 304 Abs. 2 StGB).

*ee) Abgrenzung und Konkurrenzen*

Die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung des Amtsgeschäfts kann für einen Beamten (§ 74 Abs. 1 Nr. 4 StGB) im Rahmen der Hoheitsverwaltung zugleich Amtsmisbrauch (§ 302 StGB) darstellen. Zu diesem Delikt steht die Bestechlichkeit (§ 304 StGB) nach der neuen geänderten Rspr. des OGH<sup>70</sup> in echter Konkurrenz. Verwirklicht ein Amtsträger durch ein pflichtwidriges Amtsgeschäft im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung auch das Delikt der Untreue (§ 153 StGB), ist echte Konkurrenz zwischen § 304 und den §§ 153, 313 StGB anzunehmen.<sup>71</sup>

*d) Vorteilsannahme (§ 305 StGB)*

Während die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung von Amtsgeschäften wegen Bestechlichkeit nach § 304 Abs. 1 StGB strafbar macht, fällt die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung unter die Vorteilsannahme nach § 305 Abs. 1 StGB. Nunmehr wird die Vorteilsannahme (bzw. Vorteilszuwendung) sowohl für ein pflichtgemäßes Amtsgeschäft (§§ 305, 307a StGB) als auch ohne Bezug zu einem Amtsgeschäft (§§ 306, 307b StGB) mit Strafe bedroht und dabei die Strafbarkeit (mit Ausnahme der Tathandlung „fordern“) auf ungebührliche Vorteile eingeschränkt.

*aa) Objektiver Tatbestand*

Ein Amtsträger oder Schiedsrichter macht sich strafbar nach § 305 Abs. 1 StGB, wenn er für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert oder einen ungebührlichen Vorteil annimmt oder sich versprechen lässt.

*(1) Pflichtgemäßes Amtsgeschäft*

Pflichtgemäß ist das Vornehmen oder Unterlassen eines Amtsgeschäfts, das bereits angefallen ist oder aus der Sicht des Amtsträgers anfallen wird, wenn es im Einklang mit den jeweiligen Rechtsnormen steht, das heißt die Ermessensentscheidungen sohin rein auf sachlich-rechtlichen Erwägungen beruhen.<sup>72</sup>

Typische Beispiele sind die Geldzuwendungen, die ein pflichtgemäß vorgehender Exekutor vom regelmäßig beigezogenen Schlosser erhält<sup>73</sup> oder die ein an sich korrekt die Vergabe gemeindeeigener Wohnungen abwickelnder Gemeinbediensteter vom Wohnungsmieter entgegen nimmt.<sup>74</sup>

*(2) Kein ungebührlicher Vorteil*

Bei der Vorteilsannahme aber auch der Vorteilszuwendung für pflichtgemäß vorgenommene Amtsgeschäfte (§§ 305 Abs. 1 und 307a Abs. 1 StGB) dürfen das Versprechen-Lassen und die Annahme eines Vorteils nicht ungebührlich sein (§ 305 Abs. 4 StGB). Das bedeutet, ist der Vorteil nicht ungebührlich – mit anderen Worten erlaubt –, ist dessen Annahme oder das Sich-Versprechen-Lassen nicht strafbar. Bei pflichtwidrigem Verhalten (§ 304 Abs. 1 StGB) ist diese Einschränkung hingegen nicht vorgesehen.

Keine ungebührlichen Vorteile nach § 305 Abs. 4 StGB sind Vorteile:

- Nr. 1: „deren Annahme gesetzlich ausdrücklich erlaubt ist, oder die im Rahmen von Veranstaltungen gewährt werden, an deren Teilnahme ein amtliches oder ein sachlich gerechtfertigtes Interesse besteht“;

<sup>67</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 66 Rn. 24.

<sup>68</sup> Eder-Rieder (Fn. 7), S. 106 m.w.N.; Bertel (Fn. 51), § 304 Rn. 3.

<sup>69</sup> § 304 StGB stellt auf den tatsächlich zu erwartende Geschäftsanfall ab, bei § 306 StGB genügt die bloße Möglichkeit irgendeines künftigen Geschäftsanfalls.

<sup>70</sup> OGH, Entsch. v. 25.2.2013 – 17 Os 13/12h = Evidenzblatt 2013/83, 562; siehe Eder-Rieder, in: Hinterhofer/Rosbaud/Triffiterer (Fn. 18), § 28 Rn. 49; für Verdrängung Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 304 Rn. 33 m.w.N.

<sup>71</sup> Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 304 Rn. 34 m.w.N.

<sup>72</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 71 Rn. 41.

<sup>73</sup> OGH, Entsch. v. 4.9.1980 – 12 Os 44 /80 = Sammlung Strafsachen 51/41.

<sup>74</sup> OGH, Entsch. v. 1.7.1982 – 13 Os 88/82 = Evidenzblatt 1983/45, 165.

- Nr. 2: „für gemeinnützige Zwecke (§ 35 BAO), auf deren Verwendung der Amtsträger oder Schiedsrichter keinen bestimmenden Einfluss ausübt, sowie“
- Nr. 3: „in Ermangelung von Erlaubnisnormen im Sinne der Nr. 1 orts- oder landesübliche Aufmerksamkeiten geringen Werts, es sei denn, dass die Tat gewerbsmäßig begangen wird“.

*(a) Beispiele für gesetzlich erlaubte Vorteile (§ 305 Abs. 4 Nr. 1 Var. 1 StGB)*

Bestimmungen des Dienst- oder Organisationsrechts (z.B. Regelungen des BundesministerienG, NR-GOG, UnvereinbarkeitsG)<sup>75</sup> oder § 59 Abs. 2 und 3 BDG, wonach es für Bundesbeamte oder Vertragsbedienstete (§ 5 VBG) zulässig ist, orts- oder landesübliche Aufmerksamkeiten geringen Werts oder Ehrengeschenke anzunehmen.<sup>76</sup> Die in Rahmen von Dienstverträgen gewährten Überstundenvergütungen oder Gratifikationen für besondere Leistungen<sup>77</sup> oder auch Zuwendungen zu Forschungszwecken im Rahmen der Drittmittelförderung nach § 26 UG<sup>78</sup> kommen ebenfalls in Betracht.

*(b) Vorteile im Rahmen von Veranstaltungen (§ 305 Abs. 4 Nr. 1 Var. 2 StGB)*

Vorteile, die im Rahmen von Veranstaltungen gewährt werden, an deren Teilnahme ein amtliches oder sachlich gerechtfertigtes Interesse (z.B. Wahrnehmung repräsentativer Aufgaben) besteht, sind nicht ungebührlich.<sup>79</sup> Das betrifft Eintritts- oder Teilnahmegebühren sowie Kosten für Verpflegung und Nächtigung – bei adäquater Gegenleistung keine Vorteil – oder bei mehrtätigen Veranstaltungen übliche Zusatzprogramme wie z.B. Ausflüge zu Sehenswürdigkeiten.

Prüfkriterien des amtlichen oder sachlich gerechtfertigten Interesses sind dabei der Aufgabenbereich des Amtes bzw. Unternehmens, Thema und Zielsetzung der Veranstaltung und die konkrete Funktion des Amtsträgers.<sup>80</sup> Damit soll Amtsträgern das straflose Erfüllen von Repräsentationsverpflichtungen, wie z.B. die Teilnahme des Sportministers am Nachtslalom in Schladming oder des Kulturministers an den Salzburger Festspielen, ermöglicht werden.<sup>81</sup>

Ungebührlich sind jedoch nicht offengelegte Sachzuwendung oder Angebote „günstiger“ privater Aufenthaltsverlängerung allenfalls auch für Angehörige (z.B. Wochenendaufenthalt im Anschluss an die Veranstaltung).<sup>82</sup>

*(c) Vorteile für gemeinnützige Zwecke (§ 305 Abs. 4 Nr. 2 StGB)*

Keine ungebührlichen Vorteile sind Vorteile für gemeinnützige Zwecke, auf deren Verwendung der Amtsträger oder Schiedsrichter keinen bestimmenden Einfluss ausübt. Für den Umfang der Gemeinnützigkeit ist die Regelung nach § 35 BAO heranzuziehen. Gemeinnützig sind nach § 35 Abs. 1 BAO solche Zwecke, durch deren Erfüllung die Allgemeinheit gefördert wird. Dies ist nach § 35 Abs. 2 BAO der Fall, wenn die Tätigkeit dem Gemeinwohl auf geistigem, kulturellem, sittlichem oder materiellem Gebiet nützt. Dies gilt insbesondere „für die Förderung der Kunst und Wissenschaft, der Gesundheitspflege, der Kinder-, Jugend- und Familienfürsorge, der Fürsorge für alte, kranke oder mit körperlichen Gebrechen behaftete Personen, des Körpersports, des Volkswohnungswesens, der Schulbildung, der Erziehung, der Volksbildung, der Berufsausbildung, der Denkmalpflege, des Natur-, Tier- und Höhlenschutzes, der Heimatkunde, der Heimatpflege und der Bekämpfung von Elementarschäden“. § 305 Abs. 4 Nr. 2 StGB umfasst damit Fälle des Kultur- und Sportsponsorings, die in strafloser Weise möglich sein sollen.<sup>83</sup> Diese Aufzählung ist demonstrativ. Damit kann auch die Förderung der berufsbegleitenden Aus- und Fortbildung von Journalisten einen gemeinnützigen Zweck darstellen.<sup>84</sup>

Dieses weite Spektrum von Tätigkeiten und die daraus resultierende Vielzahl förderungswürdiger Personen, Vereine oder Institutionen führen zur Möglichkeit, nicht dem Amtsträger selbst, sondern den Vorteil einem Verein zuzuwenden, dem der Amtsträger zugetan ist.<sup>85</sup> Dies soll damit eingeschränkt werden, dass eine Ungebührlichkeit nur dann gegeben ist, wenn der Amtsträger auf die Verwendung einen bestimmenden Einfluss – also eine faktische Macht wie das Ausüben einer Leitungsfunktion<sup>86</sup> – hat.

*(d) Orts- und landesübliche Aufmerksamkeiten geringen Werts (§ 305 Abs. 4 Nr. 3 StGB)*

Der Vorteil ist nicht ungebührlichen, wenn es sich um orts- und landesübliche Aufmerksamkeiten geringen Werts handelt, es sei denn, dass die Tat gewerbsmäßig begangen wird. Diese Bestimmung stellt Amtsträger, die einem absoluten Geschenkkannahmeverbot unterliegen, wie z.B. Richter und Staatsanwälte (§ 59 RStDG) oder Steiermärkische Landesbeamte, hinsichtlich geringwertiger Aufmerksamkeiten den durch eine ausdrückliche Erlaubnisnorm privilegierten Amtsträgern gleich.

Zu den orts- oder landesüblichen Aufmerksamkeiten geringen Werts zählen nach der Judikatur des VwGH z.B. Kalender und Kugelschreiber, nicht aber reine geringfügige

<sup>75</sup> Justizausschuss (Fn. 16), S. 6; Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 305 Rn. 4.

<sup>76</sup> Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 305 Rn. 7.

<sup>77</sup> Justizausschuss (Fn. 16), S. 6.

<sup>78</sup> Schmoller (Fn. 8), S. 66.

<sup>79</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 71 Rn. 43b.

<sup>80</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 72 Rn. 43b.

<sup>81</sup> Justizausschuss (Fn. 16), S. 7.

<sup>82</sup> Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 305 Rn. 12.

<sup>83</sup> Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 305 Rn. 13.

<sup>84</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 72 Rn. 43c m.w.N.

<sup>85</sup> Initiativantrag 1950/A, 24. GP; Brandstetter/Singer, Journal für Strafrecht 2012, 209 (213).

<sup>86</sup> Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 305 Rn. 14; für Brandstetter/Singer (Journal für Strafrecht 2012, 209 [213]) unklar.

Geldleistungen („Trinkgeld“).<sup>87</sup> Ausgenommen ist allenfalls ein angemessenes „Trinkgeld“ in einem Bereich, in dem auch bei Nicht-Amtsträgern ein solches üblich ist.<sup>88</sup> Nur bei vernachlässigbaren Kleinigkeiten, die regelmäßig durch höfliche Umgangsformen motiviert sind (eine Schale Kaffee oder Tee, ein Stück Kuchen, kleine Blumengeschenke) kommt die Ausnahmebestimmung zum Tragen. Bis zu einem Wert von € 100,-<sup>89</sup> ist von einer Geringwertigkeit auszugehen. Der Vorteil muss sich jedoch auf die amtliche oder unternehmerische Tätigkeit und nicht auf ein rein privates bzw. persönliches Konsumvergnügen beziehen.<sup>90</sup>

Bei gewerbsmäßiger Zielsetzung, das heißt der Absicht, sich durch wiederkehrende Annahme derartiger Vorteile eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, wird der Vorteil ungebührlich.

Das aktive Fordern von Vorteilen ist stets ungebührlich und damit strafbar.<sup>91</sup>

*Beispiel:* Ein für Subventionsvergabe zuständiger Amtsträger nimmt einen dem Tierschutzverein gewidmeten und von ihm dorthin geleiteten Vorteil, auf dessen Verwendung er keinen Einfluss hat, an. Dies ist nicht strafbar. Strafbar ist es dann, wenn der Amtsträger den Vorteil für sich persönlich annimmt (= ungebührlich) oder fordert.<sup>92</sup>

#### bb) Subjektiver Tatbestand

Auf subjektiver Tatseite ist zumindest bedingter Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gefordert.

#### cc) Sanktionen und Qualifikationen

§ 305 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren geahndet. Wer die Tat in Bezug auf einen € 3.000,- übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist nach § 305 Abs. 3 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren und wer die Tat in Bezug auf einen € 50.000,- übersteigenden Wert des Vorteils begeht mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren zu bestrafen.

#### e) Vorteilsannahme zur Beeinflussung (§ 306 StGB)

##### aa) Vorbereitungsdelikt

§ 306 StGB erfasst als subsidiärer Auffangtatbestand Sachverhalte, die nicht bereits nach §§ 304 und 305 StGB strafbar sind. § 306 StGB bestraft die Korruption im Vorfeld amtli-

cher Tätigkeit (Vorbereitungsdelikt) und erfasst damit die „Klimapflege“, das „Anfüttern“ oder „Anbahnen“.<sup>93</sup> Bei § 306 StGB fehlt der Konnex zu einem bestimmten Amtsgeschäft, das bereits angefallen ist oder anfallen wird. Entscheidend ist auch nicht, ob sich der Amtsträger oder Schiedsrichter auf Grund der Vorteilszuwendung pflichtgemäß oder pflichtwidrig verhalten soll. Entscheidend ist vielmehr die Beeinflussung des zukünftigen Verhaltens des Amtsträgers oder Schiedsrichters (nicht jedoch Sachverständigen). Dabei wird allein auf eine wohlwollende Behandlung („Klimapflege“) und zwar entweder inhaltlich oder auch nur im Sinn einer rascheren Erledigung abgestellt.<sup>94</sup> Eine nachträgliche Honorierung oder Vorteil zur Belohnung ist jedoch nicht erfasst.<sup>95</sup>

##### bb) Objektiver und subjektiver Tatbestand

Nach § 306 Abs. 1 StGB besteht die Strafbarkeit für einen (österreichischen, ausländischen, internationalen) Amtsträger oder (österreichischen oder ausländischen) Schiedsrichter der einen Vorteil für sich oder einen Dritte fordert, oder einen ungebührlichen Vorteil (§ 305 Abs. 4) annimmt oder sich versprechen lässt, wenn er neben dem (zumindest bedingten) Tatvorsatz mit dem erweiterten Vorsatz handelt, sich dadurch in seiner Tätigkeit als Amtsträger oder Schiedsrichter beeinflussen zu lassen (Beeinflussungsvorsatz).<sup>96</sup>

Der Amtsträger oder Schiedsrichter muss es ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden, dass er innerhalb seines Tätigkeits- und Zuständigkeitsbereichs in irgendeiner Form in Zukunft für den Vorteilsgeber in Wahrnehmung seiner Aufgaben tätig werden könnte.<sup>97</sup> Das ist z.B. der Fall, wenn der Vorteilsgeber eine wohlwollende Behandlung, sei es inhaltlicher oder verfahrensmäßiger Natur wie eine rasche Erledigung seines Ansuchens in Aussicht stellt („Klimapflege“).<sup>98</sup> Dies kann durch die dienstliche Bearbeitung indiziert sein.<sup>99</sup> Am Beeinflussungsvorsatz fehlt es, wenn die Vorteilsannahme auf gegenseitiger Freundschaft oder auf privaten Motiven beruht.<sup>100</sup>

Beispiele hierfür sind:

- Ein Bürgermeister, den ein Bauwerber bezüglich einer noch ungewissen Antragstellung eines Bauvorhabens, mit dem Ansinnen einer raschen und großzügigen Erledigung eines möglichen Antrags konfrontiert, nimmt vom Bau-

<sup>87</sup> VwGH, Erk. v. 29.10.1997 – 96/09/0053; *Schmoller* (Fn. 8), S. 68; *Hinterhofer/Rosbaud* (Fn. 21), § 305 Rn. 10.

<sup>88</sup> *Messner*, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), 41. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie, 2013, im Druck.

<sup>89</sup> RIS-Justiz RS0120079; OGH, Entsch. v. 12.4.2005 – 11 Os 140/04 = Evidenzblatt 2005/138, 641.

<sup>90</sup> Justizausschuss (Fn. 16), S. 7; *Stuefer*, Journal für Strafrecht 2012, 148 (150).

<sup>91</sup> *Schmoller* (Fn. 8), S. 65; *Brandstetter/Singer*, Journal für Strafrecht 2012, 209 (212).

<sup>92</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 73 Rn. 43.

<sup>93</sup> Justizausschuss (Fn. 16), S. 9; *Schmoller* (Fn. 8), S. 65; *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 74 Rn. 45.

<sup>94</sup> Justizausschuss (Fn. 16), S. 9; *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 74 Rn. 45a und 46; *Brandstetter/Singer*, Journal für Strafrecht 2012, 209 (214).

<sup>95</sup> *Brandstetter/Singer*, Journal für Strafrecht 2012, 209 (216).

<sup>96</sup> OGH, Entsch. v. 7.4.2011 – 13 Os 15/11x.

<sup>97</sup> Justizausschuss (Fn. 16), S. 9; *Hinterhofer/Rosbaud* (Fn. 21), § 306 Rn. 9.

<sup>98</sup> RIS-Justiz RS0096009.

<sup>99</sup> OGH, Entsch. v. 2.2.1983 – 11 Os 190/82 = RIS-Justiz RS0096152.

<sup>100</sup> *Bertel/Schwaighofer* (Fn. 21), § 306 Rn. 3; *Hinterhofer/Rosbaud* (Fn. 21), § 306 Rn. 9 m.w.N.

herrn einen ungebührlichen Vorteil erheblichen Werts an, wobei er es ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, dass der Vorteile wegen der angesprochenen Bevorzugung bei allfälliger Vornahme des erst angedachten Amtsgeschäfts gegeben wird (§ 306 Abs. 1 StGB).<sup>101</sup>

- Ein Bauunternehmer schenkt dem Bürgermeister ein paar Flaschen Wein oder lädt ihn zum Essen ein. Dies ist bei entsprechendem Vorsatz § 306 Abs. 1 StGB. Ist der Bauunternehmer jedoch der Bruder des Bürgermeisters, dann ist § 306 Abs. 1 StGB zu verneinen.<sup>102</sup>

*cc) Strafausschluss nach § 306 Abs. 3 StGB*

Nach § 306 Abs. 3 StGB liegt ein Strafausschluss<sup>103</sup> für denjenigen vor, der lediglich einen geringfügigen Vorteil annimmt oder sich versprechen lässt, es sei denn, dass die Tat gewerbsmäßig begangen wurde. Damit wird versucht die in der Praxis problematische Abgrenzung der zulässigen zur strafrechtlich sanktionierten Vorteilsannahme verständlich zu regeln.<sup>104</sup> Der Sinn dieser Bestimmung wird zu Recht kritisiert,<sup>105</sup> noch dazu wo der Vorteilsgeber (§ 307b StGB) in diesem Fall strafbar bleibt.<sup>106</sup> Geringwertige Vorteile, die orts- oder landesübliche Aufmerksamkeiten darstellen, sind ohnehin keine ungebührlichen Vorteile und begründen deshalb keine Strafbarkeit. Wenn der Amtsträger dagegen eine zwar geringwertige, aber nicht orts- oder landesübliche Zuwendung annimmt, etwa einen Bargeldbetrag<sup>107</sup> und wenn der Amtsträger dabei nach § 306 StGB den Vorsatz hat, „sich dadurch in seiner Tätigkeit beeinflussen zu lassen“, ist eine Straffreistellung nicht einzusehen.

Das Fordern des – nicht ungebührlichen oder nur geringfügigen – Vorteils ist ausnahmslos strafbar.<sup>108</sup>

*Beispiel:* Der für die Erteilung einer Betriebsbewilligung zuständige Amtsträger erklärt gegenüber einem Unternehmer, der die Errichtung eines Betriebs erwägt und Auskünfte über einzelne Bewilligungsvoraussetzungen erhält, dass für den Fall einer Antragstellung eine kleine Spende nicht schadet. Dies ist wegen Forderns strafbar nach § 306 Abs. 1 StGB.

*dd) Sanktionen*

§ 306 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren geahndet. Nach § 306 Abs. 2 StGB erhöht sich die Strafe auf Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren, wenn die Tat in Bezug auf

einen € 3.000.- übersteigenden Wert des Vorteils begangen wird. Wird die Tat in Bezug auf einen € 50.000.- übersteigenden Wert des Vorteils begangen, wird dies mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft. Die Bewertung des Vorteils erfolgt aus der Sicht des Empfängers, der den Vorteil annimmt, und nicht nach den Beschaffungskosten des Gebers.

*3. Aktive Bestechungsdelikte*

Dem passiven Bestechungsdelikt für die Nehmerseite (§§ 304-306 StGB) steht jeweils spiegelgleich ein aktives für die Geberseite (§§ 307-307b StGB) gegenüber.

*a) Bestechung (§ 307 StGB)*

*aa) Objektiver Tatbestand nach § 307 Abs. 1 StGB*

Den objektiven Tatbestand nach § 307 Abs. 1 StGB begeht, wer einem (österreichischen, ausländischen, internationalen) Amtsträger oder (österreichischen, ausländischen) Schiedsrichter für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts oder einem Sachverständigen (§ 304 Abs. 1 S. 2 StGB) für die Erstattung eines unrichtigen Befundes oder Gutachtens einen Vorteil für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt.

Tathandlungen sind Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils.

Angeboten wird der Vorteil, dessen Zuwendung der Täter sofort in Aussicht stellt, das heißt der Täter bietet einen bestimmten Geldbetrag unmittelbar nach Zustimmung des Adressaten zu übergeben.<sup>109</sup>

Versprochen wird der Vorteil, dessen Zuwendung der Täter erst für einen späteren Zeitpunkt in Aussicht stellt. Der Täter erklärt sich bereit, dem Empfänger einen Geldbetrag zu überweisen, ihn zu einem Urlaubsaufenthalt, Jagdausflug oder Segelturn einzuladen oder ihm eine Wohnung zu einem bestimmten Termin kostenlos zu überlassen.<sup>110</sup>

Gewährt wird der Vorteil zum Zeitpunkt der tatsächlichen Zuwendung, wie z.B. bei der Übergabe oder Überweisung eines Geldbetrages<sup>111</sup>.

Beispiele hierfür sind:<sup>112</sup>

- Der Täter zahlt einem Amtssachverständigen für die rasche Bearbeitung von Anträgen auf Erteilung von Einzelgenehmigungen nach dem KFG bis zu € 72,67 pro Fall.<sup>113</sup>
- Der Täter gibt einen Mechaniker € 100, damit dieser für den Pkw des Täters die Begutachtungsplakette nach § 57a KFG ausstellt, ohne das Auto gesehen zu haben. Der Täter macht sich nach § 307 Abs. 1 oder wegen Bestimmung

<sup>101</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 76 Rn. 46.

<sup>102</sup> Justizausschuss (Fn. 16), S. 10.

<sup>103</sup> Für *Hinterhofer/Rosbaud* ([Fn. 21], § 306 Rn. 11) ein Tatbestandsausschluss.

<sup>104</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 66 Rn. 23 und 42 ff.

<sup>105</sup> Nach *Schmoller* ([Fn. 8], S. 66) unnotwendig; *Bertel/Schwaighofer* ([Fn. 21], § 306 Rn. 5) finden kaum Fälle.

<sup>106</sup> *Schmoller* (Fn. 8), S. 68 f.; *Brandstetter/Singer*, Journal für Strafrecht 2012, 209 (214).

<sup>107</sup> *Hinterhofer/Rosbaud* (Fn. 21), § 305 Rn. 9; missverständlich Justizausschuss (Fn. 16), S. 6 f.

<sup>108</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 76 Rn. 47.

<sup>109</sup> *Marek/Jerabek* (Fn. 19), S. 80 Rn. 4.

<sup>110</sup> *Eder-Rieder* (Fn. 7), S. 111 m.w.N.; *Hinterhofer/Rosbaud* (Fn. 21), § 307 Rn. 6.

<sup>111</sup> *Eder-Rieder* (Fn. 7), S. 111; *Bertel* (Fn. 51), § 307 Rn. 2.

<sup>112</sup> *Bertel/Schwaighofer* (Fn. 21), § 307 Rn. 2 m.w.N.

<sup>113</sup> OGH, Entsch. v. 5.8.2004 – 12 Os 45/04, Sammlung Strafsachen 2004/61 = Juristische Blätter 2005, 397.

zum Amtsmissbrauch (§§ 12 Var. 2, 14 Abs. 1, 302 StGB) strafbar.<sup>114</sup>

- Ein alkoholisierter Fahrer bietet einem Polizisten Geld, damit er ihn nicht anzeigt. Da dies gleichzeitig auch Bestimmung zum Amtsmissbrauch (§§ 12 Var. 2, 14 Abs. 1, 302 StGB) darstellt, müsste dieser nach geänderter Rspr. des OGH mit § 307 Abs. 1 StGB echt konkurrieren.<sup>115</sup>

Die Bestechung nach § 307 StGB fordert einen ursächlichen Zusammenhang von Gewährung, Anbieten oder Versprechen des Vorteils mit der pflichtwidrigen Vornahme oder Unterlassung eines konkreten Amtsgeschäftes oder zielt bei Bestechung eines Sachverständigen auf eine unrichtige Befund- oder Gutachtenserstattung ab.

#### *bb) Subjektiver Tatbestand*

Für die Verwirklichung des objektiven Tatbestands wird (zumindest bedingter) Vorsatz verlangt.

Achtung: Die Verwirklichung eines der Bestechungsdelikte nach §§ 307-307b StGB beim Geber bedingt nicht unbedingt die Verwirklichung des entsprechenden passiven Delikts nach §§ 304-306 StGB beim Nehmer und umgekehrt. Bei der jeweils eigenständigen Beurteilung entscheidet der Vorsatz: Zielt z.B. der Vorteilsgeber auf die Vornahme eines pflichtwidrigen Amtsgeschäfts ab, während der Amtsträger den verbotenen Vorteil in Hinblick auf pflichtgemäßes Handeln annimmt, kommt für den Geber Strafbarkeit nach § 307 Abs. 1 S. 1 StGB und für den Nehmer § 305 Abs. 1 StGB in Betracht, bei fehlendem Vorsatz kann ein Teil auch straflos bleiben.<sup>116</sup>

#### *cc) Sanktionen*

Die Sanktion für § 307 Abs. 1 StGB beträgt Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren. Wird die Tat in Bezug auf einen € 3.000,- übersteigenden Wert des Vorteils begangen, erhöht sich die Strafbarkeit auf Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahre, in Bezug auf einen € 50.000,- übersteigenden Wert des Vorteils auf Freiheitsstrafe von einem bis zu 10 Jahren (§ 307 Abs. 2 StGB).

#### *b) Vorteilszuwendung (§ 307a StGB)*

##### *aa) objektiver Tatbestand nach § 307a Abs. 1 StGB*

Den objektiven Tatbestand nach § 307a Abs. 1 StGB verwirklicht, wer einem (österreichischen, ausländischen, internationalen) Amtsträger oder (österreichischen, ausländischen) Schiedsrichter für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen ungebührlichen Vorteil

(§ 305 Abs. 4) für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt.

Der Vorteilsgeber ist nur dann nach § 307a StGB strafbar, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Vorteilszuwendung und der pflichtgemäßen Vornahme oder Unterlassung eines bestimmten Amtsgeschäfts besteht. Daher fällt z.B. ein Stimmenkauf im Zusammenhang mit der pflichtmäßigen Ausübung des Stimmrechts durch einen Abgeordneten in einer konkreten Abstimmungssache unter § 307a StGB.<sup>117</sup>

##### *bb) Subjektiver Tatbestand*

§ 307a Abs. 1 StGB verlangt einen (zumindest bedingten) Vorsatz.

*Beispiel:* Wer sich beim Beamten des Passamts für die rasche Ausstellung eines Reisepasses mit 3 Flaschen Wein bedankt, ist nicht strafbar, wenn er meint, dass sei üblich.<sup>118</sup>

##### *cc) Sanktionen*

Die Sanktion für § 307a Abs. 1 StGB beträgt Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren. Wer die Tat in Bezug auf einen € 3.000,- übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren, wer die Tat in Bezug auf einen € 50.000,- übersteigenden Wert des Vorteils begeht, mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren zu bestrafen.

#### *c) Vorteilszuwendung zur Beeinflussung (§ 307b StGB)*

##### *aa) Objektiver Tatbestand*

Die subsidiäre Bestimmung der Vorteilszuwendung nach § 307b Abs. 1 StGB dient der „Klimapflege“ und soll einen Amtsträger für künftige Projekte wohlwollend gestimmt machen. Strafbar macht sich, wer außer in den Fällen der §§ 307 und 307a StGB einem (österreichischen, ausländischen oder internationalen) Amtsträger oder (österreichischen oder ausländischen) Schiedsrichter einen ungebührlichen Vorteil (§ 305 Abs. 4) für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt.

Nach § 307b StGB wird kein ursächlicher Zusammenhang von Vorteilszuwendung, Anbietung oder Versprechen zum künftigen konkreten Amtsgeschäft verlangt. Hier reicht schon der erweiterte Vorsatz, den Amtsträger oder Schiedsrichter in seiner Tätigkeit an sich zu beeinflussen, aus.

##### *bb) Subjektiver Tatbestand*

§ 307b Abs. 1 StGB verlangt zumindest bedingten Vorsatz bezüglich der angeführten Tatbestandselemente und den erweiterten Vorsatz, den Amtsträger oder Schiedsrichter in seiner Tätigkeit an sich zu beeinflussen.

##### *cc) Kein Strafausschluss wegen Geringfügigkeit*

Im Unterschied zu § 306 Abs. 3 StGB ist in § 307b StGB kein Strafausschluss für das Anbieten, Versprechen oder

<sup>114</sup> Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 307 Rn. 2 und § 302 Rn. 29, 33.

<sup>115</sup> OGH, Entsch. v. 25.2.2013 – 17 Os 13/12h = Evidenzblatt 2013/83, 562; Eder-Rieder (Fn. 70), § 28 Rn. 49 m.w.N.; h.M. für Zurücktreten des § 307 StGB wegen Subsidiarität (Hinterhofer/Rosbaud [Fn. 21], § 307 Rn. 11 m.w.N.; Bertel/Schwaighofer [Fn. 21], § 307 Rn. 5); nach Marek/Jerabek ([Fn. 19], S. 82 Rn. 9) zu überdenken.

<sup>116</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 78 Rn. 53 bzw. S. 82 Rn. 10.

<sup>117</sup> Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 307a Rn. 8.

<sup>118</sup> Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 307a Rn. 3; § 305 Rn. 4.

Gewähren eines geringfügigen Vorteils vorgesehen. Dieser Wertungswiderspruch könnte durch Abschaffen des § 306 Abs. 3 StGB<sup>119</sup> beseitigt werden.

*Beispiel:* Ein Bauunternehmer, der zu einem noch nicht absehbaren Termin ein erst im Planungsstadium befindliches Bauvorhaben in einer Gemeinde erwägt, verspricht dem zuständigen Baureferenten einen von dessen Tochter gewünschten Ferienposten, um diesen für den Fall einer noch ungewissen tatsächlichen Antragstellung wohlwollend zu stimmen und dadurch seine Amtstätigkeit zu beeinflussen.<sup>120</sup>

#### dd) Sanktionen

Die Sanktion für § 307b Abs. 1 StGB beträgt Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren. Wer die Tat in Bezug auf einen € 3.000,- übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren, wer die Tat in Bezug auf einen € 50.000,- übersteigenden Wert des Vorteils begeht, mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren zu bestrafen.

#### 4. Verbotene Intervention (§ 308 StGB)

Diese Bestimmung soll das Interventionsunwesen, das heißt Formen des gesetzwidrigen Lobbyismus bekämpfen. Die Einflussnahme des Täters zielt auf eine pflichtwidrige Dienstverrichtung dessen, bei dem er interveniert oder ist mit einem ungebührlichen Vorteil für diesen oder einen Dritten verbunden. Unter Strafe gestellt ist die Vorteilsannahme als passive Seite (§ 308 Abs. 1 StGB) bzw. die Vorteilszuwendung als aktive Seite (§ 308 Abs. 2 StGB) für ungebührliche Einflussnahmen auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder Schiedsrichters.<sup>121</sup>

##### a) Vorteilsannahme nach § 308 Abs. 1 StGB

§ 308 Abs. 1 StGB pönalisiert denjenigen, der für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er einen ungebührlichen Einfluss auf den Amtsträger oder Schiedsrichter nehme. Täter nach § 308 Abs. 1 StGB ist derjenige, der vorgibt, für einen Vorteil einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Amtsträgers oder Schiedsrichters zu nehmen. Adressanten sind Amtsträger oder Schiedsrichter.

Mit dem Fordern, Annehmen bzw. Sich-Versprechen-Lassen ist die Tathandlung ausgeführt und zwar unabhängig davon, ob die Einflussnahme erfolgt oder nicht (schlichtes Tätigkeitsdelikt).<sup>122</sup> Auf die tatsächliche Vornahme kommt es nicht an. Die Möglichkeit Einfluss zu nehmen genügt. Diese kann sich z.B. aus Parteizugehörigkeit, Geschäftsverbindung oder privater Freundschaft ergeben.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> Brandstetter/Singer, Journal für Strafrecht 2012, 209 (216); Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 307b Rn. 2.

<sup>120</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 81 Rn. 7.

<sup>121</sup> Umsetzung des Art. 15 Europaratskonvention (SEV-Nr. 173).

<sup>122</sup> Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 308 Rn. 2.

<sup>123</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 84 Rn. 1.

Auf subjektiver Tatseite wird für die Tatbestandsvarianten zumindest bedingter Vorsatz verlangt.

##### b) Vorteilszuwendung nach § 308 Abs. 2 StGB

§ 308 Abs. 2 StGB sanktioniert das Anbieten, Versprechen oder Gewähren des Vorteils als Gegenleistung dafür, dass der Annehmende einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen soll. Damit ist auch das auf verbotene Intervention abzielende Verhalten des Vorteilsgebers strafbar.<sup>124</sup>

##### c) Legaldefinition der Ungebührlichkeit der Einflussnahme (§ 308 Abs. 4 StGB)

Eine Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder Schiedsrichters ist nach § 308 Abs. 4 StGB dann ungebührlich, wenn sie auf die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts abzielt oder mit dem Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines ungebührlichen Vorteils nach § 305 Abs. 4 StGB für den Amtsträger oder für ihn an einen Dritten verbunden ist. Dabei darf die Ungebührlichkeit der Einflussnahme nicht mit der Ungebührlichkeit des Vorteils verwechselt werden.

Nicht ungebührliches Lobbying oder die rechtmäßige Vertretung von Interessen eines Mandanten sind erlaubt.<sup>125</sup> Strafflos ist demnach, wenn die gewünschte oder in Aussicht gestellt Einflussnahme pflichtgemäßes Amtshandeln bewirken soll und für den Amtsträger ein nicht ungebührlicher Vorteil in Rede steht.

*Beispiel:* Nach § 308 Abs. 1 StGB macht sich z.B. ein Parteisekretär strafbar, der für eine Intervention bei einem Minister eine Parteispende annimmt, sofern die Intervention auf eine pflichtwidrige Dienstverrichtung durch den Minister gerichtet ist und der Parteisekretär dies in seinem Vorsatz aufgenommen hat. So z.B. bei der Vergabe eines wichtigen Postens eine bestimmte Person zu bevorzugen. Der Anbieter des Geldes macht sich nach § 308 Abs. 2 StGB und der Empfänger des Geldes nach § 308 Abs. 1 StGB strafbar.<sup>126</sup>

##### d) Sanktionen

Sowohl Vorteilsannahme als auch Vorteilszuwendung werden mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren sanktioniert. Bei einem € 3000,- übersteigenden Wert des Vorteils erhöht sich die Freiheitsstrafe auf 3 Jahre und bei einem € 50.000,- übersteigenden Wert des Vorteils wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft.

##### e) Subsidiaritätsklausel

§ 308 Abs. 5 StGB enthält eine Subsidiaritätsklausel, die wegen der vorgesehenen Strafdrohung an sich nur zu § 307 StGB bzw. § 304 StGB (höhere Strafdrohung) wirksam ist.

---

<sup>124</sup> Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 84 Rn. 3.

<sup>125</sup> Brandstetter/Singer, Journal für Strafrecht 2012, 209 (217).

<sup>126</sup> Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 308 Rn. 2; Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 308 Rn. 6.

#### IV. Korruption im privaten Bereich

##### 1. Geschenkkannahme und Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten (§ 309 StGB)

###### a) Allgemeines

§ 309 stellt die Korruption im privaten Bereich unter gerichtliche Strafsanktion.<sup>127</sup>

Täter nach § 309 Abs. 1 StGB bzw. Empfänger der Zuwendung nach § 309 Abs. 2 StGB kann nur ein Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens sein. Ist jedoch der Täter bzw. Vorteilsempfänger ein Amtsträger, tritt § 309 StGB hinter die speziellen Delikte nach §§ 304 ff StGB zurück.<sup>128</sup>

Die Annahme oder Hingabe des Vorteils muss für Rechtshandlungen im geschäftlichen Verkehr erfolgen. Das sind Vertretungshandlungen wie z.B. Stellung oder Annahme von Angeboten, Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen. Faktische Tätigkeiten, wie z.B. Preiskalkulationen, fallen jedoch nicht darunter.<sup>129</sup> Der Täter nimmt oder gibt den Vorteil für eine pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung, mit anderen Worten ein Handeln gegen einer Weisung, vertraglichen Verpflichtung oder Rechtsvorschrift.

Die für den Bestechenden nach § 168d a.F. StGB enthaltene Strafflosigkeit eines geringfügigen Vorteils ist entfallen. Damit wurde auch die Besserstellung des Bestechenden zum Vorteilsnehmer beseitigt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit Bagatelldelikte – wie Erfrischungsgetränke, Kalender, Kugelschreiber – von der Strafbarkeit auszunehmen sind. Mit anderen Worten: Ist der Vorteil geringfügig und die intendierte Pflichtwidrigkeit nur gering, ist ein sozialadäquates und damit strafloses Verhalten gegeben.<sup>130</sup>

###### b) Geschenkkannahme durch Bedienstete oder Beauftragte nach § 309 Abs. 1 StGB

Die Bestimmung richtet sich gegen passive Bestechung. § 309 Abs. 1 StGB ist ein Sonderdelikt, das heißt unmittelbarer Täter der Geschenkkannahme sind nur Bedienstete oder Beauftragte eines staatsnahen Unternehmens. Bedienstete sind z.B. weisungsgebundene Arbeitnehmer aber auch Organmitglieder juristischer Personen und Beamte bei Geschäftsbetrieben öffentlich-rechtlicher Körperschaften. Beauftragte sind Personen, die befugt sind, für Unternehmen geschäftlich zu handeln (z.B. Vorstände, Aufsichtsräte, Masseverwalter) oder

zumindest in der Lage sind, Einfluss auf betriebliche Entscheidungen zu nehmen.<sup>131</sup>

Der objektive Tatbestand nach § 309 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn ein Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens, im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung von einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt. Auf subjektiver Tatseite wird zumindest bedingter Vorsatz verlangt. Der Vorsatz muss sich auch auf Pflichtwidrigkeit der Rechtshandlung beziehen. Ist jedoch die Rechtshandlung nach den Vorstellungen des Täters rechtlich gerade noch vertretbar (pflichtgemäß), scheidet § 307 StGB aus, jedoch kann § 153a StGB in Frage kommen.<sup>132</sup>

###### c) Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten (§ 309 Abs. 2 StGB)

§ 309 Abs. 2 StGB ist gegen die aktive Bestechung gerichtet und bestraft denjenigen, der einem Bediensteten oder Beauftragten eines Unternehmens im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung für ihn oder einen Dritten einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren.

Beispiele hierfür sind:

- Ein Prokurist, der entgegen der ausdrücklichen Anweisung des Geschäftsherrn nicht dem günstigsten, sondern einem teureren Angebot den Zuschlag erteilt, agiert pflichtwidrig.<sup>133</sup>
- Wenn der Täter das Geschenk nicht für eine bestimmte Rechtshandlung erhält, sondern weil der Geschenkgeber mit der Geschäftsbeziehung allgemein zufrieden ist, ist § 309 StGB nicht anwendbar.<sup>134</sup>

###### d) Sanktionen

Die mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren angedrohte Strafe des Grunddelikts wird, wenn der Wert des Vorteils € 3.000,- übersteigt, nach § 309 Abs. 3 StGB auf Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren, übersteigt der Vorteil jedoch € 50.000,- auf Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren erhöht.

##### 2. Geschenkkannahme durch Machthaber (§ 153a StGB)

###### a) Objektiver und subjektiver Tatbestand

Unmittelbarer Täter des Sonderdelikts nach § 153a StGB kann nur sein, wer die Befugnis hat, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten. Dafür kom-

<sup>127</sup> Diese Tatbestände waren in den §§ 168c und 168d StGB a.F. enthalten. Sie wurden mit dem KorrStrÄG 2012 in den § 309 StGB verlagert, dabei wurden die Strafflosigkeit für die Gewährung geringfügiger Vorteile beseitigt, die Strafdrohung für schwere Fälle erhöht und an Stelle des Privatanklagedelikts (§ 168e StGB a.F.) ein Offizialdelikt geschaffen (zur a.F. Eder-Rieder [Fn. 7], S. 114 ff.; 117).

<sup>128</sup> Zierl, Journal für Strafrecht 2012, 144 (147).

<sup>129</sup> Thiele (Fn. 18), § 309 Rn. 43 m.w.N.; Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 309 Rn. 4 m.w.N.; Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 309 Rn. 9.

<sup>130</sup> Rauch (Fn. 19), S. 163; für Verankerung eines geringfügigen Vorteils in § 309 StGB Zierl (Journal für Strafrecht 2012, 144 [145]).

<sup>131</sup> Thiele (Fn. 18), § 309 Rn. 29 m.w.N.; Marek/Jerabek (Fn. 19), S. 87 Rn. 2; Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 309 Rn. 7; genügt für Bertel/Schwaighofer ([Fn. 21], § 309 Rn. 2) nicht.

<sup>132</sup> Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 309 Rn. 5 m.w.N.; Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 309 Rn. 18 m.w.N.

<sup>133</sup> Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 309 Rn. 12 m.w.N.

<sup>134</sup> Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 309 Rn. 3.

men Machthaber privater Unternehmen und sonstige private Machthaber (z.B. Hausverwalter) in Betracht.<sup>135</sup>

Die Tathandlung besteht im Annehmen und pflichtwidrigen Nicht-Abführen eines nicht bloß geringfügigen Vermögensvorteils. Darunter ist jeder Vorteil, der einer Bewertung in Geld zugänglich ist, wie z.B. Geld- oder Sachzuwendungen, Dienstleistungen, Einladungen zu Urlaube, Jagden, Festspielen, Forderungsverzichte<sup>136</sup>, zu verstehen. Diese Zuwendung darf „nicht bloß geringfügig“ – mit anderen Worten unter einem Wert von € 100,-<sup>137</sup> – sein.

Die Tat ist nicht mit der Geschenkkannahme, sondern erst mit der pflichtwidrigen Nichtabführung vollendet. Pflichtwidrig ist das Nicht-Abführen dann, wenn für den Machthaber (zivilrechtlich oder vertraglich) eine Verpflichtung besteht, den Vermögensvorteil dem Machtgeber zukommen zu lassen,<sup>138</sup> was „ohne unnötigen Verzug“ zu geschehen hat.

Auf subjektiver Tatseite genügt (bedingter) Vorsatz.

#### b) Sanktion

Als Strafandrohung ist Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr – ohne Wertgrenzenerhöhung – vorgesehen.

#### c) Abgrenzung und Konkurrenzen

Bei Provisionsannahmen ist der Tatbestand der Untreue (§ 153 StGB) zu bejahen, wenn sich die Provisionen im verlangten Preis zum Nachteil des Machtgebers niederschlagen. Hat sich also der Machthaber die vom Vertragspartner gewährten Preisnachlässe selbst zugeeignet, hat er den Machtgeber geschädigt. Der eingetretene Vermögensschaden durch Preisbelastung erfüllt § 153 StGB und schließt die Anwendung des § 153a StGB aus.<sup>139</sup> Die Annahme und Einbehaltung einer Zuwendung durch den Machthaber ist daher nur dann nach § 153a StGB zu beurteilen, wenn die Zuwendung von Vermögensvorteilen keinerlei nachteiligen Einfluss auf den Machtgeber entfaltet<sup>140</sup> bzw. im Vergleich zu § 309 StGB für ein pflichtgemäßes Handeln angeboten wurde.

### 3. Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten (§ 10 UWG)

Das UWG enthält eine Strafbestimmung gegen Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr.<sup>141</sup>

- Aktive Bestechung (§ 10 Abs. 1 UWG): Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs dem Bediensteten oder Beauftragten eines Unternehmens Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, um durch unlauteres Verhalten des Bediensteten oder Beauftragten bei dem Bezug von Waren oder Leistungen eine Bevorzugung für sich oder einen Dritten zu erlangen, ist vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.
- Passive Bestechung (§ 10 Abs. 2 UWG): Die gleiche Strafe trifft den Bediensteten oder Beauftragten eines Unternehmens, der im geschäftlichen Verkehr Geschenke oder andere Vorteile fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, damit er durch unlauteres Verhalten einem anderen beim Bezug von Waren oder Leistungen im Wettbewerb eine Bevorzugung verschaffe.

Auf subjektiver Tatseite wird für § 10 Abs. 1 UWG (zumindest bedingter) Vorsatz und der erweiterte Vorsatz gefordert, nämlich die Absicht („um [...] zu“) durch unlauteres (im Sinne von sittenwidrigem) Verhalten des Bediensteten oder Beauftragten für sich oder einen Dritten beim Bezug von Waren oder Leistungen eine Bevorzugung zu erlangen. Zudem wird eine Wettbewerbsabsicht verlangt.<sup>142</sup>

Auf subjektiver Tatseite wird für § 10 Abs. 2 UWG (bedingter) Vorsatz und der erweiterte Vorsatz gefordert, durch unlauteres Verhalten einem anderen beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb absichtlich („damit“) eine Bevorzugung zu verschaffen.

§ 10 UWG ist nach § 10 Abs. 4 UWG ein Privatanklagedelikt (§ 71 StPO), das heißt die Verfolgung findet nur auf Verlangen eines nach § 14 Abs. 1 S. 1 UWG zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruches Berechtigten statt. Dies steht im Gegensatz zu § 309 StGB oder § 153a StGB, die Officialdelikte sind und damit vom Staatsanwalt verfolgt werden.

### 4. Abgrenzungen und Konkurrenzen

Die Tatbestände nach § 10 Abs. 1 und 2 UWG sind gegenüber § 309 Abs. 1 und 2 StGB subsidiär (§ 10 Abs. 3 UWG). Bei einem Zusammentreffen zwischen § 309 Abs. 1 StGB und § 153 StGB (Untreue) bzw. § 309 Abs. 2 StGB und den §§ 12 Var. 2, 14 Abs. 1, 153 StGB (Bestimmung bzw. Tatbeitrag zur Untreue) wird nach h.L.<sup>143</sup> von echter Konkurrenz ausgegangen. Das hat auch bezüglich § 153a StGB und § 309 Abs. 1 StGB zu gelten.<sup>144</sup>

## IV. Erweiterung der inländischen Gerichtsbarkeit

Die Neufassung bringt durch Änderung des § 64 StGB eine Erweiterung der inländischen Gerichtsbarkeit. Nach § 64

<sup>135</sup> Leukauf/Steininger (Fn. 34), § 153a Rn. 5.

<sup>136</sup> Eder-Rieder (Fn. 7), S. 114 f m.w.N.

<sup>137</sup> OGH, Entsch. v. 12.4.2005 – 11 Os 140/04 = Evidenzblatt 2005/138, 641; Pfeifer, in: Hinterhofer/Rosbaud/Triffiterer (Fn. 18), § 153a Rn. 11; Birklbauer/Hilf/Tipold, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 153a Rn. 11.

<sup>138</sup> Kirchbacher/Presslauer, in: Höpfel/Ratz (Fn. 25), § 153a Rn. 12.

<sup>139</sup> OGH, Entsch. v. 6.8.1997 – 13 Os 110/97 = Evidenzblatt 1998/17, 64; Eder-Rieder (Fn. 7), S. 78 und 115.

<sup>140</sup> Mayerhofer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2005, § 153a E 3 m.w.N.

<sup>141</sup> Eder-Rieder (Fn. 7), S. 117 f.

<sup>142</sup> Köck (Fn. 19), S. 173.

<sup>143</sup> Kirchbacher/Presslauer (Fn. 138), § 153 Rn. 47, § 153a Rn. 21 m.w.N.; Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 309 Rn. 18.

<sup>144</sup> Hinterhofer/Rosbaud (Fn. 21), § 309 Rn. 18; a.M. für Subsidiarität von § 153a StGB Bertel/Schwaighofer (Fn. 21), § 309 Rn. 6.

Abs. 1 Nr. 2a StGB sind alle im Ausland begangenen strafbaren Verletzungen der Amtspflicht, Korruption und verwandter strafbarer Handlungen (§§ 302-309 StGB), unabhängig von den Strafgesetzen im Tatortstaat, in Österreich strafbar, wenn der Täter zur Tatzeit Österreicher war oder die Tat zugunsten eines österreichischen Amtsträgers oder Schiedsrichters begangen wurde. Für die Anwendbarkeit des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG) ist, anknüpfend an die österreichische Staatsbürgerschaft des Anlasstäters (Entscheidungsträger oder Mitarbeiter), der Sitz des Verbandes, der Ort des Betriebes oder der Niederlassung in Österreich ausschlaggebend (§ 12 Abs. 2 VbVG).<sup>145</sup>

Amts- und Korruptionsdelikte (§§ 302-309 StGB) fallen unter die österreichische Gerichtsbarkeit in folgenden Fällen:

- Bei inländischem Tatort (§ 62 StGB), das heißt wenn die Bestechung eines ausländischen Amtsträgers in Österreich organisiert oder das Bestechungsgeld von Österreich aus in das Ausland überwiesen wird.
- Wird die Tat vollständig im Ausland begangen, unterliegt sie der österreichischen Gerichtsbarkeit – ohne Rücksicht auf das Recht des Tatortstaats – für die Taten eines österreichischen Beamten, Amtsträgers oder Schiedsrichters (§ 64 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und für die Beteiligung im Ausland an einer Tat, die der unmittelbare Täter im Inland begangen hat (§ 64 Abs. 1 Nr. 8 StGB). Aber nur, wenn der Täter zur Tatzeit Österreicher war oder nicht an das Ausland ausgeliefert werden konnte und die Tat nach dem Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit sowohl nach österreichischem als auch nach dem Recht des Tatortstaats strafbar war (§ 65 Abs. 1 StGB).<sup>146</sup>
- Jetzt sind die §§ 302-309 StGB unabhängig von den Strafgesetzen im Tatortstaat in Österreich anwendbar, wenn der Täter zur Zeit der Tat Österreicher war oder die Tat zugunsten eines österreichischen Amtsträgers oder österreichischen Schiedsrichters begangen wurde (§ 64 Abs. 1 Nr. 2a StGB).

Das betrifft z.B. die (zur Gänze im Ausland abgewickelte) Bestechung ausländischer Amtsträger durch Österreicher im Ausland oder durch im Ausland tätigen österreichische Unternehmen und ihre Mitarbeiter.<sup>147</sup>

## V. Verfolgung der Korruption im Strafprozess

### 1. Die Zentrale Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA)

#### a) Zuständigkeit der WKStA

Die Zuständigkeit der WKStA ist in den §§ 20a und 20b StPO geregelt. Diese Bestimmungen sehen eine Kombination zwischen gesetzlich festgelegten Zuständigkeiten (Deliktskatalog) und der Möglichkeit der WKStA, bestimmte Verfah-

ren nach vorhersehbaren Kriterien an sich ziehen zu können („Opt-In-Möglichkeit“), vor.

Die WKStA verfolgt nach § 20a Abs. 1 Nr. 5 StPO ausdrücklich die Geschenkannahme durch Machthaber (§ 153a StGB) und strafbare Verletzungen der Amtspflicht, Korruption und verwandter strafbarer Handlungen nach den §§ 304-309 StGB, soweit aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass die Tat in Bezug auf einen € 3000,- übersteigenden Wert des Vorteils begangen wurde.

Im Rahmen der „Opt-In-Möglichkeit“ (§ 20b StPO) kann die WKStA eine Wirtschaftsstrafsache, für die besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens oder Erfahrungen mit solchen Verfahren erforderlich erscheinen, der zuständigen Staatsanwaltschaft abnehmen und an sich ziehen (§ 20b Abs. 1 StPO). In diesem Zusammenhang kann nach § 20b Abs. 3 StPO die WKStA auch ein Verfahren wegen Amtsmisbrauchs (§ 302 StGB) und Korruption (§§ 304-309 StGB), soweit die Tat in Bezug auf einen € 3000,- nicht übersteigenden Wert des Vorteils begangen wurde, an sich ziehen, an denen wegen der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat oder der Person des Tatverdächtigen ein besonderes öffentliches Interesse besteht.

Die WKStA ist für das gesamte Bundesgebiet für die Leitung des Ermittlungsverfahrens sowie der Einbringung der Anklage, und deren Vertretung im Hauptverfahren und im Verfahren vor dem OLG bezüglich Wirtschaftskriminalität und Korruption und entsprechende Organisationsdelikte zuständig (§ 20a Abs. 1 StPO). Sie entscheidet auch über die Beendigung dieser Verfahrens durch Einstellung (§§ 190-192 StPO) bzw. Diversion (§§ 198 ff StPO) oder Rücktritt von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft (§ 209a StPO).

#### b) Zusammenarbeit mit weiteren Korruptionsbekämpfungseinrichtungen

Nach § 20a Abs. 2 StPO hat die WKStA das Ermittlungsverfahren grundsätzlich in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK) zu führen. Das BAK wurde mit 1.1.2010 im österreichischen Bundesministerium für Inneres an Stelle des bis dahin bestehenden Büros für Interne Angelegenheiten (BIA) eingerichtet. Es ist außerhalb der Generaldirektion für die öffentliche Sicherheit angesiedelt und für die bundesweite Vorbeugung, Verhinderung und Bekämpfung von Korruptionsstrafatbeständen zuständig.

Des Weiteren erfolgt bei Wirtschaftsstrafsachen eine enge Zusammenarbeit auch mit ausländischen Korruptionsbekämpfungseinrichtungen. Dazu gehören Kooperation, Amtshilfe und Zusammenarbeit mit den zuständigen Einrichtungen der Europäischen Union sowie mit den Justizbehörden der EU-Mitgliedstaaten. Die WKStA ist auch zentrale nationale Verbindungsstelle gegenüber OLAF und Eurojust (§ 20a Abs. 3 StPO), aber auch Interpol, Europol und anderen vergleichbaren internationalen Einrichtungen.

<sup>145</sup> Brandstetter/Singer, Journal für Strafrecht 2012, 209 (218).

<sup>146</sup> Brandstetter/Singer, Journal für Strafrecht 2012, 209 (218).

<sup>147</sup> Pilnacek, Österreichische Juristen-Zeitung 2012, 741; Brandstetter/Singer, Journal für Strafrecht 2012, 209 (219).

2. Rücktritt von der Strafverfolgung durch Diversion

a) Diversion (§§ 198-209b StPO)

aa) Voraussetzungen nach § 198 StPO

Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung der Straftat zurücktreten und damit das Verfahren beendet werden, wenn der Sachverhalt hinreichend geklärt ist, die Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach den §§ 190-192 StPO nicht in Betracht kommt und die Bestrafung im Hinblick auf diversio- nelle Maßnahmen wie

- Nr. 1: Zahlung eines Geldbetrages (§ 200 StPO),
- Nr. 2: Erbringung gemeinnütziger Leistungen (§ 201 StPO),
- Nr. 3: die Bestimmung einer Probezeit, in Verbindung mit Bewährungshilfe und der Erfüllung von Pflichten (§ 203 StPO) – z.B. Schadensgutmachung – oder
- Nr. 4: Tatausgleich (§ 204 StPO)

aus spezial- bzw. generalpräventiven Gründen nicht geboten erscheint,<sup>148</sup> um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Die Anwendung der Diversion ist auch gegen Verbände möglich (§ 19 VbVG).

bb) Unzulässigkeit

Der Rücktritt von der Verfolgung bzw. eine Verfahrensein- stellung ist unzulässig, das heißt eine derartige diversionelle Erledigung ist ausgeschlossen (§ 198 Abs. 2 StPO), wenn die Straftat in die Zuständigkeit des Schöffen- oder Geschwore- nengerichts fällt, die Schuld des Beschuldigten als schwer an- zusehen ist oder die Tat den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat.

Was die Zuständigkeit betrifft, ist für die Aburteilung ei- nes Amtsmissbrauchs (§ 302 StGB) ein Schöffengericht (§ 31 Abs. 3 Nr. 6 StPO) sachlich zuständig. Für die Aburteilung der Korruptionsdelikte (§§ 304-309 StGB) ist grundsätzlich der Einzelrichter des Landesgerichts sachlich zuständig, nur die Qualifikation bei einem € 50.000,- übersteigenden Wert des Vorteils bei der Bestechlichkeit (§ 304 Abs. 2 StGB) und Bestechung (§ 307 Abs. 2 StGB) mit der Freiheitsstrafenan- drohung von einem bis zu zehn Jahren fällt unter die Zustän- digkeit eines Schöffengerichts (§ 31 Abs. 3 Nr. 1 StPO). Die unter die schöffengerichtliche Zuständigkeit fallenden Delik- te sind nicht diversionsfähig.

cc) Endgültiger Rücktritt von der Verfolgung

Nach Erbringung der verlangten diversionellen Maßnahmen (Zahlung des Geldbetrages, erbrachte gemeinnützige Lei- stung), Zustandekommen eines allfälligen Tatausgleichs oder Ablauf der Probezeit und Erfüllung allfälliger Pflichten (z.B. Schadensgutmachung, § 203 Abs. 4 StPO) ist der Rücktritt von der Verfolgung endgültig.<sup>149</sup> Ist der Staatsanwalt nach er- folgreichen Diversionsmaßnahmen von der Verfolgung end- gültig zurückgetreten, ist die Einleitung oder Fortsetzung

eines Verfahrens nur mehr unter den Voraussetzungen der ordentlichen Wiederaufnahme (§ 352 StPO) zulässig (§ 205 Abs. 1 StPO).

dd) Fortsetzung des Verfahrens

Vor einem diversionellen Rücktritt kann der Beschuldigte jederzeit die Fortsetzung des Verfahrens verlangen (§ 205 Abs. 1 StPO), z.B. weil er unschuldig ist. Bei einer diversio- nellen Erledigung ist der Verdächtige nicht vorbestraft. Die Anwendung der Diversion ist grundsätzlich für den Beschul- digten, der schuldig ist, günstiger als eine Verhandlung und für den Unschuldigen günstiger als das Risiko eines Strafver- fahrens.<sup>150</sup> Eine diversionelle Erledigung kann auch durch das Gericht verhängt werden (§ 209 Abs. 2 StPO).

Zur Fortsetzung des Verfahrens kommt es, wenn der Be- schuldigte die vorgeschlagenen Leistungen (Geldbetrag, ge- meinnützige Leistungen, Schadensgutmachung) nicht voll- ständig und rechtzeitig erbracht hat bzw. die übernommenen Pflichten nicht hinreichend erfüllt hat. Gegen die nachträgliche Einleitung oder Fortsetzung des Strafverfahrens kann der Beschuldigte Beschwerde erheben (§ 209 Abs. 3, § 87 StPO).

b) Rücktritt von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft (§ 209a StPO)

aa) Voraussetzungen

Sind die Voraussetzungen einer Diversion nach § 198 ff. StPO nicht gegeben, ist eine diversionelle Erledigung nur möglich, wenn der Beschuldigte sich der Kriminalpolizei oder der Staatsanwaltschaft als Kronzeuge zur Verfügung stellt. Die „große Kronzeugenregelung“ (§§ 209a und 209b StPO)<sup>151</sup> soll einen maßgeblichen Beitrag zur Aufklärung schwerwie- gender Taten aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität oder zur Ausforschung von Personen, die in einer kriminellen Vereinigung, kriminellen Organisation oder terroristischen Organisation führend tätig sind,<sup>152</sup> leisten.

Nach § 209a StPO kann die Staatsanwaltschaft unter An- wendung angeführter diversioneller Maßnahmen – mit Aus- nahme des Tatausgleichs (§ 204 StGB) – von der Verfolgung der Straftat vorläufig – unter dem Vorbehalt späterer Verfol- gung nach § 209a Abs. 3 StPO – zurücktreten, wenn der Be- schuldigte freiwillig sein Wissen über Tatsachen offenbart, die noch nicht Gegenstand eines gegen ihn geführten Ermitt- lungsverfahrens sind und deren Kenntnis wesentlich dazu bei- trägt, die Aufklärung einer in die Zuständigkeit des Schöffen- oder Geschworenengerichts oder der WKStA (§ 20a StPO) unterliegenden Straftat entscheidend zu fördern (Nr. 1) oder eine Person auszuforschen, die in einer kriminellen Vereini- gung, kriminellen Organisation oder terroristischen Organisa- tion führend tätig ist oder war (Nr. 2) und spezialpräventive Gründe, in deren Überlegungen auch das Aussageverhalten, insbesondere die vollständige Darstellung der eigenen Taten

<sup>148</sup> Eder-Rieder (Fn. 7), S. 48.

<sup>149</sup> Seiler, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 705, 708, 711.

<sup>150</sup> Seiler (Fn. 149), Rn. 713.

<sup>151</sup> Eingefügt mit BGBl. I 2010/108 (sKp), ab 1.1.2011 in Kraft und bis zum 31.12.2016 befristet.

<sup>152</sup> Seiler (Fn. 149), Rn. 719.

und der Beweiswert der Information mit einzubeziehen ist, nicht dagegen sprechen (§ 209a Abs. 2 StPO).

*bb) Kronzeugen- und Aufklärungstat bzw. Ausforschungshilfe*  
Bei der großen Kronzeugenregelung muss zwischen der Tat, die der Kronzeuge selbst begangen hat und für die er sich die Vermeidung eines gerichtlichen Strafverfahren erhofft (Kronzeugentat)<sup>153</sup> und der Aufklärungshilfe, die der Kronzeuge hinsichtlich der Straftaten eines anderen leistet (Aufklärungstat)<sup>154</sup> nach § 209a Abs. 1 Nr. 1 StPO<sup>155</sup>, unterschieden werden. Zusätzlich existiert die Möglichkeit, bei der Ausforschung besonders gesuchter Personen zu helfen (Ausforschungshilfe nach § 209a Abs. 1 Nr. 2 StPO). Der Kronzeuge muss jedenfalls rechtzeitig und freiwillig einen wesentlichen Beitrag dafür leisten, die Aufklärung der jeweiligen Aufklärungstat entscheidend zu fördern oder bei der Ausforschungshilfe das Auffinden einer bestimmten Person zu fördern.

Keine Kronzeugentaten sind Sexualdelikte und Straftaten mit Todesfolge (§ 209a Abs. 2 StPO). Keine Aufklärungstaten – mangels Rechtzeitigkeit – solche, die schon Gegenstand eines gegen den Kronzeugen geführten Ermittlungsverfahrens sind (§ 209a Abs. 1 StPO).<sup>156</sup> Auch die Freiwilligkeit bezieht sich auf die Aufklärungstat.<sup>157</sup> Freiwillig sind die Informationen dann erteilt, wenn der Beschuldigte nicht dazu gezwungen ist, z.B. weil ihm der Staatsanwalt die Diversion schmackhaft macht.<sup>158</sup> Sie ist dann zu verneinen, wenn der Täter gar keine andere vernünftige Handlungsalternative als die Kooperation mit der Staatsanwaltschaft zur Verfügung hat.<sup>159</sup>

Der Kronzeuge erhält eine diversionelle Erledigung seiner eigenen Straftat (Kronzeugentat) als Gegenleistung für die Informationen, die er hinsichtlich der Aufklärungstat zur Verfügung stellt. Der Beschuldigte offenbart sein Wissen über Tatsachen, das heißt er informiert Polizei oder Staatsanwaltschaft über belastende Umstände, das heißt Umstände, die den Beschuldigten oder einen anderen an einer Tat verdächtig machen oder einen bestehenden Tatverdacht gegen den Beschuldigten oder gegen einen anderen erhärten. Diese dürfen Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft noch nicht kennen.<sup>160</sup> Die Aufklärungshilfe der Kronzeugen soll wesentlich dazu beitragen, die Aufklärung einer Straftat, die in die Zuständigkeit eines Schöffengerichts oder Geschworenengerichts bzw. der WKStA fällt, entscheidend zu fördern. Die Aufklärung derartiger Taten ist dann entscheidend gefördert, wenn die Information die Aufklärung einer solchen Tat wesentlich erleich-

tert (Nr. 1) oder zur Ausforschung einer Führungspersonen beigetragen hat (Nr. 2).<sup>161</sup>

Während sich für *Schroll*<sup>162</sup> die Aufklärungstat gegen einen Dritten richten muss, findet *Venier* in § 209a Abs. 2 StPO keine derartige Beschränkung bzw. Denunziation eines anderen.<sup>163</sup> Auch nach *Schwaighofer*<sup>164</sup> können Kronzeugen- und Aufklärungstat zusammenfallen, was er anhand eines Beispiels darstellt: Der Beschuldigte hat einen Raub begangen und befürchtet erkannt worden zu sein. Nun erklärt er sich bereit der Polizei einen Bestechungsfall aufzudecken, von dem er erfahren hat (Aufklärungstat), wenn der Raub (Kronzeugentat) gegen ihn eingestellt wird. Ein Vorgehen nach § 209a StPO ist bei Bejahung der Rechtzeitigkeit und Freiwilligkeit möglich. Dies gilt auch dann, wenn der Beschuldigte an der Bestechung mitgewirkt hat.

Die Spezialprävention ist auf Verneinung der Rückfallgefahr gerichtet. Dabei wird neben den Vorstrafen<sup>165</sup> u.a. auf das Aussageverhalten, das heißt „insbesondere die vollständige Darstellung der eigenen Taten und den Beweiswert der Informationen“ abgestellt.<sup>166</sup> Das vollständige Informieren über eigene Taten bedeutet nichts zu verschweigen, z.B. die eigene führende Tätigkeit in einer kriminellen Organisation nicht zu verschleiern (§ 209a Abs. 4 Nr. 2 StPO).

#### *cc) Verfahrensablauf*

##### *(1) Ermessen der Staatsanwaltschaft*

Die Vorgangsweise steht im Ermessen des Staatsanwalts und nicht des Gerichts. Der Beschuldigte hat keinen Rechtsanspruch darauf, daher ist die Offenbarung seines Wissens gegenüber dem Staatsanwalt und die Selbstauszulieferung, mit hohem Risiko verbunden.<sup>167</sup> Zu einer gerichtlichen Überprüfung der Zuerkennung bzw. Verweigerung der Kronzeugenstellung kann es nur im Ausnahmefall kommen, nämlich wenn der Rechtsschutzbeauftragte (§ 47a StPO) nach § 209a Abs. 5 StPO die Fortführung eines vorläufig beendeten Kronzeugenverfahrens beantragt.<sup>168</sup> Der Rechtsschutzbeauftragte ist nämlich von der Einstellung nach § 209a Abs. 3 StPO bzw. einer Wiederaufnahme nach § 209a Abs. 4 StPO zu verurteilen und kann die Fortsetzung bzw. die Einstellung des Verfahrens beantragen.

<sup>153</sup> *Schroll*, in: Fuchs/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 2011, § 209a Rn. 7.

<sup>154</sup> *Schroll* (Fn. 153), § 209a Rn. 11.

<sup>155</sup> *Komenda*, Journal für Strafrecht 2013, 66.

<sup>156</sup> *Schwaighofer*, in: Bundesministerium für Justiz, 39. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie, 2011, S. 5 (S. 15).

<sup>157</sup> So *Komenda*, Journal für Strafrecht 2013, 66 (73 m.w.N.).

<sup>158</sup> *Venier*, in: Bertel/Venier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2012, § 209a Rn. 3.

<sup>159</sup> *Schwaighofer* (Fn. 156), S. 16 f.

<sup>160</sup> *Venier* (Fn. 158), § 209a Rn. 2.

<sup>161</sup> *Schwaighofer* (Fn. 156), S. 17 f.

<sup>162</sup> *Schroll* (Fn. 153), § 209a Rn. 4, 10 und 42; für klärende Formulierung *Komenda*, Journal für Strafrecht 2013, 66 (72).

<sup>163</sup> *Venier* (Fn. 158), § 209a Rn. 2.

<sup>164</sup> *Schwaighofer* (Fn. 156), S. 19.

<sup>165</sup> A.M. *Schroll* (Fn. 153), § 209a Rn. 30; Bedenken dagegen *Schwaighofer* (Fn. 156), S. 18.

<sup>166</sup> *Venier* (Fn. 158), § 209a Rn. 5 m.w.N.

<sup>167</sup> *Seiler* (Fn. 149), Rn. 719, 720; *Schroll* (Fn. 153), § 209a Rn. 3; kritisch *Schwaighofer* (Fn. 156), S. 13; *Komenda*, Journal für Strafrecht 2013, 66 (69 f.).

<sup>168</sup> Für (analoge) Zuständigkeit des Dreirichterssenats am Landesgericht *Schroll* (Fn. 153), § 209a Rn. 97.

(2) *Einstellung des Ermittlungsverfahrens*

Bei Vorliegen der Voraussetzungen kann die Staatsanwaltschaft die Zahlung eines Geldbetrages (§ 200 StPO), welcher in diesem Fall einer Geldstrafe bis zu 240 (anstatt 180) Tagessätzen entsprechen kann, die Leistung einer gemeinnützigen Leistung (§ 201 StPO) oder die Bestimmung einer Probezeit allenfalls mit Pflichten (§ 203 StPO) – ausgenommen Tat-ausgleich – anbieten und sodann von der Verfolgung der Straftat vorläufig zurücktreten (§ 209a Abs. 2 StPO).

Nach Erbringung der aufgetragenen Diversionsleistungen bzw. nach Ablauf der Probezeit hat die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren unter dem Vorbehalt späterer Verfolgung einzustellen (§ 205a Abs. 3 StPO),<sup>169</sup> andernfalls ist das Verfahren nach § 205 StPO fortzusetzen.

(3) *Wiederaufnahme der Verfolgung*

Die Verfolgung kann nach § 209a Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StPO wieder aufgenommen werden, wenn der Kronzeuge die eingegangene Verpflichtung zur Mitwirkung an der Aufklärung verletzt hat oder die zur Verfügung gestellten Unterlagen und Informationen falsch waren bzw. keinen Beitrag zur Verurteilung des Täters liefern konnten. Dieser Grund liegt vor, wenn derjenige, den der Beschuldigte belastet freigesprochen oder das Verfahren gegen ihn eingestellt wird.<sup>170</sup> Eine Wiederaufnahme erfolgt auch dann, wenn die Informationen nur zur Verschleierung der eigenen führenden Tätigkeit in einer kriminellen Vereinigung, kriminellen Organisation oder terroristischen Organisation dienen.

Die Verfahrenseinstellung ist endgültig, wenn keine Wiederaufnahme nach § 209a Abs. 4 StPO und keine Fortsetzung des Verfahrens nach § 205 StPO in Betracht kommt.

dd) *Verbandsverantwortlichkeit*

Die große Kronzeugenregelung ist auch auf Verbände anwendbar, was im Bereich der Wirtschaftskriminalität bzw. im Bereich des Kartell- und Wettbewerbsrechts von Bedeutung ist (§§ 209a Abs. 6, 209b Abs. 3 StPO). Dabei kann sich der zahlende Geldbetrag an Stelle der in § 19 Abs. 1 Nr. 1 VbVG vorgesehenen 50 Tagessätze auf bis zu 75 Tagessätze belaufen.

*Beispiel:*<sup>171</sup> Ein Entscheidungsträger eines Verbandes (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VbVG) hat zu Gunsten dieses Verbandes (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VbVG) Bestechungen nach § 307 StGB begangen. Damit hat sich sowohl der Entscheidungsträger als auch der Verband strafbar gemacht. Wenn nun der Entscheidungsträger als präsumtiver Kronzeuge seine eigene Tat umfangreich darlegen muss, wird auch der Verband klar zu benennen sein. Wird im Anschluss an die Aussage ein Ermittlungsverfahren gegen den Verband eingeleitet, kann § 209a StPO gegen den Verband keine Anwendung mehr finden. Damit müsste der Kronzeuge bei der Offen-

barung gleichzeitig erklären, dass seine Aussage auch für den Verband Wirkung entfalten soll. Unterlässt er dies, so ist dem Verband der Zugang zu § 209a StPO versperrt.

**VI. Zusammenfassung und Ausblick**

Das neue österreichische Korruptionsstrafrecht führt zu einer positiv zu bewertenden Ausweitung des Amtsträgerbegriffs (§ 74 Abs. 1 Nr. 4a StGB) mit vollständiger Einbeziehung inländischer Abgeordnete und Erweiterung auf Organe und Mitarbeiter öffentlicher Unternehmen.

Die Delikte, die Vorteile in Bezug auf ein konkretes pflichtwidriges Amtsgeschäft annehmen oder anbieten (§§ 304, 307 StGB), sind von denen, die dies für ein konkretes pflichtgemäßes Amtsgeschäft tun (§§ 305, 307a StGB), zu trennen. Im Zuge dieser Änderungen wurde bei pflichtgemäßen Amtsgeschäften der neue Begriff „ungebührlicher Vorteil“ (§ 305 Abs. 4 StGB) eingeführt. Dieser führt teilweise zu Klarstellungen, teilweise aber auch zu erheblichen Unschärfen und Lücken, z.B. bei der Frage der Geringfügigkeitsgrenzen.

Im Vorfeld der Korruption wurden Beeinflussungstatbestände geschaffen (§§ 306, 307b StGB), die darauf abzielen, die bloße „Klimapflege“ bei Amtsträgern, mit anderen Worten Geschenke ohne Bezug zu einem konkreten Amtsgeschäfte, unter Strafe zu stellen (§§ 306, 307b StGB). Annehmen und Anbieten von Vorteilen sind strafbar, wenn der Täter mit dem erweiterten Vorsatz handelt, die Amtstätigkeit zu beeinflussen. Sein Nachweis ist eine Tatfrage, die sich aus einer Gesamtschau aller Indizien des Einzelfalls beantworten lässt. Nicht nachvollziehbar ist, warum der Gesetzgeber dem Vorteilsnehmer eine Geringfügigkeitsgrenze einräumt, dem Vorteilsgeber hingegen nicht.<sup>172</sup>

Bei der verbotenen Intervention (§ 308 StGB) wird in Anpassung an den Text der Europakonvention die tatsächliche Ausübung des Einflusses nicht verlangt, sondern nur ein objektiv ausgestalteter Konnex zwischen der Tathandlung und der ungebührlichen Einflussnahme gefordert.

Bedeutende Neuerungen sind bei den Korruptionsdelikten im privaten Bereich zu verzeichnen. Neben der Neuplatzierung im Gesetz (§ 309 StGB) ist die Schaffung eines Offizialdelikts mit höherer Strafbefugnis an Stelle des Privatanklagedelikts zu nennen. Bedenklich ist die Abschaffung der Geringfügigkeitsgrenze, was zur Frage führt, wie Bagatelldelikte künftig behandelt werden sollen. Dies kann beitragen, dass das Delikt der Geschenkkannahme durch Bestechung von Bediensteten und Beauftragten (§ 309 StGB) eine größere Rolle in der gerichtlichen Praxis spielt.

Hervorzuheben ist die Ausdehnung der Gerichtsbarkeit auf Auslandstaten. Im Ausland begangene Amts- und Korruptionsdelikte (§§ 302-309 StGB) sind künftig unabhängig von den Strafgesetzen im Tatortstaat in Österreich strafbar (§ 64 Abs. 1 Nr. 2a StGB). In Verbindung mit der Ausdehnung der Amtsträgereigenschaft auf Organe und Bedienstete eines von einer ausländischen Gebietskörperschaft beherrschten Unternehmens (§ 74 Abs. 1 Nr. 4a lit. d StGB) führt dies

<sup>169</sup> Seiler (Fn. 149), Rn. 721; Venier (Fn. 158), § 209a Rn. 6.

<sup>170</sup> Venier (Fn. 158), § 209a Rn. 7; einschränkend Schroll (Fn. 153), § 209a Rn. 63.

<sup>171</sup> Dazu Komenda, Journal für Strafrecht 2013, 66 (74).

<sup>172</sup> Brandstetter/Singer, Journal für Strafrecht 2012, 209 (220).

im Ergebnis zu einem globalen Anwendungsbereich des österreichischen Korruptionsstrafrechtes.<sup>173</sup>

Es ist zu hoffen, dass sich das neue Korruptionsstrafrecht in der Rechtspraxis bewährt und längerfristig Bestand hat und damit zur Rechtssicherheit beiträgt.

Im strafprozessualen Ermittlungsverfahren kann bezüglich der Korruptionsdelikte die WKStA (§§ 20a, 20b StPO) herangezogen werden. Die Staatsanwaltschaft (WKStA) kann auch mit außerstrafrechtlichen Instrumenten wie Diversion mit Auflagen oder Weisungen (§§ 198 ff StPO) oder Kronzeugenregelungen (§§ 209a und 209b StPO) vorgehen. Die Voraussetzungen sind oft schwer verständlich und Nachbesserungen sind anzuraten, falls die Kronzeugenregelung über den 31.12.2016 hinaus beibehalten werden soll. Diese Regelung ist in der Praxis bis jetzt kaum zur Anwendung gekommen. Im Jahr 2012 sollen zwei Fällen anhängig gewesen sein.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> *Brandstetter/Singer*, Journal für Strafrecht 2012, 209 (220).

<sup>174</sup> *Komenda*, Journal für Strafrecht 2013, 66.

### Buchrezension

**Philipp Horrer**, Bestechung durch deutsche Unternehmen im Ausland – Strafrechtsentwicklung und Probleme, Verlag Peter Lang, Frankfurt 2011, 338 S., € 61,80

Rechtsfragen der Auslandskorruption kommt in der Beratungspraxis im Zusammenhang mit dem Bemühen um eine hinreichende Compliance<sup>1</sup>, aber zwischenzeitlich auch in der Strafverfolgung und Strafverteidigung eine enorme Bedeutung zu; dies nicht zuletzt bedingt durch die unterschiedlichen Lebenswirklichkeiten in vielen Regionen der Erde. Die von Prof. Dr. Ulfrid Neumann betreute Frankfurter Dissertation greift die praxisrelevante Fragestellung auf und will die entsprechenden Korruptionsstrafvorschriften darstellen und erläutern und dabei auch öffentlich-rechtliche, wettbewerbsrechtliche sowie völkerrechtliche Bezüge herstellen.

Das erste Kapitel beschäftigt sich mit der Entwicklung der rechtlichen Grundlagen zur Bekämpfung der Auslandskorruption auf internationaler Ebene. Näher dargestellt wird dabei jedoch lediglich das OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, dessen einzelne Artikel kurz dargestellt werden. Andere wesentliche Abkommen werden nur kurz gestreift. Ein Kurzüberblick über die Argumente für und gegen die Einführung einer Verbandsstrafe ins deutsche Strafrecht wirkt eher wie ein Lückenfüller, zumal weder die rechtlichen bzw. rechtspolitischen Argumente im Allgemeinen noch in Bezug auf das Problem der von Unternehmen (systematisch) begangenen Korruption in mehr als nur ganz allgemein gehaltenen Worten behandelt werden.

Im Hauptwerk der Arbeit, dem zweiten Kapitel, werden nach einer kurzen Einführung zur Rechtslage vor 1999 die Vorschriften des EU-Bestechungsgesetzes, des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (IntBestG) sowie des § 99 Abs. 3 StGB dargestellt. Dies geschieht in lehrbuchhafter Form, indem die einzelnen Tatbestandsmerkmale aller drei Gesetze erläutert werden.

Beim EUBestG beschränkt sich der Verf. darauf, den Wortlaut des Gesetzes zu analysieren und die Tatbestandsvoraussetzungen kurz vorzustellen. Längere Ausführungen dürften auch kaum notwendig sein, bietet das EUBestG doch auch keine größeren Auslegungsprobleme. Man hätte einzig noch darauf eingehen können, in welchem Konkurrenzverhältnis das EUBestG zum IntBestG steht.

Breiten Raum nimmt die Erläuterung des IntBestG ein. Im Hinblick auf die Frage, wie der Begriff des Amtsträgers zu definieren sei, verwirft der Verf. die früher vom *Rezensenten* vertretene Auffassung, dass hierfür das Recht des Amtsträgerstaates maßgeblich sei<sup>2</sup> und plädiert für eine autonome Auslegung des Amtsträgerbegriffes (S. 122 ff.). Dabei soll sich die Auslegung an dem OECD-Übereinkommen sowie der erläuternden, jedoch unverbindlichen Commentaries rich-

ten. Dieser Auffassung hat sich letztlich auch der BGH angeschlossen.<sup>3</sup> Allerdings erkennt der Verf., dass mit dem Postulat einer autonomen Auslegung noch nicht viel gewonnen ist, da ohne einen Rückgriff auf das nationale Recht kaum geklärt werden kann, welche Stellung der Bestochene im ausländischen Staats- oder Wirtschaftsgefüge tatsächlich hat, insbesondere ob er für eine Behörde bzw. staatliche Stelle oder für ein staatliches oder privates Unternehmen tätig ist. Erst recht kann nicht ohne Analyse des ausländischen Rechts beurteilt werden, ob eine vom Bestochenen wahrgenommene Aufgabe als öffentliche zu beurteilen oder als erwerbswirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren ist. Letztlich sieht der Verf. jeden als Amtsträger, der bei einer staatlich kontrollierten Stelle, Einrichtung oder Unternehmen tätig ist, sofern die Aufgabe nicht ausschließlich in einer erwerbswirtschaftlichen (fiskalischen) Tätigkeit besteht, bei der die staatliche Stelle oder Einrichtung im Wettbewerb mit privaten Unternehmen steht. Dass hierbei noch erheblich mehr Schwierigkeiten in der Bestimmung der Amtsträgerstellung bestehen als im nationalen Recht, sieht der Verf. als eines der großen Probleme der Norm an. Da eine Definition des Amtsträgers im OECD-Übereinkommen nicht erfolgt ist und die Commentaries keinen rechtlich wirksamen Charakter haben, untersucht der Verf., ob die deutsche Strafnorm dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG gerecht wird. Insoweit kommt Horrer zu dem Schluss, dass wegen der sehr unbestimmten Tatbestandsfassung der Rechtsunterworfenen kaum hinreichend sicher beurteilen könne, ob im konkreten Fall eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Sinne des IntBestG vorliege. Der Verf. vertritt zwar die Auffassung, das IntBestG sei „schwerlich als geglückt“ zu bezeichnen, bleibt aber eine klare Antwort darauf schuldig, ob er nun einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz annimmt oder nicht. Darüber hinaus diskutiert der Verfasser einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot deshalb, weil die Strafbarkeit der Bestechung ausländischer Amtsträger im Nebenstrafrecht verankert, dieses dem Rechtsunterworfenen aber nur im geringen Umfang bekannt sei und dieser bei einem Blick in das ihm bekannte StGB aufgrund der Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB und seiner ausdrücklichen Bezugnahme auf Amtsträger nach deutschem Recht davon ausgehen könne, Korruptionsdelikte gegenüber ausländischen Amtsträgern seien in Deutschland nicht strafbar. Um ein Problem der Bestimmtheit der Norm dürfte es sich hierbei jedoch nicht handeln, sondern allenfalls um ein Problem des Verbotsirrtums. Auch hier verzichtet der Verfasser letztlich auf eine eigene abschließende Bewertung und belässt es bei der Feststellung, es bestünden erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.

Ausgiebig diskutiert der Verf. die Strafbarkeit der Zahlung von facilitation payments. Diese hält der Verf. dann für zulässig, wenn der Bestechende einen Anspruch auf die Vornahme der begehrten Diensthandlung hat (S. 181f.). Der Unterschied zu der Auffassung, dass eine Zulässigkeit nur dann besteht, wenn eine pflichtgemäße Diensthandlung erstrebt wird, ist eher terminologischer als inhaltlicher Natur. Darüber

<sup>1</sup> Vgl. dazu zuletzt Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, 2013; ders. (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014 (im Erscheinen).

<sup>2</sup> Pelz, WM 2000, 1566 (1571).

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07 = NStZ 2009, 95 (99).

hinausgehend will *Horror* facilitation payments aber auch dann für zulässig erachten, wenn durch eine im Amtsträgerstaat möglicherweise rechtmäßige Nichtbearbeitung oder Entscheidungsverweigerung eine erpressungsähnliche Situation bestehe (wobei der *Verf.* eine Erpressung im eigentlichen Sinne, d.h. die Schmiergeldforderung durch den Amtsträger, gerade nicht verlangt) und der Bestechende nur die Vornahme einer Diensthandlung als solche herbeiführen, nicht aber auf deren Inhalt Einfluss nehmen will.

Im Einklang mit der ganz herrschenden Meinung geht der *Verf.* davon aus, dass sich die Pflichtmäßigkeit oder Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung nach dem maßgeblichen ausländischen Recht richtet. Problematisch sei jedoch die Anwendbarkeit des § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB auf Auslandssachverhalte, wonach bei im Ermessen des Amtsträgers stehenden Diensthandlungen eine Pflichtwidrigkeit schon dann anzunehmen ist, wenn die Vorteilszuwendung Einfluss auf die Ermessensausübung haben soll, mag auch das Entscheidungsergebnis nicht zu beanstanden sein. Hierbei sieht der *Verf.* eine Verletzung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit der ausländischen Rechtsordnung für die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit. § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB sei in Bezug auf die Auslandskorruption systemwidrig. Seiner Meinung nach könne die Vorschrift nur dann Anwendung finden, wenn das jeweilige ausländische Recht vergleichbare Grundsätze über die Ermessensausübung und den Ermessensfehlgebrauch kenne wie das deutsche (S. 198 f.). Sei dies nicht der Fall, insbesondere wenn das ausländische Recht keine Entscheidungsregelungen bei Ermessensspielräumen kenne, dürfe über die Vorschrift des § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB nicht eine Strafbarkeit begründet werden, obwohl nach ausländischem Recht kein rechtswidriges Verhalten vorliege.

Für die Frage, ob ein Handeln im internationalen geschäftlichen Verkehr vorliegt, lehnt der *Verf.* die Meinungen ab, dass bereits eine bloße kapitalmäßige Verflechtung in Konzernkonstellationen (Mutter-/Tochtergesellschaft) zu einem derartigen internationalen Bezug führe und meint, dies sei weder durch verfassungskonforme Auslegung des Wortlauts noch durch die Gesetzssystematik begründbar (S. 207). Vielmehr möchte *Horror* danach differenzieren, wem der unmittelbare Vorteil aus einer Korruptionstat zu Gute kommt. Ist dies bei der Mutter nicht oder nur in geringem Maße der Fall (wofür bloße Gewinnausschüttungen nicht genügen), fehlt es an einem internationalen Bezug, anders aber, wenn die Mutter einen größeren Nutzen an der Korruptionstat hat (S. 209). Die Abgrenzungskriterien, wann ein geringeres oder größeres Maß des Nutzens vorliegen soll, bleiben jedoch im Dunkeln. Nach Ansicht von *Horror* würde bei einer Fallkonstellation, bei der eine russische Tochtergesellschaft einer deutschen Muttergesellschaft einen russischen Amtsträger besticht, das IntBestG nicht Anwendung finden, wenn der Nutzen der deutschen Muttergesellschaft lediglich in der Dividendenausschüttung der russischen Tochtergesellschaft besteht. Hat die deutsche Mutter jedoch einen darüber hinausgehenden „Nutzen“, beispielsweise weil die russische Tochtergesellschaft Produkte oder Komponenten zukaufte, sei der Anwendungsbereich des IntBestG wieder eröffnet. Schon aus grundsätzlichen Erwägungen heraus kann das Ausmaß

eines Nutzens kein sachgerechtes Kriterium für oder gegen die Anwendbarkeit des IntBestG sein. Nimmt man an, die russische Gesellschaft habe keinen ausländischen Gesellschafter, bezieht aber wesentliche Komponenten der zu verkaufenden Güter aus dem Ausland, hätten auch die ausländischen Zulieferer aus dem Erfolg der Bestechung einen größeren Nutzen mit der Folge, dass dann nahezu jeder Korruptionsfall zu einer internationalen Bestechung würde.

Als unbilligen Vorteil sieht der *Verf.* alles, worauf der Zuwendende keinen rechtlich begründenden Anspruch hat und was den Zuwendenden gegenüber mit Wettbewerbern besser stellt oder ihm eine Position verschafft, die andere Konkurrenten nicht haben. Der *Verf.* geht davon aus, dass immaterielle Vorteile aufgrund des fehlenden Bezugs zu einem internationalen geschäftlichen Verkehr ausscheiden, so dass allenfalls der Zugang zu Entscheidungsträgern (Audienzen) als immaterieller Vorteil übrig bliebe. Beurteilungsmaßstab für die Frage, ob ein unbilliger Vorteil gegenüber Wettbewerbern vorliegt, soll nach Auffassung des *Verf.* nicht die jeweils spezifische Konkurrenzsituation im Amtsträgerstaat bzw. um den zu erlangenden Auftrag sein. Selbst wenn der Bestechende eine Monopolstellung habe oder sich Konkurrenten nicht um einen bestimmten Auftrag beworben haben, würde dies der Anwendung des IntBestG nicht entgegenstehen (S. 215). Es reiche aus, wenn der Bestechende irgendeinen Nutzen im Wettbewerb auf globaler Ebene habe (S. 216). Diese Auffassung führt zu einem weiten Anwendungsbereich des IntBestG. Da heute nahezu jeder kleine Mittelständler in irgendeinem Umfang im Ausland geschäftlich aktiv ist, dürfte nahezu immer ein Auslandsbezug vorliegen. Da Voraussetzung einer Strafbarkeit aber die Erlangung oder Sicherung eines Vorteils in internationalen geschäftlichen Verkehr ist, muss zumindest irgendeine Besserstellung vorliegen, d.h. der durch Bestechung erzielte Vorteil muss irgendeine globale Wirkung entfalten. Gerade bei Großunternehmen dürfte die Erlangung einzelner Aufträge durch korruptive Mittel aber keine messbare Auswirkung auf die globale Wettbewerbsposition haben, so dass dann konsequenterweise gerade in den Fällen eine Strafbarkeit verneint werden müsste, die nach dem Willen des Gesetzgebers verfolgbar sein sollen.

Für die Abgeordnetenbestechung legt der *Verf.* dar, dass nach dem Wortlaut des Art. 2 § 2 IntBestG eine Unrechtsvereinbarung jede Handlung oder Unterlassen eines Mandatsträgers erfasst, die im Zusammenhang mit der Ausübung des Mandats steht und bei der die Stellung des Abgeordneten innerhalb oder außerhalb seines im übertragenen Wirkungskreis betroffen ist. Da aber normale Lobbyarbeit weiter straflos sein soll, will der *Verf.* strafbares von erlaubtem Handeln danach abgrenzen, ob der Zuwendende Gruppeninteressen oder individuelle Einzelinteressen durchsetzen will, die ihm gegenüber Wettbewerbern eine vorteilhafte Sonderrechtsstellung verschaffen (S. 220). *Horror* stellt zwar fest, dass eine derartige Abgrenzung sehr schwierig sei, auf einen weitergehenden Klarstellungsversuch verzichtet der *Autor* aber.

Zu Recht weist *Horror* darauf hin, dass es problematisch ist, für einen Vorteil großen Ausmaßes nach § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB auf deutsche Wertmaßstäbe abzustellen, da die wirtschaftlichen Verhältnisse in ausländischen Staaten oft

mals gänzlich andere sein werden. Dass allerdings übliche Schmiergeldzahlungen im Ausland für die Bemessung des großen Ausmaßes außer Betracht bleiben sollen (S. 225), vermag wenig zu überzeugen, bezweckt das Gesetz gerade bei Staaten mit endemischer Korruption und fehlender Strafverfolgung eine Änderung dadurch zu erreichen, dass der Zuwendungsgeber strafrechtlich verfolgt wird.

Unklar bleibt der *Verf.* auch bei der Frage, was geschütztes Rechtsgut des IntBestG ist. Einerseits sagt er, ein Schutz der Lauterkeit der Verwaltung ausländischer Staaten könne nicht angenommen werden (S. 230). An anderer Stelle führt er aus, das Schutzgut des IntBestG gehe über die Schutzgüter der Bestechungsdelikte nach dem StGB hinaus und erweitere diese auf die Freiheit und Lauterkeit des internationalen Wettbewerbs (S. 232), während er an anderer Stelle als Schutzgut ausschließlich den freien internationalen Wettbewerb sieht (S. 250). Zudem hegt der *Verf.* erhebliche Zweifel daran, ob es überhaupt ein Universal- oder Individualrechtsgut des internationalen Wettbewerbs geben kann (S. 234 ff.). So sei ein gemeinsames Interesse der Staatengemeinschaft an der Lauterkeit internationalen Wettbewerbs zweifelhaft, zudem könne jeder Staat aufgrund des Territorialitätsprinzips selbst den Umfang des Wettbewerbsschutzes bestimmen. Dabei lässt *Horner* außer Acht, dass es sehr wohl einen staatenübergreifenden common sense der Lauterkeitsvorstellungen gibt, wie sich in den verschiedenen Initiativen zur Eindämmung der Korruption durch die Vereinten Nationen, den Europarat oder andere regionale Staatenbündnisse zeigt.<sup>4</sup>

Im Hinblick auf die Ausländerstreckung der Bestechung im geschäftlichen Verkehr durch § 299 Abs. 3 StGB schließt sich der *Verf.* einer von *Haft/Schwoerer* vertretenen Mindermeinung<sup>5</sup> an, die davon ausgeht, der Wortlaut des Abs. 3 („Handlungen im ausländischen Wettbewerb“) führe lediglich zu einer Erweiterung des Handlungsortes, lasse aber als Schutzgut den Wettbewerb in Deutschland unberührt. Zudem fordert *Horner*, dass das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit bei § 7 Abs. 1 StGB entgegen der h.M. nicht schon dann erfüllt sei, wenn das tatsächliche Geschehen unter irgendeinem Gesichtspunkt strafbar sei, sondern es müsse auch ein der Art nach gleicher Strafgrund bestehen (S. 270). Zudem müsse eine Strafbarkeit im Ausland immer dann verneint werden, wenn Schmiergeldzahlungen dort sozialüblich seien (S. 271).

Im letzten Teil seiner Arbeit untersucht *Horner*, ob Strafrecht ein angemessenes Mittel zur Korruptionsbekämpfung ist. Er betont die Wichtigkeit, die Aufklärung und Prävention zukommt, auch Selbstregelung durch Compliance. Strafrecht dürfe nur ultima ratio sein. *Horner* sieht den Versuch, durch Strafbarkeit des Gebers ein im Ausland als sozialüblich eingestuftes Korruptionsniveau aufbrechen zu wollen, sehr kritisch und hält ihn für „Strafrechtsimperialismus“.

Insgesamt gibt die Arbeit von *Horner* einen Überblick über die Strafrechtsslage in Deutschland unter Auswertung

aller bis 2008 auf Deutsch erschienenen juristischen Literatur. Dass die Dissertation einen Bearbeitungsstand von Anfang 2008 hat, ist ein gewisses Manko, das allerdings deshalb nicht so schwer wiegt, weil gerade die wissenschaftliche Diskussion um die Rechtsprobleme des EUBestG und IntBestG keine wesentlichen Fortschritte gemacht hat. Durchgehend betont *Horner* die Sozialadäquanz von Korruption in vielen Staaten und schließt damit auf die Rechtmäßigkeit nach dem maßgeblichen ausländischen Recht. Diese Prämisse trifft aber nicht zu. Auch in Staaten mit endemischer Korruption gibt es Korruptionsstrafvorschriften, die z.T. noch deutlich weiter gehen als die deutschen. Korruption ist in vielen Staaten zwar allgegenwärtig, jedoch wird sie von der Bevölkerung dort meist als Übel angesehen und nicht etwa allgemein gebilligt. Hätte *Horner* dies in Erwägung gezogen, wäre möglicherweise manche Wertung von ihm anders ausgefallen.

*Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, Fachanwalt für Strafrecht und Fachanwalt für Steuerrecht, München*

<sup>4</sup> Zu den internationalen Initiativen vgl. *Androulakis*, Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung, 2007, S. 251 ff.

<sup>5</sup> *Haft/Schwoerer*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 367 (381 f.).

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

**Richard H. Steinberg** (Hrsg.), *Assessing the Legacy of the ICTY*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011, 316 S., € 125,-

**Bert Swart/Alexander Zahar/Göran Sluiter** (Hrsg.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, Oxford 2011, 584 S., £ 95,-

Nach dem Abschluss der Hauptverhandlungen in den derzeit noch anhängigen Verfahren wird der Internationale Jugoslawienstrafgerichtshof in Den Haag seine Tätigkeit beenden. Die gleichwohl fortbestehenden Aufgaben etwa im Rahmen der Strafvollstreckung, des Zeugenschutzes oder der Verwaltung der Archive werden dann in vollem Umfang von dem im Jahr 2010 eingerichteten Internationalen Residualmechanismus für die Ad hoc-Strafgerichtshöfe („United Nations Mechanism for International Criminal Tribunals“) übernommen werden, dessen für die Weiterführung der Aktivitäten des ICTY zuständige Abteilung mit Sitz in Den Haag bereits Anfang Juli 2013 ihre Arbeit aufgenommen hat. Kein falscher Zeitpunkt also, um – wie dies in den beiden vorzustellenden Werken geschieht – über das Vermächtnis des Jugoslawienstrafgerichtshofs nachzudenken.

Auf ganz praktische Weise geschieht dies in dem von *Richard H. Steinberg* herausgegebenen Sammelband „Assessing the Legacy of the ICTY“, der die Beiträge einer unter dem gleichen Titel im Jahr 2010 in Den Haag stattgefundenen Konferenz, an der über 350 „stakeholder“ – von Mitarbeitern des Gerichtshof über Regierungsvertreter aus dem ehemaligen Jugoslawien und Europa bis hin zu zahlreichen Vertretern der „Zivilgesellschaft“ – teilgenommen haben, zusammenfasst. Gegenstand dieser Tagung waren – dem schillernden Begriff der „legacy“ entsprechend – nicht nur Fragen der Organisation der fortbestehenden Aufgaben des Gerichtshofs, die sich mit der Einrichtung des Internationalen Residualmechanismus für die Ad hoc-Strafgerichtshöfe einstweilen erledigt haben, sondern naturgemäß auch solche nach den Folgen und Ergebnissen der Tätigkeit des Gerichtshofs sowie Fragen des zukünftigen Umgangs mit und im Hinblick auf diese Folgen.

Neben einem einleitenden und einem zusammenfassenden kurzen Schlusskapitel gliedert sich der Sammelband in sechs Abschnitte, die sich der Thematik aus jeweils unterschiedlichen Blickwinkeln nähern. Eher grundsätzliche Überlegungen enthält das 2. Kapitel „The ICTY Legacy Strategy and Legacy Projects: Views from the Tribunal and Other International Organizations“ mit Beiträgen u.a. von *Geoffrey Robertson*, *Patrick L. Robinson*, *Serge Brammertz* und *John Hocking*. Zahlreichen sich aus diesen Überlegungen ergebenden praktischen Fragen widmet sich das folgende Kapitel „Plans for the Long Term: The Residual Mechanism(s) and the ICTY Archives and Information Centers“. So schildert etwa *Konrad G. Buehler*, der Vorsitzende der im Jahr 2000 etablierten „Informal Working Group on International Tribunals“ des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, die Über-

legungen zur Einrichtung des Internationalen Residualmechanismus für die Ad hoc-Strafgerichtshöfe.

Mit dem „Vermächtnis“ des Jugoslawienstrafgerichtshofs in einem weiter verstandenen Sinn beschäftigen sich dagegen die übrigen Abschnitte des Bandes. So enthält das 4. Kapitel „Importance of the ICTY Legacy for Victims and Communities in the Former Yugoslavia“ vor allem Beiträge, die die Wirkung der Tätigkeit des Gerichtshofs in den Staaten des ehemaligen Jugoslawien und in den Augen der vom Konflikt betroffenen Opfer zum Gegenstand haben. Das folgende 5. Kapitel „Building the Capacity of National Legal Systems in the Region“ versammelt wie auch das folgende 6. Kapitel „National War Crimes Proceedings: View of Judges, Prosecutors, and Others in the Region“ vor allem Überlegungen zur Strafverfolgung durch nationale Gerichte, während das 7. Kapitel „The Way Forward“ Ausblicke in die Zukunft enthält.

Während die allermeisten der – in der Regel kurzen – Beiträge des Bandes sich darauf beschränken, Standpunkte zu formulieren, ohne diese vertieft zu begründen oder in den Kontext entsprechender – auch wissenschaftlicher – Diskussionszusammenhänge einzuordnen, liegt in dieser Schwäche zugleich der besondere Reiz des vorgestellten Buches. Denn es dürfte nur wenige Quellen geben, in denen die ganz unterschiedlichen – und mitunter inkompatiblen – Sichtweisen und Erwartungen der an der Internationalen Strafjustiz Beteiligten so unmittelbar zum Ausdruck kommen, wie hier. Besonders deutlich wird dies in den Beiträgen, in denen die Enttäuschung der Opfer der gewaltsamen Auseinandersetzungen im ehemaligen Jugoslawien über die Tätigkeit des Gerichtshofs zum Ausdruck kommt, während gerade die professionell beteiligten Akteure die Leistungen des Gerichtshofs nicht einen Moment in ein fahles Licht getaucht sehen möchten. Bestünde nicht ohnehin Anlass, die entsprechenden Debatten im Bereich der Praxis des Völkerstrafrechts anzugehen, böte jedenfalls der von *Steinberg* herausgegebene Sammelband Anlass, verstärkt über die Phänomene überzogener Erwartungen auf der einen und Betriebsblindheit auf der anderen Seite nachzudenken.

Als inspirierend könnten sich dabei etwa die Überlegungen in den ersten beiden Beiträgen in dem zweiten hier vorzustellenden Sammelband erweisen, der den Titel „The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“ trägt und von dem verstorbenen niederländischen Rechtswissenschaftler *Bert Swart* und seinen Kollegen *Alexander Zahar* und *Göran Sluiter* herausgegeben wurde. So entwickeln im ersten Beitrag dieses Bandes („Assessing the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Balancing International and Local Interests While Doing Justice“) *Kimi L. King* und *James D. Meernik* ein theoretisches Modell zur Beurteilung der Bedeutung („impact“) des Jugoslawienstrafgerichtshofs, bei dem sie die folgenden vier Bereiche unterscheiden: Functional and Institutional Development („Provide judicial infrastructure and demonstrate effectiveness of international legal mechanisms and institutions“), Law („Interpret, apply and develop international and humanitarian criminal law“), Attend to Stakeholders and Constituent Interests („Establish networks and

develop cooperative relationships with persons and groups affected by the work of the ICTY“) und schließlich Promote Deterrence and Facilitate Peace Building („Punish those most responsible and enhance the Tribunal’s legitimacy through developing mechanisms that support peaceful conflict resolution“). Aus einer Perspektive, die es gewohnt ist, die Aufgabe eines Strafgerichts in der fehlerfreien Anwendung des materiellen Rechts auf einen prozessordnungsgemäß festgestellten Sachverhalt zu sehen, erscheint die vorgeschlagene Prüfungsmatrix zugegeben einigermaßen fremd. Dennoch geben – wie der vergleichende Blick in den von *Steinberg* herausgegebene Sammelband bestätigt – die vier von *King* und *Meernik* unterschiedenen Bereiche die tatsächlich bestehenden Erwartungen an die Tätigkeit eines Strafgerichts angemessen wieder und erlauben damit zumindest eine nachvollziehbare Strukturierung entsprechender Überlegungen. Wenig plausibel erscheint dagegen nicht nur angesichts der teilweise massiven Kritik an der Strafzumessungspraxis des Jugoslawienstrafgerichtshofes, dass *King* und *Meernik* ausgerechnet die Strafzumessungsentscheidungen des Gerichtshofes als einheitlichen Maßstab auswählen, um die von ihnen unterschiedenen vier Bereiche weiter auszuloten.

Der Frage der Wirkung der Tätigkeit des Jugoslawienstrafgerichtshofes für die Wiederherstellung und Aufrechterhaltung von Frieden im ehemaligen Jugoslawien – und damit einer beschränkteren Fragestellung – geht der zweite Beitrag des Bandes („The Impact Question: The ICTY and the Restoration and Maintenance of Peace“) nach. *Janine Natalya Clark* stützt sich dabei im Unterschied zu *King* und *Meernik* auf eigene empirische Untersuchungen auf dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawien, bei der sie vor allem Betroffene und Opfer der gewaltsamen Konflikte befragte. Dabei konnte *Clark* zwar nur wenige Anhaltspunkte dafür finden, dass die Tätigkeit des Gerichtshofes in Den Haag tatsächlich zur Wiederherstellung und Aufrechterhaltung des Friedens beigetragen hat. Gleichwohl mahnt ihr Beitrag weitere Untersuchungen in der lange Zeit vernachlässigten Folgen-Forschung an.

Gerade vor dem Hintergrund der gerade auch in ihrer Methodik ganz unterschiedlichen Herangehensweisen von *King/Meernik* einer- und *Clark* andererseits fügt der Beitrag von *Eser* („Procedural Structure and Features of International Criminal Justice: Lessons from the ICTY“) der Debatte um das Vermächtnis der Tätigkeit des Jugoslawienstrafgerichtshofes eine wichtige Facette hinzu. Denn *Eser* überprüft die dem Völkerstrafrecht zugeschriebenen Ziele und Funktionen nicht im Hinblick auf deren externe – von den Bedingungen und Bedingtheiten strafgerichtlicher Tätigkeit gelöste – Wahrnehmung erfüllter oder weniger gut erfüllter Erwartungen, sondern als Maßstab für eine Beurteilung des Verfahrensrechts und der Verfahrenspraxis des Gerichtshofes selbst. Durch diese Engführung der Fragestellung gelingt es ihm die überkommene Perspektive, der zufolge die Aufgabe eines Strafgerichts in der Anwendung des materiellen Rechts auf einen prozessordnungsgemäß festgestellten Sachverhalt besteht, anschlussfähig zu machen an die Debatte um Ziele und Funktionen des Völkerstrafrechts und deren Erreichung: „Even though this chapter is focused on the procedural legacy of the ICTY, if it is to produce more than just an arbitrary selection

of procedural features, one must inquire first about the substantive ends that international criminal justice, and the ICTY in particular, is supposed to aspire to“.

Um die dem Völkerstrafrecht zugeschriebenen Ziele und Funktionen zu strukturieren schlägt *Eser* – im Anschluss an *Swart*<sup>1</sup> – vor, Ziele („aims“), Mittel („means“) und Methoden („modes“) im Hinblick auf das Kriminaljustizsystem als solches („macro level“) als auch im Hinblick auf das einzelne Verfahren („micro level“) zu unterscheiden. Die auf diese Weise gewonnene Kontrastfolie erlaubt es ihm, das Verfahrensrecht und Einzelheiten der Verfahrensgestaltung vor dem Jugoslawienstrafgerichtshof einer gründlichen Analyse zu unterziehen, die unterschiedliche Defizite deutlich machen. Auch wenn man dem *Autor* nicht in allen Details seiner Betrachtung folgt, wäre zu hoffen, dass seine Überlegungen auch in die aktuellen Bemühungen um eine Reform des Verfahrens vor dem Internationalen Strafgerichtshof<sup>2</sup> Eingang finden mögen. Damit zu rechnen ist freilich kaum, da die derzeitigen Aktivitäten erkennbar allein darauf abzielen, die Akzeptanz des Gerichtshofes innerhalb der Vertragsstaaten zu stärken. Nicht anders sind die im November 2013 beschlossenen Ausnahmen von der Anwesenheitspflicht<sup>3</sup> zu erklären, die in der Zusammenschau mit anderen bereits beschlossenen (z.B. weitere Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz<sup>4</sup>) oder in der Diskussion befindlichen (z.B. Fortsetzung der Hauptverhandlung auch bei Abwesenheit eines Richters<sup>5</sup>) Änderungen des Verfahrensrecht dazu führen, die Hauptverhandlung in ein semi-öffentliches Verwaltungsverfahren umzuwandeln. Dass ein solches Verfahren, bei dem – nimmt man das Recht des Beschuldigten, sich selbst zu verteidigen, ernst – an manchen Tagen nur noch der Vertreter der Anklagbehörde im Gerichtssaal anwesend sein wird, die an das Völkerstrafrecht gerichteten Erwartungen kaum zu erfüllen vermag, sollte unmittelbar einleuchten.

Die weiteren Beiträge des Sammelbandes hier ebenfalls in angemessener Weise zu umreißen, würde den Rahmen dieser

<sup>1</sup> *Swart*, in: *Sluiter/Vasiliev* (Hrsg.), *International Criminal Procedure: Towards a coherent body of law*, 2009, S. 93 ff.

<sup>2</sup> Siehe ICC-ASP/11/31/Add.1 („Study Group on Governance: Lessons learnt: First report of the Court to the Assembly of States Parties“) vom 23.10.2012, sowie ICC-ASP/12/37/Add.1 („Study Group on Governance – Working Group on Lessons Learnt: Second report of the Court to the Assembly of States Parties“) vom 31.10.2013.

<sup>3</sup> Resolution ICC-ASP/12/Res.7: Rule 134bis Rules of Procedure and Evidence (Presence through the use of video technology); Rule 134ter Rules of Procedure and Evidence (Excusal from presence at trial) und Rule 134quater Rules of Procedure and Evidence (Excusal from presence at trial due to extraordinary public duties).

<sup>4</sup> Siehe Resolution ICC-ASP/12/Res.7: Rule 68 Rules of Procedure and Evidence (Prior recorded testimony).

<sup>5</sup> Study Group on Governance – Cluster I: Expediting the Criminal Process – Working Group on Lessons Learnt: Recommendation on a proposal to introduce a rule 140bis to the Rules of Procedure and Evidence: Temporary Absence of a Judge.

kurzen Vorstellung sprengen. Daher muss an dieser Stelle die – vielleicht nicht ganz überraschende – Feststellung genügen, dass diese Beiträge natürlich keine erschöpfende und ausgewogene Sammlung und Darstellung des juristischen Vermächtnisses des Jugoslawienstraferichtshofes bilden, sondern allein Schlaglichter auf einzelne Themenbereiche setzen. Nicht zuletzt das aber macht sie zu einer mitunter stimulierenden Lektüre.

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.*

# Tagungsbericht: Anti-Corruption: the severity, causes and countermeasures of the global corruption

Das fünfte Forum zum Thema Kriminalität und Strafrecht im Zeitalter der Globalisierung vom 26.10.-28.10.2013 in Peking, China

Von Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. **Daphne Petry**, LL.M. (Canterbury), Osnabrück

„Tigers and flies“ – Der neue chinesische Parteichef *Xi Jinping* verkündete in seiner Regierungsrede zu Beginn seiner Amtszeit, dass er nicht nur gegen Fliegen, sondern auch gegen Tiger vorgehen wolle. Mit dieser Rede startete er eine große Anti-Korruptions-Kampagne der Kommunistischen Partei (KP), deren Parteiprogramm nun eine umfassende Korruptionsbekämpfung – auch in den eigenen Rängen – vorsieht. Im Fokus der Anti-Korruptions-Kampagne stehen nicht nur Beamte auf Lokalebene („flies“), sondern auch Beamte in höchsten Staats- und Parteiämtern („tigers“). Dass sich hinter diesem Programm nicht lediglich leere Worte befinden, hat sich spätestens durch die Einleitung polizeilicher Ermittlungen gegen *Ji Jianye*, den Bürgermeister von Nanjing, und die Verurteilung von *Bo Xilai*, den Parteichef in Chongqing, gezeigt. Diese nunmehr deutlichen Schritte der Regierung eines doch sehr korruptionsbelasteten Landes nahm das internationale Forum zum Thema Kriminalität und Strafrecht im Zeitalter der Globalisierung (IFCCLGE)<sup>1</sup> zum Anlass, das diesjährige Forum dem brisanten Thema der Korruption im Zeitalter der Globalisierung zu widmen.

Seit der Gründung des IFCCLGE im Oktober 2009 durch Prof. *Dr. Bingsong He* von der China University of Political Science and Law (Peking) unter Mitwirkung renommierter Fachvertreter anderer Länder, findet jährlich eine Tagung des Forums in Peking statt. Zu diesen Tagungen werden nicht nur Experten aus der Strafrechtswissenschaft und Praxis der Unterzeichnerstaaten<sup>2</sup>, sondern auch Fachvertreter anderer Länder sowie internationaler Organisationen eingeladen, um ihr Wissen über aktuelle sowie grundlegende internationale Strafrechtsprobleme auszutauschen und durch den internationalen wissenschaftlichen Diskurs gemeinsam Lösungskonzepte entwickeln zu können. Durch diese internationale Zusammenarbeit sollen Rechtsgrundsätze zum Schutz von Menschenrechten erarbeitet werden und die Bekämpfung internationaler und transnationaler Verbrechen gefördert und erleichtert werden.

2013 fand die nunmehr fünfte Tagung des auf zunächst zehn Jahre angelegten internationalen Forums in Peking vom 26. bis 28. Oktober statt. Nachdem das vierte Forum im Jahr 2012 thematisch an das zweite Forum aus dem Jahr 2010 anknüpfte und die dort von Prof. *Dr. Bingsong He* entwickelte Theorie zur Verteidigung der Menschenrechte aufgriff, befasste sich das fünfte Forum aufgrund der derzeitigen geradezu revolutionären Maßnahmen und Veränderungen innerhalb

der chinesischen Politik im Hinblick auf das Thema Korruption mit diesem aktuellen strafrechtlichen Problem der Korruption im Zeitalter der Globalisierung.<sup>3</sup>

An der Tagung nahmen insgesamt 196 Delegierte aus insgesamt 19 Ländern teil, unter anderem aus China, Taiwan, Russland, Frankreich, Deutschland, Japan, Spanien, Italien, USA, Brasilien und Argentinien sowie Vertretern internationaler Organisationen wie der Vereinten Nationen, Europol und der International Association on Crime Analysts. Die deutsche Delegation bestand dieses Jahr neben dem Delegationsleiter Prof. *Dr. Arndt Sinn* (Universität Osnabrück) aus folgenden Teilnehmern: Prof. *Dr. Susanne Beck* (Universität Hannover), Prof. *Dr. Georg Gesk* (Universität Hsuan Chuang, Taiwan), Prof. *Dr. Bernd Heinrich* (Humboldt-Universität zu Berlin), Prof. *Dr. Uwe Hellmann* (Universität Potsdam), Prof. *Dr. Bernhard Kretschmer* (Universität Bochum), Prof. *Dr. Jiuan-Yih Wu* (National University of Kaohsiung), Akad. Rätin *Dr. Liane Wörner* (Universität Gießen), *Dr. Pavel Golovnenkov*, Wiss. Mitarbeiterin *Daphne Petry* (Universität Osnabrück) und Wiss. Mitarbeiterin *Diana Stage* (Universität Potsdam).

Das dreitägige Forum wurde durch den Leiter des Forums Prof. *Dr. Bingsong He* eröffnet, der in seinem Beitrag „The seriousness, reasons and countermeasures of the global corruption“ zunächst versuchte, eine Definition von Korruption zu entwickeln, im Folgenden die Gefährlichkeit von Korruption darstellte, die möglichen Gründe für die Entstehung von Korruption erarbeitete sowie abschließend auf mögliche Gegenmaßnahmen einging, mit denen Korruption verhindert oder bekämpft werden könnte. Dieser Eröffnungsbeitrag bereitete die Basis für die „Anti-Korruptions-Tagung“, die sich durch die Beiträge der verschiedenen Delegationen vor allem mit den Entstehungsgründen von Korruption sowie effektiver Gegenmaßnahmen in Form von Prävention und Repression beschäftigte.

Im Anschluss an die Eröffnungsrede von Prof. *Dr. Bingsong He* folgte zunächst der Beitrag von *John Sandage*, ein Vertreter der Vereinten Nationen, der den Einfluss des Überkommens der Vereinten Nationen gegen Korruption auf die Verhinderung und Aufdeckung von Korruptionsstraftaten diskutierte, bevor die teilnehmenden Länder die Möglichkeit hatten, durch einen oder mehrere ihrer Delegierten zum Thema Korruption zu referieren. Die Beiträge behandelten unter anderem die Strafbarkeit von Korruptionstaten nach nationa-

<sup>1</sup> Für weitere Informationen zum International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE) siehe <http://www.ifcclge.com>.

<sup>2</sup> Bei den Unterzeichnerstaaten handelt es sich um China, Frankreich, Russland, Deutschland, Italien, USA, Japan, Spanien, Schweiz, Kanada, Brasilien, Südafrika und Argentinien.

<sup>3</sup> Zum ersten Forum im Jahr 2009 *Sinn/Zöllner*, GA 2010, 44, und *Mavany*, Kriminalistik 2010, 254; zum zweiten Forum im Jahr 2010 *Sinn*, GA 2011, 110; *Pintaske*, ZIS 2011, 272; zum dritten Forum im Jahr 2011 *Sinn/Safferling*, German Law Journal 13 (2012), 1013; *Ihwas*, ZIS 2012, 44, und zum vierten Forum im Jahr 2012 *Petzsch*, ZIS 2013, 170.

lem Recht, internationale Abkommen zur Korruption, allgemeine Entstehungsgründe (aus rechtlicher, sozialer und anthropologischer Sicht) von Korruption und mögliche nationale oder internationale Gegenmaßnahmen zur Bekämpfung von Korruption. Dabei zeigten sich auch bei Ländern mit ähnlichen historischen und kulturellen Hintergründen einige Unterschiede in diesen Bereichen. Diese bestehen nicht nur bei den gesetzlichen Regelungen und dem Strafmaß, sondern auch bei den Präventions- und Repressionsmaßnahmen wie bspw. dem sog. „whistleblowing“, was in vielen Ländern als eine der wichtigsten Korruptionsbekämpfungsmaßnahmen – insbesondere im Privatrechtssektor – angesehen wird und deshalb mitunter sogar durch finanzielle Anreize wie Geldprämien (so z.B. in den USA) gefördert wird, in Deutschland aber aufgrund der historischen Vergangenheit – zumindest noch – zurückhaltend angewendet wird.

Neben den Unterschieden, stellten sich im Verlauf der Tagung aber auch Gemeinsamkeiten heraus: Unabhängig von kulturellen und historischen Hintergründen ist das Thema der Korruptionsbekämpfung in den Fokus der verschiedenen Gesellschaften gerückt. In den letzten Jahren haben sich nicht nur in westlichen, von der freien Marktwirtschaft geprägten Ländern, sondern auch in kommunistisch geprägten Ländern, wie bspw. China, die nationalen Maßnahmen zum Schutz vor Korruption verschärft und ähnliche Regulierungsmechanismen etabliert. In den Ländern aller teilnehmenden Delegationen ist Korruption im öffentlichen wie im privaten Sektor strafbar und im Privatsektor wird insbesondere größeren Unternehmen zur Einrichtung von Compliance-Systemen geraten, in Russland ist eine solche sogar Pflicht.

Die Vorträge der südamerikanischen Delegationen, wie Brasilien und Argentinien, wiesen vor allem darauf hin, dass Korruption nicht nur mit der Staatsform, sondern auch mit dem sozioökonomischen Level und dem Bildungsstand des Landes zusammenhängt, wohingegen eine Verknüpfung zwischen dem Eingreifen des Strafrechts bzw. der Härte strafrechtlicher Sanktionen und dem Korruptionsaufkommen nicht hergestellt werden konnte.

Für die deutsche Delegation sprachen stellvertretend Prof. Dr. Bernd Heinrich, Prof. Dr. Uwe Hellmann und Prof. Dr. Susanne Beck. Der Vortrag von Prof. Dr. Bernd Heinrich „The Prosecution of Corruption under the Rule of Law“ widmete sich der Korruption im öffentlichen Sektor, die im Gegensatz zur Korruption im Gesellschaftsverkehr nicht nur immensen wirtschaftlichen Schaden anrichtet, sondern auch gegen das Rechtsstaatsprinzip verstößt. Im Anschluss daran zeigte Prof. Dr. Uwe Hellmann in seinem Beitrag „Corruption in the Private Sector“ die Möglichkeiten und Gründe für eine Strafbarkeit von Korruption im gesellschaftlichen Verkehr auf, bevor Prof. Dr. Susanne Beck in ihrem Vortrag „Confiscation in Case of Corruption Offences“ auf die Problematik des Verfalls und der Einziehung bei Korruptionsstraf-taten einging.

Trotz der Unterschiede bei den einzelnen gesetzlichen Regelungen und bei der Schwerpunktsetzung im Hinblick auf die Bekämpfung von Korruption, zeichnete sich in den Vorträgen eine Übereinstimmung dahingehend ab, dass die transnationale Zusammenarbeit gerade im Zeitalter der Globalisie-

rung von entscheidender Bedeutung zur effektiven Bekämpfung von Korruption ist.

Nach den Beiträgen aller teilnehmenden Staaten wurden am letzten Tag des Forums die gewonnen Erkenntnisse zusammengefasst und über eine gemeinsame Resolution diskutiert. Der konkrete Inhalt der Resolution wurde am 29.10.2013 anlässlich der Sitzung der Generaldirektoren und der Delegationsleiter festgehalten. Die gemeinsame Erklärung aller Delegierten stellt heraus, dass es aufgrund der unterschiedlichen kulturellen Rahmenbedingungen schwierig ist, das Phänomen Korruption rechtlich zu definieren. Der Schwerpunkt wurde deshalb bei den Entstehungsgründen und der gemeinsamen Bekämpfung gesetzt. Es wurde herausgearbeitet, dass Korruption nicht nur ein Produkt historischer Entwicklung ist, sondern auch von politischen und wirtschaftlichen Faktoren abhängig sein kann, insbesondere wurde eine Verbindung zwischen Korruption und Demokratie in der Form umgekehrter Proportionalität hergestellt. Es bestand zwar Übereinstimmung darin, dass prinzipiell auch der Markt Korruption fördern kann, auf ein zwingendes Verhältnis zwischen Korruption und einer marktwertorientierter Politik konnte sich jedoch nicht geeinigt werden, da Korruption nicht nur in marktwertorientierten, sondern in den verschiedensten Gesellschaftssystemen auftritt. In der Diskussion wurde ausgiebig darüber gesprochen, wann aus rechtlicher Sicht Korruptionstaten zu bestrafen sind. Insbesondere im Hinblick auf den ultima-ratio-Gedanken des Strafrechts sollten Korruptionstaten erst dann unter Strafe gestellt werden, wenn sie einen Missbrauch von Macht darstellen. Betont wurde weiterhin die Wichtigkeit des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Korruption für die internationale Zusammenarbeit und die Bekämpfung von Korruptionsstraf-taten. Als Ergebnis des fünften Forums wurde festgehalten, dass mithilfe der VN-Konvention ein effizientes wissenschaftliches Rechtssystem zur Prävention und Kontrolle von Korruption auf nationaler und internationaler Ebene aufgebaut und die internationale Zusammenarbeit gefördert werden soll.