

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

- Insiderstrafrecht und Bestimmtheitsgebot – eine Polemik**
Von Prof. Dr. Horst Hammen, Gießen 303
- Ehrenmorde im deutschen Strafrecht**
Von Privatdozent Dr. Luís Greco, München/Augsburg 309
- Der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung, § 226a StGB: Wirkungen und Nebenwirkungen**
Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Georgios Sotiriadis, LL.M., Bremen 320
- Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts**
Von Privatdozent Dr. Benno Zabel, Leipzig 340
- Europarechtliche Bezüge des Kinder- und Jugendpornographiestrafrechts**
Zum unionsrechtlichen Hintergrund aktueller Auslegungsfragen der §§ 184b, 184c StGB
Von Wiss. Mitarbeiter Berthold H. Hausteiner, Würzburg 348
- Staatliche Opferentschädigung auf dem Prüfstand**
Entschädigungsanspruch und Entschädigungspraxis
Von Jun.-Prof. Dr. Tillmann Bartsch, Tübingen,
Prof. Dr. Dr. Hauke Brettel, Marburg, Katharina Blauert,
Hannover, Dr. Deborah F. Hellmann, Hannover 353

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

- BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13**
(Untreue bei Inkassovollmacht eines Versicherungsmaklers)
(Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner, Gießen) 364

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

- Walter Gropp/Bahri Öztürk/Adem Sözüer/Liane Wörner**
(Hrsg.), Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, 2014
(Wiss. Mitarbeiter Dr. Erol Pohlreich, Berlin) 369
- Stephan Spehl/Thomas Gruetzner (Hrsg.), Corporate Internal Investigations, 2013**
(Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, München) 373
- Dorothea Prütting (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 3. Aufl. 2014**
(Leitender Ministerialrat Falk Schnabel, Münster) 375

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

Insiderstrafrecht und Bestimmtheitsgebot – Eine Polemik*

Von Prof. Dr. Horst Hammen, Gießen

„Es war einmal“ – so stand es vor längerer Zeit in der Börsen-Zeitung zu lesen¹ – „ein Europa, von dem gingen Menschenrechte und Demokratie aus. Die Bürger sollten [...] unter möglichst einfachen, allgemein gültigen Gesetzen“ „leben“. „Auch wer nicht Rechtswissenschaft studiert hatte, sollte erkennen können, was richtig und was falsch ist.“ Es gab einmal eine Zeit, da postulierten Straf- und Verfassungsrechtler Transparenz von Strafvorschriften und die Abkehr von alten Dogmen wie dem Sühnegedanken und dem Gedanken der Generalprävention. Entkriminalisierung war ein Schlagwort der letzten Jahrzehnte des vergangenen Jahrhunderts. Mindestens im Wirtschafts- und Kapitalmarktstrafrecht haben sich diese Entwicklungen mittlerweile in ihr Gegenteil verkehrt. Exemplarisch hierfür sind Ausführungen des Strafrichters am Bundesgerichtshof *Fischer*, Strafen gegen Bankmanager wirkten abschreckend auf andere potentielle Täter, denn sie führten zu sozialer Ausgrenzung und Stigmatisierung; für die Gesellschaft als Ganzes sei diese Abschreckungswirkung sehr wichtig.² *Fischer* befindet sich in illustrierender Gesellschaft. Auch die EU verlangt den Mitgliedstaaten „abschreckende“ Sanktionen gegen Insiderhandelsdelikte ab (Art. 14 Abs. 1 der Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6). In das allgemeine Stimmungsbild passt es auch, dass der britische Labour-Politiker *Livingstone* gefordert haben soll: „Hängt einen Banker pro Woche auf, bis sich die anderen gebessert haben“.³ Weit davon ist man in manchen Teilen der Welt nicht mehr. Das Insiderrecht ist dabei ein gutes Beispiel für die Rückwende strafrechtlicher Paradigmen. Kürzlich ist in den USA ein Rechtsanwalt, der über viele Jahre Insiderinformationen über Unternehmenszusammenschlüsse ausgenutzt und dabei immerhin 37 Mio. US-Dollar illegale Gewinne erzielt hatte, zu rekordverdächtigen zwölf Jahren Haft verurteilt worden.⁴ Für eine solche hohe Strafe muss man in Deutschland einen Angriffskrieg vorbereiten, Hochverrat begehen oder einen Menschen berauben, vergewaltigen oder töten.

Bevor berichtet werden kann, ob es in Deutschland ähnliche Grausamkeiten gibt, muss kurz geschildert werden, was es mit dem Insiderstrafrecht⁵ auf sich hat. Bestimmte Personengruppen – z.B. Manager oder Berater einer börsennotierten Gesellschaft – erfahren Umstände, die für die Bewertung der Gesellschaft bedeutsam sind – Unternehmensumstrukturierungen oder aber auch wichtige Personalentscheidungen – früher als das breite Anlegerpublikum. Lässt ein solcher Umstand – etwa ein erfreuliches Ereignis wie ein überraschend hoher Gewinn des Emittenten oder ein unerfreuliches Ereignis wie negativ verlaufene klinische Tests eines neuen Medi-

kaments⁶ – mit gewisser Wahrscheinlichkeit erwarten, dass bei Bekanntwerden dieses Umstands der Börsenkurs steigen oder fallen wird, kann ein Manager, der diesen Umstand kennt – wir nennen ihn dann Insider –, versucht sein, Aktien der Gesellschaft zu kaufen oder verkaufen, um sie dann, wenn das Bekanntwerden des Umstands den Börsenkurs hat steigen lassen, wieder zu veräußern und damit relativ risikolos einen Gewinn einzustreichen oder um Verluste zu vermeiden. Nachdem man in Deutschland solche Gewinne lange Zeit augenzwinkernd als zusätzliche Vergütung akzeptiert hatte,⁷ wuchs dann in Europa die Einsicht, dass Insidergeschäfte die Funktionsfähigkeit der organisierten Kapitalmärkte beeinträchtigen können, weil sie das Vertrauen der Anleger auf die Integrität der Märkte zerstören könnten.⁸ Deshalb ist Insiderhandel seit dem Jahre 1994 in Deutschland unter Strafe gestellt. In den USA können Insiderdelikte mit bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe bestraft werden.⁹

Ganz so weit wie im Insiderrecht der USA sind wir in Deutschland, wo bei Verstößen gegen das Insiderhandelsverbot eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren droht (§ 38 Abs. 1 WpHG), noch nicht. Mit der *Erkennbarkeit* von strafbarem Unrecht für den normalen Bürger – und darum soll es im Folgenden gehen – ist es im Kapitalmarktstrafrecht aber auch in Deutschland nicht weit her. Nehmen wir ein Beispiel, das in seinem ersten Teil der Phantasie der Kommentarliteratur entsprungen ist,¹⁰ in seinem zweiten Teil Gegenstand eines aufsehenerregenden Rechtsstreits war, der bis vor den Europäischen Gerichtshof gelangte.¹¹ Ein Barkeeper (B) hört mit, wie sich der Aufsichtsratsvorsitzende mit einem anderen Aufsichtsratsmitglied einer börsennotierten Aktiengesellschaft,¹² der Daimler AG, am Tresen der Bar darüber unterhält, dass – was noch nicht öffentlich bekannt ist – der Vorstandsvorsitzende dieser Gesellschaft, der seit vielen Monaten in der öffentlichen Kritik steht, ihm seine Absicht mitgeteilt habe, im Einvernehmen mit dem Aufsichtsrat vorzeitig aus seinem Amt ausscheiden zu wollen, dass aber ein Beschluss des Aufsichtsrats hierüber noch fehle. Hiervon berichtet B einem Freund (F), der sich anders als B mit Kapitalmarktgeschäften auskennt und der sofort Kaufoptionen auf Aktien dieser Gesellschaft anschafft. Ein irgendwie geartetes Unrechtsbewusstsein hat B dabei nicht. Er weiß zwar wie jeder von uns, dass man nicht töten, vergewaltigen, stehlen oder brandschatzen,

⁶ Im Juli 2008 soll in den USA ein Medizinprofessor solche Informationen an einen Hedgefonds weitergegeben haben, der aufgrund dieses Tipps 276 Mio. US-Dollar erwirtschaftet haben soll (FAZ v. 21.11.2012, S. 19).

⁷ Zu Versuchen, dies ökonomisch zu fundieren, vgl. *Villeda* (Fn. 5), S. 63 f.

⁸ *Assmann*, in: *Assmann/Schneider* (Hrsg.), *Wertpapierhandelsgesetz*, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Vor § 12 Rn. 42.

⁹ *Vogel*, in: *Assmann/Schneider* (Fn. 8), Vor § 38 Rn. 8.

¹⁰ *Hammen*, in: *Hellner/Steuer* (Hrsg.), *Bankrecht und Bankpraxis*, 88. Lfg., Stand: Oktober 2010, Rn. 7/705.

¹¹ BGH WM 2011, 14; EuGH WM 2012, 1807.

¹² Vgl. schon hier § 12 S. 1 Nr. 1 WpHG.

* Um die Fußnoten ergänzter Vortrag, gehalten bei der Deutsch-Koreanischen Juristischen Gesellschaft e.V.

¹ *Balling*, *Börsen-Zeitung* v. 23.8.2011, S. 8.

² *Börsen-Zeitung* v. 30.6.2012, S. 4.

³ Zit. nach *Jahn*, FAZ v. 26.9.2012, S. 19.

⁴ *Börsen-Zeitung* v. 6./7.6.2012, S. 16.

⁵ Einen guten Überblick über das gesamte Insiderrecht bietet z.B. *Villeda*, *Prävention und Repression im Insiderhandel*, 2010.

mit anderen Worten, dass man anderen kein Leid antun darf. Dass der Gesetzgeber aber auch ein überindividuelles Rechtsgut, nämlich die institutionelle Funktionsfähigkeit des organisierten Kapitalmarkts,¹³ durch Strafrecht schützen könnte, und das sogar, wenn dieses Schutzgut nicht einmal konkret beeinträchtigt, sondern lediglich abstrakt gefährdet wird,¹⁴ das kommt B nicht in den Sinn.

Nachdem er erfahren hat, dass sein Freund mit der Transaktion einen ordentlichen Gewinn eingefahren hat, wird es B nun doch mulmig und er beginnt mit Nachforschungen darüber, ob er sich strafbar gemacht haben könnte. Im Strafgesetzbuch findet er hierzu nichts. Selbst mancher juristisch Gebildete wäre wohl kaum auf den Gedanken gekommen, im Wertpapierhandelsgesetz nachzuschlagen. Dort aber, nämlich in § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, liest B nun, dass es „verboten“ ist, einem anderen eine Insiderinformation mitzuteilen. Etwas erleichtert lehnt sich B zurück, denn anders als in den Strafvorschriften des StGB steht in den Bestimmungen der §§ 12-14 WpHG über Strafe, gar über Freiheitsstrafe nichts. Nicht alles, was verboten ist, ist auch strafbar (vgl. z.B. § 1769 BGB)!

Als gegen ihn ein Ermittlungsverfahren wegen eines Insiderdelikts eingeleitet wird, erfährt er indes, dass es erhellend sein könnte, ganz am Ende des WpHG nachzusehen. Dort findet er in den endlosen Zahlenkolonnen der §§ 38, 39 WpHG eine Reihe von strafrechtlichen und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Blanketttatbeständen,¹⁵ die sich in den gängigen Gesetzessammlungen über fünf Seiten hinziehen. Nach einigem Suchen wird er hier fündig und liest mit Schrecken in § 38 Abs. 1 Nr. 1 WpHG, dass seinem Freund möglicherweise eine Freiheitsstrafe wegen Verstoßes gegen das Insiderhandelsverbot (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG) von bis zu fünf Jahren droht. Und nur wenig zu trösten vermag es ihn, als er nach emsigem Studium der Bestimmung in § 39 WpHG (Bußgeldvorschriften wegen ordnungswidrigen Handelns) erkennt, dass gegen ihn selbst wegen unbefugten Mitteilens einer Insiderinformation lediglich eine Geldbuße bis zu 200.000 Euro verhängt werden kann (§ 39 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4 WpHG). Deshalb blättert er nun wieder zurück, um zu erfahren, ob das, was er F unbestreitbar mitgeteilt hat, eine Insiderinformation gewesen ist.

Eine Insiderinformation ist, so liest er in § 13 Abs. 1 S. 1 WpHG, – verkürzt gesagt – eine konkrete Information über nicht öffentlich bekannte Umstände, die sich auf einen Emittenten von Insiderpapieren beziehen und die geeignet sind, im Falle ihres Bekanntwerdens den Börsenpreis der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen. B ist zunächst beruhigt. Denn die Optionen, die F gehandelt hat, sind im Wortsinne keine „Papiere“ sondern etwas Unverbrieftes. Dann aber fragt er sich, ob der Begriff des Insiderpapiers vielleicht auch die Aktien der Daimler AG meinen könnte. Deshalb wirft er einen Blick in die § 13 WpHG benachbarte Bestimmung des

§ 12 WpHG und wird sogleich wieder unsicher. Denn in § 12 WpHG werden die Wertpapiere als Finanzinstrumente definiert. Hierunter kann sich B noch weniger vorstellen als unter einem Insiderpapier. Da er aber gelernt hat, dass man, will man den Insidertraftatbestand richtig verstehen, nicht nur in der Mitte des Wertpapierhandelsgesetzes (§§ 12 f. WpHG), sondern auch an seinem Ende, nämlich in §§ 38, 39 WpHG recherchieren muss, denkt er sich, es könne vielleicht nicht schaden, am anderen Ende des WpHG weiter zu forschen. Und in der Tat findet er dort die Regelung in § 2 WpHG, die mit „Begriffsbestimmungen“ überschrieben ist. Nachdem er den Schock darüber überwunden hat, dass diese Vorschrift in den gängigen Gesetzessammlungen wieder fünf Seiten einnimmt, und als er ungefähr auf der Mitte der zweiten Seite angekommen ist, stößt er in § 2 Abs. 2b WpHG auf eine Definition des Begriffs des Finanzinstruments. Die Lektüre dieses Absatzes bereitet ihm gewisse Schwierigkeiten, weil der Gesetzgeber für diese Definition einen Satz mit rund 130 Wörtern geformt hat. Nachdem er diesen Satz grammatikalisch verdaut hat, folgt er dem Verweis auf die Wertpapiere in § 2 Abs. 1 WpHG, wo er in Satz 1 Nr. 1 die Aktien findet.

Nun gut, denkt er sich, wenn es mich treffen sollte, dann aber wenigstens nicht F, denn der hat ja keine Aktien, sondern Optionen hierauf gehandelt. Dann kommt ihm dieses Ergebnis indes nicht geheuer vor. Könnte F das Verbot, mit börsennotierten Aktien Insiderhandel zu betreiben, dadurch umgehen, dass er statt dieser Aktien Optionen hierauf handelt, wäre das Insiderhandelsverbot überwiegend wirkungslos.¹⁶ Deshalb vertieft sich B noch einmal in die Lektüre der Definition des Finanzinstruments. Obgleich diese Definition, wie wir gesehen haben, üppig ausgefallen ist, kann B in diesem Monstrum den Begriff der Option nicht finden. Da ihm der Laienverstand sagt, das, was F gehandelt habe, sei weder eines der in § 2 Abs. 2b WpHG aufgelisteten Wertpapiere noch eines der dort ebenfalls aufgeführten Geldmarktinstrumente (vgl. § 2 Abs. 1a WpHG) oder eine Namensschuldverschreibung, beschleicht ihn der Verdacht, jene Optionen könnten zu den schließlich dort auch noch genannten Derivaten gehören. Zwar hat er nicht die geringste Vorstellung davon, was ein Derivat sein könnte, aber in dem umfangreichen Text von § 2 WpHG findet er nach einigem Suchen auch hierzu etwas und erfährt, dass der Begriff des Derivats denjenigen des Optionsgeschäfts auf Wertpapiere (z.B. Aktien, § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG) mit einschließt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) WpHG). Jetzt realisiert er, dass auch F seinen vermeintlich guten Deal noch einmal bereuen könnte (§§ 12 S. 1 Nr. 3, 14 Abs. 1 Nr. 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 WpHG).

B ist nun klar, dass sich das, was er erlauscht hat, auf einen Emittenten eines Insiderpapiers bezieht. Als man ihm sagt, dass auch eine überraschende Demission des Vorstandsvorsitzenden einer börsennotierten Aktiengesellschaft eine Insiderinformation sein kann,¹⁷ meint er aber, das könne ihm nicht zum Nachteil gereichen; denn was er da erfahren habe, seien „ungelegte Eier“, allenfalls so etwas wie ein Gerücht,

¹³ In nicht börsennotierten und nicht freiverkehrsgedhandelten Finanzinstrumenten (vgl. aber § 12 S. 1 Nr. 3 WpHG) ist Insiderhandel ohne weiteres zulässig.

¹⁴ Vogel (Fn. 9), Vor § 38 Rn. 18 ff.

¹⁵ Vogel (Fn. 9), Vor § 38 Rn. 22.

¹⁶ Vgl. Assmann (Fn. 8), § 12 Rn. 12.

¹⁷ BaFin, Emittentenleitfaden 2009, S. 62; Assmann (Fn. 8), § 13 Rn. 68 f.

keineswegs aber eine „konkrete“ Information gewesen, wie es § 13 Abs. 1 S. 1 WpHG indes fordere. Hierfür verweist er auf die Rechtsprechung des BGH, wonach die Bestellung eines Vorstandsmitglieds bei einem beabsichtigten einverständlichen Ausscheiden aus dem Amt so lange Bestand hat, bis der Aufsichtsrat über das Ausscheiden durch Beschluss befunden hat.¹⁸ So einfach sei das nicht, wird ihm bedeutet. Vielmehr gebe es in der Fachliteratur seit Jahren einen Streit darüber, ob bei „mehrstufigen, zeitlich gestreckten Entscheidungsprozessen“, bei denen über mehrere Zwischenschritte ein bestimmter zukünftiger Umstand – z.B. eine Übernahme, eine Fusion oder das einverständliche Ausscheiden eines Vorstandsvorsitzenden – verwirklicht werden soll, nur darauf abzustellen ist, ob dieser künftige Umstand eine konkrete Information ist (vgl. § 13 Abs. 1 S. 3 WpHG), oder ob auch bereits eingetretene Zwischenschritte – z.B. ein vorbereitendes Gespräch oder ein Vorstandsbeschluss –, die auf den künftigen Umstand hinführen, für sich betrachtet solche Informationen bilden können.¹⁹

Was denn der BGH dazu meine, fragt B, das sei doch schließlich ausschlaggebend. Nun ja, wird ihm erklärt, der zuständige Strafsenat des BGH sei zwar die höchste Instanz²⁰ in (Insider-)Strafsachen; ganz ohne fremde Hilfe könne er zu § 13 WpHG freilich nicht judizieren. Der Begriff der konkreten Information in dieser Vorschrift sei nämlich in Umsetzung des Begriffs der „präzisen Information“ in Art. 1 Nr. 1 der Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG und Art. 1 Abs. 1 der Durchführungsrichtlinie 2003/124/EG²¹ geschaffen worden, weshalb der BGH soweit wie möglich im Wege richtlinienkonformer Auslegung dafür zu sorgen habe, dass der Begriff der konkreten Information in § 13 WpHG den Mindestanforderungen desjenigen der präzisen Information inhaltlich entspreche.

B fragt sich, ob der deutsche Gesetzgeber einen besonderen Plan verfolgt hat, als er den Begriff der „präzisen“ Information durch denjenigen der „konkreten“ Information ersetzt und damit zusätzlichen Interpretationsbedarf geschaffen hat; wir können ihn beruhigen, das ist nicht der Fall gewesen.²² Und er findet es bemerkenswert, dass er sich die Tatbestandsmerkmale eines Insiderdelikts nun auch noch im Amtsblatt der Europäischen Union zusammensuchen soll. Freilich sei der BGH – so wird B dann weiter belehrt – nicht dazu berufen, über Unklarheiten bei der Auslegung des Begriffs der „präzisen Information“ zu befinden. Das sei vielmehr gemäß

Art. 267 Abs. 1 lit. b des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) Sache des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Deshalb habe der BGH, wozu er nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet gewesen sei, das Problem der zeitlich gestreckten Vorgänge dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.²³ Hierauf habe der EuGH entschieden, dass auch Zwischenschritte eines zeitlich gestreckten Vorgangs eine präzise Information darstellen könnten und zwar nicht nur bereits eingetretene Zwischenschritte, sondern auch solche, bei denen man mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen könne, dass sie in Zukunft eintreten würden.²⁴

Nun ist der EuGH zwar dazu berufen, das sekundäre Unionsrecht auszulegen, nicht aber, über die Anwendung des so gefundenen europäischen Rechts auf den zur Entscheidung anstehenden Fall zu befinden. Dieses ist vielmehr Sache des vorlegenden nationalen Gerichts. In seiner abschließenden Entscheidung hat der BGH festgestellt, bei einem zeitlich gestreckten Vorgang könne jeder Zwischenschritt, also auch die Vorgänge um den Vorstandsvorsitzenden der Daimler AG, eine präzise bzw. eine konkrete Information über einen bereits eingetretenen Umstand sein.²⁵ Dem ist zuzustimmen, weil anderenfalls Unternehmensinsider Informationen über solche Zwischenschritte entgegen der Intention der Marktmissbrauchsrichtlinie, die Anleger vor der unrechtmäßigen Verwendung von Insiderinformationen zu schützen,²⁶ straflos ausnutzen dürften.²⁷

Da B nun erkennt, dass sich die Schlinge um seinen Hals immer mehr zuzieht, stürzt er sich noch einmal auf die Lektüre des § 13 WpHG. Eine Information sei, so steht es dort, nur dann eine Insiderinformation, wenn sie kurserheblich sei. Sofort rätselt B darüber, ob die Erheblichkeitsschwelle für Kursbewegungen von Finanzinstrumenten nach objektiven Maßstäben bei 1,5 %, bei 5 % oder bei 10 % liegen mag. Solche Überlegungen sind früher einmal durchaus relevant gewesen.²⁸ Seit dem Erlass des Anlegerschutzverbesserungsgesetzes im Jahre 2004 enthält indes das Insiderrecht einen gesetzlich geregelten subjektiven Ansatz, wonach eine Eignung einer Information zu einer erheblichen Kursbeeinflussung gegeben ist, wenn ein verständiger Anleger die Information bei seiner Anlageentscheidung berücksichtigen würde (§ 13 Abs. 1 S. 2 WpHG). Was aber ein verständiger Anleger ist und unter welchen Umständen ein verständiger Anleger eine Information in seine Anlageentscheidung einbeziehen würde, darüber erfährt B aus § 13 WpHG nichts.

¹⁸ BGHZ 79, 38 (43).

¹⁹ Vgl. die Vorlagefrage in BGH, Beschl. v. 22.11.2010 – II ZB 7/09 = WM 2011, 14; vgl. ferner Assmann (Fn. 8), § 13 Rn. 28 ff. m.w.N.

²⁰ Bei Ordnungswidrigkeiten entscheidet freilich letztinstanzlich das Oberlandesgericht (vgl. Schröder, in: Schäfer/Hamann [Hrsg.], Kapitalmarktgesetze, Kommentar, 2. Aufl., 3. Lfg., Stand: Januar 2008, WpHG § 40 Rn. 18). Vgl. unten Fn. 23.

²¹ Beide Richtlinien sind abgedruckt bei Kümpel/Hammen/Ekkenga, Kapitalmarktrecht, Handbuch für die Praxis, 5/11 Lfg., Stand: November 2011, Kz. 930 und Kz. 930/1.

²² Vgl. Assmann (Fn. 8), § 13 Rn. 6 f.; Hammen (Fn. 10), Rn. 7/710.

²³ BGH WM 2011, 14; der vorlegende Senat war kein Strafsenat, sondern der 2. Zivilsenat, weil es um Schadensersatz wegen unterlassener Ad hoc-Mitteilung einer Insiderinformation ging.

²⁴ EuGH WM 2012, 1807 (1810 Rn. 38).

²⁵ BGH NJW 2013, 2114.

²⁶ EuGH WM 2012, 1807 (1810 Rn. 33).

²⁷ Hammen (Fn. 10), Rn. 7/713.

²⁸ Vgl. Assmann, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2003, § 13 Rn. 69 ff.; ders., AG 1994, 244.

Da B den Hinweis, er könne sich über das aus fünf Paragraphen bestehende Insiderstrafrecht auf rund 200 Seiten in dem führenden Kommentar zum WpHG²⁹ informieren, als zynisch empfindet, beschäftigt er sich nunmehr mit der Frage, ob ihm wohl höherrangiges Recht helfen kann. Ein – wie wir noch sehen werden – etwas unbedarfter Verfassungsrechtler rät ihm, doch einmal in der Kommentierung zu Art. 103 Abs. 2 GG nachzuschlagen, dort finde sich etwas zum Bestimmtheitsgebot bei Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbeständen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus der verfassungsgesetzlichen Anordnung, eine Tat könne nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt gewesen sei, bevor die Tat begangen wurde, eine Vorschrift müsse so genau formuliert werden, dass dem Bürger „die Grenze des straffreien Raums klar vor Augen“ stehe³⁰ (*nulla poena sine lege certa*). Legt man dieses Maß an die Insiderstraf- und -ordnungswidrigkeitstatbestände an, wachsen angesichts der Mühen, die B hatte, aus den Vorschriften des WpHG herauszulesen, ob die Weitergabe der Information an F ein ahndbares Insiderdelikt ist, Zweifel an einer dem Grundgesetz genügenden Bestimmtheit dieser Tatbestände³¹. Gleichwohl darf prognostiziert werden, dass die Vorschriften des WpHG über den Insiderhandel, sollte das Bundesverfassungsgericht einmal hierüber zu entscheiden haben, nicht an dem Bestimmtheitsgebot in Art. 103 Abs. 2 GG scheitern werden. Denn das Gericht hat Strafbestimmungen, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthielten, bislang nur in seltenen Ausnahmefällen als zu unbestimmt beurteilt.³² Hierzu mag man stehen, wie man will. Jedenfalls hält die wertpapierhandelsgesetzliche Fachliteratur den Blankettcharakter der §§ 38, 39 WpHG und die hiermit verbundene Notwendigkeit, Vorschriften des WpHG stufenweise zusammenzulesen („Tatbestandskaskaden“) für verfassungsrechtlich unproblematisch.³³ Immerhin wird mit Blick auf die „zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe des Insiderhandelsverbots“ ein „strenger Umgang“ mit dem Straftatbestand gefordert.³⁴

Hilfe darf B auch nicht von dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg erwarten, der vor einiger Zeit über die Vorhersehbarkeit einer Bestrafung wegen Insiderhandels nach älterem französischem Insiderrecht zu befinden hatte.³⁵ Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Mitte September 1988 bot der Investor P dem Hedge Funds-Manager Soros an, an einem Kauf von Anteilen an der französischen Großbank S mittels eines Übernahmeangebots teilzunehmen. Soros lehnte dieses Ansinnen zwar ab, kaufte aber alsbald Aktien der S, um sie einige Zeit später mit einem Gewinn von 2,28 Mio. US-Dollar wieder zu veräußern. Im Februar 1989 nahm die französische Börsenaufsichtsbehörde Ermittlungen gegen Soros auf, in deren Verlauf sie äußerte, das einschlägige französische Recht habe es ihr nicht möglich sein lassen, mit einiger Sicherheit eine Linie zwischen dem zu ziehen, was legal und was illegal gewesen sei. Im Zuge von Ermittlungen wegen anderer verdächtiger Transaktionen gab sie den Vorgang dann aber an die Staatsanwaltschaft ab. Nach einer Verfahrensdauer von 18 Jahren verurteilte der Cour d'appel de Paris George Soros wegen eines Insiderdelikts zu einer Geldstrafe in Höhe von 940.000 €. Soros habe, so meinte das Gericht, nach Maßgabe von Art. 10-1 der Ordonnance n° 67-833 vom 28.9.1967³⁶ eine Insiderinformation ausgenutzt, die er gelegentlich der Ausübung seines Berufs oder seiner Funktion („à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions“) erhalten habe. Hiergegen wandte sich Soros an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Er berief sich auf Art. 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention, wonach niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden darf, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Aus dieser Bestimmung hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hergeleitet, der Begriff „Recht“, der demjenigen des Gesetzes entspreche, schließe qualitative Anforderungen, insbesondere an die Vorhersehbarkeit von Strafe, ein.³⁷ Soros meinte, die Wendung „à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions“ genüge diesem Gebot der Vorhersehbarkeit nicht, wenn sie wie an ihm exekutiert, ohne dass es Präjudizien gegeben habe, auch auf Fälle angewendet werde, in denen der Erwerber der betreffenden Anteile keine beruflichen oder vertraglichen Beziehungen zu der Gesellschaft unterhalte.

In ähnlicher Weise kann man auch zum europäischen und zum deutschen Insiderrecht argumentieren. Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c der Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG bezieht sich auf Personen, die dadurch über eine Insiderinformation verfügen, „dass sie aufgrund ihrer Arbeit, ihres Berufs oder ihrer Aufgaben Zugang zu der betreffenden Information haben“. Die Strafandrohung in § 38 Abs. 1 Nr. 2 lit. c WpHG richtet sich an Personen, die „auf Grund“ ihres „Berufs oder“ ihrer „Tätigkeit oder“ ihrer „Aufgabe [...] über eine Insiderinformation verfügen“. Auch die deutsche Kommentarliteratur – Präjudizien gibt es nicht – sieht davon ab zu fordern, es müsse der Insider mit dem Emittenten vertraglich oder durch Zuordnung aus Berufs- oder Arbeitsgründen verbunden sein.³⁸ Der in § 38 Abs. 1 WpHG angedrohten Freiheits- oder Geldstrafe für einen Verstoß gegen das Weitergabeverbot entgeht B immerhin, obgleich er bei der Ausübung seines Berufs als

²⁹ Assmann (Fn. 8), S. 362-540; Vogel (Fn. 9), S. 2065 ff., 2084, 2127.

³⁰ BVerfGE 109, 133 (172); vgl. Nolte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 103 Abs. 2 Rn. 141.

³¹ Villeda (Fn. 5), S. 380.

³² Nolte (Fn. 30), Art. 103 Abs. 2 Rn. 138.

³³ Vogel (Fn. 9), Vor § 38 Rn. 9, 22. Zum Verhältnis von strafrechtlichen Blanketttatbeständen zum grundgesetzlichen Bestimmtheitsgebot vgl. Rotsch, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 141, 155.

³⁴ Assmann (Fn. 8), Vor § 12 Rn. 44.

³⁵ EGMR NJW-RR 2012, 1502 (Affaire Soros c. France).

³⁶ In der Fassung des Gesetzes v. 22.1.1988.

³⁷ EGMR NJW 2001, 3035 (3037).

³⁸ Vogel (Fn. 9), § 38 Rn. 28 m.w.N. in Fn. 7; a.A. Claussen, ZBB 1992, 271.

Barkeeper von der Insiderinformation erfahren hat. Denn das deutsche Recht stellt zusätzlich darauf ab, dass die Informationserlangung „bestimmungsgemäß“ erfolgt. Hieran fehlt es bei Lauschern wie Taxifahrern oder Barkeepern.³⁹

In der Sache *Soros c. France* mochte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte keinen Verstoß des französischen Insiderrechts gegen das Vorhersehbarkeitsgebot der Menschenrechtskonvention erkennen. Vielmehr schob er das Vorhersehbarkeitsrisiko den Adressaten der Strafbestimmung zu. Er relativierte den Bestimmtheitsgrundsatz, indem er zunächst hervorhob, stelle man das Prinzip in Rechnung, dass Gesetze generell-allgemein anwendbar sein müssten, bleibe es nicht aus, dass ihr Wortlaut nicht immer vollständig präzise sei. Dann subjektivierte er jenes Gebot, indem er betonte, der Rahmen des Konzepts von Vorhersehbarkeit hänge in beträchtlichem Maße von dem Bereich ab, für den die Strafvorschrift geschaffen worden sei, sowie von der Zahl und dem Status ihrer Adressaten. In der Sache *Soros c. France* stellte er darauf ab, gut informierte Professionals hätten die Pflicht, ihre Arbeit umsichtig zu verrichten und die Risiken ihrer Tätigkeit besonders sorgfältig abzuschätzen. Damit hatte Soros verloren. Der Gerichtshof befand nämlich, Soros sei zum maßgeblichen Zeitpunkt ein berühmter institutioneller Investor gewesen, sehr bekannt in Geschäftskreisen und beteiligt an großen Finanzprojekten. Wegen seines Status‘ und seiner Erfahrung hätte es ihm bewusst sein müssen, dass seine Geschäfte mit Aktien der S das Risiko eines Verstoßes gegen das Insiderhandelsverbot in sich trugen. Da es keinen Präzedenzfall gegeben habe, hätte Soros besonders umsichtig sein müssen. Diese Subjektivierung des Vorhersehbarkeitsgebots bedeutet zugleich seine Negation. Stellt man nämlich für die Reichweite dieses Gebots auf die Umsicht des Delinquenten ab, zieht man das, was im deutschen Strafrecht auf der Ebene des individuellen Verbotsirrtums diskutiert wird, auf die Ebene des objektiven Tatbestands.

Als besonders bedenklich muss die Sentenz des Gerichtshofs eingeschätzt werden, Soros habe wegen Fehlens von Präjudizien besonders vorsichtig sein müssen. Damit entlässt der Gerichtshof den Strafgesetzgeber im Ergebnis in doppelter Weise aus seiner Verantwortung: Nach der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gebilligten⁴⁰ Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist erstens die Verwendung von Begriffen, „die in besonderem Maß der Deutung durch den Richter bedürfen“, in Strafgesetzen keineswegs ausgeschlossen.⁴¹ Deshalb mache es, so meint das Gericht weiter, auch ein Strafgesetz nicht ungültig, wenn „Unklarheiten erst durch die Rechtsprechung“ behoben werden müssten.⁴² Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte spricht von einer „schrittweise(n) Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung von

Fall zu Fall“⁴³ – und das, obgleich der Auslegungsspielraum des Richters umgekehrt logisch von der Bestimmtheit des Gesetzes abhängt.⁴⁴ Und es wird Strafvorschriften die nach Art. 103 Abs. 2 GG erforderliche Bestimmtheit bescheinigt, wenn der Bürger aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung zu solchen Bestimmungen die Möglichkeit habe, die staatliche Reaktion auf sein Verhalten vorherzusehen.⁴⁵ Fehlt es indes an Präjudizien, empfiehlt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte – rechtsstaatliche Bindungen außer Acht lassend⁴⁶ – zweitens dem Bürger lapidar, dann eben vorsichtig zu sein.

Alle diese Entwicklungen haben manche Strafrechtslehrer zu der Feststellung bewogen, das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot sei tot.⁴⁷ Postuliert wird, der in Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankerte Bestimmtheitsgrundsatz sei zur „rechtsstaatlichen Utopie“ verkommen. Offenbar angesichts eines vermeintlichen Dilemmas, komplexe wirtschaftliche Zusammenhänge nur um den Preis eines Einsatzes unbestimmter Rechtsbegriffe erfassen zu können, wird dafür plädiert, das Bestimmtheitsprinzip im Wirtschaftsstrafrecht zu relativieren.⁴⁸

Ist ein Verlust des Bestimmtheitsgebots im Wirtschaftsrecht schicksalhaft? Nein, das ist er nicht. Von den Geboten des Grundgesetzes, auch von Art. 103 Abs. 2 GG gibt es keinen Dispens. Der Gesetzgeber kann seiner Pflicht, Strafgesetze klar abzufassen, keinesfalls den Einwand der Unmöglichkeit entgegenhalten. Inhaltlich hinreichend bestimmte Strafgesetze sind möglich. Ein Beispiel: Enthielte Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c der Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6 einen klarstellenden Hinweis, Berufsin Insider seien nur solche, die die Insiderinformation „bestimmungsgemäß“ erhielten, brauchte über eine Kriminalstrafe für Lauscher (Taxifahrer, Barkeeper) und Finder – eine Putzfrau findet im Papierkorb des Vorstandsvorsitzenden eine Insiderinformation – schon von der Ebene des europäischen Rechts her nicht philosophiert zu werden. Viel gewonnen wäre zudem, wenn der Gesetzgeber wirtschaftsstrafrechtliche Tatbestände auf strafwürdiges Unrecht beschränken würde, statt fortwährend neue Straftatbestände zu schaffen, die nicht einmal immer allen Strafrechtslehrern, Staatsanwälten oder Strafrichtern bekannt sein dürften, weshalb bei diesen Strafvorschriften bestimmten Tätergruppen (Barkeepern, Taxifahrern, Putzfrauen) eigentlich regelmäßig ein Verbotsirrtum zugestanden werden müsste.

In Wahrheit beruht ein großer Teil vage gefasster strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale einzig und allein auf dem Bestreben der europäischen und des deutschen Gesetzgebers, das Wirtschaftsgeschehen immer lückenloser zu regulieren. Schaut man in die Statistiken, erweist sich rasch, dass Insiderdelikte in aller Regel von Managern oder Beratern des Emitenten oder deren sozialem Umfeld begangen werden. Bar-

³⁹ Vogel (Fn. 9), § 38 Rn. 23.

⁴⁰ EGMR RJD 1996-V, 1614 (Ziff. 29-35).

⁴¹ BVerfGE 105, 153; 96, 68 (97 f.); Nolte (Fn. 30), Art. 103 Abs. 2 Rn. 139.

⁴² BVerfGE 14, 245 (253); Nolte (Fn. 30), Art. 103 Abs. 2 Rn. 139.

⁴³ EGMR NJW 2001, 3035 (3037).

⁴⁴ Nolte (Fn. 30), Art. 103 Abs. 2 Rn. 139.

⁴⁵ BVerfGE 105, 153; 96, 68 (97 f.); BVerfGE 45, 363 (371 f.); Nolte (Fn. 30), Art. 103 Abs. 2 Rn. 139.

⁴⁶ Vgl. Assmann (Fn. 8), § 13 Rn. 28, zu EuGH AG 2010, 78.

⁴⁷ Rotsch, ZJS 2008, 132 (139).

⁴⁸ Rotsch (Fn. 33), S. 141 (155).

keeper, Taxifahrer und Putzfrauen sind wohl noch nie belangt worden. Und wenn dem gleichwohl einmal so wäre: Soll man wirklich glauben, das Vertrauen der Anleger in die Integrität der Kapitalmärkte ginge verloren, wenn bekannt würde, ein Barkeeper habe eine erlauschte Insiderinformation ausgenutzt?

Indem der Gesetzgeber gleichwohl Regeln setzt, die Anlass bieten, über eine Strafbarkeit dieser Personengruppen zu rätseln, missachtet er eine Weisheit, die schon die alten Griechen und Römer besaßen: „Recht muss gesetzt werden [...] nach dem, was in der Regel, nicht nach dem, was ausnahmsweise geschieht“ (*Pomponius*, Dig. 1.3.3). „Nach dem, was in irgendeinem Fall vielleicht einmal geschieht, wird Recht nicht geschaffen“ (*Celsus*, Dig. 1.3.4). „Was überhaupt nur ein- oder zweimal vorkommt, übergehen die Gesetzgeber“ (*Paulus*, Dig. 1.3.6 in Anlehnung an *Theophrast*).⁴⁹ Der nicht selten zu legislativer Geschwätzigkeit⁵⁰ führende Drang des europäischen Gesetzgebers, alles und jedes bis ins Detail regeln zu wollen, ist bis zu einem gewissen Grad verständlich, weil eine einheitliche Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten gewährleistet werden soll. Vor einiger Zeit ist eine rechtsvergleichende Studie der Rechtsanwaltskanzlei Allen & Overy bekannt geworden, aus der hervorgeht, dass das mit dem Insiderrecht der Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG verfolgte Harmonisierungsziel nicht erreicht worden ist, weil die Aufsichtsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten trotz korrekter Umsetzung der Richtlinie in das jeweilige nationale Recht das Insiderrecht unterschiedlich anwenden,⁵¹ weshalb kürzlich mit der Marktmissbrauchsverordnung (EU) Nr. 596/2014 und der Richtlinie 2014/57/EU eine Überarbeitung verabschiedet worden ist. Eine Beseitigung aus bitterer Erfahrung gewonnener rechtsstaatlicher Prinzipien wie des Bestimmtheitsgebots rechtfertigt dies alles freilich in keinem Fall. Solange indes, wie sich Gesetzgeber und Rechtsprechung dieser Einsicht verschließen, bleibt uns nur übrig, unserem Barkeeper zu wünschen, dass der Strafrichter ein Einsehen hat und ihm einen strafausschließenden Verbotsirrtum zubilligt.

⁴⁹ Übersetzung durch *Hans Hermann Seiler*, in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, Bd. 2, Digesten 1-10, 1995, S. 112.

⁵⁰ Vgl. *Langenbacher*, ZHR 176 (2012), 652 (654).

⁵¹ *Krause/Brellochs*, FAZ v. 10.10.2012, S. 21.

Ehrenmorde im deutschen Strafrecht*

Von Privatdozent Dr. **Luís Greco**, München/Augsburg**

I. Einleitung

Die vor allem in den letzten Jahrzehnten erfolgte Öffnung der deutschen Gesellschaft für ihr bisher fremde Kulturgruppen stellt das Strafrecht vor neue Herausforderungen.¹ Konkrete Folgeerscheinungen dieser veränderten sozialen Lage sind im Bereich des Kernstrafrechts etwa der Streit um die Knabenbeschneidung, auf den der Gesetzgeber mit einem neuen § 1631d BGB reagierte,² und das Problem, ob vorsätzliche Tötungen, die zur Wahrung einer nach modernen westlichen Anschauungen kaum mehr verständlichen, in manchen Bevölkerungskreisen dennoch sehr präsenten Familienehre³ be-

* Die vorliegende Abhandlung ist eine aktualisierte und verbesserte Version eines Vortrags, der im Rahmen eines März 2012 in Zaragoza (Spanien) veranstalteten Humboldt-Kollegs gehalten wurde (vgl. den Tagungsband Elósegui Itxaso [Hrsg.], *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*, 2012).

** Der Autor ist Privatdozent an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München. Er vertritt zurzeit die Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg.

¹ Die Abhandlung bezieht sich allein auf die Situation in Deutschland, was nicht heißen soll, dass andere Länder nicht mit ähnlichen Problemen zu ringen hätten: In Italien scheinen die wichtigsten Monografien zum Thema für eine tendenziell mildere Behandlung kulturell bedingter Straftaten einzutreten, *Pastore*, in: *Pastore/Lanza, Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, S. 5 ff. (insb. 34 ff., 43); *Bernardi, Modelli penale e società multiculturale*, 2006, S. 128 ff.; *ders.*, *Il 'fattore culturale' nel sistema penale*, 2010, S. 98 ff.; *de Maglie, Los delitos culturalmente motivados*, aus dem Italienischen v. Macías Caro, 2012, S. 192 ff., 272 ff.; im angelsächsischen Raum gibt es eine ausführliche Diskussion über die sog. cultural defense, vgl. *Relteln, The cultural defense*, 2005; *de Maglie* (a.a.O.), S. 135 ff. Fobblets/Relteln (Hrsg.), *Multicultural jurisprudence, Comparative perspectives on the cultural defense*, 2009. Für Spanien vgl. den (aus juristischer Sicht sehr unbefriedigenden) Beitrag von *Truffin/Arjona, The Cultural Defence in Spain*, S. 85 ff.

² Siehe hierzu statt vieler *Hörnle/Huster, JZ* 2013, 328; *Putzke*, in: Franz (Hrsg.), *Die Beschneidung von Jungen: Ein trauriges Vermächtnis*, 2014, S. 319. Die Strafbarkeit der weiblichen Genitalbeschneidung steht dagegen seit der Einführung von § 226a StGB erst recht außer Frage, vgl. hierzu nur *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 226a Rn. 3/4. Weitere Problemfelder bei *Hilgendorf, JZ* 2009, 139, und *Valerius, Kultur und Strafrecht*, 2011, S. 59 ff.

³ Zur Charakterisierung dieser Ehrvorstellung *Nehm*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 419 (422 ff.); *Rumpf, Die Ehre im türkischen Strafrecht*, abrufbar unter: <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/ehre.pdf> (7.6.2014);

gangen werden, nicht nur als Totschlag (§ 212 StGB), sondern als Mord aus niedrigen Beweggründen (§ 211 StGB) zu qualifizieren sind. Diese Frage nach der Beurteilung sog. Blutrache- und Ehrenmordaktionen, die in Deutschland bereits Gegenstand mehrerer höchstrichterlicher Entscheidungen war und eine ausführliche wissenschaftliche Diskussion entfacht hat, ist Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

Es wird sich zeigen, dass die Diskussion nur deshalb so polarisiert geführt wird, weil die notwendigen Folgerungen aus einer tragenden Prämisse des Tatstrafrechts, nämlich der Kantischen Unterscheidung von Legalität und Moralität, noch nicht gezogen wurden.

1. Begriffliches

Das Bundeskriminalamt definiert in seiner Kriminalstatistik Ehrenmorde als Tötungen, „die aus vermeintlich kultureller Verpflichtung heraus innerhalb des eigenen Familienverbands verübt werden, um der Familienehre gerecht zu werden“.⁴ Passender erscheint hier aber ein extensiverer Begriff, der auf die Einschränkung auf Tötungen innerhalb des eigenen Familienverbands verzichtet und somit auch aus Gründen familiärer Verpflichtungen vorgenommene Tötungen Familienfremder erfasst, also Fälle, die man häufig als „Blutrache“⁵ bezeichnet.⁶ *Ehrenmorde* im weiten und auch im hier interessierenden Sinne sind also vorsätzliche Tötungen, die aus vermeintlich kultureller Verpflichtung heraus begangen werden, um der Familienehre gerecht zu werden.

Baumeister, Ehrenmorde, 2007, S. 23 ff.; *Cöster, Ehrenmord in Deutschland*, 2009, S. 35 ff.; *Krais, Blutrache und Strafrecht*, 2009, S. 6 ff.; *Pohlreich, „Ehrenmorde“ im Wandel des Strafrechts*, 2009, S. 23 ff.; *Grünwald, NStZ* 2010, 1 (8 f.); *Oberwittler/Kasselt, Ehrenmorde in Deutschland*, 2011, S. 15 ff.; aus soziologischer Sicht *Yazgan, Morde ohne Ehre*, 2011, S. 31 ff.

⁴ Bundeskriminalamt, Pressinformation zu den Ergebnissen einer Bund-Länderabfrage zum Phänomen „Ehrenmorde in Deutschland“, S. 3 (verfügbar unter http://www.bka.de/nr_232844/SharedDocs/Downloads/DE/Presse/Pressearchiv/Presse_2006/pm060519_ehrenmorde.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/pm060519_ehrenmorde.pdf [abgerufen am 7.6.2014]).

Gegen den Terminus wegen dessen angeblich positiven Konnotationen *Sinn*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 140. Lfg., Stand: Oktober 2013, § 211 Rn. 27.

⁵ Vgl. die Definitionen bei Bundeskriminalamt (Fn. 4), S. 6; *Krais* (Fn. 3), S. 12, 18.

⁶ Zu dieser Entgegensetzung *Valerius, JZ* 2008, 912 (913); *Krais* (Fn. 3), S. 9 f.; *Grünwald, NStZ* 2010, 1 (2); für einen engeren Begriff des Ehrenmords, der nur Gewaltakte gegen Frauen erfassen soll, *Hörnle*, in: Freund u.a. (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*, 2013, S. 653.

2. Phänomenologie der Fälle

In den letzten Jahren ist eine nicht unbedeutende Anzahl solcher Ehrenmorde registriert worden.⁷ Prototypisch⁸ dürfte folgende Konstellation sein: Eine Frau,⁹ die in Deutschland lebt, aber in einer traditionalistisch orientierten Familie türkischer¹⁰ Abstammung aufgewachsen ist, bevorzugt einen westlichen Lebensstil – sie weigert sich, ihrem Ehemann uneingeschränkten Gehorsam zu leisten,¹¹ missachtet das väterliche Verbot, einen bestimmten Mann zu heiraten,¹² unterhält ein Verhältnis zu einem anderen Mann nach einer aus der Sicht des Täters unwirksamen Ehescheidung¹³ oder sie lehnt eine Zwangsehe ab¹⁴ – und wird wegen der mit diesem Verhalten verbundenen Entehrung der Familie von einem männlichen Familienangehörigen getötet.

Viele Fälle unterscheiden sich in unwesentlichen Punkten vom Prototyp: nicht nur Türken, sondern auch Ausländer anderer Nationalitäten sind als Täter und Opfer in Erscheinung getreten.¹⁵ Bei einigen früheren Fällen handelte es sich auch um christliche Südeuropäer.¹⁶ Gelegentlich waren auch fami-

lienfremde Männer, die an der „Entehrung“ mitbeteiligt waren, als alleinige¹⁷ oder zusätzliche¹⁸ Opfer mitbetroffen.

Eher untypisch sind die Fälle von *Privatstrafen* durch ein Mitglied der Familie des Opfers wegen früher begangener Verletzungen der Rechte eines Familienmitglieds des Täters. So in einem Fall, bei dem es nach mehreren gegenseitigen Beleidigungen zwischen zwei verfeindeten Familien, die in der Erwirkung einer zivilrechtlichen Verurteilung zur Zahlung von Schmerzensgeld ihren vorläufigen Höhepunkt fanden, zu erneuten Auseinandersetzungen kam, die mit einem Toten endeten.¹⁹ In einem anderen Fall war das Opfer das Oberhaupt einer verfeindeten Familie, der als Drahtzieher an der Tötung eines Familienmitglieds der Täter mutmaßlich beteiligt war.²⁰

3. Die Rechtsfrage: Mord aus niedrigen Beweggründen?

Die im Vordergrund stehende Frage, die auch den Mittelpunkt der vorliegenden Abhandlung bilden wird, ist die Einordnung solcher Taten als Mord aus „niedrigen Beweggründen“ (§ 211 StGB).

Im deutschen Strafrecht ist der Mord eine Qualifikation zum Tatbestand des Totschlags, also der vorsätzlichen Tötung (§ 212 StGB). Verwirklicht der Täter einen Totschlag und zudem eines der in § 211 StGB genannten Merkmale – tötet er also etwa „heimtückisch“, „grausam“, aus „Habgier“, „Mordlust“, „um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken“, oder „sonst aus niedrigen Beweggründen“, macht er sich wegen Mordes strafbar, der mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft wird. Niedrige Beweggründe sind nach gefestigter Rechtsprechung und h.L. solche, die nach allgemein sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, also besonders verwerfliche, geradezu verächtliche Beweggründe.²¹ Die konkrete Frage, mit der sich Gerichte konfrontiert sahen und die bereits als „klassisch“ eingestuft wurde,²² ist die nach dem *Maßstab* für die Einstufung der Beweggründe des Ehrenmörders als niedrig: Sollen hier die Wertvorstellungen der kulturellen Minderheit oder die der deutschen Bevölkerungsmehrheit maßgeblich sein?

Obwohl das spanische Recht das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe nicht kennt (Art. 139 Código Penal), stellt

liege, habe ein „autoritär-patriarchalisches Weltbild“. BGH NJW 1983, 55: Täter und Opfer waren Griechen.

¹⁷ BGH JZ 1980, 238 = NJW 1980, 537: Opfer des Tötungsversuchs war ein türkischer Student, der eine Türkin geschwängert hatte und sie nicht heiraten wollte; BGH NJW 1983, 55: der Getötete hatte die Ehefrau des Täters vor der Eheschließung entjungfert; BGH NSStZ-RR 2004, 361: Opfer der im Versuchsstadium verbliebenen Tat war ein pakistanischer Landsmann, der Fotos der Tochter des Täters besaß, in denen diese ohne Kopftuch oder Schleier zu sehen war, und der diese Fotos nicht an den Vater herausgeben wollte.

¹⁸ BGH StV 1981, 399; BGH StV 2003, 21.

¹⁹ In BGH StV 1994, 182.

²⁰ BGH NJW 2006, 1008.

²¹ BGHSt 3, 133; 3, 180 (182).

²² So *Saliger*, StV 2003, 22; vorsichtig zust. *Küper*, JZ 2006, 608 (610).

⁷ Statistische Angaben bei Bundeskriminalamt (Fn. 4), S. 7 ff. Ausf. zu den Fällen *Cöster* (Fn. 3), S. 109 ff.; *Oberwittler/Kasselt* (Fn. 3), S. 46 ff.

⁸ *Grünwald*, NSStZ 2010, 1 (2), spricht von einem „Grundschema“.

⁹ *Dietz*, NJW 2006, 1385, spricht von einem „Phänomen männlicher Gewalt gegen Frauen“; *Pohlreich* (Fn. 3), S. 53 f., und *Hörnle* (Fn. 6), S. 653, sehen in Ehrenmorden eine Erscheinungsform patriarchaler Gewalt.

¹⁰ Dass es überwiegend um Türken geht, bemerken auch *Kudlich/Tepe*, GA 2008, 92 (93), und *Grünwald*, NSStZ 2010, 1; mit empirischem Nachweis Bundeskriminalamt (Fn. 4), S. 12, 14 und *Oberwittler/Kasselt* (Fn. 3), S. 85 f.

¹¹ BGH NJW 2004, 1466: Der aus Ostanatolien stammende Angeklagte erwartete vom Opfer, seiner in Deutschland aufgewachsenen Ehefrau türkischer Herkunft, „Gehorsam und dass sie ihn ständig um Erlaubnis fragte, selbst wenn sie nur einkaufen ging. Er untersagte ihr, sich allein mit einer Freundin oder ihren Schwestern zu treffen, schrieb ihr vor, wie sie sich zu kleiden hatte, kontrollierte und beaufsichtigte sie bei jeder Gelegenheit“.

¹² BGH StV 2003, 21 = NSStZ 2002, 369): Der türkische Vater kurdischer Herkunft meinte, das Opfer A. sei als Mitglied der „Arbeiterpartei Kurdistans“ (PKK) und als Querschnittsgehlähmter kein richtiger Mann für seine Tochter, das andere Opfer D.

¹³ So BGH StV 1981, 399; BGH StV 1997, 566; ähnl. BGH NSStZ-RR 2004, 44.

¹⁴ So der Aufsehen erregende Fall des Opfers „Hatin Sürücü“, BGH Streit – Feministische Rechtszeitschrift 2008, 12.

¹⁵ BGH StV 1997, 566: Täter und Opfer waren iranische Staatsangehörige schiitischer Glaubensrichtung; BGH NSStZ-RR 2004, 44: Chinesen; BGH NSStZ-RR 2004, 361: strenggläubige muslimische Pakistanis.

¹⁶ BGH bei *Holtz*, MDR 1977, 809 f.: der Täter war Italiener. BGH StV 1981, 399: Täter und Opfer waren Italiener. Der Täter, dessen Intelligenz „am unteren Rande des Durchschnitts“

sich das Problem spätestens auf der Ebene der Strafzumessung in materiell gleicher Gestalt.²³ Die spanischen Ehrenmorde, die ich finden konnte, werden eher unter dem Stichwort des Strafmilderungsgrundes des Art. 21 Nr. 3 des Código Penal diskutiert (pasión, d.h. Affekt), der aber regelmäßig abgelehnt wird.²⁴ Denn auch in einem System mit ausführlichen benannten Strafzumessungsregeln wie dem des spanischen Código Penal (insb. Art. 21 ff., 61 ff.) muss die Schwere der Tat eine Rolle spielen (so ausdrücklich Art. 66 Abs. 1 Nr. 6 Código Penal),²⁵ so dass man sich auch mit der Frage der Berücksichtigung fremder kultureller Anschauungen beschäftigen muss.

II. Die Rechtsprechung

Bei der Entwicklung der Rechtsprechung lassen sich nach der treffenden Zusammenfassung von *Saliger* drei Phasen unterscheiden.²⁶

1. In einer ersten Phase herrschte große Unklarheit.²⁷ Abweichende kulturelle Maßstäbe wurden mit schuldmindernenden psychischen Krankheiten verglichen. So meinte der BGH, bei der Bewertung der Beweggründe sei anerkannt, dass Persönlichkeitsmängel und Psychopathien berücksichtigt werden müssten; dieser Grundsatz sei also „erst recht“ bei Ausländern anzuwenden, die „in – von den unseren abweichenden – Anschauungen und Vorstellungen ihrer Heimat befangen sind, von denen sie sich zur Tatzeit noch nicht lösen konnten“.²⁸

2. In der zweiten Phase betonte der BGH, dass die Bejahung der für die Niedrigkeit der Beweggründe konstitutiven besonderen Verwerflichkeit eine Gesamtwürdigung aller Umstände erfordert. „Dabei können die besonderen Anschauungen und Wertvorstellungen, denen die Täter wegen ihrer Bindung an eine fremde Kultur verhaftet sind, nicht außer Betracht bleiben“.²⁹ Die Entscheidungen dieser Phase lehnten es regelmäßig ab, den Ehrenmord als Mord einzustufen. Gelegentlich tauchten als Zusatzargumente Erwägungen auf, die mit der Schuld zu tun haben: so wurde einmal von einer „Verzweiflungstat“, die auf Grundlage eines spontanen Entschlusses begangen wurde, gesprochen.³⁰ In einer Entscheidung wird nicht deutlich, ob die Niedrigkeit der Beweggründe nicht doch mindestens im Ausgangspunkt aus objektiver Sicht be-

urteilt wurde.³¹ Denn den „Gesichtspunkt, daß allgemeine sittliche Wertmaßstäbe anzulegen sind“, bezeichnet der BGH als „zutreffend“; die Bewertung aus der allgemeinen Perspektive schließt nicht aus, dass „besondere Ehrvorstellungen des Lebenskreises“ des Täters „in die Bewertung einbezogen werden“.³²

3. Die seit Mitte der neunziger Jahre eingetretene dritte Phase dauert noch fort. An der Gesamtwürdigung wird immer noch festgehalten,³³ die Vorstellungen des anderen Kulturkreises werden aber – ohne eine Auseinandersetzung mit den früheren Gründen³⁴ – für irrelevant erklärt: „Der Maßstab für die Bewertung des Beweggrundes ist den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft in der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen, vor deren Gericht sich der Angeklagte zu verantworten hat, und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt“.³⁵ Aus dieser Perspektive werden bei Ehrenmorden regelmäßig niedrige Beweggründe und deshalb auch der Mord bejaht. Die Gründe des Täters seien in den meisten Fällen deshalb als verächtlich anzusehen, weil sich dieser in doppelter Art und Weise über die deutsche Rechtsordnung hinweg setze, denn er maße sich und seiner Familie die Stellung eines Richters und Vollstreckers eines privaten Todesurteils an.³⁶ Dies stehe im besonderen Gegensatz zu einer Rechtsordnung, die durch die Abschaffung der Todesstrafe ihrer Achtung vor dem Rechtsgut Leben Ausdruck verliehen hat.³⁷ Der BGH lässt dennoch eine „Hintertür“ offen,³⁸ die es ausnahmsweise gestattet, an sich objektiv vorliegende niedrige Beweggründe dennoch subjektiv dem Täter nicht anzulasten.³⁹ Dem Täter müssten die Umstände bewusst sein, die die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausmachen; und er müsse dazu in der Lage sein, die Gefühle und Regungen, die ihn zum Handeln bewegen, bewusst und gewollt zu steuern (sog. Motivationsbeherrschungspotential). Die Nähe zur Schuldfähigkeit ist bei dieser zweiten subjektiven Anforderung unverkennbar,⁴⁰ und man kann deshalb insofern von einer teil-

²³ Man siehe deshalb BGH NStZ 1996, 80.

²⁴ Es ging um Blutrache-Fälle unter „gitanos“ (Zigeunern), etwa STS 519/1995 Berichterstatter J.A. Vega Ruiz; STS 1413/2005, Berichterstatter J. R. Soriano; zu ihnen *Truffin/Arjona* (Fn. 1), S. 98 ff.

²⁵ Hierzu *Boldova Pasamar*, in: Gracia Martin (Hrsg.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, 2006, S. 257.

²⁶ *Saliger*, StV 2003, 22; ihm weitgehend folgend *Baumeister* (Fn. 3), S. 141 ff.; *Valerius*, JZ 2008, 912 (915); *ders.* (Fn. 2), S. 72 ff.; *Çakir-Ceylan*, *Gewalt im Namen der Ehre*, 2010, S. 227 ff.

²⁷ *Valerius*, JZ 2008, 912 (915).

²⁸ BGH GA 1967, 244; vgl. auch BGH MDR 1977, 810.

²⁹ BGH JZ 1980, 238; BGH StV 1981, 399; BGH NJW 1983, 55 f.; BGH StV 1997, 566.

³⁰ BGH StV 1981, 399 (400 – Zitat).

³¹ *Köhler*, JZ 1980, 238 (Anm. zu BGH JZ 1980, 238).

³² *Köhler*, JZ 1980, 238.

³³ BGH NJW 2004, 1466 (1467); BGH NJW 2006, 1008 (1011).

³⁴ *Valerius*, JZ 2008, 912 (915).

³⁵ Wortgleich BGH NJW 1995, 602; BGH StV 1996, 208 (209); BGH StV 2003, 21; BGH NJW 2004, 1466 (1467); BGH NJW 2006, 1008 (1011); ferner BGH NStZ-RR 2004, 44; BGH NStZ-RR 2004, 361 (362); BGH NStZ 2005, 35 (36).

³⁶ BGH NJW 1995, 602; BGH StV 1996, 208 (209); BGH NStZ-RR 2000, 168; BGH NJW 2006, 108 (1011); ähnl. BGH NStZ-RR 2004, 361 (362).

³⁷ BGH StV 1996, 208 (209).

³⁸ So auch *Hörnle* (Fn. 6), S. 654.

³⁹ BGH NJW 1995, 602; BGH StV 1996, 208 (209); BGH NStZ-RR 2000, 168 (169); BGH StV 2003, 21; BGH NJW 2004, 1466 (1467); BGH NStZ-RR 2004, 361 (362).

⁴⁰ *Saliger*, StV 2003, 22 (23); *Trück*, NStZ 2004, 497 (498 f.); *Küper*, JZ 2006, 608 (611); *Valerius*, JZ 2008, 912 (918). Der BGH lässt sich aber in dieser Hinsicht nicht festlegen, denn

weisen Rückkehr zur ersten Phase sprechen.⁴¹ Zu den wenigen Fällen, bei denen nach Zugrundelegung dieser Maßstäbe auf Totschlag und nicht auf Mord erkannt wurde, gehören der eines aus Ostanatoliens stammenden Täters mit „einfach strukturierter Persönlichkeit“, der den traditionellen Vorstellungen seiner Heimat „verhaftet war“,⁴² und der eines integrationsunfähigen Chinesen, der nach der Einreise nach Deutschland von seiner Ehefrau verlassen wurde, die sich einem Deutschen zuwandte, und die er dann in „Verzweiflung [...] über seine Lebenssituation“ tötete.⁴³

4. Eine Darstellung, die sich auf die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung beschränken würde, wäre aber unvollständig und verzerrend. Denn die empirischen Erhebungen von *Oberwittler/Kasselt* haben die verblüffende Tatsache offenbart, dass *Tatgerichte* den höchstrichterlichen Vorgaben ungerne Folge leisten und nicht einmal in einem Viertel der abgeurteilten Fälle einen Mord aus niedrigen Beweggründen bejaht haben.⁴⁴ Dieser Befund ist aus unserer Sicht besonders aufschlussreich, weil er als intuitive Erfassung von inneren Spannungen innerhalb des höchstrichterlichen Ansatzes gedeutet werden könnte, die erst noch aufgelöst werden müssten.

5. Bei den (oben I. 2.) von mir für untypisch erklärten Fällen von *Privatstrafen* werden im Ergebnis niedrige Beweggründe nicht angenommen.⁴⁵ Die Argumentation verändert sich je nachdem in welcher Phase der Rechtsprechungs-

er behauptet, die subjektive Komponente des niedrigen Beweggrundes könne auch dann fehlen, wenn die Voraussetzungen des § 21 StGB nicht gegeben sind (BGH NStZ-RR 2004, 44).

⁴¹ *Nehm* (Fn. 3), S. 421.

⁴² BGH NJW 1995, 602.

⁴³ BGH NStZ-RR 2004, 44. Freilich sind an dieser Stelle zwei Vorbehalte zu machen: erstens kennzeichnet der BGH die subjektive Komponente der niedrigen Beweggründe teilweise anders als er es früher getan hatte, nämlich dass dem Täter „die Einsicht in die Niedrigkeit seiner Beweggründe aufgrund seiner geistig-seelischen Verfassung nicht versperrt“ sein dürfe (näher *Trück*, NStZ 2004, 497); zweitens könnte man bereits an der Einordnung des Falles in den Zusammenhang der kulturell bedingten Ehrenmorde zweifeln. Die fernöstliche Herkunft des Täters scheint eher für die Erschwerung seiner verzweifelten Lage als für eine Verhaftung in einem archaischen Weltbild zu sprechen.

⁴⁴ *Oberwittler/Kasselt* (Fn. 3), S. 161 f.

⁴⁵ Vgl. auch *Nehm* (Fn. 3), 424; und *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 831 (849), der diese Fälle als solche einer „Zuständigkeit des Opfers“ charakterisiert, die zu „keinen nennenswerten Schwierigkeiten“ führen. *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1387), will dagegen auch hier wegen der Anmaßung der Selbstjustiz niedrige Beweggründe bejahen. Die Rspr. bejahte niedrige Beweggründe nur in dem Fall, in dem der Getötete nicht der vermeintliche Vergewaltiger der Ehefrau des Täters war, sondern ein Dritter, der sich weigerte, dem Täter bei seiner Racheaktion zu helfen (BGH NStZ-RR 2000, 168). In einem solchen Fall der Tötung eines Unbeteiligten glaubt der BGH, die „klassische“ Frage (s.o. bei Fn. 22) sogar offen lassen zu dürfen (BGH NStZ-RR 2000, 168 [169]).

entwicklung man sich befindet. So wurde in einem ersten Fall eines türkischen Ehemanns, der seinen Onkel deshalb aus dem Hinterhalt tötete, weil dieser seine Ehefrau vergewaltigt hatte, niedrige Beweggründe nicht einmal erörtert, sondern allein die Frage, wie sich die Verwirklichung von Heimtücke und eines minder schweren Falles des Totschlags zueinander verhalten.⁴⁶ Tragende Gründe waren in einem der zweiten Phase zuzurechnenden Fall die Verärgerung und die familiäre Einbindung des Angeklagten,⁴⁷ in einem späteren, der aktuellen Phase zugehörigen Fall das durch eine frühere Gewalttat ausgelöste nachvollziehbare Rachemotiv.⁴⁸

III. Stellungnahme

Die gegenwärtige Linie der Rechtsprechung hat in der Literatur überwiegend Zustimmung gefunden.⁴⁹ Kritische Stimmen, die die Orientierung der mittleren Phase für zutreffend erachten, sind aber noch nicht verstummt.⁵⁰ Es wird sich erweisen, dass eine Lösung, die mehr sein will als eine Ausformulierung diffuser und höchstpersönlicher Intuitionen, nicht ohne eine Reflexion über den Sinn der niedrigen Beweggründe und deshalb auch über den Sinn von Schuld und Unrecht auskommen kann.

Der eigene Standpunkt soll in zwei Schritten entfaltet werden. Zunächst werden die Argumente, die versuchen, sich eine derartige Reflexion zu ersparen – und die in diesem Sinne als „sparsam“ (*parsimonious*) bezeichnet werden dürfen – kritisch durchleuchtet, um anschließend in einem zweiten Schritt den eigenen theoretisch fundierten Lösungsweg in

⁴⁶ BGHSt 30, 105.

⁴⁷ BGH StV 1994, 182.

⁴⁸ BGH NJW 2006, 1008 (1011 f.).

⁴⁹ *Jähnke*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 11. Aufl. 2001, § 211 Rn. 37; *Momsen*, NStZ 2003, 237 (238); *Otto*, Jura 2003, 612 (617); *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 108; *Trück*, NStZ 2004, 497; *M. Ogorek*, JA 2004, 787 (789); *Nehm* (Fn. 3), S. 425 ff.; *U. Schulz*, NJW 2005, 551 (554); *Küper*, JZ 2006, 608 (610 ff.); *Rohe*, JZ 2007, 801 (805); *Satzger*, JK 8/06, StGB § 211/50; *Kudlich/Tepe*, GA 2008, 92 (100 ff.); *Valerius*, JZ 2008, 912 (916); *ders.* (Fn. 2), S. 85; *Krais* (Fn. §), S. 66 f., 71; *Hilgendorf*, JZ 2009, 139 (141); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 2 Rn. 37; *Pohlreich* (Fn. 3), S. 249, 289; *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 211 Rn. 19; *Çakir-Ceylan* (Fn. 26), S. 254 ff.; *Sinn* (Fn. 4), § 211 Rn. 27; *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2014, § 211 Rn. 5; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 37. Aufl. 2013, Rn. 95a.

⁵⁰ *Köhler*, JZ 1980, 238; *Sonnen*, JA 1980, 747 f. (Anm. zu BGH JZ 1980, 238); *Fabricius*, StV 1996, 209 (Anm. zu BGH StV StV 1996, 208); *Saliger*, StV 2003, 22 (23 ff.); *Baumeister* (Fn. 3), S. 148 ff.; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 211 Rn. 30a, 30b; wohl auch *Müssig*, *Mord und Totschlag*, 2005, S. 285 Fn. 38.

Auseinandersetzung mit ähnlich anspruchsvollen Ansätzen zu entwickeln.

1. „Sparsame“ Lösungsansätze

Sparsamkeit ist für sich genommen kein Nachteil, vielmehr ein wissenschaftstheoretisch anerkannter Vorzug einer bestimmten Problemlösung.⁵¹ Der schnellere Weg ist *ceteris paribus* der bessere Weg. Allerdings gilt das nur *ceteris paribus*, m.a.W., der Weg muss auch zu einer echten Lösung führen. Gerade dieses Ziel wird von den nachfolgenden Argumenten verfehlt, die in einer Reihenfolge abnehmender „Sparsamkeit“ geprüft werden sollen.

a) Schlichte Evidenzbehaftung?

Der Rechtsprechungswandel erfolgte, wie bereits angemerkt, ohne Auseinandersetzung mit den Gründen früherer Entscheidungen. Jetzt heißt es schlichtweg, die Maßstäbe für die Beurteilung der Niedrigkeit der Beweggründe seien diejenigen der deutschen Rechtsgemeinschaft, und nicht diejenigen einer Gruppe, die diese Werte ablehnt.⁵² Auch in der Literatur können ähnlich apodiktische Erklärungen gefunden werden: „Für die rechtliche Einordnung einer in Deutschland begangenen Tat gilt das deutsche Recht“.⁵³ „Der Maßstab des deutschen Strafrechts orientiert sich *selbstredend* an den hier anerkannten Wertvorstellungen“.⁵⁴ Derartige bloße Behauptungen sind offensichtlich ungenügend, denn gerade der Inhalt des deutschen Rechts, konkreter, des Merkmals der niedrigen Beweggründe ist Gegenstand des Streits.⁵⁵

b) Empirische Neubeschreibung der Problemlage

Unter den Vertretern der h.M. ist der Versuch beliebt, das Problem dadurch zu entschärfen, dass bereits die gängige Be-

schreibung als Kulturkonflikt in Frage gestellt wird.⁵⁶ Insbesondere verweist man darauf, dass sogar das türkische Recht seit 2005 die Blutrache als qualifizierten Fall des Totschlags kennt.⁵⁷ Dagegen wurde eingewandt, maßgeblich seien die tatsächlich eingelebten Sozialnormen und nicht die letztlich von einer angeblichen Kulturelite beschlossenen Rechtsvorschriften.⁵⁸ In vielen Gebieten der Türkei scheint es tatsächlich der Fall zu sein, dass Ehrenmorde kulturell akzeptiert sind, so dass nicht nur die Bevölkerung, sondern auch die Gerichte, die die neuen Gesetze restriktiv interpretieren, diesbezüglich große Verständnisbereitschaft aufweisen.⁵⁹ Als Repliken führte man an, derartige soziale Normen verkörperten Instanzen von „Gewohnheitsunrecht“,⁶⁰ das bereits durch den dortigen Gesetzgeber und deshalb erst recht durch das deutsche Recht besonders energisch bekämpft werden müsse. Ferner sei ernsthaft zu bezweifeln, dass einige der Tötungshandlungen, die deutsche Gerichte beschäftigten, wirklich in Übereinstimmung mit den Wertvorstellungen der Herkunftskultur des Täters stünden.⁶¹

Man erkennt schon, dass die mit der empirischen Argumentation einhergehende Ersparnis eine nur scheinbare ist. Erstens sind diese Argumente schon für sich genommen nur von begrenzter Reichweite: Die Mehrheit, aber eben nur die Mehrheit der Täter ist türkischer Herkunft, so dass das im Mittelpunkt der Diskussion stehende türkische Recht nur für einen Ausschnitt der einschlägigen Fälle überhaupt von Bedeutung sein kann. Durch einen Hinweis auf die türkische Rechtslage wäre der Fall des Griechen, Italieners, Chinesen, Iraners oder Pakistanis nicht zu lösen.⁶² Zweitens lässt sich auf der rein empirischen Ebene nicht einmal ausmachen, ob rechtliche oder soziale Normen des Herkunftslandes ausschlaggebend sein sollen. Es fehlt an einem Maßstab zur Bewertung und Selektion des Empirischen; zur Gewinnung dieses Maß-

⁵¹ Aus den Klassikern der Wissenschaftstheorie etwa *Popper*, *Logik der Forschung*, 10. Aufl. 1994, S. 97 ff.; *Kuhn*, *Objectivity, Value Judgement, Theory Choice*, in: *The Essential Tension*, 1977, S. 320 (322 ff.); aus rechtstheoretischer Sicht *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 14 f.; siehe auch mein Bekenntnis zu möglichst kurzen Ableitungsketten in *Greco*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, S. 27.

⁵² In der Bemerkung, der Täter habe sich vor deutschen Gerichten zu verantworten, ist die Andeutung eines Gesichtspunkts zu erblicken, der unter 2. a) bb) (2) näher ausgearbeitet werden soll.

⁵³ *Jähnke* (Fn. 49), § 211 Rn. 37; zust. *Momsen*, *NStZ* 2003, 237 (238).

⁵⁴ *Momsen*, *NStZ* 2003, 237 (238 – *Hervorhebung durch den Verf.*). Vgl. auch *M. Ogorek*, *JA* 2004, 787; *U. Schulz*, *NJW* 2005, 551 (554).

⁵⁵ Dies ist selbst dann der Fall, wenn man in wohlwollender Auslegung diese Behauptungen als Hinweise auf das Territorialitätsprinzip (§ 3 StGB), worauf sich eine Entscheidung des BGH sogar ausdrücklich beruft (*NStZ* 1996, 80), zu deuten bemüht (ebenso *Nehm* [Fn. 3], S. 422; *Artkämper*, *Kriminalistik* 2008, 616 [618, 619]).

⁵⁶ Gegen die Feststellung eines Kulturkonflikts allgemein *Rohe*, *JZ* 2007, 801 (805); *Valerius*, *JZ* 2008, 912 (916 Fn. 3).

⁵⁷ *Dietz*, *NJW* 2006, 1385 (1387); *Küper*, *JZ* 2006, 608 (610); *Artkämper*, *Kriminalistik* 2008, 616; *Valerius*, *JZ* 2008, 912 (914); *Çakir-Ceylan* (Fn. 26), S. 177 ff., 254 f.; *Grünwald*, *NStZ* 2010, 1 (3 f.); *Jähnke* (Fn. 49), § 211 Rn. 37, will differenzieren je nachdem, ob das Heimatrecht Tötungen aus Gründen der Ehre milder oder schwerer bestraft. Zur Rechtslage in der Türkei näher *Sözüer*, *ZStW* 119 (2007), 717 (744): „Traditionsmord“; *Göztepe*, *EuGRZ* 2008, 16 (18 ff.); *Kudlich/Tepe*, *GA* 2008, 92 (98 ff.); *Pohlreich* (Fn. 3), S. 154 ff., 177 ff.

⁵⁸ *Saliger*, *StV* 2003, 22 (24).

⁵⁹ *Kudlich/Tepe*, *GA* 2008, 92 (96), mit empirischem Beleg. Dagegen *Çakir-Ceylan* (Fn. 26), S. 254 f.; und *Grünwald*, *NStZ* 2010, 1 (4, 6): es gehe nur um eine in unterentwickelten Regionen der Türkei vorhandene Sitte.

⁶⁰ *Rohe*, *JZ* 2007, 801 (805).

⁶¹ *BGH NJW* 2004, 1466 (1468): es fehlen tatgerichtliche Feststellungen dazu, dass anatolische Wertvorstellungen es dem Ehemann gestatten, die Frau zu misshandeln und zu töten. Ähnl. *BGH NStZ-RR* 2004, 361 (362).

⁶² Vgl. oben Fn. 15, 16.

stabs ist der nächste Schritt hin zu einem normativen Argument unumgänglich.

c) Normative Argumente⁶³

aa) Ungleichbehandlung?

Ein erstes insbesondere unter den Anhängern der h.M. verbreitetes Argument ist die Berufung auf das Gleichbehandlungsgebot.⁶⁴ Nur die Bewertung der niedrigen Beweggründe anhand der deutschen Wertvorstellungen gewährleiste eine gleichmäßige Rechtsanwendung. Man argumentiert entweder täterbezogen, indem man die andere Ansicht als illegitimes „Ausländerprivileg“ ablehnt,⁶⁵ oder lenkt den Blick eher auf das Opfer und äußert die Befürchtung, bestimmte Bevölke-

rungsgruppen würden zu „Opfern minderer Schutzwürdigkeit degradiert“.⁶⁶

Es ist zu begrüßen, dass das Gleichbehandlungsgebot als offen normative Erwägung die Blindheit der Empirie überwindet. Zu einem scharfen Bild der Verhältnisse führt dieses Argument dennoch nicht: Es schweigt nämlich vollends zu dem Maßstab, an dem Gleichheit und Ungleichheit gemessen werden sollen. Erst im Besitz eines solchen Maßstabes kann man privilegium odiosum von gerechtfertigter Ungleichbehandlung des Ungleichen unterscheiden.

bb) Toleranz?

Man könnte denken, die Berücksichtigung abweichender kultureller Wertvorstellungen entspräche einem Gebot der Toleranz, dessen Befolgung in jedem liberalen Staat und erst recht im pluralistischen Staat der Moderne höchste Priorität genießen sollte.⁶⁷ Im vorliegenden Zusammenhang hat insbesondere *Fabricius* das Toleranzgebot auf kultur-relativistische Erwägungen gestützt: Es fehle an intersubjektiven und interkulturell gültigen Maßstäben, um zu begründen, wieso das in unserer Kultur vorhandene Verbot der Ehrenmorde dem von anderen Kulturen postulierten Gebot moralisch überlegen sei.⁶⁸ Es sei überheblich und sogar ethnozentrisch, Wertvorstellungen, die den in Deutschland gerade herrschenden frontal widersprechen, von Rechts wegen nicht bloß als abweichend, sondern als niedrig, also als besonders verwerflich und verächtlich zu brandmarken. Die Vertreter der Gegenmeinung reagierten teilweise empört. Vor allem *Küper* klagte über „Euphemismen für archaisch-antikulturelle Vergeltungstraditionen“,⁶⁹ und meinte, eine „zivilisierte Rechtsordnung“ müsse den „Einfluss rückständig-menschenverachtender Traditionen“ entschieden ablehnen.⁷⁰

(1) Wird das Toleranzargument auf eine *kulturrelativistische Position* zurückgeführt, dann begibt man sich letztlich in die Untiefen der gegenwärtigen politikphilosophischen Diskussion.⁷¹ Als rechtsphilosophisch interessierter Strafrechtler kann ich mindestens derzeit nicht behaupten, über den für solche Gewässer erforderlichen langen Atem zu verfügen. Hier begnüge ich mich vielmehr mit der Behauptung der äußersten Unplausibilität des Kulturrelativismus.⁷² Nicht nur erscheint dieser Ansatz intrinsisch instabil, denn letztlich relativiert er die eigenen Geltungsansprüche zu einer bloß kulturinternen Angelegenheit, die man als Externer – insbesondere als An-

⁶³ Es gib eine Reihe weiterer normativer Argumente, die in der Diskussion eine nur unterordnete Rolle spielen – und dies zu Recht. So wurde für den Standpunkt der h.M. angeführt, die Berücksichtigung fremder Kulturauffassungen wäre eine Selbstrelativierung des Rechts (*Jakobs*, ZStW 118 [2006], 831 [843]), was an sich eine leere Behauptung ist: die Frage ist gerade, was der Inhalt des Rechts sein soll. Es ist ferner versucht worden, aus einem Vergleich zu den anderen, benannten niedrigen Beweggründen (Habgier, Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebes usw.), die allein vom Standpunkt der deutschen Rechtsgemeinschaft aus bewertet werden, einen Analogieschluss im Sinne der h.M. zu ziehen (*Valerius*, JZ 2008, 912 [916]). Problematisch an diesem Schluss erscheint, dass die genannten Merkmale eine logisch gleichwertige Schlussfolgerung im Sinne der Mindermeinung gestatten: Denn man könnte mit gleichem Recht sagen, Tötungen aus Habgier, Mordlust oder zur Befriedigung des Geschlechtstriebes seien gerade deshalb niedrig, weil sie nach den Wertvorstellungen der Deutschen und aller hierzulande lebenden Kulturkreise besonders verächtlich seien. Denn nicht nur die deutsche Rechtsanschauung hält derartige Motive für besonders verwerflich. Das weitere Argument, die deutschen Anschauungen müssten insbesondere aus Gründen der Generalprävention maßgeblich sein (*Pohlreich* [Fn. 3], S. 289), verkennt, dass Generalprävention nur ein Strafzweck zweiter Ordnung ist, also sich zu der Frage nach dem Inhalt dessen, dem vorgebeugt werden soll – nach dem Strafzweck erster Ordnung – neutral verhält (diese Unterscheidung bei *Greco* [Fn. 51], S. 303 f.). Zuletzt der Hinweis darauf, dass es in einer Demokratie bei wertausfüllungsbedürftigen Begriffen immer auf die Anschauungen der Mehrheit ankommen müsse (*Hilgendorf*, JZ 2009, 139 [141]), bedeutet eine Selbstauslieferung an eine Tyrannei der Mehrheit und überschätzt den Stellenwert des Demokratiearguments für das liberale Strafrecht.

⁶⁴ *Schneider* (Fn. 49), § 211 Rn. 108; *Nehm* (Fn. 3), S. 425 f.; *U. Schulz*, NJW 2005, 551 (554); *Valerius*, JZ 2008, 912 (916); *Çakir-Ceylan* (Fn. 26), S. 253; *Grünwald*, NStZ 2010, 1 (5).

⁶⁵ *Schneider* (Fn. 49), § 211 Rn. 108; *Nehm* (Fn. 3), S. 428; *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386).

⁶⁶ *Rohe*, JZ 2007, 801 (805); auch *Grünwald*, NStZ 2010, 1 (5).

⁶⁷ *Sonnen*, JA 1980, 747.

⁶⁸ *Fabricius*, StV 1996, 209 (210)

⁶⁹ *Küper*, JZ 2006, 608 (610).

⁷⁰ *Küper*, JZ 2006, 608 (610).

⁷¹ Zu ihr *Rorty*, The Priority of Democracy to Philosophy, in: *Philosophical Papers*, Bd. 1, 1990, S. 175 ff.; *Forst*, Kontexte der Gerechtigkeit, 1996, S. 239 ff.; *Bielefeldt*, Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 115 ff.; *Cassese*, I diritti umani oggi, 2009, S. 60 ff.; *Steinmann/Scherer* (Hrsg.), Zwischen Universalismus und Relativismus, 1998.

⁷² Vgl. meine Stellungnahme zu einer nahestehenden Position bei *Greco* (Fn. 51), S. 143 ff.

gehöriger einer hinreichend intoleranten Kultur – völlig außer Acht lassen dürfte. Aus seiner Perspektive ist der Gedanke, dass im Laufe der letzten Jahrtausende zivilisatorische Fortschritte eingetreten sind und dass noch weitere solcher Fortschritte eintreten können, schlichtweg falsch. Dass die Abschaffung der Sklaverei, die zunehmende Verdrängung der Todesstrafe, die Ächtung der Folter nur kulturintern positiv zu veranschlagen seien, zugespitzt, dass das heutige Rechtssystem der Bundesrepublik und das Regime des Dritten Reichs gemessen an intersubjektiv, also interkulturell gültigen Maßstäben gleichwertig seien, wird man kaum ernsthaft vertreten können. Ebenso wenig – und jetzt bezogen auf den vorliegenden Zusammenhang – lässt sich vernünftig sagen, dass Vaginalverstümmelungen und Zwangsehen, dass unbedingter weiblicher Gehorsam gegenüber dem Ehemann und private Selbstjustiz objektiv gleich gut wie die diesbezüglichen Verbote seien. Die häufig den Relativismus belebende Befürchtung, universelle Grundsätze würden als Schleier für imperialistische Bestrebungen fungieren, belegt nur, dass nicht einmal edelste Wahrheiten gegen Missbrauch gefeit sind. Dass es bei diesen Wahrheiten allein um Irrtümer oder sogar um Lügen gehen sollte, folgt daraus schlichtweg nicht.

(2) Die Sache der *Toleranz* lässt sich also, wenn überhaupt, nur *ohne kulturrelativistische Prämissen* vertreten.⁷³ Echte Toleranz übt eigentlich nur der aus, der sich seiner Sache völlig sicher ist und den Andersdenkenden trotzdem noch anerkennt. Man könnte sagen, durch die hier lebenden Ausländer sei der deutschen Rechtsordnung eine Gelegenheit gegeben worden, trotz oder vielmehr gerade wegen der Gewissheit, mit der sie sich zu bestimmten Werten bekennt, sich als tolerante Ordnung auszuweisen. Aber auch dieses Argument entpuppt sich als fragwürdig. In der Diskussion wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass das Recht sich nicht die Sichtweise des die Rechtsordnung herausfordernden Überzeugungstäters oder Terroristen aneignen dürfte.⁷⁴ Und dies nicht, weil alles andere eine Selbstpreisgabe der Rechtsordnung wäre,⁷⁵ sondern deshalb, weil das Recht eines liberalen Staates seine Ansprüche nur an die Einhaltung äußerer Verhaltensstandards richtet und nicht auch die innere Überzeugung abverlangt, dass die hinter seinen Geboten stehenden Werte zu achten sind.⁷⁶ *Kantisch* gesprochen: dem liberalen

Staat geht es allein um Legalität und nicht um Moralität.⁷⁷ Gerade weil die Rechtsordnung nicht gebietet, dass der Täter die Rechte anderer billigt und schätzt, sondern nur, dass er auf diese Rechte durch sein äußeres Verhalten Rücksicht nimmt, kann derjenige, der diese Rechte positiv missbilligt und geringschätzt, nicht erwarten, besser gestellt zu werden – auf welchen Ursachen auch immer diese Missbilligung und Geringschätzung beruhen, ob auf einer persönlichen Entscheidung oder auf einer Sozialisation.

Die Berufung auf Toleranz könnte also nur eine Besserstellung der die Werte der Rechtsgemeinschaft ablehnenden Täter begründen, wenn auch die persönliche Aneignung dieser Werte eigentlicher Inhalt der rechtlichen Gebote wäre. Spätestens an diesem Punkt wird die Unabweisbarkeit ersichtlich, die Diskussion in die nächste Ebene zu überführen, in der der noch allzu verschwommene normative Bezug der bisher formulierten Argumente durch die Bezugnahme auf bewährte strafrechtsdogmatische Kategorien greifbare Konturen gewinnen soll. Denn sind niedrige Beweggründe – als moralisch besonders verwerfliche, geradezu verächtliche Beweggründe – nicht vielmehr der Beleg dafür, dass das positive Recht die *kantische* Trennung von Legalität und Moralität nicht kennt?

2. Dogmatisch fundierte Ansätze: Niedrige Beweggründe als Ausdruck höchsten Unrechts und höchster Schuld

Die sparsamen Ansätze erweisen sich allesamt als ungenügend. Eine Reflektion über den Inhalt der niedrigen Beweggründe und deshalb auch von Schuld und Unrecht ist unausweichlich. Das Verständnis der Rechtsprechung, niedrige Beweggründe seien besonders verwerfliche, verächtliche Gründe, setzt nicht fundamental genug an. Denn es muss zuvor gefragt werden, ob niedrige Beweggründe richtigerweise moralitätsbezogen gedeutet werden müssen.

Als Ausgangspunkt muss deshalb die Annahme dienen, dass ein Mord aus niedrigen Beweggründen, für den die Rechtsordnung die höchste zur Verfügung stehende Strafe androht, schwerste Schuld verwirklicht.⁷⁸ Schwerste Schuld ist denkbar entweder als selbständige schwerste Schuld oder lediglich als Reflex schwersten Unrechts.⁷⁹ Dieser Ausgangspunkt ist abstrakt und formal genug, um sowohl das Verständnis der Rechtsprechung als auch die anderen in der Dis-

⁷³ Anders *Art. Kaufmann*, in: Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 2. Aufl. 1993, S. 209 (insb. 216 f.); *ders.* Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1997, S. 335 ff., der zwar übereinstimmend meint, der Relativist könne nicht wirklich tolerant sein, gleichzeitig aber denkt, ebenso wenig könne es der, der glaubt, im Besitze der Wahrheit zu sein. Auf die grundsätzliche Diskussion über den Toleranzbegriff wird man im vorliegenden Rahmen nicht eingehen können; hierzu umfassend *Forst*, Toleranz im Konflikt, 2003, S. 42 ff., 53 ff.; ferner *Hassemer*, Religiöse Toleranz im Rechtsstaat, 2004, S. 36 ff.

⁷⁴ *Schneider* (Fn. 49), § 211 Rn. 108; *Nehm* (Fn. 3), S. 427; *Grünewald*, NStZ 2010, 1 (5).

⁷⁵ Zur Kritik an diesem Argument vgl. oben Fn. 63.

⁷⁶ Treffend *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 831 (844).

⁷⁷ Vgl. *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, A/B 6. Siehe auch *Grünewald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 114 ff., 160 ff., 191; *dies.*, NStZ 2010, 1 (5), die sich auch auf diese Unterscheidung beruft.

⁷⁸ Ähnlich *Köhler*, GA 1980, 121, der aber nur von schwerster Schuld spricht. Vgl. auch *Küper*, JZ 2006, 608 (611), der Unrechts- und Schuldkomponente der „niedrigen Beweggründe“ unterscheidet.

⁷⁹ D.h.: man kann in der Schuld entweder einen (im Verhältnis zum Unrecht) eigenständigen Unwertträger erblicken; oder man sieht in ihr nur einen Filter, der er es gestattet, den bereits bestehenden Unwert des Unrechts dem Täter persönlich anzulasten. Zu dieser Differenzierung *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 151 ff.; *dies.* (Fn. 6), S. 661; *Grünewald* (Fn. 77), S. 146 Fn. 4.

kussion entwickelten Positionen zu erfassen. Erst nach der Bestimmung des Gehalts der Schuld wird man in der Lage sein, den Grenzfall schwerster Schuld, den der Mord darstellt, inhaltlich zu kennzeichnen.

a) *Die Schuld des Ehrenmörders*

Der Haupttrumpf derjenigen, die auf die Wertungen der kulturellen Minderheit abstellen wollen, ist der Hinweis auf das Schuldprinzip.⁸⁰ Auch die Rechtsprechung berief sich in ihrer zweiten Phase der Sache nach auf das Schuldprinzip. Gesprochen wurde zwar überwiegend von einer „Gesamtwürdigung“,⁸¹ dabei handelt es sich aber um eine leere Verlegenheitsformel,⁸² die materiell nichts anders als einen Hinweis auf das Schuldprinzip darstellt. Denn keine „Gesamtwürdigung“ würdigt sämtliche Umstände des Einzelfalls – ob der Täter blau- oder braunäugig ist, ob er für Bayern München oder für 1860 München jubelt, bleibt selbstverständlich außer Betracht. Nur relevante Umstände werden gewürdigt; um Relevantes von Irrelevantem abzugrenzen, ist ein bestimmtes Verständnis von Schuld erforderlich.

Der oben eingeführten kantischen Unterscheidung entsprechend wird man zwischen zwei Verständnismöglichkeiten strafrechtlicher Schuld differenzieren können.

aa) *Moralitätsbezogene Schuld*

In der vorliegenden Diskussion bemühte sich vor allem Köhler um die Ausarbeitung eines materiellen Begriffs von Schuld, anhand dessen er die Niedrigkeit der Beweggründe von Ehrenmördern bestreitet. Strafrechtsschuld ist Willensschuld, also die willentliche Entscheidung für das Unrecht. Moralitätsbezogen ist dieses Verständnis von Schuld deshalb, weil die rechtsindifferente oder rechtsfeindliche Motivation des Täters Gegenstand der Schuldbewertung ist. Schuld besteht darin, dass man sich die Maßstäbe der Rechtsordnung nicht zu eigen gemacht hat. „Eine Tatmotivation, welche sich überhaupt mit gewissem ethischem Allgemeinheitsanspruch behaupten darf, kann – wiewohl als strafrechtswidrig – nicht allgemein auch als niedrig bewertet werden.“⁸³ Niedrig seien demnach allein solche Beweggründe, die nicht durch ethisch für verbindlich gehaltene Prinzipien geleitet werden, sondern die Ausdruck einer „extrem selbstsüchtigen Motivation“ darstellen.⁸⁴ „Höchststrafe für Höchstschuld“ sei daher in den

vorliegenden Fällen nicht am Platz.⁸⁵ Dieser Ansatz erscheint zweifelhaft: Er impliziert nämlich, dass auch die abwegigsten Standpunkte, solange sie nicht aus Selbstsucht, sondern mit einem Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit vertreten werden, nicht mehr als niedrig eingestuft werden dürfen. Man denke an einen Täter, der Juden so sehr hasst, dass er bereit wäre, seine eigene Frau oder sogar sich selbst zu töten, falls sich später herausstellte, sie oder er seien jüdischer Herkunft.

Man kann aber auf die anspruchsvollen Thesen Köhlers verzichten und bereits im Rahmen des herrschenden so genannten „*normativen*“ *Schuldbegriffs* fragen, ob sich in den vorliegenden Fällen nicht eine in höchstmöglichem Maß vorwerfbare Willensbildung äußert. Auch der herrschende normative Schuldbegriff, der Schuld als Vorwerfbarkeit einer Willensbildung begreift, die sich nicht nach den rechtlichen Ge- und Verboten richtet, ist insofern ein moralitätsbezogenes Verständnis der Schuld, als er die Motivation des Täters an das Recht als solches bindet und sich nicht mit bloßer Angst vor Strafe, also mit Legalität, begnügt.⁸⁶ Niedrige Beweggründe könnten auf Grundlage eines solchen normativen Schuldverständnisses deshalb höchste Schuld verwirklichen, weil sich der Täter Motive zu eigen macht, die den Ge- und Verboten des Rechts entgegen gesetzt sind. Der aus niedrigen Beweggründen Handelnde lässt sich nämlich von allen möglichen Gesichtspunkten, nur nicht von denen des Rechts motivieren.

Nimmt man den von der Rechtsprechung und den meisten Diskussionsteilnehmern geteilten Ausgangspunkt ernst, wonach niedrige Beweggründe solche sind, die moralisch auf tiefster Stufe stehen, dann wäre aber – wohl überraschend – die Ablehnung dieser Niedrigkeit unabweisbar. Nicht erst nach den Maßstäben des Herkunftslandes, sondern auch nach unseren Maßstäben – über deren Richtigkeit insoweit kein Zweifel besteht, s.o. III. 3. c) bb) (2) – läge höchste Schuld nicht vor. Die „klassische“ Frage, die im Mittelpunkt der Diskussion steht, würde sich also überhaupt nicht stellen.

Die moralitätsbezogene Beurteilung wird nur deshalb schwer, weil die vorliegenden Fälle nicht nur eine, sondern zwei moralisch relevante Eigenschaften aufweisen. Zum einen, und das spricht für höchste Schuld, die Eigenschaft, dass die Täter gegen unbestreitbare moralisch fundierte Prinzipien verstoßen; zum anderen, und das spricht gegen höchste Schuld, die Eigenschaft, dass die Täter nach den Maßstäben einer Kultur sozialisiert worden sind, die diese Prinzipien nicht kennt. Die Unterscheidung dieser beiden Eigenschaften versetzt uns in die Lage, den eigentlichen Fall höchster moralischer Schuld zu erkennen: Nämlich denjenigen, in dem die erste Eigenschaft vorhanden ist, die zweite aber nicht. Man stelle sich vor, unser Ehrenmörder ist ein in einer vollständig sozialintegrierten Familie aufgewachsener Akademiker, der sich nach kühler Reflektion entscheidet, die westliche Gesellschaft abzulehnen und eine vorsätzliche Tötung zur Wahrung seiner Ehre zu begehen. Dass die moralische Willensschuld dieses Täters um eine Stufe höher anzusetzen ist als die des typischen Ehrenmörders, lässt sich nicht ernsthaft bestreiten.

⁸⁰ Köhler, JZ 1980, 238 (240 f.); Heine, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, 1988, S. 274 f.; Saliger, StV 2003, 22 (23); Baumeister (Fn. 3), S. 149; Neumann (Fn. 50), § 211 Rn. 30a.

⁸¹ Vgl. oben II.; ebenso Köhler, JZ 1980, 238 (240); Saliger, StV 2003, 22 (23, 24); Baumeister (Fn. 3), S. 149; Neumann (Fn. 50), § 211 Rn. 30b. Anders Kudlich/Tepe, GA 2008, 92 (100 f.): im Rahmen der Gesamtwürdigung sei zu berücksichtigen, dass Ehrenmorde auch von der türkischen Rechtsordnung als qualifizierte Tötungen eingestuft werden.

⁸² Nahestehend Hörnle (Fn. 6), S. 655 f.

⁸³ Köhler, JZ 1980, 238 (240).

⁸⁴ Köhler, JZ 1980, 238 (240). Vgl. auch allgemeiner ders., GA 1980, 121 (138 f.).

⁸⁵ Köhler, JZ 1980, 238 (240, 241 – Zitat).

⁸⁶ Näher Greco (Fn. 51), S. 487 ff. m.w.N.

Aus dieser Perspektive mutet es ungerecht an, gegenüber beiden die Höchststrafe zu verhängen. Fühlbare moralische Unterschiede würden dadurch eingeebnet werden.

Dieses Ergebnis bestätigt sich auch auf Grundlage der obigen Erwägungen zur Toleranz. Hält man die *kantische* Unterscheidung von Legalität und Moralität für irrelevant, ist also nicht nur äußeres Verhalten, sondern auch die Internalisierung der der Rechtsordnung zugrundeliegenden Werte Inhalt rechtlicher Gebote, dann muss gegenüber demjenigen, der diese Werte unverschuldet nicht internalisieren konnte, Nachsicht geübt werden.

Zusammengefasst: wenn die in den niedrigen Beweggründen verkörperte Höchstschuld darin liegt, dass sie moralisch auf tiefster Stufe stehen, dann lässt sich die Schlussfolgerung, Ehrenmorde seien Morde aus niedrigen Beweggründen, nicht mehr vertreten. Die h.M muss sich entweder damit begnügen, Tötungen aus Ehregründen als einfachen Totschlag zu bestrafen, oder sie muss ihr Verständnis von Schuld und von niedrigen Beweggründen verändern. Man darf sich deshalb nicht wundern, dass Tatgerichte dem BGH nicht Folge leisten und sich überwiegend weigern, das Ehrenmotiv als niedrigen Beweggrund einzustufen (oben II. 4.). Ihre Sichtweise muss vielmehr als intuitive Erfassung des gerade ausformulierten Zusammenhangs gedeutet werden.

bb) Legalitätsbezogene Schuld

Schuld lässt sich aber nicht nur moralitätsbezogen deuten. Legalitätsbezogene Deutungen, die die Motivation des Täters weitgehend für seine Sache erklären, sind von einigen vereinzelt geliebten Autoren formuliert worden.

(a) Nach dem vor allem von *Jakobs* vertretenen *funktionalen Schuld* begriff werden Schuld begründung und Schuldabschluss nach dem Interesse der Gesellschaft an Normstabilisierung gemessen.⁸⁷ Schuld ist etwas, das die Gesellschaft nach ihren Bedürfnissen dem Täter zuschreibt. Mit konkretem Bezug auf das vorliegende Problem meint *Jakobs*, es komme letztlich auf die *Quantität solcher Taten* an. Solange sie nur ausnahmsweise vorkommen, kann es sich die Gesellschaft leisten, von Zurechnung abzusehen.⁸⁸ Dagegen „muss ein Staat, auf dessen Territorium sich Millionen fremd sozialisierter Personen aufhalten, die allgemeinen Anpassungsprobleme der Fremden als deren Angelegenheit behandeln“.⁸⁹ Das heißt wohl, dass heutige Ehrenmorde der Normstabilisierung halber als Mord und nicht bloß als Totschlag einzustufen sind.

Die Kritik am funktionalen Schuld begriff soll im vorliegenden Zusammenhang nicht noch einmal wiederholt werden.⁹⁰ Sie trifft in ihrem Kern zu. Denn das Anliegen, dem Täter gegenüber seine Bestrafung zu rechtfertigen, wird vom funktionalen Schuld begriff, der allein die Interessen der Ge-

sellschaft vor Augen hat, schlichtweg ignoriert.⁹¹ Er besagt nur, welchen Nutzen die Gesellschaft von einer Bestrafung hat. Die eigentlich ausschlaggebende Frage, warum die Gesellschaft gerade den Bestraften in Anspruch nehmen kann, interessiert seine Anhänger nicht.

(b) Ein Schuld begriff, der nicht die Moralität des Täterverhaltens zum Gegenstand seiner Beurteilung macht und den Täter gleichzeitig nicht im Interesse anderer instrumentalisiert, lässt sich nur vertreten, wenn man – in Weiterentwicklung von Gedanken *Feuerbachs* – Schuld als *unklug* Entscheidung für die eigene Bestrafung deutet.⁹² Die Strafe lässt sich dem Bestraften gegenüber deshalb legitimieren, weil er selbst derjenige ist, der durch die Begehung des strafbaren Verhaltens die Strafe auf sich zieht. Und für den Ehrenmörder bedeutet das, dass seine Schuld keineswegs gemindert ist. Denn jeder, der sich an einem fremden Ort aufhält, muss damit rechnen, dass an diesem Ort nicht die Maßstäbe seiner Heimat herangezogen werden. „In Rom wie die Römer“.

Erst auf Grundlage dieses klugheitsbezogenen Schuld begriffs gewinnen viele Argumente, die von den Vertretern der h.M. ausgespielt werden, festen normativen Rückhalt. Die von der Rechtsprechung immer wieder erwähnte Erwägung, dass sich der Täter vor deutschen Gerichten zu verantworten habe, lässt sich fast als implizite Anerkennung dieses Schuld begriffs deuten: Die Erwartung, vor deutschen Gerichten nach den Gebräuchen patriarchaler Gesellschaften gerichtet zu werden, ist unklug und muss nicht honoriert werden. Man muss nicht so weit gehen und behaupten, es sei dem Fremden zuzumuten, sich die Werte Deutschlands anzueignen bzw. sich zu integrieren.⁹³ Zugemutet wird ihm bloß, dass er die Regeln des Staats, in dem er lebt, äußerlich befolgt.⁹⁴ Alles andere wäre schlicht unklug.

Der Vorteil dieses Ansatzes ist nicht, dass allein er wirklich in der Lage ist, die höchste Schuld des Ehrenmörders zu bejahen, denn das wäre ein Zirkelschluss. Der Ansatz hat aber im Vergleich zur Konkurrenz die entscheidenden Vorteile, dass – gegenüber dem funktionalen Schuld begriff – er den Bestraften nicht instrumentalisiert, sondern diesem darlegt, wieso er an seiner Bestrafung „selber Schuld“ ist; und dass er – im Vergleich zum moralitätsbezogenen Ansatz – vor dem forum internum der Bürger halt macht.

Der Ansatz hat aber eine *Grenze*: zu einer eigenständigen im Sinne einer unrechtsunabhängigen Bestimmung höchster Schuld führt er nicht. Dem Täter wird vorgehalten, dass es unklug ist zu erwarten, dass ausgerechnet für ihn etwas anderes als die gesetzlich angedrohte Strafe gelten sollte. Die Frage nach der für die hier in Rede stehenden Taten gesetzlich angedrohten Strafe bleibt insofern noch offen. Die Schuld des Täters ist nicht wegen seiner Herkunft vermindert, sondern vollumfänglich gegeben. Ob diese unverminderte und deshalb volle Schuld die für Mord konstitutive Höchstschuld

⁸⁷ Grdl. *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976, S. 3 ff.; ders., Das Schuldprinzip, 1993, S. 7 ff.

⁸⁸ *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 831 (850).

⁸⁹ *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 831 (848). Der Sache nach wohl auch *Nehm* (Fn. 3), S. 426, wenn er meint, die Bejahung von Mord sei zur „Verteidigung der Rechtsordnung“ geboten.

⁹⁰ Nachw. bei *Greco* (Fn. 51), S. 246 Fn. 184.

⁹¹ *Greco* (Fn. 51), S. 499 f.

⁹² *Greco* (Fn. 51), S. 487 ff.

⁹³ *Trück*, NSTZ 2004, 497; ähnl. *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386).

⁹⁴ *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 831 (849 f.); *Grünwald*, NSTZ 2010, 1 (6).

erreicht, hängt davon ab, ob die Tötungen auch höchstes Unrecht verwirklichen.

b) *Das Unrecht des Ehrenmordes*

Mord aus niedrigen Beweggründen als ein Fall höchster Schuld ist nur gegeben, wenn höchstes Unrecht verwirklicht ist. Zusätzlich zu dem normalen Unrecht einer vorsätzlichen Tötung müssen besondere Momente vorhanden sein, die das Unrecht in besonderem Maße erhöhen und so aus dem Totschlag einen Mord machen.⁹⁵

Die Rechtsprechung argumentiert in diesem Zusammenhang insbesondere mit der in den Ehrenmorden verkörperten *Justizanmaßung*.⁹⁶ Der Ehrenmörder schwingt sich zum Richter und Henker über das Leben eines anderen auf. Das Störende an dem Argument scheint mir, dass dadurch dem Mordtatbestand ein zweites Rechtsgut untergeschoben wird, nämlich die Rechtspflege oder das staatliche Gewaltmonopol. Dass die Entprivatisierung der Reaktionen auf Rechtsverletzungen eine zivilisatorische Errungenschaft war, soll hier nicht bestritten werden.⁹⁷ Angriffe gegen die Rechtspflege, die häufig nur Vergehen begründen (§§ 153, 156, 160 Abs. 1, 258 Abs. 1, 356 Abs. 1 StGB), scheinen schon deshalb nicht das Gewicht zu haben, um das Unrecht eines Totschlags auf das Niveau eines Mordes anzuheben. Ferner mutet es eigenartig an, dass in Bezug auf das konkrete Opfer solcher Fälle an sich nur Totschlagsunrecht gegeben sein soll. Nach dem Argument der Justizanmaßung erfolgt die Hochstufung zum Mord nicht deshalb, weil dem Opfer Schlimmes angetan wurde, sondern weil der Täter neben dem Totschlag zugleich die staatliche Justiz angegriffen hat. Das hat einen bitteren obrigkeitstaatlischen Beigeschmack. Das Unerträgliche an den oben genannten prototypischen Fällen⁹⁸ ist aber etwas, was dem Opfer widerfährt.

Den Gehalt dieser Intuition gilt es näher auszuarbeiten. Nicht der Staat, sondern das zwangsverheiratete, geschiedene,

ihrem Mann oder Vater nicht blinden Gehorsam leistende Opfer, das später getötet wird, ist beschwert. In diesen für prototypisch erklärten Fällen ist das vom Täter als entehrend empfundene Verhalten des Opfers eine höchstprivate Angelegenheit, also etwas, worüber weder der Staat noch irgendein Mensch berechtigt ist, zwangsbewehrte Befehle zu erteilen.⁹⁹ Dem Opfer wird also letztlich das fundamentale Recht abgesprochen, sich nach seinen eigenen Vorstellungen des guten Lebens zu orientieren. Ehrenmorde sind deshalb nicht als bloße Totschlagsdelikte zu qualifizieren, weil sie nicht nur das Rechtsgut Leben negieren, sondern weil sie darüber hinaus auf einer Negierung des Rechts, sein eigenes Leben zu leben, also des Rechts auf *Autonomie*, beruhen. Der Täter maßt sich nicht nur an zu bestimmen, wann das Leben des Opfers endet, sondern will zusätzlich noch den Inhalt dieses Lebens während der von ihm gestatteten Dauer festlegen. Das verkörpert eine Form höchstdenkbaren Unrechts, gegen das der liberale Staat zur Abschreckung die höchstmögliche Androhung vorsehen muss.¹⁰⁰ Wird ein derartiger Angriff gegen das Recht auf Leben und das Recht auf Lebensführung mit voller Schuld verübt – wie es regelmäßig der Fall sein wird – dann steht der Bejahung eines Mordes aus niedrigen Beweggründen nichts entgegen.¹⁰¹

Das Gesagte findet eine Bestätigung in den von der Rechtsprechung erzielten Ergebnissen. So läge es in der Logik des Justizanmaßungsarguments, auch in den oben genannten Fällen von Privatstrafen niedrige Beweggründe zu bejahen, weil auch hier der Täter sich für befugt erachtet, die von ihm verhängte Strafe zu vollstrecken.¹⁰² In diesen Fällen reagiert der Täter aber nicht auf höchstpersönliche Entscheidungen des Opfers, sondern vielmehr auf Entscheidungen, die seine Rechte missachtet haben. Können Provokationen allgemein Auswirkungen auf den Unrechtsgehalt einer Tat haben, dann müssen provokationsnahe Verhaltensweisen – d.h. Verhaltensweisen, die *rechtswidrig* sind und eine Reaktion des Täters vorhersehbar hervorrufen können, aber nicht im unmittelbaren räumlich-zeitlichen Zusammenhang zu der Reaktion ste-

⁹⁵ Ob neuere Ansätze, die in Umkehrung dieser Ausgangsannahme den Mord als Grundtatbestand und den Totschlag als Privilegierung ansehen (*Müssig* [Fn. 50], S. 4, 251; *Grünwald* [Fn. 77], S. 368 ff., 378 ff.; *Peralta*, Heinrich u.a. [Hrsg.], *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 257 [263]; nahestehend auch *Hörnle* [Fn. 6], S. 670; wohl nur de lege ferenda *Kargl*, JZ 2003, 1141 [1148]) nicht letztlich zu folgen wäre, kann hier nicht geprüft werden. Der vorliegende Aufsatz geht insofern von der tradierten Auffassung aus, die bei einer vorsätzlichen Tötung nach zusätzlichen Unwertträgern sucht, und nicht schon automatisch die Verwirklichung höchsten Unrechts und höchster Schuld bejaht.

⁹⁶ Oben II. 3.; zust. *Nehm* (Fn. 3), S. 425; *Kudlich/Tepe*, GA 2008, 92 (94 f.); *Artkämper*, *Kriminalistik* 2008, 616 (619); *Sinn* (Fn. 4), § 211 Rn. 27; *Grünwald*, NStZ 2010, 1 (6 f.).

⁹⁷ Statt aller *Grünwald* (Fn. 77), S. 266 ff., die aber in solchen Fällen der Selbstjustiz von Mord ausgehen will; ferner *dies.*, NStZ 2010, 1 (6 f.). Quasi ein Lob der Selbstjustiz aber bei *Fabricius*, StV 1996, 209 (210 f.); gegen ihn überzeugend *Grünwald*, NStZ 2010, 1 (6 Fn. 70).

⁹⁸ Vgl. oben bei Fn. 11 bis 14.

⁹⁹ Einiges davon bei *Valerius*, JZ 2008, 912 (914); sehr ähnlich wie hier *Grünwald*, NStZ 2010, 1 (8 f.), und *Hörnle* (Fn. 6), S. 672, 674 ff.

¹⁰⁰ Dafür, dass Strafandrohungen durch Abschreckung zu rechtfertigen sind, *Greco* (Fn. 51), S. 362 ff.

¹⁰¹ Möglicherweise bietet der oben skizzierte Ansatz eine Erklärung dafür, weshalb politisch motivierte Tötungen – die im Zeitalter des islamistischen Terrorismus häufig auch von Mitgliedern anderer Kulturkreise begangen werden – höchstes Unrecht verwirklichen: Die Aufopferung des eigenen Lebens für einen ideellen Zweck ist eine unvertretbare höchstpersönliche Entscheidung, so dass derjenige, der einen anderen zwecks Förderung eines politischen Ziels zum Opfer einer Tötung bestimmt, seinem Opfer nicht nur das Leben, sondern auch dessen Recht nimmt, höchstpersönliche Entscheidungen autonom und selbstständig zu treffen.

¹⁰² Für Mord deshalb *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1387).

hen – zumindest das Vorhandensein höchsten Unrechts ausschließen.¹⁰³

Es bleiben somit die Fälle von Vorverhalten, das im Zwischenraum zwischen dem Kernbereich des Höchstpersönlichen und dem des Rechtswidrigen angesiedelt ist, also der große Bereich der Handlungen, die sich in der äußeren, einschränkbareren Sphäre der allgemeinen Handlungsfreiheit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG befinden.¹⁰⁴ Man denke insbesondere an den Nichtgebrauch eines Kopftuchs. Mindestens nach dem hier entwickelten Argument fehlt es an einem im Vergleich zum gängigen Totschlag zusätzlichen Unwertgehalt. Das schließt selbstverständlich nicht aus, dass man aus anderen Überlegungen zur Bejahung von höchstem Unrecht gelangt.¹⁰⁵

IV. Zusammenfassung, Ausblick

Ein Strafrecht, das Moralität und Legalität unterscheidet, also ein Strafrecht, das die Auszeichnung *Tatstrafrecht* verdient, hat mit abweichenden Wertvorstellungen einer kulturellen Minderheit keinerlei Schwierigkeiten. Moralische Überzeugungen des Täters, die denen der Mehrheit widersprechen, sind im Tatstrafrecht ebenso wenig relevant wie Vorstellungen, die sich mit denen der Mehrheit decken.

Ehrenmorde sind Morde, und keine einfachen Totschlagsdelikte. Entgegen der höchstrichterlichen Rspr. folgt dies aber nicht daraus, dass sie auf einer besonders verwerflichen, verächtlichen Motivation beruhen – denn moralisch höchst verwerflich sind derartige Tötungen, die von Menschen begangen werden, die nach anderen (man kann ohne Bedenken sagen: teilweise falschen) Maßstäben sozialisiert wurden, in der Tat nicht. Mord ist aber deshalb anzunehmen, weil diese Taten zum einen höchstes Unrecht verwirklichen: Sie verlet-

zen nicht nur das Rechtsgut Leben, sondern darüber hinaus das Recht des Opfers, sein Leben an seiner Vorstellung des Guten zu orientieren, also sein Recht auf autonome Lebensführung; und weil sie zum anderen voll schuldhaft verwirklicht werden, denn richtigerweise ist Schuld nicht als Vorwerfbarkeit der Willensbildung, sondern bloss und unpathetisch als unkluge, weil Strafe auf sich ziehende Willensbildung anzusehen.¹⁰⁶

Man könnte kritisch anmerken, dass von Beweggründen im hier entwickelten Ansatz kaum noch die Rede war. Das ist kein Zufall, sondern – wenn man die Unterscheidung von Legalität und Moralität zum Ausgangspunkt macht – Teil des Programms. „Letztlich entpuppen sich Motive nur als ein Epiphänomen, im dem sich die objektive Schwere des Unrechts widerspiegelt.“¹⁰⁷ Diese erst vor Kurzem gewonnene Einsicht, die für ein Tatstrafrecht von grundlegender Bedeutung ist, ist ernst zu nehmen und in ihren Implikationen auszuarbeiten.

¹⁰³ Ähnl. *Peralta* (Fn. 95), S. 265; *Grünwald* (Fn. 77), S. 228 ff.; *Hörnle* (Fn. 6), S. 663. Ob diese Grundsätze die Bejahung eines Mordes im Fall BGH NStZ-RR 2004, 361 (vgl. oben Fn. 17) tragen, ist deshalb fraglich, weil der minderjährigen Tochter aus § 1004 BGB i.V.m. § 22 KunstUrhG ein Anspruch auf Herausgabe der Bilder zustand (näher hierzu *M. Fricke*, in *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), *Urheberrecht*, 3. Aufl. 2009, KunstUrhG § 22 Rn. 38), so dass die Weigerung des Opfers, die Bilder an den Vater herauszugeben, ein rechtswidriges Vorverhalten darstellt.

¹⁰⁴ An dieser Stelle zeigt sich ein Unterschied zwischen dem hier vertretenen Ansatz und demjenigen, der den Totschlag als eine Privilegierung des Mordes ansieht (vgl. oben Fn. 95). Wegen der Umkehrung der Begründungslast neigt diese neue Richtung dazu, erst bei rechtswidrigem Vorverhalten des Opfers oder bei dessen Einwilligung Mordunrecht zu verneinen (so *Grünwald* [Fn. 77], S. 215 ff., 228 ff.; ähnl. *Müssig* [Fn. 50], S. 263 ff. und *Peralta* [Fn. 95], S. 265 f.).

¹⁰⁵ Nur zur Klarstellung: hier wird letztlich nur gesagt, dass der Angriff gegen das Leben, der zugleich auch einen Angriff auf die Autonomie darstellt, das höchste Unrecht des Mordes verwirklicht, nicht aber, dass nur in diesem Fall Mord anzunehmen ist. Denn der hier entwickelte Ansatz vermag zwar wohl ohne größere Schwierigkeiten einen Großteil der niedrigen Beweggründe zu erklären; doch schon bei der Habgier ist dies nicht mehr ohne weiteres der Fall.

¹⁰⁶ Das bedeutet natürlich nicht, dass kein Raum für den von der Rechtsprechung sogenannten subjektiven Aspekt der niedrigen Beweggründe gegeben ist (oben II. 3.). Wenn aufgrund von Besonderheiten des konkreten Einzelfalls der Täter die Umstände, die höchstes Unrecht begründen, nicht kennt, befindet er sich insoweit in einem Tatbestandsirrtum. Die Bewertung als schwerstes Unrecht muss er nicht selber vornehmen (ebenso BGH NStZ 2004, 497 [498]; BGH NJW 2004, 1466 [1467]; zust. *Nehm* [Fn. 3], S. 428 f.; *Artkämper*, *Kriminalistik* 2008, 616 [619]; *Valerius*, *JZ* 2008, 912 [917]; anders *Köhler*, *JZ* 1980, 238 [239, 240 f.], aus der Perspektive seines moralitätsbezogenen Schuldbegriffs). Ist der Täter wegen einer Quasi-Schuldunfähigkeit zu einer klugen Entscheidung unfähig, wird es an einem persönlich zurechenbaren Mord fehlen (die vorliegenden Fälle vorrangig unter diesem Gesichtspunkt des Motivationsbeherrschungspotentials lösen *Momsen*, *NStZ* 2003, 237 [238]; *Schneider* [Fn. 49], § 211 Rn. 108; *Nehm* [Fn. 3], S. 429; *Kudlich/Tepe*, *GA* 2008, 92 [100]; *Çakir-Ceylan* [Fn. 26], S. 256 f.; ferner *Jakobs*, *ZStW* 118 [2006], 831 [842]: „sozialer oder kultureller Schwachsinn“). Der Replik, dies sei Pathologisierung (*Fabricius*, *StV* 1996, 209 [211]; *Saliger*, *StV* 2003, 22 [23, 24]; *Valerius*, *JZ* 2008, 912 [918]; *ders.* [Fn. 2], S. 95; *Neumann* [Fn. 50], § 211 Rn. 30a), ist als Feststellung richtig; ein Einwand ist sie aber nicht. Ob Erwägungen zum Unrechtsbewusstsein – das nach einer klugheitsbezogenen Schuldlehre eigentlich zum Strafbarkeitsbewusstsein wird (*Greco* [Fn. 51], S. 487 f., 508) – in den vorliegenden Fällen jenseits solcher pathologischen Situationen mangelhaften Motivationsbeherrschungspotentials liegen (so *Fabricius*, *StV* 1996, 209 [211]; *Saliger*, *StV* 2003, 22 [25]; *Valerius*, *JZ* 2008, 912 [918]; *ders.* [Fn. 2], S. 96 ff.; *Hilgendorf*, *JZ* 2009, 139 [141]; *Grünwald*, *NStZ* 2010, 1 [9]) erscheint mir demgegenüber zweifelhaft (i.E. ebenfalls gegen einen Verbotsirrtum *Hörnle* [Fn. 6], S. 674 f.).

¹⁰⁷ *Peralta* (Fn. 95), S. 271 (Zitat); ausf. *ders.*, *Motivos reprochables*, 2012; sehr ähnlich auch *Timm*, *Gesinnung und Straftat*, 2012, S. 153 ff., 197 f.

Der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung, § 226a StGB: Wirkungen und Nebenwirkungen

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Georgios Sotiriadis, LL.M., Universität Bremen*

I. Einführung

Die letzten drei Jahre musste sich die deutsche Kriminalpolitik mit zwei Phänomenen auseinandersetzen, die mit kultureller Diversität eng zusammenhängen. Das erste davon, die Zwangsverheiratung, sollte durch die Schaffung eines eigenständigen Straftatbestands der Zwangsheirat (§ 237 StGB) bewältigt werden. Das zweite Phänomen, die männliche Genitalbeschneidung wurde im Juni 2012 durch ein Urteil des LG Köln ins öffentliche Bewusstsein gerufen, das die Einwilligung der Sorgeberechtigten in diesen Eingriff für unwirksam erklärte und somit die Strafbarkeit der männlichen Beschneidung postulierte. Der deutsche Gesetzgeber reagierte prompt mit einer im BGB angesiedelten Norm, durch welche unter bestimmten Bedingungen die Straffreiheit der Eltern sowie der diesen Eingriff vornehmenden Ärzte und Geistlichen gewährleistet werden sollte (§ 1631d BGB). Nun hat der deutsche Gesetzgeber ein akutes Regelungsbedürfnis auch hinsichtlich der weiblichen Genitalbeschneidung, allerdings in die entgegengesetzte Richtung, diagnostiziert. Dementsprechend wurde zur „Bekämpfung“ dieser kulturellen Praxis ein neuer Straftatbestand erlassen, nämlich die Verstümmelung weiblicher Genitalien (§ 226a StGB).

Gemeinsames Merkmal dieser Phänomene ist nicht nur der höchstpersönliche Charakter der einschlägigen Rechtsverletzungen – alle betreffen individuelle Rechtsgüter, die Freiheit bei der Zwangsheirat, die körperliche Unversehrtheit bei der männlichen und weiblichen Genitalbeschneidung. Vor allem zeichnen diese eindeutigen Rechtsverletzungen sich dadurch aus, dass sie durch bestimmte Minderheiten verübt werden. An diesem Punkt enden auch die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede zwischen diesen Erscheinungen werden offensichtlich: Während die Genitalbeschneidung bei beiden Geschlechtern einen traditionellen, unter Umständen religiösen oder allgemeiner formuliert kulturellen Ritus darstellt, der sich in ein Lebens- und Bedeutungskonzept einfügen lässt, kann keineswegs behauptet werden, dass die Zwangsverheiratungen Teil einer gruppenbezogenen kulturellen Identität sind; lediglich die Zahlen sprechen für eine höhere Prävalenz bei bestimmten kulturell-ethnischen Gruppierungen.

Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes soll der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung unter die Lupe genommen werden. Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen sind zum einen die dogmatische Stringenz und die verfassungsrechtliche Legitimation dieser Strafnorm, mitunter also die Auslegungsschwierigkeiten, die uns dieser Tatbestand bereiten könnte, auch im Zusammenwirken mit den Modalitäten des Allgemeinen Teils (unter III.). In einem nächsten Abschnitt (unter IV.) wird der kriminalpolitischen Sinnhaftigkeit bzw. Wirkungsweise dieses Tatbestands nachgegangen. Einer solchen strafrechtswissenschaftlichen Analyse muss allerdings eine kurze Erläuterung all derjenigen Fakten vorangehen, welche die Praxis der weiblichen Geni-

talverstümmelung als Teil eines kulturellen Sinnzusammenhangs ausmachen (unter II.).

II. Zur Phänomenologie der Verstümmelung weiblicher Genitalien

Eingangs muss man klarstellen, dass die Verstümmelung weiblicher Genitalien eine Praxis darstellt, die weder neu ist noch erst jetzt entdeckt wurde. In den Sozialwissenschaften werden nicht-medizinisch indizierte Eingriffe in die weiblichen Genitalien seit der Antike dokumentiert und entsprechend wird ihnen eine Kontinuität attestiert.¹ Interessant, aber zugleich nachvollziehbar, ist die wechselnde Wertung dieser Praxis, und zwar sowohl von der Seite der Beobachter als auch von Seiten der betroffenen Personen. Interessant ist dies, weil sich auch an diesem Beispiel eine zentrale Erkenntnis rechtssoziologischer Analysen bestätigen lässt, nämlich die starke Abhängigkeit jedes Urteils über die Strafwürdigkeit eines Verhaltens von verschiedenen kulturellen Normen der jeweiligen Gesellschaft.² Aus diesem Grund ist die wechselnde Bewertung nicht überraschend: von der Konstruktion des Fremden durch die Anstößigkeit seiner Bräuche (darunter die weibliche Genitalverstümmelung) und dem Versuch, diesen Brauch auszurotten, über die spätere Akzeptanz dieses Brauchs durch die Kirche, um ihre missionarischen Ziele nicht zu gefährden, bis hin zum erstarkten Bewusstsein darüber, dass dieser Eingriff gegen Menschenrechte der betroffenen Frauen verstößt.³ Das Attest der Strafwürdigkeit stellt die neueste Entwicklung in dieser Kette dar.

1. Die Klassifikation des Eingriffs nach Eingriffsintensität

Bei dieser vom Gesetzgeber als strafwürdig eingestuften Rechtsverletzung handelt es sich um einen Eingriff in die weiblichen Genitalien. Die Intensität des Eingriffs kann sehr stark variieren. Die medizinische sowie die sozialwissenschaftliche Literatur bieten mehrere Klassifikationsschemata; für die vorliegende juristische Analyse wird die von der Weltgesundheitsorganisation gebrauchte Kategorisierung nach Intensität zugrunde gelegt.⁴ Demnach wird zwischen vier Eingriffsarten differenziert:

* Der Verfasser ist Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Ingeborg Zerbos an der Universität Bremen. Besonderer Dank für ihre wertvolle Unterstützung gilt Herrn Prof. Dr. Felix Herzog und Dr. Mohamad El-Ghazi.

¹ Hellsten, Journal of Medical Ethics 30 (2004), 248; Parrot/Cummings, Forsaken Females, The Global Brutalization of Women, 2006, S. 69.

² Hassemer, in: Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?, 1999, S. 157.

³ Zur Historie siehe Rahman/Toubia, Female Genital Mutilation, 2000, S. 9 ff.; Graf, Weibliche Genitalverstümmelung aus Sicht der Medizinethik, 2013, S. 23, 28.

⁴ Vgl. das aktuelle Infoblatt der WHO, Februar 2014:

- Typ I: Klitorisbeschneidung (Klitoridektomie) – Die Klitoris wird teilweise oder vollständig entfernt.
- Typ II: Exzision – Die Klitoris und die inneren Schamlippen werden entfernt. Die äußeren Schamlippen bleiben unverletzt und die Vagina wird nicht verschlossen.
- Typ III: Infibulation – Die Klitoris, die inneren Schamlippen sowie die inneren Seiten der äußeren Schamlippen werden vollständig entfernt. Beide Seiten der Vulva werden sodann mit Dornen aneinander befestigt oder mit Seide zusammengenäht. Ein vollständiges Zusammenwachsen wird durch die Einführung eines Fremdkörpers verhindert, so dass eine kleine Öffnung verbleibt, durch die Urin und Menstruationsblut abfließen können.⁵
- Typ IV: Hierzu gehören alle andere Prozeduren, die in Typ I bis III nicht aufgeführt sind (Ein- oder Durchstechen, Piercen usw.).

2. Geographische und personelle Verbreitung

Trotz unterschiedlicher Studien liegen keine länderspezifischen Daten über genaues Vorkommen und Ausbreitung der Beschneidung von Mädchen und Frauen vor.⁶ Nach Schätzungen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) gibt es weltweit ungefähr 140 Millionen Mädchen und Frauen, deren Genitalien verstümmelt wurden. Jährlich droht auf dem ganzen Globus weiteren zwei Millionen Mädchen ein solcher Eingriff.⁷ Die Mehrheit dieser Frauen lebt in afrikanischen Ländern sowie in einigen Ländern des Mittleren Ostens und Asiens.⁸ In einigen Regionen in Afrika sind über 90 % der Frauen beschnitten.

Die Prävalenz dieses Phänomens macht deutlich, dass es sich dabei nicht um ein Randphänomen innerhalb einzelner Stämme handelt. Vielmehr weist die Verstümmelung weibli-

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/> (24.4.2014).

Dieser Klassifikation folgen sämtliche gesetzgeberischen Initiativen, siehe BT-Drs. 17/13707, S. 6.

⁵ Siehe Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend, *Genitale Verstümmelung bei Mädchen und Frauen*, Stand: Juni 2005, S. 8 ff. in:

http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/Genitale_20Verst_C3_BCmmelung_20bei_20M_C3_A4dchen_20und_20Frauen.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf (24.4.2014). Unter diesen Typ fällt auch die Refibulation, die vorgenommen wird, wenn die Vulva einer Frau vor der Geburt aufgeschnitten wurde, um den Austritt des Kindes zu ermöglichen, und sie anschließend wieder zugenäht wird.

⁶ Das ist verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Sammlung von empirischen Daten nur in Regionen möglich ist, in denen Frauen sich zur Wehr setzen, so *Milborn*, in: Sauer/Strasser (Hrsg.), *Zwangsfreiheiten, Multikulturalität und Feminismus*, 2009, S. 115 f.

⁷ <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/> (24.4.2014); *Toubia*, *Female Genital Mutilation, A Call for Global Action*, 1993, S. 25.

⁸ *Merry*, *Human Rights and Gender Violence*, 2009, S. 134 ff.

cher Genitalien endemische Züge auf und stellt somit eine nicht zu vernachlässigende Bedrohung für die körperliche Unversehrtheit eines beachtlichen Teils der Gesamtbevölkerung dar. Aufgrund der zunehmenden Migration in westliche Länder wie USA, Kanada sowie nach Europa ist entsprechend eine Zunahme von beschnittenen Frauen auch in diesen Ländern zu erwarten.⁹ Daraus wird ersichtlich, dass ein regionales Phänomen die Grenzen der betreffenden Regionen überschreitet und somit zum Problem für die Aufnahmegesellschaften wird.¹⁰ Die Bewältigung dieses Problems wird deshalb komplexer, weil zur Umgehung der potentiellen Strafbarkeit bzw. der Strafverfolgung derartige Eingriffe häufig in den Ursprungsländern der Zuwanderer, in der Form von sog. Ferienbeschneidungen, stattfinden.¹¹ Dieser Umstand, welcher die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts unter Umständen ausschließt, stellt die Effizienz gesetzgeberischer Initiativen in Frage.¹²

Ebenso bedeutend für die juristische Bewertung ist allerdings auch das Alter, in dem diese Eingriffe stattfinden. Dieses kann stark variieren: Vom Säuglings- über das Kindesalter bis hin zum Erwachsenenalter ist eine Verstümmelung der weiblichen Genitalien möglich. Darüber hinaus ist eine Verbindung zwischen dem Alter und der Art des Eingriffs zu beobachten. Während die eingriffsintensivste Infibulation bereits im Säuglings- oder Kindesalter vorgenommen wird, ist die Klitoridektomie eher bei älteren Mädchen oder sogar bei erwachsenen Frauen vor ihrer Heirat oder vor der Geburt ihrer Kinder anzutreffen.¹³

3. Folgen des Eingriffs für die betroffenen Frauen und Mädchen

Die Beschneidung von Frauen und Mädchen führt zu schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen. In den Empfehlungen der Bundesärztekammer zum Umgang mit Patientinnen nach weiblicher Genitalverstümmelung wird zwischen akuten und chronischen Komplikationen differenziert: Die akuten Folgen können in Infektionen, Problemen beim Wasserlassen, Ver-

⁹ *Dirie* und *Milborn* sprechen von mindestens einer halben Million beschnittener Frauen, die in Europa leben. Diese Zahl ergibt sich aus Hochrechnungen aus den Zahlen eingewanderter Frauen aus praktizierenden Ländern. Die *Autorinnen* betonen jedoch die große Unsicherheit der Datenlage, *Dirie/Milborn*, *Schmerzskinder*, 2005; in Deutschland sind ungefähr 25.000 Frauen davon betroffen, siehe die Dunkelzifferstatistik der Terre des Femmes, abrufbar unter: <http://www.frauenrechte.de/online/images/downloads/fgm/Statistik-FGM.pdf>. (24.4.2014). Zu den Schwierigkeiten, genaue Zahlen von Betroffenen zu erfassen, *Zöller/Thörnich*, *JA* 2014, 167 (168).

¹⁰ Weibliche Genitalverstümmelungen gab es allerdings auch in europäischen Staaten, siehe für den deutschsprachigen Raum *Hulverscheidt*, *Weibliche Genitalverstümmelung*, 2002, S. 40 ff.

¹¹ Siehe BT-Drs. 17/121374, S. 1; BT-Drs. 17/12017, S. 6.

¹² Mehr dazu siehe unten III. 2. b).

¹³ Siehe *Trechsel/Schlauri*, *Weibliche Genitalverstümmelung in der Schweiz*, 2004, S. 5 m.w.N.

letzungen benachbarter Organe und Blutungen bestehen.¹⁴ Wenige Erkenntnisse liegen bezüglich der durch die Beschneidung hervorgerufenen Todesfälle vor.

Daneben wird in der einschlägigen medizinischen Literatur eine Reihe von chronischen Komplikationen beschrieben wie z.B. bei der Sexualität und Menstruation sowie Komplikationen während der Schwangerschaft und der Geburt. 25 % aller Fälle von Unfruchtbarkeit bei afrikanischen Frauen gehen Schätzungen zufolge auf Genitalverstümmelung zurück.¹⁵

Schließlich sind die psychischen Folgen dieses Eingriffs besonders schwer. Der Eingriff wird von der betroffenen Frau als ein schwer auslöschbares psychisches Trauma erlebt. Langfristig leiden diese Frauen unter Depressionen, Angst sowie unter der Unfähigkeit, Vertrauen auch gegenüber ihren engsten Bezugspersonen aufzubauen, was oft zu verschiedenen Beziehungskonflikten führt. Letztlich dürfen die Frauen aufgrund der für sie ungünstigen hierarchischen Verhältnisse in diesen Gesellschaften dieses Leid gar nicht ausdrücken, was diese psychosozialen Folgen noch unerträglicher macht.¹⁶

Dabei muss zweierlei betont werden, was auch für die strafrechtliche Einordnung von Belang sein kann: Erstens sind erwartungsgemäß die Art der Komplikationen sowie deren Häufigkeit von der genauen Durchführungsart des Eingriffs abhängig. Die Durchführung des Eingriffs erfolgt mit speziellen Messern, Scheren, Skalpell oder Glasscherben. Durch den Einsatz oft ungeeigneter Instrumente sowie wegen der völlig unhygienischen Bedingungen treten zusätzliche Gesundheitsschäden auf. Dabei werden keine Anästhetika oder Antiseptika verwendet.

Die Eingriffe werden in der Regel von älteren Frauen vorgenommen, die im jeweiligen Dorf oder Stamm diese Aufgabe als Beschneiderinnen wahrnehmen. Manchmal werden traditionelle Geburtshelfer eingesetzt. Wie oben angedeutet, müssen auch andere Personen zugegen sein, die dabei „helfen“, das Mädchen festzuhalten, um zu verhindern, dass es sich wehrt und dafür zu sorgen, dass es stillhält. Männer sind selten anwesend. Dokumentiert ist ebenso, dass besser situierte Familien die Dienste von Fachpersonal, z.B. von Hebammen oder Ärzten in Anspruch nehmen.¹⁷ Selbstverständlich werden viele der oben aufgeführten Gesundheitsschäden abgewendet, wenn der Eingriff unter hygienischen Umständen von Ärzten durchgeführt wird.

Zweitens ist die Gefahr von Komplikationen nicht stets gleich hoch, sondern variiert je nach Eingriffstyp: Zahlreiche der schweren, sogar lebensgefährlichen Komplikationen, sind vor allem bei Eingriffstyp III, also der Infibulation, zu beobachten. Denn bei diesem Eingriff wird nicht nur ein Teil

der anatomischen Struktur der Frau „weggeschnitten“, sondern vielmehr wird durch das Zusammennähen der Vaginalöffnung die Anatomie so erheblich modifiziert, dass zentrale natürliche Funktionen wie Menstruation, Wasserlassen sowie der Geschlechtsverkehr behindert werden.

4. Gründe für den Eingriff

Die Ursachen für diesen Eingriff sind sehr vielfältig und variieren je nach geographischer Lage sowie nach dem Typ des Eingriffs. Die weibliche Genitalverstümmelung wird häufig von Angehörigen der Stämme, die diese Praxis betreiben, als ein Initiationsritus in das Erwachsenenalter dargestellt.¹⁸ Dieser Funktion kann allerdings nur bedingt ein Erklärungswert zukommen, wenn man berücksichtigt, wie oft der Eingriff viel früher stattfindet.¹⁹

Eine große Rolle spielen jedenfalls ästhetische Gründe. In den die Genitalverstümmelung betreibenden Gruppen herrschen ästhetische Vorstellungen, wonach die Vulva „hässlich und unordentlich“ aussehe.²⁰ Mit diesen ästhetischen Gründen hängen auch pseudomedizinische Begründungen zusammen, nach denen die weiblichen Genitalien unrein seien, Infektionen beförderten und die Klitoris sowohl für das männliche Glied beim Geschlechtsverkehr, als auch für den Säugling bei der Geburt, gefährlich werden könnte.²¹

Religiöse Überzeugungen sind im Kontext von einer Vielzahl von solchen Eingriffen ebenso wenig hinwegzudenken. Auch wenn die weibliche Genitalverstümmelung von Angehörigen aller möglichen Religionen praktiziert wird, scheint der Glaube, dass der Islam diese Praxis gebietet, ziemlich verbreitet zu sein.²² Mittlerweile werden von muslimischen Geistlichen Versuche unternommen, diese Praxis als islamfeindlich darzustellen, um sie zu begrenzen.²³

Ein wesentlicher Faktor für die weitere Verbreitung der weiblichen Genitalverstümmelung scheint jedoch der Faktor „Tradition“ zu sein. Demzufolge entspricht diese Praxis einem sehr alten Brauch, so dass die Betroffenen (Täter und Opfer) in der Überzeugung handeln, etwas Notwendiges zu tun. Hinter diesen Gedanken dürften soziokulturelle Gründe virulent werden.²⁴ Eine beschnittene Frau wird als rein empfunden und erhöht somit ihre Chancen auf dem „Heiratsmarkt“. Die Eltern bekommen im Fall einer beschnittenen Tochter

¹⁴ Siehe die Empfehlungen zum Umgang mit Patientinnen nach weiblicher Genitalverstümmelung der Bundesärztekammer, Stand: 25.11.2005, ergänzt um Kapitel 10 durch Beschluss des Vorstandes v. 18.1.2013, abrufbar unter: <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.7.47.3207> (24.4.2014).

¹⁵ Rosenke, ZRP 2001, 377 f.

¹⁶ Bundesministerium für Familie (Fn. 5), S. 19.

¹⁷ Bundesministerium für Familie (Fn. 5), S. 9, 19.

¹⁸ Kölling, Weibliche Genitalverstümmelung im Diskurs, 2008, S. 14 ff. m.w.N.

¹⁹ Bundesministerium für Familie (Fn. 5), S. 10.

²⁰ Trechsel/Schlauri (Fn. 13), S. 6 m.w.N.

²¹ Hedley/Dorkenoo, Child Protection and Female Genital Mutilation, 1992, S. 22.

²² Vgl. Kölling (Fn. 18), S. 19.

²³ Abd El Salam, in: Denniston/Hodges/Milos (Hrsg.), Male and Female Circumcision, 1999, S. 317 (320). Zum Teil wird der Charakter der weiblichen Genitalverstümmelung als eine islamische Praxis als „westliche Propaganda“ abgetan, die Nachweise hierzu in: Jerouschek, NStZ 2008, 313 (314 Fn. 16).

²⁴ Graf (Fn. 3), S. 39 ff.

einen viel höheren Brautpreis.²⁵ Die Beschneiderinnen bestreiten durch die Weiterpraktizierung ihren Lebensunterhalt – allesamt Umstände, die zeigen, dass diese Praxis vor wirtschaftlichen Einflüssen nicht gefeit ist.

Betrachtet man all diese Umstände aus einer menschenrechtlichen Sicht und aus feministischer Perspektive, drängt sich letztendlich der Schluss auf, dass es dabei um eine Praxis geht, die mehr oder minder unmittelbar auf die Unterdrückung und Kontrolle der weiblichen Sexualität abzielt.²⁶

III. Zur dogmatischen Analyse des Tatbestands

Sowohl die Aktivitäten von zahlreichen NGOs auf nationaler Ebene (z.B. Terre des Femmes) als auch die menschenrechtliche Arbeit von internationalen Organisationen haben dazu beigetragen, dass der Unwert dieser Praxis ins öffentliche Bewusstsein vorgedrungen ist.²⁷

Der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung (§ 226a StGB) soll nach Ansicht des Gesetzgebers gerade demonstrieren, dass es sich dabei um einen schwerwiegenden, menschenrechtlich geächteten Eingriff in die Belange der betroffenen Frauen handelt und somit einen wirkungsvolleren Schutz der Opfer gewährleisten.²⁸

1. Geschütztes Rechtsgut

Durch § 226a StGB wird eindeutig das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit geschützt: dies bezeugt die systematische Verortung des Tatbestands im 17. Abschnitt der Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit nach der schweren Körperverletzung (§ 226 StGB) und vor der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB).

Im internationalen menschenrechtlichen Schrifttum wird die weibliche Genitalverstümmelung als ein Verstoß gegen das Recht der Frau auf sexuelle Selbstbestimmung betont. Soweit man der mindestens in der westlichen Welt vorherrschenden Ansicht folgt, dass die weibliche Genitalverstümmelung ein Mittel zur Unterdrückung der weiblichen Sexualität darstellt, scheint das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung mitgeschützt zu sein. Dabei handelt es sich um eine nicht unwichtige Frage: denn das zu schützende Rechtsgut wird die konkrete Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale mitbestimmen. Der deutsche Gesetzgeber positioniert sich diesbezüglich jedoch nicht so eindeutig wie z.B. der österreichische es tut: In § 90 öStGB, der die Modalitäten der rechtfertigenden Einwilligung zentral regelt, wird in Abs. 3 die rechtfertigende Wirkung einer Einwilligung ausgeschlossen.

²⁵ Boyd, *Circumcision Exposed, Rethinking a Medical and Cultural Tradition*, 1998, S. 36.

²⁶ Dieses Eindrucks kann man sich nicht erwehren, wenn z.B. dokumentiert wird, dass dieser Eingriff Jungfräulichkeit und eheliche Treue gewährleisten soll, *Lightfoot-Klein*, *Das grausame Ritual, Sexuelle Verstümmelung afrikanischer Frauen*, 2. Aufl. 1992, S. 95 Fn. 11; *Rosenke*, ZRP 2001, 377 Fn. 13.

²⁷ Für eine umfangreiche Betrachtung der weiblichen Genitalverstümmelung aus einer menschenrechtlichen Perspektive siehe *Graf* (Fn. 3), S. 75 ff.

²⁸ Siehe BT-Drs. 17/13707, S. 1.

sen, soweit die Verletzung der (männlichen *und* weiblichen) Genitalien geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen.²⁹ In der Gesetzesbegründung zu § 226a StGB ist hingegen kein Hinweis anzutreffen, der für die sexuelle Selbstbestimmung als durch § 226a StGB geschütztes Rechtsgut spräche. Der Gesetzgeber hat es somit versäumt, die sexuelle Selbstbestimmung bzw. die sexuelle Entwicklung von Mädchen als Schutzgut klar herauszuarbeiten, so dass dieses als lediglich mittelbarer Reflex der Vorschrift anzusehen ist.³⁰

2. Tatbestandsmerkmale des § 226a StGB

Nach § 226a Abs. 1 StGB (Verstümmelung weiblicher Genitalien) wird mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wer die äußeren Genitalien einer weiblichen Person verstümmelt. Dazu wird in § 226a Abs. 2 StGB ein modifizierter Strafraum für minder schwere Fälle postuliert.

a) Tatobjekt

Die Tat muss an einer weiblichen Person begangen worden sein. Die Verwendung dieses sprachlich etwas ungeschickten Begriffs (statt z.B. Frau) wurde bevorzugt, um Missverständnissen in Bezug auf das erforderliche Alter des Opfers vorzubeugen.³¹ Darunter fallen also sowohl minderjährige (Mädchen) als auch volljährige Frauen.

Als Angriffsobjekt firmieren die äußeren weiblichen Genitalien. Darunter ist die gesamte Vulva zu verstehen, welche die Klitoris, die äußeren und die inneren Schamlippen umfasst. Durch diese Begrenzung sollen vor allem Operationen an den inneren weiblichen Genitalien, wie z.B. an den Eierstöcken, Eileitern und der Gebärmutter, von der Strafbarkeit ausgenommen werden. Interessant ist dabei der Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass derartige Eingriffe an den inneren weiblichen Genitalien in der Regel nicht aus rituellen oder kulturellen Gründen stattfinden und somit kein Strafbefürdnis besteht. Durch diesen Hinweis lässt sich allerdings – wahrscheinlich ungewollt – die gesetzgeberische Absicht erkennen, nur diejenigen Eingriffe zu kriminalisieren, die von bestimmten Gruppen aus rituellen Gründen vorgenommen werden. Bei Eingriffen an den inneren weiblichen Genitalien erübrigt sich nach gesetzgeberischer Auffassung das Regelungsbedürfnis aus dem zusätzlichen Grunde, dass solche Eingriffe in der Regel zum Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit führen und somit bereits vom Tatbestand der schweren Körperverletzung nach § 226 Abs. 1 Nr. 1 letzte Alt. StGB erfasst werden.³²

²⁹ Siehe dazu *Zerbes*, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 14. Lfg. 2014, § 90 Rn. 18 ff., Ausschluss der Einwilligung in eine Genitalverstümmelung (im Erscheinen).

³⁰ Im Ergebnis ähnlich *Hagemeier/Bülte*, JZ 2010, 406 (409), die eine Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts als Folge des massiven Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit des Opfers sehen.

³¹ BT-Drs. 17/13707, S. 6.

³² BT-Drs. 17/13707, S. 6.

b) Tathandlung

Die erforderliche Tathandlung ist das Verstümmeln der äußeren weiblichen Genitalien. Der genaue normative Gehalt dieses Begriffs wirft eine Reihe von Auslegungsfragen auf. Die Gesetzesbegründung stellt diesbezüglich klar, dass durch dieses Tatbestandsmerkmal lediglich negative Veränderungen an den äußeren Genitalien von einigem Gewicht einbezogen werden. Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass dieser Begriff in der Rechtspraxis zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen könnte, vorausgesetzt natürlich, dass die Vorschrift tatsächlich in der Rechtswirklichkeit angewendet wird. Denn der Begriff des Verstümmelns impliziert eine gewisse Erheblichkeit des Eingriffs. Ob jedoch bei allen Eingriffen dieser Art die Erheblichkeitsschwelle überschritten wird, steht nicht von vornherein fest. Wie die Klassifikation der weiblichen Genitalverstümmelung durch die WHO gezeigt hat, kann die Intensität des Eingriffs sehr stark variieren. Vor allem bei Eingriffen des Typs I (Klitoridektomie) wird nicht immer die gesamte Klitoris abgeschnitten, sondern manchmal „nur“ die Klitorisvorhaut. Dazu gibt es ebenso Eingriffe, bei denen an den weiblichen Genitalien nicht „weggeschnitten“ wird, sondern z.B. der Eingriff sich auf das Durchstechen der Klitoris mit einer Nadel beschränkt (Typ IV). In diesen Fällen liegt eindeutig kein Verlust von Körpersubstanz vor.

Fraglich bleibt somit, ob sämtliche negativen Veränderungen der weiblichen Genitalien unter das Merkmal „Verstümmeln“ fallen, oder ob das Verstümmeln zwingend mit einem Verlust von Körpersubstanz einhergehen muss. Berücksichtigt man das Telos der neuen Strafvorschrift, die traditionelle oder rituelle Beschneidung von Frauen zu bekämpfen, drängt sich ein Verständnis des Tatbestandsmerkmals auf, wonach alle nicht indizierten Eingriffe in die weiblichen Genitalien davon erfasst werden, auch wenn diese sich in einem Einkerbigen oder Durchstechen der Klitorisvorhaut erschöpfen. Diesbezüglich ist jedoch zweifelhaft, ob auch solche Handlungen, denen keine Erheblichkeit innewohnt, tatsächlich unter „Verstümmeln“ subsumiert werden können. Die Auswahl des Begriffs „Verstümmeln“ durch den Gesetzgeber sowie die Betrachtung anderer Begriffe des Körperverletzungsrechts legen eine andere Auslegung nahe: Verstümmeln setzt grammatikalisch den Verlust von Körpersubstanz oder zumindest eine nachteilige Veränderung voraus, die mit einem gewissen Verlust der Funktionsfähigkeit des betroffenen Körperteils einhergeht.³³ Attestiert man den äußeren weiblichen Genitalien eine unverzichtbare Funktion zur sexuellen Erregbarkeit einer weiblichen Person, sind sehr leichte Einschnitte der Klitorisvorhaut (ein Teil der Eingriffe des Typs I) sowie einige Eingriffe des Typs IV, welche die Funktionsfähigkeit der Klitoris nicht erheblich beeinträchtigen, nicht als „Verstümmeln“ aufzufassen.³⁴ Sollten auch diese

³³ Vgl. zum gängigen sprachlichen Verständnis des Begriffs „Verstümmeln“, das Duden-Wörterbuch und Wikipedia, in: <http://de.wikipedia.org/wiki/Verst%C3%BCmmelung> (24.4.2014).

³⁴ Fischer deutet dieses Problem an, ohne jedoch diese Eingriffe ausdrücklich aus dem Wortlaut herauszunehmen, in:

erfasst werden, wäre zur Umschreibung der Tathandlung der Begriff des „Verletzens“ angebrachter, der nicht zwingend einen darüber hinaus gehenden Verlust von Körpersubstanz oder von Funktionsfähigkeit fordert. Der Wortlaut dieses Merkmals wäre eindeutig überschritten, wenn jedes Durchstechen des äußeren Teils der Klitoris unter „Verstümmeln“ subsumiert würde. Angesichts dieser Erwägungen ist die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals in den oben umschriebenen Fällen zu verneinen.³⁵ Selbstverständlich bleibt in solchen Konstellationen die Strafbarkeit wegen der anderen, in aller Regel mitverwirklichten, Körperverletzungsdelikte.

Darüber hinaus erscheint der Begriff des Verstümmelns aus einem anderen Grund fragwürdig. Denn er weist einen eindeutig wertenden Charakter auf; und zwar nicht ausschließlich hinsichtlich der Intensität des Eingriffs,³⁶ sondern auch im Hinblick auf die Motivation des Täters oder auf die Finalität des Eingriffs. Das Verstümmeln hebt sich vom neutralen Begriff des „Verletzens“ dadurch ab, dass eine gewisse Böswilligkeit impliziert wird.³⁷ Es ist nicht zufällig, dass dieser Begriff in den Bereich der Körperverletzungsdelikte bisher keinen Eingang gefunden hat; in § 226 StGB ist von Entstellen (Nr. 3) oder vom Verlust eines Glieds (Nr. 2) die Rede: diese Begriffe drücken lediglich die Eingriffsintensität und keine darüber hinaus gehende Motivation oder Gesinnung des Täters aus. Der einzige Straftatbestand, bei dem dieser Begriff als Tatbestandsmerkmal verwendet wird, ist bislang § 109 StGB (Wehrpflichtentziehung durch Verstümmelung). Nach gängiger Auslegung des § 109 StGB ist als Verstümmelung jegliche unmittelbare mechanische Einwirkung auf den Körper aufzufassen, die zum Verlust oder zur Zerstörung eines Organs oder Körperglieds führt.³⁸ Dabei handelt es sich allerdings um eine Straftat gegen die Landesverteidigung, die mit dem hier interessierenden Straftatbestand des § 226a StGB kaum vergleichbar ist. Das Einzige, was auf die Problematik des § 226a StGB vielleicht übertragbar sein könnte, ist das Mitschwingen eines bestimmten Tätertypus: bei § 109 StGB des tückischen Täters, der sich nicht scheut, sich selbst zu verstümmeln oder durch einen Anderen ver-

Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 226a Rn. 5.

³⁵ Ähnlich Wüstenberg, KritV 2012, 463 (467).

³⁶ Aber auch diesbezüglich: In diesem Sinne kann man der Gesetzesbegründung, die das Verstümmeln als „gewaltsam kürzen, schwer verletzen, entstellen“ usw. definiert, zustimmen, siehe BT-Drs. 17/13707, S. 6.

³⁷ Interessant dabei ist, dass im Begriff „Verstümmeln“ auch Ärzte die Überbetonung einer „Böswilligkeit“ sehen, vgl. Obermeyer, Medical Anthropology Quarterly 13/1 (1999), 80.

³⁸ Siehe Schröder, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 109 Rn. 13; a.A. Rudolphi, der den Verlust oder die Unbrauchbarkeit des Organs ausreichen lässt, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 53. Lieferung, Stand: Oktober 2001, § 109 Rn. 11.

stümmeln zu lassen, um seine Wehrpflicht zu meiden; bei § 226a StGB des „Barbaren“ bzw. des kulturell Fremden.³⁹

Zudem können unter Verstümmeln auch Feminisierungs- oder Maskulinisierungsoperationen fallen, wie z.B. diejenigen, die bei intersexuellen Kindern nach Absprache der Ärzte mit den Eltern vorgenommen werden. Dabei handelt es sich um Veränderungen an den äußeren Genitalien von einigem Gewicht.⁴⁰ Die Erheblichkeitsschwelle ist eindeutig überschritten; zudem wird Körpersubstanz entfernt. Unter Berücksichtigung des Zwecks der Vorschrift kann jedoch nicht überzeugend behauptet werden, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, die Vornahme solcher geschlechtsbestimmender Operationen unter Strafe zu stellen und dadurch den Eltern und Ärzten die Entscheidungshoheit zu entziehen.⁴¹ Hinzu kommt, dass bei Intersexuellen in einigen Fällen das Verstümmeln der männlichen Genitalien erforderlich ist, das von § 226a StGB nicht erfasst wird. Die Herausnahme solcher Intersexuellen-Operationen aus dem Wortlaut des § 226a StGB dürfte also nur mittels einer teleologischen Reduktion möglich sein. Überhaupt wird der Richter mit der Frage konfrontiert sein, nach wessen Kriterien das Urteil getroffen werden soll, ob es sich dabei um eine negative Veränderung handelt.⁴²

Das Motiv des Gesetzgebers, durch den Gebrauch des Begriffs „Verstümmelung“ den hohen Unwert solcher rituellen Beschneidungen zum Ausdruck zu bringen und somit Parallelen zur männlichen Genitalbeschneidung auszuschließen, kann allerdings unerwünschte Nebenfolgen haben: denn entsprechend der Tathandlung des Verstümmelns sind die betroffenen Opfer „verstümmelt“ – eine durchaus stigmatisierende Wirkung für die Opfer. Es ist nicht zufällig, dass in der sozialwissenschaftlichen Literatur immer noch ein erbitterter Streit im Hinblick auf eine präzise, angemessene Bezeichnung dieser Praxis herrscht: Im englischsprachigen Schrifttum wird der Streit hinsichtlich des Unwerts sowie der Vergleichbarkeit zwischen männlicher und weiblicher Beschneidung somit auf der Ebene der Begriffe fortgesetzt: „Female Genital Mutilation“ (übersetzt: weibliche Genitalverstümmelung) wird z.B. benutzt, um das besondere Schädigungspo-

tential und somit den höheren Unwert dieser Praxis im Vergleich zur männlichen Beschneidung auszudrücken. Der Terminus „Female Genital Circumcision“, welcher sich an den Begriff der männlichen Zirkumzision anlehnt und einen medizinischen Zusammenhang impliziert, bezweckt genau das Gegenteil und postuliert somit eine unmittelbare Vergleichbarkeit zwischen männlicher und weiblicher Beschneidung. Deswegen wird dieser Begriff als verharmlosend kritisiert.⁴³ Vielleicht angemessener ist der Begriff „Female Genital Cutting“:⁴⁴ er ist deskriptiver und vermeidet somit potentielle Moralisierung, umfasst sämtliche Formen der Verstümmelung unabhängig von deren Intensität, setzt jedoch gleichzeitig den Verlust von Körpersubstanz voraus, so dass kleine rituelle Einschnitte in die Klitoris nicht erfasst werden.⁴⁵

Diesen Gedanken trägt der Gesetzgeber mit der Wahl des unflexiblen Begriffs „Verstümmeln“ nicht Rechnung. Wünschenswert wäre jedenfalls ein neutraler Begriff, und zwar sowohl aus dogmatischen als auch aus symbolisch-kommunikativen Gründen. Dogmatisch führt der Begriff des Verstümmelns zu unnötigen Abgrenzungsschwierigkeiten. Symbolisch erweist sich dieser Begriff ebenfalls als höchst problematisch. Denn er knüpft den Taterfolg des Verstümmelns mittelbar an bestimmte, kulturell differente, minoritäre Gruppen. Nach der Gesetzesbegründung sollen rein kosmetisch motivierte Eingriffe, wie Intimpiercing oder „Schönheitsoperationen“ im Genitalbereich vom Anwendungsbereich dieser Strafnorm ausgenommen werden, mit der Begründung, dass diese regelmäßig nicht die mit der Verstümmelung der weiblichen Genitalien schweren unmittelbaren und mittelbaren körperlichen und psychischen Schäden der Betroffenen zur Folge haben.⁴⁶

Somit werden diese schwerwiegenden Folgen nur solchen Eingriffen zugeschrieben, die vom Gesetzgeber willkürlich als rituelle weibliche Genitalverstümmelungen eingestuft werden. Hier kommt klar zum Ausdruck, dass dem Gesetzgeber ein konkreter Tätertypus vorschwebt, während ihm andere mögliche, durchaus ebenso strafwürdige Fallkonstellationen entgleiten: liegt z.B. kein Verstümmeln vor, wenn eine Mutter unter dem Einfluss aus den USA stammender ästhetischer Vorstellungen ihre kleine Tochter einer Operation unterzieht, in Folge derer die Klitoris verkleinert oder

³⁹ Bei § 226a StGB wird allerdings die Selbstverstümmelung nicht unter Strafe gestellt: die Tathandlung muss also an einer anderen Person begangen worden sein, siehe *Fischer* (Fn. 34), § 226a Rn. 8.

⁴⁰ Der Gesetzgeber stellt diese Anforderungen an den Begriff des Verstümmelns, BT-Drs. 17/13707, S. 6.

⁴¹ Ob die Ausnahme von solchen Operationen aus dem Anwendungsbereich der Körperverletzungsdelikte sinnvoll ist, wird lebhaft diskutiert, abl. z.B. *Kolbe*, KJ 2009, 271.

⁴² Diesbezüglich wird wahrscheinlich – wie man es auch bei anderen normativ-wertenden Tatbestandsmerkmalen tut – auf einen einheitlichen Bewertungsmaßstab abgestellt, gemeint ist der wie auch immer zu ermittelnde Sinnhorizont des Durchschnittsmenschen, siehe z.B. bzgl. der niedrigen Beweggründe *Valerius*, Kultur und Strafrecht, 2011, S. 83 ff. Warum dies jedoch zwingend ist, lässt sich dogmatisch nur schwerlich begründen und wurde bisher nicht befriedigend beantwortet.

⁴³ Dies wird nicht nur von Feministinnen, sondern auch von Ärzten so gesehen, siehe *Toubia* (Fn. 7), S. 9.

⁴⁴ So auch die internationale sozialwissenschaftliche Literatur, z.B. *Yoder/Abderrahim/Zhuzhuni*, Female Genital Cutting in the Demographic and Health Surveys, 2004; dieser Begriff ist nach *Graf* im direkten Umgang mit Betroffenen zu verwenden, *Graf* (Fn. 3), S. 19. Problematisch dabei ist, dass dieser Begriff ins Deutsche mit dem Terminus „Beschneidung“ übersetzt wird, so dass die Unterschiede zwischen der männlichen und der weiblichen „Beschneidung“ nicht klar hervortreten. Ob man jedoch so pauschal einen qualitativen Unterschied annehmen kann, wird mittlerweile angezweifelt, z.B. *Graf* (Fn. 3), S. 67 ff.

⁴⁵ Diesbezüglich s. auch *Milborn* (Fn. 6), S. 115 f.

⁴⁶ Siehe BT-Drs. 17/13707, S. 6.

sogar vollständig entfernt wird, und aus der in der Entwicklung befindlichen Vagina des Mädchens eine sog. Designer-Vagina „gemacht wird“?⁴⁷ Und warum fallen Intim-Piercings nicht unter Verstümmeln, wohl aber Eingriffe des Typs IV, darunter kleine Einschnitte, Ätzungen oder Ausbrennen?

Zusammenfassend verleitet der Begriff des Verstümmelns nicht nur zu rechtsphilosophisch zu analysierenden Gerechtigkeitsdefiziten, wenn nicht ausschließlich das Schädigungspotential unrechtsbegründend bzw. -erhöhend ist. Vielmehr ergeben sich daraus potentiell verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlungen für das gleiche Tatverhalten.

c) *Die verfassungsrechtliche Legitimation der Norm*

Der Versuch, den Straftatbestand des § 226a StGB verfassungsrechtlich zu begründen, ist auf den ersten Blick einfach zu bewältigen, namentlich im Rückgriff auf die staatlichen Schutzpflichten hinsichtlich des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).⁴⁸ Hinsichtlich der Fragen, auf welchem Wege solche staatlichen Pflichten erfüllt werden und ob die Strafbarkeit tatsächlich die ultima ratio der staatlichen Handlungsoptionen darstellt und somit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerecht wird, wird bekanntlich dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative zuerkannt.⁴⁹ In diesem Sinne unterscheidet sich die neue Strafnorm unter verfassungsdogmatischen Gesichtspunkten gar nicht von den sonstigen Normen des Körperverletzungsrechts.

Besonders problematisch erscheint jedoch die Verfassungsmäßigkeit des § 226a StGB, wenn man in Betracht zieht, dass dadurch lediglich die Verstümmelung der weiblichen Genitalien inkriminiert wird. Somit sind wir mit der etwas bizarren Situation konfrontiert, dass die Verstümmelung weiblicher Genitalien zum Verbrechenstatbestand aufgewertet wird, während die Beschneidung der männlichen Genitalien unter den Voraussetzungen des § 1631d BGB ermöglicht wird, so dass die Einwilligung der Personensorgeberechtigten wirksam bleibt. Dabei handelt es sich um eine eindeutige Ungleichbehandlung des jeweiligen Täters je nach dem Geschlecht seines Opfers, so dass sich eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG aufdrängt; vor allem ist darin ebenso eine Ungleichbehandlung der Opfer zu sehen, deren differentes Ausmaß an strafrechtlichem Schutz je nach seinem Geschlecht gewährt

wird: Aus diesen Gründen liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gem. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nahe.⁵⁰

Fraglich bleibt allerdings, ob sich diese Ungleichbehandlung aus irgendwelchen Gründen rechtfertigen lässt. An eine solche Rechtfertigung legt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts strenge Maßstäbe an. Dementsprechend muss die Regelung entweder zwingend erforderlich zur Lösung von Problemen sein, die ihrer Natur nach nur bei Frauen oder Männern auftreten können, oder durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.⁵¹ „Ihrer Natur nach“ nur bei Frauen oder Männern auftreten können schon vom Wortsinn her nur solche Probleme, die allein auf biologischen Unterschieden beruhen.⁵² Dieses Verständnis verlangt somit die Vergleichbarkeit zwischen männlicher Genitalbeschneidung und weiblicher Genitalverstümmelung.

Zu diesem Zweck wird hier auf zwei Kriterien abgestellt: (1) die Eingriffsintensität und (2) die Folgen des Eingriffs. Hinsichtlich der Eingriffsintensität wurde bereits aufgezeigt, dass diese stark variieren kann, so dass manchmal Eingriffe an den weiblichen Genitalien stattfinden, die mit der klassischen ästhetischen oder religiös-motivierten Zirkumzision (von Knaben) vergleichbar sind. Die Motivation, mithin der Grund solcher Eingriffe, ob also eine weibliche Genitalverstümmelung aus religiösen Gründen, als Initiationsritus oder einfach aus Tradition stattfindet, stellt kein Kriterium bei dem Vergleich mit ähnlich invasiven Eingriffen bei männlichen Kindern dar. Die Erlaubnisnorm des § 1631d BGB bzgl. der Dispositionsbefugnis der Personensorgeberechtigten knüpft ebenso wenig an die Motivation dieser Eingriffe an.⁵³ Die Entfernung der Klitorisvorhaut kann somit ein in seiner Intensität durchaus mit der männlichen Genitalbeschneidung vergleichbarer Eingriff sein. Die Kriminalisierung der weiblichen Beschneidung und die Ausnahme von der Bestrafung für die männliche Beschneidung lassen sich also bei diesen, in ihrer Eingriffsintensität ähnlichen Verhaltensmustern, verfassungsrechtlich nicht halten.⁵⁴

⁴⁷ <http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2011/feb/27/labia-plasty-surgery-labia-vagina-pornography?INTCMP=SRCH>. (24.4.2014). Unter den Begriff „Designer-Vagina“ fallen Operationen, bei denen auch an den äußeren weiblichen Genitalien eingegriffen wird. Für die Inzidenz weiblicher Genitalverstümmelungen in der westlichen Welt, siehe Kölling (Fn. 18), S. 76 ff.; Graf (Fn. 3), S. 34.

⁴⁸ Zu den Schutzpflichten aus Art. 2 GG siehe Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 91 ff.; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht Bd. 2, Rn. 433 ff.; vgl. BVerfGE 39, 1 (42); Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 75 ff.

⁴⁹ BVerfGE 120, 224 (239 ff.).

⁵⁰ So auch Müller, <http://blog.beck.de/2013/10/04/der-neue-226-a-stgb-verst-mmelung-weiblicher-genitalien-verfassungswidrig> (24.4.2014);

als verfassungswidrig wird § 1631d BGB von Walter, JZ 2012, 1110 (1113), eingestuft. Hier geht es allerdings um die Verfassungsmäßigkeit des § 226a StGB.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 85, 191 (207).

⁵² Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art 3 Rn. 272 ff.

⁵³ Eine solche Anknüpfung erfolgt nicht im Gesetzestext, die Begründung lässt jedoch die Berücksichtigung der Motivation zur Konkretisierung des Kindeswohls zu und schafft somit eine starke Rechtsunsicherheit, dazu instruktiv Walter, JZ 2012, 1110 (1113); Scheinfeld, HRRS 2013, 268 (279).

⁵⁴ Gleichheitsprobleme diagnostizieren Fischer (Fn. 34), § 226a Rn. 4 f.; Herzberg, ZIS 2012, 486; Hardtung, Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss des Bundestages, 2013, Rn. 12. Die folgenden Ausführungen orientieren sich an der Verfassungsmäßigkeit der Erlaubnisnorm des § 1631d BGB, die allerdings höchst umstritten ist, statt vieler: Herzberg, ZIS 2014, 56.

Differenzierter könnte allerdings die verfassungsrechtliche Abwägung ausfallen, wenn nicht auf die Intensität des Eingriffs, sondern auf die Folgen des Eingriffs für das betroffene Opfer abgestellt wird.⁵⁵ Diese seien im Fall der nicht-medikalisierten weiblichen Genitalverstümmelung typischerweise im Vergleich zum klassischen Fall der Knabenbeschneidung schwerwiegender. Entsprechend erkennt § 1631d BGB die Wirksamkeit der elterlichen Einwilligung an und hebt somit das Strafbarkeitsrisiko nur dann auf, wenn die Zirkumzision *lege artis* durchgeführt wird. Wird die Knabenbeschneidung nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt, wird diese Handlung nicht von § 1631d BGB gedeckt: Die elterliche Einwilligung ist in diesem Fall unwirksam und die Personensorgeberechtigten machen sich strafbar. Die weibliche Genitalverstümmelung findet – davon geht auch der Gesetzgeber aus – in einem nicht medikalisierten Umfeld statt. Die Regeln der ärztlichen Kunst werden eindeutig nicht eingehalten. Dieser Umstand soll für den Umfang der Folgen dieses Eingriffs, sowohl in akuter als auch in chronischer medizinischer Hinsicht, entscheidend sein und scheint somit eine Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung zwischen männlicher und weiblicher Beschneidung zu bieten.⁵⁶ Dies gilt ebenso für Eingriffe identischer Intensität: Die leichteste Art einer Knabenbeschneidung und der denkbar schonendste Einschnitt in die Klitorisvorhaut sollen also deswegen unterschiedlich behandelt werden dürfen, weil die Begleitumstände der Durchführung unterschiedliche Folgen mit sich bringen. Dasselbe gilt auch, wenn die Knabenbeschneidung nach § 1631d Abs. 2 BGB von einem Geistlichen durchgeführt wird, denn auch dort wird eine einschlägige Ausbildung des Operateurs verlangt.⁵⁷ Insoweit liege keine Verletzung des Gleichheitsgebots vor.

Dieser Gedankengang enthält jedoch einen logischen Fehler: Für die Beurteilung der abstrakten Verfassungsmäßigkeit des § 226a StGB wird auf die konkrete Durchführungsart abgestellt. Es ist jedoch ein Irrtum zu glauben, dass eine männliche Beschneidung stets in einem klinischen und somit aseptischen Umfeld stattfindet.⁵⁸ Betrachtet man also die männliche und die weibliche Genitalbeschneidung ohne Rücksicht auf die Einschränkungen des § 1631d BGB und die Details des Einzelfalls ergibt sich folgendes Bild: Für einen Eingriff der gleichen Intensität wird eine höhere Strafe angedroht, wenn das Opfer weiblich ist, als wenn das Opfer männlich

ist. In diesem Sinne trifft es zu, dass durch den Begriff „Verstümmeln“ eine diskriminierende Geschlechterdifferenzierung eingeführt wird.⁵⁹ Das starke Verdikt der Verfassungswidrigkeit der gesamten Strafnorm könnte man durch eine verfassungskonforme Reduktion des Merkmals „Verstümmeln“ abwenden. Ein derartiger Auslegungsweg des § 226a StGB würde ein Verständnis des Verstümmelns fordern, nach dem ein Teil der Eingriffe des Typs I (Entfernung der Klitorisvorhaut) nicht erfasst wird. Dies würde im Ergebnis bedeuten, dass Eingriffe in die weiblichen Genitalien, die der Intensität nach einer männlichen Beschneidung ähnlich sind, nicht als Verstümmeln verstanden werden können. Möglich bleibt selbstverständlich eine Strafbarkeit wegen der sonstigen Körperverletzungsdelikte.

Als verfassungsdogmatisch problematisch erweist sich auch die Unterscheidung zwischen ästhetischen Operationen und rituellen „Verstümmelungen“. Eine derartige Differenzierung bzw. eine Abhängigkeit der Strafbarkeit von der Motivation könnte eine Ungleichbehandlung wegen der Abstammung bzw. der Heimat und Herkunft darstellen (Art. 3 Abs. 3 GG). Dabei handelt es sich jedoch um eine mittelbare Diskriminierung: Die Mittelbarkeit ergibt sich daraus, dass das Gesetz nicht im Wortlaut an die Herkunft anknüpft, sondern ein Verständnis des Begriffs „Verstümmeln“ vorgibt, welches lediglich rituelle Beschneidungen umfasst. Derartige Eingriffe sind jedoch eng mit einer bestimmten Herkunft verbunden.

Aber auch wenn die Folgen des Eingriffs bei kosmetischen Operationen sich von denen der rituellen Eingriffe unterscheiden können, würde es einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot darstellen, lediglich auf die Abstammung abzustellen, um diese Eingriffe als strafbar zu brandmarken. Die neue Strafnorm macht diesbezüglich in ihrem Wortlaut keine Vorgaben, so dass – entgegen der Entwurfsbegründung – der Begriff des Verstümmelns sämtliche Konstellationen mit einer gewissen Erheblichkeit und dem erforderlichen Verlust von Körpersubstanz bzw. Funktionsfähigkeit erfassen würde, unabhängig von der Motivation für den Eingriff im Einzelfall. Eine verfassungskonforme Auslegung des Merkmals „Verstümmeln“ verlangt somit, dass Fälle, die einer kosmetischen Operation gleichstehen, aus dem Anwendungsbereich des § 226a StGB ausgenommen werden müssen.⁶⁰

⁵⁵ So z.B. *Valerius* (Fn. 42), S. 149.

⁵⁶ Entgegen den Ausführungen des ersten Entwurfs zum § 1631d BGB würde tatsächlich ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot vorliegen, soweit weibliche Genitalbeschneidungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt würden, vgl. BGH NJW 2005, 672.

⁵⁷ Diesbezüglich ist jedoch ein gewisser Widerspruch zu lokalisieren, wenn die Regeln der ärztlichen Kunst eine Betäubung voraussetzen, Geistliche jedoch nicht befugt sind, eine solche Anästhesie vorzunehmen, siehe *Walter*, JZ 2012, 1110 (1114).

⁵⁸ Vgl. z.B. *Walter*, Die Zeit Nr. 28/2013, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2013/28/genitalverstuemmelung-gesetz-frauen/komplettansicht> (24.4.2014).

⁵⁹ Vgl. *Fischer* (Fn. 34), § 226a Rn. 5. *Hardtung* (Fn. 54) fordert, § 1631d BGB auf diejenigen Formen der Mädchenbeschneidung anzuwenden, die in ihrem Schweregrad der Knabenbeschneidung gleichstehen oder sogar dahinter zurückbleiben, Rn. 24.

⁶⁰ Ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot kann dazu auch in der Ungleichbehandlung von verschiedenen Formen von Körperverletzung erblickt werden, z.B. zwischen dem Verstümmeln der äußeren Schamlippen und dem Herbeiführen von Blindheit. Ebenso gleichheitswidrig ist allerdings auch der geringere strafrechtliche Schutz der äußeren Geschlechtsorgane im Vergleich zum Schutz der inneren Genitalien, *Fischer* (Fn. 34), § 226a Rn. 7.

2. Das Zusammenwirken mit den Figuren des Allgemeinen Teils

Betrachtet man den neuen Straftatbestand des § 226a StGB in seinem Zusammenspiel mit verschiedenen Figuren des Allgemeinen Teils, stellt sich eine Reihe von dogmatischen und rechtstatsächlichen Fragen: Die Beantwortung dieser Fragen übt unmittelbaren Einfluss auf das Wirkungspotential der neuen Norm aus und entlarvt potentielle Nebenwirkungen.

a) Die Problematik der Einwilligung

Im Grundsatz kann das Unrecht jedes Körperverletzungsdelikts im Fall einer wirksamen Einwilligung aufgehoben werden. Das wird e contrario durch die Vorschrift des § 228 StGB statuiert, wonach die Handlung trotz Einwilligung rechtswidrig bleibt, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt.

Das Argument, aus der Existenz einer ausdrücklichen Strafnorm die grundsätzliche Unmöglichkeit einer Einwilligung zu postulieren, verfängt nicht. Der Hinweis des Gesetzgebers, einer Sittenwidrigkeitsnorm bedürfe es im Fall des § 226a StGB nicht, deutet schon darauf hin, dass eine Einwilligung nicht von vornherein ausgeschlossen wird.⁶¹

Um die Nachvollziehbarkeit der rechtlichen Analyse zu gewährleisten, sollte an dieser Stelle zwischen der Prüfung der Einwilligungsfähigkeit einerseits und des Sittenwidrigkeitsurteils andererseits klar differenziert werden.

aa) Die Einwilligungsfähigkeit bzw. die Willensmängel bei der Einwilligung

Bei der Einwilligungsfähigkeit handelt es sich um die zentrale Frage, „wer fähig ist, die Verantwortung für eine Einwilligungsentscheidung zu übernehmen“.⁶² Denn nur derjenige, der diese Fähigkeit besitzt, ist in der Lage, das durch den Tatbestand indizierte Unrechtsurteil durch seine Einwilligung aufzuheben. Entscheidend dabei ist die konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit.⁶³ Diese Begriffe werden in der Literatur durch die Trias konkretisiert, wonach der/die Einwilligende, unabhängig von seinem/ihrer Alter, das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite der gegen ihn/sie gerichteten Tat einschließlich ihrer Folgen, erfassen und entsprechend dieser

Einsicht handeln muss.⁶⁴ Diese Auslegungstütze zur Konkretisierung der Grenzen der Einwilligung mag tatsächlich als eine Leerformel erscheinen,⁶⁵ soll jedoch der enormen Vielfalt von allen nur denkbaren Rechtsgutseingriffen sowie Reifegraden von Rechtsgutsinhabern gerecht werden und bietet dem Rechtsanwender eine gewisse Flexibilität fernab von starren Alters- und Eingriffsintensitätsschemata.⁶⁶

Bei der weiblichen Genitalverstümmelung kommt allerdings ein Faktor hinzu, welcher das normative Urteil zusätzlich erschwert: Dieser Eingriff findet – anders als die männliche Zirkumzision mindestens im Großteil der Fälle – nicht in einem medikalisierten Umfeld statt: Die weibliche Genitalverstümmelung wird in den meisten Fällen nicht von ärztlich ausgebildetem Personal vorgenommen, sondern von älteren Stammesfrauen, die qua (fragwürdiger) Erfahrung diesen schwerwiegenden Eingriff durchführen. Dies erhöht das Risiko des Eingriffs: Die Einwilligende muss auch die Reife besitzen, diese Umstände zu erkennen und in ihre Entscheidungsfindung einfließen zu lassen.

Im Fall von minderjährigen Mädchen wird die Einwilligungsfähigkeit entsprechend dem gängigen Verständnis in der herrschenden Lehre und Rechtsprechung damit von der intellektuellen und emotionalen Reife des betroffenen Mädchens abhängen. Die besonderen soziokulturellen Bedingungen, die bei der Erziehung eines Mädchens in den einschlägigen kulturell-ethnischen Kreisen bestehen, können einerseits dazu beitragen, dass weibliche Angehörige von solchen Stämmen bereits früher in der Lage sind, für ihre Familie Verantwortung zu übernehmen und somit in einem früheren Alter eine Reife erlangen, welche sie in die Lage versetzt, die Folgen für ihren Körper und für ihre gesamte Persönlichkeitsentfaltung in ausreichendem Ausmaß nachzuvollziehen. Andererseits spricht eine Reihe von externen Umständen dafür, dass das Mädchen das Wesen einer Verstümmelung seiner Genitalien, so leicht sie auch sein mag, nicht richtig bzw. genau erfassen kann. Die Sozialisierung in der Großfamilie und die Prägung bzgl. der Unvermeidbarkeit dieser Tradition können der Einwilligungsfähigkeit entgegenstehen. Von solchen Fällen sind allerdings andere Fälle klar zu unterscheiden, bei denen die Einwilligung als Ergebnis einer Zwangssituation erteilt wird; dann ist die Einwilligung eindeutig unwirksam, die Einwilligungsfähigkeit an sich bleibt jedoch davon unberührt. Die Frage, die sich also der Tatrichter in Fällen stellen sollte, bei denen sich keine eindeutigen Wirksamkeitsmängel aufdrängen, ist, inwieweit das Mädchen in der Lage war, die Bedeutung des Rechtsgutsverzichts zu realisieren. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass die

⁶¹ Zudem ist es strafrechtsdogmatisch verfehlt, statt Einwilligung ein tatbestandsausschließendes Einverständnis zu prüfen. Denn beim Tatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung – genauso wie bei den sonstigen Körperverletzungsdelikten – gehört das Handeln gegen den Willen des Betroffenen nicht schon zum tatbestandlich vertyperten Unrecht, siehe auch *Schramm*, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, S. 216.

⁶² *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 9 Rn. 33; *Amelung* mit einer zusätzlichen grundrechtlichen Unterfütterung, ZStW 109 (1997), 489 (517); *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, § 12 Rn. 20; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 228 Rn. 89.

⁶³ BGH NSTZ 2000, 87 f.

⁶⁴ *Kühl* (Fn. 62), § 9 Rn. 33; ebenso wenig analogiefähig erscheinen spezialgesetzliche Einwilligungsfähigkeiten, wie z.B. die vom § 2 KastrG oder § 40 AMG, vgl. *Amelung*, ZStW 104 (1992), 489 (529 ff.).

⁶⁵ So der Vorwurf von *Amelung*, JR 1999, 45.

⁶⁶ Auch der BGH betont, dass „auch einem Minderjährigen je nach den Umständen hinreichendes Verständnis zugetraut werden kann, um das Für und Wider verständig gegeneinander abzuwägen und die Tragweite seiner Einwilligung zu erkennen“, BGHSt 12, 379.

Realisierung des Rechtsgutsverzichts in der Mehrheit der Fälle zusätzlich erschwert wird, da eine Aufklärung in Bezug auf die kurz- und langfristigen Folgen des Eingriffs in der Regel ausbleiben wird: denn die Beschneiderinnen haben weder die medizinische Expertise noch das Interesse, eine solche Aufklärung anzubieten. Zusammenfassend obliegt es also dem Tatrichter, sämtliche Besonderheiten des Einzelfalls zu bewerten und ein Urteil diesbezüglich zu treffen. Dabei können Vergleiche mit der Mindestaltersgrenze für die männliche Genitalbeschneidung hilfreich sein: Bei der Zirkumzision von Jungen wird z.B. die Einwilligungsfähigkeit im Alter von 12 Jahren, in Anlehnung an § 5 RelKEG mangels Pubertätsverfahren stark angezweifelt und die Altersgrenze bei 16-18 Jahren angesetzt.⁶⁷ Bei Mädchen müssen zusätzlich die hohe Eingriffsintensität, aber auch der Umstand, dass bei ihnen der Reifeprozess i.d.R. früher ansetzt, berücksichtigt werden.

Kann das Mädchen aufgrund der oben dargestellten Gründe nicht wirksam in die Genitalverstümmelung einwilligen, wird die stellvertretende Einwilligungsmöglichkeit aktiviert. Somit stellt sich die Frage, ob die Personensorgeberechtigten, in der Regel also die Eltern des betroffenen Mädchens, in den Eingriff gem. §§ 1626, 1631 BGB einwilligen dürfen.⁶⁸ Spätestens jetzt gelangt man zu einem Punkt, an dem ähnliche Argumentationsstränge relevant werden, wie sie bei der Diskusion um die männliche Genitalbeschneidung bereits durchdekliniert wurden.⁶⁹ Zur Beurteilung der Dispositionsbefugnis wird wieder die oben erörterte Ungleichbehandlung zwischen weiblicher Genitalverstümmelung und männlicher Genitalbeschneidung relevant. Denn wenn man den kriminalpolitischen Gesamtkontext berücksichtigt, könnte man auf den ersten Blick behaupten, dass gerade die Schaffung dieses Straftatbestands eine Einwilligung der Eltern in den Eingriff ausschließt: In diesem Sinne verböte die Strafnorm jegliche

⁶⁷ Gemeint sind hier die Versuche in der Literatur, im Rückgriff auf unterschiedliche gesetzgeberische Entscheidungen eine faktische Mindestaltersgrenze zu eruieren. Letztendlich wird es immer auch auf die Reife der Betroffenen ankommen, für solche Versuche siehe *Schramm* (Fn. 61), S. 225, mit Verweis auf *Putzke*, NJW 2008, 1570; anders *Jerouschek*, der für solche Eingriffe stets die Volljährigkeit verlangt, *ders.*, NStZ 2008, 313 (318).

⁶⁸ Mindestens bei nicht-indizierten Eingriffen wird von den Zivilgerichten dem einwilligungsfähigen Minderjährigen ein Vetorecht eingeräumt, vgl. BGH NJW 2007, 217 (S. Rn. 8). *Zöller/Thörnich* ist insoweit zuzustimmen, als aufgrund des eindeutigen, auf die Beschneidung des männlichen Kindes begrenzten Wortlauts, eine unmittelbare Analogie oder Parallele zu § 1631d BGB unzulässig ist, s. *dies*, JA 2014, 167 (172). Eine Parallele zu ziehen, liegt jedoch nahe, wenn man die verfassungsrechtliche Perspektive einbezieht.

⁶⁹ Als ein solcher Argumentationsstrang lässt sich die Abwägung zwischen Religionsausübungsfreiheit des Kindes oder/und der Eltern nach Art. 4 GG und den Integritätsrechten des Kindes aus Art. 1 und 2 GG ausweisen, siehe *Jerouschek*, in: Degener/Heghmanns (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag, 2012, S. 171 (177).

Abwägung und spräche für eine automatische Annahme einer Kindeswohlgefährdung.

Ein solches (Grund-)Rechtsverständnis entpuppt sich jedoch als etwas voreilig und als verfassungsdogmatisch nicht tragfähig. Träfe dieses Rechtsverständnis zu, würde es bedeuten, dass der Gesetzgeber durch die Formulierung von Strafverboten willkürlich grundrechtliche Rechtspositionen in die eine oder andere Richtung manipulieren könnte. Grundrechte werden legitimerweise durch Strafverbote eingeschränkt; mithin kommt der Strafrechtsordnung ein besonders hoher Stellenwert in Bezug auf die grundrechtlichen Positionen der Betroffenen zu. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass eine Strafnorm den Rechtsgutsverzicht – abgesehen von der Möglichkeit der Sittenwidrigkeit – pauschal verhindern und die Abwägung der konkurrierenden Grundrechtspositionen völlig ersetzen kann. Ausnahmen von dieser Regel, wie z.B. in § 176 StGB (sexueller Missbrauch von Kindern) oder in § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) betreffen Rechtsgüter (respektive: sexuelle Selbstbestimmung und Leben), bei denen die Dispositionsbefugnis der Eltern gänzlich fehlt. Bei solchen Rechtsgutsverletzungen wird das elterliche Erziehungsrecht gar nicht aktiviert, die Einwilligung bleibt unmöglich. Dies gilt nicht für das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit: Die Einwilligung in derartige Rechtsgutsverletzungen wird einhellig akzeptiert – dort ist also nicht die Aktivierung des elterlichen Erziehungsrechts an sich fragwürdig, sondern die genaue Festlegung dessen Grenzen.

Somit stellt sich die nicht gerade neue Frage, wieweit das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) reicht und welche Grenze seitens der Eltern überschritten werden muss, um eine Kindeswohlgefährdung annehmen zu können und das staatliche Interventionsrecht gewähren zu lassen. Dabei ist es zweitrangig, ob die weibliche Genitalbeschneidung aus religiösen oder lediglich aus kulturellen Gründen veranlasst wird. Denn das Erziehungsrecht der Eltern umfasst nicht nur die religiöse Erziehung, sondern auch die Erziehung nach den Bräuchen einer kulturell-ethnischen Gruppe.⁷⁰ Hinsichtlich dieser Fragestellung kann unmittelbar auf das sowohl dogmatisch als auch kriminalpolitisch überzeugende Konzept von *Hörnle/Huster* Bezug genommen werden. Anlässlich der männlichen Genitalbeschneidung erblicken diese Autoren – anders als das LG Köln in seinem berühmten Urteil – im Verhältnis zwischen dem elterlichen Erziehungsrecht und dem staatlichen Wächteramt eine „asymmetrische Abwägungssituation, da von einem Vorrang elterlicher Erziehungsrechte als Abwehrrechte gegenüber dem Staat auszugehen ist“. Anschließend wird von den genannten Autoren eine Reihe von sog. harten Kriterien aufgestellt, bei deren Vorliegen das

⁷⁰ Einen Unterschied je nach dem, ob das Recht auf Religion oder „nur“ kulturelle Gründe bei der Entscheidung über die weibliche Genitalverstümmelung maßgebend sind, *Valerius* (Fn. 42), S. 158; diese Auffassung hätte allerdings Bestand, wenn man zur verfassungsrechtlichen Legitimation des Eingriffs lediglich die Religionsfreiheit des Kindes verwenden würde und nicht das Erziehungsrecht der Eltern in Verbindung mit der speziellen Ausprägung dieses Rechts hinsichtlich der religiösen bzw. kulturell-ethnischen Erziehung.

staatliche Interventionsrecht stets aktiviert wird und das geschieht, weil sich in diesen Fällen weiter reichende Erwägungen ohne Zweifel erübrigen.⁷¹

Würde man die weibliche Genitalverstümmelung als eine solche erzieherische Maßnahme auffassen, würde diese nicht einmal die harten Kriterien überstehen und somit im Test durchfallen. Eine staatliche Intervention würde sich geradezu aufdrängen. Es handelt sich bei den hier diskutierten Eingriffen eindeutig um erheblich entwürdigende Maßnahmen (§ 1631 Abs. 2 S. 2 BGB), vor allem, wenn man den öffentlichen Charakter dieses Rituals mitberücksichtigt. Dazu, und das wiegt bei der Abwägung umso schwerer, ist diese Maßnahme mit sehr starken körperlichen Schmerzen verbunden, und zwar bei allen oben aufgeführten Eingriffstypen. Bezieht man in den Abwägungsprozess die von den Autoren als weiche Kriterien charakterisierten Maßstäbe (darunter die Reversibilität des Eingriffs sowie die Einbindung in ein umfassendes Erziehungskonzept) ein, dann wird klar, dass auch bei dem verfassungsdogmatisch denkbar weitesten Verständnis des elterlichen Erziehungsrechts das Kindeswohl durch die Maßnahme der weiblichen Genitalverstümmelung eindeutig als gefährdet anzusehen ist.⁷² Somit scheidet eine Dispositionsbefugnis der Eltern bezüglich solcher Eingriffe aus.⁷³

Differenzierter ist allerdings der Fall der Einwilligung einer volljährigen, erwachsenen Frau zu betrachten. Für diese Gruppe gelten ebenso die oben angerissenen Grundsätze hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit. Hier ist jedenfalls Vorsicht und interkulturelle Sensibilität geboten. Es wäre sowohl verfassungs- als auch strafrechtsdogmatisch verfehlt, die frei von Wirksamkeitsmängeln getroffene Entscheidung hinsichtlich des Rechtsgutsverzichts als unwirksam zu verwerfen und somit eine Frau für einwilligungsunfähig zu deklarieren, weil ihre Entscheidung innerhalb der Mehrheitsgesellschaft schlicht als irrational eingestuft wird. Letztendlich ist in der gesellschaftlichen Wirklichkeit eine Reihe von körperlichen Eingriffen anzutreffen (z.B. umfangreiche, flächendeckende Tätowierungen, Gesichts-Piercing, abgesehen von den älteren Konstellationen der Kastration), in die eine Einwilligung auch abhängig von der Person durchaus möglich bleibt. Sog. kulturelle Zwänge für diese Frauen anzunehmen, um deren Einwilligungsfähigkeit zu verneinen, entpuppt sich somit als ein

fadenscheiniges Argument. Denn auch Mitglieder der dominanten Mehrheitsgesellschaft unterliegen vielfältigen kulturell bedingten Zwängen, z.B. in Bezug auf die Angemessenheit oder Dringlichkeit einer nicht medizinisch-indizierten Operation, um dem hiesigen Schönheitsideal gerecht zu werden. Die Einbindung der betroffenen Frau in einen fremdkulturellen Kreis darf nicht ausreichen, um ihr die Freiheit in toto abzusprechen, in die Opferung höchstpersönlicher Rechtsgüter einzuwilligen. Dafür sind konkretere Anhaltspunkte erforderlich, welche den Zwang so unerträglich machen, dass die betroffene Frau in eine nötigungsähnliche Lage gerät.⁷⁴

bb) Die Sittenwidrigkeit

Bei dem in § 228 StGB angeordneten Sittenwidrigkeitsurteil handelt es sich um eine vom Gesetzgeber vorgesehene Einschränkung der Dispositionsbefugnis des Rechtsgutsinhabers, wenn seine Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Willigt eine einwilligungsfähige Frau in die Verstümmelung ihrer Genitalien ein, ist der Rechtsanwender mit der Frage konfrontiert, inwieweit diese Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt und somit unwirksam ist.

In der bisherigen Literatur wird etwas apodiktisch behauptet, dass jegliche Einwilligung in eine Genitalverstümmelung, unabhängig von dem Typ des Eingriffs und den begleitenden Umständen des Einzelfalls, gegen die guten Sitten verstößt.⁷⁵ Ähnlich äußert sich auch der Gesetzgeber, allerdings nur in der Gesetzesbegründung. Dort wird das Bedürfnis nach einer expliziten Regelung über die Unwirksamkeit der Einwilligung pauschal verneint, weil die Tat

⁷¹ Hörnle/Huster, JZ 2013, 328 (332). Hinsichtlich dieses Konzepts werden ernst zu nehmende Bedenken geäußert, aus dem aktuellen Schrifttum: Scheinfeld, HRRS 2013, 268 (271). An dieser Stelle wird auf eine Auseinandersetzung mit der konkreten Verfassungsmäßigkeit des § 1631d BGB bewusst verzichtet. Diese wird zum Zweck der Beurteilung des § 226a StGB als Ausgangspunkt genommen. Das Konzept von Hörnle/Huster (JZ 2013, 328 [332]) stellt hinsichtlich der Systematisierung von Kriterien zur Konkretisierung der Kindeswohlgefährdung m.E. einen wichtigen Beitrag dar.

⁷² Auch die familienrechtliche Rechtsprechung sieht in einer weiblichen Genitalverstümmelung eine Kindeswohlgefährdung und zwar unabhängig von der Eingriffsintensität oder von den hygienischen Bedingungen, OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 130; so auch der BGH FamRZ 2005, 344.

⁷³ So auch Valerius (Fn. 42), S. 158.

⁷⁴ So auch die herrschende Lehre, s. dazu: Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 437; Kühl (Fn. 62), § 9 Rn. 36; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 81; differenzierend Amelung, der zur Beurteilung der Freiwilligkeit nicht auf die Intensität des Eingriffs, sondern auf die rechtliche Zulässigkeit des Zwangs abstellt, NStZ 2006, 317 (319). Die Freiwilligkeit ist also im Fall einer weiblichen Genitalverstümmelung zu verneinen, wenn bei Ablehnung des Eingriffs der betroffenen Frau mit körperlicher Gewalt gedroht wird. Etwas anderes muss jedoch gelten, wenn bei ausbleibendem Eingriff eine soziale Isolation der Frau droht. Nach Rosenke ist die Erwartung unrealistisch, dass sich eine einzelne Person der eigenen Verstümmelung entgegen den tradierten Normen und Werten widersetzen könnte; er stellt auf das Kriterium ab, inwieweit die Frau ernsthafte Entscheidungsalternativen hat, ZRP 2001, 377. Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht, denn sie gibt nicht vor, nach wessen Maßstab dieses Urteil getroffen werden soll. Wird dabei nach der Lage der betroffenen Frau beurteilt, wird das Anliegen eines einheitlichen Bewertungshorizonts verlassen. Auch aus rechtssoziologischer Perspektive bleibt diese Auffassung bedenklich, denn sie attestiert ein ewiges Verhaftet-Sein der Frauen an patriarchalischen Strukturen und spricht ihnen somit jegliche Entscheidungskompetenz ab.

⁷⁵ Hahn, ZRP 2010, 37 (39); differenzierend Fischer (Fn. 34), § 226a Rn. 16.

sowieso gegen die guten Sitten verstoße.⁷⁶ Eine Auseinandersetzung mit der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung oder/und mit den in der Lehre entwickelten Konkretisierungsansätzen bleibt gänzlich aus. Die Sittenwidrigkeit wird also in der Gesetzesbegründung autoritativ dekretiert. Dieser Passus zur Sittenwidrigkeit vermag jedoch gegenüber der richterlichen Gewalt keine bindende Wirkung zu entfalten. Denn die Sittenwidrigkeit ist ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des § 228 StGB, dessen Konkretisierung dem gesetzlichen Richter obliegt, solange ihm der Gesetzgeber keine rechtsverbindlichen Vorgaben gemacht hat. Möchte der Gesetzgeber die Einwilligung in toto für den Bereich der weiblichen Genitalverstümmelung ausschließen, bedarf es einer ausdrücklichen Regelung. Das Fehlen einer solchen Vorschrift ist als ein Zugeständnis an den Richter zu deuten, die Sittenwidrigkeit der Handlung je nach den jeweiligen soziokulturellen und sittlichen Vorstellungen zu beurteilen. Bevor man eine bei bestimmten Minderheitengruppen verbreitete Praxis pauschal mit dem Sittenwidrigkeitsurteil belastet, wird ein differenzierter Blick erforderlich. Denn dieses Urteil führt nicht nur zu einer ausnahmslosen Kriminalisierung eines Brauchs; da das Sittenwidrigkeitsurteil auf die guten Sitten Bezug nimmt, entfaltet es vielmehr außerrechtliche Maßstäbe des guten Lebens und schränkt eindeutig Freiheitsräume ein.⁷⁷

Diese Auffassung macht somit eine nähere Auseinandersetzung mit der BGH-Rechtsprechung über den Begriff der Sittenwidrigkeit unumgänglich. Zur scheinbaren Konkretisierung des Merkmals der guten Sitten wurde nach ständiger Rechtsprechung auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden abgestellt.⁷⁸ Ohne auf sämtliche Aspekte der Diskussion eingehen zu können, kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass diese Formel aufgrund ihrer gedanklichen Abstraktion keinen entscheidenden Beitrag zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeitsnorm des § 228 StGB leistet.⁷⁹ Auch aus diesem Grund ist der BGH in seiner aktu-

ellen Entscheidungspraxis sichtlich bemüht, den außerrechtlichen Begriff der guten Sitten weiter zu verrechtlichen.⁸⁰ Demnach ist eine Tat sittenwidrig, wenn der Rechtsgutsinhaber durch den Eingriff in eine konkrete Todesgefahr gebracht wird.⁸¹ Wendet man dieses Kriterium konkret auf die weibliche Genitalverstümmelung an, ergibt sich, dass nur in einem Bruchteil der relevanten Eingriffe eine konkrete Lebensgefahr bejaht werden kann. Der Körperverletzungserfolg ist ohne Zweifel in seiner Art und Intensität besonders erheblich; in diesen Taten kann jedoch keineswegs pauschal diese eminente Gefahr für das Leben der betroffenen Frau erblickt werden, zumindest nicht, wenn man den jeweiligen Typ des Eingriffs und die Begleitumstände nicht aus dem Blick verliert.

Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB wird oftmals nicht nur die Art und Intensität des Risikos, sondern ebenso das Gewicht des Interesses an der Vornahme der gefährlichen Handlung angeführt.⁸² Dementsprechend dürfen gravierende Eingriffe in die körperliche Integrität, vor allem wenn diese mit dauerhaften, ja irreversiblen Folgen zusammenhängen, nur dann durch Einwilligung gerechtfertigt werden, wenn es für sie einen allgemeinen verständlichen Grund gibt.⁸³ Dabei ist also der mit der Körperverletzung verfolgte Zweck mit zu berücksichtigen.⁸⁴

Die Einbeziehung des mit der Körperverletzung verfolgten Interesses verkompliziert die Lage. Gewissermaßen macht dieses Kriterium den erkenntnispraktischen Gewinn aus der empirisch zu fassenden Kategorie „konkrete Todes-/Lebensgefahr“ wieder rückgängig. Der Richter soll also im Sinne einer Abwägung zwischen der Intensität der Körperverletzung und dem dadurch verfolgten Zweck entscheiden, mit anderen Worten, die Sinnhaftigkeit und die moralische Vertretbarkeit des Zweckes (bzw. des Mittels „Verstümmelung der Genitalien“ zu einem Zweck) unmittelbar bewerten. Nicht nur deswegen ist diese Ansicht in der Literatur sehr umstritten.⁸⁵

⁷⁶ BT-Drs. 17/13707, S. 6.

⁷⁷ Eine solche Einschränkung von Freiheitsräumen wegen Sittenwidrigkeit der Körperverletzung mag auch verfassungsrechtlich einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG darstellen. Allerdings wird auch dort das Sittengesetz als eine Einschränkungslimitation postuliert. Diese Einschränkung betrifft jedoch keineswegs das Unrecht bestimmter Individualdelikte, diesb. sehr überzeugend *Frisch*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 485 (491). Als verfassungsrechtlich aufschlussreicher erscheint somit eine eingehende Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die hier lediglich aus Platzgründen unterlassen wird.

⁷⁸ BGHSt 4, 24 (32); 4, 88 (91); 49, 34 (41); BayOLG NJW 1999, 372 (373); aus der Kommentarliteratur *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 228 Rn. 31; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 228 Rn. 2.

⁷⁹ So auch *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 78), § 228 Rn. 2 m.w.N.

⁸⁰ Der Begriff der Verrechtlichung wird in diesem Zusammenhang benutzt, um den Versuch des BGH zu kennzeichnen, außerrechtliche, z.B. sittliche oder moralische Kriterien aus dem semantischen Feld des Merkmals der Sittenwidrigkeit zu verdrängen.

⁸¹ BGHSt 49, 34 (42); 49, 166 (171); 53, 55 (62); *Fischer* (Fn. 34), § 228 Rn. 9a.

⁸² *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, 15. Kap. Rn. 28.

⁸³ *Frister* (Fn. 82), 15. Kap. Rn. 29.

⁸⁴ *Kühl* (Fn. 62), § 9 Rn. 30 f.

⁸⁵ *Hirsch* (Fn. 74), § 228 Rn. 9; *Hardtung* (Fn. 78), § 228 Rn. 16 ff.; offengelassen von BGHSt 49, 34 (42), der auf die konkrete Gefahr für das Leben abstellt; ebenso tatbezogen BGHSt 49, 165 (174). Zum Teil wird diesbezüglich differenziert und die verfolgten Ziele und Beweggründe werden lediglich negativ insofern berücksichtigt, als sie die an sich vorliegende Sittenwidrigkeit der Körperverletzung zu beseitigen vermögen, so *Valerius* (Fn. 42), S. 160; ebenso *Mosbacher*, JR 2004, 390 (391).

Die Auslegungsschwierigkeiten enden freilich nicht, wenn man das Kriterium des verfolgten Zwecks oder des allgemein verständlichen Interesses für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Tat doch gelten lässt. Denn auch wenn man dies tut und eindeutig sich auf einen für sämtliche Rechtsunterworfenen einheitlichen Bewertungsmaßstab einigt,⁸⁶ verlagert sich die Frage auf die Konkretisierung des „allgemein verständlichen Grundes“. Dieses Urteil wird auch stark von dem konkreten Grund des Eingriffs abhängen. Denn wie oben ausführlich dargestellt, spielt bei der Entscheidung der weiblichen Genitalverstümmelung eine Reihe von Erwägungen eine Rolle. Wird z.B. dieser Eingriff lediglich durchgeführt, weil nach den ästhetischen Vorstellungen der Gruppe, zu der sich die betreffende Frau zugehörig fühlt, die Klitoris als abstoßend empfunden wird, kann durchaus behauptet werden, dass es für diesen Eingriff keinen (statistisch) allgemein verständlichen Grund gibt. Entscheidet sich dagegen die (voll einwilligungsfähige) Frau für den Eingriff, weil sie ihre Chancen auf dem Heiratsmarkt dadurch steigern will, oder weil sie im Vergleich zu anderen gleichaltrigen Frauen nicht auffallen will, wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit problematischer. Überhaupt scheint es ungeklärt, ob die Formel „allgemein verständliches Interesse“ darauf hinausläuft, dass die Gesamtgesellschaft dieses Interesse teilt oder vielleicht lediglich nachvollziehen kann.

Schließlich wird zur Entscheidung über die Sittenwidrigkeit eine vergleichende Perspektive unvermeidlich: Verstößen nach gängigem Rechtsverständnis andere gravierende Eingriffe oder Operationen nicht gegen die guten Sitten, muss man Überlegungen in Bezug auf deren Vergleichbarkeit mit der weiblichen Genitalverstümmelung anstellen. In diesem Sinne sind wir hier mit den Gleichheitsproblemen konfrontiert, die bereits beim Merkmal „Verstümmeln“ relevant waren. Höchst problematisch ist diesbezüglich der Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass Schönheitsoperationen oder Intimpiercings aus dem Anwendungsbereich des § 226a StGB herausfallen sollen. Da nicht sämtliche Schönheitsoperationen genauso wie nicht alle Fälle von weiblicher Genitalverstümmelung die gleiche Intensität aufweisen, ist ein differenzierender Blick dringend erforderlich. Genauso wie bei der weiblichen Genitalverstümmelung sich einige Eingriffe keineswegs rechtfertigen lassen (z.B. die Infibulation, Typ III), sind Fälle von Körperverletzungen denkbar (komplettes Piercing des Gesichtsbereichs), bei denen die Abwägung zwischen Intensität des Eingriffs und dem dahinter stehenden Interesse eindeutig zu einem Sittenwidrigkeitsurteil führen dürfte.

Eben deswegen lässt sich ein pauschales Urteil über die Sittenwidrigkeit jeder weiblichen Genitalverstümmelung nicht abgeben. Strafrechtsdogmatisch muss sichergestellt werden, dass der Richter die von der Rechtsprechung und Literatur bewährten Kriterien einzelfallbezogen anwendet. Kriminalpolitisch soll eindeutig die Botschaft vermieden werden, dass eine Körperverletzung deswegen sittenwidrig und somit zu bestrafen ist, nur weil diese bei der Mehrheitsgesellschaft

Anstoß erregt. Zusammenfassend wird die Sittenwidrigkeit der Körperverletzungshandlung trotz Einwilligung der betroffenen Frau in die Verstümmelung ihrer Genitalien gem. § 226a StGB von der Abwägung zwischen verschiedenen Kriterien stark abhängen: Bei einer konkreten Lebensgefahr ist die Tat als sittenwidrig einzustufen. Abgesehen von so eindeutig gearteten Fallkonstellationen erscheint zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit eine sog. proportionale Konditionalformel dogmatisch angemessen, wonach die Sittenwidrigkeit umso eher vorliegen wird, je stärker die Eingriffsintensität und je weniger nachvollziehbar der Eingriffsgrund ist.

b) Strafanwendungsrecht

Ein Umstand, der die Praktikabilität des neuen § 226a StGB erheblich mindert, ist seine fehlende Eignung, in Konstellationen mit grenzüberschreitendem Bezug angewendet zu werden. Denn am häufigsten erfolgen diese Eingriffe im Ausland: Nicht selten ist das Phänomen der sog. „Ferienbeschneidung“, wonach die Töchter zum Urlaub ins Ursprungsland geschickt und dort verstümmelt werden. Tatbeiträge, die bei mittäterschaftlicher Begehungsweise oder bei Teilnahme in Deutschland begangen werden, werden durch § 9 Abs. 1, Abs. 2 StGB bestraft.⁸⁷ Ist das Opfer eine Deutsche, wird das Prinzip der passiven Personalität aktiviert, so dass die Täter gem. § 7 Abs. 1 StGB bestraft werden können, soweit die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist. Ob dies der Fall ist, hängt vom jeweiligen Tatortrecht ab. Angesichts des internationalen Drucks hat eine Vielzahl von Staaten, in denen die weibliche Genitalverstümmelung endemisch ist, solche Gesetze erlassen. Ähnliches gilt, wenn die Täter deutsche Staatsbürger sind (§ 7 Abs. 2 StGB).

Problematisch verhält es sich allerdings, wenn weder Täter noch Opfer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, jedoch in Deutschland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben. Diese Konstellation dürfte eine gewisse praktische Relevanz aufweisen: Die meisten Zuwanderer, die aus den genannten Ländern stammen und bei denen die weibliche Genitalverstümmelung praktiziert wird, leben noch nicht lange in Deutschland, so dass nur in den geringsten Fällen die Täter oder die Opfer deutsche Staatsbürger sind. Für die praktisch relevantesten Fälle erweist sich somit der neue Straftatbestand als ein stumpfes Schwert. Dieses abzuwenden wäre relativ einfach zu bewerkstelligen gewesen, z.B. durch eine Aufnahme des § 226a StGB in den Straftatenkatalog des § 5 StGB. Eine derartige Novellierung würde dazu führen, dass weibliche Genitalverstümmelung unabhängig vom Recht des Tatorts bestraft werden könnte, soweit die Opfer zum Tatzeitpunkt ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben.⁸⁸ Versucht man eine Harmonie des deutschen Strafanwendungsrechts mit den einschlägigen völkerrechtlichen Prinzipien zu bewahren, könnte eine solche Änderung problembehaftet sein: Denn der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt stellen nach allgemeiner Meinung keine tauglichen Anknüpfungspunkte zur Erweite-

⁸⁶ So Valerius (Fn. 42), S. 160; a.A. Fabricius, JuS 1991, 393 (395).

⁸⁷ Mehr zu den Beteiligungsmodalitäten siehe unten d).

⁸⁸ Dies sah auch ein vorangegangener Gesetzesentwurf vor, siehe BR-Drs. 867/09, S. 1.

zung des nationalen Strafanwendungsrechts dar. Ausnahmen davon sind freilich im deutschen Strafanwendungsrecht anzutreffen, wie z.B. in § 5 Nr. 6a StGB oder im Rückgriff auf die Lebensgrundlage in § 5 Nr. 8 StGB.⁸⁹ Dogmatisch überzeugender wäre deswegen die Aufnahme der weiblichen Genitalverstümmelung in den Tatenkatalog des § 6 StGB (international geschützte Rechtsgüter). Die Platzierung in § 6 StGB würde eine Strafverfolgung unabhängig vom Recht des Tatorts und der Inländereigenschaft von Täter und Opfer ermöglichen. Entsprechend lässt sich im Fall von Kinderrechten eine universelle Jurisdiktion sehr leicht begründen: Art. 24 Abs. 3 und 4 der VN-Konvention über die Rechte der Kinder formuliert eine Pflicht der Vertragsstaaten, alle nötigen Maßnahmen zu ergreifen, um sämtliche traditionellen Praktiken zu bekämpfen, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind.⁹⁰ Die weibliche Genitalverstümmelung kann problemlos als eine solche gelten.

Eine Aufnahme in den Katalog des § 6 StGB würde allerdings keinesfalls die praktischen Durchsetzungsprobleme dieser Vorschrift lösen. Auch im Fall einer Verfolgbarkeit von im Ausland begangenen Tathandlungen muss hervorgehoben werden, dass es äußerst schwer sein wird, solche Ermittlungsverfahren erfolgreich bis zum Ende zu führen. Problematisch wird vor allem die Verfolgung von Beschneiderinnen sein, da sie oft aus dem Ausland eingeflogen werden und nach dem Eingriff wieder ins Ursprungsland zurückkehren.⁹¹ Eine Bestrafung der Eltern wäre vielleicht einfacher, jedoch auch ohne zusätzliche sozialrechtliche Maßnahmen, wie z.B. der Einführung einer Pflicht zu gynäkologischen Untersuchungen von gefährdeten Mädchen oder ärztlicher Meldepflichten, schwierig.⁹²

⁸⁹ Vgl. *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 264 f.; bzgl. der schwachen völkerrechtlichen Legitimation des § 5 Nr. 6a StGB siehe auch *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 3 Rn. 82.

⁹⁰ Siehe The United Nations Convention on the Rights of the Child, in Kraft seit dem 2.9.1990, abrufbar unter: http://www.unicef.org.uk/Documents/Publication_pdfs/UNCRC_PRESS200910web.pdf (24.4.2014).

Zu diesem Zweck könnte man eine Reihe von anderen völkerrechtlichen Instrumenten anführen, siehe *Hagemeier/Bülte*, JZ 2010 406 (410); anders die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes, wonach die Genitalverstümmelung nicht in allen Ländern strafbewehrt ist und deswegen diese Straftat nicht zum Katalog der international geschützten Rechtsgüter gehören soll, S. 4, abrufbar unter:

<http://www.djb.de/Kom/fK/KGgFuK/st07-20-Genitalverstuemmelung/> (24.4.2014).

⁹¹ Ähnliche Bedenken werden in BT-Drs. 17/14218, S. 7, und *Fischer* (Fn. 34), § 226a Rn. 1, geäußert, siehe auch die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes, abrufbar unter: <http://www.djb.de/Kom/fK/KGgFuK/st07-20-Genitalverstuemmelung/> (24.4.2014).

⁹² Vgl. diesbezüglich auch das Urteil des Bezirksgerichts Barcelona, abrufbar unter:

c) Irrtümer

Die Diskussion um die Behandlung von Irrtümern hinsichtlich des neuen Straftatbestands des § 226a StGB beschränkt sich i.d.R. auf Verbotsirrtümer gem. § 17 StGB. Einen Tatumsstandsirrtum nach § 16 StGB anzunehmen, liegt ebenso fern, genau wie ein Irrtum in Bezug auf die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes (Erlaubnistatbestandsirrtum). Das wäre z.B. der Fall, wenn die Beschneiderin (oder ein Arzt) ein Verhalten der betreffenden Frau als Zeichen einer Einwilligung missverstehen würde und aufgrund der vermeintlichen Einwilligung den Eingriff vornimmt (vorausgesetzt, dass diese Einwilligung nicht aus anderen Gründen scheiterte oder unwirksam war). Dieses Beispiel wirkt jedoch sehr gekünstelt und deshalb wird solchen Konstellationen nicht weiter nachgegangen.

Praktisch relevanter sind Situationen, bei denen Täter oder Teilnehmer einer weiblichen Genitalverstümmelung behaupten, dass (1) sie das Verbot des § 226a StGB gar nicht kannten (direkter Verbotsirrtum) oder (2) sie das als generell verbotswidrig erkannte Verhalten als erlaubt eingestuft haben, z.B. wegen einer Fehlvorstellung im Hinblick auf die rechtlichen Grenzen der Einwilligung (konkreter: Erlaubnis-subsumtionsirrtum).

Bei der Anwendung der in diesem Kontext durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien auf Fälle mangelnder Unrechtseinsicht bei der weiblichen Genitalverstümmelung ergibt sich ein widersprüchliches Bild. Einerseits gehört der neue Straftatbestand durch seine Verortung in den Abschnitt zu den Körperverletzungsdelikten zum Kernstrafrecht, so dass grundsätzlich eine Verbotskenntnis von im Inland lebenden Tätern gefordert werden kann. Andererseits handelt es sich dabei um eine (noch) junge Strafnorm. Gerade bei den Gruppen, welche die weibliche Genitalverstümmelung als Teil einer kulturellen Praxis betrachten, darf angenommen werden, dass die Kenntnis des neuen strafrechtlichen Verbots nicht vorliegen wird. Denn die meisten Täterinnen dürften sozial isoliert sein und die gesellschaftspolitische Debatte über die Strafbarkeit der weiblichen Genitalverstümmelung nicht verfolgt haben. Das heimatliche Strafrecht zum alleinigen Maßstab zur Beurteilung des Unrechtsbewusstseins zu machen, überzeugt auch nicht, denn auch beim Vorliegen einer strafrechtlichen Norm im Heimatstrafrecht – wie mittlerweile in zahlreichen afrikanischen Staaten – kann die rechtliche Durchdringung dieser Norm stark variieren.⁹³ Dabei muss jedoch betont werden, dass nach herrschender Meinung zum Vorliegen des Unrechtsbewusstseins nicht die Kenntnis der einschlägigen Vorschrift oder der Strafbarkeit erforderlich ist; ausreichend ist die Vorstellung, dass durch

<http://www.netzwerk-integra.de/dokumente/recht-europa/> (24.4.2014).

⁹³ Zu Recht konstatieren *Laubenthal/Baier*, dass oft große Unterschiede zwischen geschriebenem Recht und überlieferten gesellschaftlichen Traditionen bestehen, GA 2000, 205 (214). Das bedeutet allerdings nicht, dass dem heimatlichen Strafrecht bei der Gesamtbetrachtung der Unrechtseinsicht kein Wert zukommt.

die Handlung gegen eine staatliche Norm verstoßen wird.⁹⁴ Zu Recht wird allerdings von Teilen der Lehre für das Vorliegen des Unrechtsbewusstseins das Bewusstsein des Täters um die staatliche Sanktionierung seines Verhaltens vorausgesetzt.⁹⁵

Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums ist im Anschluss an die Feststellung des Unrechtsbewusstseins zu prüfen: Bekanntlich stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an das Merkmal der Vermeidbarkeit, wenn sie z.B. vor jeder Handlung die Prüfung einer möglichen Verbotenheit fordert, oder wenn die Anspannung des Gewissens bzw. der Einsatz aller Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen verlangt wird.⁹⁶ Diese Formel bedarf jedoch einer weiteren Konkretisierung, um den Tatrichter bei der Entscheidungsfindung tatsächlich zu unterstützen und ein Mindestmaß an Rechtssicherheit zu gewährleisten. Zu diesem Zweck werden bei fremdkulturell bedingten Straftaten – wie der weiblichen Genitalverstümmelung – verschiedene Kriterien vorgeschlagen: Als wesentlich stellt sich z.B. bzgl. der Fähigkeit zur Gewissensanspannung die Integration des Täters in die inländische Rechtsgemeinschaft dar. Die Gewissensanspannung wird dementsprechend höher sein, je mehr der Täter am gesellschaftlichen Leben teilnimmt und in Kontakt mit der hiesigen Rechtsordnung tritt.⁹⁷ Bei der Abwägung hinsichtlich der Vermeidbarkeit, insbesondere hinsichtlich des genauen Umfangs der Erkundigungspflicht, dürfte eine Reihe von weiteren Faktoren relevant sein. Hierzu zählen die Herkunft aus einem ländlichen oder städtischen Milieu oder die Dauer des Aufenthalts im Inland.⁹⁸ Hervorzuheben ist jedenfalls, dass keinem dieser Umstände eine absolute Bedeutung zukommt. Auch dabei ist schließlich der Richter derjenige, der all diese Kriterien gegeneinander abwägen muss, um das Vermeidbarkeitsurteil zu fällen. Gegen die Annahme einer Vermeidbarkeit bzgl. der Verstümmelung weiblicher Genitalien spricht die Thematisierung und gesellschaftspolitische Verurteilung dieser kulturellen Praxis in der deutschen sowie in der internationalen, selbst in der afrikanischen Öffentlichkeit. Die Vermeidbarkeit eines einschlägigen Verbotsirrtums zu bekräftigen, wird auch durch den höchstpersönlichen Charakter dieser Rechtsgutsverletzung erschwert. Denn bei so intensiven Eingriffen in das höchstpersönliche Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit kann eine mangelnde Unrechtsinsicht bzgl. der Sanktionierung derartiger Verhaltensweisen

nur schwerlich angenommen werden.⁹⁹ Hingegen können für die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums der endemische Charakter dieser Praxis sowie die soziale Isolation der Angehörigen von Gemeinschaften, welche diese kulturelle Praxis immer noch betreiben, sprechen. Pauschal wäre der Schluss angemessen, dass die Berufung auf einen Verbotsirrtum bzw. auf dessen Unvermeidbarkeit nur in seltenen Fällen zum Schuldausschluss führen wird.¹⁰⁰

d) Täterschaft und Teilnahme

Als Nächstes stellt sich auch die Frage, wer Täter dieses Delikts sein kann. Hervorzuheben ist jedenfalls, dass eine weibliche Genitalverstümmelung i.S.d. § 226a StGB in aller Regel in einem familiären Zusammenhang stattfindet; das heißt, dass die Eltern des Mädchens bzw. die nahen Angehörigen der Frau eine mehr oder minder wichtige Rolle bei dem Tatgeschehen spielen. Täterin einer weiblichen Genitalverstümmelung wird auf jeden Fall die Beschneiderin sein, die im klassischen Fall eines rituellen Eingriffs die Tat eigenhändig durchführt.

Darüber hinaus sind die unterschiedlichen Tatbeiträge der Familienmitglieder strafrechtlich zu beurteilen. Eine gewisse praktische Relevanz kann der Frage zukommen, ob die Eltern als Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB zu bestrafen sind, oder ob sie lediglich wegen Anstiftung bzw. Beihilfe belangt werden können. Eine Entscheidung diesbezüglich wird freilich von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Im klassischen Fall einer rituellen weiblichen Verstümmelung sind die Eltern diejenigen, welche den Eingriff initiieren, die Beschneiderin herbeirufen und die Vornahme des Eingriffs im Voraus organisieren. Die Betrachtung der gesamten Interaktionen im Vorfeld des Eingriffs würde den Schluss nahelegen, dass das Verhalten der Eltern als ein objektives Hervorrufen des Tatentschlusses bei der tatusführenden Person,¹⁰¹ also bei der Beschneiderin, mithin als Bestimmen i.S.v. § 26 StGB, einzustufen ist. Nicht auszuschließen ist auch eine Strafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 27 StGB, vor allem in Fällen, wenn z.B. Dritte (in der Regel auch Familienangehörige) z.B. durch Vermittlung oder Finanzierung Hilfe leisten.¹⁰² Schließlich kommt aufgrund des Verbrechenscharakters des § 226a StGB eine versuchte Anstiftung gem. § 30 Abs. 1 StGB in Betracht, wenn die Eltern ihren Wunsch, die eigene Tochter beschnei-

⁹⁴ BGHSt 52, 227 (240); *Rudolphi* (Fn. 38), § 17 Rn. 5; *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 17 Rn. 19.

⁹⁵ *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, § 17 Rn. 28; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 205 (208); *Zabel*, GA 2008, 33 (45). Dieses Bewusstsein kann nicht zuletzt aus der Geheimhaltung oder der zeitlichen Vorverlagerung des Eingriffs geschlossen werden.

⁹⁶ BGHSt 2, 201; 3, 366; 4, 242; *Kühl* (Fn. 62), § 13 Rn. 61.

⁹⁷ Statt vieler und mit weiteren Verästelungen *Valerius* (Fn. 42), S. 187 f.

⁹⁸ *Trechsel/Schlauri* (Fn. 13), S. 18.

⁹⁹ Der Verbotsirrtum wird in solchen Fällen in der Form des Erlaubnissubsumtionsirrtums in Bezug auf die Grenzen der stellvertretenden Einwilligung, der Einwilligungsfähigkeit und der Sittenwidrigkeit einer wirksam erteilten Einwilligung auftreten.

¹⁰⁰ Noch seltener wäre die Vermeidbarkeit für die professionell tätigen Beschneiderinnen anzunehmen: da für sie die Durchführung der weiblichen Beschneidungen eine Art Beruf darstellt, treffen sie besondere Erkundigungspflichten, siehe z.B. *Valerius*, *NStZ* 2003, 341 (345); *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 78), § 17 Rn. 17.

¹⁰¹ *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2012, Rn. 1287; *Kühl* (Fn. 62), § 20 Rn. 169.

¹⁰² Zu diesen Beispielen siehe *Trechsel/Schlauri* (Fn. 13), S. 19.

den zu lassen, an einen Arzt herantragen und er diesen Wunsch ablehnt.

Problematischer verhält es sich jedoch, wenn man den gesamten Tathergang in die Bewertung einbezieht, also das Verhalten im Vorfeld, die genaue Durchführung der Tathandlung sowie das Nachtatverhalten und diesbezüglich die Frage aufwirft, ob den Eltern der zu verstümmelnden Mädchen die Tat nach § 226a StGB in Mittäterschaft (gemeinsam mit der Beschneiderin) zuzurechnen ist. Legt man die in der Rechtsprechung favorisierte subjektive Theorie mit den verschiedenen relativierenden Wendungen (z.B. Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung, Tatherrschaft und Wille zur Tatherrschaft)¹⁰³ zugrunde, kommt man wohl zum Ergebnis, dass die Tatbeiträge der tatnächsten Beschneiderin ohne große Schwierigkeiten den Eltern als eigene Beiträge zugerechnet werden können. Bei einem solchen Eingriff gibt es einen gemeinsamen Plan der Eltern in Abstimmung mit der Beschneiderin und zwar hinsichtlich des genauen Zeitpunktes, des Ortes, aber auch der genauen Eingriffsintensität. In vielen Fällen sind Mütter sogar zugegen und halten die betroffenen Frauen während des Eingriffs fest. Aber auch wenn die Eltern beim Eingriff nicht anwesend sind, scheidet deren Strafbarkeit als Mittäter nicht aus, denn nach ständiger Rechtsprechung wird zur Bejahung der Mittäterschaft keine Mitwirkung im Ausführungsstadium gefordert.¹⁰⁴ Umso stärker müssen allerdings in diesem Fall die sonstigen Kriterien für eine Mittäterschaft (vor allem der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg) ausgeprägt sein, so dass sie die fehlende Mitwirkung an der unmittelbaren Tat kompensieren.

Zum gleichen Ergebnis würde man allerdings auch kommen, wenn man die in der Literatur meist vertretene Tatherrschaftslehre auf diese Konstellation anwenden würde. Demnach sei Täter, wer die Tat beherrsche, d.h. als Schlüsselfigur das Tatgeschehen nach seinem Willen hemmen, lenken oder mitgestalten könne, also die Tatherrschaft innehat.¹⁰⁵ Nun beherrschen die den Eingriff meistens initiiierenden Eltern (vorwiegend die Mütter) die Tat so weitgehend, dass sie jederzeit in der Lage sind, das Tatgeschehen nach ihrem Willen zu steuern, abzubrechen, einfach anzuhalten oder sogar die Rechtsgutsverletzung zu vertiefen. Denn nicht nur sind sie in der Regel anwesend, sondern vielmehr agiert die Beschneiderin nach ihrem Wunsch. Dieser Gedanke kann jedoch nicht so weit gehen, die Beschneiderin lediglich als Gehilfin zu qualifizieren. Denn ihr obliegt es, den Eingriff nach den Wünschen der Eltern zu gestalten oder nicht, so dass sie eindeutig das Geschehen „in den Händen hält“.

Selbstverständlich gelten diese Ausführungen ebenso in dem vermeintlich nicht häufig anzutreffenden Fall, dass der Eingriff durch einen approbierten Arzt in einem medikalisierten Umfeld durchgeführt wird.¹⁰⁶

¹⁰³ Statt vieler *Heinrich* (Fn. 101), Rn. 1207.

¹⁰⁴ BGHSt 37, 289; *Fischer* (Fn. 34), § 25, Rn. 41.

¹⁰⁵ *Kühl* (Fn. 62), § 20 Rn. 29; *Hoyer*, in *Wolter* (Fn. 38), Vor § 25 Rn. 11.

¹⁰⁶ Dies mag deshalb nicht häufig vorkommen, weil sich in der Ärzteschaft ein Konsens herausgebildet zu haben scheint,

e) Unterlassungsstrafbarkeit

Eine Strafbarkeit wegen Unterlassens (§§ 226a, 13 StGB) könnte ebenso relevant werden, wenn der eine Elternteil weder am gemeinsamen Tatplan noch an der konkreten Tathandlung teilhat, jedoch Kenntnis vom (bevorstehenden) Eingriff erlangt und nichts unternimmt, um die Verstümmelung der äußeren weiblichen Genitalien abzuwenden.¹⁰⁷ Die Garantenstellung der Eltern ergibt sich unproblematisch aus ihrer Obhutbeziehung gegenüber ihren Kindern, während die Garantenpflicht die Pflicht der Eltern umfasst, Schäden von ihren Kindern abzuwenden.¹⁰⁸ Zweifelhaft erscheint die Begründung einer Garantenstellung für Lehrer oder sogar Mitarbeiter von Asylantenheimen, wenn sie von einer bevorstehenden Genitalverstümmelung nach § 226a StGB Kenntnis nehmen und untätig bleiben. Umstritten ist dabei vor allem der genaue Umfang von Garantenpflichten aus öffentlich-rechtlichen Amtspflichten.¹⁰⁹

f) Strafzumessung

Bei einem vermeidbaren Verbotsirrtum bleibt noch Raum für eine fakultative Strafmilderung (§ 17 S. 2 i.V.m. § 49 StGB). Somit stellt sich die allgemeinere Frage, inwieweit solche von der Rechtsordnung abweichende kulturelle Wertvorstellungen die Strafzumessungsentscheidung in Richtung einer Strafmilderung lenken können. Dabei handelt es sich um eine Thematik mit komplexen strafrechtsdogmatischen, kriminalpolitischen und rechtsphilosophischen Bezügen, die an dieser Stelle nicht umfassend diskutiert werden können.

Bei der weiblichen Genitalverstümmelung lässt sich ohne Zweifel eine unmittelbare Abhängigkeit der Tatbegehung von der Zugehörigkeit zu einem fremden Kulturkreis feststellen. Die hierbei relevante Frage verdichtet sich somit darin, ob und in welchem Ausmaß solche Umstände die Schuld des Straftäters mindern müssen. Allein das Telos des § 226a StGB, das Phänomen ritueller Verstümmelungen an den weiblichen Genitalien zu bekämpfen, reicht nicht zu einer pauschalen Verneinung der Berücksichtigungsfähigkeit kultureller Motive. Denn im Rahmen des § 46 StGB wird zum Zweck der schuldangemessenen Strafbemessung die Berücksichtigung solcher Momente nicht nur zugelassen, sondern geradezu gefordert. Dies wird auch verständlich, wenn man dem straf-

dass die Verstümmelung der weiblichen Genitalien gegen zentrale berufsethische Grundsätze in der Medizin verstößt, vgl. *Kern*, *Ärzteblatt Sachsen* 3 (2006), 104; so auch *Dettmeyer u.a.*, *Archiv für Kriminologie*, 2011, 1 (16), im Rückgriff auf eine Entschließung des 99. Deutschen Ärztetages im Jahre 1999 und unter abstrakter Bezugnahme auf § 2 Abs. 1 Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte.

¹⁰⁷ Bei Unkenntnis bzgl. der Tathandlung des § 226a StGB muss der Unterlassensvorsatz verneint werden.

¹⁰⁸ *Heinrich* (Fn. 101), Rn. 921; *Schramm* (Fn. 61), S. 246.

¹⁰⁹ Vgl. OLG Oldenburg NStZ 1997, 238; OLG Stuttgart NJW 1998, 3131; LG Osnabrück NStZ 1996, 437; sowie differenzierend *Dießner*, *Die Unterlassungsstrafbarkeit der Kinder und Jugendhilfe bei familiärer Kindeswohlgefährdung*, 2008, S. 460 ff.

rechtswissenschaftlichen Mainstream folgt, wonach Schuld als Vorwerfbarkeit des Handelns nach normativen Kriterien verstanden wird.¹¹⁰ Allerdings reicht die bloße Zugehörigkeit zu einem fremden Kulturkreis für eine Berücksichtigung zu Gunsten des Straftäters nicht aus;¹¹¹ würde man von einer solchen Prämisse ausgehen, ginge die Individualisierungsleistung der Strafbemessungsschuld verloren. Dieses Erfordernis der Individualisierung verlangt somit, dass fremdkulturelle Wertvorstellungen in bestimmten (wohl strafzumessungsrelevanten) Tatumständen ihren Niederschlag gefunden haben.

Anders verhält es sich allerdings bei Fällen, bei denen der Täter um die Strafbarkeit seines Verhaltens weiß, er sich jedoch bewusst für die eigenen sittlichen Handlungsimperativen entscheidet und danach handelt. An dieser Stelle wird die Diskussion um die Überzeugungs- und Gewissenstäter virulent. Bei solchen Gewissensentscheidungen wird von der herrschenden Lehre eine Berücksichtigungsfähigkeit verneint, soweit diese sich in Eingriffe gegen höchstpersönliche Rechtsgüter dritter Personen ausdrücken, wie dies im Fall einer weiblichen Genitalverstümmelung der Fall ist. Die über das normative Regelungsfeld hinausgehende Frage ist allerdings, ob ein bestimmter kultureller Kontext eine so starke Auswirkung auf das Täterhandeln haben kann, dass er aufgrund seines Verhaftet-Seins nicht oder nur bedingt in der Lage ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder dementsprechend zu handeln – dieser Wortgebrauch verweist auf das Potential einer verminderten Schuldfähigkeit und die dadurch eröffnete fakultative Strafmilderung des § 21 StGB. Spezieller für die weibliche Genitalverstümmelung darf auch der Umstand eine Rolle spielen, dass die Motive der Eltern positiv konnotiert sind: In den meisten Fällen fällt die Entscheidung zu Gunsten einer Genitalverstümmelung, um der eigenen Tochter eine sozial günstige Ausgangsposition zu gewährleisten und nicht um ihre Sexualität (bewusst) zu kontrollieren oder die Tochter zu quälen. Gegenüber den Eltern des betroffenen Mädchens erscheint also eine Strafmilderung in Fällen, in denen die Eltern trotz Kenntnis der Sanktionierbarkeit handeln, nicht ganz ungerechtfertigt, jedoch alles andere als zwingend.¹¹² Etwas anderes sollte allerdings für Beschneiderinnen gelten, welche die Durchführung solcher Eingriffe berufsmäßig übernehmen und sich dadurch eine finanzielle Existenz aufbauen.

¹¹⁰ Roxin (Fn. 74), § 19 Rn. 1 ff.; Kühl (Fn. 62), § 10 Rn. 2.

¹¹¹ Valerius (Fn. 42), S. 287 ff.

¹¹² Ähnlich Rosenke, Die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit der weiblichen Genitalverstümmelung, 1999, S. 142. Für die Möglichkeit einer Strafmilderung spricht ebenso die Übertragbarkeit der Ausführungen des *Großen Senats* für Strafsachen in einem Mord aus Heimtücke mit fremdkulturellen Bezügen, wenn dort festgehalten wird, dass „Entlastungsmomente, wenn sie das Gewicht außergewöhnlicher Umstände haben, zur Anwendung des Strafrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch bei absoluter Strafdrohung führen können“, so BGHSt 30, 105 (121). Bei relativer Strafdrohung darf dieser Satz dann auch Anwendung finden.

g) Strafdrohung

§ 226a StGB ist als Verbrechenstatbestand ausgestaltet (§ 12 Abs. 1 StGB). Dieser Umstand hat eine Reihe von dogmatischen Konsequenzen, von der automatischen Strafbarkeit des Versuchs (§ 23 Abs. 1 StGB) bis hin zu ausländer- und asylrechtlichen Folgen (§§ 53, 54 AufenthG). Die Strafhöhe liegt somit einerseits über der für die gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB) und die Misshandlung von Schutzbefohlenen (§ 225 StGB). Andererseits liegt die Strafdrohung unterhalb der für die wesentlich oder absichtlich herbeigeführte schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 2 StGB).

IV. Zur kriminalpolitischen Gebotenheit der Vorschrift

Nach den oben diagnostizierten dogmatischen Verwicklungen bleibt jedoch immer die zentrale Frage, inwieweit der neue Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung kriminalpolitisch geboten ist und ferner, ob er die ihm zugeschriebenen Funktionen tatsächlich erfüllen kann.

Die im Vorfeld der Einführung der Norm im Gesetzgebungsverfahren und vereinzelt im Schrifttum angerissene Frage, ob die Verstümmelung weiblicher Geschlechtsorgane nicht bereits durch existente Strafnormen gedeckt war, hat sich mit dem Inkrafttreten des § 226a StGB erledigt. Tatsache ist jedoch, dass auch ohne diese Norm die große Mehrheit der in Rede stehenden Verhaltensweisen strafbar war. Eindeutig relevant wären in diesem Zusammenhang die einfache (§ 223 StGB) sowie die gefährliche Körperverletzung gem. § 224 StGB, insbesondere die Qualifikationsmerkmale des § 224 Abs. 1 Nrn. 2, 4, 5 StGB (mittels eines gefährlichen Werkzeugs, mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung). Trotz von einigen Seiten geäußerter Bedenken dürfte auch die Erfolgsqualifikation des § 226 StGB einschlägig sein: neben dem Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit (§ 226 Abs. 1 Nr. 1 letzte Alt. StGB), der nicht in allen Fällen vorliegen wird,¹¹³ können sämtliche Formen der weiblichen Genitalverstümmelung als Verlust eines wichtigen Glieds des Körpers (Nr. 2) gelten. Umstritten ist dabei, ob die äußeren weiblichen Genitalien dem Merkmal „wichtiges Glied des Körpers“ unterfallen würden. Dafür spricht, dass die äußeren weiblichen Genitalien eindeutig eine abgeschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus bilden¹¹⁴ und dies auch, wenn sich diese Funktion in der sexuellen Erregung der Frau erschöpft. Dagegen wird eingewandt, dass durch den Verzicht auf das Erfordernis der Verbindung des Glieds durch ein

¹¹³ So auch Hagemeyer/Bülte, JZ 2010, 406; anders Paeffgen (Fn. 62), § 226 Rn. 25, der Kinder gänzlich von Anwendungsbereich des Merkmals „Fortpflanzungsfähigkeit“ ausschließen will; anders jedoch die h.M., paradigmatisch Hirsch, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2006, § 226 Rn. 13.

¹¹⁴ Fischer (Fn. 34), § 226 Rn. 6; auf die Verbindung des Glieds mit dem Rumpf durch ein Gelenk stellt immer noch Sternberg-Lieben (Fn. 100), § 226 Rn. 2 ab; Horn/Wolters, in: Wolter (Fn. 38), § 226 Rn. 8; Hirsch (Fn. 113), § 226 Rn. 14.

Gelenk der Wortlaut der Vorschrift überschritten wird, so dass auch innere Organe darunter fallen müssten, die jedoch von Nr. 1 abschließend erfasst werden.¹¹⁵

Auch wenn man letztere Auffassung favorisieren würde, so dass die äußeren weiblichen Genitalien nicht als „Glieder“ i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB gelten könnten, käme das Merkmal „in erheblicher Weise dauernd entstellt“ des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht. Als eine solche Entstellung ist die Verunstaltung der Gesamterscheinung zu verstehen, auch wenn sie nach allgemeiner Lebensgewohnheit verdeckt zu werden pflegt.¹¹⁶ Allerdings orientiert sich das Unrecht dieser Tatalternative eher an ästhetischen Vorstellungen, während bei einer weiblichen Genitalverstümmelung eher funktionale Beeinträchtigungen am weiblichen Körper zu erblicken sind. Auch diesbezüglich herrscht also in der Literatur kein Konsens.¹¹⁷

Die Misshandlung von Schutzbefohlenen in der Handlungsalternative des Quälens oder der rohen Misshandlung (§ 225 Abs. 1 StGB), vor allem bei den hier relevanten rituellen Eingriffen, liegt ebenso vor;¹¹⁸ auch der Tatbestand des § 171 StGB (Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht) dürfte regelmäßig erfüllt sein.

Gegenüber der bislang existenten Rechtslage beruft sich der Gesetzgeber auf das Bedürfnis eines höheren Schutzes der Betroffenen, der durch § 226a StGB vermeintlich erreicht wird. Hiermit ist offensichtlich ein höherer Strafrahmen gemeint.¹¹⁹ Darüber hinaus wird angeführt, dass die Struktur des § 226 StGB als eine Erfolgsqualifikation, bei der es genügt, dass die schwere Folge fahrlässig verursacht wird, auf die typischen Fälle der weiblichen Genitalverstümmelung nicht passe, bei denen es um die vorsätzliche Herbeiführung des Erfolgs geht. Hier scheint der Gesetzgeber § 226 Abs. 2 StGB übersehen zu haben: Dort wird die wissentliche oder absichtliche Herbeiführung des Erfolgs bestraft und zwar mit einem höheren Strafrahmen als dem in § 226a StGB normierten. Zusammenfassend: Die gesetzgeberische Absicht, durch

§ 226a StGB eine Strafbarkeitslücke zu schließen, verfährt nicht ganz.¹²⁰

Nach alledem wird klar, dass es sich bei dem neuen Straftatbestand um einen rein kommunikativ-symbolischen Akt handelt.¹²¹ Dabei soll eindeutig kommuniziert werden, dass diese kulturell-rituelle Praxis von der Mehrheitsgesellschaft keinesfalls akzeptiert wird. Darüber kann man sich mit dem Gesetzgeber nur einig sein; nicht zuletzt stellen diese Handlungen schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen dar und tangieren in der Regel höchstpersönliche Rechtsgüter von Minderjährigen.

Wie bereits aufgezeigt, lässt sich die verfassungsrechtliche Legitimität der Norm ohne größere Anstrengungen, nämlich im Rückgriff auf die staatlichen Schutzpflichten gegenüber den bedrohten Individuen allgemein begründen. Verfassungsdogmatisch problematisch wird allerdings § 226a StGB, soweit dieser einer Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG) gleichkommt. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 226a StGB würde somit erforderlich machen, diesen Straftatbestand so auszulegen, dass solche Verhaltensweisen weiblicher Genitalverstümmelungen, die nach dem Wortlaut darunter fallen würden, auszuklammern, die eine vergleichbare Eingriffsintensität mit der männlichen Genitalbeschneidung aufweisen. Eine solche Lektüre der Norm würde somit dazu führen, dass in der Regel einige Eingriffe des Typs I (Einschnitte in die Klitorisvorhaut) sowie einige Eingriffe des Typs IV nicht mehr als strafbar angesehen werden können. Auch dieser Umstand mindert die Effektivität der Norm. An dieser Stelle vermisst man ein geschlossenes Konzept des Gesetzgebers hinsichtlich der Beschneidung an männlichen und weiblichen Genitalien.

Aber auch aus einem anderen Grund bleibt hinsichtlich dieses *eigenständigen* Straftatbestands ein kriminalpolitisch bitterer Beigeschmack. Denn durch diese Strafnorm wird eindeutig „kulturalisiert“: In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich erwähnt, dass „Schönheitsoperationen“ im Genitalbereich von Anwendungsbereich der Strafnorm ausgenommen sein sollen.¹²² Dabei wird aber nicht nur auf die Intensität des Eingriffs abgestellt. Somit drängt sich der Verdacht auf, dass durch diese Norm nicht ausschließlich eine empirisch fassbare Rechtsgutsverletzung bewältigt, sondern eine kulturelle Praxis eliminiert werden soll. Die Intention des Gesetzgebers, durch die Schaffung eines eigenständigen Tatbestands ein Signal zu setzen und Angehörige von Gruppen zu erreichen, welche diese Praxis betreiben, ist hehr,

¹¹⁵ So Paeffgen (Fn. 62), § 226 Rn. 26 verweisend auf Hörmle, Jura 1998, 169 (179).

¹¹⁶ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 226 Rn. 4.; differenzierend insoweit Fischer (Fn. 34), § 226 Rn. 9, der diesbezüglich keine ständige Sichtbarkeit, jedoch ein In-Erscheinung-Treten der Entstellung im sozialen Leben verlangt, was im Fall der weiblichen Genitalverstümmelung nicht immer der Fall sein wird. So auch Hagemeyer/Bülte, JZ 2010, 406 (407).

¹¹⁷ Horn/Wolters (Fn. 114), § 226 Rn. 14a.

¹¹⁸ Die von Hagemeyer/Bülte, JZ 2010, 406 (407), beschriebene Konstellation, in der die Mädchen von dritten, nicht fürsorgepflichtigen Personen zu einer Beschneiderin gebracht werden, entspricht bei weitem nicht dem klassischen Tatbild einer weiblichen Genitalverstümmelung, bei der mindestens die Mütter eine zentrale Rolle spielen. Die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 225 Abs. 1 StGB verneinen Zöller/Thörnich, JA 2014, 167 (169).

¹¹⁹ BT-Drs. 17/13707, S. 1, unter B.

¹²⁰ So auch Walter, Die Zeit Nr. 28/2013, abrufbar unter:

<http://www.zeit.de/2013/28/genitalverstuemmelung-gesetz-frauen/komplettansicht> (24.4.2014).

Andererseits erscheint die Einführung einer Nebenklageberechtigung für Opfer einer Tat nach § 226a StGB (§ 395 Abs. 1 Nr. 3 StPO) sowie einer Möglichkeit zur Bestellung eines Rechtsbeistandes (§ 397 Abs. 1 Nr. 3 StPO) durchaus sinnvoll. Das Gleiche gilt für die Anordnung des Ruhens der Verfolgungsverjährung nach § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres.

¹²¹ So auch Zöller/Thörnich, JA 2014, 168 (173).

¹²² BT-Drs. 17/13707, S. 6.

jedoch ziemlich realitätsfern. Abgesehen davon, dass afrikanische Immigranten nur schwerlich Kenntnis von der Einführung des § 226a StGB erlangen werden, stellt sich heraus, dass in der Wirklichkeit Adressat dieses Signals die Mehrheitsgesellschaft ist. Durch den an prominentester Stelle angesiedelten Tatbestand werden somit die Angehörigen der kulturell-ethnischen Minderheiten pauschal als gewalttätig, unterdrückungsfreundlich, ja rückschrittlich und frauenfeindlich abgestempelt. Dieses Signal kann jedoch unter Umständen der Ablenkung von geschlechtsbezogenen Diskriminierungen und Machtassymetrien zulasten von Frauen in der Mehrheitsgesellschaft dienen. Darüber hinaus verbirgt sich hinter dieser symbolischen Gesetzgebung eine zusätzliche Gefahr: Die Angehörigen der kulturell-ethnischen Gruppen, welche diese Praktiken befürworten, könnten diese Strafnorm als einen Angriff gegen die eigene kulturelle Identität empfinden. Aus dieser Perspektive wäre es sinnvoller, die Tathandlung der weiblichen Genitalverstümmelung als ein zusätzliches Merkmal in den bereits bestehenden Vorschriften zu formulieren¹²³ und gleichzeitig einen Prozess des Dialogs anzustoßen, der diese Menschen einbeziehen würde.¹²⁴ Entsprechend verlangt auch hier das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG eine Gleichbehandlung von Eingriffen gleicher Intensität unabhängig von der Motivation.

Außerdem verspricht dieser Straftatbestand viel mehr als er in der Tat erreichen kann. Die Existenz einer Norm besagt noch nichts über deren Chancen, angewendet zu werden. Ein prominentes Beispiel dafür bildet Großbritannien, welches das erste Land war, das 1985 ein spezielles Gesetz („Prohibition of Female Circumcision Act“) erlassen hat. Bisher kam es jedoch noch nie zu einer Verurteilung.¹²⁵ Dieser Umstand zeigt nicht zuletzt, dass die Bestrafung solcher Handlungen nicht (nur) von einer selbständigen Strafnorm abhängt, sondern vielmehr vom Bewusstsein bzgl. der Strafwürdigkeit auf Seiten der Rechtsanwender und der Bevölkerung.

Aber auch bei Anwendung der neuen Strafvorschrift bleibt fragwürdig, ob das Ziel eines höheren Schutzes der Betroffenen faktisch erreicht werden kann: Die Ausgestaltung des § 226a StGB als eines Verbrechenstatbestands kann dazu führen, dass verurteilte Eltern gem. §§ 53, 54 AufenthG ausgewiesen werden müssen;¹²⁶ ob dieser Umstand der prekären sozialen Lage der betroffenen Mädchen zugute kommt, darf ernstlich angezweifelt werden. Hinzu kommt auch, dass betroffene Mädchen bzw. Frauen geneigt wären, bei der angeordneten Verstümmelung den Druck oder beim bereits vollzogenen Eingriff die Tathandlung zu verheimlichen, um ihre Eltern oder ihre nächsten Angehörigen nicht in die Gefahr der

Strafverfolgung zu bringen. Denn die weibliche Genitalverstümmelung stellt eine Beziehungstat dar. Die extrem geringe Anzeigebereitschaft bei solchen Straftaten lässt sich durch die Schaffung eines höchst symbolischen Straftatbestands nicht erhöhen. Ähnliches wird auch für Frauen- und Kinderärzte gelten, die lediglich unter Verstoß von standesrechtlichen Schweigepflichten auf solche Taten hinweisen werden und deshalb kaum zu einer Anzeige bereit sein werden – was auch die bisherige Praxis zeigt.¹²⁷ Überhaupt vermisst man gesetzgeberische Initiativen im präventiven und sozialen Bereich, auch wenn nach gesetzgeberischem Bekunden dort der Schwerpunkt bei der Bekämpfung der Genitalverstümmelung liegen soll. Konzepte für solche sozialrechtlichen und gesellschaftspolitischen Initiativen bestehen bereits: Sie reichen von Informationskampagnen in Schulen und anderen öffentlichen Einrichtungen über Intensivierung der Entwicklungsarbeit in den Ursprungsländern bis hin zur Errichtung von Frauenhäusern und vermehrten Aktivitäten von Sozialarbeitern.¹²⁸

IV. Fazit

Der neue Straftatbestand über die Verstümmelung weiblicher Genitalien fügt sich in ein Bündel von gesetzgeberischen Versuchen ein, ethnisch-kulturell bedingte Straftaten zu bekämpfen. Dieses Anliegen ist an sich völlig legitim: Bei den zu bewältigenden kulturellen Praktiken handelt es sich um schwerwiegende, in höchstpersönliche Rechtsgüter der Betroffenen eingreifende Rechtsgutsverletzungen. Zweifelhaft ist jedoch die genaue Umsetzung dieses gesellschaftspolitischen Ziels hinsichtlich der weiblichen Genitalverstümmelung und zwar aus zwei zentralen Gründen: erstens, weil die gesetzesteknische Durchführung dieses Ziels mit dogmatischen Schwächen behaftet ist. Es wurde hier illustriert, dass nicht nur die einzelnen Tatbestandsmerkmale, sondern auch ihr Zusammenspiel mit den Figuren des Allgemeinen Teils nicht selten zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, potentiell den Rechtsanwender überfordern und der Praktikabilität der Norm schaden können. Nicht zuletzt kann die Verfassungsmäßigkeit dieser Norm nur dann gerettet werden, wenn eine bestimmte, reduktionistische, verfassungskonforme Auslegung zugrunde gelegt wird. Zweitens erweist sich der neue § 226a StGB auch kriminalpolitisch als verfehlt: denn er knüpft nicht ausschließlich an faktische Rechtsgutsverletzungen an. Vielmehr scheint er durch Ausnahmen von vergleichbaren, in der Mehrheitsgesellschaft akzeptierten Rechtsgutsverletzungen eine irgendwie geartete kulturelle Identität kri-

¹²³ Das sahen frühere Gesetzentwürfe vor, siehe BT-Drs. 16/12910; anders *Hagemeyer/Bülte*, JZ 2010, S. 406.

¹²⁴ So auch *Hardung* (Fn. 54), Rn. 28 ff.

¹²⁵ Das ist nach *Graf* (Fn. 3), S. 91 (Fn. 234), der Stand im Jahr 2010.

¹²⁶ Anders als bei *Hagemeyer/Bülte*, JZ 2010, 406 (408), wird vorliegend die Ansicht vertreten, dass zur kriminalpolitischen Legitimation einer Strafnorm, auch hinsichtlich des Potentials der Norm, die Strafziele zu erreichen, außerstrafrechtliche Wirkungen durchaus mitzubersichtigen sind.

¹²⁷ *Fischer* (Fn. 34), § 226a Rn. 7a.

¹²⁸ Dem von *Rosenke* vorgeschlagenen Beratungskonzept, wonach bei erfolgter Beratung über die Folgen der Genitalverstümmelung die Strafbarkeit entfallen könnte (siehe *Rosenke* [Fn. 112], S. 153 ff.), kann nicht zugestimmt werden. Diese dem Schwangerschaftsabbruch entlehnte Idee verkennt einen wichtigen strukturellen Unterschied: Anders als bei einer Abtreibungssituation fehlt es auf der Seite der den Eingriff veranlassenden Eltern an einer ebenso starken, abwägbaren Rechtsposition, ähnlich *Möller*, ZRP 2002, 186 f.

minalisieren zu wollen. Daraus werden nicht nur stigmatisierende Wirkungen potenziert, wenn z.B. impliziert wird, dass die Unterdrückung von Frauen oder die Kontrolle der weiblichen Sexualität ein typisches Problem der Fremden und der Anderen ist; vielmehr täuscht diese Art strafrechtlicher normativer Prävention ein nicht existentes Lösungspotential vor und lenkt von effektiveren – außerstrafrechtlichen – Wegen ab, wie man dem Problem der weiblichen Genitalverstümmelung nachhaltig begegnen kann.

Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts

Von Privatdozent Dr. **Benno Zabel**, Leipzig

I. Vorbemerkungen

Der Tatverdacht ist ein, wenn nicht der Zentralbegriff des Strafverfahrens:¹ ohne Verdacht keine Ermittlungen und keine Wahrheitsforschung.² Nun zeigen aber die aktuellen Entwicklungen in Gesetzgebung, Dogmatik und Praxis, man denke nur an die sog. Vorfeld- oder Initiativermittlungen, dass die Dinge so einfach nicht liegen. Der Verdacht ist vielmehr zur Signatur einer Strafrechtspolitik geworden, die Normalität garantieren, Bedrohungen abwehren und Ängste bewältigen soll. Gerade die daran anknüpfende Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden ist durch erhebliche Unschärfen bei der Verdachtsklärung gekennzeichnet; Unschärfen, die dann die Gerichte – wie soeben das BVerfG – auf den Plan rufen.³ Auch wenn Ungewissheiten im „Verdachtsmanagement“ zum Tagesgeschäft strafprozessualer Tätigkeit gehören, so ist der Funktionswandel des Verdachtsbegriffs nicht mehr zu übersehen. Allerdings fügt er sich in eine Entwicklung ein, die das Konzept des reformierten Strafverfahrens zunehmend über sich hinaus treibt. Einige zentrale Aspekte dieser Entwicklung wollen wir nachfolgend beleuchten.

II. Dogmatik und Praxis des Verdachts im reformierten Verfahren

1. Ermittlungsinteresse, Eingriffsintensität und Wahrscheinlichkeitserwägungen

Der Verdachtsbegriff ist nicht nur ein Zentralbegriff des Strafverfahrens, er ist vor allem eine juristische Konstruktion.⁴ Das ist beileibe keine neue Erkenntnis. Spätestens mit seiner Einbindung in das Programm staatlicher Sozialkontrolle war das Strafrecht an rationalen, jedenfalls aber effektiven Strategien der Verfahrensorganisation interessiert. Erinnerung sei hier nur an die kanonische und gemeinrechtliche Dogmatik der Verdachtsgründe, namentlich die Abschichtung der Tatsachengewissheit: in flagranti, denunciatio offensae, diffamatio pub-

lica.⁵ Bei allen Unterschieden, die wir hier außer Acht lassen können, ist das Verbindungselement zwischen der Tradition des Strafprozesses und der modernen Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens offensichtlich: das Inquisitionsprinzip. Der Verdachtsbegriff – so wie ihn das reformierte Verfahren kennt – ist davon wesentlich geprägt.⁶ Nahe liegend scheint es zu sein, an die heute übliche Schematisierung der Verdachtsgrade anzuknüpfen.⁷ Diese Schematisierung der Verdachtsgrade versteht die herrschende Dogmatik als „typisierte Verhältnismäßigkeit von Ermittlungseingriffen“,⁸ als Reziprozität von Eingriffsschwere und Verdachtsschwelle. In diesem Sinne verweist § 152 Abs. 2 StPO auf den Anfangsverdacht, § 81a StPO beispielsweise auf den einfachen Tatverdacht. Der Verdachtsgrad von § 100a StPO bezieht sich auf bestimmte Tatsachen. Wogegen § 112a StPO einen dringenden Tatverdacht fordert. Anders wiederum § 203 StPO, der von einem hinreichenden Tatverdacht spricht.⁹ Freilich ist diese Schematisierung noch wenig aussagekräftig. Grundsätzlich einig ist man sich heute, dass die Bedeutung der Verdachtsgrade nur in einem systematischen Zusammenhang erfasst werden kann. Auf abstrakter Ebene ist der jeweilige Verdachtsgrad als notwendige Voraussetzung der prozessualen Ermittlungsmaßnahme zu verstehen.¹⁰

¹ Vgl. *Schulz*, Normiertes Misstrauen, Der Verdacht im Strafverfahren, 2001, S. 475 ff.; *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 173 ff.

² Siehe dazu auch *Beulke*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 152 Rn. 21 ff., und *Weßblau*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 3, 4. Aufl. 2010, § 152 Rn. 15 ff.

³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.3.2014 – 2 BvR 974/12 (stattgebender Kammerbeschluss); darüber hinaus BVerfG NJW 1984, 1451 (1452); OLG Düsseldorf NJW 2005, 1791; LG Offenburg NStZ 1993, 506.

⁴ *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 165 ff., 179 ff.; *Schulz* (Fn. 1), S. 421 ff. *Lüderssen/Jahn* bezeichnen den Verdacht als eine „wertverhangene Metapher“, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd., 26. Aufl. 2006, Einl. M Rn. 23.

⁵ *Schulz* (Fn. 1), S. 157 ff.; zur Denunziation als eigenständigem Rechtsbegriff *Koch*, Denunciatio, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, 2006.

⁶ Instruktiv dazu immer noch *Naucke*, in: Festschrift der Wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main, 1981, S. 293; darüber hinaus *Hillenkamp*, in: Broda u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, 1985, S. 861; *Küper*, in: Wasserburg/Hadenhorst (Hrsg.), Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters aus Anlass seines 80. Geburtstages, 1984, S. 23; und *Meurer*, in: Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler, Zum 70. Geburtstag, 1985, S. 357.

⁷ Zum Ganzen etwa *Beulke* (Fn. 2), § 152 Rn. 21 ff.; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241; *Haas*, Vorermittlungen und Anfangsverdacht, 2003, S. 13 ff.; *Hindte*, Die Verdachtsgrade im Strafverfahren, 1973; *Lohner*, Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren, 1994, S. 61 ff.; *Meyer-Gößner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 57. Aufl. 2014, § 152 Rn. 4 f.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 14 Rn. 15 ff. und öfter; *Schulz* (Fn. 1), S. 527 ff.; *Störmer*, ZStW 108 (1996), 494 (516) und *Weigend*, StraFo 2013, 45; vgl. jetzt auch *Eckstein*, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 75 ff. und öfter.

⁸ Vgl. *Schulz* (Fn. 1), S. 567 ff.

⁹ Zu den Verdachtsgraden siehe etwa *Fincke*, ZStW 95 (1983), 918 (924 ff.); *Hindte* (Fn. 7), passim; *Kühne*, NJW 1979, 617 (618 f.); *Lohner* (Fn. 7), S. 61 ff., und *Steinberg*, JZ 2006, 1045 (1048); jeweils m.w.N.

¹⁰ *Meyer-Gößner* (Fn. 7), § 152 Rn. 4 f.

Konkret, und auf das Ensemble der gesetzlichen Regelungen bezogen, werden zwei unterschiedliche Szenarien vertreten: eine hier so genannte restriktive „Eingriffstheorie“ und eine kriminalpolitisch ausgerichtete „Zwecktheorie“. Die Eingriffstheorie bestimmt den konkreten Verdachtsgrad mit Blick auf die Intensität der Ermittlungsmaßnahme.¹¹ Eine Aussage über die Eingriffsintensität kann danach getroffen werden, wenn die verfügbare Tatsachenbasis, das damit verknüpfte Wahrscheinlichkeitsurteil und die Frage der Verhältnismäßigkeit in einem deliktsbezogenen Beurteilungskalkül miteinander verbunden werden.¹² Der Verdachtsgrad gilt insofern als statisches Datum einer normativ festgelegten Konstellation – erhöht sich also nicht im Verlaufe des Strafverfahrens –, während sich die eigentliche Dynamik der Ermittlungen über die Veränderung oder Verdichtung der Tatsachenbasis als Verdachtsgrundlage herstellt.¹³ Man denke etwa an die Konstellation des § 112a StPO und den dort geforderten dringenden Tatverdacht. Geht es bei dieser Ermittlungsmaßnahme doch um die Beschaffung von Ermittlungswissen (Indizien) zur Stützung des hinreichenden Tatverdachts gem. § 170 Abs. 1 StPO.¹⁴

In der Praxis, aber auch der Prozessrechtswissenschaft, wird das zum Teil anders gesehen.¹⁵ Verdachtsgrad und Eingriffsintensität werden hierbei mit dem Zweck der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme, beispielsweise einer Wohnraumüberwachung, und der Funktion des entsprechenden Verfahrensabschnitts kurzgeschlossen.

„Eine Anhebung der in § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO enthaltenen Verdachtsstufe ist“, so das BVerfG im Jahre 2004, „aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht geboten. Neben der Schwere der Tat ist zwar auch die Stärke des Tatverdachts mitentscheidend dafür, ob eine strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewicht der Grundrechtsbeeinträchtigung steht. Es ist jedoch auch in Anbetracht der Eingriffsintensität der akustischen Wohnraumüberwachung nicht verfassungsrechtlich geboten, die Maßnahme vom Vorliegen eines Verdachtsgrades abhängig zu machen, der für andere Maßnahmen gilt. [...] Wäre für die akustische Wohnraumüberwachung ein dringender Tatverdacht zu fordern, entfielen damit auch die Tauglichkeit des Mittels weitgehend. [...]“¹⁶

Wie an dieser Argumentation ersichtlich wird, soll die Frage nach dem Zweck der Ermittlungsmaßnahme und der Funktion des entsprechenden Verfahrensabschnitts vor allem

dazu dienen, die Verhältnismäßigkeit einer Ermittlungsmaßnahme von ihrer Tauglichkeit abhängig zu machen. Mit der Tauglichkeit wird offensichtlich ein Kriterium eingeführt, dass die Bedeutung der Eingriffsintensität wenn nicht relativiert, so doch einer kriminalpolitischen Interessenabwägung öffnet. Diese „Zwecktheorie“ verändert so aber nicht nur den systematischen Zusammenhang der Verdachtsgrade innerhalb des Strafverfahrens, sondern verweist darüber hinaus – und das ist mindestens ebenso wichtig – auf einen Wandel im Begriffsverständnis selbst. Was das heißt, lässt sich anhand des Anfangsverdachts verdeutlichen.

2. Insbesondere: der Anfangsverdacht, § 152 Abs. 2 StPO

Der Anfangsverdacht des § 152 Abs. 2 StPO hat in der Programmik des reformierten Verfahrens eine doppelte Aufgabe zu erfüllen.¹⁷ Zum einen soll er das Legalitätsprinzip konkretisieren, zum anderen – e contrario – das Verbot durchsetzen, hoheitliche Verfolgungshandlungen zu betreiben, die nicht auf zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten beruhen. Insofern löst der Anfangsverdacht nicht nur die Erforschungspflicht aus, sondern begrenzt, nach ganz herrschender Auffassung, zugleich die behördliche Befugnis zum Einschreiten.¹⁸ Demnach ist der Anfangsverdacht nach drei Seiten weiter zu präzisieren: nach der verfahrensorganisatorischen Seite, nach der Tatsachenseite und nach der heuristischen Seite.¹⁹ Hinsichtlich der verfahrensorganisatorischen Seite ist der Anfangsverdacht gleichzeitig „Produkt“ und Gegenstand staatsanwaltschaftlichen Ermittlungshandelns, § 152 Abs. 2 StPO. Hinsichtlich der Tatsachenseite sind zwei Aspekte zu betonen, der empirische und der normative. Mit den tatsächlichen Anhaltspunkten wird auf einen Lebenssachverhalt abgehoben, der aufgrund kriminalistischer, kriminologischer und allgemeiner Erkenntnisse verdachtsbegründend wirkt.²⁰ Wann und unter welchen Voraussetzungen dieses Tatsachenmaterial „schlüssiges Tatsachenmaterial“ generiert, soll sich nach dem konkreten Einzelfall bestimmen.²¹ Das Merkmal der zureichenden Anhaltspunkte bildet den normativen Rahmen dieser Regelung. D.h. von einem Anfangsverdacht darf nur dann ausgegangen werden, soweit es um eine verfolgbare Straftat geht. Das heißt weder, dass das Tatbild/Delikt in allen Einzelheiten bestimmt, noch dass der Täter bekannt sein muss. Dennoch geht die herrschende Dogmatik davon aus, dass es normativ keinen „Raum“ außerhalb verfolgbarer Straftaten gibt, wobei die Anknüpfung an bestimmte Straftatenkataloge eine zusätzliche Absicherung in der praktischen Handhabung des Anfangsverdachts ermöglichen könne.²²

¹¹ Dazu *Steinberg*, JZ 2006, 1045 (1048 f.).

¹² *Steinberg*, JZ 2006, 1045 (1048 f.).

¹³ Dazu *Fincke*, ZStW 95 (1983), 918 (927).

¹⁴ Zu § 112a StPO vgl. *Paeffgen*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 2, 4. Aufl. 2010, § 112a Rn. 1 ff.; zu § 170 siehe *Wohlens*, in: Wolter (Fn. 2), § 170 Rn. 1 ff.

¹⁵ Siehe nur *Rieß*, in: *Rieß* (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3, 25. Aufl. 2004, § 203 Rn. 9 f.

¹⁶ BVerfGE 109, 279 (351 f.); vgl. jetzt aber den eingangs zitierten Kammerbeschluss des BVerfG, Beschl. v. 13.3. 2014 – 2 BvR 974/12.

¹⁷ Speziell zum Anfangsverdacht *Beulke* (Fn. 2), § 152 Rn. 21 ff.; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241; *Groß*, in: Widmaier u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 249; *Haas* (Fn. 7), S. 13 ff.; *Weßlau* (Fn. 2), § 152 Rn. 15 ff.

¹⁸ *Fincke*, ZStW 95 (1983), 918 (924).

¹⁹ Ähnlich bereits *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241, und *Schulz* (Fn. 1), S. 527 ff.

²⁰ Hierzu etwa *Haas* (Fn. 7), S. 13 ff.

²¹ Siehe *Weßlau* (Fn. 2), § 152 Rn. 17.

²² *Schulz* (Fn. 1), S. 528 f.

Die heuristische Seite bezeichnet die Operationalisierung des Wahrscheinlichkeitsurteils. Dieses Wahrscheinlichkeitsurteil wird heute als eine Verbindung von retrospektiver Diagnostik und verfahrensbezogener Prognostik angesehen. Die retrospektive Diagnostik bezieht sich dabei auf die möglicherweise begangene Straftat im Modus einer „überzufälligen Wahrscheinlichkeit“ (Kühne).²³ Die verfahrensbezogene Prognostik fragt nach der Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Verurteilung.²⁴ Häufig wird deshalb auch von einer „doppelten Wahrscheinlichkeit“ gesprochen.²⁵ Ausschlaggebend ist danach eine zweistufige Hypothese, auf der Basis eines bestimmten aber verfahrensrelativen, auf den jeweiligen Stand des Verfahrens bezogenen Wissens.²⁶ Die Dogmatik folgert daraus, dass der Verdacht immer mehr sein müsse als eine Mutmaßung oder Spekulation. Er liegt vielmehr, so Naucke, zwischen den Polen bloßer Vermutung und sicherem Wissen.²⁷ Diese Spezifik des Anfangsverdachts als, wie es heißt, unbestimmter Rechtsbegriff impliziert einen weiten, flexiblen Aktionsradius der Beschuldigteninkulpation, der, methodisch, durch die Annahme eines Beurteilungsspielraums abgesichert wird. Bezeichnet ist damit einer der neuralgischsten Punkte des Ermittlungsverfahrens. Geht es doch auch hier um die Frage der Kontrolle, um die Nachprüfbarkeit hoheitlicher Eingriffsmaßnahmen,²⁸ das Verhältnis und die Kompetenzen von Staatsanwaltschaft und Polizei, um die Konsequenzen für das Beweis(verbots)recht und folglich um die Bedeutung des Beschuldigtenstatus im Strafverfahren.²⁹

²³ Kühne, NJW 1979, 617 (622).

²⁴ Das bezieht sich nicht zuletzt auf den hinreichenden Tatverdacht gem. § 203 StPO.

²⁵ Einzelheiten bei Lohner (Fn. 7), S. 44 ff., und Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, S. 80 ff.

²⁶ Steinberg, JZ 2006, 1045 (1047). Rieß differenziert dieses Verdachtskalkül nach vier Richtungen: Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung; rechtliche Qualifizierung der Tat als strafbar; Wahrscheinlichkeit des eine Verurteilung ermöglichenden Nachweises der Tat aufgrund zulässigen Beweismaterials und Wahrscheinlichkeit der Nichtexistenz von Prozesshindernissen; Rieß (Fn. 15), § 203 Rn. 10 ff.

²⁷ Naucke (Fn. 6), S. 403; dazu bereits Geerds, GA 1965, 321 (328).

²⁸ Auf diesen Gesichtspunkt kommen wir zurück. Vgl. hier nur Rogall, in: Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1199.

²⁹ Zur Unschuldsvermutung vgl. nur Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, passim; ders., ZStW 111 (1999), 422. Zur Stellung des Beschuldigten und Begründung der Inculpation siehe hier nur Fincke, ZStW 95 (1983), 918 (925); Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, passim, und Roxin, in: Dölling u.a. (Hrsg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, S. 823; zum Verdacht als unbestimmten Rechtsbegriff und dem daran angeschlossenen Beurteilungsspielraum Beulke (Fn. 2), § 152 Rn. 28; Kröpil, Jura 2012, 833 und Störmer, ZStW 108 (1996),

III. Funktionswandel des Tatverdachts im „postreformierten Verfahren“

1. Tatverdacht, Prozessstruktur und Kooperation

Indes, dieser Verdachtsbegriff ist Legitimationsbestandteil des reformierten Strafverfahrens. Eben dieses reformierte Verfahren ist aber – es lässt sich kaum übersehen – einem durchgreifenden Formen- und Funktionswandel unterworfen.³⁰ Die massive Aufwertung des Ermittlungsverfahrens und die Hybridisierung der Prozessstruktur lassen daran kaum einen Zweifel; beispielhaft sei auf die Vielzahl der gesetzlich geregelten, sog. vereinfachten und kooperativen Verfahrensmodelle, §§ 153a, 257c, 407 ff., 417 ff. StPO oder die Neuausrichtung des Wissens- und Überwachungsregimes hingewiesen. Im Mittelpunkt steht eine frühzeitige und effektive „Konfliktbeherrschung“, die dynamisch auf Gefahren der Normstabilisierung reagieren kann. Nimmt man diese Entwicklung ernst, so könnte man inzwischen von einem „postreformierten Verfahren“ sprechen.³¹

Diese Entwicklung geht nicht spurlos an der Verdachtsdogmatik vorüber. Insbesondere bei den vereinfachten, kooperativen Verfahrensmodellen wird ersichtlich, wie der Verdachtsbegriff, etwa als hinreichender Tatverdacht, individuelle Schuld voraussetzungen und Sanktionsbegründung, ineinander verschränkt werden. Lässt man die Frage außer Betracht, ob und inwieweit in diesem Zusammenhang von latent drohenden Verdachtsstrafen gesprochen werden kann,³² bleibt vor allem die Einsicht, dass dem Verdacht völlig neue Aufgabefelder erschlossen werden. Der Verdacht wird zum Multifunktionsinstrument kriminalpolitisch gewollter Erledigungsstrategien, zum Schuldsurrogat etc. Das Ermittlungsinteresse qua Tatverdacht bewegt sich zusehends weg von der Tataufklärung und hin zu einem pragmatischen Konfliktberedigungskalkül; ganz deutlich zu sehen bei der Absprachenpraxis.³³ Das forciert allerdings „Druck“ bei allen Verfahrensbeteiligten, „Erledigungsdruck“ bei den Behörden, „Geständnisdruck“ beim Beschuldigten. Am Ende steht die „funktionsgerechte“ Angleichung von Verdacht und (hypothetischer) Schuld, namentlich bei den Opportunitätsvorschriften.³⁴ Ebenso große

494; darüber hinaus BVerfG NSTZ 1984, 228; zum hier nicht zu vertiefenden Beweis(verbots)recht Jahn/Dallmeyer, NSTZ 2005, 297; Diemer, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 152 Rn. 6 ff.; Weßlau (Fn. 2), § 152 Rn. 18, dort auch m.w.N. zum Diskussionstand.

³⁰ Vgl. dazu die in Kürze erscheinende Habilitationsschrift des Verf., Die Ordnung des Strafrechts, Zum Formen- und Funktionswandel interventiver Sozialkontrolle.

³¹ Zabel (Fn. 30). Wir kommen auf dieses Phänomen zurück.

³² Vgl. dazu etwa Lohner (Fn. 7), S. 24 ff.; Saliger, GA 2005, 155.

³³ Deziert kritisch Fezer, NSTZ 2010, 177, und Fischer, StrFo 2009, 188; differenzierend Jahn, StV 2011, 497.

³⁴ Klar gesehen bei Weßlau (Fn. 2), § 153a Rn. 1 ff., 14 f.; instruktiv auch Beulke, in: Widmaier u.a. (Fn. 17), S. 209, und Weigend, ZStW 109 (1997), 193; vgl. auch BVerfG NSTZ 2013, 295 (§ 257c StPO).

Bedeutung für den Wandel des Verdachtsbegriffs hat die zweite bereits erwähnte Schwerpunktverlagerung, und zwar das neuartige Arrangement der Erforschung und Kontrolle personaler Rechtssphären. Hier wird nicht nur die Verdachtslinie und Verdachtslogik innerhalb des (Ermittlungs-)Verfahrens umgestellt, sondern der Anfangs- bzw. Tatverdacht in einem veränderten normativen Rahmen verortet. Bekanntermaßen ist insofern von Initiativ-, Vor- und Strukturermittlungen die Rede.

2. Anpassung der Verdachtsdogmatik an moderne Ermittlungstechniken?

Initiativ-, Vor- und Strukturermittlungen können als Sondierungstätigkeiten im Umfeld üblicher Verdachtsklärung verstanden werden.³⁵ Die Terminologie ist nicht ganz eindeutig. So wird unter anderem von proaktiver Tätigkeit, von Informationsverfahren, von Kontrolle im Vorfeld oder auch von Ermittlungen im Vorverdachtsbereich gesprochen.³⁶ Zum Teil werden auch Vorermittlungen und Vorfelderermittlungen in Eins gesetzt. Es ist sinnvoll nach der „Tatsachennähe“ oder „Tatsachenferne“ dieser Tätigkeiten zu systematisieren: Die größte Nähe zu den gesetzlich geforderten Anknüpfungstatensachen haben die sogenannten Vorermittlungen der Strafverfolgungsbehörden. Sie sollten deshalb auch deutlich von den Vorfelderermittlungen unterschieden werden. Unter Vorermittlungen werden Konstellationen der (innerbehördlichen) Nachforschung verstanden, die auf einer zufälligen oder durch Externe motivierten Kenntniserlangung beruhen und der Klärung normativer Verdachtsvoraussetzungen dienen. Das betrifft – beispielsweise – unklare polizeiliche Auffindsituationen oder Informationen durch Berichte in den Massenmedien.³⁷ Befürwortet oder für notwendig gehalten wird ein solches Vorgehen, weil es die Strafverfolgungsbehörden in den Stand setzen soll, ressourcenökonomisch, verfahrenseffektiv und einzelfallbezogen mit den Unwägbarkeiten der Rechtswirklichkeit umgehen zu können.³⁸ Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die Strafprozessordnung ein entspre-

chendes Vorermittlungsverfahren nicht kennt. Die Ausnahme des Leichenfundes gem. § 159 StPO und die Regelung des § 208 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AO für das Steuerstrafverfahren betreffen spezifische Sachverhalte.³⁹ Es scheint deshalb zumindest fraglich, ob aus diesen Normen und entgegen dem „Normalprogramm“ des §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO, ein allgemeingültiger Rechtsgedanke und folglich eine generelle Befugnis behördlicher Vorermittlungen angenommen werden kann.⁴⁰ Aber auch wenn man davon ausgeht, dass die Strafprozessordnung ein Vorermittlungsverfahren nicht kennt, dass also ein allgemeiner Rechtsgedanke und eine generelle behördliche Befugnis nur schwer begründet werden können, so wird doch deutlich, dass der StPO ein Vorfeld des Anfangsverdachts, eben ein Vorfeldverdacht durchaus vertraut ist.⁴¹ Genau diese ausnahmsweise Möglichkeit der „Vorfeldaktivierung“ wird aber mit den genannten Initiativ- und Strukturermittlungen geltend gemacht. Initiativ- und Strukturermittlungen können insofern unter dem Titel der „Vorfelderermittlungen“ zusammengefasst werden.⁴² Mit Vorfelderermittlungen sind in der Regel Sondierungstätigkeiten gemeint, die gänzlich oder weitestgehend auf das Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO verzichten. Unter Vorfelderermittlung, so die gängige Definition, „ist die Gewinnung oder Konkretisierung eines Tatverdachts bzw. die Schaffung von Grundlagen, um einen Verdacht zu gewinnen, zu verstehen. Die Vorfelderermittlung ist auf die Aufklärung von Straftaten und damit auf die Verdachtsgewinnung ausgerichtet, gleichgültig ob die Straftat bereits stattgefunden hat oder erst stattfinden wird.“⁴³ Strukturermittlungen haben insoweit die Aufgabe, Nachforschungen in einem kriminogenen Umfeld zu ermöglichen, indem sie das Sammeln von Informationen gegen einen unbestimmten Täterkreis zulassen, eine großzügige Einschätzungsprärogative bei der Verdachtsbejahung garantieren und durch die staatsanwaltschaftsinterne Aktenverwaltung dieser Maßnahmen der Polizei erhebliche Handlungsspielräume eröffnen.⁴⁴

Diese Handlungsspielräume der Polizei werden bei der Initiativermittlung besonders augenscheinlich. Bei diesen Ermittlungen geht es darum, der förmlichen Einleitung eines staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens polizeiliche Sondierungen vorzuschalten. Das betrifft namentlich die Sachverhaltsaufklärung im Bereich der organisierten Kriminalität, des internationalen Terrorismus oder der Betäubungsmitteldelinquenz.⁴⁵ Vor diesem Hintergrund kann man auch von einer ausgedünnten Tatsachenbasis sowie einer zunehmenden

³⁵ Zur damit verbundenen kontroversen Debatte siehe nur *Artzt*, Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfelderermittlungen, 2000; *Eisenberg/Singelstein*, GA 2006, 168; *Beulke* (Fn. 2), § 152 Rn. 33 ff.; *Hoppe*, Vorfelderermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung Organisierter Kriminalität, 1999, S. 55 f. und öfter; *Jahn*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, S. 545; *Lohner* (Fn. 7), S. 125 ff.; *Lange*, DRiZ 2002, 264; *Schlachetzki*, Die Polizei – Herrin des Strafverfahrens?, 2003, S. 101 ff.; *Diemer* (Fn. 29), § 152 Rn. 10 f.; *Schulz* (Fn. 1), S. 531 ff. und *Weßlau*, Vorfelderermittlungen: Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozeßrechtlicher Sicht, 1989, passim.

³⁶ Näher dazu *Weßlau* (Fn. 35) S. 127; *Lange*, DRiZ 2002, 264 (265) und *Lohner* (Fn. 7), S. 143.

³⁷ Siehe nur *Jahn* (Fn. 35), S. 545 (557 f.).

³⁸ So etwa *Diemer*, NStZ 2005, 666 f.; *Keller/Griesbaum*, NStZ 1990, 416 f. und *Rudolph*, Antizipierte Strafverfolgung, 2005, S. 190.

³⁹ *Schulz* (Fn. 1), S. 539 ff., der auch noch auf weitere Vorschriften eingeht.

⁴⁰ In diese Richtung aber *Lilie*, ZStW 111 (1999), 807 (822); kritisch *Groß* (Fn. 17), S. 258 f.

⁴¹ *Marxen*, Straftatsystem und Strafprozess, 1984, S. 184 ff.

⁴² *Weßlau* (Fn. 35), S. 25 ff. und öfter.

⁴³ *Lohner* (Fn. 7), S. 126.

⁴⁴ *Jahn* (Fn. 35), S. 545, 562.

⁴⁵ Einzelheiten bei *Artzt* (Fn. 35), S. 11 ff. und öfter.

Tatsachenferne der hoheitlichen Ermittlungen sprechen.⁴⁶ Die in diesem Zusammenhang inzwischen gebräuchliche Terminologie der Verdachtsaufklärung – bezogen auf Strukturermittlungen – und der Verdachtsschöpfung – bezogen auf Initiativermittlungen – macht zugleich auf die neue Blickrichtung aufmerksam. Zu der herkömmlichen verdachtsbezogenen Ermittlung treten nun, mehr oder weniger gleichberechtigt, die Ermittlungen eines Verdachts.⁴⁷ Flankiert und verstärkt wird diese Entwicklung durch die gesetzlichen Möglichkeiten einer anlassbezogenen, anlasslosen und/oder verdachtsunabhängigen Verfahrenseinleitung. Einzelheiten können hier nicht diskutiert werden.⁴⁸ Auch dieses Verständnis des Verdachts ist letztlich Resultat einer flexiblen Verknüpfung repressiver und präventiver Rechtsgüterschutzinteressen.⁴⁹ Die Argumente für eine solche Ausrichtung bringen das gut zum Ausdruck. So soll es sich bei der Aktivierung des Vorfeldverdachts⁵⁰ um eine frühzeitige, wirkungsbezogene und auf die Funktionsfähigkeit bedachte Organisation der Strafrechtspflege handeln, die nur ein Brückenschlag zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft gewährleisten könne. Insbesondere sollte zur Kenntnis genommen werden, dass die Grenzen zwischen Vermutung und verdachtspezifischem Wissen per se fließend seien. Sie müssten oder könnten deshalb den Zielstellungen und Erfordernissen des gesellschaftlichen Freiheits- und Sicherheitsbedürfnisses angepasst werden.⁵¹ Gleiches gilt für das Legalitätsprinzip. Jenes ist nämlich „unter Berücksichtigung des Wandels der Gesellschaftswirklichkeit insoweit neu zu definieren, als die Einschreitenspflicht der Staatsanwaltschaft, wenn zureichende tatsäch-

liche Anhaltspunkte vorliegen, eine Prüf- und Ermittlungspflicht, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, beinhaltet“.⁵²

3. Wer hat das Deutungs- und Definitionsmonopol?

Ungeachtet der Frage, welche gerichtliche Kontrolle respektive Kontrolldichte sich an diese Praxis anschließen muss,⁵³ zeigt sich hier, je nach Sichtweise, das Potential oder die Problematik eines unbestimmten Rechtsbegriffs und des damit zusammenhängenden Beurteilungsspielraums.⁵⁴ Wenn wir uns an die begriffliche Präzisierung des (Anfangs-)Verdachts erinnern – verfahrensorganisatorisch, tatsachenspezifisch und heuristisch –, so lässt sich nun ersehen, wie sich diese Wandlungsprozesse in der Verdachtsdogmatik abbilden. Verfahrensorganisatorisch wird die Verdachtsbegründung, d.h. die Verdachtssteuerung, Verdachtsaufklärung und Verdachtsschöpfung, im besten Fall zu einer „Gemeinschaftsproduktion“ von Polizei und Staatsanwaltschaft, wobei, was inzwischen nicht mehr verwundert, das Definitionsmonopol zusehends aus den Händen der Staatsanwaltschaft in diejenigen der Polizei wandert – drastisch bei den Initiativermittlungen. Wendet man sich der Tatsachenseite zu, fällt der Umgang mit dem Regelungsmerkmal „zureichend“ auf. Als deutungsoffenes Merkmal⁵⁵ gerät es immer öfter in den Bann kriminalistischer Präventionserwägungen, der Verbrechensvorsorge etc. Diese Grenzverwischungen zwischen den Rechtsgebieten und ihren Kompetenzen⁵⁶ haben zur Folge, dass die Rede von der „Verfolgbarkeit“, von der „verfolgbaren Straftat“ schillernd wird.

Vor allem die Initiativermittlungen relativieren die für den Anfangsverdacht belastbare Formulierung, dass es normativ eben keinen „Raum“ außerhalb verfolgbarer Straftaten gebe, zugunsten eines flexiblen Interventionsvorbehalts. Das wirkt sich auch auf die heuristische Perspektive aus. Gilt für das traditionelle Verständnis, dass sich der Verdacht normativ zwischen Vermutung und Wissen bewegt, dass damit in erster Linie eine Wahrscheinlichkeitsaussage über eine vergangene Tatbegehung und erst in zweiter Linie eine Prognose über die Strafrechtsrelevanz eines Verhaltens verbunden ist, so ist nun unschwer zu erkennen, dass das Interesse der modernen Ermittlungstheorie und Ermittlungspraxis verstärkt der Vermutungs- und Prognosekomponente gilt. Zwar wird nach wie vor betont, dass ein behördliches Handeln allein auf der Grundlage einer kriminalistischen Hypothese nicht hinnehmbar sei,⁵⁷ gleichzeitig forciert aber die zunehmende „Vorsorge-

⁴⁶ Vgl. auch Zif. 6.1. der Anlage E zu den RiStBV: „Die Aufklärung und wirksame Verfolgung der Organisierten Kriminalität setzt [...] voraus, daß Staatsanwaltschaften und Polizei von sich aus im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse Informationen gewinnen oder bereits erhobene Informationen zusammenführen, um Ansätze zu weiteren Ermittlungen zu erhalten (Initiativermittlungen).“

⁴⁷ So pointiert *Schulz* (Fn. 1), S. 533.

⁴⁸ Ob und inwiefern der Paragraf, die Vorratsdatenspeicherung, in Zukunft (noch) eine strafprozessual entscheidende Rolle spielen wird, bleibt abzuwarten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht *Gausling*, Verdachtsunabhängige Speicherung von Verkehrsdaten auf Vorrat, 2010.

⁴⁹ Pointiert *Hassemer*, StV 2006, 321; ausf. *Verf.* (Fn. 30), passim.

⁵⁰ Die Aktivierung des Verdachtsvorfelds ist allerdings nicht auf die beschriebenen Konstellationen beschränkt, sondern betrifft heute (ganz generell) den Rückgriff auf das Verwaltungsrecht, wie beispielsweise an den aufsichtsrechtlichen Vorermittlungen im Rahmen der Kontrolle von Finanzdienstleistungen sichtbar wird, instruktiv hierzu *Böse*, ZStW 119 (2007), 848.

⁵¹ So etwa *Diemer*, NStZ 2005, 666 (667); *Hoppe* (Fn. 35), S. 213 f.; *Keller/Griesbaum*, NStZ 1990, 416 (418); *Lange*, DRiZ 2002, 264. Vor allem die kriminalistische Literatur betont die Notwendigkeit einer ermittlungstechnischen Verzahnung und Vorfeldverlagerung, siehe nur *Denkowski*, Kriminalistik 2004, 369 (370 f.).

⁵² *Lange*, DRiZ 2002, 264 (266); ausführlich *Deiters* (Fn. 4), S. 165 ff., 179 ff.

⁵³ Zum Verhältnis von „Verdachtsmanagement“ und gerichtlicher Kontrolle bereits *Jahn* (Fn. 35), S. 545, 563 ff.; *Hoffmann*, NStZ 2002, 566 f. m.w.N.; *Prechtel*, Das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Ermittlungsrichter, 1995; darüber hinaus *Brüning*, Richtervorbehalt und Ermittlungsverfahren, 2005.

⁵⁴ Darauf verweist auch *Störmer*, ZStW 108 (1996), 494.

⁵⁵ *Bottke*, JuS 1990, 81 (83).

⁵⁶ Vgl. *Verf.*, JR 2009, 453.

⁵⁷ *Beulke* (Fn. 2), § 152 Rn. 22 und *Diemer* (Fn. 29), § 152 Rn. 7; darüber hinaus *Roxin/Schünemann* (Fn. 7) § 39 Rn. 15;

affinität“ des modernen (Straf-)Rechts die Attraktivität von Ermittlungen, die eine Einschreitenspflicht von Staatsanwaltschaft und Polizei auch jenseits konkreter Anhaltspunkte – unter Umständen auf rein statistische Möglichkeiten – stützen oder sogar legitimieren.⁵⁸

4. Verfahrenspraktische Konsequenzen

Gerade der letztgenannte Aspekt zeigt, dass sich die gesellschaftlichen und folglich kriminalpolitischen Rahmenbedingungen ändern oder zu ändern scheinen, innerhalb derer die Grenzen, Standards und Beurteilungsmaßstäbe für die straf-(verfahrens)rechtliche Praxis bestimmt oder ausgehandelt werden. Das lässt sich im vorliegenden Zusammenhang an drei Phänomen aktualisieren: am Wandel der Prozessprinzipien, am Wandel der verfahrensrechtlichen Rollen und Kompetenzen und am Umgang mit Ungewissheitserfahrungen.⁵⁹

Besonders deutlich wird das an der Umdeutung oder Ausweitung des Legalitätsprinzips zu einem generellen Vorermittlungsprinzip. Rollen und Kompetenzen von Staatsanwaltschaft und Polizei sind, zumindest was die „Ermittlungsarbeit“ im Bereich bestimmter Kriminalitätsformen – Terrorismus, Organisierter Kriminalität, Betäubungsmitteldelinquenz – angeht, immer schwieriger gegeneinander abzugrenzen. Das wird, positivrechtlich, etwa an den normativen Vorgaben des BKA-Gesetzes handgreiflich,⁶⁰ lässt sich aber auch an dem jeweiligen „behördlichen Selbstverständnis“ ablesen.⁶¹ Die Neujustierungen im verfahrensrechtlichen Koordinatensystem haben wiederum Konsequenzen für den Status und die Rolle des Rechteinhabers, des Beschuldigten oder der Zeugen. Soweit von einem selbständigen Vorermittlungs- und Vorverdachtsverfahren ausgegangen wird, das nicht Teil des Ermittlungsverfahrens sein soll – und nach der geltenden Prozessordnung auch nicht sein kann –,⁶² bleibt nach konventio-

ner Sicht weitgehend offen, wie dieses Procedere mit dem verfassungsrechtlichen Grundrechts- und Freiheitsschutz in Einklang zu bringen ist. Abgesehen von der Frage, was das für die Formen und Funktionen der Inculpation respektive der Vernehmung bedeutet,⁶³ zeigt sich hier eine bemerkenswerte Neuinterpretation und Ausdifferenzierung der Schutzniveaus. Ausgangspunkt dieses Arrangements ist die sogenannte „Schwellentheorie“, wonach operative Ermittlungen – je nach Intensität der Maßnahme – auf ein gestuftes System der Eingriffslegitimation bezogen werden. Dabei besteht noch weitgehend Einigkeit darin, dass dieses System einerseits durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 20 Abs. 3 GG und andererseits durch die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO stabilisiert und bestimmt werden soll. Die prozessuale Bedeutung entsteht aber vor allem durch die dynamische Ausgestaltung und Handhabung der Eingriffsschwelle, namentlich der §§ 161, 163 StPO. Sind danach „erhebliche“ Eingriffe, etwa in die Persönlichkeits- oder Freiheitsgrundrechte unzulässig oder einer Einzelermächtigungsnorm vorbehalten, bleibt jenseits dieser Erheblichkeitsschwelle Vieles möglich.⁶⁴ Das betrifft nicht nur den (gesetzlich festzulegenden) „Schwellenwert“, sondern auch das Wie der Eingriffsmaßnahme. Verstärkt wird dieser Effekt noch dadurch, dass sich die Befugnisse gem. §§ 161, 163 StPO zugleich auf Erkenntnisse erstrecken (sollen), die auf der Grundlage präventiv-polizeilicher Tätigkeiten gewonnen wurden.⁶⁵ Das ermöglicht den Brückenschlag zu den Initiativermittlungen. Denn „ermittlungstechnisch realisierbar“ bleiben so Erkundigungen im operativen Umfeld, auf Sachverhaltsaufklärungen abzielende Erkundigungen bei (informativischen) Befragungen von Zeugen im Vorfeld einer Vernehmung, einfache Fahndungsmaßnahmen im Vorfeld der §§ 131 ff. StPO etc.⁶⁶ Spätestens an dieser Stelle wird sichtbar, wie massiv und umfassend der Einzelne für das Rechtsgewährleistungsregime des Vorsorgestaates eingespannt wird. Ungewissheitserfahrung im Rahmen polizeilicher oder staatsanwaltlicher (Vorverdachts-)Ermittlungen, und das führt uns zum letzten Phänomen, werden nun mit einer Neujustierung des Rechtsschutzes beantwortet, was

Huber, JuS 2008, 21; vgl. aber auch OLG München NSZ 1985, 549 (550) und BVerfG, Beschl. v. 5.10.2004 – 2 BvR 563/04, Rn. 4.

⁵⁸ Zu möglichen Szenarien Haas (Fn. 7), S. 21 ff.; allgemein zur Vorsorgeaffinität Gärditz, Strafprozeß und Prävention, Entwurf einer verfassungsrechtlichen Zuständigkeits- und Funktionenordnung, 2003, S. 7 ff.; vgl. auch Hassemer, StV 2006, 321, und Naucke, KritV 2010, 129.

⁵⁹ Vgl. nur Deiters (Fn. 4), S. 165 ff., 179 ff., und Jahn, JZ 2011, 340.

⁶⁰ Hierzu Paeffgen (Fn. 14), Vor § 112 Rn. 12 ff. und 19b ff.

⁶¹ Für die Staatsanwaltschaft Lange, DRiZ 2002, 264; für die Polizei Denkowski, Kriminalistik 2004, 369. Davon zu unterscheiden ist das Problem der Rechts- bzw. Ermächtigungsgrundlage für die genannten Ermittlungsformen. Auch hier zeigt sich aber die unklare Einschätzungs- und Beurteilungssituation. So erkennt die Polizeirechtswissenschaft eine solche ausdrückliche Regelung in den durch die Landespolizeigesetze normierten Bereich der vorbeugenden Straftatenverfolgung als Gefahrenabwehr. Dementsprechend wird der Verdacht als „Verdacht einer abstrakten Gefahr“ definiert, so etwa Hoppe (Fn. 35), S. 168. Das kritisiert ein großer Teil der Prozessrechtswissenschaft, vgl. nur Jahn (Fn. 35), S. 545, 557 m.w.N.

⁶² Explizit Lange, DRiZ 2002, 264 (266).

⁶³ Einzelheiten bei Rogall (Fn. 28), S. 1199, 1211 ff.

⁶⁴ Jahn (Fn. 35), S. 545, 556; Hilger, in: Hanack u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, S. 171 (181 f.); zur Subsidiarität der Ermittlungsgeneralklausel („soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln“) Rieß (Fn. 15), § 160 Rn. 9. Zur kontroversen Debatte um die „Schwellentheorie“ siehe nur Wohlers (Fn. 14), § 161 Rn. 10 f. m.w.N.; allgemein zur Dogmatik prozessualer Grundrechtseingriffe Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß: Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote, 1990; Eckstein (Fn. 7), S. 49 ff., 66 ff.; Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt, 1992, S. 70 ff., und Schroeder, JZ 1985, 1028.

⁶⁵ Rieß (Fn. 64), § 160 Rn. 8; kritisch dazu Albrecht, StV 2001, 416 (419) und Hefendehl, StV 2001, 700 (705 f.).

⁶⁶ Zum Ganzen Hilger (Fn. 64), S. 171, 182.

letztlich einem Sonderopfer des Betroffenen gleichkommt.⁶⁷ Nun sind Sonderopfer für die StPO nichts völlig Neues. Allerdings waren diese Sonderopfer, wie etwa beim Haftgrund der Wiederholungsgefahr gem. § 112a StPO, bisher an die Stellung und den Status des Betroffenen als Beschuldigter geknüpft.⁶⁸ Das Brisante an der hier beobachtbaren Entwicklung ist also die Ausweitung der individuellen Rechts- und Mitwirkungspflicht zum Zweck allgemeiner Sicherheit. Aus der Sicht des reformierten Verfahrens kann es sich dabei nur um eine massive Ausweitung staatlicher Gewalt oder behördlicher Autorität handeln; für die Kriminalpolitik des „Gefahrenabwehrstrafrechts“ ist es lediglich die Einlösung des Sicherheitsversprechens an die Gesellschaft.

Diese Spannung ist es letztlich auch, die auf die gerichtliche Kontrolle und Kontrolldichte durchschlägt. Denn wie eine Prozessordnung mit unbestimmten Rechtsbegriffen umgeht, hängt wesentlich davon ab, welche Handlungs- oder eben Beurteilungsspielräume sie ihren exekutiven Organen zugestehen will. Die Pole zwischen denen sich das Kontrollprogramm hier bewegt, sind die der Injustitiabilität und Justitabilität, der reinen Willkür- und der konkreten Verfahrenskontrolle.⁶⁹ Dass eine Justitiabilität von unbestimmten Rechtsbegriffen grundsätzlich möglich ist, hat das BVerfG bereits bei der „Gefahr im Verzug“ anerkannt.⁷⁰ Klar ist aber auch: Je dynamischer und funktionaler Gesetzgebung, Dogmatik und Rechtsprechung (Eingriffs-)Kategorien wie die der Gefahr und des Verdachts ausgestalten und gebrauchen, desto schwieriger wird es für eine wie auch immer prozeduralisierte Kontrolle, die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer bestimmten Praxis festzustellen. Dass gerade bei Vorverdachts- resp. Initiativermittlung die Rechtfertigung über die gewandelten Kriminalitätsformen und Bedrohungspotentiale für Gesellschaft und Staat verläuft,⁷¹ zeigt, dass der Wandel nur mit einem Blick auf die kognitive und normative Basis der gegenwärtigen Verdachtssemantik zu verstehen ist.

IV. Die kognitive und normative Basis des Verdachtsbegriffs

Die kognitive und normative Basis des modernen Verdachtsbegriffs bezieht sich auf das Verhältnis von Normstabilisierung und Sicherheitserwartung. In der Sache geht es darum,

⁶⁷ Für das staatsanwaltliche Ermittlungshandeln im Verhältnis zur Rechtsstellung des Betroffenen *Lange*, DRiZ 2002, 264 (268), die sich dort dezidiert gegen evtl. Verteidiger- und Verteidigungsrechte ausspricht (269).

⁶⁸ *Meyer-Goßner* (Fn. 7), Vor § 112 Rn. 3; vgl. jetzt auch *Eckstein* (Fn. 7), S. 307 ff.

⁶⁹ Zu dieser Debatte vgl. nur *Bernsmann*, NStZ 1995, 512; *Jahn* (Fn. 35), S. 545 (564 ff.); *Störmer*, ZStW 108 (1996), 494 (512 ff.); *Trüg*, StraFo 2005, 202, und *Wohlens* (Fn. 14), § 160 Rn. 28.

⁷⁰ BVerfGE 103, 142; vgl. nun aber auch BVerfG, Beschl. v. 13.3.2014 – 2 BvR 974/12, zur Justitiabilität nochmals unter V.

⁷¹ So etwa *Lange*, DRiZ 2002, 264 (266): „Zu berücksichtigen sind jedoch die Veränderungen der realen Gegebenheiten und damit die Steigerung des Anforderungsprofils an den Staatsanwalt der Gegenwart.“

durch verdachts(un)abhängige Nachforschungs-, Kontroll- und Zwangsmaßnahmen auf (vermeintliche) Straftaten, Risiko- oder Gefahrenlagen zu reagieren und damit gleichzeitig einen Beitrag zur Bestätigung der Normwirklichkeit zu leisten. Wir können deshalb auch von Normalität erhaltenden Maßnahmen sprechen. Der Verdachtsbegriff stellt insoweit ein Scharnier dar, das die Sicherheitserwartungen der Gesellschaft mit der Rechtsgüterschutzaufgabe des Strafprozesses verknüpft. Flankiert wird diese Scharnierfunktion durch eine neue Macht des Symbolischen, einem Legitimationsbedürfnis durch Kommunikation, das die Gesellschaft zu einer Kommunikationsgesellschaft und das Strafrecht zu einem Kommunikationsstrafrecht werden lässt. In den Vordergrund rückt so die Verarbeitung von Unsicherheitsgefühlen, Bedrohungswahrnehmungen, kollektiven Ängsten etc.⁷² Nun dürfte unbestritten sein, dass Gefühle, Ängste und Emotionen im Recht immer eine Rolle gespielt und auch im Strafrecht ihre Berechtigung haben. Deren Kanalisierung war aber vor allem durch eine strikte oder auch rigide Bindung an die Tat erfolgt. In dem Maße aber, in dem die Tat zum Interessenskonflikt, zur Risikoallokation ausgeweitet wird – wir erinnern nur an den Wandel der Prozessstruktur, der „Wissensproduktion“ und Rechtsfolgenarchitektur⁷³ – erhalten auch Gefühle, Ängste und Emotionen eine neue normative Relevanz.⁷⁴ Spielt man das auf die Ermittlungs- und Verdachtsdogmatik zurück, dann wird sichtbar, wie sich diese Entwicklung dort abbildet. Was etwa zureichende tatsächliche Anhaltspunkte im Sinne von § 152 Abs. 2 StPO sind, ist nicht nur eine Frage des subjektiven oder objektiven Interpretationshorizonts, sondern auch davon abhängig, innerhalb welchen kriminalpolitischen Rahmens diese Deutungen stattfinden, welche Sicherheitsbedürfnisse und Kontingenzerfahrungen die Entscheidungsprozesse begleiten etc. Ähnliches gilt für die fließenden Grenzen zwischen Vermutung und Wissen. Dass es nicht um reine Spekulationen, um irgendwelche Prognosen oder Wahrscheinlichkeiten gehen kann, versteht sich als analytisches Argument von selbst. Die Verschiebungen im Verdachtskalkül artikulieren auch hier in erster Linie das Wechselspiel zwischen (unterstellten) Sicherheitserwartungen und staatlichen Gewährleistungsgarantien. Der Tatverdacht kennt damit zwar noch formell seinen normativen Bezugspunkt; kognitiv und auf die Frage des konkreten Rechtsgüterschutzes bezogen droht er allerdings zum „Risiko- oder Konfliktverdacht“ zu werden.

V. Der Verdacht als rechtsstaatlicher Begriff

Aber ist diese Einschätzung das letzte Wort? Nun, das BVerfG hat in seiner aktuellen, eingangs erwähnten Entscheidung darauf beharrt, dass ein (Anfangs-)Verdacht – und damit die

⁷² Welche Karriere der Kommunikationsbegriff auch in der Strafrechtsdogmatik genommen hat, hat jüngst *Hörnle* analysiert, vgl. *dies.*, Straftheorien, 2011, S. 37 ff.

⁷³ *Fischer* spricht etwa mit Blick auf den Täter-Opfer-Ausgleich, § 46a StGB, expressis verbis von einer Entwicklung weg von der Unrechtsbewältigung und hin zu einer Konfliktbewältigung, vgl. *ders.*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 46a Rn. 3 a.E.

⁷⁴ Dazu nochmals *Verf.* (Fn. 30), passim.

Legitimation von prozessualen Eingriffsmaßnahmen – auf rational nachvollziehbaren Annahmen, konkreten Tatsachen etc. beruhen muss.⁷⁵ Man kann das dahingehend verstehen, dass trotz der Unbestimmtheit des Begriffs eine Justitiabilität staatsanwaltlicher Verdachtsprüfung möglich sein muss. Letzteres würde bedeuten, dass das BVerfG seine Linie fortsetzt, die es mit der Rechtsprechung zur „Gefahr im Verzug“ eingeschlagen hat.⁷⁶ Es würde aber auch bedeuten, dass der Verdachtsbegriff als Rechtsbegriff nicht grenzenlos auf Präventions- und Sicherheitserwägungen verpflichtet werden kann. Mit anderen Worten: Selbst wenn man den Funktionswandel des Strafverfahrens, einschließlich seiner Kategorien, als ein auch gesellschaftlich bedingten – und deshalb als einen nicht grundsätzlich abzulehnenden – Transformationsprozess ansieht, so heißt das keineswegs, dass nun allfällige Sicherheitserwägungen die normativen Standards des Strafrechts dominieren sollten. Auch ein im Wandel begriffenes (postreformiertes) Strafverfahren muss Wege finden, die freiheitsverbürgende Garantie „schützender Formen“ (*Zachariae*) zur Geltung zu bringen.⁷⁷ Für den Verdacht als Tat-, „Risiko- oder Konfliktverdacht“ gilt insofern das, was für das Strafrecht ganz allgemein gilt: Staatliches Eingriffshandeln ist nur dann zu rechtfertigen, wenn der Beschuldigte als Subjekt geachtet wird. Ermittlungstätigkeiten der Strafverfolgungsbehörden bilden da keine Ausnahme. Das mag man als juristische Romantik belächeln. Aber alles andere wäre purer Zwang.

⁷⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.3.2014 – 2 BvR 974/12.

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 103, 142 (155).

⁷⁷ *Zachariae*, Gebrechen und Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, S. 123.

Europarechtliche Bezüge des Kinder- und Jugendpornographiestrafrechts

Zum unionsrechtlichen Hintergrund aktueller Auslegungsfragen der §§ 184b, 184c StGB

Von Wiss. Mitarbeiter **Berthold H. Haustein**, Würzburg*

Der Beitrag behandelt die europarechtlichen Grundlagen des deutschen Pornographiestrafrechts. Er geht sowohl auf die Entstehungsgeschichte ein, als auch auf die Bedeutung der unionsrechtlichen Normen für die Auslegung der §§ 184b, 184c StGB. Dabei wird deutlich, dass das Kinder- und Jugendpornographiestrafrecht ein besonders eindrückliches Beispiel für die Bedeutung des Europarechts auch im Strafrecht darstellt. Zudem wird auf die Bedeutung des Referentenentwurfs aus dem Bundesjustizministerium zur Erweiterung der §§ 184b, 184c StGB eingegangen.

The paper focusses on the structures of German criminal law on child pornography as they are set by the law of the European Union. It covers both the history of the development of the respective European provisions and the relevance of these provisions for interpreting §§ 184b, 184c StGB. Thus pointing out that the criminal law on child pornography as it is in Germany is one of the most notable examples for the influence European Union law has on the very core of German criminal law. Furthermore the paper regards the newly published draft by the German Federal Ministry of Justice amending and in fact extending §§ 184b, 184c StGB.

I. Einleitung

Nicht nur und nicht zuletzt die jüngeren Diskussionen um Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von kinderpornographischen Aufnahmen legen es nahe, sich mit den europarechtlichen Vorgaben und Einflüssen im Bereich des Pornographiestrafrechts einmal mehr näher zu beschäftigen.

Das gilt umso mehr, als es sich bei dem unionsrechtlichen Rahmen für die Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie um ein besonders eindrückliches Beispiel für europäische Angleichungen von materiellem Kernstrafrecht handelt.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist eine besonders restriktive Auslegung der Unionskompetenzen zur Angleichung von Strafnormen zu fordern, die das BVerfG mit der besonderen identifikationsstiftenden Wirkung des Strafrechts für die Bürgerinnen und Bürger begründet. Das Strafrecht sei eine „besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum“.¹ Dies trifft ganz besonders auf die Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie zu. Sexuelle Handlungen von, an und vor Kindern und entsprechende Darstellungen werden von der ganz überwiegenden Mehrheit der Gesellschaft im Sinne eines „rechtsethischen Minimums“ oder eines „rechtsethischen Minimalkonsenses“ als strafwürdiges Unrecht begriffen.

Trotzdem oder gerade deswegen ist mittlerweile der Bereich der Kinder- und Jugendpornographiedelikte europäisch

angegliedert. Die EU verfügt seit dem Vertrag von Lissabon über weitreichende Kompetenzen in diesem Regelungsbe- reich und ihre Harmonisierungsbemühungen haben erheblichen Einfluss auf die Gestaltung und Auslegung der entsprechenden Normen im deutschen Strafrecht (§§ 184b f. StGB). Zu den Regelungen durch die Union kommen zudem umfassende völkerrechtliche Regelungswerke, vor allem durch den Europarat.

II. Einschlägige Rechtsakte

Die deutschen Regelungen zur Kinder- und Jugendpornographie basieren in erster Linie auf dem Rahmenbeschluss 2004/68/JI² der EU. Den Bestimmungen dieses Rahmenbeschlusses wurde vom deutschen Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie³ aus dem Jahr 2008 entsprochen. Im Jahr 2011 wurde dieser Rahmenbeschluss durch die Richtlinie 2011/93/EU ersetzt.⁴

III. Kompetenzgrundlagen

Zentrale Norm für die Bestimmung der Kompetenzen der Europäischen Union zur materiellen Strafrechtsharmonisierung vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon war Art. 31 EUV a.F. Dieser sah in Abs. 1 lit. e vor, dass das gemeinsame Vorgehen bei der justiziellen Zusammenarbeit auch die „schrittweise Annahme von Maßnahmen in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel“ umfasst. Umstritten war allerdings, ob diese Aufzählung abschließend war.⁵ Davon abhängig war umstritten, ob Art. 31 EUV a.F. als Kompetenznorm für den Rahmenbeschluss ausreichte. Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon sind die Kompetenzen der Europäischen Union zur Harmonisierung und Angleichung strafrechtlicher Regelungsbereiche in Art. 83 AEUV geregelt und dort klarer formuliert. Ob in diesem Zusammenhang von einer Erweiterung gesprochen werden kann ist allerdings wegen des oben beschriebenen Streites nicht eindeutig.⁶ Jedenfalls wird in der Aufzählung des Art. 83 Abs. 2 AEUV jetzt auch die „sexuelle Aus-

² ABl. EU Nr. L 13, S. 44.

³ BGBl. I 2008, S. 2149 (Nr. 50); zur Rechtslage vor dem 5.11.2008: *Hörmle*, NJW 2002, 1008.

⁴ ABl. EU Nr. L 335, S. 1.

⁵ So die wohl h.M., vgl. *Suhr*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 83 Rn. 10; *Satzger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 83 Rn. 6. Für eine Begrenzung *Nemitz*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 4. Aufl. 2006, Art. 31 Rn. 18, und *Calliess* ZEuS 2008, 3 (12).

⁶ So *Jokisch/Jahnke*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2011, § 2 Rn. 37; a.A. *Suhr* (Fn. 5), Art. 83 Rn. 10; *Satzger* (Fn. 5), Art. 83 Rn. 6.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik (Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ BVerfGE 123, 267 (410) = NJW 2009, 2288

beutung von Frauen und Kindern“ genannt. Damit steht das Tätigwerden der EU im Bereich des Kinderpornographiestrafrechts jedenfalls auf deutlich sichereren Füßen als bisher.

IV. Transformation des Unionsrecht in den §§ 184b f. StGB

1. Kinderpornographie (§ 184b StGB)

Im Zuge der Umsetzung des Rahmenbeschlusses wurde der Tatbestand des § 184b StGB geändert.⁷ Da auch pornographische Abbildungen von Jugendlichen in den Anwendungsbereich des neuen Pornographiestrafrechts fallen sollten, war die bisherige Formulierung, die Kinderpornographie als „pornographische Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) [definierte], die den sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176 bis 176b StGB) zum Gegenstand haben“, unbrauchbar geworden.⁸ Stattdessen sind unter dem Begriff der Kinderpornographie gem. § 184b StGB jetzt pornographische Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) zu verstehen, die „sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern (§ 176 I)“ zum Gegenstand haben.⁹ Darüber hinaus entsprach aber schon der § 184b StGB a.F. den neuen europarechtlichen Vorgaben.¹⁰ Allerdings wird hier bereits deutlich, dass die Umsetzung unter Abweichen der Definition von Kinderpornographie als Darstellung von Handlungen nach den §§ 176 ff. StGB dazu führt, dass die Strafbarkeit von Darstellung und Handlung auseinander fällt. Dass also etwa das Besitzen einer Darstellung strafbar sein kann, während die der Darstellung zu Grunde liegende Handlung strafrechtlich nicht beanstandet wird.

2. Jugendpornographie (§ 184c StGB)

Eine wesentliche Änderung durch den Rahmenbeschluss basiert auf der dort in Art. 1 lit. a enthaltenen Begriffsbestimmung eines Kindes als Person unter 18 Jahren¹¹ und der sich aus Art. 3 Abs. 1 ergebenden umfassenden Regelung für Pornographie in Zusammenhang mit Kindern, die für die Herstellung, den Vertrieb, die Verbreitung und die Weitergabe, das Anbieten oder sonstiges Zugänglichmachen und den Erwerb und Besitz ein Straferfordernis begründen. Mit Erlass der Richtlinie haben sich diese Tathandlungsvarianten noch erweitert auf den bewussten Zugriff mittels Information- und Kommunikationstechnologie und das Liefern (Art. 5 Abs. 3, Abs. 5).

Bis zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses sah das StGB allerdings keine Tatbestände vor, die „die Herstellung und Verbreitung von pornographischen Schriften verboten, in de-

nen Vierzehn- bis Siebzehnjährige als Darsteller zu sehen sind.“¹²

Ursprünglich wollte die Bundesregierung daher Kinder- und Jugendpornographie in einer Strafnorm zusammenfassen.¹³ Dem wurde im Gesetzgebungsverfahren zwar nicht grundsätzlich entgegen getreten, allerdings äußerte der Rechtsausschuss des deutschen Bundestages hinsichtlich der Gleichsetzung von Kinder- und Jugendpornographie auch beim Strafrahmen Bedenken: „Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften sollen jeweils in einer eigenen Vorschrift mit unterschiedlichen Strafandrohungen geregelt werden. [...] Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften einen höheren Unrechtsgehalt aufweisen als Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften.“¹⁴

In der Folge wurde die „Jugendpornographie“ im neuen, eigenständigen § 184c StGB geregelt.¹⁵ Dieser wurde im Wesentlichen § 184b StGB nachgebildet, das gilt insbesondere für das Tatobjekt. Auch die Tathandlungen von § 184c und § 184b StGB entsprechen sich in Abs. 1, Nrn. 1-3. und Abs. 2 und 3. Nur hinsichtlich Abs. 4 ist der Tatbestand des § 184c StGB enger gefasst als der des § 184b StGB. Die Abs. 4 und 5 des § 184b StGB werden nach § 184c Abs. 5 StGB entsprechend angewendet.

Die Definition von Kinder- bzw. Jugendpornographie als pornographische Schriften, die sexuelle Handlungen von, an oder vor Jugendlichen zum Gegenstand haben entspricht dabei allerdings nicht genau den europarechtlichen Beschreibungen. Vielmehr geht sie teilweise darüber hinaus, bleibt teilweise aber auch dahinter zurück. Dies wird bei der Auseinandersetzung mit den folgenden zwei Einzelfragen deutlich.

V. Einzelfragen

1. Das Problem der „Scheinjugendlichen“

Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses hat die Frage verschärft, wie mit Darstellungen von Personen umzugehen ist, die zwar wie unter 18 wirken, aber in Wirklichkeit volljährig sind, sog. „Scheinjugendliche“.¹⁶ „Für die Praxis (sowohl der Strafverfolgungsbehörden als auch der sich um Legalität bemühenden Hersteller und Verbreiter von pornographischen Filmen und Fotos) ist es eine wichtige Frage, ob darauf abzustellen ist, dass Darsteller *tatsächlich minderjährig* waren, oder ob es auf den *Eindruck* ankommt, den ein Betrachter vom Alter der gezeigten Person gewinnt.“¹⁷ Der Rahmenbeschluss bestimmte dazu, dass als Darsteller von Kinderpornographie gemäß Art. 1 lit. b sublit. ii) auch Personen mit

⁷ Zur Rechtslage vor dem Umsetzungsgesetz vgl. *Laubenthal*, Sexualstrafrecht, Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 1. Aufl. 2000, S. 694 ff.

⁸ *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3525).

⁹ *Reinbacher/Wincierz*, ZRP 2007, 195 (196).

¹⁰ *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3525); *Böse*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 751 (754).

¹¹ *Böse* (Fn. 10), S. 756.

¹² *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3523).

¹³ *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2011, § 184c vor Rn. 1; BT-Drs. 16/3439, S. 5.

¹⁴ BT-Drs. 16/9646, S. 17.

¹⁵ *Laufhütte/Roggenbuck* (Fn. 13), § 184c vor Rn. 1; *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3523).

¹⁶ *Zu Scheinkindern Schröder*, GA 2009, 213 (218).

¹⁷ *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3524).

kindlichem Erscheinungsbild gelten. Es ist den Mitgliedstaaten überlassen ist, ob sie diese Form von Pornographie bestrafen wollen (Art. 3 Abs. 2 lit. a). Zu Gunsten welcher Auslegung § 184c Abs. 1 StGB zu verstehen ist, ist nicht unumstritten.

Der BGH hat zunächst 2001 für das vergleichbare Problem bei Kinderpornographie festgestellt, dass es, wenn die dargestellte Person nicht tatsächlich ein Kind sei, auf die „Sicht des verständigen Betrachters“ ankäme.¹⁸ In einem neueren Urteil hat auch das BVerfG die Übertragbarkeit dieses Urteils auf den Fall der Jugendpornographie bestätigt.¹⁹

In der Literatur wurde dieses Urteil durchaus kritisch aufgenommen. So verlangt Hörnle jedenfalls für Fälle, in denen „die Betrachterperspektive keine Zuordnung zu den Kategorien volljährig/minderjährig“ erlaubt, die Straffreiheit, da in diesen Fällen „für eine dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG) genügende Norm nur der Ausweg [bleibt], auf das tatsächliche Alter der Darsteller abzustellen.“²⁰ Kritisch sieht Liesching, dass die „Forderung des Gerichts, dass ‚der Beobachter [...] eindeutig zu dem Schluss kommen‘ müsse, dass jugendliche Darsteller beteiligt sind, [...] jedenfalls so lange eine Fiktion [bleibt], bis dem ‚Beobachter‘ rechtssichere Kriterien an die Hand gegeben sind, mit denen er die Beurteilung der ‚Eindeutigkeit‘ einer jugendlichen Anmutung sicher vornehmen kann.“²¹ Auch Baier hat eine eindeutige Ausnahme auf Grundlage der europarechtlichen Ausnahmemöglichkeit für sinnvoll erachtet: „[Der Gesetzgeber sollte] die in Art. 3 II lit. a eröffnete Möglichkeit ergreifen, Kinderpornographie unter Mitwirkung von Scheinkindern entsprechend der gegenwärtigen Rechtslage zu behandeln. Das bedeutet Straffreiheit, wenn es sich in Wirklichkeit um erwachsene Darsteller handelt [...]“²² Er begründet dies u.a. mit den zu erwartenden Problemen im Zusammenhang mit dem grundgesetzlichen Bestimmtheitsgrundsatz.

Der Rechtsausschuss des deutschen Bundestages formuliert in seiner Beschlussempfehlung, dass § 184c StGB so zu verstehen sei, dass der Besitz „pornographischer Schriften, die sexuelle Handlungen von, an oder vor Erwachsenen mit jugendlichem Erscheinungsbild wiedergeben“, nicht strafbar ist und verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 3 Abs. 2 lit. a des Rahmenbeschlusses.²³ Es ist allerdings nicht ganz eindeutig, ob sich dies nur auf die Strafbarkeit nach § 184c

Abs. 4 S. 1 StGB oder auf den gesamten § 184c StGB erstrecken soll.²⁴

Die Strafbarkeit von pornographischen Darstellungen Scheinjugendlicher²⁵ ist allein aus dem Wortlaut nicht zu rechtfertigen. § 184c StGB spricht von pornographischen Schriften, die sexuelle Handlungen von, an oder vor Jugendlichen *zum Gegenstand haben*. Ob damit auch (nur) referentielle Darstellungen vom Wortlaut erfasst werden, also Schriften, die eine Darstellung beinhalten, die nur darauf abzielt so zu wirken, wie Jugendpornographie, ist nicht eindeutig. Dafür spricht allerdings ein Vergleich mit dem Verbot von Gewaltpornographie. Bei § 184a S. 1. Var. 1 StGB wird die Formulierung von der h.M. ebenfalls so ausgelegt, dass auch Schriften tatbestandsmäßig sind, die Gewalt nur vorspielen, also nur *scheinbar* Gewalt zeigen, erst wenn die Handlungen schon nicht mehr als aggressiv empfunden werden, scheidet der Tatbestand aus.²⁶ Dies wurde sogar soweit verstanden, dass selbst lächerliche wirkende Darstellungen noch tatbestandsmäßig sein können.²⁷ Schon wegen der unterschiedlichen Schutzrichtung von § 184a und den §§ 184b, 184c StGB ist dies aber nicht ohne Weiteres übertragbar.

Eine Auslegung entlang des Europarechts führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar kennen Rahmenbeschluss und Richtlinie die Strafbarkeit von Scheinjugendlichen als Normalfall, halten aber explizit eine Ausnahme vor.

Gegen eine Einbeziehung von Scheinjugendlichen in den Tatbestand des § 184c Abs. 1 StGB spricht aber schwerwiegend, dass bei der Herstellung der pornographischen Schrift objektiv keinerlei Unrecht involviert war. Auch zum Schutz von Jugendlichen vor „Jugendsünden“ und Ausbeutung trägt die Regelung nichts bei, schon deshalb, weil die dargestellten Personen in diesen Fällen ja gerade keine Jugendlichen mehr sind. Strafrechtspolitisch wird für die Strafbarkeit von Scheinjugendlichenpornographie das Bedürfnis angeführt, einen jugendpornographischen Markt auszutrocknen. Zuzustimmen ist aber Popp, „dass die Fokussierung auf die Rolle des Abnehmers, die mit [dem] sogenannten ‚Nachfrage-Paradigma‘ verbunden ist, die Lösung konkreter dogmatischer Fragen eher behindert als fördert.“²⁸ Das trifft umso mehr zu, als ein jugendpornographischer Markt in nur weit geringerem Maße existiert, als im Bereich der Kinderpornographie,²⁹ was in der

¹⁸ BGHSt 47, 55 (62) = NJW 2001, 3560.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 6.12.2008 – 2 BvR 2369/08 = MMR 2009, 178 m. Anm. Liesching; Reinbacher/Wincierz, ZRP 2007, 195 (197).

²⁰ Hörnle, NJW 2008, 3521 (3525); Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 13), § 184c Rn. 4, und Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 184c Rn. 4, verneinen eine Strafbarkeit, wenn das Alter offen erscheint. Anders dagegen, für einen kompletten Ausschluss der Strafbarkeit bei volljährigen Darstellern mit Verweis auf BT-Drs. 16/9646, S. 38 (sic!); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 184c Rn. 8.

²¹ Liesching, MMR 2009, 178 (179).

²² Baier, ZUM 2004, 39 (49).

²³ BT-Drs. 16/9646, S. 18.

²⁴ So Hörnle, NJW 2008, 3521 (3525); Eisele (Fn. 20), § 184c Rn. 4; Schröder, GA 2009, 213 (217).

²⁵ Sowohl das Ergebnis als auch die Ausführungen lassen sich auf Scheinkinder – also Opfer am Randbereich von § 184b und § 184c StGB anwenden. Allerdings existiert dort seit der Umsetzung des Rahmenbeschlusses in Form des § 184c StGB eine Art „Auffangbestand“.

²⁶ Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 13), § 184a Rn. 4; krit. Fischer (Fn. 20), § 184a Rn. 6.

²⁷ OLG Köln, Urt. v. 24.6.1980 – 1 Ss 284-285/90 = NJW 1981, 1458.

²⁸ Popp, ZIS 2010, 193 (193).

²⁹ Im Jahr 2012 wurden nach der Strafverfolgungsstatistik (Bundesamt für Statistik, Fachserie 10 Reihe 3) gem. § 184c StGB 100 Personen verurteilt, S. 33 (1.788 Personen nach § 184b StGB, S. 31). Entsprechend gering dürfte die Anzahl

Natur des Interesses an Jugendpornographie liegt. Soweit diese nämlich von Pädophilie als Krankheitsbild geleitet ist, sind sexuelle Aufnahmen von Jugendlichen, die die Pubertät bereits durchlebt haben, im Regelfall nicht gefragt.³⁰ Letztlich bleibt also fraglich, wieso das Zeigen, Besitzen, usw. eines Filmes, der den Geschlechtsverkehr von zwei Erwachsenen darstellt, die jugendlich wirken, strafbar ist, während weder der Geschlechtsverkehr noch das (direkte) Betrachten des Geschlechtsverkehrs unter eine Norm des StGB fallen soll. Im Ergebnis spricht daher viel dafür, auf eine Einbeziehung von Scheinjünglichen in den Tatbestand des § 184c StGB zu verzichten.

2. „Posing“ und Genitaliaufnahmen

a) Der Umgang mit Posingfotos de lege lata

Art. 1 lit. b des Rahmenbeschlusses definiert als „Kinderpornographie“ auch „aufreizendes Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern“. Damit zielt der Rahmenbeschluss auf das Problem sog. „Posing-Fotos“.³¹ Diese galten nach der Fassung bis 2008 als nicht tatbestandsmäßig.³² Der bis dahin geltende Bezug des Kinderpornographietatbestandes zum sexuellen Missbrauch (s.o.) führte dazu, dass nach Ansicht des Gerichts „eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf die Vornahme auch solcher Handlungen, bei denen es nicht zu Manipulationen am eigenen Körper kommt, [...] mit dem Wortsinn der Vorschrift [...] nicht zu vereinbaren“³³ ist. Diese Rechtslage war mit dem oben zitierten europarechtlichen Ausgangspunkt nicht in Einklang zu bringen. Ziel des Gesetzgebers war es daher bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses auch, diese Gesetzeslücke zu schließen.³⁴ Ob dies mit den §§ 184b f. StGB tatsächlich vollständig gelungen ist, ist nach der Neufassung allerdings nach wie vor fraglich.³⁵ Insbesondere bei Aufnahmen von schlafenden oder gefesselten Kindern wird vertreten, dass es schon an einer tatbestandsmäßigen „Handlung“ fehlt,³⁶ dasselbe gilt für Nahaufnahmen einzelner Körperteile.³⁷

b) Der neue „Posingbegriff“ der Richtlinie

Unabhängig davon, wie man diese Frage beurteilt oder beurteilt hat, hat sie durch den Richtlinienenerlass eine neue Dimension bekommen. In Erweiterung der Formulierung des Rah-

menbeschlusses („aufreizendes Zur-Schau-Stellen der Genitalien“) sieht die neue Richtlinie mittlerweile vor, dass unter den Begriff der Kinderpornographie auch „jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke“ (Art. 2 lit. c sublit. ii) fällt. Eine Erweiterung, die entweder eine veränderte europarechtskonforme Auslegung, soweit mit der Wortlautgrenze vertretbar, oder ein Handeln des Gesetzgebers notwendig machen wird. Durch den Verzicht auf das Erfordernis einer sexuell-aufreizenden Zurschaustellung sollen auch Abbildungen erfasst werden, deren Zustandekommen jedenfalls nicht ersichtlich sexuell motiviert ist. Es geht mithin gerade nicht nur um das, was klassischerweise als „Posing“ bezeichnet wird, sondern darüber hinaus auch um reine Abbildungen der Genitalien von Kindern. In anderen Worten bedeutet der Verzicht auf die Formulierung „sexuell aufreizend“, dass das Motiv der Darstellung selber aus sich heraus kein sexuelles Moment mehr beinhalten muss. Dieses Verständnis wird aber mit der Formulierung des § 184b Abs. 1 StGB – „sexuelle Handlungen“ – nicht in Einklang zu bringen sein.³⁸

Die Darstellungen der Genitalien müssen allerdings Darstellungen zu primär sexuellen Zwecke sein. Ob damit gemeint ist, dass sie für diese Zwecke gedacht, bestimmt, hergestellt, verbreitet oder verwendet sein müssen, lässt die Richtlinie offen. Eine Darstellung kann aber aus sich heraus keinen Zweck haben. Denkbar ist, dass Darstellungen typischerweise zu einem bestimmten Zweck verwendet werden. Sicherlich kann sich diese letztlich soziale Zuordnung auch soweit selbstständigen, dass von einem Zweck der Darstellung gesprochen werden kann. Gerade in Grauzonen funktioniert diese Zuordnung aber nicht.

Damit bleiben zwei weitere denkbare Möglichkeiten: Der Zweck der Herstellung des Materials und der Zweck der Nutzung oder Verbreitung des Materials. Insoweit gibt die Richtlinie in Erwägungsgrund 9 jedenfalls Aufschluss darüber, welchen Zweck der europäische Gesetzgeber im Sinn hatte: Beide. Dort heißt es: „wobei derartige Bilder für primär sexuelle Zwecke produziert oder verwendet und mit oder ohne Wissen des Kindes ausgebeutet werden.“

c) Probleme des unionsrechtlichen „Posing“-Begriffs

Das Tatobjekt „Kinderpornographie“ wird also um eine subjektive Komponente erweitert – ein Umstand, der gleich in mehrererlei Hinsicht Probleme mit sich bringen wird:

- Offensichtlich sind die zusätzlichen Beweisprobleme, die mit dieser Subjektivierung einhergehen werden.
- Eine Darstellung kann zu nicht sexuellen Zwecken erstellt und zu sexuellen Zwecken verbreitet werden oder vice versa. Bedeutet die Definition, dass eine Darstellung für einen Täter Kinderpornographie sein kann, für einen anderen aber nicht?
- Um Kinderpornographie i.S.d. Richtlinie handelt es sich nur, wenn die Darstellung „primär“ sexuellen Zwecken

der wegen § 184c StGB belangten Täter sein, die in Zusammenhang mit der Darstellung von Scheinjünglichen stehen.

³⁰ Pädophilie ist nach dem sog. ICD-10 Standard (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems) definiert als: „Sexuelle Präferenz für Kinder, Jungen oder Mädchen oder Kinder beiderlei Geschlechts, die sich meist in der Vorpubertät oder in einem frühen Stadium der Pubertät befinden.“ (Nummer: F65.4).

³¹ Synonym verwandt von Röder, NStZ 2010, 113.

³² Röder, NStZ 2010, 113.

³³ BGH 50, 370 = NJW 2006, 1890.

³⁴ Röder, NStZ 2010, 113.

³⁵ Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 13), § 184c Rn. 5.

³⁶ Röder, NStZ 2010, 113 (119).

³⁷ Fischer (Fn. 20), § 184b Rn. 4.

³⁸ Auch wenn der Referentenentwurf des BMJ v. 28.4.2014 in dieser Hinsicht gerade keinen zwingenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf erkennt, wiewohl Änderungen vorschlägt.

dient. Wie soll mit Darstellungen umgegangen werden, deren sexueller Zweck dem Täter etwa bei der Herstellung einer Aufnahme zwar möglich schien, die er aber – im Sinne eines Eventualvorsatzes – gar nicht anstrebte? Handelt es sich dann nicht um Kinderpornographie? Wenn nicht, wie ist dann mit einem Täter umzugehen, der die zu nur „sekundär“ sexuellen Zwecken erstellte Darstellung zu „primär“ sexuellen Zwecken verbreitet?

d) Lösungsvorschlag der Bundesregierung

Neben der systematisch fragwürdigen Änderung von § 201a StGB, deren Diskussion hier aus Platzgründen unterbleiben muss, sieht der von der Bundesregierung vorgelegte Referentenentwurf eine Erweiterung von § 184b und § 184c StGB vor. Die Definition von Kinder- bzw. Jugendpornographie wird um die Alternative der „Wiedergabe [eines] ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung“ ergänzt. Die Formulierung entstammt dem Jugendmedienschutzstaatsvertrag (§ 4 Abs. 1 Nr. 9) und steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH.³⁹ Sie vermag sicherlich das oben genannte Problem von kinderpornographischen Aufnahmen ohne Handlungsqualität des Dargestellten zu lösen. So spricht auch der Entwurf in der Begründung davon, dass „[um] auch unwillkürlich eingenommene geschlechtsbetonte Körperhaltungen, etwa durch ein schlafendes Kind, strafrechtlich in § 184b StGB zu erfassen, soll es nicht mehr auf das Einnehmen einer Körperhaltung als sexuelle Handlung ankommen, sondern lediglich auf die Körperhaltung.“⁴⁰

Damit tappt der Gesetzentwurf nicht in die europarechtliche Falle der Zweckbestimmung von Pornographie. Fraglich wird aber auch weiterhin bleiben, wie mit Genitalaufnahmen⁴¹ umgegangen werden soll, die zu sexuellen Zwecken im Sinne der Richtlinie aufgenommen wurden, aber keine „unnatürlich Körperhaltung“ im Sinne des deutschen Gesetzentwurfes zeigen.

VI. Fazit

Das deutsche Kinder- und Jugendpornographiestrafrecht ist wesentlich europarechtlich beeinflusst. Formulierung und Regelungssystematik der europarechtlichen Vorgaben sind daher bei der Auslegung der §§ 184b f. StGB von besonderer Bedeutung. Der europarechtliche Hintergrund, der so gestrickt ist, dass er sich aus der Strafrechtssystematik von 27 Mitgliedstaaten heraus umsetzen lässt, kann aber auch die vergleichsweise komplizierten Regelungen und Sprachungetüme in diesem Bereich des StGB erklären. Jedenfalls kann konstatiert werden, dass die Herausforderung für den Gesetzgeber, die europarechtlichen Strafrechtsvorgaben mit der deutschen Strafrechtssystematik in einen verfassungsgemäßen wie verständlichen Einklang zu bringen, keine kleine ist.

³⁹ BGHSt 34, 366 = NJW 1998, 1502 (1503).

⁴⁰ Referentenentwurf des BMJ v. 28.4.2014, S. 35.

⁴¹ Fischer (Fn. 20), § 184b Rn. 4.

Staatliche Opferentschädigung auf dem Prüfstand

Entschädigungsanspruch und Entschädigungspraxis

Von Jun.-Prof. Dr. **Tillmann Bartsch**, Tübingen, Prof. Dr. Dr. **Hauke Brettel**, Marburg, **Katharina Blauert**, Hannover, Dr. **Deborah F. Hellmann**, Hannover

Bei der staatlichen Opferentschädigung handelt es sich um ein bislang wenig erforschtes Gebiet. Recht und Praxis des Opferentschädigungsgesetzes (OEG) haben in der Wissenschaft nur wenig Aufmerksamkeit gefunden. Zwar sind in den 1980er bzw. 1990er Jahren einige Arbeiten erschienen, die sich aus rechtshistorischer, rechtsvergleichender, rechtsdogmatischer und empirisch-kriminologischer Sicht mit dem OEG befassen.¹ Danach ist das wissenschaftliche Interesse an diesem Rechtsbereich jedoch abgeflaut.² Das verwundert. Denn Forschungsbedarf scheint diesbezüglich durchaus zu bestehen. Darauf lässt die derzeit von verschiedener Seite geübte, (teils) massive Kritik an der rechtlichen Ausgestaltung

¹ Siehe etwa die in den 1980er bzw. 1990er Jahren erschienenen Arbeiten von Weintraud (Staatliche Entschädigung für Opfer von Gewalttaten in Großbritannien und der Bundesrepublik Deutschland, 1980), Ehinger (Kriterien zur Erfassung und Bewertung ausschussrelevanter Opferverhaltens im Bereich des § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten [OEG], 1986), Doering-Striening (Die Versagung von Opferentschädigungsleistungen gemäß § 2 Abs. 1 OEG, Zugleich ein Beitrag über Handhabung und Bedeutung von § 2 Abs. 1 OEG in der Praxis, 1988), Villmow/Plemper (Praxis der Opferentschädigung, Hamburger Entscheidungen und Erfahrungen von Opfern von Gewaltdelikten, 1989), Rittmeister (Die Funktion des OEG, eine kritische Auseinandersetzung mit der rechtlichen Regelung der Entschädigung von Gewaltopfern, 1993), Kunz (Probleme der Opferentschädigung im deutschen Recht, Einzelfragen im Lichte einer Konezptanalyse, 1995) und Otte (Staatliche Entschädigung für Opfer von Gewalttaten in Österreich, Deutschland und der Schweiz, 1998).

² In jüngster Zeit scheint es allerdings wieder etwas anzuwachsen. Darauf deuten etwa die gerade erschienene Dissertation von Dinnebier (Opferentschädigung als Sozialleistungstatbestand, 2013), die Forschungsarbeiten von Grundel/Blättner (Entschädigung von Opfern interpersoneller Gewalt im Raum Fulda, Studie zum Opferentschädigungsgesetz [OEG] und der Verfahrenspraxis in der Opferentschädigung, 2011; die Arbeit ist im Internet abrufbar unter http://www.fhfulda.de/fileadmin/Fachbereich_PG/PDF/Forschungsprojekte/InterpersGewalt/OEG/Artikel_Grundel_Blaettner_2011_pg_paper.pdf [1.7.2014])

und Lerch (Inanspruchnahme von staatlichen Entschädigungsleistungen nach dem Opferentschädigungsgesetz am Beispiel des Bundeslandes Hessen, Eine analytische Betrachtung der Differenz zwischen Anspruchsberechtigung und Geltendmachung von Ansprüchen der Opferentschädigung, 2011) sowie der umfangreiche Festschriftbeitrag von Villmow/Savinsky (in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin [Hrsg.], Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 1243) hin.

des OEG bzw. an dessen Handhabung durch die zuständigen Behörden der Versorgungsverwaltung schließen. So erschien im September 2012 in der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung unter der Überschrift „Du Opfer, du“ ein ausführlicher Artikel über die Praxis der Opferentschädigung.³ Er endet mit der Frage einer Betroffenen, ob es angesichts der Vielzahl von Problemen, die es in diesem Bereich geben soll, nicht besser wäre, das OEG in Gänze abzuschaffen. Moniert werden Recht und Praxis der staatlichen Opferentschädigung auch in dem 2011 von mehreren Bundesministerien herausgegebenen „Abschlussbericht Runder Tisch zum Sexuellen Kindesmissbrauch“.⁴ Dieser Runde Tisch war nach dem Bekanntwerden zahlreicher Fälle sexuellen Missbrauchs in verschiedenen Institutionen im Jahr 2010 ins Leben gerufen worden.⁵ Schließlich finden sich mehrere konkrete Vorschläge für eine Reform des OEG auf der Homepage der Opferschutzorganisation Weisser Ring e.V. Dort sind zahlreiche „sozialrechtspolitische Forderungen“ formuliert, die jeweils auf eine Reform des Opferentschädigungsrechts abzielen.⁶

Die von verschiedener Seite geübte Kritik am OEG wird in diesem Beitrag aufgegriffen. Konkret werden nach einführnden Bemerkungen zu diesem Gesetz (I.) einzelne Aspekte der Kritik auf ihre Stichhaltigkeit hin überprüft (II.). Dies geschieht anhand von verfügbaren empirisch-kriminologischen Erkenntnissen einerseits und rechtlichen Überlegungen andererseits. Dabei wird sich im Ergebnis zeigen, dass die empirische Basis in Teilbereichen noch sehr schmal ist. Endgültig wird man daher erst auf Grundlage weiterer, noch durchzuführender Forschung beurteilen können, ob und inwieweit Recht und Praxis der staatlichen Opferentschädigung tatsächlich reformbedürftig sind. Vor diesem Hintergrund wird abschließend eine Evaluation von Recht und Praxis des OEG angeregt (III.).

³ Hummel, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 9.9. 2012, im Internet abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/opferentschaedigungs-gesetz-du-opfer-du-11884030.html> (1.7.2014).

⁴ Bundesministerium der Justiz u.a. (Hrsg.), Runder Tisch zum Sexuellen Kindesmissbrauch in Abhängigkeits- und Machtverhältnissen in privaten und öffentlichen Einrichtungen und im familiären Bereich, 2012, S. 27 ff.; 70 ff, im Internet abrufbar unter http://www.bmbf.de/pub/bmbf_runder_tisch_sexueller_kinde_smissbrauch.pdf (1.7.2014).

⁵ Bundesministerium der Justiz u.a. (Fn. 4), S. 5.

⁶ Weisser Ring e.V., Sozialrechtspolitische Forderungen, Stand: Februar 2014, im Internet abrufbar unter <https://www.weisser-ring.de/internet/standpunkte/sozialrechtspolitische-forderungen/index.html> (1.7.2014)

I. Opferentschädigungsgesetz – Entwicklung und einzelne Regelungen

Die ersten Gesetze über die Opferentschädigung wurden in Europa 1964 bzw. zu Beginn der 1970er Jahre erlassen.⁷ Den Anfang machten Großbritannien, Schweden und Österreich⁸, und schließlich fand sich auch im Deutschen Bundestag eine deutliche Mehrheit für ein Gesetz über die staatliche Opferentschädigung: Im April 1976 wurde das OEG – mit dem vollständigen Titel „Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten“ – verabschiedet. Es trat im Mai 1976 in Kraft⁹ und ist mit seinen 15 Paragraphen Teil des sozialen Entschädigungsrechts.

Die zentralen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Entschädigung sind in § 1 Abs. 1 S. 1 OEG geregelt. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang, dass hiernach anspruchsberechtigt ist, wer infolge eines vorsätzlichen, rechtswidrigen tätlichen Angriffs gegen seine oder eine andere Person eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat. Dabei kann Entschädigung ausschließlich für die gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen verlangt werden, die sich kausal aus der gesundheitlichen Schädigung ergeben.¹⁰

§ 1 Abs. 2 OEG enthält einen sog. Gleichstellungstatbestand. Hiernach sind unter den übrigen Voraussetzungen des OEG auch diejenigen Fälle entschädigungsfähig, in denen vorsätzlich Gift beigebracht oder wenigstens fahrlässig eine Gefahr für Leib oder Leben eines anderen durch ein mit gemeingefährlichen Mitteln begangenes Verbrechen herbeigeführt wurde.

Bezüglich der Frage, was ein Geschädigter beanspruchen kann, verweist § 1 Abs. 1 OEG auf die Vorschriften des Bundesversorgungsgesetzes (BVG). Dieses Gesetz ist bereits im Dezember 1950 in Kraft getreten.¹¹ Es regelt die staatliche Versorgung von Kriegsoffizieren und Personenschäden, die sich aus den Folgen des Zweiten Weltkriegs ergeben, und sieht als konkrete Leistungen u.a. die Gewährung von Heil- und Krankenbehandlung sowie von Maßnahmen zur Wiedereingliederung in das Berufsleben vor (§§ 9 ff. BVG). Außerdem können bei schweren Gesundheitsstörungen, die länger als sechs Monate bestehen, Rentenleistungen gewährt werden (§§ 29, 30 BVG).

§ 2 OEG benennt schließlich Gründe, die zu einer Versagung der Entschädigung führen (können). Diese Vorschrift wird wegen des darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffs (Unbilligkeit der Entschädigung) und des der Verwaltung eingeräumten Ermessens (§ 2 Abs. 2: „kann“) kritisiert. Konkret wird moniert, dass sie der Verwaltung zu große

⁷ Zur historischen Entwicklung des Opferentschädigungsgesetzes *Freytag*, in: Kube/Schneider/Stock (Hrsg.), *Kriminologische Spuren in Hessen*, Freundesgabe für Arthur Kreuzer zum 65. Geburtstag 2003, S. 171 (173).

⁸ BT-Drs. 7/2506, S. 9.

⁹ BGBl. I 1976, S. 1181.

¹⁰ *Doering-Striening*, Opferrechte, Handbuch des Anwalts für Opferrechte 2013, S. 144 f.

¹¹ BGBl. I 1950, S. 791.

Spielräume bei der Entscheidung über die Entschädigung eröffne.¹²

II. Das OEG auf dem Prüfstand

1. Entschädigungsanspruch

Bezüglich der rechtlichen Ausgestaltung des OEG steht der Entschädigungsanspruch nach § 1 OEG im Zentrum der Kritik. Diesbezüglich lautet das Monitum des Weissen Ring e.V., die Anspruchsvoraussetzungen seien zu eng gefasst. Namentlich würden durch das in § 1 Abs. 1 S. 1 OEG enthaltene Merkmal „tätlicher Angriff“ Opfer mancher Straftaten zu Unrecht von der Entschädigung nach dem OEG ausgeschlossen.¹³

Konkret bezieht sich der Weisse Ring e.V. unter anderem auf den Wohnungseinbruchdiebstahl. Hierbei handele es sich um eine Straftat, die derzeit nicht nach dem OEG entschädigungsfähig sei, die aber nach anerkannten wissenschaftlichen Untersuchungen vielfach behandlungsbedürftige Gesundheitsschäden der Opfer verursache. Konkret meint der Weisse Ring e.V. Gesundheitsschäden in Form von „seelischen Belastungen mit Krankheitswert“, die bei Wohnungseinbrüchen durch die Verletzung der Privatsphäre und die damit verbundene Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls entstünden.¹⁴ Vor diesem Hintergrund fordert der Opferschutzverband den Gesetzgeber ausdrücklich zum Erlass einer Regelung auf, die bestimmt, dass künftig auch Wohnungseinbruchopfer einen Anspruch auf Entschädigung nach dem OEG besitzen.¹⁵

Ob dieses Petitum für eine Einbeziehung des Wohnungseinbruchs in den Anwendungsbereich des OEG berechtigt ist, wird nachfolgend diskutiert. Dabei sind zunächst die beiden zugrundeliegenden Annahmen zu überprüfen. Insbesondere ist zu klären, ob Opfer eines Wohnungseinbruchs derzeit nicht zum Kreis der Anspruchsberechtigten nach dem OEG zählen (a) und ob nämlich Betroffene sich aufgrund einer solchen Tat tatsächlich seelischen Belastungen, die zu einer Entschädigung nach dem OEG führen müssten, ausgesetzt sehen (b).

a) Die Frage, ob Wohnungseinbruchopfer zum Kreis der Anspruchsberechtigten nach § 1 Abs. 1 S. 1 OEG gehören, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung – soweit ersicht-

¹² *Stolleis*, in: Gitter/Theime/Zacher (Hrsg.), *Im Dienste des Sozialrechts*, Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag am 26. Juni 1981, 1981, S. 579 (591).

¹³ Weisser Ring e.V. (Fn. 6), Nr. 4.

¹⁴ Weisser Ring e.V. (Fn. 6), Nr. 4. Darüber hinaus fordert der Weisse Ring e.V. (a.a.O.) eine „Klarstellung“ im Gesetz, dass auch Stalking einen tätlichen Angriff darstellt, sodass künftig auch eine solche Tat zu Entschädigungsansprüchen nach dem OEG führen kann. Die Hauptkonferenz der Innenminister hat sich bei ihrer letzten Sitzung in Niedersachsen im Dezember 2013 dafür ausgesprochen, eine Einbeziehung von Stalkingopfern in den Anwendungsbereich des OEG zu prüfen. (Die Beschlüsse der Hauptkonferenz sind unter http://www.imk2013.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=32099&article_id=120378&psmand=1042 [1.7.2014] im Internet abrufbar).

¹⁵ Vgl. vorstehende Fn.

lich – noch nicht entschieden worden.¹⁶ Sie lässt sich jedoch unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zum „tätlichen Angriff“ beantworten.

Das BSG orientiert sich bei der Auslegung des Begriffs „tätlicher Angriff“ am Strafrecht.¹⁷ Konkret nimmt es bei der Definition Bezug auf die §§ 113, 121 StGB,¹⁸ in denen jeweils die Formulierung „tätlich angreift“ bzw. „tätlich angreifen“ enthalten ist. Wie im Strafrecht sei daher unter einem „tätlichen Angriff“ grundsätzlich eine in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende gewaltsame Einwirkung zu verstehen.¹⁹ Allerdings betonte das höchste deutsche Sozialgericht in der Vergangenheit wiederholt, dass bei der Auslegung keine „strenge Bindung“ an das Strafrecht bestehe, sondern eine am Zweck des OEG orientierte Auslegung geboten sei.²⁰ In einzelnen Bereichen hat der „tätliche Angriff“ daher inzwischen eine erweiternde Auslegung erfahren.²¹ Dies gilt insbesondere in Fällen eines sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176 StGB. So bejaht das Gericht einen „tätlichen Angriff“ in solchen Fällen bereits dann, wenn der Täter die Vornahme oder Duldung der sexuelle Handlung von dem Kind nicht mittels körperlicher Gewalt erzwungen, sondern lediglich durch Anwendung von List, unter Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses oder auf spielerische Weise erreicht hat.²² In diesem Bereich definiert das BSG den Gewaltbegriff daher deutlich weiter, als dies im Strafrecht der Fall ist: Weder wird eine irgendwie geartete körperliche Tätigkeit des Täters noch ein körperlich wirkender Zwang aufseiten des Opfers verlangt.²³ Es reicht vielmehr aus, dass der Täter das zwischen ihm und dem Opfer auf-

grund altersbedingter Überlegenheit bestehende Machtgefälle zu sexuellen Handlungen ausgenutzt hat.²⁴

Aber auch über die Fälle des sexuellen Kindesmissbrauchs hinaus hat das BSG die Definition des „tätlichen Angriffs“ erweitert. So wird etwa die feindselige Willensrichtung eines Angriffs nicht mehr nach der inneren Einstellung des Täters beurteilt. Ausreichend ist insoweit vielmehr, dass der Täter sich rechtsfeindlich verhält, d.h. den strafrechtlichen Normen zuwiderhandelt.²⁵ Außerdem kann nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung in engen Grenzen auch in einer Drohung mit Gewalt ein tätlicher Angriff zu sehen sein. Dies soll in solchen Fällen gelten, in denen der Täter das Opfer mit einer geladenen und entscherten Schusswaffe bedroht²⁶ oder wenn sonst bei Drohungen eine objektiv hohe Gefahr für Leib oder Leben des Bedrohten besteht.²⁷ In einigen Bereichen hat das BSG sich mithin in den letzten Jahren von der strafrechtlichen Definition des „tätlichen Angriffs“ gelöst und bei der Auslegung des Begriffs teilweise, wie *Rademacker* treffend feststellt, von dem „üblichen Sprachverständnis“ entfernt.²⁸

In manchen Punkten hält das BSG jedoch strikt an der ursprünglichen Definition des Begriffs „tätlicher Angriffs“ fest. Das gilt insbesondere für das Erfordernis einer unmittelbar auf den Körper eines anderen zielenden Einwirkung. Dies hat das Gericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 im Fall einer Nachstellung nach § 238 StGB erneut betont. Konkret führte es aus, dass abgesehen von den Ausnahmefällen relevanter Bedrohungen nur dann ein „tätlicher Angriff“ gegeben sei, wenn der Täter zielgerichtet auf die körperliche Integrität eines anderen einwirke.²⁹

Dies zum Maßstab genommen, liegt im Falle eines Wohnungseinbruchs kein „tätlicher Angriff“ i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 OEG vor. Denn bei einer solchen Tat kommt es dem Täter darauf an, fremdes Eigentum zu verletzen.³⁰ Zwar ist ein Wohnungseinbruch oft auch mit einem (gegen Sachen gerichteten) Gewalteintritt sowie stets mit einem Eingriff in die Privat- und Intimsphäre verbunden. Schon insoweit kann man aber fragen, ob der Täter diese Rechtsgüter zielgerichtet verletzen will oder aber, ob er nur um deren Verletzung sicher weiß und diese als Nebenfolge seines eigentlichen Angriffs auf das Eigentum billigend in Kauf nimmt. Das kann aber dahinstehen. Denn jedenfalls geht es dem Wohnungseinbrecher nicht um einen Angriff auf die körperliche Integrität des Wohnungsinhabers. Vielmehr wird der Täter in aller Regel sehr daran interessiert sein, jedwedes körperliche Zusammen-

¹⁶ Siehe aber SG Dortmund, Urt. v. 29.10.2009 – S 18 VG 18/09, das zuungunsten des Opfers eines Wohnungseinbruchs entschied, in einer solchen Tat sei kein vorsätzlicher, rechtswidriger tätlicher Angriff zu sehen. BSG, Urt. v. 28.3.1984 – 9a RVg 1/83, befasste sich zwar mit dem Fall eines Wohnungseinbruchs. Allerdings ging es in dem zu entscheidenden Fall nicht um die seelischen Belastungen aufgrund eines erlebten Wohnungseinbruchs, sondern um den Sonderfall von Verletzungen, die der Wohnungsinhaber bei der Flucht vor einem Einbrecher erlitten hatte.

¹⁷ *Doering-Striening* (Fn. 10), S. 128.

¹⁸ Vgl. BSG, Urt. v. 10.9.1997 – 9 RVg 1/96, Rn 17 (juris).

¹⁹ BSG, Urt. v. 10.12.2003 – B 9 VG 3/02 R, Rn 13 (juris); BSG, Urt. v. 2.10.2008 – B 9 VG 2/07 R, Rn. 14 (juris). Vgl. zur entsprechend im Strafrecht verwandten Definition RGSt 59, 265.

²⁰ BSG, Urt. v. 10.9.1997 – 9 RVg 1/96, Rn. 17 (juris); BSG, Urt. v. 3.2.1999 – B 9 VG 7/97 R, Rn. 11 (juris).

²¹ Ausführlich dazu etwa *Dinnebier* (Fn. 2), S. 74 ff., *Doering-Striening* (Fn. 10), S. 128 ff.; *Kunz/Zellner/Gelhausen/Weiner*, Opferentschädigungsgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2010, § 1 Rn. 13.

²² BSG, Urt. v. 18.10.1995 – 9 RVg 4/93, Rn. 14 f. (juris), und BSG, Urt. v. 18.10.1995 – 9 RVg 7/93, Rn. 10 (juris).

²³ Zu diesen Voraussetzungen des Gewaltbegriffs im Strafrecht *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 14. Aufl. 2013, § 23 Rn. 23.

²⁴ In der nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB ebenfalls strafbaren Vornahme von sexuellen Handlungen vor dem Kind (hier: Onanieren vor einem Kind) soll nach dem LSG Nordrhein-Westfalen (Urt. v. 28.1.2010 – L 10 VG 31/08) hingegen kein tätlicher Angriff zu sehen sein.

²⁵ BSG, Urt. v. 10.9.1997 – 9 RVg 1/96, Rn. 17 (juris).

²⁶ BSG, Urt. v. 24.7.2002 – B 9 VG 4/01 R, Rn. 17 (juris).

²⁷ BSG, Urt. v. 2.10.2008 – B 9 VG 2/07 R, Rn. 16 (juris).

²⁸ *Rademacker*, in: Knickrehm (Hrsg.), *Gesamtes Soziales Entschädigungsrecht*, Handkommentar, 2012, § 1 OEG Rn. 36.

²⁹ BSG, Urt. v. 7.4.2011 – B 9 VG 2/10 R, Rn. 44 (juris).

³⁰ SG Dortmund, Urt. v. 29.10.2009 – S 18VG 18/09, Rn. 14 (juris).

treffen mit den in der Wohnung lebenden Personen zu vermeiden. Ihm kommt es gerade darauf an, unbemerkt zu bleiben, um sein Ziel – die Erlangung fremden Eigentums – möglichst problemlos zu erreichen.

Ein „tätlicher Angriff“ i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 OEG ist daher im Falle eines Wohnungseinbruchs mangels einer unmittelbar auf den Körper des Opfers zielenden Einwirkung nicht gegeben. Da auch der Gleichstellungstatbestand des § 1 Abs. 2 OEG den Wohnungseinbruchsdiebstahl nicht als entschädigungsfähige Straftat benennt, sind die Opfer einer solchen Straftat derzeit von der Entschädigung nach dem OEG ausgeschlossen.³¹

b) Zu der Frage, ob Wohnungseinbruchsopfer durch die Tat seelisch belastet sind, gibt es inzwischen eine nicht geringe Anzahl an Studien.³² Sie stimmen in den hier relevanten Erkenntnissen im Wesentlichen überein. Lediglich exemplarisch sei daher auf drei dieser Untersuchungen verwiesen.

In den Jahren 1990/1991 versandte der Psychologe *Deegener*³³ einen standardisierten Fragebogen u.a. an 579 Personen, die in der Stadt Darmstadt bzw. im Landkreis Darmstadt-Dieburg Opfer eines Wohnungseinbruchs geworden waren.³⁴ Das Ziel dieser Erhebung bestand darin, etwaige psychische Folgeschäden nach einem Wohnungseinbruch in Erfahrung zu bringen. Bei einer Rücklaufquote von knapp 20 %³⁵ fand *Deegener* heraus, dass ein nicht unerheblicher Teil der Wohnungseinbruchsopfer nach der Tat infolge der Verletzung der Privatsphäre unter psychosomatischen Störungen mittlerer bis starker Ausprägung litt. So berichteten 15 % der Befragten von Nervosität, Ein- und Durchschlafstörungen, Traurigkeit, Ängsten, Rastlosigkeit und Magen-/Darmbeschwerden.³⁶

Zu nennen ist darüber hinaus die Arbeit von *Bödiker/Segler*.³⁷ Sie werteten die Daten einer von der Polizeidirektion

Heidelberg initiierten Opferbefragung aus.³⁸ Befragt wurden im Rahmen einer Totalerhebung alle Menschen, die in Heidelberg im Zeitraum 2002 bis 2008 Opfer eines Wohnungseinbruchs geworden waren.³⁹ Die Rücklaufquote belief sich auf 27 %.⁴⁰ Dabei gaben von allen 684 Befragten knapp 62 % an, durch die Tat psychisch beeinträchtigt zu sein. 44 % hatten Ängste bei jedem Nach-Hause-Kommen. 32 % klagten über Schlafstörungen.⁴¹

Schließlich führte im Jahr 2011 das Kriminologische Forschungsinstitut Niedersachsen e.V. (KFN) eine Studie zum Wohnungseinbruch durch. In einer bundesweiten repräsentativen Opferbefragung wurden insgesamt 11.500 Personen in einem face-to-face-Interview jeweils zehn Fragen zum Wohnungseinbruch gestellt.⁴² Von allen Probanden hatten knapp 3 % innerhalb der letzten fünf Jahre einen Wohnungseinbruch erlebt. Viele davon litten stark unter der Tat und der damit einhergehenden Verletzung der Privat- und Intimsphäre. So berichteten fast 39% der Wohnungseinbruchsopfer von einem Schock und fast 24 % von starken Angstgefühlen. Fast ein Drittel der Betroffenen fühlte sich auch einen Monat nach der Tat in der Wohnung nicht sicher, und für 18 % war die Tat ein so einschneidendes Erlebnis, dass sie aufgrund des Wohnungseinbruchs aus der Wohnung auszogen sind.⁴³

Die zuvor beschriebenen Forschungsergebnisse veranschaulichen, dass die Opfer eines Wohnungseinbruchs in durchaus erheblicher Weise seelisch belastet sind. Die Tatsache, dass ein Fremder in den als sicher geglaubten Rückzugs- und Schutzraum der Wohnung eingedrungen ist, löst bei vielen Betroffenen erhebliche Ängste, Gefühle des Unwohlseins und auch psychosomatische Beschwerden aus.⁴⁴ Bis hierhin kann die Annahme des Weissen Ring e.V., dass Wohnungseinbruchsdiebstähle seelische Belastungen bedingten, demnach als bestätigt angesehen werden.

Die weitergehende Frage, ob diese seelischen Belastungen auch zu einer Entschädigung nach dem OEG führten, wenn der Wohnungseinbruch in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes einbezogen wäre, lässt sich auf Basis dieser Studien indessen nicht beantworten. Denn Entschädigung wird nach § 1 Abs. 1 S. 1 OEG nicht für seelische Belastungen geleistet, sondern nur für die gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen, die aus einem Gesundheitsschaden resultieren. Ob diese Anspruchsvoraussetzungen bei Opfern einen Wohnungseinbruchs in einzelnen oder mehreren Fällen erfüllt sind, darüber geben die vorliegenden Studien nicht hinreichend Aufschluss. So lassen die Forschungsarbeiten letztlich schon nicht erkennen, ob die nach der Tat auftretenden seeli-

³¹ So im Ergebnis auch *Dau*, Anmerkung zu LSG Celle-Bremen (12. Senat), Urt. v. 18.3.2010 – L 12 VG 2/06 = JurisPR-SozR 13/2010 Anm. 62010. A.A. *Eppenstein*, in: Weisser Ring (Hrsg.), Opferentschädigungsgesetz – Intention und Praxis opfergerecht?, 1996, S. 92 (101), der meint, bei der Begrenzung auf Angriffsdelikte in § 1 Abs. 1 S. 1 OEG handele es sich lediglich um einen unbeachtlichen „Redaktionsfehler“.

³² Siehe über die nachfolgend benannten Erhebungen hinaus die Arbeiten von *Baurmann/Schädler* (Das Opfer nach der Straftat – seine Erwartungen und Perspektiven, 1991), *Kilchling* (Opferinteressen und Strafverfolgung, 1995), *Hermanutz* (in: Lasogga/Gasch [Hrsg.], Notfallpsychologie, 2011, S. 305), und *Behn/Feltes* (Kriminalistik 2013, 463).

³³ *Deegener*, Psychische Folgeschäden nach Wohnungseinbruch, Erfahrungen von Opfern nach Einbruchsdiebstahl und Raubüberfall, 1996, passim.

³⁴ *Deegener* (Fn. 33), S. 27 ff.

³⁵ *Deegener* (Fn. 33), S. 31.

³⁶ *Deegener* (Fn. 33), S. 67.

³⁷ *Bödiker/Segler*, Wohnungseinbruch in Heidelberg, Auswertung einer Opferbefragung der Polizeidirektion zur Evaluation der Einbruchstruktur, der Polizeiarbeit und der Viktimisierung, 2009. Die Arbeit ist im Internet unter

http://www.praevention-rhein-neckar.de/inhalt.php?id=4133&menu_level=2&id_mnu=5551&id_kunden=535 (1.7.2014) abrufbar.

³⁸ *Bödiker/Segler* (Fn. 37), S. 39.

³⁹ *Bödiker/Segler* (Fn. 37), S. 44.

⁴⁰ *Bödiker/Segler* (Fn. 37), S. 45.

⁴¹ *Bödiker/Segler* (Fn. 37), S. 90.

⁴² *Baier u.a.*, Kriminalistik 2012, 637; *Bartsch u.a.*, Kriminalistik 2013, 473.

⁴³ *Baier u.a.*, Kriminalistik 2012, 730 (736).

⁴⁴ *Behn/Feltes*, Kriminalistik 2013, 463 (465 f.).

schen Belastungen einen Gesundheitsschaden im Sinne des OEG, sprich: ein Abweichen vom normalen Zustand der körperlichen Funktionen,⁴⁵ begründen, weil man über die konkreten Krankheitsbilder der Betroffenen fast nichts erfährt. Lediglich *Deegener* berichtet von Magen- und Darmbeschwerden bei einigen der von ihm befragten Personen. Aber insofern bleibt das Ausmaß dieser Beschwerden unklar.⁴⁶ Ebenso ermöglichen die Studien keine Aussage darüber, ob und ggf. welche gesundheitlichen oder wirtschaftlichen Folgen aus den festgestellten seelischen Belastungen für die Betroffenen resultieren. Es lässt sich daher nicht feststellen, ob die Betroffenen eine Heil- oder Krankenbehandlung benötigen oder ob sogar einige so schwer geschädigt sind, dass die Voraussetzungen für einen Rentenanspruch nach dem OEG bzw. BVG erfüllt sind.

Insgesamt kann man den bislang vorliegenden Untersuchungsergebnissen zu den Folgen eines Wohnungseinbruchs daher lediglich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die damit einhergehenden seelischen Belastungen einen behandlungsbedürftigen und damit entschädigungsfähigen Gesundheitsschaden im Sinne des OEG darstellen könnten. Um dies mit hinreichender Sicherheit beurteilen zu können, bedarf es aber noch weiterer Forschung. Konkret ist zu untersuchen, ob die durch einen Wohnungseinbruch verursachten seelischen Belastungen einen Gesundheitsschaden im Sinne des OEG begründen und ob ggf. aus einer solchen Schädigung gesundheitliche und wirtschaftliche Folgen resultieren, die nach dem OEG i.V.m. BVG grundsätzlich entschädigungsfähig wären.

c) Eine derartige Studie, mit der die kurz-, mittel- und langfristigen psychischen Folgen eines Wohnungseinbruchs sowie deren Intensität und die Auswirkungen auf die Lebensgestaltung ermittelt werden, führt derzeit das KFN im Wege einer schriftlichen Befragung von Opfern einer Tat nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB in fünf bundesdeutschen Großstädten durch.⁴⁷ Sollte sich in dieser Erhebung ergeben, dass auch Opfer eines Wohnungseinbruchs gesundheitliche Schädigungen erleiden, deren Folgen nach dem OEG grundsätzlich entschädigungsfähig wären, könnte der Gesetzgeber sich veranlasst sehen, die Einbeziehung des Wohnungseinbruchs in den Anwendungsbereich des OEG zu prüfen.

Dabei stellten sich dann u.a. die nachfolgend skizzierten Fragen:

aa) Zu überlegen wäre zunächst, ob der deutsche Gesetzgeber möglicherweise aus europa- oder verfassungsrechtlichen Gründen zu einer Einbeziehung des Wohnungseinbruchs in den Anwendungsbereich der Opferentschädigung gehalten ist.

In europarechtlicher Hinsicht könnte insofern das Europäische Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von

Gewalttaten vom 24.11.1983 von Bedeutung sein. Es enthält Mindestanforderungen, welche die Unterzeichnerstaaten im Bereich der Gesetzgebung zur staatlichen Opferentschädigung zu beachten haben. Deutschland hat es am 1.3.1997 ratifiziert. Allerdings dürfte das OEG in seiner derzeitigen Fassung den im Übereinkommen enthaltenen Anforderungen gerecht werden:⁴⁸ Nach dessen Art. 2 Abs. 16 sind die Unterzeichnerstaaten lediglich verpflichtet, Opfer von vorsätzlichen Gewaltstraftaten für die direkten Folgen einer daraus resultierenden erheblichen Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung zu entschädigen (Art. 2 Abs. 16: „For compensation to be payable to the victim from public funds, offences must be: intentional, violent, direct cause of serious bodily injury or damage health“). Zu einer Entschädigung für Gesundheitsschäden, die sich wie etwa beim Wohnungseinbruch nicht aus einem unmittelbaren Angriff auf die körperliche Unversehrtheit, sondern lediglich in Folge eines Angriffs auf das Eigentum bzw. die Privat- und Intimsphäre ergeben, zwingt das Übereinkommen nicht.

Aus der Richtlinie 2004/80/EG des Rates der Europäischen Union vom 29.4.2004 zur Entschädigung der Opfer von Straftaten dürfte ebenfalls keine Verpflichtung zur Einbeziehung des Wohnungseinbruchs resultieren. Mit ihr wird nämlich nur das Ziel verfolgt, „den Opfern von Straftaten in grenzüberschreitenden Fällen leichter Zugang zur Entschädigung zu verschaffen“⁴⁹. Dabei bezieht sich die Richtlinie nach deren Art. 1 ausschließlich auf „Opfer vorsätzlicher Gewalttaten“. Zum Erlass von staatlichen Entschädigungsregelungen für Menschen, die durch gewaltlos verübte Taten geschädigt werden, verpflichtet diese Richtlinie mithin nicht.

Schließlich sieht auch die erst vor relativ kurzer Zeit verabschiedete Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 über „Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI“ (sog. Opferschutzrichtlinie) keine Bestimmungen vor, die sich mit der staatlichen Opferentschädigung im Allgemeinen oder gar speziell der hier behandelten Frage befassen.

Aus europäischem Recht dürften sich daher keine zwingenden Vorgaben zur Einbeziehung von Wohnungseinbruchsofern in das Recht der staatlichen Opferentschädigung ableiten lassen.

Aus Verfassungsrecht könnte sich die Verpflichtung zur Einbeziehung von Wohnungseinbruchsofern in den Anwendungsbereich des OEG aus dem allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, ergeben. Insofern verdient zunächst Beachtung, dass die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit besonders weit ist.⁵⁰ Allerdings ist der Gesetzgeber im Rahmen der gewährenden Staatstätigkeit auch nicht völlig frei in seinen Entscheidungen. Zwar obliegt ihm grundsätzlich die alleinige Entschei-

⁴⁵ *Doering-Striening* (Fn. 10), S. 144.

⁴⁶ Vgl. dazu auch *Weisser Ring e.V.*, in: *Weisser Ring e.V.* (Fn. 32), S. 90 ff. Im Rahmen einer Tagung zum Opferentschädigungsgesetz legte *Deegener* in einem Diskussionsbeitrag dar, dass seine Studie (Fn. 33) keinen Aufschluss darüber gebe, ob und inwieweit durch einen Wohnungseinbruch gesundheitliche Beeinträchtigungen von Krankheitswert hervorgerufen werden.

⁴⁷ *Bartsch u.a.*, *Kriminalistik* 2013, 473.

⁴⁸ So auch BSG, Urt. v. 7.4.2011 – B 9 VG 2/10 R, Rn. 48 f.

⁴⁹ ABl. EU 2004 Nr. L 261/16, im Internet abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:261:0015:0018:de:PDF> (1.7.2014).

⁵⁰ BVerfGE 28, 206 (214).

dung darüber, ob, in welchem Umfang und wann er eine Verbesserung von gesetzlichen Leistungen der Sozialhilfe gewähren will.⁵¹ Jedoch besteht in der Frage der Abgrenzung der Leistungsempfänger eine Bindung an den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz. So müssen Regelungen, die innerhalb eines vergleichbaren Personenkreises einzelne Gruppen bevorzugen oder benachteiligen, durch vernünftige Gründe gerechtfertigt sein.⁵² Dies zum Maßstab genommen, wird man ggf., d.h. bei entsprechenden Forschungsergebnissen (s.o.), einen sachlichen Grund finden müssen, wenn auch weiterhin daran festgehalten werden soll, dass nur die Opfer eines Gewaltdelikts, nicht aber die Betroffenen eines Wohnungseinbruchs Entschädigung erhalten. Denn die Personenkreise Gewaltopfer einerseits und Wohnungseinbruchopfer andererseits sind durchaus miteinander vergleichbar: Jeweils handelt es sich um Opfer von Straftaten, die der Gesetzgeber als gleichermaßen schwerwiegend einstuft. So beträgt der Strafrahmen beim (derzeit nicht entschädigungsfähigen) Wohnungseinbruch, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB, und der (entschädigungsfähigen) gefährlichen Körperverletzung, § 224 StGB, jeweils Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

Einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung von Gewalt- und Wohnungseinbruchopfern hat der Gesetzgeber bislang noch nicht benannt. Zwar wird in der Gesetzesbegründung zum OEG⁵³ ausführlich dargelegt, warum nur bei Gesundheitsschäden und nicht auch bei reinen Vermögensschäden Entschädigung geleistet wird.⁵⁴ Auch wird erläutert, weshalb nur bei vorsätzlich verübten Gewaltstraftaten und nicht auch in (fahrlässig verursachten) Unglücksfällen Entschädigung gezahlt werden soll.⁵⁵ Zu der Frage, weshalb nur Gesundheitsschäden, die durch einen tätlichen Angriff hervorgerufen werden, zu einer Entschädigung führen und nicht auch nämliche Schäden, die in Folge anderer vorsätzlicher Straftaten entstanden sind, enthält die Gesetzesbegründung jedoch keine Antwort.

Dass die Gesetzesmaterialien hierzu schweigen, verwundert freilich nicht: Manches spricht dafür, dass dem Gesetzgeber im Zeitpunkt der Schaffung des OEG noch das Bewusstsein für diejenigen psychischen Schäden gefehlt hat, die durch Wohnungseinbrüche (und auch zahlreiche andere Straftaten) am ehesten entstehen dürften. So wurde die insoweit wohl vornehmlich in Betracht kommende Posttraumatische Belastungsstörung erst im Jahr 1980, also vier Jahre nach Inkrafttreten des OEG, in das dritte Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-III) aufgenommen und damit diagnostisch erfasst.⁵⁶ Auch sind die ersten Untersu-

chungen, die sich mit den Folgen des Wohnungseinbruchs für die Betroffenen befassten, erst deutlich nach der Schaffung des OEG Anfang bzw. Mitte der 1990er Jahre entstanden.⁵⁷ Und dementsprechend hat der Gesetzgeber auf die Erkenntnis, dass ein Wohnungseinbruch für die Betroffenen in erheblicher Weise belastend sein kann, auch erst im Jahr 1998 mit einer Änderung im Bereich des Strafrechts reagiert. Damals wurde der Wohnungseinbruchsdiebstahl von einem Regelbeispiel nach § 243 StGB zu einer tatbestandlichen Qualifikation nach § 244 StGB „hochgestuft“, weil eine solche Tat zu „ernsthaften psychischen Störungen – z.B. langwierigen Angstzuständen – führen“ könne.⁵⁸

bb) Über die europa- und verfassungsrechtlichen Aspekte hinaus ergäbe sich die Frage, ob eine Einbeziehung des Wohnungseinbruchs in den Anwendungsbereich des OEG mit den Grundgedanken der staatlichen Opferentschädigung vereinbar wäre. Um welche Grundgedanken es sich hierbei handelt, lässt sich der Gesetzesbegründung entnehmen.⁵⁹ Hiernach beruht die staatliche Opferentschädigung in erster Linie auf einem Versagen des Staates (Versagungsgedanke). So sei es dessen Aufgabe, die Bürger vor Gewalttätern zu schützen. Gelingt ihm dies nicht, müsse er sich auch für die Entschädigung der Opfer verantwortlich fühlen.⁶⁰ Darüber hinaus wird die staatliche Opferentschädigung mit dem Sozialstaatsprinzip und der daraus resultierenden Verpflichtung der staatlichen Gemeinschaft, sich um die Opfer von Gewaltstraftaten zu kümmern, gerechtfertigt (sozialpolitischer Gedanke).⁶¹

Mit diesen Gedanken dürfte die Einbeziehung des Wohnungseinbruchs in den Bereich der staatlichen Opferentschädigung vereinbar sein. Mit ziemlicher Sicherheit gilt dies für den sozialpolitischen Gedanken. So würde es der staatlichen Gemeinschaft gut zu Gesicht stehen, nicht nur für eine soziale Sicherung der Opfer von Gewalttaten zu sorgen, sondern auch von denjenigen, die unter den Folgen eines Wohnungseinbruchs leiden. Aber auch mit dem Versagungsgedanken ließe sich die Einbeziehung des Wohnungseinbruchs in den Anwendungsbereich des OEG wohl in Einklang bringen. Denn dem Staat kommt nicht nur die Aufgabe zu, Gewaltvergehen und Gewaltverbrechen zu vermeiden, sondern ihm obliegt vielmehr die Verhinderung jedweder Art von Straftaten. Dies lässt sich u.a. an den Aufgabenzuweisungen in den Polizeigesetzen diverser Bundesländer ablesen. Darin wird jeweils ohne Differenzierung festgestellt, dass die Polizei Straftaten – gleich welcher Art – zu verhindern hat.⁶²

rinnen und Fahrern öffentlicher Verkehrsmittel nach Verkehrsunfällen, 2008, im Internet abrufbar unter http://edoc.ub.uni-muenchen.de/8372/1/Thoma_Heike.pdf (1.7.2014).

⁵⁷ Baurmann/Schädler (Fn. 32); Kilchling (Fn. 32).

⁵⁸ BT-Drs 13/8587, S. 43.

⁵⁹ Dazu ausführlich Dinnebier (Fn. 2), S. 34 ff.

⁶⁰ BT-Drs. 7/2506, S. 7.

⁶¹ BT-Drs. 7/2506, S. 1. Zu weiteren in der Literatur genannten Rechtfertigungen für die staatliche Opferentschädigung ausführlich Weintraud (Fn. 1), S. 17 ff.

⁶² Vgl. etwa § 1 Abs. 4 HSOG; § 1 Abs. 1 S. 3 NSOG; § 1 Abs. 1 S. 3 POG RP.

⁵¹ Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 20.

⁵² BVerfGE 38, 187 (197 m.w.N.).

⁵³ BT-Drs. 7/2506.

⁵⁴ BT-Drs. 7/2506, S. 10.

⁵⁵ BT-Drs. 7/2506, S. 10.

⁵⁶ Richter, in: Weisser Ring (Hrsg.), Vermeidbare und überflüssige Probleme bei der Opferentschädigung?, 1998, S. 57; Thoma, Posttraumatische Psychische Störungen bei Fahrer-

cc) Darüber hinaus wird zu prüfen sein, ob sich bei einer Einbeziehung von Opfern des Wohnungseinbruchs in die staatliche Opferentschädigung nicht schwierige Beweisprobleme ergäben. Denn schon der Nachweis, dass eine psychische Schädigung aus einem Angriff resultiert, der sich unmittelbar gegen die körperliche Unversehrtheit richtete, ist für die Betroffenen häufig schwer zu führen.⁶³ Diese Schwierigkeiten dürften sich noch vergrößern, wenn zu beweisen ist, dass ein solcher Schaden an der Gesundheit aus einem Angriff resultiert, der dem Eigentum bzw. der Privat- und Intimsphäre galt. Schon um keine falschen Hoffnungen zu wecken, sollte eine Einbeziehung des Wohnungseinbruchs in den Anwendungsbereich des OEG daher nur erfolgen, wenn die davon Betroffenen auch eine realistische Chance besitzen, den für die Entschädigung relevanten Nachweis der Kausalität zu führen.

dd) Schließlich dürften aller Voraussicht nach fiskalische Gesichtspunkte bei den Überlegungen zur Einbeziehung des Wohnungseinbruchs in den Anwendungsbereich des OEG eine nicht unerhebliche Rolle spielen. Denn eine Entscheidung zugunsten der Wohnungseinbruchopfer könnte den Staat im wahrsten Sinne des Wortes teuer zu stehen kommen: Einerseits erhöhte sich die Zahl der potentiell Anspruchsberechtigten – gleichsam auf einen Schlag – deutlich: So verzeichnet die Polizeiliche Kriminalstatistik für das Jahr 2012 insgesamt 144.117 Wohnungseinbruchstaten.⁶⁴ Die Zahl der Opfer (und damit der potentiell Anspruchsberechtigten) liegt indes noch deutlich darüber, da viele der betroffenen Wohnungen von mehr als einer Person bewohnt werden. Es wäre also mit einer erheblichen Zunahme an Antragstellern, größerem Verwaltungsaufwand und mehr Leistungsberechtigten bzw. -beziehern zu rechnen. Andererseits könnten schon bald die Rufe anderer, bislang ebenfalls nicht berücksichtigter Opfergruppen nach Einbeziehung in das OEG laut werden. So ist es durchaus wahrscheinlich, dass zumindest in Einzelfällen Menschen, deren Intimsphäre auf andere strafbare Weise – etwa durch eine Tat nach § 201a StGB – verletzt wurde, oder auch Betroffene eines Betruges (Heiratsschwindel) in Folge der Tat eine Schädigung der Psyche erleiden. Auch sie könnten unter Berufung auf den dann geschaffenen Präzedenzfall „Wohnungseinbruch“ die Einbeziehung ihrer Straftaten in den Anwendungsbereich des OEG begehren.

d) Im Ergebnis erscheint derzeit zumindest unklar, ob die Forderung des Weissen Ring e.V. nach einer Einbeziehung des Wohnungseinbruchs in den Anwendungsbereich der Opferentschädigung berechtigt ist. Bevor der Gesetzgeber dies überhaupt in Erwägung zieht, sollte zunächst noch erforscht werden, ob es tatsächlich Wohnungseinbruchopfer gibt, die Gesundheitsschäden samt gesundheitlicher oder wirtschaftlicher Folgen im Sinne des OEG erleiden. Sollte sich dies – etwa in der benannten Studie des KFN – herausstellen, ergäben sich dann die zuvor skizzierten, teils schwierig zu beantwortenden Fragen rechtlicher, rechtstatsächlicher und politisch-fiskalischer Art.

⁶³ *Doering-Striening* (Fn. 10), S. 199 ff.

⁶⁴ Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2012, 2013, S. 9.

2. Entschädigungspraxis

Der Weisse Ring e.V. spricht auf seiner Homepage von einer „ernüchternden Praxis der Opferentschädigung in Deutschland“ und benennt mehrere konkrete Kritikpunkte.⁶⁵ Sie lauten u.a.:

- Nur ein kleiner Teil der Anspruchsberechtigten stellt tatsächlich einen Antrag nach dem Opferentschädigungsgesetz.
- Die Versorgungsverwaltungen wenden das Opferentschädigungsgesetz „oft äußerst restriktiv“ an: Nur ein geringer Teil der Anträge wird positiv beschieden.

Gestützt werden diese Monita überwiegend auf Statistiken, die der Weisse Ring e.V. jährlich auf Basis von Daten aus der Polizeilichen Kriminalstatistik einerseits und Angaben der Versorgungsverwaltungen in den 16 Bundesländern andererseits selbst erstellt.⁶⁶ Diese Übersichten sind auf der Homepage des Opferschutzverbandes veröffentlicht. Ob sie die Kritik an der Praxis der Opferentschädigung wirklich tragen, wird nachfolgend geprüft.

a) Nur ein kleiner Teil der Anspruchsberechtigten stellt tatsächlich einen Antrag nach dem Opferentschädigungsgesetz

Diese Behauptung stützt der Weisse Ring e.V. auf eine Gegenüberstellung von Daten. Hierbei handelt es sich einerseits um die in der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) unter einem speziellen Summenschlüssel (892000) ausgewiesenen Zahlen zur Gewaltkriminalität. Andererseits geht es um die von den Landesversorgungsverwaltungen herausgegebenen Zahlen über die jährlichen gestellten Anträge nach dem Opferentschädigungsgesetz. Diese Daten setzt der Weisse Ring e.V. miteinander ins Verhältnis und kommt zu dem Schluss, dass im Verlauf der letzten Jahre nur zehn Prozent der Gewaltopfer einen Antrag nach dem OEG stellten.⁶⁷

Ein solcher Vergleich erscheint aus verschiedenen Gründen als problematisch.⁶⁸ Dies wird bereits deutlich, wenn man sich vor Augen führt, welche Delikte nach der PKS zur Gewaltkriminalität gezählt werden (Summenschlüssel 892000)⁶⁹:

⁶⁵ Die Statistiken sind im Internet abrufbar unter <https://www.weisser-ring.de/internet/medien/statistiken-zur-staatlichen-opferentschaedigung/index.html> (1.7.2014).

⁶⁶ <https://www.weisser-ring.de/internet/medien/statistiken-zur-staatlichen-opferentschaedigung/index.html> (1.7.2014).

⁶⁷ <https://www.weisser-ring.de/internet/medien/statistiken-zur-staatlichen-opferentschaedigung/index.html> (1.7.2014).

⁶⁸ So auch *Karle*, in: Clauß/Karle/Günter/Barth (Hrsg.), *Sexuelle Entwicklung – sexuelle Gewalt, Grundlagen forensischer Begutachtung von Kindern und Jugendlichen*, 2005, S. 172 (190), und jüngst ausführlich *Villmow/Savinsky* (Fn. 2), S. 1246. Als „ausreichend“ zum Beleg einer geringen Antragsquote werden die Statistiken des Weissen Rings e.V. hingegen von *Schmachtenberg* (in: Weisser Ring [Hrsg.], *Moderne Opferentschädigung, Betrachtungen aus interdisziplinärer Perspektive*, 2012, S. 144) angesehen.

⁶⁹ Bundeskriminalamt (Fn. 64), S. 356.

- Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung: § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB Vergewaltigung, § 177 Abs. 2, Nr. 2, 3, 4, 178 Vergewaltigung, schwere Fälle der sexuellen Nötigung, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge,
- Straftaten gegen das Leben: § 211 Mord; § 212 Totschlag; § 213 Minder schwerer Fall des Totschlags; § 216 Tötung auf Verlangen,
- Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit: § 224 gefährliche Körperverletzung; § 226 schwere Körperverletzung; § 227 Körperverletzung mit Todesfolge; § 231 Beteiligung an einer Schlägerei,
- Raub und Erpressung: § 249 Raub; § 250 Schwerer Raub; § 251 Raub mit Todesfolge; § 252 Räuberischer Diebstahl; § 255 Räuberische Erpressung,
- Straftaten gegen die persönliche Freiheit: § 239a Erpresserischer Menschenraub; § 239b Geiselnahme,
- Gemeingefährliche Straftaten: § 316a Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer; § 316c Angriff auf den Luft- und Seeverkehr.

Die Übersicht zeigt, dass die zur Gewaltkriminalität gehörenden Straftaten nur grob die Eingangsvoraussetzung für einen Anspruch nach § 1 Abs. 1 S. 1 OEG, den „tätlichen Angriff“, abbilden. Denn darunter befinden sich einerseits Straftatbestände, in denen nicht zwingend ein „tätlicher Angriff“ vorliegen muss. Dies gilt beispielsweise für die aufgeführten Raubdelikte und die Vergewaltigung, die jeweils nicht nur mit Gewalt, sondern auch mittels Drohung begangen werden können. Nach dem BSG stellen Drohungen jedoch, wie bereits dargestellt (II. 1. a), nur in besonderen Fällen einen „tätlichen Angriff“ dar.

Andererseits gibt es Straftaten, die zwar einen „tätlichen Angriff“ beinhalten, aber nicht zur Kategorie „Gewaltkriminalität“ nach der PKS zählen. Konkret gemeint sind dabei in erster Linie die einfache Körperverletzung nach § 223 StGB und der sexuelle Missbrauch von Kindern nach § 176 StGB. Die vom Weissen Ring e.V. zur Ermittlung der Anspruchsberechtigten nach dem OEG herangezogene Kategorie „Gewaltkriminalität“ nach der PKS ist daher nicht deckungsgleich mit denjenigen Straftaten, die einen „tätlichen Angriff“ beinhalten. Sie ist einerseits zu eng, andererseits zu weit⁷⁰.

Hinzu kommt, dass der Opferschutzverband in seiner Statistik die Zahl der im Bereich „Gewaltkriminalität“ bekannt gewordenen Straftaten aufführt. Das dürfte aber, worauf jüngst *Villmow/Savinsky*⁷¹ hingewiesen haben, zu falschen Eindrücken führen. Orientieren müssen wird man sich vielmehr an der ebenfalls in der PKS ausgewiesenen Zahl der Opfer von Gewaltkriminalität. Denn man will ja gerade in Erfahrung bringen, wie viele Opfer potentiell anspruchsberechtigt sind.

⁷⁰ *Villmow/Plemper* (Fn. 1), S. 79, und *Villmow/Savinsky* (Fn. 2), S. 1251, haben bei ihren Analysen der PKS im Hinblick auf die Praxis des OEG einen engeren Begriff der Gewaltkriminalität zugrunde gelegt. Dieser Ansatz wurde jüngst von *Lerch* (Fn. 2), S. 39, bei den von ihr ausgeführten Auswertungen der Polizeistatistik weitgehend übernommen.

⁷¹ *Villmow/Savinsky* (Fn. 2), S. 1247.

Die Zahl der Opfer ist jedoch regelmäßig bei den einzelnen Delikten höher als die Zahl der Taten selbst. So wurden nach der PKS im Jahr 2012 195.143 Taten, die der Gewaltkriminalität zuzurechnen sind,⁷² polizeilich erfasst. Die Zahl der registrierten Opfer von Gewaltkriminalität betrug hingegen 231.164.⁷³ Der Grund für diese Diskrepanz liegt darin, dass durch eine Gewalttat nicht selten mehrere Menschen zugleich verletzt werden.⁷⁴

Eine weitere Verzerrung resultiert daraus, dass der Weisse Ring e.V. sich auf die Hellfelddaten der PKS stützt. Unberücksichtigt bleibt damit das gesamte Dunkelfeld der Kriminalität,⁷⁵ das allerdings im Anwendungsbereich des Opferchutzgesetzes möglicherweise ohnehin keine wesentliche Rolle spielt, weil nach § 2 Abs. 2 OEG Entschädigungsleistungen versagt werden können, wenn der Geschädigte nicht unverzüglich nach der Tat Anzeige bei einer Strafverfolgungsbehörde erstattet hat.

Das größte Problem dürfte indes darin bestehen, dass die Zahlen über die Gewaltkriminalität nach der PKS keinen Aufschluss darüber geben, ob in diesen Fällen auch ein entschädigungsfähiger Gesundheitsschaden nach dem OEG eingetreten ist. Zu solchen Folgen einer Tat enthält die PKS keine Angaben. Dabei spricht manches dafür, dass in zahlreichen Fällen, die in der PKS zur Gewaltkriminalität gezählt werden, keine derartigen Schäden entstanden sind. Dies gilt schon deshalb, weil in den vom Weissen Ring e.V. übernommenen Zahlen aus der PKS nicht nur die vollendeten, sondern auch die nur versuchten Gewalttaten enthalten sind, bei denen vielfach zumindest keine körperliche Schädigung eingetreten sein dürfte.

Im Ergebnis liefern die vom Weissen Ring e.V. aufbereiteten Daten zwar einen deutlichen Anhaltspunkt dafür, dass von den potentiell Anspruchsberechtigten tatsächlich nur wenige Anträge gestellt werden. Als wirklicher Beleg eignen sich die von dem Opferschutzverband veröffentlichten Zahlen jedoch nicht.

Wissenschaftliche Untersuchungen, die Aufschluss darüber geben könnten, wie viele der potentiell anspruchsberechtigten Gewaltopfer in Deutschland später tatsächlich einen Antrag auf Entschädigung nach dem OEG anbringen, sind nicht bekannt. Zwar hatte man im Laufe der Beratungen über die Schaffung des OEG erwogen, im Wege einer „großangelegten, repräsentativen Opferbefragung“ die Zahl potentieller Antragsteller zu ermitteln. Von diesem Gedanken nahm man dann aber aus „zeitlichen, technischen und finanziellen Gründen“ wieder Abstand.⁷⁶ Auf die Frage, wie hoch die Quote der Anspruchsteller unter den Anspruchsberechtigten tatsächlich

⁷² Bundeskriminalamt (Fn. 64), S. 309.

⁷³ Diese Zahl entstammt den in der Printausgabe nicht abgedruckten Standardtabellen – Opfer – zur PKS 2012. Die einschlägige Tabelle 91 kann im Internet unter <http://www.bka.de/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2012/2012Standardtabellen/pks2012StandardtabellenOpferUebersicht.html> (1.7.2014) abgerufen werden.

⁷⁴ *Villmow/Savinsky* (Fn. 2), S. 1250.

⁷⁵ Dazu *Villmow/Plemper* (Fn. 1), S. 81 f.

⁷⁶ BT-Drs. 7/2506, S. 12.

ist, findet man daher derzeit keine Antwort. Mit anderen Worten: Ob das OEG in der Praxis „funktioniert“, das Gesetz also die von einer Straftat Betroffenen wirklich erreicht, ist auch fast vierzig Jahre nach dem Inkrafttreten weitgehend unbekannt.

b) Restriktive Praxis der Versorgungsverwaltung, nur wenige Anträge werden bewilligt

Der zweite Kritikpunkt des Weissen Ring e.V. zielt auf eine angeblich restriktive Praxis der Versorgungsverwaltung. Zum Beleg verweist der Opferschutzverband wiederum auf die von ihm selbst erstellten Statistiken. Hierin wird jeweils auch angegeben, in welcher Weise die innerhalb eines Jahres gestellten Anträge von der Versorgungsverwaltung erledigt wurden. Konkret geht daraus hervor, wie viele der gestellten Anträge positiv oder negativ beschieden bzw. in sonstiger Weise erledigt wurden. Dabei gilt ein Antrag als „aus sonstigen Gründen erledigt“, wenn er vom Antragsteller zurückgenommen wurde oder dieser verzogen bzw. verstorben ist.

Bereitet man die Daten für den Zeitraum 2002-2012 auf, ergibt sich das in *Statistik 1* (vgl. S. 363) gezeigte Bild.

Mit Ausnahme des Jahres 2002 wurden in Deutschland jeweils mehr Anträge abgelehnt als anerkannt. Zieht man zu den abgelehnten Anträgen noch die Erledigungen aus sonstigen Gründen hinzu, wird deutlich, dass über alle Jahre hinweg jeweils erheblich mehr Anträge Misserfolg als Erfolg hatten.

Aus diesen Zahlen allein lässt sich indes – entgegen der Annahme des Weissen Ring e.V. – noch nicht der Schluss ziehen, dass die Praxis der Opferentschädigung restriktiv ist. Denn um dies verlässlich beurteilen zu können, müsste man zunächst wissen, aus welchen konkreten Gründen die Anträge scheitern. Außerdem müsste man Kenntnis davon haben, ob – und das dürfte mit dem vom Weissen Ring e. V. nicht näher erläuterten Vorwurf einer „restriktiven Anwendung“ u.a. gemeint sein – von den durchaus vorhandenen Auslegungs- und Ermessensspielräumen, welche insbesondere § 2 OEG der Versorgungsverwaltung einräumt, zum Nachteil der Antragsteller Gebrauch gemacht wird. Doch das ist derzeit nicht in Erfahrung zu bringen, weil aktuelle Studien über die Praxis der Opferentschädigung in Deutschland nicht existieren. Lediglich für den (kleinen) Bereich des Hessischen Amtes für Versorgung und Soziales Fulda liegen zu dieser Frage neuere Daten aus einer wissenschaftlichen Untersuchung vor. Sie wurden von *Grundel/Blättner* im Rahmen einer Analyse von Akten sämtlicher im Jahr 2008 abgeschlossener Verfahren ermittelt (n = 209).⁷⁷ Bei einer Ablehnungsquote von 66 % ergab sich allerdings, dass die Anträge überwiegend nicht wegen des Vorliegens eines Ablehnungsgrundes nach § 2 OEG negativ beschieden wurden, sondern weil den Betroffenen der Tatnachweis nicht gelang.⁷⁸

⁷⁷ *Grundel/Blättner* (Fn. 2), S. 7 f.

⁷⁸ *Grundel/Blättner* (Fn. 2), S. 12. Ein ähnliches Ergebnis zeigte sich in einer Analyse von Akten aus hamburgischen Opferentschädigungsverfahren, die *Villmow/Plempner* ([Fn. 1], S. 155 ff.) in den 1980er Jahren durchführten.

Mehr als einen Anhaltspunkt bieten die Daten des Weissen Ring e.V. daher auch für die von ihm vertretene These einer restriktiven Praxis der Opferentschädigung in Deutschland nicht.

c) Regionale Unterschiede in den Antrags- und Bewilligungsquoten

Eher nachweisen lässt sich mit den Statistiken des Opferschutzverbandes allerdings ein anderes Problem, das im Bereich der staatlichen Opferentschädigung zu bestehen scheint. Die Daten deuten darauf hin, dass es sowohl in den Antrags- als auch in den Bewilligungsquoten deutliche regionale Unterschiede gibt. Zur Verdeutlichung wird auf *Statistik 2* (vgl. S. 363) verwiesen.

Die Statistik zeigt, dass von den Opfern eines Gewaltdelikts im Sinne der PKS im Durchschnitt der Jahre 2010 bis 2012 in Brandenburg 18,4 % und in Hessen 13,6 % einen Antrag auf Opferentschädigung stellten. In Bayern, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen waren es hingegen im selben Zeitraum jeweils unter zehn Prozent.

Noch deutlicher fallen die Unterschiede bei den Bewilligungsquoten aus. So lag die Quote der Anerkennungen bspw. in Sachsen-Anhalt im Zeitraum 2010-2012 bei durchschnittlich 65 %. In Bayern, Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen waren es jeweils gut bzw. annähernd 50 %. Demgegenüber wurden in Berlin lediglich 33 % der Anträge auf Leistungen anerkannt und in Niedersachsen gar nur 26 %. Zwar weist der Weisse Ring e.V. in einer Fußnote darauf hin, die regionalen Unterschiede könnten zum Teil auch mit unterschiedlichen Erfassungsmethoden in den einzelnen Bundesländern zusammenhängen.⁷⁹ Insgesamt sind die Differenzen in den Zahlen jedoch so erheblich, dass die behaupteten regionalen Unterschiede tatsächlich bestehen könnten.

Die Gründe hierfür liegen mangels aktueller vergleichender empirischer Studien zu den regionalen Praxen der Opferentschädigung weitgehend im Dunkeln. Eine mögliche Erklärung für die differierenden Antragsquoten könnte sich allerdings daraus ergeben, dass in den einzelnen Bundesländern Unterschiede in Umfang und Qualität der Informationen bestehen, die den Betroffenen über die Opferentschädigung gegeben werden. Zudem unterscheiden sich in den einzelnen Bundesländern offenbar die Anforderungen, die an eine ordnungsgemäße Antragstellung gestellt werden. So fanden *Villmow/Savinsky* in einer an alle 16 Bundesländer gerichteten Anfrage heraus, dass es mancherorts für die Opfer von Straftaten inzwischen die Möglichkeit gibt, unmittelbar nach der Tat einen sog. Kurzantrag auf Opferentschädigung direkt bei der Polizei zu stellen, während andernorts noch immer extra – und wahrscheinlich hinderlich – Kontakt mit dem Versorgungsamt aufgenommen werden muss.⁸⁰

Die Unterschiede in den Bewilligungsquoten könnten ebenfalls mit der möglicherweise voneinander abweichenden Qualität der Informationen über das OEG in den einzelnen Bundesländern zu erklären sein. Dafür spricht, dass in Län-

⁷⁹ *Grundel/Blättner* (Fn. 2), S. 12.

⁸⁰ *Villmow/Savinsky* (Fn. 2), S. 1256 f.

dem mit hohen Bewilligungsquoten, wie etwa Thüringen und Sachsen-Anhalt, zugleich niedrige Antragsquoten vorzufinden sind. Dort scheint es also besser als andernorts zu gelingen, das Stellen von Anträgen, die von vornherein aussichtslos wären, zu verhindern und auf diese Weise Enttäuschung bei den Betroffenen zu vermeiden. Keineswegs ausgeschlossen ist aber auch, dass in den einzelnen Bundesländern divergierende Praxen in der Bewilligung von Anträgen existieren. Dies würde bedeuten, dass die Betroffenen von Gewalt nicht in allen Bundesländern dieselben Chancen besitzen, Opferentschädigung zu erhalten.

III. Fazit

Das OEG wird derzeit von verschiedener Seite teils heftig kritisiert. Ob diese Kritik in den hier behandelten Punkten zutreffend ist, lässt sich derzeit noch nicht abschließend beurteilen. Es bestehen allerdings durchaus Anhaltspunkte dafür, dass es Probleme in der rechtlichen Ausgestaltung sowie der Praxis der Opferentschädigung geben könnte:

Konkret ist derzeit noch unklar, ob der Wohnungseinbruch, wie vom Weissen Ring e.V. gefordert, in den Anwendungsbereich der Opferentschädigung einbezogen werden sollte. Diesbezüglich hat sich in der vorliegenden Untersuchung gezeigt, dass derzeit mangels ausreichender empirischer Erkenntnisse noch nicht feststeht, ob eine solche Straftat Folgen bei den Betroffenen verursacht, die zu einer Entschädigung nach dem OEG berechtigten. Sollte sich dies – bspw. in der derzeit vom KFN durchgeführten Studie – herausstellen, könnte der Gesetzgeber prüfen, ob die Einbeziehung des Wohnungseinbruchs in den Anwendungsbereich des OEG erforderlich ist. Dabei wäre insbesondere zu überlegen, ob eine Einbeziehung den Betroffenen angesichts möglicher Schwierigkeiten beim Nachweis der Tat und der hierauf beruhenden Schädigung wirklich nutzt.

Nicht zuverlässig beurteilt werden kann angesichts des Desiderats empirischer Erkenntnisse zur staatlichen Opferentschädigung auch, ob und ggf. welche Probleme in der Praxis bestehen. Allerdings begründen die vom Weissen Ring e.V. ermittelten Daten zumindest die Vermutung, dass in Deutschland nur wenige Opfer von Gewaltkriminalität einen Antrag nach dem OEG stellen. Von dieser ohnehin wohl nur geringen Antragszahl wird anscheinend auch nur die Minderheit positiv beschieden. Und schließlich deuten die erheblichen regionalen Unterschiede in der Bewilligungspraxis darauf hin, dass Gewaltopfer in Deutschland nicht allorten dieselben Chancen besitzen, eine Entschädigung nach dem OEG zu erhalten. Ob diese Annahmen tatsächlich zutreffen, wo ggf. die Ursachen für die Probleme bei der Umsetzung des OEG in der Praxis liegen und was getan werden müsste, um die möglichen Probleme zu beseitigen, kann allerdings erst auf Basis einer noch durchzuführenden empirisch-kriminologischen Studie beurteilt werden.

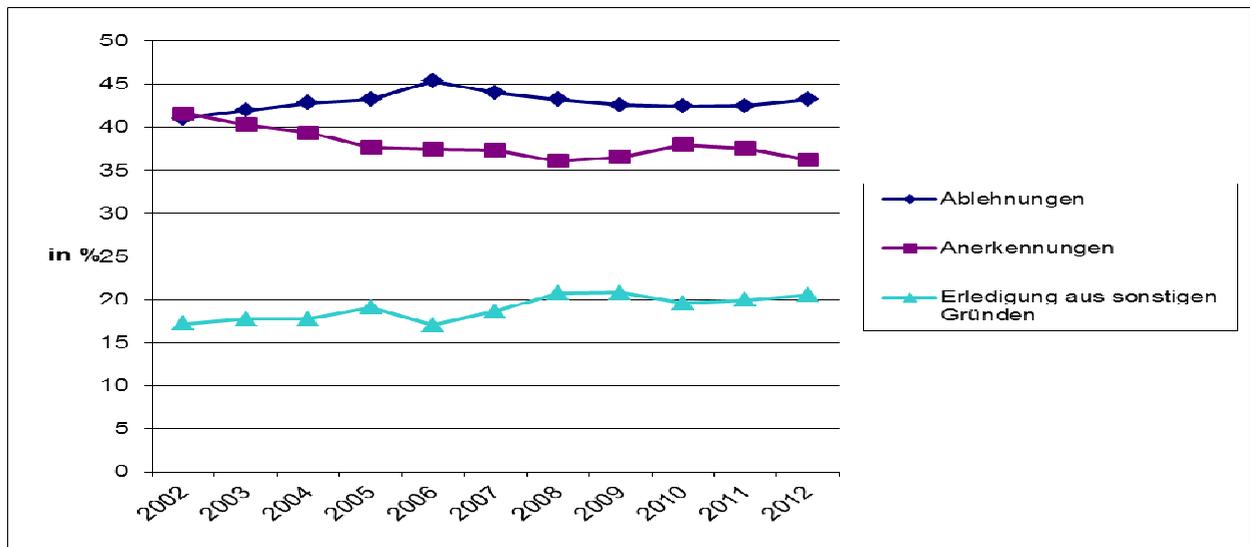
Vor diesem Hintergrund wird abschließend eine umfassende Evaluation des OEG angeregt. Angesichts der – zu Recht – großen Bedeutung, welche die Politik den Opfern von Straftaten in den vergangenen Jahren beigemessen hat, sollte man Kenntnisse darüber besitzen, ob eines der zentralen Gesetze in diesem Bereich optimal umgesetzt wird und

die Opfer erreicht.⁸¹ Idealerweise würde eine solche Studie daher von der Politik oder der Versorgungsverwaltung in Auftrag gegeben.⁸² In methodischer Hinsicht dürfte dabei zum einen an die schon vor Inkrafttreten angedachte, dann aber nicht zuletzt aus Kostengründen verworfene „großangelegte, repräsentative Opferbefragung“ zu denken sein. Mit ihr könnte ermittelt werden, ob und inwieweit mit dem OEG die potentiellen Antragsteller erreicht und deren Bedürfnisse befriedigt werden. Andererseits wäre eine Aktenanalyse in Betracht zu ziehen, um die Gründe für die häufigen Ablehnungen von Anträgen sowie die möglicherweise bestehenden regionalen Unterschiede in den Bewilligungsquoten zu ermitteln.

⁸¹ Für eine Evaluation des OEG haben sich zuvor bereits ausgesprochen *Villmow/Savinsky* (Fn. 2), S. 1268; *Hellmann/Bartsch*, MSchrKrim 2014, 131 (147).

⁸² Dass selbst auf Ebene des Bundessozialministeriums Unklarheit darüber herrscht, ob das OEG „optimal in dem Sinne umgesetzt wird, wie es die Opfer erreicht und Hilfen gewährt“, bestätigt der Aufsatz des Abteilungsleiters im Bundesministerium für Arbeit und Soziales *Schmachtenberg* (Fn. 68), S. 145.

Statistik 1: Erledigung von Anträgen nach dem OEG in Deutschland (2002-2012), differenziert nach Anerkennungen, Ablehnungen und Erledigungen aus sonstigen Gründen⁸³



⁸³ Weisser Ring (Hrsg.), Statistiken zur staatlichen Opferentschädigung 2002-2012. Die Statistiken sind im Internet abrufbar unter <https://www.weisser-ring.de/internet/medien/statistiken-zur-staatlichen-opferentschaedigung/index.html> (1.7.2014).

Statistik 2: Antrags- und Bewilligungsquoten im Bereich des OEG 2010-2012, differenziert nach Bundesländern (Angaben in Prozent)⁸⁴

Bundesländer	Anteil der gestellten Anträge an Gewalttaten im Sinne der PKS				Anerkennungen (an gestellten Anträgen)			
	2010	2011	2012	Durchschnitt 2010-2012	2010	2011	2012	Durchschnitt 2010-2012
Baden-Württemberg	14,27	14,69	14,08	14,35	35,7	33,96	32,54	34,07
Bayern	10,53	9,71	9,53	9,92	59,06	45,62	42,09	48,92
Berlin	14,62	12,51	7,56	11,56	34,6	40,66	22,95	32,74
Brandenburg	19,85	17,47	17,83	18,38	29,03	36,47	30,94	32,15
Bremen	14,62	12,51	4,72	10,60	23,51	28,80	58,82	37,04
Hamburg	6,84	5,89	6,62	6,45	36,33	43,95	32,00	37,43
Hessen	11,46	12,92	16,37	13,58	44,02	37,07	33,32	38,14
Mecklenburg-Vorpommern	9,60	7,82	9,81	9,08	49,32	55,78	36,62	47,24
Niedersachsen	8,80	8,95	9,67	9,14	28,83	24,58	25,91	26,44
Nordrhein-Westfalen	12,06	11,11	10,33	11,17	33,93	34,33	39,01	36,76
Rheinland-Pfalz	8,42	8,72	8,46	8,53	43,61	42,11	41,07	42,26
Saarland	11,67	12,18	10,19	11,35	52,15	43,04	44,36	43,52
Sachsen	11,95	10,97	9,00	10,64	48,18	36,76	38,52	41,15
Sachsen-Anhalt	7,14	5,60	6,54	6,43	60,85	70,90	63,37	65,04
Schleswig-Holstein	8,30	9,96	10,84	9,70	40,96	40,49	32,75	38,07
Thüringen	9,23	9,15	7,18	8,52	59,79	39,33	51,06	50,06

⁸⁴ Weisser Ring (Hrsg.), Statistiken zur staatlichen Opferentschädigung 2010-2012. Die Statistiken sind im Internet abrufbar unter <https://www.weisser-ring.de/internet/medien/statistiken-zur-staatlichen-opferentschaedigung/index.html> (1.7.2014).

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

Untreue bei Inkassovollmacht eines Versicherungsmaklers

1. Soweit keine Pflicht besteht, treuhänderisch verwaltete Gelder einem Anderkonto zuzuführen, begründet die Tatsache, dass die Gelder auf einem Konto des Treuhänders mit dessen anderen Verbindlichkeiten verrechnet werden und der Treuhänder deshalb zur Leistung außer Stande ist, keine Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestandes; eine solche Auslegung verstößt gegen das Verschleifungsverbot.

2. Eine Untreue durch Unterlassen kann jedoch darin liegen, dass ein Versicherungsmakler, der Versicherungsprämien treuhänderisch für die Versicherung verwaltet, nicht fristgemäß an diese abführt. (Leitsätze des Bearbeiters)

StGB § 266

BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13¹

I. Sachverhalt und Entscheidung des Landgerichts²

Zwischen dem Versicherungsunternehmen X und der Versicherungsnehmerin F bestanden vier Verträge, die von dem als selbständiger Versicherungsmakler tätigen Angeklagten (A) durchgeführt wurden. Dieser besaß eine Inkassovollmacht für die Einziehung der Versicherungsprämien von F bzw. deren Tochterunternehmen. Die Prämien waren zwar immer zum 1. Januar des jeweiligen Jahres fällig; A war jedoch berechtigt, die Beträge in verschiedene Teilrechnungen aufzuspalten und geltend zu machen. Für die unterschiedlichen Versicherungsarten waren ihm von X unterschiedliche Fälligkeitstermine eingeräumt worden, zu denen er die Prämien – nach Abzug seiner Provision – an X weiterzuleiten hatte.

Für das Jahr 2011 beliefen sich die Versicherungsprämien auf eine Gesamtsumme von 1.325.267,32.- €. Diesen Betrag machte A in 20 Einzelrechnungen gegenüber F bzw. deren Tochterunternehmen geltend. Dabei gab er die Daten eines seiner allgemeinen Geschäftskonten an. Die Prämien wurden sämtlich auf dieses Konto überwiesen. Da das Konto – wie auch die übrigen Konten des A – durchgängig ein Negativsaldo aufwies, kam es jedoch nicht zur Weiterleitung der Gelder an X.

Das Landgericht verurteilte A wegen Untreue in sieben Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren. Die Pflichtverletzung sah es darin, dass A die Prämien nicht auf ein Anderkonto, sondern auf sein allgemeines Geschäftskonto hatte überweisen lassen.

¹ Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6302f597ffc44a277fc76b75541beb5a&nr=66613&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> sowie veröffentlicht in HRRS 2014 Nr. 98; wistra 2014, 139; ZWH 2014, 231; sowie NSTZ 2014, 158 m. Anm. Krehl.

² Nach der Wiedergabe bei BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 1 ff., 14.

II. Entscheidung des BGH

Der BGH hob die Entscheidung des Landgerichts auf. Eine Pflicht zur Zuführung anvertrauter Gelder auf ein Anderkonto³ lasse sich dem Vertragsverhältnis zwischen X und A gerade nicht entnehmen.⁴ Bestehe eine solche Pflicht nicht, könne eine Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB auch nicht daraus hergeleitet werden, dass es auf dem allgemeinen Geschäftskonto zur Vermischung und Verrechnung der Beträge der Versicherungsprämien mit Verbindlichkeiten des A komme.⁵ Denn dann würde der Sache nach die Pflichtwidrigkeit allein mit der Unfähigkeit des A begründet, die vereinnahmten Geldern aus eigenen liquiden Mitteln an X auskehren zu können; bei einer solchen Betrachtung gingen dann aber Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil ineinander auf, was gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Verschleifungs- und Entgrenzungsverbot verstoße.⁶

Eine Verurteilung wegen Untreue durch Unterlassen in Form des Treuebruchtatbestandes gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB komme jedoch in Betracht, weil A die Gelder nicht zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt an X weitergeleitet habe.⁷ Seine fehlende Leistungsfähigkeit stehe dem nicht entgegen; nach dem Rechtsgedanken der *omissio libera in causa* habe A für Liquidität im Fälligkeitszeitpunkt Sorge zu tragen.⁸ Diese Pflichtverletzung führe zu einem Vermögensnachteil in Höhe der Gesamtjahresprämien abzüglich der Provision des A.⁹ Da die Untreue durch Unterlassen begangen worden sei, finde die Strafmilderungsmöglichkeit gem. § 13 Abs. 2 StGB Anwendung.¹⁰

III. Anmerkung

Die Entscheidung verdient weder im (End-)Ergebnis noch hinsichtlich der Begründung Zustimmung:

1. Vermögensbetreuungspflicht

Nach mittlerweile¹¹ ganz überwiegender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung ist eine Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen beider Tathandlungsvarianten des Untreuetatbestandes erforderlich.¹² Der *Senat* bejaht eine solche Pflicht

³ Dabei handelt es sich um eine besondere Form des Treuhänderkontos, für das spezielle AGB der Banken gelten; vgl. *Had-ding/Häuser*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2011, § 37 Rn. 9, § 38. Näher dazu unter III. 2. a).

⁴ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 6 f.

⁵ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 8.

⁶ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 8.

⁷ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 10.

⁸ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 11.

⁹ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 14.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 15.

¹¹ Seit der sog. Scheckkarten-Entscheidung, BGH, Urt. v. 26.7.1972 – 2 StR 62/72 = BGHSt 24, 386.

¹² Vgl. etwa BGH, Urt. v. 13.6.1985 – 4 StR 213/85, Rn. 25 = BGHSt 33, 244 (250); BGH, Urt. v. 25.2.1988 – 1 StR 466/87 = BGHSt 35, 224; OLG Hamm, Urt. v. 15.6.1977 – 4 Ss 363/76 = NJW 1977, 1834 (1835); OLG Köln, Urt. v. 22.11.

des A im Anschluss an das Landgericht mit wenigen Worten unter Verweis auf die „Art der Einbindung des Angeklagten in die Durchführung der Versicherungsverträge“.¹³

Insoweit wären nähere Ausführungen wünschenswert gewesen. Denn wenn man die Anforderungen, die an das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht gestellt werden, einerseits und die rechtliche Stellung des A andererseits betrachtet, zeigt sich, dass die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht keineswegs selbstverständlich ist:

a) Anforderungen an das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht

Wann eine außerstrafrechtliche Pflicht als Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestandes angesehen werden kann, ist im Einzelnen umstritten; einige wenige Kriterien hierfür scheinen jedoch mittlerweile konsentiert zu sein:¹⁴ So muss es sich zunächst um eine Pflicht handeln, die einen *Vermögensschutz* bezweckt.¹⁵ Das allein ist aber nicht ausreichend; erforderlich ist eine qualifizierte Pflichtenstellung in Bezug auf eine *fremde* Vermögensmasse.¹⁶ Die Pflicht zur Vermögensfürsorge darf sich nicht nur beiläufig aus dem betroffenen Rechtsverhältnis ergeben, sondern muss einen *Hauptbestandteil* desselben darstellen.¹⁷ Sie muss explizit vereinbart worden sein; allgemeine Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten genügen nicht.¹⁸ Entscheidend ist, dass dem Treupflichtigen ein Spielraum für eigenverantwortliche Entscheidungen über das Vermögen eingeräumt wird und er frei

von Einwirkungsmöglichkeiten des Vermögensinhabers agieren kann.¹⁹

b) Rechtsstellung des Versicherungsmaklers

Es gibt zwei Arten von Versicherungsvermittlern: Versicherungsmakler und Versicherungsvertreter (vgl. § 59 Abs. 1 VVG, § 34d Abs. 1 S. 1 GewO). Dabei steht ein *Versicherungsvertreter* auf der Seite des *Versicherers*, in dessen Auftrag er gewerbsmäßig Versicherungsverträge vermittelt oder abschließt (vgl. § 59 Abs. 2 VVG). Der *Versicherungsmakler* hingegen ist nicht gegenüber dem Versicherer vertraglich gebunden und gehört dem Lager des *Versicherten* an (vgl. § 59 Abs. 3 S. 1 VVG).²⁰ Seine Hauptaufgabe besteht darin, für den Versicherungsschutz des Versicherungsnehmers Sorge zu tragen.²¹

Im Rahmen eines Versicherungsvertragsverhältnisses wird – wie hier – dem Versicherungsmakler regelmäßig von Seiten des Versicherers eine Inkassovollmacht eingeräumt. Diese hat zur Folge, dass die Zahlung der Prämien durch den Versicherungsnehmer an den Makler hinsichtlich der Leistungsverpflichtung gegenüber dem Versicherer befreiend wirkt (§§ 362 Abs. 2, 185 BGB).²² Umgekehrt ergibt sich aus diesem Einziehungsauftrag ein Anspruch des Versicherungsunternehmens gegen den Makler auf Herausgabe der Prämien gem. § 667 Var. 2 i.V.m. § 675 Abs. 1 BGB.²³

c) Vermögensbetreuungspflicht des Versicherungsmaklers in Bezug auf das Vermögen des Versicherers

Die Rechtsstellung des Versicherungsmaklers lässt daran zweifeln, dass diesem eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Versicherer zukommt. Sein eigentliches Pflichtverhältnis besteht mit dem Versicherungsnehmer und dient dessen Interessen. Mit dem Versicherer verbindet ihn ausschließlich die Inkassoabrede. Gegenstand dieses Pflichtverhältnisses ist zwar eine Vermögensmasse; sein Zweck ist jedoch nicht – zumindest nicht vorrangig – der Schutz des Vermögens des Versicherers, sondern der Schutz des Leistungsanspruchs des Versicherungsnehmers. Daher lässt sich bereits die Vermögensschutzrichtung des Pflichtverhältnisses anzweifeln. Bedenken bestehen außerdem dahingehend, dass die Betreuung des Vermögens für den Versicherer eine Hauptpflicht des Versicherungsmaklers darstellt, weil sich diese bestenfalls reflexhaft aus dem Umgang mit Geldmitteln, die dem Versicherer zustehen, ergibt und einen untergeordneten Aspekt seiner Tätigkeit darstellt. Zudem kann von der für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht notwendigen Selbstständigkeit der Verfügung über die betroffene Vermögensmasse kaum eine Rede sein. Zwar hat einerseits der Versiche-

1977 – Ss 397/77 = NJW 1978, 713 f.; OLG Köln, Urt. v. 6.10.1987 – Ss 292/87 = NJW 1988, 3219; *Fabricius*, NStZ 1993, 414 (415); *Knauth*, NJW 1983, 1287 (1289); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 266 Rn. 4; *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 31. Eine andere Auffassung vertritt vornehmlich *Schiinemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 18 f.

¹³ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 5.

¹⁴ Dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = BVerfGE 126, 170 (208 ff.); BGH, Beschl. v. 1.4.2008 – 3 StR 493/07 = wistra 2008, 427 (428) m.w.N.; BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 3 StR 438/12 = NStZ 2013, 407; *Saliger*, HRRS 2006, 10 (17); jew. m.w.N.

¹⁵ Vgl. aus der jüngeren Vergangenheit die beiden Entscheidungen des *Senats*: BGH, Beschl. v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09, Rn. 35 f. = BGHSt 55, 288 (300 f.); BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 94/10, Rn. 25 = BGHSt 56, 203 (211) m. Anm. *M. Wagner*, ZIS 2012, 28.

¹⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 3 StR 438/12 = NStZ 2013, 407.

¹⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 3 StR 438/12 = NStZ 2013, 407.

¹⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 3 StR 438/12 = NStZ 2013, 407.

¹⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 3 StR 438/12 = NStZ 2013, 407.

²⁰ Vgl. nur *Matusche-Beckmann*, in: Beckmann/Matusche-Beckmann (Hrsg.), Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2009, § 5 Rn. 196 m.w.N.

²¹ Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 20), § 5 Rn. 196 m.w.N.

²² Vgl. *Matusche-Beckmann* (Fn. 20), § 5 Rn. 322 m.w.N.

²³ BGH, Urt. v. 21.12.2005 – III ZR 9/05 = BGHZ 165, 298 (301).

rer keine Möglichkeit, auf die Konten des Maklers einzuwirken; andererseits sind diesem aber auch keinerlei Spielräume eingeräumt. Ihm werden fixe Fristen vorgegeben, zu denen er die Prämien abzuliefern hat. Er besitzt keinerlei Rechte, zwischenzeitlich über die Mittel zu verfügen (z.B. sie nach seinem Einschätzungsermessen gewinnbringend anzulegen). Von einer Selbständigkeit, die etwa derjenigen eines Vorstandes einer AG oder eines Insolvenzverwalters vergleichbar wäre, kann daher keine Rede sein.

Daher sprechen viele gute Gründe gegen die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht. Die genannten Bedenken werden genährt durch den Befund, dass der Versicherungsmakler letztlich ein Vertreter des Versicherungsnehmers ist; diesen trifft aber anerkanntermaßen keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Versicherer.²⁴ Warum den Vertreter stärkere Pflichten treffen sollten als den originären Schuldner, ist nicht ersichtlich.

2. Pflichtverletzung

Selbst wenn man – anders als hier – von einer Vermögensbetreuungspflicht des Versicherungsmaklers ausgeht, ist damit noch nicht ausgesagt, dass diese auch im Sinne des Untreuetatbestandes verletzt wurde.

a) Unterlassen der Einrichtung und Verwendung eines Anderkontos

Wie der *Senat* zutreffend ausführt, bestand keine Pflicht zur Einrichtung eines Anderkontos. Eine gesetzliche Pflicht zur Einrichtung eines solchen Kontos, wie sie etwa § 54b BeurkG für Notare vorsieht, besteht für Versicherungsmakler nicht. Nach den Darlegungen des *Senats* ließ sich den einzelnen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen auch keine entsprechende vertragliche Pflicht entnehmen.²⁵ Darauf kann sich demnach der Vorwurf der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht nicht stützen.

Selbst wenn sich eine solche vertragliche Pflicht feststellen ließe, ist fraglich, ob diese faktisch überhaupt umsetzbar wäre. Denn die Banken achten darauf, keine Anderkonten für solche Kunden einzurichten, die nicht gesetzlich dazu verpflichtet sind und keiner entsprechenden staatlichen Aufsicht unterliegen.²⁶ Eine gesetzliche Pflicht besteht nicht; zudem ist für Versicherungsmakler nur eine sehr stark eingeschränkte staatliche Aufsicht vorgesehen,²⁷ die mit der Aufsicht für die Berufsgruppen, die verpflichtend ein Anderkonto führen müssen, nicht vergleichbar ist. Vor diesem Hintergrund wäre eine entsprechende vertragliche Pflicht zur Verwendung eines Anderkontos möglicherweise sogar unwirksam.

b) Verrechnung der Versicherungsprämien mit Verbindlichkeiten

Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht könnte jedoch darin zu sehen sein, dass die Prämien bei der Einzahlung auf das Geschäftskonto des A mit den dieses Konto belastenden Verbindlichkeiten verrechnet wurden.

Krehl – Richter am 2. *Strafsenat* des BGH – führt aus, hierin könne in der Tat eine Pflichtverletzung gesehen werden.²⁸ Auf eine eventuelle Pflicht zur Zuführung des treuhänderisch verwalteten Geldes auf ein Anderkonto komme es gerade nicht an.²⁹ Vielmehr liege in jeder Verfügung über Fremdmittel zu eigenen Zwecken eine treuwidrige Pflichtverletzung.³⁰ Dies gelte insbesondere bei Gutschrift der Prämien auf einem überzogenen Privatkonto.³¹ Es sei „unbestreitbarer Kern“ der Pflicht eines Treuhänders, Fremdgelder nicht anzutasten.³²

Das vermag nicht zu überzeugen. Seine Argumentation, dass die Zuführung treuhänderisch verwalteten Geldes auf ein Privatkonto und die Verwendung zu eigenen Zwecken stets treuwidrig sei, mag zwar zutreffen. Welcher Erkenntnisgewinn sich hieraus ergeben soll, wird jedoch nicht deutlich, da die Gelder – jedenfalls nach den Ausführungen des 1. *Strafsenats* – gerade nicht auf einem Privatkonto des A, sondern auf seinem allgemeinen Geschäftskonto eingingen. Darin liegt aber gerade keine Verwendung zu eigenen Zwecken i.S.d. § 668 BGB i.V.m. § 675 Abs. 1 BGB,³³ weshalb ein pauschales Abstellen auf die Verrechnung fehl am Platz ist. Führt man sich nämlich vor Augen, dass es sich um das Geschäftskonto des A handelte, bedeutete die Argumentation *Krehls* nämlich, dass durch den Untreuetatbestand im Umkehrschluss faktisch doch die Pflicht zur Führung eines Anderkontos etabliert würde. Dieses Schluss ist unhaltbar, stehen ihm doch der Grundsatz der Akzessorität des Strafrechts sowie der deutlich aus dem Gesetz hervorgehende Wille des Gesetzgebers entgegen.

Dies scheint auch der 1. *Strafsenat* vor Augen zu haben, der eine Pflichtverletzung durch die Verrechnung im Ergebnis zutreffend ablehnt.³⁴ Nicht zu überzeugen vermag hingegen seine Begründung, eine solche Annahme einer Pflichtverletzung verstoße gegen das Verschleifungsverbot.^{35, 36} Zum einen setzte diese Argumentation voraus, dass bereits im Zeitpunkt der Verrechnung ein Vermögensnachteil vorliegt. Dazu macht der *Senat* keine Ausführungen. Zum anderen scheint der *Senat* zu verkennen, dass das Verschleifungsverbot nur diejenigen Fälle erfasst, in denen ein Tatbestands-

²⁸ *Krehl*, NStZ 2014, 159 (169).

²⁹ *Krehl*, NStZ 2014, 159 (169).

³⁰ *Krehl*, NStZ 2014, 159 (169).

³¹ *Krehl*, NStZ 2014, 159 (169).

³² *Krehl*, NStZ 2014, 159 (169).

³³ Zutreffend *Schmidt*, NStZ 2013, 498 (499) m.w.N., der die Differenzierung zwischen Geschäfts- und Privatkonten allerdings erst im Rahmen seiner Ausführungen zum Vermögensnachteil anspricht.

³⁴ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 8.

³⁵ Dazu allgemein etwa *Bittmann*, wistra 2013, 1 ff.

³⁶ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 8.

²⁴ Vgl. nur *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 53.

²⁵ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 6 f.

²⁶ Vgl. nur *Hadding/Häuser* (Fn. 3), § 37 Rn. 9 m.w.N.

²⁷ *Matusche-Beckmann* (Fn. 20), § 5 Rn. 261 ff. m.w.N.

merkmal abstrakt so ausgelegt wird, dass ihm neben den anderen Merkmalen kein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt. Es hindert jedoch nicht, dass ein und derselbe tatsächliche Umstand im konkreten Einzelfall bei der Subsumtion unter mehrere verschiedene Tatbestandsmerkmale zum Tragen kommt und deshalb diese Merkmale jeweils für sich als erfüllt anzusehen sind.³⁷

c) Unterlassen der fristgerechten Abführung der Prämien an den Versicherer

Als letzter möglicher Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes verbleibt damit die Nichtabführung des um die Provision verringerten Betrages an den Versicherer im Fälligkeitstermin. Hieran will der 1. Strafsenat eine Untreuestrafbarkeit knüpfen.³⁸ Die fehlende Leistungsfähigkeit des A im Fälligkeitszeitpunkt sei insoweit unbeachtlich, da er nach dem Rechtsgedanken der *omissio libera in causa* diese sicherzustellen habe.³⁹

Diese Argumentation greift nicht durch. Der Geldtreuhänder hat – anders als der gewöhnliche Geldschuldner – gerade nicht seine generelle Liquidität sicherzustellen.⁴⁰ Bestehen keine anderweitigen Sicherungsmechanismen – wie etwa die Verpflichtung zur Verwendung eines Anderkontos – trägt der Auftraggeber (hier: die X) grundsätzlich das Risiko des Untergangs des treuhänderisch verwalteten Geldes (z.B. Insolvenz der Bank).⁴¹

Folgte man hier dem Senat, würde damit eine allgemeine strafbewehrte Liquiditätspflicht etabliert; ein Ergebnis, das schwerlich zu überzeugen vermag. Es entspricht auch nicht der Realität des wirtschaftlichen Geschäftsverkehrs. Im Regelfall trägt jeder selbst das Risiko der Leistungsfähigkeit seines Geschäftspartners. Solange dieser nicht über seine Leistungsfähigkeit täuscht (dann greift ggf. § 263 StGB ein), liegt es in der Verantwortung eines jeden selbst, sich davon zu überzeugen, dass der Vertragspartner in der Lage ist, seinen Verbindlichkeiten auch nachzukommen (ist er dies nicht, wird der Gläubiger teilweise durch die §§ 283 ff. StGB geschützt). Der Versicherer trägt das Risiko, dass der Versicherungsnehmer liquide ist. Warum sich daran etwas ändern sollte, wenn der Versicherungsnehmer einen Mittelsmann einschaltet, ist nicht ersichtlich. Die Inkassovollmacht verschiebt lediglich die Quelle des Risikos, nicht aber das Risiko selbst. Es war die Entscheidung der X, A eine Inkassovollmacht einzuräumen. Da ihr bewusst gewesen sein muss oder zumindest hätte sein müssen, dass diesen keine Verpflichtung zur Verwendung eines Anderkontos traf, wurde keinerlei schutzwürdiger Vertrauenstatbestand geschaffen, der für X eine höhere Zahlungszuverlässigkeit des A signalisiert hätte.

³⁷ Zutreffend *Bittmann*, wistra 2013, 1 (2).

³⁸ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 10.

³⁹ BGH, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 StR 526/13, Rn. 11.

⁴⁰ Vgl. nur BGH, Urt. v. 21.12.2005 – III ZR 9/05 = BGHZ 165, 298 (301).

⁴¹ Vgl. BGH, Urt. v. 14.7.1958 – VII ZR 99/57 = BGHZ 28, 123 (128); BGH, Urt. v. 21.12.2005 – III ZR 9/05 = BGHZ 165, 298 (301 f.).

Diese grundsätzliche Risikoverteilung darf nicht durch das Strafrecht unterlaufen werden. Dies gilt erst recht, wenn dazu eine Rechtsfigur herangezogen wird, deren dogmatische Legitimität nur schwer begründbar ist.⁴²

d) Exkurs: Gravität der Pflichtverletzung

Dass der Senat nicht auf die Richtigkeit des Ergebnisses bedacht war, sondern lediglich nach Wegen gesucht hat, das von ihm favorisierte Ergebnis (zumindest vermeintlich) zu begründen, zeigt sich daran besonders deutlich, dass er nicht auf die Frage nach der Gravität der Pflichtverletzung eingeht. Der Senat selbst hatte dieses Restriktionskriterium ursprünglich in die Diskussion eingebracht⁴³ und – nachdem der 3. Strafsenat dieses zwischenzeitlich verworfen hatte,⁴⁴ woraufhin in der Literatur bereits gemutmaß wurde, dass die Rechtsfigur der Gravität der Pflichtverletzung „ihr ephemeres Dasein in der Judikatur ausgehaucht“ habe⁴⁵ – kürzlich wieder aufleben lassen,⁴⁶ was von Seiten der Literatur begrüßt wurde.⁴⁷

Der vorliegende Sachverhalt hätte jeden Anlass geboten, mit dem Kriterium der Gravität der Pflichtverletzung zu operieren und seine Leistungsfähigkeit zu demonstrieren. Dies gilt umso mehr, als der Senat die Pflichtverletzung auf das nicht fristgerechte Abführen der Prämien stützt. Ob der bloße Fristverstoß – eine Unmöglichkeit späterer Leistung aufgrund von Insolvenz des Maklers wird jedenfalls nicht mitgeteilt – eine derart schwerwiegende Pflichtverletzung darstellt, dass sie kriminalstrafrechtlich sanktioniert werden soll und darf, scheint mehr als fragwürdig. Dass der Senat auf diese Fragen jedoch überhaupt nicht eingeht, macht deutlich, dass das Restriktionskriterium der Gravität der Pflichtverletzung für ihn offenbar kein dogmatisch richtiges und zwingendes Erfordernis des Untreuetatbestandes darstellt, sondern lediglich einen *deus ex machina*, der jederzeit herbeigerufen werden kann, wenn seine Dienste zur Absicherung des kriminalpolitisch gewünschten Ergebnisses genutzt werden sollen.

IV. Zusammenfassung

Die vorliegende Entscheidung⁴⁸ macht deutlich, dass der BGH auch nach der Ermahnung des Bundesverfassungsgerichts zur restriktiven Auslegung den Untreuetatbestand nach wie vor äußerst unvorsichtig und mehr auf vermeintlich kriminalpolitisch überzeugende Ergebnisse als auf dogmatische Stimmig-

⁴² Kritisch zur *omissio libera in causa Samson*, in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 579 ff.

⁴³ Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2001 – 1 StR 185/01 = BGHSt 47, 148 (150); BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 (197).

⁴⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, Rn. 33 ff. = BGHSt 50, 331 (343 ff.).

⁴⁵ So äußerst bildhaft *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (197).

⁴⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 94/10, Rn. 30 = BGHSt 56, 203 (213).

⁴⁷ So etwa *M. Wagner*, ZIS 2012, 28 (33 f.).

⁴⁸ Das gilt auch für die Anmerkung von *Krehl*, NStZ 2014, 159.

keit bedacht handhabt. Darüber kann auch nicht hinweggetäuscht werden, indem an einer unpassenden Stelle mit dem Verschleifungsverbot argumentiert wird, um den Anschein zu erwecken, man berücksichtige die verfassungsgerichtlichen Vorgaben. Wünschenswert wäre vielmehr eine systemkonforme Auslegung, die die Wertung des Zivilrechts mitberücksichtigt, anstatt sie mittels des Untreuetatbestandes zu unterlaufen.

Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner, Gießen

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

Walter Gropp/Bahri Öztürk/Adem Sözüer/Liane Wörner (Hrsg.), Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Forschungsband zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht Alexander von Humboldt Stiftung Institutpartnerschaft (2009-2013), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014, 608 S., € 159,-

Ein vierjähriges Forschungsprojekt im Rahmen einer durch die Alexander von Humboldt-Stiftung geförderten Institutpartnerschaft des Franz von Liszt-Instituts für internationales Recht und Rechtsvergleichung der Justus-Liebig-Universität Gießen, des Zentrums für Strafrechtswissenschaft der Kältür Universität Istanbul sowie des Instituts für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Strafanwendungsrecht der Universität Istanbul findet mit dem hier besprochenen Forschungsband seinen Abschluss. Die mit diesem Forschungsprojekt in Angriff genommene Untersuchung der Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung am Beispiel der Türkei erscheint nicht erst aufgrund der dortigen Strafereformen aus dem Jahr 2005 reizvoll; in diesem Jahr traten dort ein neues Strafgesetzbuch und eine neue Strafprozessordnung, beide stark an die deutsche Gesetzgebung angelehnt, in Kraft. Schon früher hatte sich die Lage in der Türkei als Untersuchungsgegenstand angeboten, wurde doch bereits im Osmanischen Reich mit dem Strafgesetzbuch von 1858 (Ceza Kanunname-i Hümayunu) westliches Recht, nämlich der französische Code pénal von 1810, rezipiert und die Rezeption westlichen Rechts auch nach Gründung der Republik Türkei dadurch fortgesetzt, dass der türkische Gesetzgeber sich bei der Verabschiedung des Strafgesetzbuchs aus dem Jahr 1926 (Türk Ceza Kanunu) am Codice Zarnadelli, dem italienischen Strafgesetz aus dem Jahr 1889, orientierte.

Ansätze zur Untersuchung der Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung finden sich bereits bei Autoren des frühen 20. Jahrhunderts. Was etwa das Strafrecht zu spätoomanischer Zeit angeht, haben zeitgenössische Autoren wie *Wilhelm Jaenecke* rechtsvergleichende Untersuchungen durchgeführt.¹ Bezogen auf das moderne türkische Strafrecht gilt dasselbe, allerdings unter weitaus stärkerer Einbeziehung der gesellschaftlichen Dimension, für *Ernst Eduard Hirsch*, der, 1933 wegen seiner jüdischen Herkunft aus seinem Amt entlassen, lange Zeit in Istanbul und Ankara gelehrt und sich in seiner Forschungstätigkeit auch der Rezeption westlichen Rechts in der Türkei zugewandt hatte. *Hirsch*, übrigens in Gießen habilitiert, resümierte: „Juristisch in Kraft gesetzte Gesetze bilden in Wirklichkeit zunächst noch gar keine Rechtsordnung, sondern lediglich den Plan zu einer solchen, etwa in der gleichen Weise, wie ein Bauplan eines Architekten so lange auf dem geduldigen Papier stehen bleibt, bis der Versuch gemacht wird, ihn zu verwirklichen. Wo es an der Möglichkeit fehlt, das importierte rechtliche Gedankengut ins Bewußtsein der Normadressaten

zu heben und dort zu verankern, bleibt das bestgemeinte und bestgearbeitete Gesetz toter Buchstabe. Es bedarf einer mühseligen, aufreibenden und lange andauernden Aufklärungsarbeit, bevor der Boden für eine Rezeption überhaupt erst bereit ist.“² Ähnlich dachte auch der Begründer der modernen Republik Türkei *Mustafa Kemal Atatürk*, von dem folgende Aussage überliefert ist: „Gesetze können nicht durch Imitation geschaffen werden.“³ *Hirsch*, der seinen soeben zitierten Gedanken im Jahr 1966 veröffentlichte, rechnete damals mit einer Übergangszeit von dreißig bis fünfzig Jahren, ehe in der Türkei altes Rechtsdenken überwunden und westliches Denken gesellschaftlich in einem Maße verankert sein würde, dass die Rezeption als geglückt bezeichnet werden könne.⁴ Knapp fünfzig Jahre nach dieser Einschätzung und Prognose setzt der hier besprochene Forschungsband die von *Hirsch* begonnene wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Effektivität der türkischen Rechtsrezeption in ihrer gesellschaftlichen Dimension anhand einer Rechtsvergleichung zentraler Fragen des Straf- und des Strafprozessrechts in eindrucksvoller Weise fort.

Über die Methode, wie man sich der dem Forschungsband zugrunde liegenden Thematik am besten annähert, lässt sich gewiss streiten. Denkbar wäre eine interdisziplinäre Herangehensweise, bei der beispielsweise Juristen, Soziologen, Historiker und Politologen gemeinsam die gesellschaftliche Verankerung rezipierten Rechts in der Türkei und die dabei wirkenden Kräfte ergründen. Der Schwerpunkt läge dann eher auf der „gesellschaftlichen Verankerung“ als auf der „Entwicklung des Rechts“. Die Teilnehmer des Forschungsprojekts haben sich indes für einen anderen, den Schwerpunkt auf die Rechtsentwicklung legenden – und damit juristischen – Weg entschieden. Ausgehend von der Erkenntnis, dass sich das Strafrecht einer Gesellschaft nur begrenzt in eine andere „exportieren oder mit für sich bereits funktionsfähigen Regelungen implantieren könnte“ und dass ein sich von gesellschafts- und rechtsbestimmenden Faktoren entfernendes Strafrecht eher nicht beachtet werde (S. 570 f.), habe sich das Forschungsprojekt, so *Wörner* in ihren den Forschungsband abschließenden rechtsvergleichenden Beobachtungen, zum Ziel gesetzt, das Recht in seiner Stellung und Verwurzelung im jeweiligen Land zu untersuchen. Die rechtsvergleichende Herangehensweise erlaube Aussagen darüber, „welche Wechselwirkungen zwischen Recht, im Besonderen dem Strafrecht, und dem gesellschaftlichen Kontext“ bestünden (S. 572). Es solle der Frage nachgegangen werden, „ob sich erkennen lässt, inwieweit das in die Türkei teilweise ‚importierte‘ deutsche Strafrecht in seiner Regelungssystematik das türkische Strafrecht beeinflusst oder sich in einer bloßen Übernahme der deutschen ‚Regelungsgrammatik‘ in das türkische Strafrechtssystem erschöpft“ (S. 572). Da sich die Frage, ob deutsches und türkisches Strafrecht derselben Rechtsfamilie angehören, nicht mit Bestimmtheit beantworten lasse, sei als Forschungsmethode ein makrorechtsvergleichender Einstieg

¹ Vgl. *Jaenecke*, Grundprobleme des türkischen Strafrechts, 1918.

² *E.E. Hirsch*, Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, Beiträge zur Rechtssoziologie, 1966, S. 100.

³ Zitiert nach *Kreiser*, Atatürk, Eine Biographie, 2008, S. 244.

⁴ Vgl. *E.E. Hirsch* (Fn. 2), S. 119.

gewählt worden, der jedoch bei konsequenter Umsetzung eine erschöpfende Berücksichtigung der deutschen und türkischen Rechtsordnung erfordert hätte und von daher angesichts der Weite schon des Forschungsgegenstands – deutsches und türkisches Strafrecht – kaum zu leisten wäre. In der Tat erscheint die Verschränkung der Makrorechtsvergleichung mit mikrorechtsvergleichenden Elementen, hier durch die nähere Betrachtung einzelner die Strafrechtspflege betreffender Problemkreise, sinnvoll, zumal diese Verschränkung die grundsätzliche Entscheidung für die Makrorechtsvergleichung nicht aufweicht, weil die untersuchten Problemkreise breit gestreut und vielzählig sind.

Ergebnis dieser Herangehensweise ist der hier besprochene Forschungsband, der neben einem Geleitwort der Herausgeber, einem Grußwort des Hessischen Ministerpräsidenten und dem auf dem Abschlusskolloquium im Jahr 2012 gehaltenen Eröffnungsvortrag *Limbachs* 28 Beiträge enthält. Die Autorenschaft setzt sich zusammen aus Juristen beider Bezugsländer und umfasst Studierende, Rechtspraktiker, Rechtsreferendare, wissenschaftliche Mitarbeiter, Habilitanden, eine Forschungsreferatsleiterin und Professoren. Der überwiegende Teil der Beiträge entstand in einem Tandemverfahren, bei dem Juristen beider Bezugsländer im Zusammenwirken ein Problem beleuchteten. Auf diese Weise konnte sichergestellt werden, dass nicht nur Denkweise und Erfahrungshorizonte deutscher wie türkischer Juristen einfließen, sondern auch die Gefahr des Übersehens rechtlicher Gesichtspunkte, die ein Systemverständnis des anderen Rechts erst ermöglichen, vermindert wurden. Nichtsdestotrotz betont *Wörner* am Ende des Forschungsbandes, dass man – entgegen dem Buchtitel, der eine dahingehende Hoffnung möglicherweise nährt – hier keine umfassende empirische Studie des deutschen und türkischen Straf- und Strafprozessrechts erwarten dürfe. Erwähnenswert ist auch, dass drei Beiträge von ungarischen Juristinnen und Juristen stammen, die die ungarische Sicht zu jeweils einem Forschungsprojekt vorstellen. Die Einbeziehung der ungarischen Perspektive mag insofern etwas irritieren, als es sich doch um einen Forschungsband zum deutschen und türkischen Straf- und Strafprozessrecht handelt, sie wird von *Wörner* jedoch damit gerechtfertigt, dass sich auch das ungarische Strafrecht aktuell in einer Umbruchphase befinde und sich „wie das türkische dem deutschen Strafrecht wissenschaftlich eng verbunden“ sehe (S. 583).

Die im Forschungsband abgedruckten Beiträge können hier nicht im Einzelnen besprochen werden. Vor dem Hintergrund der Vielzahl im Rechtsvergleich gewonnener Ergebnisse liegt es auch nicht mehr im Rahmen des hier Möglichen, insoweit ein Resümee zu ziehen. Vielmehr muss sich diese Rezension angesichts der Vielzahl und der Unterschiedlichkeit der im Forschungsband dargestellten Probleme weitgehend darauf beschränken, einen Überblick über den Inhalt zu vermitteln und nur dort, wo das wissenschaftliche Interesse des *Rezensenten* in besonderem Maße angesprochen wurde, Stellung zu nehmen.

Der Forschungsband ist in vier Teile gegliedert, mit denen Entwicklungen im Bereich des Strafverfahrens (1. Teil), Fragestellungen zum besonderen Teil des jeweiligen Strafgesetzbuchs (2. Teil), Entwicklungen bei den allgemeinen Straf-

rechtslehren (3. Teil) und globale rechtsvergleichende Beobachtungen (4. Teil) abgedeckt werden.

Zum Strafverfahrensrecht beinhaltet der Band Beiträge aus drei Forschungsprojekten. Zu den strafprozessualen Justizgrundrechten (1. Forschungsprojekt) finden sich ein Plädoyer für den säkularen Verfassungsstaat (*Helmut Goerlich*), ein Beitrag zur Implementierung und Beschränkung von Justizgrundrechten im Strafverfahrensrecht (*Esra Alan-Akcan* und *Katharina Levermann*), Fallstudien (*Can Çelik*, *Patrick Krug* und *Ülkü Sezgi Sözen*) sowie ein Beitrag zur Haltung des EGMR zur Sitzungsordnung im Gerichtssaal (*Durmuş Tezcan*). Der Abschnitt zur Fernwirkung von Beweisverboten (2. Forschungsprojekt) beinhaltet neben einem Beitrag zu grenzüberschreitenden Beweisverboten aus ungarischer Sicht (*Krisztina Karsai*) einen Beitrag zum fernwirkenden Beweisverbot im türkischen und deutschen Strafverfahrensrecht (*Bahri Öztürk* und *Liane Wörner*), der an das im Zuge der türkischen Strafverfahrensreform aus dem Jahr 2005 eingeführte verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich verankerte umfassende Beweisverwertungsverbot anknüpft, das der *Große Strafsenat* des türkischen Kassationshofs (*Yargıtay*) mit Beschluss vom 17.11.2009 als fernwirkendes Beweisverwertungsverbot begriffen hat. Der in der Türkei damit bewältigte Spagat zwischen kontinentaleuropäischem Strafverfahrenssystem und Anlehnung an die dem common law entstammende *fruit of the poisonous tree*-Doktrin, die – wie der Beitrag erfreulicherweise klarstellt – entgegen einem weitverbreiteten Irrglauben nicht absolut gilt, birgt in sich die Potenz, die Verfahrensrechte des Beschuldigten generalpräventiv zu sichern und die Frage nach Beweisverwertungsverboten – im Gegensatz zur geltenden Rechtslage in Deutschland – rechtsklar zu beantworten. Insofern dürfte der Beitrag den hiesigen Anhängern von fernwirkenden Beweisverboten Rückenwind geben, zumal er im Fazit mit Hinweisen abschließt, wie eine in einem kontinentaleuropäischen Verfahrenssystem gesetzlich anerkannte Fernwirkungslehre Ausnahmen zugänglich gemacht werden kann, wo die Einzelfallgerechtigkeit dies gebietet. So oder so wird es spannend sein, weiter zu beobachten, ob und wie sich die im genannten Kassationsbeschluss anerkannte Fernwirkungslehre in der türkischen Rechtswirklichkeit verfestigt. Zu rechtsmittelrechtlichen Problemen (3. Forschungsprojekt) finden sich ein Beitrag zu „Problemen des deutschen Rechtsmittelverfahrens“ (*Dieter Anders*), der allerdings tatsächlich eher ein Überblick über das deutsche strafprozessuale Rechtsmittelrecht denn ein Problemaufriss ist, und Fallstudien zu Rechtsmitteln im deutschen und türkischen Strafverfahren (*Rahime Erbaş*, *Sarah Lehmann*, *Beril Taşkın* und *Muharrem Tütüncü*).

Den zweiten Teil eröffnen Beiträge zum strafrechtlichen Waffenbegriff (1. Forschungsprojekt) aus Sicht des deutschen und türkischen Rechts (*Selman Dursun* und *Sebastian Hoffmanns*) sowie aus ungarischer Sicht (*Zsolt Szomora*). Dem schließen sich Beiträge zu Meinungsfreiheitsdelikten (2. Forschungsprojekt) an. Einer abstrakten Darstellung der strafrechtlichen Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit im deutschen und türkischen Recht (*Volker Bützler* und *Aykut Ersan*) folgen ein Beitrag mit Fallstudien (*Demet Ceylan*,

Duygu Seymen und Osman Taşdemir) sowie kommentierende Anmerkungen zur strafrechtlichen Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit in beiden Ländern (Silvia Tellenbach). Sowohl in den Fallstudien wie in den kommentierenden Anmerkungen bildet, was das deutsche Recht angeht, der BVerfG-Beschluss „Soldaten sind Mörder“⁵ einen Schwerpunkt. Zweifellos ist diese Entscheidung von zentraler Bedeutung, wenn es darum geht, den hohen Stellenwert der Meinungsäußerungsfreiheit in der deutschen Rechtsordnung zu vermitteln. Andererseits gab die historische Vergangenheit Deutschlands der Rechtsprechung Anlass, die Meinungsäußerungsfreiheit jenseits sonst üblicher Dogmatik hier und da einzuschränken. Dies klingt ein wenig an, wenn Ceylan, Seymen und Taşdemir BGHSt 11, 207 erwähnen (S. 299), wonach bekanntlich in Deutschland lebende Juden, die im Nationalsozialismus verfolgt wurden, eine beleidigungsfähige Personenmehrheit bilden. Als jüngerer Beispiel für diese Linie hätte man auch den „Wunsiedel“-Beschluss⁶ und die umfangreiche Kritik aus der Wissenschaft hieran erwähnen können. Auch wenn der *Rezensent* sich ihm nur anschließen kann, veranschaulicht der „Wunsiedel“-Beschluss doch, wie schwer sich die hiesige Rechtsgemeinschaft zuweilen mit dem strikten Durchhalten der sonst fest etablierten und stark freiheitsorientierten Grundrechtsdogmatik zur Meinungsfreiheit tut, wenn es um die Würde der Opfer der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft geht. Davon abgesehen hätte die Auseinandersetzung mit dem „Soldaten sind Mörder“-Beschluss eine stärkere Einbeziehung der gesellschaftlicher Dimension dieser Entscheidung vertragen. Man hätte sich in diesem Zusammenhang zumindest eine gestraffte Schilderung der vergleichsweise ungewöhnlich scharfen und zahlreichen Kritik aus Politik und Wissenschaft am Beschluss und am – glücklicherweise nicht verabschiedeten – Entwurf eines auf die Umgehung des Senatsbeschlusses abzielenden § 109b StGB⁷ gewünscht. Immerhin erwähnt Tellenbach, dass die Entscheidung „in Deutschland heiß diskutiert“ worden sei, wobei sie unter darstellender Bezugnahme auf das Sondervotum von Haas hervorhebt, dass der Beschluss auch innerhalb des *Ersten Senats* keineswegs unumstritten war (S. 316 f.).

Der dritte und quantitativ umfangreichste Teil des Forschungsbandes beinhaltet Beiträge zum Fahrlässigkeitsbegriff (1. Forschungsprojekt) im deutsch-türkischen Rechtsvergleich (Walter Gropp), zum neuen türkischen Fahrlässigkeitsbegriff (Yasemin Saygılar Kırt) und Fallstudien (Efsar Erden und Martin Seiferth). Es folgen Beiträge zu Versuch und Rücktritt (2. Forschungsprojekt), darunter ein Beitrag zu den Problemen des Rücktritts vom Versuch (Friedrich-Christian Schroeder) und Fallstudien zu Versuch und Rücktritt bei *dolus eventualis* im deutschen und türkischen Strafrecht (Ömer Metehan Aynural, Anna-Lena Schellenberg und Mehmet Fatih Yıldırım). In diesem Zusammenhang verdient der Schlüsselbeitrag über den unbeendeten Versuch (Adem Sözüer und

Liane Wörner), der zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung der Versuchsformen ist, besondere Erwähnung, weil man hier die Umsetzung des Aspekts gesellschaftlicher Verankerung von Rechtsentwicklungen wohl als am vortrefflichsten gelungen bezeichnen darf, beschränkt sich dieser Beitrag doch nicht auf eine Darstellungen des Rechts kurz vor und nach der türkischen Strafrechtsreform; vielmehr skizziert er historisch gewachsene Rechtsentwicklungslinien, im türkischen Recht beginnend mit dem osmanischen Recht und im deutschen Recht ab seinen römischen Wurzeln, um sich einem sich aus der gegenwärtigen Gesetzeslage in der Türkei ergebenden Problem betreffend den unbeendeten Versuch zuzuwenden. Das Problem liege darin, dass der türkische Gesetzgeber zum einen mit Art. 35 StGB-Türkei den vom Täter autonom nicht vollendeten Versuch für tatbestandslos erklärt habe, wohingegen Art. 36 StGB-Türkei Strafbefreiung ermögliche, wenn der Täter durch freiwillige Aufgabe der weiteren Tatausführung zurücktrete. Dies habe zur Folge, dass die freiwillige Tataufgabe des unbeendeten Versuchs zugleich tatbestandslos sei und strafbefreiend wirke (S. 364). Was das deutsche Strafrecht angeht, streiten Sözüer und Wörner gegen die Unterscheidung zwischen unbeendeten und beendeten Versuchen und für eine Differenzierung nach den Normtermini des Aufgebens und des Verhinderns.

Es finden sich im 3. Teil auch Beiträge zu Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen (3. Forschungsprojekt), namentlich ein Beitrag zur Unterscheidung dieser Gründe im deutschen und türkischen Strafrecht (Serdar Talas und Florian Wania) sowie ein Beitrag zu Straffreistellungsgründen (Albin Eser), der vor allem dadurch hervorsticht, dass er die Freistellungsnormen aus Bürgersicht untersucht und vorschlägt, in der Rechtsvergleichung verstärkt die Bürgerperspektive in den Blick zu nehmen. Eser geht es hier im Kern um die Frage, wie verständlich Straffreistellungsnormen für den Bürger sein müssen, genauer: „wie sie zu gestalten wären, wenn sie als Verhaltensregeln an den Bürger adressiert sein sollen“ (S. 445). Zur Beantwortung dieser Frage will er zwischen Verhaltensregeln und Behandlungsnormen unterscheiden: Verhaltensregeln, also Normen mit verhaltensleitender Zweckbestimmung, seien auf den Bürger ausgerichtet und müssten, so Eser, eine „klare Verhaltensbotschaft“ zum Ausdruck bringen; dies gelte nicht für Behandlungsnormen, also solche, die sich allein mit der Bewertung und Behandlung bereits geschehenen Verhaltens befassen. Während Strafbegründungsnormen verhaltenslenkende Funktion und damit die Eigenschaft als Verhaltensregeln zukomme, ließen sich Straffreistellungsnormen schwer einer der beiden Normkategorien zurechnen. Als Erlaubnisnormen will Eser Rechtfertigungsgründe eher den Verhaltensregeln zuordnen und von daher bei der Normgestaltung eine stärkere Bürgerorientierung fordern. Dies überzeugt. Weniger überzeugend erscheinen demgegenüber seine Ausführungen zu Entschuldigungsgründen. Dies mag daran liegen, dass diese, wie Eser einräumt, sich in besonderem Maße einer klaren Zuordnung entziehen. Sie ließen sich ihm zufolge nur dann als Verhaltensregeln begreifen, wenn die bloße Entschuldigung als Botschaft zu verstehen sei, dass das Verhalten trotz Verzichts auf Strafe rechtswidrig bleibe. Dessen ungeachtet will er sie „mehr“ den Behandlungsnor-

⁵ BVerfGE 93, 266.

⁶ BVerfGE 124, 300.

⁷ BT-Drs. 13/3971, S. 2; zu den Stimmen aus der Literatur hierzu vgl. etwa v. Arnould, ZRP 1997, 110.

men zurechnen, verlangt andererseits aber auch hier Gesetzesklarheit, weil sie dem Bürger, der sich rechtmäßig verhalten wolle, Entscheidungsorientierung verschaffen müssten (S. 449 ff.). Es bleibt unklar, wie dieses Postulat sich mit der vorgängigen Zuordnung von Entschuldigungsgründen in die Kategorie der Behandlungsnormen verträgt. Jedenfalls scheint es den mit der Einteilung von Strafnormen in Behandlungsnormen und Verhaltensregeln erzielbaren Erkenntnisgewinn, der sich, wenn ich recht verstehe, doch auf die unterschiedlichen Anforderungen an die Normklarheit beziehen sollte, zumindest erheblich zu schmälern. Das auch für Entschuldigungsgründe formulierte Klarheitspostulat erscheint überdies insofern fragwürdig, als einigen Entschuldigungsgründen schon aufgrund ihres Regelungsgehalts keine oder zumindest eine in erheblich herabgesetztem Umfang verhaltensleitende Funktion zukommen kann. Das Beispiel des Notwehrexzesses in § 33 StGB, dem *Eser* mangelnde Klarheit attestiert, veranschaulicht dies: Ob dieser Entschuldigungsgrund eine verhaltenslenkende Wirkung haben kann, erscheint bereits deshalb fragwürdig, weil er voraussetzt, dass der Täter sich zur Tatzeit in einem asthenischen Affekt – und damit in einem die Fähigkeit zu normgemäßen Verhalten deutlich herabsenkenden psychischen Ausnahmezustand – befand.

Zur Einwilligung im Strafrecht (4. Forschungsprojekt) finden sich ein Beitrag zur Rechtslage in der Türkei (*Özge Sirma*), Fallstudien (*Larissa Hartmann*, *Özdem Özaydin* und *Ceren Yildiz*), rechtsvergleichende Überlegungen zum deutschen und türkischen Recht (*Walter Gropp*) und ein Beitrag aus ungarischer Perspektive (*Ferenc Nagy*). *Gropp* schildert, dass die rechtfertigende Einwilligung in der Türkei – anders als hierzulande, wo mit § 228 StGB bekanntlich allein die Grenzen einer vom Strafgesetzgeber vorausgesetzten gewohnheitsrechtlich anerkannten Einwilligung für Eingriffe in die körperliche Integrität geregelt sind – im Zuge der Strafrechtsreform aus dem Jahr 2005 mit Art. 26 Abs. 2 StGB-Türkei einer gesetzlichen Regelung zugeführt wurde. Anhand von höchstrichterlichen Urteilen aus Deutschland und der Türkei – dort aus der Zeit vor und nach der Reform – zeichnet er Entwicklungen in der Einwilligungsdogmatik nach und kommt dabei zu dem Ergebnis, dass in der Türkei nunmehr die Voraussetzungen der Einwilligung unter strenger Anbindung an den Gesetzeswortlaut höchstrichterlich konkretisiert worden seien, wohingegen in Deutschland „eher eine Auslotung der Grenzen des Selbstbestimmungsrechts“ zu konstatieren sei (S. 500). Eingedenk der strengen Anbindung der türkischen Rechtsprechung an den Gesetzeswortlaut darf mit Spannung abgewartet werden, welche Schlüsse aus der mit Art. 26 Abs. 2 StGB-Türkei realisierten Normierung allein der ausdrücklichen Einwilligung gezogen werden, wenn eine solche fehlt und nach der deutschen Rechtslage eine mutmaßliche oder eine hypothetische Einwilligung den Täter rechtfertigen würde.

Zu guter Letzt sind zur *actio libera in causa* (5. Forschungsprojekt) Beiträge zu diesem Rechtsinstitut als Herausforderung für das deutsche und türkische Strafrechtssystem (*Serdar Talas* und *Florian Wania*) sowie Fallstudien zum deutschen und türkischen Recht (*Fatma Ari*, *Selim Emre Ercan* und *Fahriye Pelin Tokcan*) vereint.

Abgerundet wird der Forschungsband im 4. Teil mit rechtsvergleichenden Beobachtungen zu Verankerungsmechanismen im Recht anhand des deutschen und des türkischen Strafrechts und Strafprozessrechts (*Liane Wörner*).

In summa ist den Herausgebern das höchst ambitionierte Vorhaben gelungen, ein breites Spektrum straf(verfahrens-)rechtlicher Fragen im Zusammenhang mit der Verankerung rezipierten deutschen Rechts in der Türkei rechtsvergleichend zu untersuchen. Der besondere Charme des Buches liegt darin, dass der Rechtsvergleich nicht bloß aus der Außensicht deutscher Wissenschaftler auf den Stand der türkischen Rechtsrezeption bewerkstelligt wird; vielmehr haben die Herausgeber mit der originellen Grundentscheidung, alle zentralen Rechtsprobleme im Zusammenspiel deutscher wie türkischer Autoren untersuchen zu lassen, Innen- und Außensicht glücklich verquickt und in erheblichem Maße zum Entstehen dieses herausragenden Bandes beigetragen, der gleichermaßen für am deutsch-türkischen Rechtsvergleich interessierte Wissenschaftler wie auch Praktiker lesenswert sein dürfte. Über eine Fortsetzung dieses Projekts würde ich mich freuen. Neuere Entwicklungen gibt es ja seit der Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei im Herbst 2012 und den seither ergangenen Entscheidungen des türkischen Verfassungsgerichts, von denen einige auch strafprozessuale Fragen betrafen,⁸ genug.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Erol Pohlreich, Berlin

⁸ Vgl. etwa Türkisches Verfassungsgericht (Erster Senat), Beschl. v. 4.12.2013 – Antrag Nr. 2012/1272 (Mustafa Ali Balbay), abrufbar in türkischer Sprache unter: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/fa075be0-4161-4abf-b90a-bc772518dd12?wordsOnly=False> (16.7.2014), betreffend die zulässige Höchstdauer von Untersuchungshaft. Zur Entscheidung und zum Fall des Beschwerdeführers, dem im Ergenekon-Verfahren angeklagten türkischen Journalisten und Oppositionspolitiker Mustafa Ali Balbay siehe <http://www.hurriyetdailynews.com/deputy-and-journalist-balbay-released-after-4-years-277-days-in-jail.aspx?PageID=238&NID=59260&NewsCatID=339> (16.7.2014).

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

Spehl, Stephan/Gruetzner, Thomas (Hrsg.), Corporate Internal Investigations, Overview of 13 Jurisdictions, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2013, 436 S., € 189,-

Unternehmensinterne Ermittlungen haben ausgehend von den großen FCPA-Ermittlungen gegen Daimler und Siemens auch in Deutschland enorme Bedeutung gewonnen. Während unternehmensinterne Ermittlungen im Kartellrecht bereits seit vielen Jahren im Zusammenhang mit der Nutzung von Kronzeugenregelungen regelmäßig durchgeführt werden, spielten sie im Bereich des Strafrechts bis vor wenigen Jahren nur eine untergeordnete Rolle. Jedenfalls im Bereich der Wirtschaftsstrafverfahren bei großen oder mittleren Unternehmen dürften heute Internal Investigations in mehr oder minder großem Umfang nahezu zum Standardrepertoire der unternehmensinternen Aufklärung gehören. Die dabei auftretenden Friktionen mit strafprozessualen Grundsätzen sind Gegenstand heftiger Kontroversen in der Literatur.¹

Im Zuge der Implementierung von Compliance-Management-Systemen werden unternehmensinterne Ermittlungen noch viel stärker an Bedeutung gewinnen. Denn Unternehmen sind gehalten, Anhaltspunkten von Missständen und Pflichtverletzungen nachzugehen und Verdachtsfälle aufzuklären. Weithin wird angenommen, dass es eine entsprechende Verpflichtung zur Aufklärung von Verdachtsfällen gibt.² Insbesondere um einer Unternehmensstrafe nach Section 7 UK Bribery Act 2010 zu entgehen, ist es erforderlich, die Einrichtung eines effektiven Compliance-Systems nachzuweisen, wozu auch die Aufklärung von Verdachtsfällen gehört. Von daher wird sich immer mehr die Notwendigkeit ergeben, bei internationalen Zusammenhängen Untersuchungen auch im Ausland oder in ausländischen Konzerngesellschaften vorzunehmen.

In dem von den Rechtsanwälten *Spehl* und *Gruetzner* herausgegebenen Sammelband werden insgesamt 25 Schlüsselfragen zur Durchführung interner Untersuchungen bei Unternehmen aus dem Blickwinkel von 13 Jurisdiktionen beantwortet. Insgesamt werden sechs große Themenkomplexe abgehandelt, nämlich die Einleitung und Rahmenbedingungen interner Untersuchungen, die Zulässigkeit und Durchführung einzelner Untersuchungsmethoden, die Befragung von Mitarbeitern, Sanktionen gegen Mitarbeiter, die Verwendung der erlangten Informationen sowie die Nachbereitung der internen Untersuchung.

Im ersten Komplex wird der Frage nachgegangen, wann und in welchem Umfang Internal Investigations durchgeführt werden sollen und ob es besser ist, diese verdeckt oder offen

zu gestalten. Untersucht werden auch die Vor- und Nachteile der Durchführung von Internal Investigations durch Unternehmensmitarbeiter oder Externe sowie die Zulässigkeit der Mitwirkung ausländischer Anwälte. Im Mittelpunkt stehen dabei Fragen der berufsrechtlichen Zulässigkeit grenzüberschreitender Tätigkeit von Anwälten, aber auch des Umfangs von Zeugnisverweigerungs- und Beschlagnahmeprivilegien. Abschließend wird der Frage nachgegangen, wann staatliche Stellen bei Internal Investigations eingeschaltet werden sollen.

Der für die praktische Durchführung der Internal Investigation bedeutendste Teil ist derjenige nach der Zulässigkeit und Durchführung einzelner Untersuchungsmaßnahmen, insbesondere der Sichtung von Geschäftsbüchern und Dokumenten, der Auswertung elektronischer Dokumente sowie von E-Mail-Verbindungsdaten und den Inhalten von E-Mails, der Überwachung von Mitarbeitern, der Durchsuchung von Arbeitsplätzen und sonstigen heimlichen Ermittlungsmethoden sowie der Notwendigkeit der Beteiligung von Betriebsräten und Arbeitnehmervertretungen bei derartigen Untersuchungen. Breiten Raum nehmen dabei die bestehenden arbeits- und datenschutzrechtlichen Voraussetzungen und Beschränkungen dieser Ermittlungsmethoden ein.

Der dritte Teil beschäftigt sich mit der Befragung von Arbeitnehmern. Diese stellen neben den Dokumenten die wichtigste, in vielen Fällen sogar die entscheidende Informationsquelle dar; dies sowohl was die Aufklärung des Sachverhalts an sich als auch die Verantwortlichkeit und Beteiligung von Mitarbeitern und Führungskräften anbelangt. Untersucht werden insbesondere die Aussagepflicht im Rahmen von Ermittlungen, das Recht, die Aussagen auf solche Fragen zu verweigern, bei denen sich der Arbeitnehmer einer arbeitsrechtlichen Pflichtverletzung oder gar einer Straftat bezichtigen würde, das Recht des Arbeitnehmers auf einen Beistand eines Betriebsratsmitglieds oder Anwalts bei einer Vernehmung sowie Fragen der Protokollierung der Vernehmung und das Recht des Arbeitnehmers auf Einsicht in derartige Protokolle.

Bei allen Internal Investigations spielen Fragen nach arbeitsrechtlichen Sanktionen im Falle nachgewiesener oder vermuteter Rechtsverletzungen eine wesentliche Rolle, insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit der Einhaltung arbeitsrechtlicher Fristen für Maßnahmen, z.B. der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Im vierten Teil werden daher die möglichen Sanktionen gegen Arbeitnehmer im Fall der Verweigerung der Mitwirkung an einer unternehmensinternen Untersuchung sowie der Sanktionsmöglichkeiten im Falle des Verdachts einer Pflichtverletzung dargestellt.

Der fünfte Teil beschäftigt sich mit der Verwertung der im Rahmen der internen Untersuchung gewonnenen Ergebnisse. Dabei geht es insbesondere um die Zulässigkeit, die Ergebnisse der Untersuchung anderen konzernangehörigen Unternehmen oder den Strafverfolgungsbehörden mitzuteilen, aber ebenso um Umfang und Grenzen des Attorney-client privilege für die unternehmensinterne Rechtsabteilung sowie für die an der Untersuchung beteiligten externen Ermittler.

Im Rahmen der Nachbereitung der internen Untersuchungen wird die Notwendigkeit untersucht, Schwachstellen und Lücken des Compliance-Systems zu verbessern sowie die

¹ Vgl. exemplarisch *Momsen*, ZIS 2011, 508; *Theile*, StV 2011, 381; *Gerst*, CCZ 2012, 1; *Knierim*, in: Rotsch (Hrsg.), Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, S. 77; *Knauer/Gaul*, NSStZ 2013, 192.

² *Arnold*, ZGR 2014, 76 (82); *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2174); *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, § 91 Rn. 55.

Möglichkeiten dargestellt, betroffenen Mitarbeitern die Kosten ihrer Verteidigung zu ersetzen.

Diese für die Durchführung einer Internal Investigation wesentlichen Fragestellung werden aus dem Blickwinkel von 13 Rechtsordnungen dargestellt, nämlich denjenigen von Deutschland, Frankreich, England, Österreich, Italien, Spanien, Schweiz, USA, Brasilien, China, Indonesien, Mexiko und Russland. Bei allen Verfassern der Landeskapiel handelt es sich um Anwältinnen und Anwälte der Kanzlei Baker & McKenzie. Ein derartiges Sammelwerk kann notgedrungen nur einen Überblick über die wesentlichen Grundlagen der betroffenen Rechtsordnungen bieten. Die auf 25 Fragen konzentrierte strukturierte Fragestellung zeichnet sich durch eine hohe Praxisrelevanz für die Vorbereitung und Durchführung einer Internal Investigation im Ausland aus. Naturgemäß können nicht alle dabei auftretenden Fragen beantwortet werden, gleichwohl finden sich in dem Werk wesentliche Informationen, die bei der Strukturierung interner Ermittlungen wesentliche Leitlinien geben können. Die Darstellung in den einzelnen Länderkapiteln ist naturgemäß unterschiedlich detailliert und tiefgehend, was in manchen Jurisdiktionen aber auch dem Umstand geschuldet ist, dass kaum gesetzliche Vorgaben und nahezu keine Rechtsprechung und Literatur existieren oder bestehende Gesetze derart unbestimmt sind, so dass klare und eindeutige Antworten oftmals nicht möglich sind. Das Werk deckt zwar nur 13 Jurisdiktionen ab, behandelt aber mit Ausnahme Indiens viele der für deutsche Unternehmen wesentliche Länder. Für denjenigen, der Internal Investigations vorbereitet oder durchführt, ist dieses Buch eine wichtige Hilfe, auch bei der Diskussion mit lokalen Anwälten über deren Rolle. Es verdient daher einen festen Platz in der Handbibliothek eines Ermittlers.

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

Buchrezension

Dorothea Prütting (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, Luchterhand, 3. Aufl., Köln 2014, 2.980 S., € 169,-

Der Gesundheitssektor ist einer der größten Wirtschaftszweige in Deutschland. Beschäftigungswachstum und Umsatzsteigerung liegen regelmäßig über dem Durchschnitt. Damit einher geht die zunehmende Bedeutung des Medizinrechts, die sich nicht zuletzt daran ablesen lässt, dass sich die Anzahl der Fachanwältinnen und Fachanwälte für Medizinrecht von 2006 bis 2014 mehr als verzehnfacht hat.¹

Die Fülle an Fachliteratur, die mittlerweile auf dem Markt ist, zeichnet diese Entwicklung nach. Einige Werke unternehmen den Versuch, das gesamte Medizinrecht in einem Kompendium abzubilden. Dabei hat sich der von Prütting herausgegebene „Fachanwaltskommentar Medizinrecht“ bald nach Erscheinen der 1. Auflage im Jahr 2009 als Standardwerk etablieren können. Seit Kurzem liegt die 3. Auflage vor. Mit einem im Vergleich zur 1. Auflage auf knapp das Doppelte und gegenüber der Voraufgabe immer noch um 500 auf fast 3.000 Seiten gewachsenen Umfang sowie nunmehr 43 Bearbeiterinnen und Bearbeitern aus Professoren-, Richter- und Rechtsanwaltschaft, Bundes- und Landesministerien sowie Kammern, tritt die Neuauflage an, diese Position zu verteidigen.

Die Fachanwaltsordnung verlangt von angehenden Fachanwältinnen und -anwälten für Medizinrecht u.a. besondere Kenntnisse im Strafrecht. Außerdem muss man nicht erst an öffentlichkeitswirksame Fragestellungen, wie die Grenze zwischen Leben und Tod, religiös motivierte Beschneidungen, Unregelmäßigkeiten bei Organtransplantationen oder Korruption in der Ärzteschaft, denken, um die wachsende Bedeutung des Strafrechts im Spannungsfeld zwischen Krankheit und Heilung einerseits und einem immer weiter differenzierten und immense Umsätze generierenden Vergütungssystem andererseits zu erkennen. Dennoch scheinen die Praktikerinnen und Praktiker eines der beiden Rechtsgebiete mit dem jeweils anderen Rechtsgebiet – jenseits von Abrechnungsbetrügereien und Kunstfehlern, bei denen sich eine gewisse Routine entwickelt haben dürfte – immer noch etwas zu „fremdeln“.

Vor diesem Hintergrund soll der „Fachanwaltskommentar Medizinrecht“ betrachtet und hinterfragt werden, ob die Neuauflage auch aus (medizin-)strafrechtlichem Blickwinkel als Referenz gelten kann.

Kommentiert werden zumindest auszugsweise Arzneimittelgesetz (AMG), Apothekengesetz (ApoG), Bundes-Apothekenordnung (BApoO), Bundesärzteordnung (BÄO), BGB (Verjährung, Schadensersatz, Dienstvertrag, Behandlungsvertrag, Gesellschaftsrecht, unerlaubte Handlungen und Patientenverfügung), Bundespflegeverordnung (BpflV), BtMG, Embryonenschutzgesetz (ESchG), Gendiagnostikgesetz (GenDG), Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), GWB, Heilmittelwerbegesetz (HWG), Insolvenzordnung (InsO), Krankenhausentgelt-

gesetz (KHEntgG), Krankenhausgesetz (KHG), Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä), Medizinproduktegesetz (MPG), Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG), SGB V, SGB XI, StGB (§§ 203-205, 211, 212, 216, 218-219b, 222-224, 226-229, 263, 266, 278, 299, 300, 323c, 331-336), Transfusionsgesetz (TFG), Transplantationsgesetz (TPG), UWG, Zahnheilkundengesetz (ZHG) und ZPO. Mit dieser umfangreichen Vorschriftensammlung ist der Bereich des nach der Fachanwaltsordnung Erforderlichen mehr als abgedeckt. Aus Sicht des Strafrechts ist hervorzuheben, dass neben den ausgewählten StGB-Normen auch zahlreiche Straf- und Bußgeldtatbestände der Nebengesetze, insbesondere die des BtMG, berücksichtigt wurden. In dieser Breite ist das keineswegs selbstverständlich und dürfte aktuell ein Alleinstellungsmerkmal der Neuauflage sein.

Die Kommentierung des StGB teilen sich *Duttge* und *Tsambikakis*. Das BtMG wird von *Laurinat* bearbeitet. Gerade der anwaltliche Blick der beiden zuletzt genannten Fachleute tut der Darstellung und praktischen Verwertbarkeit besonders gut. So widmet sich *Tsambikakis* ausführlich Inhalt und Grenzen der strafbaren Geheimnisverletzung im Zusammenhang mit der ärztlichen und pflegerischen Berufsausübung. Hier lauern in der Praxis erhebliche strafrechtliche Risiken für die Beteiligten. Sie sind grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet, wobei die von *Tsambikakis* eingehend untersuchte Grenzziehung (mutmaßliche Einwilligung, Notstand) häufig schwierig ist und bei der Ärzteschaft eine Befugnis sub specie Garantstellung womöglich schnell in eine Pflicht zur Offenbarung umschlagen kann. Daher ist es für die Fallbearbeitung von nicht zu unterschätzendem Vorteil, wenn, wie hier, sogleich auf die entscheidende außerstrafrechtliche Norm (§ 9 MBO-Ä) und ihre Kommentierung zurückgegriffen werden kann.

Überhaupt sind medizinische Sachverhalte erheblich mehr von strafrechtsrelevanten spezialgesetzlichen Sorgfalts- und Verfahrenspflichten geprägt als andere Lebensbereiche. Strafrechtspraktikerinnen und -praktiker sind daher gut beraten, sich bei Rechtsfragen mit Medizinbezug zunächst mit den vielfältigen und oftmals unterschiedlichen Normebenen angehörenden Regelwerken und den gegebenenfalls zuständigen Behörden und Institutionen auf Bundes- und Landesebene zu befassen. Gerade hier liegt dann die Stärke einer Gesamtdarstellung im Allgemeinen und – wegen seiner Vollständigkeit – des vorliegenden „Fachanwaltskommentars“ im Besonderen.

Auch die Bearbeitung der übrigen von *Tsambikakis* übernommenen Straftatbestände erweist sich als gelungen. Übersichtlich strukturiert und konsequent auf praktische medizinrechtliche Fragestellungen (beispielsweise zum Stichwort „Korruption im Gesundheitswesen“) ausgerichtet, bringt er die Kommentierung der §§ 263, 266, 278, 299, 300, 331-336 StGB auf den aktuellen Stand.

Demgegenüber widmet sich *Duttge* vor allem den gegen Leib und Leben gerichteten Delikten. Der Praxisbezug steht auch bei ihm im Vordergrund, zugleich ist der wissenschaftliche Anspruch der Bearbeitung unverkennbar. So findet etwa eine ausführliche Auseinandersetzung mit allen Formen der Sterbehilfe statt, wobei insbesondere die Bedeutung der Pati-

¹ Vgl. http://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2014/fa-entwicklung_2014.pdf.

entenverfügung beleuchtet wird. Erneut ist es insoweit hilfreich, dass die Erläuterungen zu § 1901a BGB nur einige hundert Seiten weiter vorn stehen. Bei den Körperverletzungsdelikten befasst sich *Duttge* erwartungsgemäß eingehend und unter jedwedem Blickwinkel mit dem „ärztlichen Heileingriff“. Auch auf die §§ 218 ff. StGB einschließlich des Schwangerschaftskonfliktgesetzes (dargestellt bei § 219 StGB) geht er sehr detailliert ein. Hervorzuheben sind schließlich der umfangreiche Abschnitt zur „ärztlichen Aufklärungspflicht“ (bei § 228 StGB) und die besonders praxisfreundliche Vielzahl an Rechtsprechungsnachweisen für medizinische Einzelfälle.

Ein erheblicher Mehrwert des „Fachanwaltskommentars“ ist mit der erstmaligen Aufnahme des BtMG verbunden. Die Bearbeitung durch *Laurinat* ist solide und insgesamt gelungen, auch wenn sie nach Umfang und Differenzierung in diesem Rahmen mit reinen BtMG-Kommentaren nicht ganz auf Augenhöhe liegen kann. Daher dürfte sich dieser Abschnitt weniger an Richter, Staatsanwälte oder Strafverteidiger richten, bei denen eine ausreichende Literaturlausstattung zum Betäubungsmittelrecht zu unterstellen ist, als vor allem an Rechtsanwender in Arztpraxen, Krankenhäusern, Unternehmen und Behörden, die eine kurze, fundierte und verbindliche Antwort auf strafrechtliche Fragen mit Betäubungsmittelbezug suchen und deswegen von *Laurinats* klarer und gut strukturierter Darstellungsweise profitieren werden.

Erwähnenswert ist schließlich, dass auch die Straf- und Bußgeldtatbestände des AMG, ApoG, ESchG und HWG eigenständig bearbeitet worden sind. Sogar bei Werken vergleichbaren Umfangs ist das keine Selbstverständlichkeit und muss, sollte es einmal auf diese Vorschriften ankommen, eindeutig als Pluspunkt verbucht werden. Dennoch kann auch der „Fachanwaltskommentar“ nicht sämtliche Deliktstatbestände aller bearbeiteten Gesetze (z.B. GenDG, TPG) berücksichtigen. Das ist zu verschmerzen. Immerhin wurde bei der Auswahl der kommentierten Gesetzesauszüge sorgfältig vorgegangen, so dass sich die straf- oder bußgeldbewehrten Verhaltensnormen stets finden. Die Übertragung auf die Sanktionsnorm, die in der Regel lediglich an einen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß anknüpft, dürfte auch ohne Kommentierung zu meistern sein.

Fazit: Auch die 3. Auflage des „Fachanwaltskommentars Medizinrecht“ ist gelungen und dürfte – wie schon die Vorauflage – in puncto Umfang, Aktualität und Praxistauglichkeit Maßstab unter den medizinrechtlichen Gesamtdarstellungen bleiben. Sehr zu begrüßen ist dabei die Aufwertung, die das Strafrecht erfahren hat. Insoweit kann das Werk sowohl dem medizinrechtlichen Laien, dessen Tätigkeitsschwerpunkt im Strafrecht liegt, als auch dem Medizinrechtsspezialisten, der gelegentlich Sachverhalte strafrechtlich begutachten muss, uneingeschränkt empfohlen werden.

Leitender Ministerialrat Falk Schnabel, Münster