AUSGABE 4/2015

S. 206 - 268

10. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte

Von Prof. Dr. Tatjana Hörnle, Berlin 206

Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten

Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen
Von Privatdozent Jun.-Prof. Dr. Osman Isfen, Bochum 217

Verbreitungsverbot für Nabokovs „Lolita“?

Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 11.2.2014 – 1 StR 485/13 und § 184b StGB n.F.
Von Prof. Dr. Heribert Schumann, Leipzig/Münster 234

50 Millionen Euro Geldbuße

Ein ordnungswidrigkeitenrechtliches Novum – Anmerkungen zum neuen Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) aus strafrechtlicher Sicht
Von Wiss. Mitarbeiter Sebastian Laudien, Hannover 244

Völkerstrafrecht

Das ICTY in der Krise? – Teil 1

Der „Fall Harhoff“ im Kontext
Von Matthias Schuster, LL.M. (Sussex), Den Haag 248

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Klaus Boers/Thomas Feltes/Jörg Kinzig/Lawrence W. Sherman/Franz Streng/Gerson Trüg (Hrsg.), Kriminologie – Kriminalpolitik – Strafrecht, Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag, 2013
(Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen) 258

Nadja Fee Viola Groß, Chief Compliance Officer, 2012
(Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, München) 263

Florian Knauer, Der Schutz der Psyche im Strafrecht, 2013
(Prof. Dr. Anja Schiemann, Münster) 266

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 Jacob Böhringer

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Jaime Winter Etcheberry

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte

Von Prof. Dr. Tatjana Hörnle, Berlin*

Anlässlich der bevorstehenden Ratifizierung von Art. 36 Abs. 1 Istanbul-Konvention ist eine Debatte darüber entbrannt, ob (jenseits der Normen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen) das deutsche Recht die sexuelle Selbstbestimmung hinreichend verteidigt. Die zentrale Norm, § 177 Abs. 1 StGB, weist einen Konstruktionsfehler auf: Sie beruht auf der Vorstellung, dass nur die Nötigung zur Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen mit Gewalt, Drohung oder unter dem Druck einer schutzlosen Lage strafwürdig sei. Als Verletzung sexueller Selbstbestimmung ist aber auch sexueller Körperkontakt strafwürdig, der unter Ignorieren eines geäußerten „Nein“ oder durch das Ausnutzen von Überraschungseffekten zustande kam. Der Gesetzgeber sollte deshalb einen neuen Vergehenstatbestand einführen. Die vorhandenen Verbrechenstatbestände in § 177 Abs. 1 StGB sind als Qualifikationen beizubehalten.

I. Die rechtspolitische Diskussion

Gibt es gute Gründe, das deutsche Sexualstrafrecht zu ändern? Anlass, darüber nachzudenken, gibt eine Bestimmung im Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, unterzeichnet im Jahr 2011 in Istanbul (deshalb: Istanbul-Konvention).¹ Art. 36 Abs. 1 der Istanbul-Konvention² verlangt, dass die Vertragspartner alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe stellen. Heftig umstritten ist, ob die völkerrechtlichen Verpflichtungen es erforderlich machen, das StGB zu ändern. Der Deutsche Juristinnenbund hat einen Gesetzesvorschlag vorgelegt.³ Der Bundesminister

---

* Die Verf. lehrt Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ In Kraft seit dem 1.8.2014, siehe Europarat, Vertragsbüro, online unter:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?CL=ENG&CM=&NT=210&DF=&VL> (18.3.2015).

Deutschland hat bislang nicht ratifiziert, siehe aber zu einem entsprechenden Antrag BT-Drs. 18/1969.

² Art. 36 – Sexual violence, including rape

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:

- a) engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;
- b) engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;
- c) causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person. [...]

³ *Deutscher Juristinnenbund (djb)*, Stellungnahme zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts [...] v. 9.5.2014, online unter:

der Justiz und für Verbraucherschutz hält Änderungsbedarf für möglich, denn er hat eine Kommission zur Reform des Sexualstrafrechts eingesetzt, die sich nicht nur, aber auch mit der Umsetzung von Art. 36 Abs. 1 Istanbul-Konvention beschäftigen soll.⁴ Gegen eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen haben *Thomas Fischer* (u.a. in mehreren Beiträgen für „Die Zeit“) und *Monika Frommel* plädiert.⁵ Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, Gründe zu diskutieren, die für und gegen die Einführung eines neuen Tatbestands zum Schutz sexueller Selbstbestimmung sprechen.⁶ Ein neuer Tatbestand (mit niedrigerem Strafraumen als § 177 Abs. 1 StGB, also kein Verbrechen, sondern Vergehen) würde die vorhandenen Normen in § 177 StGB nicht ersetzen, sondern ergänzen – diese bleiben als Qualifikationen bedeutsam, um unrechtserhöhende Elemente wie Gewalt, Eindringen in den Körper etc. zu erfassen.

Der Vorschlag, Änderungen im Sexualstrafrecht vorzunehmen, löst vielfach abwehrende Stellungnahmen aus. Eine

---

<http://www.djb.de/Kom/K3/st14-07/> (18.3.2015); *djb*, Stellungnahme zum Entwurf eines [...] Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches v. 25.7.2014, online unter:

<http://www.djb.de/Kom/K3/14-14/> (18.3.2015).

⁴ Die Verf. dieses Aufsatzes ist Mitglied dieser Kommission. Die hier dargestellten Auffassungen werden aber von ihr persönlich vertreten.

⁵ *Fischer*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags v. 28.1.2015; online unter:

<http://www.bundestag.de/blob/357200/18bdafafc324ec0f4c09a339a13753ce/fischer-data.pdf>; *ders.*, *Die Zeit* v. 9.10.2014, S. 11; *ders.*, *Die Zeit Online* v. 3.2.2015:

<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht> (18.3.2015);

ders., *Die Zeit Online* v. 10.2.2015, online unter:

<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht-schutzluecke> (18.3.2015);

Frommel, *Süddeutsche Zeitung* v. 3.2.2015, online unter:

<http://www.sueddeutsche.de/panorama/rechtsprechung-wo-beginnt-vergewaltigung-1.2331813>; *dies.*, in: Rotsch/Brüning/Schady (Hrsg.), *Festschrift für Heribert Ostendorf*, 2015 (erscheint im Dezember 2015). A.A. *Renzikowski* und *Eisele*,

Stellungnahmen für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags v. 28.1.2015, online unter:

<http://www.bundestag.de/blob/357202/87f20df8e8751bfb54b1ed22da85106a/renzikowski-data.pdf>;

<http://www.bundestag.de/blob/357194/a75ae34f805c0734d3e40b030f4c7b20/eisele-data.pdf>; *Isfen*, *ZIS* 2015, 217.

⁶ Eine davon zu trennende, eine eigenständige Untersuchung erfordernde Frage ist, wie im Einzelnen eine Neufassung zu formulieren wäre. Dazu *Hörnle*, *GA* 2015, Heft 6 (im Erscheinen); *dies.*, *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention*, Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, 2014, erstellt für das Deutsche Institut für Menschenrechte, online unter:

<http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen.html> (18.3.2015).

Ursache dafür dürfte eine gewisse Reformmüdigkeit sein. Wenn man auf die Zahl der einschlägigen Gesetze in den letzten Jahren zurückblickt,⁷ scheint die Folgerung nahe zu liegen: Dieses Rechtsgebiet müsste mittlerweile soweit „durchreformiert“ sein, dass für weitere Überarbeitungen kein Bedarf sei. Allerdings kann eine Fülle von Änderungsgesetzen dazu führen, dass sich der Normenbestand immer weiter vom Ideal eines umfassend durchdachten, in sich konsistenten Regelungskonzepts entfernt. Außerdem beruhen Abwehrhaltungen auf einer häufig zu findenden konservativen Haltung. Mit „konservativ“ ist nicht eine politische Zuordnung gemeint, sondern im ursprünglichen Wortsinn eine auf Bewahrung und Erhaltung des Vorhandenen und Vertrauten gerichtete Einstellung (die auch bei Rechtspolitikern und Juristen mit dezidiert linker politischer Verortung zu finden ist). Diese Haltung wird dadurch befördert, dass die Wenigsten rechtsvergleichend arbeiten und mangels einer Beschäftigung mit Alternativen einen jedenfalls halbwegs praktikablen Status Quo im nationalen Recht für das normative Optimum halten. Drittens kommt für den Bereich des Sexualstrafrechts das Wirken eines Mythos hinzu, der auf undifferenzierten Lobpreisungen von Modernisierungen in den sechziger und siebziger Jahren beruht. Natürlich wurden mit dem 1. StRG v. 25.6.1969⁸ und dem 4. StRG v. 23.11.1973⁹ Verbesserungen erzielt: In der Umstellung der Titelüberschrift von „Straftaten gegen die Sittlichkeit“ auf „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ und dem Verzicht auf den Begriff „Unzucht“ lagen wichtige Schritte.¹⁰ Aber es ist älteren Reformgesetzen nicht zu bescheinigen, dass das Anliegen „Schutz sexueller Selbstbestimmung“ konsequent umgesetzt wurde. Es wäre nicht überzeugend, diese als Vollendung einer liberalen Kriminalpolitik zu beschreiben und alles, was danach kam und kommen könnte, als Verschlechterung des Erreichten einzustufen.¹¹

II. Einige allgemeine Bemerkungen zu Grund und Grenzen von Strafrechtsänderungen

Im Kontext der Änderungsüberlegungen zu § 177 StGB tauchen Argumente auf, die in allgemeiner Weise Zielvorgaben für Kriminalpolitik betreffen. So argumentiert *Fischer*, „dass eine ‚Lückenhaftigkeit‘ dem rechtsstaatlichen Strafrecht

immanent ist und nicht als solche schon einen Mangel darstellt, dem abgeholfen werden muss“.¹² So formuliert, ist dies keine überzeugende rechtspolitische Empfehlung. Dasselbe gilt für den in der Strafrechtswissenschaft beliebten Verweis auf ein „fragmentarisches“ Strafrecht.¹³ Diese Formulierungen laden zu Missverständnissen ein und sollten besser vermieden werden. Ein lückenhaftes oder fragmentarisches Normensystem ist nicht wegen Lückenhaftigkeit positiv zu bewerten¹⁴ (nach dieser Logik wäre das StGB zu verbessern, indem jeder zweite Tatbestand – etwa: alle Paragraphen mit ungeraden Zahlen – aus dem Besonderen Teil gestrichen wird). Suggestionen, dass ein fragmentarisches oder lückenhaftes Strafrecht Eigenwert habe, ist entgegenzusetzen, dass eine genuine Schutzlücke selbstverständlich ein hinreichender Grund für die Einführung einer Strafnorm ist.

Es schließt sich die Frage an, was eine genuine Schutzlücke ist. Nicht weiterführend ist das Zerrbild, das *Fischer* entwirft, wenn er schreibt, dass „Strafrecht nur dann frei von Lücken [wäre], wenn das gesamte menschliche Verhalten als grundsätzlich strafbar angesehen würde und Straffreiheit nur als Ausnahmefall konstruiert wäre“.¹⁵ Die Prämisse, dass alles menschliche Verhalten unter Strafe zu stellen sei, ist offensichtlich unsinnig. Grenzen ergeben sich aber auch, wenn man (schon etwas enger) beim Befund „sozial anstößiges menschliches Verhalten“ ansetzt – nicht jedes solches Verhalten ist zu kriminalisieren. Das kann man mit der Formel „Ultima Ratio“ andeuten (die unbestimmt ist, aber nicht in gleicher Weise inhaltsleer wie das Lob eines „fragmentarischen Strafrechts“). Dass der Einsatz von Strafrecht überzogen wäre, kann sich zum einen aus der fehlenden Wichtigkeit eines Schutzanliegens ergeben, zum anderen aus allgemeinen Verhältnismäßigkeitsüberlegungen (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Übermaßverbot). Eine genuine Strafbarkeitslücke liegt aber dann vor, wenn das zu beurteilende Verhalten erstens in gravierender Weise unmittelbar die Rechte anderer verletzt und es zweitens keine durchschlagenden, sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebenden Gründe gegen eine Kriminalisierung gibt.¹⁶ Ist diese Voraussetzung gegeben, wäre es verfehlt, gesetzgeberische Vorhaben deshalb zu kritisieren, weil sie den „fragmentarischen Charakter“ des Strafrechts ändern würden.

Eine weitere Anforderung an das System der strafrechtlichen Verbots- und Gebotsnormen ist, dass dieses in sich konsistent und widerspruchsfrei sein muss. Wenn ein unstreit-

⁷ Siehe dazu *Hörnle*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 174 Rn. 12 ff.; *Brüggemann*, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, 2013, S. 111, spricht von „gesetzgeberischem Aktionismus“.

⁸ BGBl. I 1969, S. 645.

⁹ BGBl. I 1973, S. 1725.

¹⁰ *Brüggemann* (Fn 7), S. 91 ff. Außerdem war die Aufhebung von Normen wichtig, die nicht sexuelle Selbstbestimmung schützten, sondern antiquierte, selbst aus moralischer Sicht überholte Vorstellungen (etwa zu Homosexualität).

¹¹ So eine verbreitete Bewertung, siehe *Brüggemann* (Fn. 7), S. 120 f., 501 ff., 507; *Schroeder*, JZ 1999, 827 (833). Anders *Hörnle* (Fn. 7), Vor § 174 Rn. 24; *Kratzer*, KritV 2010, 83 (86).

¹² *Fischer*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss (Fn. 5), S. 1.

¹³ Siehe dazu z.B. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 97; *Vormbaum*, ZStW 123 (2011), 660; *Kulhanek*, ZIS 2014, 674.

¹⁴ Siehe zum Gedanken, dass Strafrecht System und nicht Anhäufung beliebiger Fragmente sein muss, *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691.

¹⁵ *Fischer*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss (Fn. 5), S. 1.

¹⁶ Siehe zu kriminalisierungstheoretischen Aspekten *Hörnle*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Law, 2014, S. 679.

tig wichtiges Individualrecht als Schutzgegenstand identifiziert ist, muss bei der Beschreibung tatbestandlicher Handlungen auf Konsistenz geachtet werden. So wäre es inkonsistent, einen vorsätzlichen Angriff auf das Leben nur dann unter Strafe zu stellen, wenn dieser mit einer Waffe ausgeführt wird, aber Tötung „mit bloßen Händen“ straffrei zu stellen; oder: es wäre zu kritisieren, wenn beim Raub die Drohungsvariante erfasst wäre, nicht aber die Gewaltalternative. Individualrechte nur partiell zu schützen, ist nur dann ohne den Vorwurf „Inkonsistenz“ vorstellbar, wenn die Unrechtsschwere unterschiedlicher Handlungsvarianten so weit nach unten zu graduieren ist, dass am einen Ende des Spektrums Bagatellen stehen. Vorstellbar ist dies bei Rechten wie dem Recht auf Eigentum oder dem Recht am eigenen Bild.¹⁷ Für unser Thema sind die entscheidenden Fragen: Wie bedeutsam ist das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung? Gibt es Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung, die nicht als Bagatelle einzuordnen sind, die aber trotzdem de lege lata nicht tatbestandsmäßig sind?

III. Der Konstruktionsfehler in § 177 Abs. 1 StGB

In der laufenden rechtspolitischen Debatte werden häufig mit Verweis auf Art. 36 Istanbul-Konvention die europa- und völkerrechtlichen Aspekte in den Vordergrund gestellt.¹⁸ Aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht ist allerdings zu betonen, dass die Forderung nach einer Veränderung des § 177 Abs. 1 StGB nicht nur auf politischen und völkerrechtlichen Druck verweisen sollte, der durch das Faktum einer Vorgabe des Europarats entsteht. Es lässt sich unabhängig von dieser neueren Entwicklung begründen, dass § 177 Abs. 1 StGB einen Konstruktionsfehler aufweist. Dieser Konstruktionsfehler liegt in der Betonung des Gewaltparadigmas und der darauf beruhenden Konstruktion aller Tatvarianten als mehrstufiges Geschehen.

§ 177 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB setzen ein zweiaktiges Geschehen voraus, das sich aus zwei unterschiedlichen Handlungen des Täters zusammensetzt. Zunächst muss der Täter durch Gewaltanwendung oder eine Drohung auf die Willensbildung des Opfers einwirken, danach sind sexuelle Handlungen erforderlich, die nicht von einem Einverständnis getragen sind. Die zweiaktige Grundstruktur lässt sich Jahrhunderte zurückverfolgen.¹⁹ Sie findet sich etwa in der Peinli-

chen Gerichtsordnung Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina) von 1532, unter „Straff der nottzucht“ in Nr. 119: „Item so jemandt eyner vnuerleumbten ehewrauen, witwenn oder jungkfrauen, mit gewalt vnd wider jren willen, jr jungkfewlich oder fewlich ehr neme, der selbig übelthetter hat das leben verwürckt, vnd soll auff beklagung der benötigten inn außführung der mißthat, eynem rauber gleich mit dem schwert vom leben zum todt gericht werden.“ „Wider ihren Willen“ reichte nicht aus – Gewalt musste vorausgehen, und eine Verurteilung hing davon ab, dass sich die Frau ernstlich körperlich gewehrt hatte und dass sie unverzüglich die Tat beklagte.²⁰ Das Merkmal „Drohung mit Gesundheits- oder Lebensgefahr“ als Alternative zur Gewaltanwendung kam später hinzu, etwa im Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794 und schließlich im RStGB von 1871.²¹ Die Ergänzung um § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB im Jahr 1997²² hat die Struktur „erst Willensbeugung, dann sexuelle Handlungen“ nicht grundlegend verändert. Zwar setzt diese Variante keine den sexuellen Handlungen vorausgehende zusätzliche Handlung des Täters voraus.²³ Aber eine zweistufige Struktur weist auch § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB auf, weil der Tatbestand von der sexuellen Handlung zeitlich-phänomenologisch zu trennende, dieser vorausgehende Begleitumstände erfordert: Das Opfer muss zunächst seine schutzlose Lage erkennen, Furcht empfinden (oder die ihm vom Täter drohenden Risiken nüchtern durchkalkulieren) und sich deshalb, unter dem Einfluss der willensbeugenden Situation, dafür entscheiden, sexuelle Handlungen zu dulden bzw. Anweisungen zur Vornahme sexueller Handlungen zu befolgen.²⁴

Aus heutiger Sicht liegt eine Frage nahe: Warum sieht das deutsche Strafrecht nach wie vor eine zweistufige Tatbestandsstruktur vor, die für das erste Stadium spezifische Anforderungen an willensbeugende Effekte stellt? Warum genügt eine einstufige Variante nicht, die lediglich die Vornahme von nicht konsentierten sexuellen Handlungen erfordert? Die simple Antwort „weil es schon immer so war“ dürfte zwar als Erklärung eine gewichtige Rolle spielen: Die Macht der Tradition und des Vertrauten ist nicht zu unterschätzen. Aus der Perspektive einer kritischen Überprüfung des Status Quo liegt der Verweis auf Traditionen aber neben der Sache. Dies gilt insbesondere, weil sich die Zielsetzung der Strafverbote stark verändert hat. Die Vorstellung, dass Menschen

¹⁷ Insoweit könnten ohne den Vorwurf der Inkonsistenz Verletzungen minderer Intensität entkriminalisiert werden (z.B. Kleinstdiebstähle oder im Aussagegehalt belangloses, nicht in die Intimsphäre eingreifendes Fotografieren von Personen im öffentlichen Raum).

¹⁸ Siehe BT-Drs. 18/1969; *Rabe/v. Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, Policy Paper des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 2. Aufl. 2014; *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357.

¹⁹ Siehe dazu *Müiring*, Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB), Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, 2010, S. 9 ff.; *Kratzer-Ceylan*, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“, Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, S. 81 ff.

²⁰ *Müiring* (Fn. 19), S. 12; *Kratzer-Ceylan* (Fn. 19), S. 88.

²¹ *Müiring* (Fn. 19), S. 18 ff.; *Kratzer-Ceylan* (Fn. 19), S. 93 ff.

²² Durch das 33. StÄG v. 1.7.1997, BGBl. I 1997, S. 1607.

²³ Weshalb man zur Bezeichnung der Zahl der Täterhandlungen von einem einaktigen Delikt sprechen kann, siehe *Hörnle* (Fn. 7), § 177 Rn. 94; anders *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 177 Rn. 36 ff.

²⁴ Der BGH verlangt als notwendige Voraussetzung „Angst vor einer Gewalteinwirkung des Täters in Gestalt von Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen“ (zuletzt BGH StV 2013, 745 m.w.N.), was dem Wortlaut so nicht zu entnehmen ist. Es sollte genügen, dass das Opfer irgendeine Form von Gewaltanwendung befürchtet und sich deshalb fügt, *Hörnle* (Fn. 7), § 177 Rn. 97, 108.

ein Recht auf Selbstbestimmung im Allgemeinen und ein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung im Besonderen haben könnten, ist ideengeschichtlich jüngsten Datums. Die Schöpfer der *Constitutio Criminalis Carolina*, aber auch noch des RStGB hätten derartige Vorstellungen abwegig gefunden. Das Anliegen des über viele Jahrhunderte geltenden Rechts war es, im Kontext einer repressiven, auf die Ehe als Ort für Sexualität ausgerichteten Sexualmoral, „unbescholtenen Frauenzimmern“ die Ehefähigkeit und ihnen sowie ihren Vätern, Vormündern und Ehemännern die Ehre zu erhalten. Dies unterscheidet sich grundlegend von der heutigen Zielsetzung, Personen jeden Geschlechts ein selbstbestimmtes Sexualleben zu ermöglichen, wozu neben der positiven Sexualfreiheit auch der Schutz vor ungewollten Sexualkontakten gehört.²⁵ Die Aufwertung von Selbstbestimmung in modernen Verfassungsstaaten (Art. 2 Abs. 1 GG) wird ergänzt durch die gewachsene Bedeutung von Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG).²⁶ Zur heute nahezu bedingungslos anerkannten Verfügungsgewalt über den eigenen Körper (die etwa auch gegen ärztliche Eingriffe mit dem Stichwort „Patientenautonomie“ verteidigt wird) kommt der Faktor „Demütigung durch unerwünschte Sexualkontakte“ hinzu. Mit der gewachsenen Bedeutung von positiver Sexualgestaltungsfreiheit ist nicht verbunden, dass die negative Sexualfreiheit (d.h. ein Abwehrrecht) an Bedeutung verliert. Im Gegenteil: Die Wertung, dass es zu den wesentlichen Grundfreiheiten gehört, unerwünschte Zugriffe sexueller Art auf den eigenen Körper nicht hinnehmen zu müssen, ist nicht nur mit Verweis auf Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG normativ zu begründen, sondern wird auch von gesellschaftlichem Konsens getragen.

Sobald „sexuelle Selbstbestimmung“ als Quelle eines Abwehrrechts anerkannt ist, läge es nahe, die Verbotsbeschreibung entsprechend umzuformulieren. Das Unrecht einer Verletzung sexueller Selbstbestimmung setzt kein zweistufiges Geschehen voraus. Vorausgegangene Gewalt, Drohungen oder die Ausnutzung einer schutzlosen Lage sind Begleitumstände, die, wenn sie vorliegen, das Unrecht der Tat erhöhen, ohne unrechtskonstitutiv zu sein. Das Gewaltparadigma ist nicht mehr zeitgemäß.²⁷ Eine erhebliche Verletzung der Rechte anderer liegt bereits dann vor, wenn sexuelle

Handlungen am Körper vorgenommen werden, die nicht von einer wirksamen Zustimmung aller Beteiligten umfasst sind. Um eine Bagatelle handelt es sich nicht, weshalb es unangemessen wäre, die bestehende Schutzlücke mit dem *Ultima Ratio*-Prinzip zu rechtfertigen. Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer neu zu schaffenden Strafnorm lässt keine durchschlagenden Bedenken erwarten. Alternativen zu einer strafrechtlichen Verbotsnorm (diskutiert unter dem Stichwort: Erforderlichkeit einer solchen) mag es in anderen Deliktsbereichen geben (etwa im Wirtschaftsstrafrecht, falls verhaltenssteuernde Anreize auch mit Mitteln des Zivil- oder Verwaltungsrechts zu erreichen sind). Für das Sexualstrafrecht sind rechtliche Alternativen zur Verhinderung von Übergriffen schwer vorstellbar. Genauso wenig gibt das Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) einen Grund, von einer Strafnorm abzusehen. Das Verbot, sexuelle Handlungen mit Personen vorzunehmen, die damit nicht einverstanden sind, bedeutet keine unzumutbare Einschränkung der positiven Freiheit zur Gestaltung des eigenen Sexuallebens.

Wenn sich Gesetzgebung nicht auf Flickwerk beschränkt, sondern eine umfassende Neugestaltung unter der Prämisse „Schutz sexueller Selbstbestimmung“ angestrebt wird, stellt sich eher Distanz zu zweiaktigen und zweistufigen Tatbestandsbeschreibungen ein. In England und Wales gilt mit dem *Sexual Offences Act 2003* ein neu kodifiziertes Sexualstrafrecht. Dieses entspricht dem Konzept, das auch Art. 36 Abs. 1 *Istanbul-Konvention* geprägt hat.²⁸ Die am Anfang des *Sexual Offences Act 2003* stehenden Grundtatbestände mit den Überschriften „rape“, „assault by penetration“ und „sexual assault“ sind einaktige Delikte. Strafbar sind sexuelle Handlungen (mit oder ohne Eindringen in den Körper), die von der anderen Person nicht konsentiert wurden.²⁹ Mehr wird nicht vorausgesetzt.³⁰

²⁵ Siehe zur Unterscheidung *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 17 Rn. 16; *Sick/Renzikowski*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 603 (604).

²⁶ Siehe zum Zusammenhang von sexueller Selbstbestimmung und Menschenwürde *Hörnle* (Fn. 7), Vor § 174 Rn. 32.

²⁷ Aus diesem Grund ist die in der feministischen Literatur gebräuchliche Bezeichnung aller Sexualdelikte als „sexualisierte Gewalt“ (s. z.B. *Rabe/v. Normann* [Fn. 18], S. 6 ff.; *Lembke*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 34 [2014], 223, 232 ff.) problematisch – damit wird das Unrecht von Taten gegen die sexuelle Selbstbestimmung am überholten Gewaltparadigma festgemacht. Krit. zum Gewaltbegriff des § 177 StGB, auch in der Auslegung durch die Rspr., *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 96 ff.; *Kratzer*, KritV 2010, 83 (86 ff.).

²⁸ Siehe auch schon *Sexual Offences (Amendment) Act* von 1976. Zur englischen Rechtslage und ihrer Entstehungsgeschichte *Temkin/Krahé*, *Sexual Assault and the Justice Gap, A Question of Attitude*, 2008, S. 24 ff.

²⁹ Sec. 1: Rape: A person (A) commits an offence if
(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,
(b) B does not consent to the penetration, and
(c) A does not reasonably believe that B consents.

Sec. 3: Sexual assault: A person (A) commits an offence if
(a) he intentionally touches another person (B),
(b) the touching is sexual,
(c) B does not consent to the touching, and
(d) A does not reasonably believe that B consents.

³⁰ Der Hinweis auf das englische Recht ist nicht als Empfehlung zu verstehen, dass der deutsche Gesetzgeber diese Regelungen in ihren Details übernehmen sollte. Es geht an dieser Stelle nur um die vorgelagerte Grundsatzentscheidung, dass ein einaktiger Tatbestand einer zweistufigen Tatbestandskonstruktion vorzuziehen ist.

IV. Argumente, die gegen eine Erweiterung des Sexualstrafrechts vorgebracht werden

1. Argument: hoher gesetzlicher Strafrahmen

Wenn man die heute obsolet gewordenen (da nicht auf sexuelle Selbstbestimmung ausgerichteten) Wurzeln des deutschen Rechts und das anders beschaffene Modell des englischen Rechts vor Augen hat, wird deutlich, dass die Strafbarkeit sexueller Übergriffe nicht an Zusatzbedingungen, wie in § 177 Abs. 1 Nr. 1-3 StGB aufgelistet, geknüpft werden muss. Zur Verteidigung dieser Konstruktion wird gelegentlich vorgebracht, dass die hohe Mindeststrafe (Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr) und die daraus resultierende (§ 12 Abs. 1 StGB) Einordnung als Verbrechen einen eng gefassten Tatbestand erforderlich machen.³¹ Für die rechtspolitische Debatte liegen allerdings (anders als bei einer Debatte über die Auslegung des geltenden Rechts) solche Argumente neben der Sache. Bei einer Gesetzesänderung stehen neben den Tatbestandsvoraussetzungen natürlich auch die Strafrahmen zur Disposition. Für die Missachtung sexueller Selbstbestimmung ohne zusätzliche unrechtserhöhende Elemente wäre ein Vergehenstatbestand angemessen (etwa in § 177 Abs. 1 StGB n.F.), ebenso eine neue Überschrift ohne Bezug auf „nötigen“ (etwa, in Anlehnung an das englische Recht: sexueller Angriff). Zusätzlich wären als Qualifikationstatbestände sexuelle Nötigung sowie Vergewaltigung mit den weiteren unrechtserhöhenden Merkmalen (siehe § 177 Abs. 2, 3, 4 StGB) beizubehalten.

2. Argument: Das deutsche Recht erfasse alle relevanten Sachverhalte

Aus einer praxisorientierten Sicht bestünde kein Grund für eine Änderung des Gesetzes, wenn trotz unterschiedlicher Formulierungen die Extension, d.h. der Kreis der erfassten Sachverhalte, für § 177 Abs. 1 StGB nach geltendem Recht deckungsgleich wäre mit der Extension eines Tatbestands, der sich am englischen Modell und Art. 36 Abs. 1 Istanbul-Konvention orientieren würde. Eine etwas umständliche, mit Traditionen zu erklärende Tatbestandsfassung wäre akzeptabel, wenn die Anwendung von § 177 Abs. 1 StGB zum selben Ergebnis führen würde wie eine knappe, klarer am Schutzgut „sexuelle Selbstbestimmung“ ausgerichtete Formulierung – oder jedenfalls (bei einer anderen Auslegung als die der höchstrichterlichen Rechtsprechung) zum selben Ergebnis führen könnte.

Die Auslegung von § 177 Abs. 1 StGB durch den BGH und die Anwendung der Norm in Einzelfällen werden zu Recht kritisiert. Ein Verbesserungsvorschlag gilt der Anwendung der Gewaltvariante: Man kann Strafsenaten vorwerfen, dass diese das Vorliegen von Gewalt verkannt haben.³² Eben-

so ist, entgegen der ganz h.M.³³, ein sog. Finalzusammenhang (der Täter müsse schon bei der Gewaltanwendung intendieren, dadurch sexuelle Handlungen zu ermöglichen) keine zwingende Vorgabe des Gesetzes.³⁴ Die nicht seltenen Fälle, in denen Männer aus anderen Gründen zuschlagen oder in sonstiger Weise Gewalt anwenden und sich danach entschließen, am verstörten, eingeschüchterten Opfer sexuelle Handlungen vorzunehmen, wären schon de lege lata unter § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu fassen. Der Gesetzeswortlaut ließe sich ohne Weiteres so auslegen, dass die vorangegangene Gewaltanwendung die nicht konsentierten sexuellen Handlungen erleichtert haben muss – was nicht dasselbe ist wie die Konstruktion eines angeblich erforderlichen „Finalzusammenhangs“. Schließlich ist umstritten, ob die schutzlose Lage nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB objektiv vorliegen muss³⁵ oder ob es genügt, dass sich das Opfer irrtümlich in einer schutzlosen Lage wähnte, weil es verkannte, dass Flucht oder das Herbeirufen von Hilfe möglich gewesen wäre.³⁶

Nicht zutreffend ist aber die Folgerung, dass nur die Rechtsprechung Probleme aufwerfe, nicht aber das Gesetz.³⁷ Selbst wenn die Senate des BGH entgegen der bisherigen Linie für alle umstrittenen Auslegungsfragen § 177 Abs. 1

³³ Siehe statt vieler und m.w.N. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 6.

³⁴ Siehe zu den Fehlern und Missverständnissen hinter der dogmatischen Figur namens „Finalzusammenhang“ *Hörnle*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1143.

³⁵ So die Rspr., siehe den in Fn. 32 angeführten Beschluss sowie BGHSt 50, 359 (368); BGH NStZ 2012, 268 (269).

³⁶ So *Renzikowski*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl., 2012, § 177 Rn. 44; *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 135. Lieferung, Stand: August 2012, § 177 Rn. 13b; *Renzikowski/Sick*, NStZ 2013, 468 (469); *Rabe/v. Normann* (Fn. 18), S. 23; *Maiwald*, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 539 (552). Für die Auslegung des geltenden Rechts spielen allerdings (anders als bei Überlegungen zu Gesetzesänderungen) die Einstufung als Verbrechen und die Vergleichbarkeit mit den Modalitäten in § 177 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB eine Rolle. Da Gewalt oder Drohung tatsächlich vorliegen müssen, spricht Einiges dafür, den Status Quo so zu interpretieren, dass auch die schutzlose Lage tatsächlich (also nicht nur in den Befürchtungen des Opfers) gegeben sein muss. Soweit *Renzikowski/Sick*, NStZ 2013, 468 (469) darauf verweisen, dass eine Drohung ausreiche, die der Täter nicht umsetzen könne oder wolle, ist dem entgegenzuhalten: Aber es muss jedenfalls eine Drohung kommuniziert worden sein. Parallelfall zur vom Opfer nur befürchteten schutzlosen Lage dürfte eine nur eingebilddete Drohung sein, was nicht tatbestandsmäßig wäre.

³⁷ So die These *Frommels*, Süddeutsche Zeitung und Festschrift Ostendorf (Fn. 5). Wie hier *Deutscher Juristinnenbund* (Fn. 3); *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 (359); jedenfalls für Überraschungsfälle auch *Isfen*, ZIS 2015 217 (227).

³¹ So *Fischer*, Die Zeit v. 9.10.2014, S. 11: Es gehe um die Bestrafung „als Schwerverbrechen“.

³² *Renzikowski/Sick*, NStZ 2013, 468 und *Fischer*, Die Zeit v. 9.10.2014, S. 11, jeweils zu BGH, Beschl. v. 20.3.2012 – 4 StR 561/11 (verkürzt abgedruckt in NStZ 2013, 466).

StGB weniger restriktiv interpretieren würden (womit schwerlich zu rechnen ist), bleiben nicht einverständliche sexuelle Handlungen, die mit dem geltenden Recht nach keiner möglichen Auslegung zu erfassen sind. Am deutlichsten ist dies bei Sachverhalten, die man als Überraschungsfälle bezeichnen kann.³⁸ Ihnen ist gemeinsam, dass es kein dem Sexualkontakt vorausgehendes willensbeugendes Geschehen gab, sondern mittels Schnelligkeit und Überrumpelung unmittelbar auf den Körper zugegriffen wird. Solche Vorkommnisse gibt es im Gedränge öffentlicher Verkehrsmittel oder sonstiger Menschenansammlungen, oder unter miteinander bekannten Personen, wenn der Handelnde ausnutzt, dass die andere Person abgelenkt ist oder ihn nicht sehen kann.³⁹ Überrumpelung fällt leicht, wenn aufgrund des konkreten sozialen Kontexts eine Sexualisierung der Situation jenseits des Erwarteten liegt (z.B. beim Waschen von kranken oder alten Personen). Falsch wäre es, solche Vorgehensweisen pauschal als „harmlose sexuelle Belästigung“ zu kategorisieren – wenn es zu erheblichen sexuellen Handlungen kommt, liegt eine strafwürdige Verletzung sexueller Selbstbestimmung vor, die systematisch in den 13. Abschnitt des StGB gehört.

Bei einer zweiten Gruppe von Fällen, in denen Schutzlücken offensichtlich werden, haben die betroffenen Personen unmissverständlich erklärt, sexuelle Handlungen nicht zu wollen; der Täter versteht dies auch, ignoriert aber die Erklärung. Den Verweis auf solche Konstellationen quittieren Gegner einer Strafrechtsänderung mit drei (nicht immer gedanklich klar getrennten) Argumenten. Erstens wird die Tatsachenfeststellung für einen tatsächlich geschehenen Beispielsfall thematisiert, etwa, indem angezweifelt wird, dass diese Zeugin sich wirklich unmissverständlich ablehnend ausgedrückt habe.⁴⁰ Einer klaren Analyse ist ein solches Ineinanderlaufen von einzelfallbezogener Beweiswürdigung und Schlussfolgerungen rechtspolitischer Art aber nicht dienlich. Natürlich sind Beweiswürdigungsfragen von großer praktischer Bedeutung (siehe dazu sogleich 3.). Unabhängig davon

³⁸ Siehe dazu *Grieger u.a.*, in: Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (Hrsg.), „Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar“, Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener, 2014, S. 19; *Adelmann*, Jura 2009, 24.

³⁹ Siehe den Sachverhalt für BGH NStZ 2012, 268.

⁴⁰ Siehe zu einer solchen Argumentationsstrategie *Fischer*, Die Zeit Online v. 3.2.2015 (Fn. 5), bezogen auf einen vom LG Essen (Urt. v. 10.9.2012 – 25 KLS 10/12) entschiedenen Fall. In diesem Verfahren lagen die Erstaussage der Zeugin vor der Polizei und die Aussage in der Hauptverhandlung zeitlich weit auseinander, und sie berief sich im Prozess auf Erinnerungslücken. Die prozessualen Einzelheiten sind aber weniger interessant als die Bewertung der Rechtsgrundlagen. Hier zeigen sich die Probleme der BGH-Rechtsprechung deutlich: Selbst wenn ein klares „Nein“ nachweisbar gewesen wäre, hätte das Gericht (das ausführlich darauf eingeht, warum § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB auch unter dieser Prämisse nicht einschlägig sei) freigesprochen.

muss aber durchdacht werden, wie (nicht ganz untypische) Geschehensabläufe nach materiellem Recht zu beurteilen wären.

Eine zweite Abwehrstrategie führt zu der Behauptung, dass es solche Fälle de facto nicht geben könne. Es sei aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen, dass eine Person unmissverständlich ihre Ablehnung erkläre, dann aber sexuelle Handlungen erdulde oder sogar vornehme, ohne durch Gewalt, Drohung oder jedenfalls Angst vor Gewalt dazu gebracht worden zu sein. Zumindest müsse doch, wenn schon nicht mit Gewalt, mit einem empfindlichen Übel gedroht werden (strafbar nach § 240 Abs. 1, 4 Nr. 1 StGB).⁴¹ Ansonsten, so die Unterstellung, dürfe man davon ausgehen, dass nach einem Meinungsumschwung die anfängliche Ablehnung verschwunden sei. Wer so argumentiert, geht vermutlich von sich selbst oder einem Umfeld selbstbewusster, durchsetzungsstarker Frauen aus. Natürlich würden sich viele, wenn ein verbales „Nein“ nicht genügt, bei anhaltend entgegenstehendem Willen körperlich wehren oder jedenfalls zielgerichtet die Möglichkeiten für Flucht oder Herbeirufen hilfsbereiter Dritter prüfen und nutzen. Die entscheidende Frage ist: Darf man dies verallgemeinern? Oder ist in lebensnaher Weise vorstellbar, dass jemand einen anhaltenden entgegenstehenden Willen bildet und diesen zum Ausdruck bringt, sich aber dennoch im weiteren Verlauf physisch passiv verhält, sodass der andere ohne Rückgriff auf Modalitäten nach § 177 Abs. 1 Nr. 1-3 StGB den eigenen Willen durchsetzen kann? Die Antwort ist leider: Ja, das ist eine durchaus plausible Rekonstruktion menschlichen Verhaltens.

Es ist ein Bündel von unterschiedlichen Hintergründen und Beweggründen vorstellbar, die junge und auch erwachsene Frauen (und sicherlich auch Männer) dazu bringen können, nach Äußerung des entgegenstehenden Willens zu kapitulieren und sexuelle Handlungen über sich ergehen zu lassen (oder sogar Handlungsanweisungen zu befolgen). Es wäre abwegig, anzunehmen, dass alle Menschen immer in geistesgegenwärtiger Weise situationsangemessen und effektiv ihre Interessen verteidigen können.⁴² Durchsetzungskraft kann temporär (z.B. wegen Trunkenheit) oder wegen der Persönlichkeitsstruktur der betroffenen Person geschwächt sein. Scheue, gehemmte oder unreife Menschen müssen nicht durch Nötigungsmittel oder Angst vor Körperverletzung daran gehindert werden, sich den Ansinnen oder den Befehl-

⁴¹ Siehe *Fischer*, Die Zeit v. 9.10.2014, S. 11; *ders.*, Die Zeit Online v. 3.2.2015 (Fn. 5); *Cirullies*, Stellungnahme für die Anhörung im Rechtsausschuss v. 28.1.2015, S. 1 f., online unter:

<https://www.bundestag.de/blob/357218/88a9617c670dbec8c9a34e3fef51f720/cirullies-data.pdf>; *Frommel*, Süddeutsche Zeitung und Festschrift für Ostendorf (Fn. 5) verweist auf § 240 Abs. 4 StGB als vermeintlichen Auffangtatbestand, der die nicht unter § 177 StGB fallenden Sachverhalte erfasse. Das ist nicht überzeugend, denn auch § 240 StGB setzt ein zweiaktiges Vorgehen mit Gewalt oder Drohung voraus.

⁴² Siehe zu unrealistischen und unangemessenen Anforderungen an „ideales Verteidigungsverhalten“ *Lembke*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 34 (2014), 223 (237 ff.).

len anderer nachhaltiger zu widersetzen, wenn für das Gegenüber verbaler Protest, Weinen und sichtbares Leiden kein Hinderungsgrund sind. Eine große Altersdifferenz oder ein diffuses (nicht spezifisch auf Furcht vor Gewalt beruhendes) Gefühl der sozialen oder psychischen Unterlegenheit kann daran hindern, sich gegenüber dominant auftretenden Personen durchzusetzen. Für Frauen, die in traditionellen Geschlechterrollen sozialisiert wurden, kann es selbstverständlich geworden sein, sich den Wünschen von Männern allenfalls verbal, aber ansonsten nicht nachhaltig und effektiv zu widersetzen. Besonders nachvollziehbar sind solche Verhaltensweisen, wenn der Kontext eine jedenfalls teilweise auch von körperlicher Gewalt geprägte Beziehung zwischen den Beteiligten ist, die ein klares Unterordnungsverhältnis etabliert und zu psychischer Zermürbung geführt hat. Und schließlich ist auch bei an sich konstitutionell und situativ durchsetzungsfähigen Personen ein Erstarren möglich, das ihnen nicht mehr als eine verbale Äußerung von Ablehnung erlaubt. Zum Beispiel kann es zu einem Erstarren nach erfolglosem Protest kommen, wenn die unerwartete Sexualisierung einer Situation als erschreckend und peinlich empfunden wird – vor allem, wenn Flucht oder die Schaffung von Aufmerksamkeit bei Dritten bedeuten würde, die peinliche Situation zu offenbaren. Manche Motive für Verharren an Ort und Stelle können auf einer gut nachvollziehbaren Folgenbeurteilung beruhen. Dazu gehört die Überlegung, dass die eigenen Kinder nicht verängstigt und beunruhigt werden sollen und deshalb nichts von dem Vorfall wahrnehmen sollen,⁴³ oder Angst vor (nicht angedrohten, aber vorhersehbaren) Konsequenzen, die nicht in physischer Gewalt bestehen.⁴⁴

Schließlich bleibt ein dritter möglicher Einwand der Gegner einer Gesetzesänderung, der zum Thema „Strafwürdigkeit“ zurückführt: Vielleicht verdienen zu leicht zu verblüffende oder zu schwache oder angetrunkene oder zu sehr an ihre Kinder oder ihren Ruf bei anderen denkende Personen, die nicht mehr als ein verbales „Nein“ zustande bekommen, keinen Strafrechtsschutz? So klar formuliert, ist ein solches Argument im Schrifttum nicht zu finden. Aber es finden sich Andeutungen zu Selbstverantwortung und Selbstbestimmung und Warnungen vor einer „Opferhysterie“.⁴⁵ Das Thema „Selbstbestimmung“ ist für eine andere Fallgruppe zu diskutieren: wenn de facto Zustimmung geäußert wurde, aber diese Zustimmung von Rechts wegen als unbeachtlich eingestuft werden soll – hierin könnte unter bestimmten Umständen eine Entmündigung und Infantilisierung gesehen werden. Die vorstehend skizzierten Konstellationen sind jedoch dadurch charakterisiert, dass ein entgegenstehender Wille vorlag und ein „Nein“ kommuniziert wurde. Es soll nicht über die Betroffenen hinweg entschieden werden, sondern im Gegenteil ihre ablehnende Stellungnahme berücksichtigt werden. Unter diesen Umständen ist die entscheidende Frage, ob sich Obliegenheiten von Opfern begründen ließen, die über das Formulieren eines „Nein“ hinausreichen, und ob eine Missachtung

solcher Selbstschutzobliegenheiten dazu führen würde, dass die andere Person behaupten darf: Mein Handeln war rechtmäßig. In anderen Bereichen, nämlich im Betrugsstrafrecht, lehnt es die Rechtsprechung ab, die Strafbarkeit wegen Selbstschutzmöglichkeiten der Getäuschten (bei tatsächlich aufgetretenen Zweifeln an Angaben des Täters) zu verneinen.⁴⁶ Ob eine kategorische Abweisung des Topos „Opfermitverschulden“ für alle Deliktskategorien überzeugt oder ob man unter bestimmten Umständen Selbstschutzobliegenheiten begründen kann⁴⁷ (etwa in beruflichen Kontexten, in denen man rationales, überlegtes Handeln und die Einhaltung bestimmter Verhaltensstandards erwarten darf), kann für unser Thema offen bleiben. Jedenfalls für die hier zu erörternden Sachverhalte wäre ein Verweis auf Selbstschutzobliegenheiten nicht überzeugend. Bei einer Konfrontation mit einem unmittelbar bevorstehenden sexuellen Übergriff, also in einer Situation, die durch akuten Stress gekennzeichnet ist, wäre ein Pochen auf Rationalität und Effektivität unangemessen. Das Sexualstrafrecht sollte in jeder Situation davor schützen, dass ein erklärtes „Nein“ missachtet wird, und zwar auch dann, wenn Geistesgegenwart und Durchsetzungskraft auf Opferseite nicht optimal ausfielen.

3. Argument: Erleichterte Beweiswürdigung durch Zusatzelemente im Tatbestand

Das Zwischenfazit ist, dass es sexuelle Handlungen ohne Einverständnis gibt, die als Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung strafwürdig, aber nicht strafbar sind. Wer weiterhin gegen eine Rechtsänderung argumentiert, muss die Ebene von Unrechts- und Strafwürdigkeitsüberlegungen verlassen und sich praktischen Aspekten der Strafverfolgung zuwenden. Auf den ersten Blick scheint es in der Tat nahe zu liegen, auf Beweiswürdigungsschwierigkeiten zu verweisen, die bei nicht geständigen Beschuldigten auftreten. In manchen Fällen wird bereits das Stattfinden sexueller Handlungen strittig sein (insoweit lassen manchmal, aber nicht immer DNA-Spuren das Beweisproblem entfallen). Vor allem aber bringen den Vorwurf bestreitende Beschuldigte regelmäßig vor, dass die andere Person einverstanden war. Entscheidungsrelevant wird dann die Rekonstruktion von Kommunikation, und in der Regel gibt es dazu keine Beweismittel außer den Angaben der Beteiligten. Zur Verteidigung des geltenden Rechts in § 177 Abs. 1 StGB wird vorgebracht, dass umfangreiche Tatbestandsvoraussetzungen die Beweisgegenstände erweitern und durch den Nachweis zusätzlicher Umstände die Beweiswürdigung in ansonsten schwierigen Aussage-gegen-Aussage-Situationen erleichtert werde.⁴⁸ Praktisch relevant werden könnten solche Überlegungen für Fälle der Gewaltanwendung und der schutzlosen Lage, etwa, wenn ärztliche Atteste zu Gewaltspuren vorliegen oder wenn Dritte Augenzeugen wurden, wie das Opfer in einem Raum eingeschlossen wurde. Aber eine solche Be-

⁴³ Siehe BGH NStZ 2013, 466 (467).

⁴⁴ Siehe den Sachverhalt in BGH NStZ 2009, 443.

⁴⁵ Fischer, Die Zeit Online v. 3.2.2015 (Fn. 5); ders., Die Zeit Online v. 10.2.2015 (Fn. 5).

⁴⁶ BGH NStZ 2003, 313; dazu Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 250 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu Hörnle, GA 2009, 626.

⁴⁸ Cirullies (Fn. 41), S. 2 f.

weiserleichterung durch zusätzliche Beweismittel ist nur für eine kleine (vermutlich: sehr kleine) Minderheit aller vom geltenden Recht erfassten Sachverhalte zu erwarten. Für die Drohungsvariante ist dies z.B. sehr unwahrscheinlich: Bestreitet der Beschuldigte, eine Drohung ausgesprochen zu haben (denn das Opfer sei ja einverstanden gewesen), steht auch insoweit Aussage gegen Aussage. Und auch bei Gewaltanwendung fehlt es oft an Befunden, die körperlichen Zwang eindeutig belegen. Viele Formen der Gewaltanwendung (Festhalten, Niederdrücken, selbst Schläge) hinterlassen keine attestierbaren Spuren; außerdem werden nicht alle Taten umgehend angezeigt und Spuren gesichert. Geht es um die Beurteilung einer schutzlosen Lage, wird ein um die Frage „Einverständnis“ kreisender Streit sich meist auch auf Punkte wie „War die Tür abgeschlossen oder nicht?“ erstrecken, ohne dass es dazu zuverlässige Beweismittel gibt. Hinzu kommt, dass selbst Zusatzbeweiszeichen wie „festgestellte Hämatome am Körper der Zeugin“ allenfalls Bausteine für die Beweiswürdigung sind. Letztlich kommt es in allen Fällen darauf an, die Zeugenaussage (bei schweigenden Beschuldigten) oder zwei einander widersprechende Aussagen zu beurteilen, d.h. zu bewerten, wer in überzeugender Weise vorgetragen hat und ob ein Narrativ als Ganzes stimmig und konsistent ist. Die Probleme einer Beurteilung von Narrativen würden durch eine Rechtsänderung nicht beseitigt. Sie würden aber auch nicht in großem Ausmaß gesteigert. Im Vergleich von geltendem deutschem Recht und einer ohne die Zusatzbedingungen in § 177 Abs. 1 StGB auskommenden Änderung sind Beweiserleichterungen deshalb kein durchschlagendes Argument für Ersteres.

4. Argument: Probleme mit einer Neuformulierung

Eine Herausforderung, von deren Bewältigung abhängt, ob der deutsche Gesetzgeber aktiv werden sollte, liegt darin, überzeugende Tatbestandsformulierungen zu finden.⁴⁹ Abzuraten ist von einer nur mit Blick auf Art. 36 Abs. 1 Istanbul-Konvention begründeten, nicht weiter reflektierten Übernahme der Formulierungen „nicht einverständlich“ oder „ohne Einverständnis“.⁵⁰ Vor der Festlegung auf ein Tatbestandsmerkmal sind konzeptuelle Überlegungen erforderlich. Zu klären ist erstens, ob der innere Wille als mentaler Zustand oder aber die Kommunikation zwischen den Beteiligten maßgeblich sein sollte. Wenn es darum geht, die Grenzen der Strafbarkeit festzulegen, empfiehlt sich Letzteres. Auf eine nur innerliche Ablehnung, die nicht nach außen zum Ausdruck gebracht wurde, sollte es nicht ankommen.⁵¹ Wenn man nicht auf unausgesprochene mentale Zustände abstellt, sondern auf Kommunikation, ist zweitens zu erwägen, ob ein „Nur Ja heißt Ja“-Modell oder ein „Nein heißt Nein“-Modell zugrunde gelegt werden soll. Dabei kommt es nicht nur auf die Sanktionsnorm an und die aus ihr resultierenden Beweiswürdigungsfragen, sondern auch auf die Frage, welche Verhaltensnormen für alle (rechtstreuen) Bürger gelten sollen.

⁴⁹ Siehe dazu Hörnle (Fn. 6), S. 15 ff.; *dies.*, GA 2015, Heft 6 (im Erscheinen).

⁵⁰ So der *Deutsche Juristinnenbund* (Fn. 3).

⁵¹ So zu Recht Fischer, Die Zeit Online v. 10.2.2015 (Fn. 5).

Wenn man sich für das engere „Nein heißt Nein“-Modell entscheidet, wofür gute Gründe sprechen,⁵² bleiben weitere Punkte zu klären, etwa, mit welcher Tatbestandsformulierung die Überrumpelungsfälle zu erfassen wären, bei denen wegen des schnellen Vorgehens ein erklärtes „Nein“ nicht vorliegen kann. Einfach ist es nicht, sich durch das Dickicht unterschiedlicher Konstellationen in systematischer Weise einen Pfad zu bahnen. Aber das sollte nicht zu der Einschätzung verleiten, dass die Formulierung von Tatbeständen unmöglich wäre, die hinreichend präzise (nur) die strafwürdigen Fälle einer Verletzung sexueller Selbstbestimmung erfassen.

IV. Verurteilungsziffern und andere verfahrenspraktische Erwägungen

Darstellungen, die auf die unbefriedigende Rechtslage in § 177 StGB aufmerksam machen wollen, machen oft kritische Bemerkungen zu den niedrigen Verurteilungsquoten.⁵³ Auch in den englischsprachigen Ländern wird darüber intensiv diskutiert.⁵⁴ Dass nur ein minimaler Teil aller sexuellen Übergriffe strafrechtlich geahndet wird, ist unbestreitbar. Zum einen ist die Anzeigebereitschaft gering, sodass nur wenige Delikte den Verfolgungsbehörden bekannt werden.⁵⁵ Zum anderen gibt es danach einen beträchtlichen Schwund: Verurteilungen ergehen nur für einen Bruchteil der Anzeigen.⁵⁶ Illusorisch wäre es allerdings, zu glauben oder zu hof-

⁵² Dazu Hörnle (Fn. 6), S. 15 ff.; *dies.*, GA 2015, Heft 6 (im Erscheinen).

⁵³ *Rabe/v. Normann* (Fn. 18), S. 8; *Grieger u.a.* (Fn. 38), S. 5 f.; *Lembke*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 34 (2014), 223 (231 f.).

⁵⁴ Siehe *Daly/Bouhours*, in: Tonry (Hrsg.), *Crime and Justice, A Review of Research* 39 (2010), S. 565; *Lovett/Kelly*, *Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases across Europe*, 2009.

⁵⁵ Siehe dazu *Hellmann*, *Repräsentativbefragung zu Viktimisierungserfahrungen in Deutschland* (KFN-Forschungsbericht Nr. 122), 2014, S. 148: Von den als „sexuelle Gewalt“ berichteten Fällen wurden nur 15,5 % bei der Polizei angezeigt. Studien aus dem englischsprachigen Raum nennen ähnliche Zahlen: die durchschnittliche Anzeigehäufigkeit liege bei 14 %, *Daly/Bouhours* (Fn. 54), S. 572. Siehe aber auch zu Divergenzen beim Blick auf alle europäischen Länder *Lovett/Kelly* (Fn. 54), S. 18.

⁵⁶ Auffällig ist in der deutschen Statistik die Diskrepanz zwischen Verurteilungen und Aburteilungen (die letzteren bestehen aus Verurteilungen und gerichtlichen Verfahrenseinstellungen sowie Freisprüchen): 2012 gab es nach § 177 Abs. 1 und Abs. 2-4 StGB 1.251 Verurteilungen, aber 1.868 Aburteilungen (Statistisches Bundesamt [Hrsg.], *Fachserie 10 Reihe 3*, Tab. 2.1). Aus der größeren Zahl der Aburteilungen ergibt sich, dass Gerichte oft noch einstellen oder freisprechen. Dass auch schon vorher ein Fallschwund zu verzeichnen ist, ergibt sich aus dem Vergleich mit erfassten Fällen in der Polizeilichen Kriminalstatistik: im Jahr 2012 4.971 Fälle der sexuellen Nötigung nach § 177 Abs. 1 StGB und 8.031 Fälle nach § 177 Abs. 2-4 StGB, insgesamt also 13.002 Fälle. Die Relation der Verurteilungen zu erfassten Fällen liegt also

fen, dass es Strafverfolgung geben könnte, die nicht auf einem Trichtermodell, d. h. nicht auf einer Selektion in den Stadien zwischen Tat und Verurteilung beruhe.⁵⁷ Ausfilterungsprozesse, die im deutschen System für die Gesamtheit aller Straftaten stattfinden, unterscheiden sich nicht wesentlich von den Zahlen für sexuelle Nötigungen: Verurteilungen gibt es insgesamt nur für etwa 10 % aller polizeilich registrierten Delikte.⁵⁸

Soweit Beweiswürdigungsfehler und andere Verfahrensdefizite belegt werden sollen, ist die Verurteilungsquote allenfalls ein schwaches Indiz. Die Höhe oder Schwankungen von Verurteilungsquoten sind nicht ohne Weiteres als Nachweis für genuine Fehler im System zu lesen – auch hohe Verurteilungsquoten können auf Probleme hinweisen.⁵⁹ Für Verbesserungen der Ermittlungs- und Verfahrenspraxis sind die relevanten Fragen direkter zu formulieren. Zum Beispiel: Könnte und sollte Anzeigebereitschaft gesteigert werden, und wenn ja, wie?⁶⁰ Im Hinblick auf die Beweiswürdigungspraxis ist vor allem das Thema „Vergewaltigungsmythen“ wichtig,

bei etwa 1:10 – eine genaue Quote lässt sich auf dieser Basis nicht berechnen, da die polizeilichen Erfassungen meist nicht im selben Jahr in der Strafverfolgungsstatistik auftauchen. Teilweise (zurückgehend auf eine Pressemitteilung des Kriminologischen Instituts Niedersachsen: Vergewaltigung, Die Schwächen der Strafverfolgung, Die Leiden der Opfer; online unter:

http://www.kfn.de/versions/kfn/assets/Presseerklaerung_Vergewaltigung.pdf) wird für Sexualdelikte eine geringfügig niedrigere Verurteilungsquote genannt, nämlich 8,4 %, siehe Grieger u.a. (Fn. 38), S. 5.

⁵⁷ Siehe zum Trichtermodell Statistisches Bundesamt (Hrsg.), *Justiz auf einen Blick*, 2011, S. 6.

⁵⁸ Ebenfalls für 2012, siehe Statistisches Bundesamt (Fn. 57), S. 6. Ein deutliches Abfallen der Verurteilungsquoten für Sexualdelikte (so die Pressemeldung des KFN [Fn. 56]; ebenso *Daly/Bouhours* [Fn. 54], S. 568, für einige englischsprachige Länder) müsste auch in Relation zu möglichen Verschlechterungen im Gesamtfeld der Strafverfolgung überprüft werden.

⁵⁹ Während eine starke Selektion in den meisten europäischen Ländern zu finden ist, gibt es einige mit auffallend hoher Verurteilungsquote: für Luxemburg wird eine solche von 85 % gemeldet, für Ungarn von 80 % (jeweils für 2006), *Lovett/Kelly* (Fn. 54), S. 21. Es wäre nicht überzeugend, hieraus auf eine besonders zuverlässig arbeitende Strafjustiz zu schließen. Näher liegt die These, dass schon auf der Polizeiebene, bevor eine statistische Erfassung erfolgt, Anzeigewillige systematisch abgeschreckt werden und nur wenige, sehr sichtbare Fälle bearbeitet werden. Siehe dazu *Lovett/Kelly* (Fn. 54), S. 66.

⁶⁰ Inwieweit dies aus einer normativen Sicht wünschenswert ist, bedürfte der Diskussion: Ausgangspunkt muss sein, dass es gutes Recht der Tatopfer ist, nach einer Abwägung mit den unvermeidbaren persönlichen Nachteilen keine Strafanzeige zu erstatten. Problematischer sind unbegründete Ängste oder Befürchtungen, die durch einen angemessenen, einfühlsamen Umgang mit Anzeigenden vermeidbar wären.

d.h. die Auseinandersetzung mit der Diagnose, dass stereotypes Denken über Männer und Frauen und daraus abgeleitete Heuristiken einer sorgfältigen Würdigung der Beweislage im Einzelfall entgegenstehe.⁶¹

Für unser Thema ist eine andere Frage relevant: Könnten Änderungen des materiellen Strafrechts dazu beitragen, die Verurteilungsquote nach oben zu verschieben? An dieser Stelle ist Skepsis angebracht. Ländervergleichende empirische Untersuchungen deuten nicht auf einen Zusammenhang zwischen einverständnisorientierten Reformgesetzen und Verurteilungsquoten.⁶² Dass nach geltendem deutschem Recht Einstellungen und Freisprüche mit dem Argument „nicht tatbestandsmäßig“ begründet werden,⁶³ führt nicht zur Prognose höherer Verurteilungsquoten nach einer Rechtsänderung. Zu differenzieren ist zwischen absoluten Zahlen und (Relationen wiedergebenden) Quoten. In absoluten Zahlen wäre bei einer Ausweitung der Strafbarkeit natürlich mit mehr Anzeigen zu rechnen, was aber nichts über die Anzeigenquote (das Verhältnis von strafrechtlich relevanten Vorfällen und Anzeigenerstattung) aussagt. Genauso wenig liegt auf der Hand, dass die Verurteilungsquote durch Ausweitung der Strafbarkeit steigen würde. Auch in der englischen Verfahrensrealität unter dem „consent“-Modell des Sexual Offences Act 2003 gibt es einen bemerkenswerten Schwund zwischen Anzeige und Verurteilung, auch für das Stadium zwischen erfolgter Anklage und Verurteilung.⁶⁴ Faktoren, für die man annehmen muss, dass sie Verurteilungsquoten maßgeblich beeinflussen (personelle und materielle Ressourcen in den Ermittlungsbehörden, beweiswürdigungsrelevante Einstellungen der Entscheidenden) sind unabhängig vom materiellen Recht. Vor allem bleibt das Problem, dass die Bewertung von einander widersprechenden Narrativen nicht einfach ist, und zwar auch dann, wenn Urteilende sich nicht von geschlechtsbezogenen Vorurteilen leiten lassen. Vor diesem Hintergrund ist es unvermeidbar, dass sich Gerichte auf den in dubio pro reo-Grundsatz zurückziehen, der in Richtung „niedrige Verurteilungsquote“ führt. Alles in allem ist es deshalb keine sonderlich überzeugende Strategie, Änderungen im materiellen Strafrecht damit zu begründen, dass zu selten aus § 177 StGB verurteilt werde.⁶⁵

⁶¹ Dazu *Temkin/Krahé* (Fn. 28), S. 31 ff.; *Lembke*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 34 (2014), 223 (233 ff.).

⁶² Siehe *Daly/Bouhours* (Fn. 54), S. 619 ff.; ebenso *Lovett/Kelly* (Fn. 54), S. 111.

⁶³ Siehe die Dokumentation der Fälle durch *Grieger u.a.* (Fn. 38).

⁶⁴ Siehe dazu Home Office (Hrsg.), *The Stern Review* (A report by Baroness Vivien Stern CBE of an independent review into how rape complaints are handled by public authorities in England and Wales), 2010: Etwa 40 % der Anklagen blieben erfolglos. Als Gesamtquote für Verurteilungen (ausgehend von Strafanzeigen) wird für England und Wales ein etwas niedrigerer Wert genannt als für Deutschland: 6 %, siehe *Stern Review*, S. 9 f. Siehe zur ebenfalls beträchtlichen Schwundquote in anderen Ländern mit einem Consent-Modell *Daly/Bouhours* (Fn. 54), S. 584 f.

⁶⁵ Skeptisch auch *Renzikowski* (Fn. 5), S. 2.

Aber auch eine in der Zielsetzung umgekehrte Argumentation ist kritisch zu sehen. Gegner einer Strafrechtsänderung deuten ebenfalls auf verfahrensrechtliche Konsequenzen, um zu begründen, warum der materiell-rechtliche Status Quo erhaltenswert sei. So verweist etwa *Fischer* darauf, dass mit der Zahl verurteilter Täter auch die Zahl der Falschverurteilungen wachse.⁶⁶ Das ist zweifellos richtig – kein von Menschen betriebenes Ermittlungssystem vermag Lebensabschnitte ausnahmslos akkurat zu rekonstruieren, und deshalb nehmen mit der absoluten Zahl an Urteilen zwangsläufig auch Falschverurteilungen zu. Aber: das gilt für alle Delikte und hat so wenig Überzeugungskraft wie der Verweis auf den Wert eines fragmentarischen Strafrechts (siehe oben II.). Würde z.B. im kommenden Jahr keine Strafverfolgung betrieben, hätte dies auch zur Folge, dass Fehlurteile abnehmen – was aber keine tragfähige Rechtfertigung wäre. Verweise auf Fehlurteile wären nur mit einer spezifischeren Überlegung ernst zu nehmen: wenn sich zeigen ließe, dass nach einer Rechtsänderung, die Übertüpfelungsfälle und sexuelle Handlungen trotz geäußertem „Nein“ erfassen sollte, die Quote der Fehlurteile im Vergleich zur Fehlurteilsquote nach geltendem Recht anwachsen würde. Empirisch testen lässt sich das nicht, aber es wäre zu erwägen, ob Plausibilitätserwägungen in diese Richtung weisen.⁶⁷ Typischerweise geht es bei Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung um Sachverhalte, die sich im rechtlich relevanten Kerngeschehen zwischen zwei Personen ohne Augenzeugen abspielen. Die Beweiswürdigung muss die Konsistenz und Stimmigkeit des jeweiligen Narrativs überprüfen und die Glaubhaftigkeit der aussagenden Personen beurteilen. Aber: Dieselbe Herausforderung besteht schon nach geltendem Recht bei nicht geständigen Beschuldigten. Es liegt deshalb nicht auf der Hand, dass die Fehlurteilsquote *de lege ferenda* signifikant höher ausfallen würde.

Eine anderer, den Status Quo verteidigender Ansatz bemüht die Interessen von Geschädigten: eine Änderung „schade den Opfern mehr, als es nützt“.⁶⁸ In diesen Bedenken steckt ein kleiner berechtigter Kern. Es könnte zu Frustrationen kommen, falls (wie vorstehend kritisiert) Frauenverbände, Beratungsstellen oder die Medien suggerieren würden, dass nach einer neuen Gesetzeslage fast alle oder jedenfalls

sehr viel mehr Anzeigen zu Verurteilungen führen werden – und Betroffene dann auf den Boden der Realität zurückfallen müssten, in Gestalt einer weiterhin niedrigen Verurteilungsquote. Wichtig wäre es deshalb erstens, in entsprechender Öffentlichkeitsarbeit über Faktoren aufzuklären, die eine Einstellung oder einen Freispruch erforderlich machen können. Das sollte nicht auf eine pauschale Entmutigung hinauslaufen, sondern darauf, sachlich über zentrale Prinzipien des deutschen Rechts zu informieren. Dazu gehört zum einen die Bedeutung von Vorsatz im Strafrecht, weshalb kein Weg daran vorbeiführt, dass die subjektive Sicht des Täters berücksichtigt werden muss,⁶⁹ zum anderen die zentrale Bedeutung des in dubio pro reo-Grundsatzes. Zweitens sollte bei der Formulierung des Tatbestandes klar gestellt werden, dass Gedanken wie „eigentlich hatte ich diesen Sexualkontakt nicht wirklich gewollt“, rechtlich irrelevant sind, wenn die Frage „kam dieser negative Wille klar zum Ausdruck?“ nicht eindeutig bejaht werden kann. Wenn aber Vorsichtsmaßnahmen gegen Missverständnisse bei potentiellen Anzeigeerstat-terinnen getroffen werden, verliert das Argument, dass eine Rechtsänderung Opfern schade, an Überzeugungskraft. Im Übrigen besteht ein Interesse aller potentiellen Opfer daran, dass in Verhaltensnormen die Grenzen der Handlungsfreiheit klar benannt werden, nämlich da, wo ein kommuniziertes „Nein“ vorlag. Bei einer erfolgten Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung haben die Betroffenen ein berechtigtes Interesse daran, dass in einem staatlichen Unwerturteil diese Verletzung benannt wird.

Aus verfahrenspraktischer Sicht bleibt eine weitere Überlegung: Es ist bei einer Ausweitung des materiellen Rechts damit zu rechnen, dass die absoluten Anzeigezahlen zunehmen werden. Die entscheidende Frage ist: Wie stark würde eine solche Zunahme ausfallen? Mit Blick auf begrenzte staatliche Ressourcen ist es legitim, sich über praktische Folgen Gedanken zu machen. Eine Explosion der Anzeigezahlen, die zu einer spürbaren Beeinträchtigung von Strafverfolgungskapazitäten führen würde, wäre als Problem ernst zu nehmen. Auch aus diesem Grund ist davor zu warnen, durch eine missverständliche Tatbestandsformulierung den Eindruck zu erwecken, dass „wollte eigentlich innerlich nicht“-Überlegungen Grund für eine Strafanzeige werden. Bei einer Eingrenzung auf Übertüpfelung und die klaren „Nein“-Fälle ist jedoch die Prognose vertretbar, dass die Anzeigenzahl nicht mit einer Dynamik anwachsen würde, die nicht mehr zu bewältigen wäre.

V. Fazit

Die Abwägung der für und gegen eine Änderung des § 177 StGB anzuführenden Überlegungen ergibt ein Überwiegen der Pro-Gründe. Es gilt, genuine Schutzlücken zu schließen,

---

⁶⁶ *Fischer*, Die Zeit Online v. 10.2.2015 (Fn. 5).

⁶⁷ Es kursieren in der Literatur zum Unterthema „Falschbeschuldigungen“ Zahlenangaben. So gibt etwa *Lembke*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 34 (2014), 223 (232), an, die Falschanzeigenquote liege bei 3 %. Wer allerdings ernsthaft über Forschungsdesigns nachdenkt, müsste schnell feststellen, dass es vermessen ist, Zahlen nennen zu wollen – weil Verfahrensausgänge nicht an der Wahrheit gemessen werden können, die epistemisch unzugänglich bleibt (auch Justizvorgänge aufarbeitende Sozialwissenschaftler können nicht erschließen, was wirklich geschehen war). Die von *Lembke* zitierte Studie von *Lovett/Kelly* (Fn. 54), S. 60 f., stellte lediglich fest, dass in 100 untersuchten Akten dreimal eine Einstellung damit begründet wurde, es habe eine Falschaussage vorgelegen.

⁶⁸ So *Frommel*, Süddeutsche Zeitung (Fn. 5).

---

⁶⁹ Die Frage, ob bei den täterfreundlichen Irrtumsregeln des deutschen Strafrechts ebenfalls eine gesetzliche Änderung wünschenswert wäre (wenn Einverständnis in fahrlässiger Weise unterstellt worden war), muss hier außen vor bleiben; siehe dazu *Hörnle*, ZStW 112 (2000), 356; *Stenvaag*, Streit 2006, 99; *Kräuter-Stockton*, dJBZ 2013, 89 (zu entsprechenden Fahrlässigkeitsregeln im norwegischen Recht).

die bestehen blieben, weil der deutsche Gesetzgeber bislang nicht konsequent den Schutz sexueller Selbstbestimmung umgesetzt hat und traditionelle, vorkonstitutionelle Vorstellungen zur Notwendigkeit eines zweistufigen Tatbestandsaufbaus nicht hinterfragt wurden. Wenn jemand mit Überrumpelung und Schnelligkeit oder unter Ignorieren eines geäußerten „Nein“ sexuelle Handlungen vornimmt oder an sich vornehmen lässt, liegt die Strafwürdigkeit auf der Hand. Es ist weder überzeugend, solche Szenarien als realitätsfremd einzuordnen, noch sind Selbstschutzobliegenheiten jenseits der Äußerung des entgegenstehenden Willens zu postulieren. Die Herausforderung, einen neuen Vergehenstatbestand im 13. Abschnitt des StGB zu formulieren, der auf die strafwürdigen Fälle zugeschnitten ist, dürfte zu meistern sein. Auch die Konsequenzen für das Strafverfahren bilden keine ernst zu nehmenden Hürden. Der Anstieg der absoluten Anzeigezahlen dürfte bei einer engen Tatbestandsfassung im Rahmen des Machbaren bleiben. Es wären zwar weder höhere Verurteilungsquoten noch eine Verbesserung von Beweiswürdigungsschwierigkeiten zu erwarten – aber auch keine wesentlichen Verschlechterungen der prozessualen Rahmenbedingungen.

Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten

Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen

Von Privatdozent Jun.-Prof. Dr. Osman Isfen, Bochum

Seit jeher gehört das Feld der Sexualdelikte zu den emotional besetzten Bereichen der Kriminalpolitik. Seit einiger Zeit findet wieder – knapp 20 Jahre nach den letzten großen Reformen in den Jahren 1997/98 – eine öffentlichkeitswirksame, bisweilen hitzige Debatte über die Neugestaltung der Regelungen zum Schutze der sexuellen Selbstbestimmung statt. Im Mittelpunkt dieses Diskurses steht der Vorwurf, mit den gegenwärtigen Vorschriften sei ein umfassender Schutz der Betroffenen vor unerwünschten Sexualkontakten nicht gewährleistet. Dem haben sich auch namhafte Stimmen aus der Politik, nach anfänglichem Zögern¹ auch der Bundesjustizminister Maas, angeschlossen und eine Reform angekündigt.² Einen zusätzlichen An Schub gewinnen die jüngsten Bestrebungen durch Vorgaben aus internationalen Verpflichtungen, konkret aus der Umsetzung der Istanbul-Konvention, die sich an die entsprechende Rechtsprechung des EGMR anschließt. Am 28.1.2015 fand im Bundestag eine Anhörung der Sachverständigen statt, die sich mehrheitlich für eine zumindest partielle Überarbeitung des 13. Abschnittes des Strafgesetzbuchs ausgesprochen haben.³ Eine vom Bundesministerium der Justiz am 20.2.2015 eingesetzte Kommission soll sich in den kommenden Monaten mit einer „sinnvollen Neuordnung“ der gesamten Sexualdelikte auseinandersetzen, um etwa im Frühjahr 2016 Empfehlungen für eine Reform des Sexualstrafrechts auszusprechen.⁴ Mit Blick auf den bisherigen Fokus der öffentlichen Auseinandersetzung werden nachfolgend die zwischenzeitlich vorgestellten Vorschläge zur Neufassung bzw. Ergänzung des § 177 StGB einer kritischen Würdigung unterzogen.

I. Nicht strafbar, aber strafwürdig? Strafbarkeitslücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung

Bekanntlich ist ein rechtsstaatlich-freiheitliches Strafrecht stets fragmentarischer Natur, da es als ultima ratio zum Einsatz kommt. Insofern sind ihm „Lücken“ immanent,⁵ so dass der Ruf nach der Schließung von Strafbarkeitslücken sich nur auf solche Sachverhalte beziehen darf, die sich als strafwürdig erweisen. In der aktuellen Diskussion wird seitens der

Reformbefürworter eine Reihe von Konstellationen angeführt, die trotz eines substantiellen Eingriffs in die sexuelle Selbstbestimmung nach gegenwärtiger Gesetzeslage bzw. deren Auslegung und Anwendung durch Strafverfolgungsorgane letztlich straflos blieben.

Bevor auf diese Schutzlückenproblematik eingegangen wird, soll vorab die Systematik der Sexualdelikte nochmals in Erinnerung gerufen werden. Demnach ist – abgesehen von Sonderkonstellationen der §§ 174a, 174b, 174c StGB⁶ sowie der sexuellen Ausbeutung in § 232 Abs. 4 Nr. 1 StGB – ein sexuelles Verhalten unter Erwachsenen, das vom (wirksamen) Einverständnis des Betroffenen nicht gedeckt ist, entweder als „sexuelle Nötigung“ (§ 177 StGB) oder als „sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger“ (§ 179 StGB) strafbar⁷, wobei das fragliche Verhalten von einiger Erheblichkeit im Sinne des § 184h Nr. 1 StGB⁸ sein muss. Als Auffangtatbestand dient daneben § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB, der die Nötigung einer Person zur Vornahme einer sexuellen Handlung unter Strafe stellt. Aus der Gesamtschau dieser Vorschriften folgt, dass im Rahmen der sexuellen Nötigung nach § 177 StGB – dem Tatbestand des klassischen Angriffs auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht – nicht jeder unerwünschter Sexualkontakt als strafwürdiges Unrecht angesehen wird, sondern nur solche, die mit Einsatz von Nötigungsmitteln einhergehen: Gewalt (Nr. 1) oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben (Nr. 2) sowie das nötigende Ausnutzen einer schutzlosen Lage (Nr. 3), in der das Opfer aufgrund der Schutzlosigkeit keinen Widerstand leistet. Mit anderen Worten: Fehlt es an einem relevanten Nötigungseinsatz im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB, so bleibt die Inanspruchnahme fremder Körper zur Befriedigung sexueller Interessen regelmäßig ohne Folgen, selbst wenn der entgegenstehende Wille ausdrücklich oder konkludent erklärt wurde.⁹ Das Eingreifen des Staates mit Mitteln des Strafrechts zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung entscheidet also darüber, ob und ggf. in welchem Umfang einem

¹ Noch im Sommer 2014 sah sein Ministerium keinen Anlass für eine Änderung des § 177 StGB, vgl.

<http://www.taz.de/!140083/> (28.2.2015),

ferner Amann/Müller, Der Spiegel, v. 10.11.2014, S. 32.

² <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/justizministerkonferenz-wann-ist-eine-vergewaltigung-eine-vergewaltigung-13250864.html> (28.2.2015).

³ http://www.bundestag.de/presse/hib/2015_01/-/358604 (28.2.2015).

⁴ http://www.bmjv.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2015/20150220-Stn-Reform_Sexualstrafrecht.html (28.2.2015).

⁵ So zutreffend Fischer, Stellungnahme in der Anhörung zu dem Antrag „Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen“, BT-Drs. 18/1969, S. 1.

⁶ Zu diesen Ausprägungen des Missbrauchs institutioneller Abhängigkeit Sick/Renzikowski, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 603 (609 f.).

⁷ Zur grundsätzlichen Zweiteilung der Sexualdelikte unter Nötigungs- und Missbrauchsaspekten siehe Fischer, ZStW 112 (2000), 75 (90 ff.).

⁸ Dazu Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 102 ff.

⁹ Kritisch zu bestehenden Schutzlücken und Wertungswidersprüchen im deutschen Sexualstrafrecht Hörnle, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, Vor § 174 Rn. 52; dies., ZStW 112 (2001), 356 (361 ff., Irrtümer über das Einverständnis des Opfers); Sick, JZ 1991, 334; dies., Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbe-griff, 1993, S. 347 f.; Adelman, Jura 2009, 26.

Betroffenen Beistand geleistet wird, der zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe degradiert wird.¹⁰

In der gegenwärtigen Reformdebatte werden insbesondere folgende Fallgruppen als Beleg für die Lückenhaftigkeit der geltenden sexualstrafrechtlichen Vorschriften ins Feld geführt¹¹:

1. *Überrumpelung des Betroffenen (Ausnutzung des Überraschungsmoments)*

Hierzu das in der Reformdiskussion regelmäßig angeführte Beispiel in BGH NStZ 2012, 268: Der Angeklagte sprach das vierzehnjährige Opfer darauf an, ob er es als Modell für ein Tattoo zeichnen dürfe. Nachdem das Mädchen sein Einverständnis erklärt hatte, forderte er es auf, „sich mit auseinander gestellten Beinen und an der Wand abgestützten Armen mit dem Gesicht zur Wand zu stellen.“ Das Mädchen kam dieser Aufforderung nach. Kurze Zeit später trat der Angeklagte – von der jungen Frau unbemerkt – hinter sie, zog ihr plötzlich und für sie völlig unerwartet die Jogginghose und den Slip herunter; er drang von hinten mit seinem erigierten Penis ohne Kondom in ihre Scheide ein und führte den Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss durch. Er wusste, dass dies gegen den Willen des „paralysierten Mädchens“ geschah. Hierbei nutzte er plangemäß den Umstand, dass beide in dem Anwesen allein waren, sowie das Überraschungsmoment aus. Der BGH hob die instanzgerichtliche Verurteilung wegen Vergewaltigung auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung zurück, da keine ausreichenden Feststellungen zur Ausnutzung einer hilflosen Lage nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB getroffen seien.

Ebenso hat der BGH eine Verurteilung wegen Vergewaltigung in einem Fall aufgehoben, in dem der Angeklagte für

¹⁰ *Renzikowski*, Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht, Stellungnahme in der Anhörung zu dem Antrag „Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen“, BT-Drs. 18/1969, S. 4 f. Zum Rechtsgut und der systematischen Stellung der Sexualdelikte *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 17 Rn. 14 ff.; zur Reichweite der sexuellen Selbstbestimmung ausführlich *Sick/Renzikowski* (Fn. 6), S. 604 ff.

¹¹ Vgl. *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, 2015, S. 8 f.; *Deutscher Juristinnenbund (DJB)*, Stellungnahme vom 9.5.2014 zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts an die Vorgaben der Konvention des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) von 2011, S. 3 f.; *Grieger u.a.*, „Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar.“, Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener, 2014, S. 10 ff.; *Rabel/v. Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper Nr. 21, 2. Aufl. 2014, S. 11 f.

die betroffene Frau überraschend „mit einer Faust oder einem stumpfen Gegenstand zumindest gleichen Durchmessers mit hohem Kraftaufwand gewaltsam in deren Scheide“ eingedrungen war, wodurch sie einen Dammriss ersten Grades von 5 cm Länge erlitt und stark blutete: Nach den Feststellungen des Landgerichts sei nicht ausgeschlossen, „dass der Angeklagte die Nebenklägerin bei der Vornahme einverständlicher sexueller Handlungen mit der die schweren Verletzungen herbeiführenden Handlung überrascht hat, so dass die Nebenklägerin einen Abwehrwillen nicht hat bilden können. Eine solche sexuelle Handlung erfüllt den Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch dann nicht, wenn der Täter dabei zugleich Gewalt anwendet“.¹²

Zu dieser Fallgruppe der Überrumpelung gehört auch die Strafflosigkeit von „Grapschereien“ am Körper des Betroffenen,¹³ die nach neuerer Rechtsprechung regelmäßig auch nicht gemäß § 185 StGB bestraft werden.¹⁴ So bleibt der überraschende Griff unter den Rock einer Frau oder das unvermittelte Anfassen ihrer Brüste in einer dichtgedrängten Menschenmenge im Sinne einer sexuellen Handlung straflos, während es eine strafbare Beleidigung darstellt, wenn man sie gleichzeitig als „dicke Kuh“ bezeichnet.¹⁵ Wenn man „schweigt und genießt“, bleibt der ganze Vorfall sogar gänzlich ohne Folgen für den „Gentleman“.

2. *Fehlende finale Verknüpfung zwischen eingesetztem Nötigungsmittel und sexuellen Handlungen*

Auch dazu ein Beispiel aus jüngerer Zeit BGH NStZ 2013, 279: Der Angeklagte erschoss zunächst den Bekannten seiner

¹² BGH NStZ 2010, 698. Ähnlich OLG Köln NStZ-RR 2004, 168, siehe ferner BGH HRRS 2013 Nr. 575 Rn. 9.

¹³ Vgl. BGHSt 31, 77; 36, 145; BGH NJW 2003, 1263; BGH NStZ-RR 2007, 13 f.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 5; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 177 Rn. 14; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 177 Rn. 8, 14; *Ziegler*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 10.11.2014, § 177 Rn. 13; *Wolters*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 177 Rn. 14; *Laue*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 177 Rn. 5; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2015, § 177 Rn. 6; *Laubenthal* (Fn. 8), Rn. 182. Anderer Ansicht *Frommel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 177 Rn. 29; *Renzikowski*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 177 Rn. 31; *Hörnle* (Fn. 9 – Leipziger Kommentar), § 177 Rn. 21, 61. Vgl. dazu auch Fn. 96.

¹⁴ Näher *Adelmann*, Jura 2009, 25 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung und Literatur.

¹⁵ Vgl. *Hörnle*, Plädoyer für eine sachlichere Debatte um den Vergewaltigungstatbestand, online abrufbar unter:

<http://www.verfassungsblog.de/plaedoyer-fuer-eine-sachliche-re-debatte-um-den-vergewaltigungstatbestand> (28.2.2015).

von ihm getrennt lebenden Ehefrau in ihrer Wohnung, richtete danach seine Pistole auf diese und sagte, sie sei die Nächste, wenn sie jetzt nicht mit ihm komme. Das Opfer erklärte sich hierzu bereit und verließ mit dem Täter aus Furcht davor, ebenfalls erschossen zu werden, die Wohnung. Die beiden fuhren mit dem Auto zu einem Hotel. Spätestens nunmehr entschloss sich der Angeklagte, den Geschlechtsverkehr mit seiner Ehefrau auszuüben. Er forderte sie auf, sich zu entkleiden, zog sich ebenfalls aus und legte die Pistole zu seinen Kleidern. Er fragte sie anschließend, ob er mit ihr schlafen könne. Diese befand sich – wie der Angeklagte erkannte – nach wie vor in Angst und antwortete daher, dies gehe in Ordnung. Sodann kam es zum Oral-, Vaginal- und Analverkehr. Auch hier hob der BGH die Verurteilung des Angeklagten wegen Vergewaltigung auf, da bei bloß fortdauernder Angst des Opfers ohne eine „spätere Aktualisierung dieser Drohung zur Durchsetzung der neu gefassten sexuellen Absichten“ die erforderliche Finalverknüpfung fehle.¹⁶

3. Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung ohne nötige Gewalt, qualifizierte Drohung oder Ausnutzung einer schutzlosen Lage, aber aus Scham, Resignation oder Irrtum über die Anwesenheit hilfsbereiter Dritter etc.

Beispielhaft der in der öffentlichen Debatte ebenfalls regelmäßig erwähnte¹⁷ Fall aus BGH NStZ 2013, 466¹⁸: In der gemeinsamen Ehwohnung äußerte der Angeklagte seiner Ehefrau gegenüber den Wunsch, mit ihr den Analverkehr auszuüben. Obwohl sie sein Ansinnen entschieden ablehnte, holte der Angeklagte eine Fettcreme aus dem Badezimmer und begab sich zu seiner Ehefrau, die sich bereits auf einer Schlafcouch im Wohnzimmer zum Schlafen niedergelegt hatte. Als der Angeklagte erneut kundtat, jetzt den Analverkehr durchführen zu wollen, lehnte sie dies wiederum ab und fügte hinzu, dass eine Ausübung des Analverkehrs gegen ihren Willen eine Vergewaltigung sei. Der Angeklagte gab

ihr daraufhin zu verstehen, dass sie sich nicht so anstellen solle und zog ihr die Schlafanzug hose herunter.

Das Opfer sah in dieser Situation keine Möglichkeit mehr, sich dem Willen des Angeklagten zu widersetzen. Für den Fall einer Gegenwehr rechnete es mit Schlägen und befürchtete zudem, dass dann die beiden gemeinsamen Kinder erwachen und ebenfalls Opfer von Tätlichkeiten des Angeklagten werden könnten. Der Angeklagte vollzog nun mit seiner weinenden und sich vor Schmerzen windenden Ehefrau den Analverkehr bis zum Samenerguss. Dabei drückte er sie so an eine Wand, dass sie sich aus ihrer Position nicht befreien konnte. Bei alledem ging der Angeklagte davon aus, dass seine Ehefrau den Analverkehr nur deshalb ohne Gegenwehr erduldet, weil sie unter dem Eindruck der regelmäßig stattfindenden Übergriffe keine Chance sah, sich seinem Willen zu widersetzen und Angst um ihre eigene körperliche Unversehrtheit und die ihrer Kinder hatte. Das Opfer hatte bis zum nächsten Tag Schmerzen beim Sitzen und erlitt eine Blutung im Analsbereich.

Der BGH hob die Verurteilung wegen Vergewaltigung mit der Begründung auf, das Landgericht habe den sich aus § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ergebenden Anforderungen an die Ausnutzung einer schutzlosen Lage nicht hinreichend Rechnung getragen.¹⁹ Insbesondere fehle es an einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Ehefrau eventuelle Fluchtmöglichkeiten („Schließzustand der Türen“) zur Verfügung gestanden hätten oder sie sich durch Schreie oder andere Geräusche hätte fremde Hilfe holen können. Die Feststellung, dass sie bei einer Gegenwehr mit Schlägen des Angeklagten rechnete und alles unterließ, was ihre Kinder wecken konnte, damit nicht auch sie Opfer befürchteter Übergriffe des Angeklagten werden, belege nur, dass sich die Ehefrau „schutzlos“ fühlte, weil sie keinen Weg sah, Dritte ohne Risiko für sich selbst und ihre Kinder auf ihre Situation aufmerksam zu machen. Ob und inwieweit ihre Befürchtungen tatsächlich berechtigt waren und sie deshalb – worauf es hier maßgeblich ankommt – auch bei objektiver Betrachtung keine Möglichkeit hatte, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen, hat das Landgericht nicht geprüft.²⁰ Immerhin war der BGH anscheinend um eine „Lösung“ im Rahmen der geltenden Gesetzeslage bemüht und wies für die erneute Verhandlung auf die Fortwirkung der früheren Gewalthandlungen als gegenwärtige qualifizierte Drohung hin.²¹ Allerdings blieb der Fall hinsichtlich der erwähnten Tat ohne Folgen für den Ange-

¹⁶ Siehe zu ähnlichen Fällen der fehlenden finalen Verknüpfung BGH NJW 1986, 1623; BGH NStZ 1995, 230; BGH NStZ 2005, 269. Kritisch dazu *Renzikowski* (Fn. 13), Rn. 38. Vgl. ferner *Hörnle* (Fn. 9 – Leipziger Kommentar), § 177 Rn. 60 ff., die weitere daraus resultierende Strafbarkeitslücken aufzeigt und sich im Ergebnis gegen das Erfordernis eines solchen Finalzusammenhangs ausspricht, ausführlich *dies.*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, S. 1156. Ablehnend *Renzikowski* (a.a.O.), Rn. 60.

¹⁷ Siehe <http://www.sueddeutsche.de/panorama/sexualverbrechen-maas-will-frauen-besser-schuetzen-1.2208298> (28.2.2015), sowie <http://www.zeit.de/2014/41/verwaltung-strafrecht-reform> (28.2.2015).

¹⁸ Mit Anmerkungen von *Renzikowski/Sick*, NStZ 2013, 466 (468 f.). Der nachfolgend wiedergegebene Sachverhalt ist in BGH NStZ 2013, 466 nicht abgedruckt. Er findet sich u.a. unter: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/11/4-561-11.php> (28.2.2015), Rn. 4-6.

¹⁹ *Fischer*, Die Zeit v. 9.10.2014, online abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2014/42/strafrecht-vergewaltigung-missbrauch> (28.2.2015), ist der Auffassung, dass der Fall falsch entschieden worden sei (ebenso *ders.* [Fn. 5], S. 10 sowie *ders.* [Fn. 13], § 177 Rn. 6), da das Drücken gegen die Wand eine „Gewalt-Nötigung“ darstelle: „Man konnte und musste den Fall damals wie heute als Vergewaltigung beurteilen.“

²⁰ BGH NStZ 2013, 467.

²¹ Ebenfalls nicht abgedruckt in NStZ 2013, 466. Siehe:

<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/11/4-561-11.php> (28.2.2015), Rn. 15.

klagten, da das Landgericht Essen in der erneuten Verhandlung das Verfahren in diesem Punkt eingestellt hat.²²

4. Nicht-qualifizierte Drohung, insbesondere mit einem empfindlichen Übel

Von § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind zunächst solche Drohungen ausgenommen, die zwar gegen die körperliche Unversehrtheit gerichtet sind, aber eine so geringe Intensität vorgeben, dass eine Gesundheitsschädigung nicht zu befürchten ist²³, z.B. Abschneiden der Haare²⁴, bloße Drohung von Schlägen („eine zu knallen“)²⁵ oder Drohung mit einer Vergewaltigung.²⁶ Ebenso fallen Drohungen mit künftiger Gefahr für Leib und Leben (auch gegen Dritte wie z.B. die nahen Angehörigen) nicht unter die Vorschrift.²⁷

Die Drohung mit einem empfindlichen Übel wie das Weitererzählen intimer Geheimnisse, Verlust des Arbeitsplatzes²⁸, Veranlassung einer ausländerrechtlich bedingten Abschiebung²⁹ oder Anzeige wegen einer beobachteten Straftat³⁰ wird zwar gelegentlich im Zusammenhang mit „Unzulänglichkeiten“ des § 177 StGB erwähnt.³¹ Allerdings stellen solche Handlungen – bei Bejahung ihrer Verwerflichkeit – regelmäßig einen besonders schweren Fall der Nötigung nach § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB dar, soweit es um die Vornahme einer sexuellen Handlung geht. Doch auch bei der praktisch wohl bedeutsameren Duldung einer sexuellen Handlung lässt sich nicht nur der Grundtatbestand des § 240 Abs. 1 StGB, sondern auch ein unbenannter besonders schwerer Fall nach Absatz 4 annehmen³², so dass von einer Strafbarkeitslücke nicht die Rede sein kann.³³

²² <http://www.sueddeutsche.de/panorama/sexualverbrechen-maas-will-frauen-besser-schuetzen-1.2208298> (28.2.2015).

²³ BGH NStZ 1994, 556. Kritisch *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 10), § 18 Rn. 11; *Renzikowski* (Fn. 13), § 177 Rn. 38.

²⁴ KG Berlin, Beschl. v. 3.5.2013 – (4) 121 Ss 69/13 (78/13).

²⁵ BGH StV 2001, 679. Zustimmung *Eschelbach* (Fn. 13), § 177 Rn. 19; *Wolters* (Fn. 13), § 177 Rn. 12.

²⁶ BGH NStZ 2001, 370. Anders bei einem 15-jährigen Mädchen für den Fall ihres Widerstands, BGH NStZ 2001, 246.

²⁷ *Wolters* (Fn. 13), § 177 Rn. 12.

²⁸ *Sinn*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 240 Rn. 171; *Laubenthal* (Fn. 8), Rn. 218.

²⁹ BGHSt 51, 283 f.; BGH NStZ 2009, 263.

³⁰ BGHSt 31, 195; *Renzikowski*, NStZ 1999, 440.

³¹ *DJB* (Fn. 11), S. 3; *Rabel v. Norman* (Fn. 11), S. 12.

³² *Laubenthal* (Fn. 8), Rn. 217; *Eisele/Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 13), § 240 Rn. 38; *Eisele*, Stellungnahme in der Anhörung zu dem Antrag „Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen“, BT-Drs. 18/1969, S. 3; *Fischer*, Die Zeit Online 10.2.2015, online abrufbar unter:

<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht> (28.2.2015). Anders *Wolters/Horn*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, § 240

5. Gewalt unterhalb der Schwelle des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die Rechtsprechung pflegt bei § 177 StGB traditionell ein engeres Verständnis von nötiger Gewalt als bei anderen Vorschriften, insbesondere enger als bei § 240 StGB.³⁴ So wurde z.B. das Herunterreißen der Kleidung nicht als Gewalt im Sinne des § 177 StGB angesehen.³⁵ Auch in der Literatur werden aus der Beschränkung auf eine qualifizierte Drohung in § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB Rückschlüsse auf die Bestimmung der Gewalt abgeleitet, die darauf hinauslaufen, dass an die Zwangswirkung höhere Anforderungen zu stellen sind.³⁶

II. Internationale Vorgaben

Zu den hervorstechenden Merkmalen der aktuellen Reformdiskussion gehört die Aussage, die Notwendigkeit einer grundlegenden Änderung der sexualstrafrechtlichen Vorschriften gehe maßgeblich auf internationale Verpflichtungen zurück, die Deutschland eingegangen ist. Hier wird zunächst auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hingewiesen, in der sich ein umfassender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung etabliert hat. Ausgangspunkt dieser Entwicklung war die Leitentscheidung *M.C. gegen Bulgarien*³⁷, die später in anderen Urteilen mehrfach bestätigt wurde.³⁸ Die Grundaussage der EGMR-

Rn. 59, die davon ausgehen, dass die Duldung einer sexuellen Handlung sogar bereits vom benannten Regelbeispiel erfasst wird.

³³ Einzig der Einwand steht diesbezüglich im Raum, bei § 240 StGB handele es sich um Vergehen, mit dem der gesteigerte Unrechtsgehalt solcher Taten nur unzureichend wiedergegeben werden könne. Hinsichtlich des Strafrahmens weist § 240 Abs. 4 StGB jedenfalls eine Parallelität zum minder schweren Fall der sexuellen Nötigung nach § 177 Abs. 1, 4 StGB auf, so dass in Anbetracht des geringeren Unrechtsgehalts einer Drohung mit einem empfindlichen Übel im Vergleich zu einer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben eine durchaus angemessene Würdigung möglich erscheint. Für eine generell stärkere Heranziehung des § 240 Abs. 4 StGB als Sexualdelikt *Frommel*, Süddeutsche Zeitung v. 4.2.2015, online abrufbar unter:

<http://www.sueddeutsche.de/panorama/rechtsprechung-wo-beginnt-vergewaltigung-1.2331813> (28.2.2015).

³⁴ *Renzikowski* (Fn. 13), § 177 Rn. 24; *Hörnle* (Fn. 9 – Leipziger Kommentar), § 177 Rn. 32; *Laubenthal* (Fn. 8), Rn. 170 m.w.N. in Fn. 60, sowie BVerfGE 92, 18 mit beispielhaftem Verweis auf BGH NJW 1981, 2204. Näher zum Gewaltbegriff in der Rechtsprechung bei Sexualdelikten *Sick* (Fn. 9), S. 100 ff.

³⁵ BGH HRRS 2006 Nr. 599. Zustimmung *Fischer* (Fn. 13), § 177 Rn. 6.

³⁶ *Wolter*, NStZ 1985, 198; *Laubenthal* (Fn. 8), Rn. 172; *Frommel* (Fn. 13), § 177 Rn. 40.

³⁷ EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98.

³⁸ EGMR, Urt. v. 15.5.2012 – 53519/07 (I.G. gegen Moldawien), Rn. 45; EGMR, Urt. v. 24.7.2012 – 42418/10 (D.J.

Rechtsprechung lässt sich dahingehend fokussieren, dass die Vertragsstaaten eine Verpflichtung aus Art. 3 (Verbot der Folter) und 8 EMRK (Schutz des Privatlebens) trifft, für eine effektive Strafverfolgung bei Sexualdelikten zu sorgen.³⁹ Entsprechend den aktuellen Standards und Tendenzen⁴⁰ müsse berücksichtigt werden, „dass die positiven Verpflichtungen, die den Mitgliedstaaten durch die Artikel 3 und 8 des Übereinkommens auferlegt werden, die Kriminalisierung und wirksame Strafverfolgung aller nicht einvernehmlichen („non-consensual“) sexuellen Handlungen verlangen. Dies gilt auch in Fällen, in denen das Opfer keine physische Gegenwehr leistete“.⁴¹

Für die deutsche Rechtspraxis sind diese vom EGMR aufgestellten Maßstäbe insofern von unmittelbarer Bedeutung, als das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung betont, dass die EMRK als eine im Range eines Bundesgesetzes stehende Rechtsquelle⁴² genauso wie die dazugehörige Rechtsprechung des EGMR zu beachten und in die Auslegung der Gesetze zu integrieren sind.⁴³ Wie jedoch ein Blick auf die BGH-Rechtsprechung zum Sexualstrafrecht deutlich macht, hat bis zum heutigen Tage eine solche Auseinandersetzung nicht stattgefunden. Die eingangs angeführten Beispiele, denen gemeinsam war, dass die Opfer keinen Widerstand geleistet hatten, mögen hierfür als Beleg ausreichen.

In expliziter Form wurden die Leitlinien der erwähnten EGMR-Rechtsprechung im Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 5.11.2011⁴⁴ aufgegriffen. In

dieser von Deutschland ebenfalls unterzeichneten⁴⁵ und zur Ratifizierung anstehenden „Istanbul-Konvention“⁴⁶ findet sich bezüglich der vorliegend untersuchten Problematik – unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die erwähnte EGMR-Rechtsprechung⁴⁷ – folgende Regelung:

Art. 36 – Sexuelle Gewalt, einschließlich Vergewaltigung

1. Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass folgendes vorsätzliches Verhalten unter Strafe gestellt wird:

- a) nicht einverständliches („non-consensual“), sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand;
- b) sonstige nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person;
- c) Veranlassung einer Person zur Durchführung nicht einverständlicher sexuell bestimmter Handlungen mit einer dritten Person.

2. Das Einverständnis muss freiwillig als Ergebnis des freien Willens der Person, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden („must be given“).

In den Erläuterungen zur Konvention wird betont, dass die Vertragsparteien des Übereinkommens dazu angehalten sind, „in ihrem Strafrecht den Begriff der fehlenden freien Zustimmungen zu den verschiedenen [...] sexuellen Handlungen aufzunehmen. Die Verfasserinnen und Verfasser überließen es jedoch den Vertragsparteien, über die genaue Formulierung in der Gesetzgebung sowie über die Faktoren zu entscheiden, die eine freie Zustimmung ausschließen.“⁴⁸

Im Hinblick auf die Umsetzung der Istanbul-Konvention legten im Herbst 2014 sowohl die Bundesregierung⁴⁹ als auch die CDU/CSU und SPD-Fraktion⁵⁰ jeweils einen Gesetzesentwurf vor, die allerdings gemein haben, dass sie § 177 StGB (zunächst) unverändert lassen wollen. Immerhin findet sich dort der Hinweis: „Ob und gegebenenfalls inwieweit aus Art. 36 der Istanbul-Konvention gesetzgeberischer Hand-

---

gegen Kroatien), Rn. 86; EGMR, Urt. v. 24.9.2013 – 13424/06 (N.A. gegen Moldawien), Rn. 71.

³⁹ EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98, Rn. 153.

⁴⁰ EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98, Rn. 156 ff., mit Verweis auf die Rechtslage in Irland (Rn. 98, 138), Großbritannien (Rn. 100, 139 ff.; ausführlich dazu Hörnle [Fn. 11], S. 11 f.; *Renzikowski* [Fn. 10], S. 10 f.), Australien, Südafrika und Kanada (Rn. 147) sowie auf die Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs für das frühere Jugoslawien (Rn. 102 ff.), denen allen gemein ist, dass sie das konstitutive Element der Sexualstraftaten im fehlenden Einverständnis des Betroffenen und nicht (mehr) im Einsatz von Nötigungsmitteln sehen.

⁴¹ EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98, Rn. 166. Vgl. dazu auch die Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten des Europarats Rec (2002) 5 zum Schutz von Frauen vor Gewalt, Anhang Nr. 35: Das staatliche Recht der Vertragsstaaten soll insbesondere „jeden an Personen gegen ihren Willen begangenen Sexualakt bestrafen, selbst wenn sie keine Zeichen des Widerstands zeigen“ sowie „sexuelles Eindringen welcher Art auch immer oder auf welche Art immer, das gegen den Willen der betroffenen Person erfolgt, bestrafen“.

⁴² BVerfGE 82, 120.

⁴³ Vgl. BVerfGE 74, 370; 111, 327; 128, 366 ff.

⁴⁴ Europarat, CETS No. 210 v. 11.5.2011. Abrufbar (einschließlich des erläuternden Berichts) unter:

<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/convention/Convention%20210%20German%20&%20explanatory%20report.pdf> (28.2.2015).

⁴⁵ BT-Drs. 17/12996, S. 2. Nach Ratifikation durch zehn Staaten ist die Konvention im Jahr 2014 in Kraft getreten.

⁴⁶ Ausführlich zu den jeweiligen Umsetzungspflichten aus diesem Übereinkommen *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 360.

⁴⁷ Europarat, CETS No. 210 v. 11.5.2011, Erläuterungen zur Konvention Nr. 191.

⁴⁸ Europarat, CETS No. 210 v. 11.5.2011, Erläuterungen zur Konvention Nr. 193.

⁴⁹ BT-Drs. 18/2954 v. 22.10.2014. Zur Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses v. 12.11.2014 siehe BT-Drs. 18/3202 (neu).

⁵⁰ BT-Drs. 18/2601 v. 23.9.2014.

lungsbedarf im Hinblick auf die Strafbarkeit nicht einvernehmlicher sexueller Handlungen folgt, ist noch Gegenstand der Prüfung.⁵¹ Wie eingangs erwähnt, hat nach der Sachverständigenanhörung Ende Januar 2015 eine Reformkommission ihre Arbeit aufgenommen.

III. Vorschläge zur Reform der Strafvorschriften zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung

1. „Keine Reformnotwendigkeit“

Eine insbesondere von *Fischer* – gelegentlich scharfzüngig – geführte Strömung aus der Justizpraxis vertritt den Standpunkt, einen Bedarf für eine Reform der Sexualdelikte gebe es grundsätzlich nicht, da die bestehenden Vorschriften für einen ausreichenden Schutz der sexuellen Selbstbestimmung sorgen. Die als Schutzlücken bezeichneten Fälle aus der Rechtsprechung seien „fehlerhafte Gerichtsentscheidungen im Einzelfall“.⁵² *Cirullies* stellt darauf ab, dass es sich bei sexuellen Handlungen – etwa im Unterschied zur Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder des Eigentums – „nicht generell um missbilligenswertes Verhalten“ bzw. „nicht grundsätzlich unerwünschte Taten“ handle, so dass sexuelle Annäherungen nur dann für strafwürdig zu erachten seien, wenn weitere Voraussetzungen – wie etwa Gewaltanwendung – erfüllt sind. Es erscheine angemessen, „einem mündigen erwachsenen Menschen zuzumuten, sein mangelndes Einverständnis eindeutig zum Ausdruck zu bringen und sich – vom Ausnahmefall der schutzlosen Lage oder der Drohung abgesehen – in besonnener Selbstbehauptung einer gewissen körperlichen Gegenwehr zu bedienen [...] Käme es allein auf die subjektive Einstellung des Opfers an, würde der strafrechtliche Verantwortungsbereich des Täters überdehnt und eine ausufernde strafrechtliche Verfolgung wäre zu befürchten“.⁵³

Frommel ist der Auffassung, die Kriterien der Istanbul-Konvention erfülle Deutschland bereits seit der Einfügung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB im Jahr 1997. Es gebe eine Faustregel, die laute: „Klare Fälle von Zwang und Gewalt

gehören ins Strafrecht, Grenzfälle ins Zivilrecht, Beziehungsdelikte werden am besten von Familiengerichten geregelt“. Hinsichtlich des eingangs angeführten Falles (unter I. 1.: Überrumpelung eines 14-jährigen Mädchens beim Tattoo-Zeichnen) sei beispielsweise die Neugierde, Risikobereitschaft und sexuelle Unerfahrenheit des Opfers durch den Täter strategisch ausgenutzt worden. Für eine Strafbarkeit genüge es aber nicht, „wenn sich Jugendliche von Erwachsenen, die keine förmliche Funktion haben, überrumpeln lassen. Die junge Frau hat also gegen diesen Mann nur Schadensersatzansprüche. Da diese hoch sein können, wäre das eine Gegenwehr gegen den übergriffigen und offenbar routiniert vorgehenden Täter. Mit einer Reform des Verbrechenstatbestandes der Vergewaltigung kann man – und sollte man, so meine These – nicht auf solche als empörend empfundene Grenzfälle reagieren. Die Nachteile überwiegen die Vorteile.“⁵⁴

2. Systemändernde Neufassung des § 177 StGB mit einem grundsätzlichen „Nur ein Nein ist ein Nein“-Modell

Soweit erkennbar, wird in der aktuellen Diskussion über die Reform der Sexualdelikte ein prinzipieller Änderungsbedarf mehrheitlich bejaht, wobei aber die Ansichten auseinandergehen, wie eine Neufassung der betreffenden Vorschriften aussehen sollte. Es lassen sich drei Ansätze festmachen, die zwar in ihren Ergebnissen regelmäßig deckungsgleich sind, sich aber in der Frage der dogmatischen Umsetzung zum Teil erheblich unterscheiden. Am weitesten geht dabei eine maßgeblich von *Hörnle* verfochtene Ansicht, die zur Schließung der von ihr (seit Längerem) kritisierten Schutzlücken⁵⁵ für eine Neufassung des § 177 StGB plädiert, der sich im Grundtatbestand vom Erfordernis eines Nötigungseinsatzes löst und auf den nicht-einvernehmlichen Charakter des Sexualkontakts abstellt.⁵⁶

Sexueller Angriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung

(1) Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, sexuelle Handlungen an dieser vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren bestraft. Wird mit dem Opfer der Beischlaf vollzogen oder nimmt der Täter ähnliche

⁵¹ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/2954, S. 1.

⁵² *Fischer* (Fn. 5), S. 9; ferner *ders.* (Fn.19).

⁵³ *Cirullies*, Stellungnahme in der Anhörung zu dem Antrag „Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen“, BT-Drs. 18/1969, S. 2. Anders aus Sicht der Strafverfolgung *Eisenhuth*, Stellungnahme in der Anhörung zu dem Antrag „Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen“, BT-Drs. 18/1969, S. 1 f., der Schutzlücken im Sexualstrafrecht grundsätzlich bejaht, aber gleichwohl die Bedeutung praxistauglicher Lösungen betont. Ebenfalls grundsätzlich offen für eine Reform der Sexualdelikte ist die Neue Richtervereinigung, Stellungnahme online abrufbar unter:

https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/fg_strafrecht/FG-StR-2014-07_Entwurf_BMJV_Sexualstrafrecht.pdf, S. 6 f. (28.2.2015).

⁵⁴ *Frommel*, Novo Argumente v. 29.8.2014, online unter: http://www.novo-argumente.com/magazin.php/novo_notizen/artikel/vergewaltigung_haende_weg_vom_sexualstrafrecht (28.2.2015). Siehe ferner *dies.*, Süddeutsche Zeitung v. 4.2.2015, online abrufbar unter:

<http://www.sueddeutsche.de/panorama/rechtsprechung-wo-beginnt-vergewaltigung-1.2331813> (28.2.2015); *dies.*, in: Rotsch/Brüning/Schady (Hrsg.), Festschrift für Heribert Ostendorf, 2015 (erscheint im Dezember).

⁵⁵ *Hörnle* (Fn. 9 – Leipziger Kommentar), Vor § 174 Rn. 52; *dies.*, ZStW 112 (2000), 361; *dies.* (Fn. 11), S. 8 f.

⁵⁶ *Hörnle* (Fn. 11), S. 23.

sexuelle Handlungen am Opfer vor oder lässt sie von ihm an sich vornehmen, die das Opfer besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder wird die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen, ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.

(2) Wer eine andere Person

1. mit Gewalt,
2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder
3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. Wird mit dem Opfer der Beischlaf vollzogen oder nimmt der Täter ähnliche sexuelle Handlungen am Opfer vor oder lässt sie von ihm an sich vornehmen, die das Opfer besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder wird die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen, ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren.⁵⁷

Den nicht-einvernehmlichen Charakter des Sexualkontakts beschreibt *Hörnle* demnach mit „gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“: Nach dieser Formulierungsvariante müsse zunächst geprüft werden, ob es einen (explizit oder konkludent) erklärten entgegenstehenden Willen gab. War dies der Fall, so würden sexuelle Handlungen den Tatbestand ohne weiteres erfüllen.

Ansonsten wäre als zweiter Schritt zu prüfen, ob das Fehlen einer Zustimmung angesichts der Umstände offensichtlich war. Anders als bei der Formulierungsoption „gegen den Willen“ käme es dabei nicht auf den mentalen Zustand als solchen an, sondern es müsste geprüft werden, ob das Fehlen einer wirksamen Zustimmung aus einer Außenperspektive erkennbar war. Maßstab wäre, ob ein auf das Geschehen schauender „unsichtbarer Dritter“ anhand der Umstände der Interaktion in Kenntnis der Beziehungen zwischen den Beteiligten unzweifelhaft erschließen könnte, dass diese sexuelle Handlung nicht von einer wirksamen Zustimmung getragen ist. Die Einordnung als „offensichtlich“ müsse ernst genommen werden, so dass in ambivalenten Situationen im Zweifel nicht von einer fehlenden Zustimmung auszugehen sei: Wenn

dem unerwünschten Sexualkontakt zunächst ein freiwillig eingegangener kommunikativer Kontakt voran ging, sei allen Beteiligten zuzumuten, Meinungsäußerungen abzugeben, um Missverständnisse auszuräumen.⁵⁸

Auffallend an der von *Hörnle* verfochtenen „großen Lösung“ ist der Wechsel unter Wertungsgesichtspunkten, was die Stellung des § 177 StGB im Kontext der Sexualdelikte angeht. Im Unterschied zu den beiden sogleich vorzustellenden Konzepten, die den auf dem Nötigungskonzept beruhenden § 177 StGB unverändert als Leitvorschrift (Verbrechen) belassen und subsidiär dazu einen Auffangtatbestand (Vergehen) schaffen wollen, schlägt *Hörnle* einen Grundtatbestand des § 177 StGB vor, der als Vergehen gestaltet ist und sexuelle Handlungen schlicht entgegen dem Willen des Opfers, d.h. ohne Einsatz von Nötigungsmitteln, unter Strafe stellt.⁵⁹ Die unverändert definierte Vergewaltigung soll nach diesem Konzept selbst ohne Einsatz von Nötigungsmitteln einen als Verbrechen normierten Qualifikationstatbestand darstellen, der sich dem Grundtatbestand unmittelbar anschließt. Der gegenwärtige § 177 StGB mit seinem Nötigungsgerüst kommt dann als weitere Qualifikation zum Vorschein, wobei die Vergewaltigung nicht mehr als Regelbeispiel, sondern als eigenständiger Tatbestand formuliert wird.

3. Schaffung eines eigenständigen Tatbestandes unterhalb des § 177 StGB mit einem „Nur ein Ja ist ein Ja“-Modell

Renzikowski ist zwar ebenfalls wie *Hörnle* der Auffassung, dass Schutzlücken im deutschen Sexualstrafrecht bestehen, die sich vor allem in der Auslegung und Anwendung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB sowie in der Straflosigkeit von überraschenden Übergriffen zeigen.⁶⁰ Allerdings hält er es für vorzugswürdig, § 177 StGB unverändert zu lassen, da aus Art. 36 der Istanbul-Konvention nicht die Pflicht folge, den Straftatbestand der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung selbst zu erweitern: „Nicht jede Missachtung des Willens einer anderen Person ist schon eine Nötigung. Vielmehr setzt Nötigung Zwang voraus. Dem Opfer wird vom Täter die Wahl zwischen zwei unerwünschten Verhaltensalternativen aufgedrängt. Die schlichte Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, deren Bestrafung Art. 36 der Istanbul-Konvention verlangt, erfordert daher keine Änderung des Begriffs der Nötigung.“⁶¹

Vielmehr plädiert *Renzikowski* – ohne einen konkreten Vorschlag zu formulieren – für die Schaffung einer Strafvorschrift „unterhalb“ des § 177 StGB, die einen niedrigeren Strafrahmen bereithält. Bei einem solchen „(subsidiären) weiten Tatbestand, der die Tathandlung allein als Missach-

⁵⁷ Den beiden Absätzen schließen sich in unveränderter Form die entsprechenden Qualifikationstatbestände in § 177 Abs. 3 und Abs. 4 StGB sowie die Regelung der minder schweren Fälle in Absatz 5 an, wobei davon – im Unterschied zu bisherigen Lage – nur die Absätze 3 und 4 umfasst sein sollen und im Falle einer Vergewaltigung die Strafordrohung auf nicht unter zwei Jahren Freiheitsstrafe lautet. Im Zuge der vorgeschlagenen Neufassung legt *Hörnle* ferner die Streichung der §§ 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1, 179 StGB sowie eine Überprüfung der §§ 174a-c StGB nahe.

⁵⁸ *Hörnle* (Fn. 11), S. 18.

⁵⁹ Vgl. auch *Wolters* (Fn. 13), § 177 Rn. 22, der im Rahmen einer umfassenden Reform dafür plädiert, „die hergebrachten Grenzen zwischen Missbrauch und Nötigung dadurch einzu-ebnen, dass für § 177 der (vom Täter erkannte) entgegenstehende Wille des Opfers zum wesentlichen Kriterium erhoben wird“.

⁶⁰ *Renzikowski* (Fn. 10), S. 5 ff.

⁶¹ *Renzikowski* (Fn. 10), S. 8.

tung des entgegenstehenden Willens beschreibt“,⁶² sei mit Blick auf Art. 36 der Istanbul-Konvention („must be given“) auf ein „Nur ein Ja ist ein Ja“-Modell abzustellen und daher die Formulierung „ohne Einverständnis“ bzw. „ohne Zustimmung“ zu wählen, wobei allein das faktische Einverständnis maßgeblich sei, das auch konkludent erklärt werden könne: „Damit ist ein grundlegender Paradigmenwechsel verbunden. Sexualität ist nicht mehr weiter ein Gut, das man nutzen kann, so lange niemand widerspricht, sondern man muss sich der Zustimmung des Sexualpartners versichern. So gehen wir jedoch mit allen anderen Rechtspositionen um, insbesondere auch dem Eigentum, und es leuchtet kaum ein, weshalb es bei der sexuellen Selbstbestimmung anders sein sollte“.⁶³

4. Positive Regelung der strafwürdigen Verhaltensweisen in einem eigenständigen Tatbestand

Im Unterschied zu *Hörnle* und *Renzikowski*, die einen allgemein gefassten Tatbestand gegen die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung vorschlagen, verfolgt *Eisele* ein anderes Konzept, indem er den nicht-einvernehmlichen Charakter des Sexualkontakts nicht als beherrschendes Merkmal in den Vordergrund stellt, sondern alle (weiteren) Handlungen positiv normiert, die aus Sicht des nationalen Rechts nicht freiwillig sind. Den Vorzug einer solchen Regelungsweise sieht *Eisele* in der vergleichsweise geringeren Gefahr, „dass die Strafe in Konflikt mit dem Schuldprinzip gerät, weil hier sozialadäquate Alltagssituationen ausgeklammert werden können.“⁶⁴ Konkret geht es „als Diskussionsgrundlage eines Tatbestandes, der die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung bzw. den sexuellen Missbrauch zum Gegenstand hat“, um folgenden Vorschlag⁶⁵:

Wer unter Ausnutzung einer Lage (alternativ: Wer in einer Lage), in der Widerstand für das Opfer nicht möglich ist (Variante 1) oder einer Lage, in der dem Opfer ein erheblicher Nachteil droht (Variante 2) oder das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchtet (Variante 3), dieses dazu bringt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren (alternativ: sechs Monaten bis zu zehn Jahren) bestraft.

Mit der Variante 1 sieht *Eisele* die Schutzlücken insbesondere bei überraschenden Übergriffen beseitigt; ebenso greife der Tatbestand ein, wenn der Täter „sein Ansinnen durch Täuschung verbirgt“.⁶⁶ Durch die Varianten 2 und 3 würden des Weiteren nicht nur die Fälle umfasst, in denen dem Opfer tatsächlich ein Nachteil droht, sondern auch solche, in denen

das Opfer dies nur subjektiv befürchtet, sofern der Täter dies ausnutzt bzw. zumindest sein Vorsatz darauf gerichtet ist. Dadurch könnten – unter der Voraussetzung, dass ein erheblicher Nachteil vorliegt – wesentliche Schutzlücken, die die aktuelle Reformdiskussion beherrschen, geschlossen werden, so in erster Linie die Fälle der Angst vor Verlust eines Arbeitsplatzes, eines Klimas der Gewalt (erwartete Gewalt als erheblicher Nachteil)⁶⁷, der unterlassenen Widerstandsleistung aus Scham oder des fehlenden Finalzusammenhangs zwischen Nötigung und Ausnutzung der schutzlosen Lage im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB.⁶⁸

IV. Wie lässt sich der entgegenstehende Wille des Betroffenen als Unrechtsmerkmal normieren?

1. Zur Notwendigkeit einer Reform der Sexualdelikte im Lichte des Art. 36 der Istanbul-Konvention

Die Frage einer neuen Justierung der Strafvorschriften zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung betrifft zwei Ebenen: Zum einen geht es dabei um die prinzipielle Aufstellung des Strafrechts, strafwürdige Verhaltensweisen nicht straflos zu lassen. Hier ist vor allem die hohe Wertigkeit des betroffenen Rechtsguts zu beachten, das einen gewichtigen Teilaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) darstellt und über den starken Bezug zur Intimsphäre auch den Anspruch auf Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) tangiert.⁶⁹ Selbst wenn man zum Schluss kommen sollte, dass diesbezüglich ein verfassungsrechtlich ausreichender Schutz mit Mitteln des Strafrechts bereits gewährleistet ist und daher eine Handlungspflicht des Staates insoweit nicht besteht⁷⁰, müsste zum anderen dennoch untersucht werden, inwiefern eine Verpflichtung aus der betreffenden EGMR-Rechtsprechung und der Istanbul-Konvention besteht, das deutsche Sexualstrafrecht an internationale Standards anzupassen und „nicht-einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person“ (Art. 36 Abs. 1 der Istanbul-Konvention) umfassend unter Strafe zu stellen. Mit Blick auf diese Anforderungen einerseits und den dargelegten Strafbarkeitslücken im deutschen Strafrecht andererseits lässt sich zunächst festhalten, dass Art. 36 der Istanbul-Konvention eine Bestrafung der entspre-

⁶⁷ Siehe dazu auch den Vorschlag von *Eisenhut* (Fn. 53), S. 6, den § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB um eine Variante des Inhalts „unter Ausnutzung einer Lage [...], die vom Täter durch vorausgegangene Gewalt gegenüber dem Opfer geschaffen worden ist“, zu ergänzen.

⁶⁸ *Eisele* (Fn. 32), S. 12. In den Var. 2 und 3 sieht *Eisele* die Regelung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB mit umfasst, so dass man diese streichen könne; Gleiches gelte für § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB, der jedoch wegen des erhöhten Strafrahmens aufgrund des Nötigungseinsatzes ebenso gut ins Sexualstrafrecht verschoben werden könne, a.a.O., S. 13.

⁶⁹ Statt vieler *Hörnle* (Fn. 9 – Leipziger Kommentar), Vor § 174 Rn. 29, 32, § 177 Rn. 1.

⁷⁰ So offenbar *Eschelbach* (Fn. 13), § 177 Rn. 3, der selbst § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht als verfassungsrechtlich geboten ansieht (ultima ratio-Prinzip).

⁶² *Renzikowski* (Fn. 10), S. 9.

⁶³ *Renzikowski* (Fn. 10), S. 12. Auch *Fischer* zeigt sich offenbar – freilich mit einer gehörigen Portion Skepsis – für eine ähnliche „Missbrauchs“-Lösung offen, vgl. Fn. 32.

⁶⁴ *Eisele* (Fn. 32), S. 13.

⁶⁵ *Eisele* (Fn. 32), S. 11.

⁶⁶ *Eisele* (Fn. 32), S. 11.

chenden Verhaltensweisen als Sexualdelikt nicht vorschreibt.⁷¹ Aus dieser Perspektive bietet das gegenwärtige Zusammenspiel von §§ 177 und 240 StGB eine an sich sehr umfassende Grundlage für den geforderten Schutz vor unerwünschten Sexualkontakten, zumal durch § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB auch sichergestellt wird, dass der Einsatz von Nötigungsmitteln sowie eine physische Gegenwehr des Betroffenen nicht zur Voraussetzung für eine Strafbarkeit gemacht werden. Einzig das Ausnutzen von Überraschungsmomenten zur Ermöglichung sexueller Handlungen lässt sich mit dem bestehenden gesetzlichen Instrumentarium begrifflich nicht erfassen, so dass diesbezüglich tatsächlich eine „echte“ Schutzlücke besteht. Alle anderen Fälle können im Ausgangspunkt unter §§ 177, 240 StGB subsumiert werden, ohne gegen das Gesetzlichkeitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu verstoßen.

Diese These von der (fast) lückenlosen Konformität des deutschen Sexualstrafrechts mit den internationalen Standards steht allerdings unter der Prämisse, dass die Auslegung und Anwendung der erwähnten Strafvorschriften durch Staatsanwaltschaften und Gerichte das geforderte Schutzniveau auch in der gelebten Praxis tatsächlich herstellen. Zur Verdeutlichung die nachfolgenden Beispiele:

a) In den Beispielfällen unter I. 2. und 3. könnte das Verhalten des Angeklagten von § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB ohne weiteres umfasst sein, wenn die Rechtsprechung die Grenzen der finalen Fortwirkung einer vorangegangenen Gewaltanwendung oder qualifizierten Drohung als gegenwärtige Drohung⁷² weiter zöge als gegenwärtig praktiziert. Zwar müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 177 StGB auch bei einer länger dauernden Serie von Tathandlungen grundsätzlich für jede Tat konkret und individualisiert festgestellt werden⁷³. Allerdings liegt es in den Händen des Tatrichters, geringere Anforderungen an den Nachweis zu stellen, wenn er sich im Einzelfall die Überzeugung eines von dem Täter erzeugten und bewusst eingesetzten „Klimas ständiger Gewalt“ verschafft.⁷⁴ So erscheint es aber schwer nachvollziehbar,⁷⁵ wenn der BGH beispielsweise in einem vergleichbaren

Sachverhalt wie im Beispielfall 3 meint, zwar sei der „ohnehin autoritäre Erziehungsstil“ des Angeklagten „geprägt von Zornesausbrüchen und Ausübung körperlicher Gewalt“ gewesen, wobei er seine Frau und Kinder „aus nichtigen Anlässen“ gezüchtigt und eine „Aura der Angst“ um sich verbreitet habe, aber damit sei der geforderte Finalzusammenhang mit späteren sexuellen Handlungen noch nicht belegt.⁷⁶ Ebenso fragt sich, was noch passieren soll, um im Beispielfall unter I. 2. (zunächst das Erschießen des Bekannten seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau und die anschließende Drohung an sie, dass sie die Nächste sei, wenn sie jetzt nicht mit ihm komme, wobei es nach einer Autofahrt später zu sexuellen Handlungen kommt) eine finale Fortwirkung der früheren Nötigung anzunehmen.

Gleiches gilt für die von der ganz herrschenden Ansicht vorausgesetzte finale Verknüpfung zwischen der angewendeten Gewalt im Sinne § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB und der dadurch ermöglichten sexuellen Handlungen:⁷⁷ Hier lässt sich, wie von Hörnle vertreten,⁷⁸ auf die Notwendigkeit eines solchen Finalzusammenhangs verzichten, ohne dabei das Gesetzlichkeitsprinzip zu verletzen. Dadurch könnten weitere Schutzlücken geschlossen werden, die sich beispielsweise in den Serienstraftaten eines besonders brutal auftretenden Täters zeigen: Hat dieser durch vorangegangene Gewalttätigkeiten das Opfer eingeschüchtert und weiß er, dass es nach ersten erfolglosen Versuchen, sich zu widersetzen, resigniert hat, so können beim Erfordernis einer finalen Verknüpfung selbst gewalttätige Folgetaten nicht unter § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu fassen sein, weil die spätere Gewaltanwendung (etwa zur Machtdemonstration oder aus sadistischen Motiven) nicht unter der Erwartung eines zu brechenden Widerstands zwecks Ermöglichung sexueller Handlungen erfolgt zu sein braucht.⁷⁹

der Wohnung herum; zwischen dem Ende der Mißhandlungen und den vom Angeklagten verlangten sexuellen Handlungen lag ein Zeitraum von etwa einer Stunde. Hiernach diene die Gewaltanwendung durch den Angeklagten nicht dem Ziel, die Zeugin zur Vornahme sexueller Handlungen zu bewegen. Denn erst nach Anwendung der Gewalt sagte er – offenbar auf Grund eines neuen Entschlusses – zu ihr: ‚So und jetzt bedienst Du mich wie einen Deiner Freier‘ sowie: ‚So jetzt gehen wir ins Bett‘“.

⁷⁶ BGH NSTz 1992, 587; ablehnend Renzikowski (Fn. 13), § 177 Rn. 38. Ähnlich opferfeindlich BGH NSTz 2003, 425; 2005, 269, anders aber BGH NSTz-RR 2003, 43. Vergleichbar kritikwürdig sind die teilweise zu strengen Vorgaben der Rechtsprechung, was den Zeitraum zwischen der Gewaltanwendung und der späteren sexuellen Handlungen angeht, der bei der Beurteilung der noch bestehenden Wirkmächtigkeit der Erinnerung bedeutsam ist, vgl. Hörnle (Fn. 9 – Leipziger Kommentar), § 177 Rn. 88.

⁷⁷ Aus der Literatur Wolters (Fn. 13), § 177 Rn. 28; Eisele (Fn. 13), § 177 Rn. 6 f.; Fischer (Fn. 13), § 177 Rn. 13; Laue (Fn. 13), § 177 Rn. 5; Kindhäuser (Fn. 13), § 177 Rn. 6; Eschelbach (Fn. 13), § 177 Rn. 17.

⁷⁸ Siehe Nachweise Fn. 16.

⁷⁹ Vgl. BGH NSTz 1992, 587; 2005, 269, ferner BGHSt 17, 5.

⁷¹ Nur zum Teil zutreffend erscheint daher die Auffassung Hörnles (Fn. 11), S. 9, wonach ein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber schon deshalb bestehe, weil auch im Falle der Drohung unterhalb der Schwelle in § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB „nach dem Gesetzestext eine Bestrafung als sexuelle Nötigung/Vergewaltigung nicht möglich“ (Hervorhebung durch Verf.) sei. Richtigerweise reicht hier eine Strafbarkeit nach § 240 Abs. 1, 4 StGB aus, um die Anforderungen der Istanbul-Konvention zu erfüllen.

⁷² Vgl. BGH NSTz-RR 2003, 43; BGH NSTz 2005, 269; BGH NSTz 2010, 571.

⁷³ BGHSt 42, 111.

⁷⁴ BGH NSTz-RR 2006, 270.

⁷⁵ Ebenfalls unverständlich BGH StV 1984, 331: „Der Angeklagte hatte ‚aus irgendeinem nicht mehr feststellbaren Grund‘ mit einem Aschenbecher, einer Kaffeekanne, einer Kaffeetasse und einem Wandteller nach der Zeugin geworfen, er schlug sie dann mit der Hand und mit den Fäusten etwa zehn Minuten lang zusammen, anschließend tobte er in

b) Ähnlich verhält es sich im Beispielsfall unter I. 3., bei dem eine schutzlose Lage verneint wurde. Nach der gesetzgeberischen Intention sollte § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB dem Zweck dienen, Strafbarkeitslücken in den Fällen zu schließen, in denen das Opfer „nur deshalb auf Widerstand verzichtet, weil es sich in einer hilflosen Lage befindet und Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos erscheint“, wobei der Gesetzgeber auch solche Situationen im Auge hatte, in denen das Opfer „vor Schrecken starr⁸⁰ oder aus Angst vor der Anwendung von Gewalt durch den Täter dessen sexuelle Handlungen über sich ergehen“ lässt.⁸¹ Insofern war dieser Schritt ein bedeutender legislativer Beitrag, die sexuelle Selbstbestimmung des Einzelnen stärker zu schützen und dabei der Realität gerecht zu werden, dass bei Weitem nicht sämtliche ungewollte Sexualkontakte mit Gewalt oder qualifizierter Drohung einhergehen. Allerdings gehört just diese Tatbestandsvariante zu den gegenwärtig am lautesten artikulierten Kritikpunkten an § 177 StGB.

Dies hat maßgeblich mit den von der Rechtsprechung zunehmend restriktiver ausgelegten Kriterien zur Bestimmung der schutzlosen Lage zu tun. Auch wenn der BGH betont, dass eine schutzlose Lage nicht das „gänzliche Beseitigen jeglicher Verteidigungsmöglichkeiten“ voraussetzt⁸², so sind Tendenzen in der Praxis unübersehbar, „unrealistisch hohe Anforderungen“ an die Bejahung einer objektiv schutzlosen Lage zu stellen.⁸³ Als Beispiel sei die Fallgruppe der (potentiellen) Anwesenheit hilfsbereiter Dritter erwähnt, die eine schutzlose Lage grundsätzlich ausschließen können.⁸⁴ Hier zeugt es aber von richterlicher Realitätsferne, wenn beispielsweise bemängelt wird, dass bei nächtlichen Geschehnissen in einem LKW auf einem Rastplatz an der Autobahn mit zwei Mädchen im Alter von 14 bzw. 9 Jahren nicht geprüft worden sei, wie die Frequentierung des Rastplatzes war und ob ein Dritter in Rufweite stand.⁸⁵ Ebenso unververtretbar, wenn nicht gar absurd, erscheint es, bei einem zehnjährigen Kind eine schutzlose Lage mit Verweis darauf in Frage zu stellen, dass sich sein siebenjähriger Bruder – bei Abwesenheit der Mutter – in einem anderen Raum der Wohnung aufhielt.⁸⁶

Auch bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB wäre es denkbar, ohne einen Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip eine Normauslegung zu bevorzugen, die erhebliche Strafbarkeitslücken

schließt: Die „schutzlose Lage“ im Sinne der Vorschrift wird in ständiger Rechtsprechung dergestalt verstanden, dass sich die Schutzlosigkeit nach objektiven Maßstäben bestimmt. Demnach ist für eine subjektive Bewertung der Lage, die für den Betroffenen schutzlos erscheint, kein Raum: „Es reicht [...] nicht aus, dass das Opfer sich schutzlos fühlt. Für das Tatbestandsmerkmal kommt es vielmehr allein darauf an, dass das Tatopfer nach objektiver ex-ante-Prognose möglichen nötigen Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert wäre.“⁸⁷ Zwingend ist eine solche Lesart indes nicht. Vielmehr ist es mit dem Wortlaut der Vorschrift und vor allem mit dem Gesetzeszweck des besseren Opferschutzes vereinbar, eine schutzlose Lage dann anzunehmen, wenn zwar objektiv Schutzmöglichkeiten bestehen, das Opfer aber vom Täter darüber getäuscht wird oder diese Möglichkeiten selbst nicht erkennt.⁸⁸

Ebenso möglich wäre eine Lesart des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB, die ihn nicht in den Kontext mit den vorstehend aufgeführten Nötigungsmitteln der Gewalt und Drohung stellt. Entsprechend der erwähnten Intention des Gesetzgebers, mit der Einfügung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB auch Sachverhalte ohne Einsatz von Nötigungsmitteln zu erfassen, um Strafbarkeitslücken zu schließen, ist die Rechtsprechung in der Tat anfänglich von einem weiten Nötigungsbegriff ausgegangen: „Nötigen bedeutet seinem Wortsinn nach einem anderen ein von ihm nicht gewolltes Verhalten aufzwingen, ihn gegen seinen Willen zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen bestimmen.“⁸⁹ Allerdings wurde diese Sichtweise recht bald wieder aufgegeben⁹⁰ und im Sinne der „inneren Stimmigkeit“ des § 177 StGB⁹¹ das Erfordernis eines – auch vom Wortlaut nahegelegten („unter Ausnutzung einer Lage [...] nötigt [...]“) – körperbezogenen Nötigungskontextes aufgestellt, was zu erheblichen Einschränkungen der Norm führte.

⁸⁰ Bewegungsunfähigkeit, Erstarren, Widerstandslosigkeit oder aus „objektiver“ Perspektive gänzlich unlogische Handlungen stellen durchaus weit verbreitete Reaktionen auf sexualisierte Übergriffe dar, vgl. *Lembke*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 34 (2014), 253. Siehe ferner *Hörnle*, ZIS 2015, 206.

⁸¹ BT-Drs. 13/7324, S. 6.

⁸² BGHSt 44, 232; 45, 256.

⁸³ *Hörnle* (Fn. 11), S. 9. Ebenfalls kritisch *Eisele* (Fn. 32), S. 4; *Renzikowski* (Fn. 10), S. 6 f.

⁸⁴ Vgl. BGHSt 44, 232; 45, 256; BGH NStZ 2003, 425; BGH NStZ 2010, 273; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 177 Rn. 6; *Fischer*, ZStW 112 (2000), 80.

⁸⁵ BGH NStZ 2005, 380.

⁸⁶ BGH NStZ 2006, 165.

⁸⁷ BGH NStZ 2012, 269, mit Verweis auf BGHSt 50, 362. Ebenso im Beispielsfall unter I. 3. BGH NStZ 2012, 467. Mit instruktiver Kritik an diesem Verständnis *Maiwald*, in: *Heger/Kelker/Schramm* (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 539 (545 ff.).

⁸⁸ *Renzikowski* (Fn. 13), § 177 Rn. 44; *ders.*, NStZ 1999, 379. Ebenfalls in diese Richtung *Wolters* (Fn. 13), § 177 Rn. 19; *Frommel* (Fn. 13), Rn. 51; *Eschelbach* (Fn. 13), Rn. 24; *Maiwald* (Fn. 87), S. 548, 552; *Sick* (Fn. 9), Rn. 361 f. Dagegen *Hörnle* (Fn. 9 – Leipziger Kommentar), § 177 Rn. 104.

⁸⁹ BGHSt 45, 258. Bestätigt in BGH NStZ-RR 2003, 44; ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG ist darin nicht zu sehen, BVerfG NJW 2004, 3768 (3769 f.). Ebenso für ein solches Nötigungsverständnis *Hörnle* (Fn. 9 – Leipziger Kommentar), § 177 Rn. 14 ff.; *Ziegler* (Fn. 13), § 177 Rn. 23. Dagegen *Fischer*, NStZ 2000, 142; *ders.* (Fn. 13), § 177 Rn. 36a ff.; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 11; *Renzikowski* (Fn. 13), § 177 Rn. 21 sowie ausführlich 47 ff.

⁹⁰ BGHSt 50, 365 f.: „Ausüben von Zwang“.

⁹¹ BGHSt 51, 280 (285 f.): Beschränkung der qualifizierten Drohung in § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf Leib und Leben erfordere, Nachteile „nichtkörperlicher Art“ unberücksichtigt zu lassen.

c) Schließlich steht nicht der Wortlaut, sondern die Auslegung und Anwendung auch in den Fällen (unter I. 4. und 5.) im Vordergrund, in denen das Vorliegen einer Gewalthandlung oder einer qualifizierten Drohung im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB verneint wurde. Auch wenn es nachvollziehbar erscheint, dass die Rechtsprechung geneigt ist, § 177 StGB angesichts seines Verbrechenscharakters tendenziell eng auszulegen⁹², scheiterte es bei der Schließung von Schutzlücken jedenfalls nicht an der konkreten Norm, wenn sich beispielsweise die Auslegung der nötigen „Gewalt“ im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB an § 240 StGB orientierte.⁹³ Ein zwingender Bedarf an neuen Vorschriften ist daher bei diesen Fallgruppen ebenfalls nicht gegeben.

Als Ergebnis lässt sich festhalten: Die Straflosigkeit in den als Schutzlücke kritisierten Sachverhalten geht nicht zwingend auf das Gesetz an sich zurück, sondern hat ihren maßgeblichen Grund in dessen restriktiver Auslegung und Anwendung durch höchstrichterliche Instanzen sowie sich daran orientierende Fachgerichte und Staatsanwaltschaften.⁹⁴ Inzwischen scheint sich jedoch diese – nicht selten fragwürdige – Handhabung in der Strafjustiz so verfestigt zu haben, dass eine alsbaldige Änderung der gegenwärtigen Lage in Richtung eines umfassenderen Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung nicht zu erwarten ist. Da es sich aus Gründen der Gewaltenteilung verbietet, der Judikative konkrete Vorgaben durch die Legislative in Sachen „zutreffender“ Gesetzesauslegung zu machen, kann der Gesetzgeber seiner Verpflichtung aus Art. 36 der Istanbul-Konvention, „nicht-einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person“ umfassend unter Strafe zu stellen, nur durch eine entsprechende Gesetzesänderung nachkommen. Unabhängig von dieser internationalen Verpflichtung sollten die aufgezeigten Schutzlücken jedoch auch mit Blick auf die grundrechtlich bedeutsamen Schutzpflichten des Staates geschlossen werden.

Dies gilt ebenfalls für die verbliebene „echte“ Schutzlücke im deutschen Sexualstrafrecht: Die Überrumpelung des Betroffenen bzw. Ausnutzung des Überraschungsmoments stellen eindeutig strafwürdige Verhaltensweisen dar, die nicht nur einer Geschmacklosigkeit gleichkommen, über die man besser hinwegschaut. Vielmehr sollte beispielsweise der überraschende Griff unter den Rock einer Frau an ihre Geschlechtsteile als ein erheblicher Eingriff in das Recht der sexuellen Selbstbestimmung bewertet werden⁹⁵, denn der Körper des Einzelnen als höchstpersönliches Rechtsgut ist kein „Freiwild-Territorium“ zur Befriedigung sexueller „Jagdwünsche“, dessen man sich deshalb straflos bedienen kann, weil dem Betroffenen die situative Bildung und der

adäquate Ausdruck eines entgegenstehenden Willens aus zeitlicher Perspektive nicht möglich ist. Ebenso zu bedenken ist der Umstand, dass die Straflosigkeit solcher Übergriffe auch aus intrasystematischer Sicht zu Unstimmigkeiten führt: So sieht das Gesetz Zudringlichkeiten wie exhibitionistische Handlungen (§ 183 StGB), die Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183a StGB) oder die beharrliche Zuwiderhandlung gegen das Prostitutionsverbot (§ 184e StGB) als strafwürdig an und pönalisiert damit den Zwang zur Wahrnehmung sexueller Vorgänge, während hingegen unmittelbar gegen den Körper gerichtete sexuelle Übergriffe straflos bleiben, wenn das vorausgesetzte Nötigungselement fehlt.⁹⁶

2. Der entgegenstehende Wille als gesetzliches Tatbestandsmerkmal

Steht die Notwendigkeit einer neuen Justierung der Sexualdelikte im Grundsatz fest, so fragt sich gleichwohl, in welchem Umfang und vor allem mit welchem Regelungsmodell eine solche Reform vonstattengehen sollte.

Vorweg abzulehnen sind zwei Möglichkeiten: Zum einen darf nicht bloß darauf abgestellt werden, dass der Sexualkontakt „gegen den Willen“ der Person stattfindet.⁹⁷ Mit einem solchen Konzept würde die innere Einstellung des Betroffenen zum Maßstab erklärt werden, die allerdings keinen Niederschlag in der Außenwelt zu finden bräuchte. Abgesehen von erheblichen Problemen bei der retrospektiven Bewertung eines nicht kundgetanen entgegenstehenden Willens wäre es für die Beschuldigten in diesen Fällen zudem ein Leichtes, sich auf einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum zu berufen, da es äußerlich kein Anzeichen für den „wahren Willen“ gegeben habe.⁹⁸ Es müssen daher im Mindestmaß objektivierbare Anhaltspunkte für die Beurteilung der Freiwilligkeit des Sexualkontakts gegeben sein. Dies setzt voraus, dass ein kommunikativer Vorgang zwischen den Beteiligten stattfindet.

Zum anderen sollte einer erteilten Zustimmung bereits tatbestandsausschließende Wirkung zukommen. Daher bietet sich eine Tatbestandsformulierung „mit Einwilligung“ nicht an, weil der Gesetzgeber dadurch nach überwiegender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung einen Rechtferti-

⁹² Vgl. auch Fischer (Fn. 13), § 177 Rn. 5a, der mit Verweis auf den Rechtsfolgenunterschied den systematischen Widerspruch zu § 240 (Abs. 4) StGB betont.

⁹³ So Hörnle (Fn. 9 – Leipziger Kommentar), § 177 Rn. 33; Renzikowski (Fn. 13), § 177 Rn. 23.

⁹⁴ So nachdrücklich Frommel, Festschrift Ostendorf (Fn. 54). Bejahend auch aus der Strafverfolgungssicht Eisenhuth (Fn. 53), S. 5.

⁹⁵ Ebenso Hörnle (Fn. 11), S. 18; ferner dies., ZIS 2015, 206.

⁹⁶ Sick, JZ 1991, 334; Adelman, Jura 2009, 26. Der systematische Blick macht aber auch gleichzeitig deutlich, dass ein eigenständiger, als Vergehen ausgestalteter Tatbestand notwendig ist, der die Fälle des überraschenden sexuellen Angriffs erfasst, denn bloße „Grapschereien“ ohne Penetration unter § 177 Abs. 1 StGB zu subsumieren (vgl. zu solchen Ansichten Fn. 13) bedeutete eine Einordnung der Tat als Verbrechen (!), was selbst im Falle der regelmäßigen Annahme eines minder schweren Falles dennoch ein unbefriedigendes Ergebnis darstellte.

⁹⁷ So aber z.B. der Vorschlag aus dem Bundesrat v. 29.9.2014, BR-Drs. 422/1/14: „Wer eine andere Person gegen ihren Willen dazu bringt, [...]“. Bereits mit dieser Formulierung BT-Drs. 10/6137, S. 9, aus 1986 sowie BT-Drs. 11/5153, S. 3 aus 1989, dazu ausführlich Sick (Fn. 9), S. 327 ff.

⁹⁸ Hörnle (Fn. 11), S. 15.

gungsgrund normieren würde.⁹⁹ Damit wäre aber die wertungsmäßig unsinnige Aussage verbunden, alle Sexualkontakte zwischen erwachsenen Menschen erfüllten per se einen Unrechtstatbestand, und erst auf der zweiten Stufe sei zu prüfen, ob im Einzelfall eine Rechtfertigung durch die erteilte Einwilligung erfolgen könne.¹⁰⁰ Ferner ist bei Anwendung der Einwilligungsregeln zu beachten, dass Täuschungen grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen können, wobei im Einzelnen umstritten ist, welche Art der Täuschung einen wesentlichen Willensmangel zu begründen vermag (nur rechtsgutsbezogene Täuschungen¹⁰¹ oder darüber hinaus auch eine durch Täuschung veranlasste Fehlvorstellung¹⁰² oder gar schon jeder Motivirrtum¹⁰³). Eine vorbehaltlose Übertragung der allgemeinen Einwilligungsregeln auf einen Sexualstraftatbestand würde daher, so *Renzikowski*, zu einem Wiederaufleben¹⁰⁴ des Schutzes vor Täuschungen führen, den er im Sexualstrafrecht für überholt hält.¹⁰⁵

Demnach läuft die Suche auf eine tatbestandsausschließende Formulierung hinaus, die einem Kommunikationsvorgang zugänglich ist. In diesem Sinne kommen bei einem Modell, das das strafbare Verhalten tatbestandlich als Missachtung des entgegenstehenden Willens umschreibt, zwei Regelungsmöglichkeiten in Betracht.

a) „Only yes means yes“

Kern dieses Modells, das in jüngerer Zeit Eingang in Verhaltenskodizes US-amerikanischer Universitäten gefunden

⁹⁹ Vgl. nur BGHSt 16, 309; BGH NStZ 2004, 442; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 376; *Lackner/Kühl* (Fn. 84), Vor §§ 32 ff. Rn. 10; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schroeder (Fn. 13), Vor §§ 32 ff. Rn. 33. Anders *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 12 ff., der die Einwilligung generell als tatbestandsausschließend ansieht. Ebenso *Schlehofer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Vor §§ 32 ff. Rn. 126 ff.

¹⁰⁰ *Eisele* (Fn. 32), S. 7; *Hörnle* (Fn. 11), S. 16.

¹⁰¹ *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 99), Vor §§ 32 ff. Rn. 46.

¹⁰² *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 410 ff.

¹⁰³ *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 109 ff.

¹⁰⁴ Im Zuge der Modernisierung und Entkriminalisierung des Sexualstrafrechts wurde 1969 die Regelung des § 179 StGB a.F. als eine solche täuschungsschützende Vorschrift abgeschafft, wonach zu bestrafen war, wer „eine Frauensperson zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitet, daß er eine Trauung vorspiegelt, oder einen anderen Irrtum in ihr erregt oder benutzt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt“.

¹⁰⁵ *Renzikowski* (Fn. 10), S. 11 f. Ebenso ablehnend *Fischer*, Interview in Legal Tribune Online v. 19.8.2014:

<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/interview-bgh-fischer-frommel-sexualstrafrecht/> (28.2.2015). Hingegen für eine Einbeziehung von rechtsgutsbezogenen Täuschungen *Eisele* (Fn. 32), S. 9, 11.

hat¹⁰⁶, ist die (vorherige) positive Erteilung der Zustimmung zum Sexualkontakt. Auch hier stehen zwei Formulierungsmöglichkeiten zur dogmatischen Umsetzung zur Verfügung: Einerseits könnte das betreffende Merkmal – in Anlehnung an den Wortlaut des Art. 36 der Istanbul-Konvention: „non-consensual“ bzw. „consent must be given“ – mit „ohne Einverständnis“ umschrieben werden.¹⁰⁷ Dadurch knüpfte man begrifflich an die Kategorie des tatbestandsausschließenden Einverständnisses¹⁰⁸ an. Andererseits wäre es auch möglich, die Formulierung „ohne Zustimmung“ zu wählen, um die dogmatische Bezugnahme auf das althergebrachte Einverständnis zu vermeiden und sich den Weg zu einer entsprechenden (teilweisen) Anwendung der allgemeinen Einwilligungsregeln zu ebnet¹⁰⁹, ohne sich gleichzeitig auf eine Kategorisierung als Rechtfertigungsgrund festzulegen. Angesichts der vergleichsweise wenig erschlossenen Rechtsfigur des Einverständnisses¹¹⁰ erscheint die zweite Option vorzuzugswürdig.

Der herausragende Vorteil des „Nur ein Ja ist ein Ja“-Modells besteht ohne Zweifel darin, dass es – jedenfalls tatbestandlich¹¹¹ – einen sehr umfassenden Schutz der sexuellen

¹⁰⁶ Vgl. State of California, Senate Bill No. 967: Einführung von Section 67386 Education Code („relating to student safety“), online abrufbar unter: https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB967 (28.2.2015).

Als leitende Verhaltensnorm wird dort aufgestellt: „An affirmative consent standard in the determination of whether consent was given by both parties to sexual activity. ‚Affirmative consent‘ means affirmative, conscious, and voluntary agreement to engage in sexual activity. *It is the responsibility of each person involved in the sexual activity to ensure that he or she has the affirmative consent of the other or others to engage in the sexual activity. Lack of protest or resistance does not mean consent, nor does silence mean consent.* Affirmative consent must be ongoing throughout a sexual activity and can be revoked at any time. The existence of a dating relationship between the persons involved, or the fact of past sexual relations between them, should never by itself be assumed to be an indicator of consent.“ (*Hervorhebungen durch Verf.*) Siehe zum Ganzen: <http://www.taz.de/!146940/>.

¹⁰⁷ So auch der Vorschlag des *Deutschen Juristinnenbundes (DJB)*, Stellungnahme v. 25.7.2014 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 4.

¹⁰⁸ Dazu *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2014, Rn. 366 ff.

¹⁰⁹ Zur Möglichkeit der Übertragung der Einwilligungsregeln auf das tatbestandsausschließende Einverständnis (z.B. bei § 266 StGB) siehe BGH NStZ 1997, 124; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, Rn. 865.

¹¹⁰ *Hörnle* (Fn. 11), S. 14.

¹¹¹ Anders womöglich in der Praxis, wenn ein solches Konzept aufgrund der Beweisschwierigkeiten die an es gestellten Erwartungen nicht zu erfüllen vermag, dazu *Hörnle*, ZIS 2015, 206 sowie unten IV. 2. b) bb).

Selbstbestimmung gewährleistet. Sämtliche Fälle, die als Schutzlücken beklagt werden, wären von diesem Modell als Unrecht erfasst. Allerdings darf sich die Zweckmäßigkeit einer Strafnorm selbstredend nicht an ihrem umgreifenden Eingreifen messen (ultima ratio-Prinzip, materielles Schuldprinzip), sondern maßgeblich daran, inwiefern sie ausschließlich strafwürdige Sachverhalte pönalisiert und nicht darüber hinaus in den Freiheitsraum des Einzelnen in der Weise eingreift, dass auch sozialadäquate Verhaltensweisen in die Nähe einer Strafandrohung gerückt werden. Diese Frage hängt wiederum mit der Problematik zusammen, welche Verhaltensmaxime die jeweilige Strafvorschrift aufstellt.

Wenn die ausdrückliche oder konkludente Zustimmung des Gegenübers zur Voraussetzung eines straflosen Sexualkontakts gemacht wird, so steckt darin die Aufforderung, die sexuelle Selbstbestimmung des Anderen als voraussetzungslos geschütztes Rechtsgut anzusehen und daher von allen sexuellen Handlungen – auch ohne Einsatz von Gewalt oder Drohung – von vornherein abzusehen, die nicht von der vorher erteilten Zustimmung des höchstpersönlich Betroffenen gedeckt sind. An sich ist gegen eine solche maximale Rücksichtnahme auf die Sexualität anderer nichts einzuwenden; allerdings dürfte sich die praktische Handhabung dieser Handlungsmaxime als schwierig erweisen. Denn sexuelle Interaktion ist ihrer Natur nach weniger von Formalität als von Spontanität und situativer Abwechslung geprägt. Wenn nun jeder Abfolge von unterschiedlichen Formen des sexuellen Körperkontakts in einem zusammenhängenden, nötigungs-freien Gesamtgeschehen (vom ersten Kuss bis zum Abschluss des sexuellen Verkehrs) jeweils eine Zustimmung vorausgehen müsste, wäre dies eine lebensfremde Anforderung an die menschliche Sexualität. Dies gilt selbst dann, wenn statt einer ausdrücklichen auch eine konkludente Zustimmung als ausreichend betrachtet wird, die sich dem – ggf. aufmerksam zu beobachtenden – Gesamtkontext der sexuellen Interaktion entnehmen lässt. Auch mit einer solchen Entschärfung bleibt es fraglich, ob diese „hohen Anforderungen an Geistesgegenwärtigkeit und Selbstkontrolle den spezifischen Bedingungen befriedigender sexueller Begegnungen gerecht werden“ können.¹¹²

b) „Only no means no“

Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Einzelnen vor aufgedrängten Sexuallkontakten lässt sich konstruktiv nicht allein durch eine fehlende positive Zustimmung, sondern ebenso durch ein Handeln gegen den erklärten Widerwillen des Betroffenen darstellen. Dieses „Nur ein Nein ist ein Nein“-Modell erlaubt mehr Spielraum in sexuellen Interaktionen als das Alternativkonzept: Hier wird für die Sexualpartner keine stetige Aufmerksamkeit hinsichtlich des Bestehens bzw. der Fortdauer des Einverständnisses abverlangt, die u.U. eine „lustkillende“ Bewertung subtiler Formen von Körpersignalen einschließen kann. Vielmehr sieht sich der Übergreifende – im Idealfall – mit einer für ihn wahrnehmbaren und eindeutigen Ablehnung („rote Linie“) konfrontiert,

die er dann nur bei Strafe ignorieren kann. Einer weitergehenden Gegenwehr des Betroffenen, insbesondere eines körperlichen Widerstands, bedarf es ebenso wenig wie des Bestehens einer schutzlosen Lage, die von einer solchen Widerstandsleistung absehen lässt. Allerdings setzt auch dieses Modell eine erhöhte Wachsamkeit in der sexuellen Interaktion voraus, die sich aber im Unterschied zum vorgestellten Alternativmodell nur auf das Fehlen eines Einverständnisses bezieht, was – bei Sachverhalten ohne Einsatz von Nötigungsmitteln – merklich weniger an Anspannung der Wahrnehmung beanspruchen sollte als beim „Nur ein Ja ist ein Ja“-Modell. Eine solchermaßen konstituierte erhöhte Rücksichtnahme auf die Sexualität anderer stellt eine konsequente und begrüßenswerte Folge einer Grundsatzentscheidung dar, bestimmte nötigungsfreie, aber gleichwohl strafwürdige Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen.

aa) Die nähere Betrachtung bringt aber auch bei diesem Modell grundlegende Schwierigkeiten zum Vorschein. So können zum einen neben dem Idealfall einer ausdrücklich erklärten Ablehnung auch konkludente, u.U. ambivalente Verhaltensweisen im Raum stehen, die einer Bewertung als Ausdruck des Widerwillens bedürften. Zum anderen bleibt bei dieser Konzeption – das ist der entscheidende Kritikpunkt – der angestrebte Ausbau des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung insofern unvollständig, als einige strafwürdige Sachverhalte weiterhin straflos bleiben. Konkret geht es dabei einerseits um die Überrumpelungsfälle, bei denen die Kundgabe eines entgegenstehenden Willens begrifflich nicht möglich ist. Andererseits kann es an ausdrücklicher wie auch konkludenter Ablehnung fehlen, wenn beispielsweise in Gewaltbeziehungen (Beispielsfall unter I. 3.) oder bei anfänglich brutalem Gewalteintritt (Beispielsfall unter I. 2.) das Opfer resigniert und sich dem Willen des Täters ohne weiteres beugt.

Zur Vermeidung solcher Schutzlücken bei einem „Only no means no“-Modell eignet sich zwar ein auffangendes Merkmal wie die von *Hörnle* vorgeschlagene Tatvariante „oder unter Umständen, in denen die fehlende Zustimmung offensichtlich ist“. Allerdings führt eine solche Konstruktion zu dogmatischen Sonderwegen im subjektiven Tatbestand, die sich in der Stellung der Offensichtlichkeit der fehlenden Zustimmung zeigen. Es fragt sich nämlich, worauf sich der Vorsatz des Täters bei solchen Sachverhalten beziehen muss. Der Begriff „offensichtlich“ kommt im Strafgesetzbuch an keiner Stelle als Tatbestandsmerkmal vor.¹¹³ Er ist nicht deskriptiver, sondern normativer Natur. Der Vorsatz des Täters muss sich demnach nicht auf die Offensichtlichkeit als solche, sondern auf die fraglichen Umstände beziehen: „Ihre Bewertung als Indiz für eine offensichtlich fehlende Zustimmung muss er nicht selbst nachvollziehen. Vielmehr handelt es sich dann strafrechtsdogmatisch um einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum, der allenfalls einen vermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 StGB) nach sich zieht. Dadurch wird aber die Dogmatik des subjektiven Tatbestands

¹¹² *Hörnle* (Fn. 11), S. 17. Ebenso ablehnend *Eisele* (Fn. 32), S. 8.

¹¹³ Bei § 326 Abs. 6 StGB handelt es sich insoweit um einen Strafausschlussgrund vgl. *Heine/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 13), § 326 Rn. 17.

verändert. Grobe Fahrlässigkeit und Unvernunft wird zu bedingtem Vorsatz umdeklariert.¹¹⁴

bb) Darüber hinaus wohnt dem „Nur ein Nein ist ein Nein“-Modell – ähnlich wie beim „Nur ein Ja ist ein Ja“-Modell – ein konstruktives Beweisproblem inne. Bekanntlich gestaltet sich die Beweislage bei Sexualdelikten seit jeher schwierig, weil in der Regel Aussage gegen Aussage steht.¹¹⁵ Doch die Befürchtung lautet, mit dem Verzicht auf den Einsatz von Nötigungsmitteln könnten sich die forensischen Probleme bei der retropektiven Bewertung der Tatsituation potenzieren, da es dann nur auf die (sogar nur konkludent mögliche) Kundgabe des (Wider-)Willens ankomme.¹¹⁶ Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass auch gegenwärtig nicht bei allen Nötigungsvarianten des § 177 StGB materiell-objektivierbare Anknüpfungspunkte für den entgegenstehenden Willen des Betroffenen existieren müssen.¹¹⁷ Am ehesten ist das denkbar beim Gewalteinsatz, wenn sich die Folgen am Körper gerichtsverwertbar feststellen lassen; nicht selten fehlt es aber an solchen Beweisen im Prozess, so dass es dann auf die Bewertung der Aussagen über die Gewaltanwendung ankommt. Bei der schutzlosen Lage nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist deren nötigende Wirkung schon etwas nicht „Fassbares“, jedoch immerhin ein objektivierbares Indiz für die empirisch gestützte Annahme einer Zwangslage. Bei der gegenwärtigen Drohung mit Leib und Leben hat man demgegenüber regelmäßig allein auf die Glaubhaftigkeit der belastenden Aussage abzustellen.

Letztlich gilt für den Nachweis des bestehenden oder fehlenden Willens zum Sexualkontakt nichts anderes als für die Feststellung anderer Willenslagen wie Vorsatz, Absicht etc.: Als Zuschreibungen lassen sie sich im Prozess nur aus den äußeren Umständen des rekonstruierten Geschehens ableiten, so dass etwa die Behauptung eines zum Tatzeitpunkt entgegenstehenden Willens nichts weiter als ein Indiz darstellt, das sich – unter Beachtung des Zweifelsgrundsatzes¹¹⁸ – mit übrigen Erkenntnissen zur Überzeugung des Gerichts decken muss.¹¹⁹ Unüberwindbare Beweisschwierigkeiten, die mit der Einbeziehung auch nötigungsfreier Verhaltensweisen einhergehen und die Norm praktisch unanwendbar machen, sind nicht zu befürchten.¹²⁰

Und dennoch sollte der Hinweis auf zunehmende Beweisschwierigkeiten in der Praxis nicht bagatellisiert werden.

¹¹⁴ Renzikowski (Fn. 10), S. 13. Mit gleichlautender Kritik ebenfalls ablehnend Frommel, Festschrift Ostendorf (Fn. 54).

¹¹⁵ Siehe zur Beweiswürdigung in diesen Konstellationen BGHSt 44, 158 f.; BGH NSTz 2000, 496; BGH NSTz-RR 2003, 304.

¹¹⁶ Fischer (Fn. 5), S. 12 ff.; Eisenhuth (Fn. 53), S. 2 f.; Cirullies (Fn. 53), S. 2 f.

¹¹⁷ Eisenhuth (Fn. 53), S. 2 f.

¹¹⁸ Zur tatgerichtlichen Anwendung des Zweifelsgrundsatzes bei Sexualdelikten siehe BGH NSTz 2012, 172.

¹¹⁹ Renzikowski (Fn. 10), S. 13, ferner BGH NJW 1991, 2094. Zu den „Exkulpationsstrategien“ des Angeklagten siehe Renzikowski (Fn. 13), Rn. 60 f.

¹²⁰ Hörnle, ZIS 2015, 206. So auch Fischer (Fn. 5), S. 16 f., der freilich die „erhöhte Gewähr der Richtigkeit“ anzweifelt.

Abgesehen davon, dass es in der Tat äußerst schwierig werden dürfte, ambivalente, von subtilen Formen von Gestik und Mimik beherrschte Verhaltensweisen („schüchternes Lächeln“) nach Monaten oder Jahren¹²¹ als Zustimmung (zu welcher Handlung?) bzw. Ablehnung (ab welchem Zeitpunkt?) zu qualifizieren¹²², wird die Schaffung erweiterter Straftatbestände gerade im Bereich des Sexualstrafrechts naheliegender Weise eine Zunahme der Strafanzeigen zur Folge haben. Insofern wird bereits ein Anfangsverdacht zu bejahen sein, wenn der Sexualkontakt feststeht und der Betroffene das Fehlen der Zustimmung bzw. die Kundgabe des entgegenstehenden Willens behauptet, da es eines darüber hinaus hinausgehenden Anknüpfungspunktes nicht bedarf. Allerdings ist nicht zu erwarten, dass dadurch die Zahl der Verurteilungen wegen Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung steigt. Vielmehr liegt es nicht fern, dass die erwähnten Beweisschwierigkeiten und die zweifelhaften Motivlagen (z.B. Rache nach zerrüttetem Ende einer Beziehung; Druckmittel in familien- und sorgerechtlichen Streitigkeiten etc.)¹²³ unter konsequenter Anwendung des Zweifelsgrundsatzes zu Verfahrenseinstellungen bzw. Freisprüchen führen.¹²⁴ Dies würde zwangsläufig die (hohen) Erwartungen an den besseren Schutz der sexuellen Selbstbestimmung durch die neuen Tatbestände nachhaltig enttäuschen.

Schließlich darf im Kontext der Beweisführung nicht unberücksichtigt bleiben, dass die den beiden Modellen immanente stärkere Fokussierung auf den Willen des Betroffenen noch mehr als bisher dazu führte, den Blick im Prozess auf das Opferverhalten zu richten: Das sexuelle Vorleben, der „verführerische“ Blick vor der Tat, der „aufreißerische“ Ausschnitt usw. könnten durchaus beständige Teile einer Konfliktverteidigung sein, die darauf abzielt, den sexuellen Übergriff als gewollt oder gar provoziert darzustellen, was die sekundäre Traumatisierung von Opfern vor Gericht verstärkte.¹²⁵

c) Positive Normierung des unfreiwilligen Sexualkontakts

Die Suche nach einem Modell, das das strafbare Verhalten tatbestandlich als Missachtung des entgegenstehenden Willens umschreibt, hat gezeigt, dass sowohl das „Nur ein Ja ist ein Ja“-Modell als auch das „Nur ein Nein ist ein Nein“-

¹²¹ Vgl. zur langen Dauer der Verjährung § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB, der ein Ruhen der Verjährung bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres des Opfers anordnet.

¹²² In diesem Zusammenhang ist vor allem zu bedenken, dass menschlichen Aussagen über vergangene Geschehnisse per se einer Vielzahl von Störfaktoren ausgesetzt sind, die gerade mit zunehmendem zeitlichem Abstand zur Tat an Bedeutung gewinnen, vgl. dazu Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 9. Aufl. 2015, Rn. 1363 ff.

¹²³ Vgl. Eschelbach (Fn. 13), § 177 Rn. 8.

¹²⁴ Cirullies (Fn. 53), S. 3; Eisenhuth (Fn. 53), S. 3; Fischer (Fn. 5), S. 17; Eisele (Fn. 32), S. 9. Umgekehrt besteht selbstredend auch die Gefahr, dass es verstärkt zu Falschverdächtigungen kommt, die belastende Ermittlungsverfahren oder gar Fehlrteile nach sich ziehen können.

¹²⁵ Eisenhuth (Fn. 53), S. 4.

Modell kriminalpolitisch und dogmatisch gangbare Wege darstellen, die ihre Vorbilder in anderen Ländern haben. Sie sind gleichwohl aufgrund der dadurch aufgestellten Verhaltensmaximen, der möglicherweise zu unklaren Bestimmungskriterien hinsichtlich der Zustimmung bzw. des entgegenstehenden Willens und der damit einhergehenden Gefahr einer Einbeziehung auch sozialadäquater Verhaltensweisen ernst zu nehmenden Vorbehalten ausgesetzt.¹²⁶ Vor diesem Hintergrund bietet sich eine „evolutionäre Fortschreibung“ der geltenden Regelungssystematik an: Wenn es bei der Konformität des deutschen Sexualstrafrechts mit den internationalen Vorgaben im Kern darum geht, den nicht-einvernehmlichen Charakter des Sexualkontakts als unfreiwillige Beteiligung am Geschehen zu umschreiben, so kann – der Konzeption von *Eisele* folgend – unterhalb des § 177 StGB ein weiterer subsidiärer Tatbestand des Missbrauchs geschaffen werden, in dem der Gesetzgeber Umstände positiv normiert¹²⁷, die jenseits des Einsatzes von Nötigungsmitteln die sexuelle Selbstbestimmung in strafwürdiger Weise verletzen.

Auf eine solche Zweiteilung im Wege der Ergänzung des Nötigungskonzepts in § 177 StGB um einen eigenständigen Tatbestand sollte unter keinen Umständen verzichtet werden. Zum einen ist es verfehlt, das bloße Handeln gegen den Willen des Opfers in irgendeiner Form als Nötigung anzusehen.¹²⁸ Denn „Nötigen ist das Beugen eines dem Ansinnen des Täters entgegen stehenden Willens durch Ausüben von Zwang.“¹²⁹ Fehlen erzwingende Umstände wie Gewaltanwendung oder qualifizierte Drohung, so sind die darüber hinaus vorliegenden strafwürdigen Faktoren, die die Freiwillig-

igkeit ausschließen, qualitativ anderer Natur und bedürfen einer gesonderten Regelung, um deren eigenständiges Unrecht zu erfassen. Zum anderen ist zu befürchten, dass die gemeinsame Regelung nötiger und nicht-nötiger Verhaltensweisen in demselben Tatbestand dazu führen könnte, auch bei nicht-nötigen Merkmalen einen nötigen Zusammenhang zu verlangen, wie dies bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB der Fall war.¹³⁰

Was nun die Formulierung einzelner Merkmale zur Beschreibung der Fälle der Unfreiwilligkeit angeht, so besteht die Herausforderung darin, die vorhandenen Schutzlücken zu schließen, ohne gleichzeitig sozialadäquate Verhaltensweisen einschließlich eines zumutbaren „Nein“-Sagens zu sexuellen Aufforderungen zu pönalisieren. Dabei ist besonders darauf zu achten, dass die jeweiligen Unrechtsbeschreibungen möglichst objektivierbar sind, damit dem Beweis leichter zugängliche Anknüpfungspunkte im Prozess bestehen. Hinsichtlich der Überrumpelungsfälle lässt sich dies mit der „Unmöglichkeit der Widerstandsleistung“ (Variante 1 bei *Eisele*) erreichen, wovon aber auch die Fälle einer Täuschung umfasst wären; diesbezüglich sollten, wenn überhaupt, nur rechts-gutsbezogene Täuschungen berücksichtigt werden. In Bezug auf das Klima der (erwarteten) Gewalt in Beziehungen bzw. bei Geschehnissen unmittelbar vor der Tat (soweit sie nicht von § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst sind), den fehlenden Finalzusammenhang, die Drohung mit einem empfindlichen Übel sowie die Gewaltanwendung unterhalb der Gewalt im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB eignet sich ferner das Merkmal des „erheblichen Nachteils“, das dem Opfer objektiv droht (Variante 2 bei *Eisele*). Das Kriterium der Erheblichkeit sollte hier als Korrektiv zur Ausscheidung von Bagatellfällen einschließlich einer zumutbaren Zurückweisung des sexuellen Ansinnens¹³¹ fungieren; als Leitbild schlägt *Eisele* den Maßstab des empfindlichen Übels nach den für § 240 StGB entwickelten Grundsätzen vor.¹³²

Teilweise problematisch erscheint hingegen die dritte von *Eisele* vorgeschlagene Variante des vom Opfer „befürchteten“ erheblichen Nachteils. Dieses Merkmal kann nur dann einschlägig sein, wenn ein erheblicher Nachteil im Sinne der zweiten Variante objektiv nicht droht, aber gleichwohl das Opfer einen solchen annimmt und seine Befürchtung darauf beruht. Die entsprechende Fehlvorstellung lässt sich wiederum maßgeblich auf zwei Umstände zurückführen: Einerseits kann der Täter erfolgreich vorgeben, für einen erheblichen Nachteil zu Lasten des Opfers sorgen zu können, ohne dass ihm die Möglichkeit hierzu gegeben ist. In diesem Punkt besteht an der Strafwürdigkeit des Verhaltens kein Zweifel.¹³³ Andererseits ist es ebenso möglich, dass die Befürchtung

¹²⁶ Aus Raumgründen kann vorliegend nicht auf die dogmatisch-systematischen Folgen der Implementierung eines solchen weiten Tatbestands auf den gesamten 13. Abschnitt des Strafgesetzbuchs eingegangen werden, dazu *Hörnle* (Fn. 11), S. 22 f.; *Renzikowski* (Fn. 10), S. 14. Fest steht jedenfalls, dass es mit lediglich punktuellen Änderungen nicht sein Bewenden haben kann, sondern ein neues Gesamtkonzept einschließlich harmonisierter Strafraumen unumgänglich ist. Siehe zu einer solchen grundlegenden Neukonzeption des 13. Abschnitts den DJB-„Diskussionsentwurf für eine große Reform des Sexualstrafrechts“ (Fn. 107), S. 4 ff.

¹²⁷ Art. 36 der Istanbul-Konvention ist nicht zu entnehmen, dass er zwingend eine Regelung erfordert, die tatbestandlich die Missachtung des entgegenstehenden Opferwillens erfasst, insbesondere nicht mit dem Merkmal „ohne Einverständnis“, zutreffend *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 358; *Eisele* (Fn. 32), S. 11. Insofern gewährt die Konvention den Vertragsparteien einen Handlungsfreiraum „über die genaue Formulierung in der Gesetzgebung sowie über die Faktoren [...], die eine freie Zustimmung ausschließen“, Europarat, CETS No. 210 v. 11.5.2011, Erläuterungen zur Konvention Nr. 193.

¹²⁸ So aber BGHSt 45, 258. Vgl. ferner Fn. 89. Zu den damit verbundenen systematischen Friktionen *Fischer* (Fn. 13), § 177 Rn. 39; *ders.* (Fn. 5), S. 4.

¹²⁹ BGHSt 50, 365 f. unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung in Fn. 128. Ebenso *Folkers*, NStZ 2005, 182; *Fischer*, ZStW 112 (2000), 84.

¹³⁰ *Eisele* (Fn. 32), S. 4, 11. Siehe auch oben IV. 1. b).

¹³¹ Vgl. dazu *Renzikowski/Sick*, NStZ 2013, 469.

¹³² *Eisele* (Fn. 32), S. 12.

¹³³ Insofern besteht hier eine Parallele zu § 240 Abs. 1 StGB, bei dem die Drohung sich nicht auf ein Übel zu beziehen braucht, das tatsächlich in Händen des Täters ist, vgl. BGHSt 23, 295 f.; *Fischer* (Fn. 13), § 177 Rn. 15; *Renzikowski* (Fn. 13), § 177 Rn. 37; *Lackner/Kühl* (Fn. 84), § 240 Rn. 12; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 13), Stand: 10.11.

tung des Opfers über das Bestehen eines erheblichen Nachteils nicht durch den Täter hervorgerufen wurde, sondern ihren Ursprung in einer Verkennung der Situation durch das Opfer hat: So könnte dieses z.B. irrtümlich davon ausgehen, dass alternative Verhaltensweisen oder hilfsbereite Dritte zur Abwendung des erheblichen Nachteils nicht zur Verfügung stehen. Sind dem Täter diese Umstände der Fehlvorstellung bekannt (überlegenes Täterwissen), lässt sich sein Verhalten ebenfalls als strafwürdig ansehen.¹³⁴ Ausgeschlossen ist es aber nicht, dass die Befürchtung des Opfers in manchen Fällen auf dessen (situativen) irrationalen Erwägungen und Wertungen basiert, zu denen der Täter keinen Anlass gegeben hat. Hier besteht in der Tat die Gefahr, dass der Täter, der sich in einem nötigungsfreien Kontext bewegt, einer recht diffusen und nicht vorhersehbaren Situation ausgesetzt ist, die ihm eine rechtskonforme Orientierung erschwert.¹³⁵ Daher sollte, um den erheblichen Nachteil nicht vollständig in die Sphäre bzw. zur alleinigen Disposition des Opfers zu stellen, die subjektive Sicht auf das Geschehen vom psychologisch schwer fassbaren Begriff der Befürchtung losgelöst und auf eine möglichst empirisch gestützte, objektivierbare Grundlage gestellt werden, die sich freilich weiterhin an den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles aus der Opferperspektive orientiert. Alternativ empfiehlt sich die Formulierung „oder das Opfer von einem erheblichen Nachteil berechtigt“¹³⁶ ausgeht“.

Der Vorteil des hier verfochtenen Regelungskonzepts gegenüber den beiden Alternativmodellen besteht nicht in erster Linie darin, dass es die erwarteten Beweisprobleme oder die bedenklichen Berührungspunkte mit sozialadäquaten sexuellen Interaktionen weitgehend oder gar gänzlich vermeidet. Fällt eine Grundsatzentscheidung zu Gunsten einer Erweiterung der Reichweite der Sexualdelikte durch Ergänzung des bestehenden Nötigungskonzepts um nötigungsfreie Verhaltensweisen, so gehen damit zunehmende Unschärfen bei der forensischen Rekonstruktion des Geschehens genauso unvermeidbar einher wie die Nähe zum Grenzbereich zwischen dem noch tolerierten und dem bereits strafbaren Sexualverhalten. Das Eine wird ohne das Andere nicht zu haben sein, einerlei welche Regelungstechnik sich letztlich durchsetzt.

2014, § 240 Rn. 35; *Eser/Eisele* (Fn. 13), Vor §§ 234-241a Rn. 31.

¹³⁴ So auch *Maiwald* (Fn. 87), S. 546.

¹³⁵ Ähnlich *Fischer* (Fn. 13), § 177 Rn. 28a, bezüglich des Merkmals der schutzlosen Lage bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Denkbar ist ferner die Konstellation, in der die Befürchtung des Opfers als eine subjektive Empfindung nicht nach außen dringt und auch sonst keine objektivierbaren Anknüpfungspunkte für diese Annahme bestehen. In solchen Fällen wird es freilich in aller Regel am entsprechenden Vorsatz des Täters fehlen, so dass eine unangemessene Ausweitung der Strafbarkeit nicht naheliegt.

¹³⁶ Dieses Korrektivmerkmal dient der umfassenden Gesamtwürdigung des Sachverhaltes, ohne dass es allerdings dahingehend zu verstehen ist, dass beispielsweise vermeidbare Irrtümer auf Seiten des Betroffenen stets tatbestandsausschließend wirken.

Vorzugwürdig ist das vorliegend favorisierte Modell aber deshalb, weil es zur Beschreibung der Unfreiwilligkeit des Sexualkontakts objektivierbare Momente und Korrektivmerkmale enthält wie z.B. das objektive Vorliegen eines Nachteils an sich und zusätzlich dessen Erheblichkeit, ferner das „berechtigte“ Ausgehen von einem erheblichen Nachteil, so dass irrationale Vorstellungen des Opfers dem Täter in einem nötigungsfreien Umfeld nicht zur Last fallen. An solchen beweisrelevanten Anknüpfungspunkten fehlt es in den beiden anderen Modellen, die sich allein auf den Betroffenen fixieren und dessen Zustimmung bzw. Widerwillen zum Bezugspunkt der Norm erklären.

V. Ausblick

Der gegenwärtige Stand des deutschen Sexualstrafrechts weist Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung auf, die weder mit den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates noch mit internationalen Vorgaben in Einklang zu bringen sind. Entgegen der auf den ersten Blick naheliegenden Erwartung ist dieser Zustand aber hauptsächlich nicht auf die geltenden Vorschriften an sich zurückzuführen, sondern auf deren restriktive Auslegung und Anwendung in der Praxis, die nicht zwingend erscheint und teilweise fragwürdige Ausmaße annimmt. Wie die vorliegende Untersuchung gezeigt hat, erzwingt die zumindest durch Art. 36 der Istanbul-Konvention unumgänglich gewordene Abhilfe keine umwälzenden Änderungen in der Systematik der Sexualdelikte, auch wenn dies selbstredend möglich ist, etwa durch Implementierung eines „Nur ein Ja ist ein Ja“- oder „Nur ein Nein ist ein Nein“-Modells. Eine solche tatbestandliche Ausweitung müsste allerdings teuer erkaufte werden, z.B. durch Aufstellung lebensfremder Verhaltensmaximen zur menschlichen Sexualität oder Beschreiten von Sonderwegen im subjektiven Tatbestand. Daher sollte einer evolutionären Fortschreibung des bisherigen Regelungsansatzes der Vorzug gewährt werden; in diesem Sinne ist die Einführung eines zu § 177 StGB subsidiären, eigenständigen Tatbestands zu empfehlen, der im Gegensatz zu beiden anderen erwähnten Modellen nicht den entgegenstehenden Willen des Betroffenen in den Vordergrund stellt, sondern strafwürdige Verhaltensweisen positiv normiert, die die unfreiwillige Beteiligung am Sexualkontakt beschreiben. Die hierdurch bewirkte erhöhte Rücksichtnahme auf die Sexualität anderer stellt eine konsequente und begrüßenswerte Folge einer Wertentscheidung dar, mit der bestimmte nötigungsfreie, aber gleichwohl strafwürdige Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden.

Selbstverständlich wird es auch bei einem solchen Modell Grenzfälle geben, die den sozialadäquaten Bereich tangieren oder vermehrt Beweisprobleme nach sich ziehen; diese Schwierigkeiten liegen jedoch in der Natur der Sexualvorschriften begründet und können nicht als Hinderungsgrund für eine sinnvolle Schutzerweiterung angesehen werden. Gemeinsam mit den vorgeschlagenen Korrektivmerkmalen ermöglicht das hier vorgeschlagene Modell eine angemessene Handhabung in der Praxis. Zuletzt wäre es sehr zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber die aktuellen Diskussionen um die Schließung von Schutzlücken zum Anlass nimmt, den 13. Abschnitt des Strafgesetzbuchs grundsätzlich neu zu ord-

nen¹³⁷, was auch Aspekte der Entkriminalisierung mit einschließt.

---

¹³⁷ *Sick/Renzikowski* (Fn. 6), S. 607: „Systematik und Widerspruchsfreiheit sind Gesichtspunkte, auf die der Gesetzgeber im Sexualstrafrecht anscheinend nie besonders großen Wert gelegt hat.“

Verbreitungsverbot für Nabokovs „Lolita“?

Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 11.2.2014 – 1 StR 485/13 und § 184b StGB n.F.

Von Prof. Dr. Heribert Schumann, Leipzig/Münster*

I. Wesentlicher Inhalt der Entscheidung

Die Entscheidung¹ weitet den Bereich des nach § 184b StGB a.F.² Strafbaren aus, indem sie an das Merkmal „pornographisch“ bei diesem Tatbestand geringere Anforderungen stellt als bei § 184 StGB. Nach dem Leitsatz ist es für die Strafbarkeit gemäß § 184b StGB nicht erforderlich, dass die Darstellung der sexuellen Handlung einen vergrößernd-reißerischen Charakter hat.³ Allerdings gibt der Leitsatz das Ergebnis der Entscheidung keineswegs vollständig wieder. Denn die Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern ist nach dem Urteil grundsätzlich pornographisch. Etwas anderes soll nur gelten, wenn es ausnahmsweise an der sog. Stimulationstendenz fehlt (II. 3., 7., 12.). Ferner soll für § 184b StGB a.F. die Schwelle der „Erheblichkeit“ sexueller Handlungen niedriger gesetzt werden als für § 176 StGB (II. 11.). Noch einen Schritt weiter geht das Urteil für den Fall, dass eine Schrift den sexuellen Missbrauch eines Kindes darstellt. Eine solche Darstellung soll stets, also auch dann pornographisch i.S.d. § 184b StGB a.F. sein, wenn es an der Stimulationstendenz fehlt (II. 12.).

Diese Ergebnisse sind mit dem Gesetz nicht vereinbar, und die Argumentation, mit der der *Senat* sie begründen will, ist dazu untauglich. Kinderpornographische Schriften müssen

---

* Der *Verf.* ist emeritierter Professor für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Jugendschutzrecht der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

¹ HRRS 2014 Nr. 472, Rn. 39-67.

² I.d.F. des SexualdelÄndG v. 27.12.2003; Abs. 1 i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates der EU v. 31.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2149 – Zu § 184b StGB n.F. siehe unten V.

³ Dem Urteil folgend jetzt *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 184b Rn. 2, dessen Kommentierung im Wesentlichen auf der Fassung des SexualdelÄndG beruht. Im Ergebnis zustimmend – abweichend von seiner Kommentierung (*Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 184b) auch *Eisele*, StV 2014, 739 (740), der Fotografien sexueller Handlungen von Kindern generell als stets „vergrößernd-anreißerisch“ bezeichnet, „weil das Interesse des Konsumenten gerade durch den Sexualbezug mit kindlichen, nicht zur sexuellen Selbstbestimmung fähigen Darstellern geweckt wird und weitere Inhalte mit solchen Bildern nicht verbunden sind“ und weil ihnen zumeist (!) ein sexueller Missbrauch zugrunde liege. Abgesehen davon, dass diese beiden Gesichtspunkte entgegen dem Wortsinn von „vergrößernd-anreißerisch“ nicht die Darstellungsweise betreffen, übersieht *Eisele*, dass die Entscheidung nicht nur die Realkinderpornographie, sondern das Merkmal der pornographischen Schrift i.S.d. § 184b Abs. 1 StGB a.F. definieren will. Ablehnend *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 184b Rn. 2c, 2d; *Popp*, jurisPR-ITR 17/2014 Anm. 3; *Gercke*, ZUM 2014, 641 (652).

pornographisch i.S.d. § 184 StGB sein. Dies gilt nicht nur für § 184b StGB a.F., sondern auch für die n.F. (V.).

II. Zur Argumentation des Senats

1. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Urteils, dass nach dem Gesetzeswortlaut die von § 184b Abs. 1 StGB a.F. erfassten Schriften pornographischen Charakter haben müssen.

Richtig ist – wenn man sie wörtlich nimmt – ferner auch die Feststellung, dass der BGH sich zur Auslegung des Merkmals „pornographisch“ in § 184b StGB a.F. noch nicht geäußert hatte. Übergangen wird dabei jedoch das Urteil des 2. *Strafsenats* aus dem Jahr 1978⁴ zu § 184 Abs. 3 StGB, der in der damaligen Fassung des 4. StrRG sowohl die jetzt in § 184a StGB geregelte Gewalt- und sodomitische Pornographie als auch pornographische Schriften, die den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben, erfasste. In dem dem Urteil zu Grunde liegenden Fall hatte das LG einen Film als nicht pornographisch und nicht tatbestandsmäßig im Sinne des § 184 Abs. 3 StGB a.F. bezeichnet, weil die Darstellung der sexuellen Handlungen nicht übersteigert oder anreißerisch sei, also aus demselben Grund, aus dem das Tatgericht auch in dem jetzt vom 1. *Strafsenat* zu beurteilenden Sachverhalt die Anwendbarkeit von § 184b StGB a.F. verneint hat. Der 2. *Strafsenat* hat dies gebilligt und den Gedanken, im Fall von Darstellungen gewalttätigen, pädophilen oder sodomitischen Charakters sei der Begriff der Pornographie anders auszulegen als bei „einfach“ pornographischen Schriften, verworfen (näher dazu 4.).

2. Der *Senat* erwähnt die Entscheidung des 2. *Strafsenats* noch nicht einmal, sondern schreibt die Ansicht, das Merkmal „pornographisch“ sei im Fall der Kinderpornographie ebenso zu verstehen wie in § 184 StGB allein der in der Literatur h.M.⁵ zu, die er – ohne an dieser oder an späterer Stelle die dafür geltend gemachten Argumente zu erörtern oder auch nur zu nennen – als unzutreffend bezeichnet.

Als Grundlage seiner Erwägungen definiert der *Senat* dann zunächst das Merkmal „pornographisch“ i.S.d. § 184 StGB.⁶

---

⁴ BGH, Urt. v. 21.4.1978 – 2 StR 739/77 = MDR 1978, 804 bei Holtz.

⁵ *Eisele* (Fn. 3), § 184b Rn. 3; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 184b Rn. 7; *Hilgendorf*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 184b Rn. 3; *Hörnle*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 14; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: Laufhütte/Rissingvan Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 184 Rn. 13; siehe auch *Fischer* (Fn. 3), § 184b Rn. 3.

⁶ Zur Kritik am Pornographiebegriff der Rspr. und h.M. siehe *H. Schumann*, in: Eser/Schittenhelm/H. Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998,

„Pornographie“ ist danach die Vermittlung sexueller Inhalte, die ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes beim Betrachter abzielt und dabei die im Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstandes überschreitet.⁷ Wo diese Grenzen verlaufen, bestimmen sich im Einzelfall „nach der Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung“. Pornographisch sei daher die Darstellung entpersönlichter sexueller Verhaltensweisen, die die geschlechtliche Betätigung von personalen und sozialen Sinnbezügen trenne und den Menschen zum bloßen – auswechselbaren – Objekt geschlechtlicher Begierde oder Betätigung mache.⁸

Anzumerken ist dazu zunächst, dass die Definition, nach der die Darstellung entpersönlichter Sexualität als alleiniges Element der einfachen Pornographie erscheint, wohl nur missverständlich formuliert ist. Denn wie die weiteren Ausführungen des Urteils zeigen, soll für § 184 StGB auch bei einer solchen Darstellung nicht auf ihren „vergrößernd-

reißerischen“ Charakter, der hier gar nicht erwähnt wird, und die Stimulationstendenz verzichtet werden.

Hinzuweisen ist im Übrigen darauf, dass der *Senat* unter den Anstandsgrenzen offenbar etwas anderes versteht als der von ihm zitierte Sonderausschuss des Bundestags für die Strafrechtsreform, die Rechtsprechung, die dieses Element verwendet,⁹ und auch BGHSt 37, 55 (59 f.), wo ausdrücklich darauf verzichtet wird. Denn wenn die Entscheidung darüber, ob sie verletzt sind, von der Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung der dargestellten Personen, abhängig sein soll, kommt es nicht darauf an, ob die geschilderten sexuellen Praktiken als solche „unanständig“ sind, sondern darauf, ob z.B. Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung dargestellt werden. Ist die Beachtung der Selbstbestimmung das entscheidende Kriterium, so ist es zudem widersprüchlich, Pornographie als Darstellung entpersönlichter Sexualität zu definieren. Denn wenn aus der Darstellung erkennbar ist, dass die daran Beteiligten damit einverstanden sind, machen sie dadurch gerade von ihrem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung Gebrauch.¹⁰

3. Als erste Konsequenz seiner Begriffsbestimmung der einfachen Pornographie für die Kinderpornographie erklärt der *Senat* dann, die degradierende Wirkung entpersönlichter Sexualität, die den Menschen zum bloßen auswechselbaren Objekt sexueller Begierde mache, wohne der Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern jedoch in aller Regel inne. Sofern es einer Darstellung nicht schon deshalb am pornographischen Charakter fehle, weil sie – wie z.B. die Abbildung von Genitalien hierzu „posierender“ Kinder¹¹ in medizinischen Lehrbüchern – nicht überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abziele, seien „realitätsbezogene“ Darstellungen sexueller Handlungen von, an oder vor Kindern daher regelmäßig auch pornographisch i.S.d. § 184b Abs. 1 StGB a.F.

Diese Ausführungen sind in mehrfacher Hinsicht offensichtlich verfehlt: Das Merkmal der entpersönlichten Sexualität, der Degradierung zum auswechselbaren Objekt sexueller Begierde, bezeichnet die Art, in der an sexuellen Handlungen

S. 565 (576 ff.); H. Schumann/A. Schumann, in: Schneider u.a. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag, 2008, S. 351 (366 ff.).

⁷ Auf dieses aus der Pornographiedefinition des Sonderausschusses des Bundestags für die Strafrechtsreform stammende Begriffsmerkmal ist allerdings in eben der Entscheidung (BGHSt 37, 55 [59 f.]), auf die der *Senat* sich beruft, zu Recht ausdrücklich verzichtet worden. Denn der schon früh erhobene Einwand (*Dreher*, JR 1974, 45 [56]), dass es „allgemeine“ Wertvorstellungen über sexuellen Anstand nicht gibt, ist bisher weder von der Rspr. noch von der Lit., die dieses Kriterium verwenden, widerlegt worden – wobei ohnehin unklar ist, welches Maß an Akzeptanz erforderlich ist, um Wertvorstellungen für „allgemein“ und strafrechtlich verbindlich zu erklären. Ebenso wenig ist bislang versucht worden, den Inhalt dieser Wertvorstellungen zu präzisieren. Im Ergebnis stellt das Merkmal daher einen Freibrief für die Gerichte dar, ihre persönlichen Wertmaßstäbe anzuwenden, und ist folglich wegen Unbestimmtheit untauglich. Wie der Hinweis darauf, dass soziale Wertungen auch bei § 185 StGB maßgeblich seien (*Hörnle* [Fn. 4], § 184 Rn. 20), dieses Urteil ausräumen soll, ist nicht ersichtlich. Denn eben deshalb ist auch der Begriff der Beleidigung dem Einwand der Unbestimmtheit ausgesetzt (siehe *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski* [Fn. 4], § 185 Rn. 1 m.w.N., siehe ferner *Schubarth*, JuS 1981, 726 [728]). Dem entspricht es, dass BVerfGE 93, 266 (290), § 185 StGB nur mit dem (unzutreffenden) Hinweis auf die „im wesentlichen einhellige Rechtsprechung“, also unter Umkehrung des Verhältnisses von Gesetzgebung und Rspr. für hinreichend bestimmt erklärt hat.

⁸ Fälschlich nimmt das Urteil dafür *Fischer* (Fn. 3), § 184 Rn. 7b, in Anspruch, nach dem Pornographie gerade nicht das Unanständige ist und der unter sexueller Selbstbestimmung bei § 184 StGB wohl nicht – wie der *Senat* im Folgenden – die Autonomie dargestellter Personen, sondern das Recht des unfreiwilligen Rezipienten auf Abgrenzung eines höchstpersönlichen intimen Bereichs versteht. Warum daraus folgen soll, dass Pornographie die Darstellung entpersönlichter Sexualität ist, ist allerdings unklar.

⁹ OLG Düsseldorf NJW 1974, 1774 (1775), OLG Düsseldorf MDR 1987, 604; OLG Schleswig SchlHA 1976, 168; OLG Koblenz NJW 1979, 1467 (1468).

¹⁰ Dies gilt auch in Bezug auf den Jugendschutz, wenn man davon ausgeht, zu schützendes Entwicklungsziel sei nicht ein „normgerechtes“, sondern ein selbstbestimmtes Sexualleben (so *Fischer* [Fn. 4], § 182 Rn. 2).

¹¹ Das willentliche Einnehmen einer „geschlechtsbetonten“ Körperhaltung wird von der h.M. (kritisch dazu *Eschelbach* [Fn. 5], § 184b Rn. 11) im Anschluss an BGHSt 43, 366 (367 f.; ebenso schon OLG Koblenz NJW 1979, 1467 [1468]) als sexuelle Handlung angesehen, und zwar unabhängig davon, ob das Kind ganz oder teilweise bekleidet oder unbekleidet ist (*Hörnle* [Fn. 5], § 184b Rn. 17). Ebenso wenig kommt es für § 184b StGB darauf an, ob die Körperhaltung, wie es in § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMSStV heißt und in § 15 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG gemeint ist, „unnatürlich geschlechtsbetont“, d.h. für das Alter des Kindes unangemessen ist (unzutreffend daher *Hörnle* [Fn. 5], a.a.O.).

Beteiligte einander ausweislich der Darstellung behandeln, und liegt schon deshalb bei sexuellen Handlungen von Kindern, die diese an sich selbst vornehmen, neben der Sache. Gänzlich realitätsfremd ist es zudem, dass der *Senat* mit seiner pauschalen Behauptung erklärt, Kinder die aneinander sexuelle Handlungen vornehmen, seien „in aller Regel“ für einander nur Objekte sexueller Begierde, ihnen also damit die Fähigkeit, ineinander verliebt zu sein, allenfalls ausnahmsweise zubilligt. Schon ein Blick in die Broschüre „Über Sexualität reden ...“ der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung hätte hier über die Wirklichkeit belehrt. Schließlich leuchtet es auch nicht ein, dass in einer Darstellung, die zeigt oder beschreibt, dass Eltern vor ihrem Kind sexuelle Handlungen vornehmen, das Kind regelmäßig als zum auswechselbaren Objekt sexueller Begierde degradiert erscheint.

Unzutreffend ist andererseits aber auch die Begründung, mit der der *Senat* die Abbildung kindlicher Genitalien – wenn dabei die Handlung des Posierens zu erkennen ist – als nicht pornographisch einstuft, wenn sie sich in einem medizinischen Lehrbuch befindet. Da der *Senat* eine solche Abbildung als Darstellung entpersönlichter Sexualität einstuft, kann er die Verbreitung des Lehrbuchs nur vor der Strafbarkeit bewahren, indem er erklärt, sie zielt nicht überwiegend auf die Erregung sexueller Reize ab. Diese Begründung beruht jedoch offensichtlich auf der unzutreffenden Ansicht, die sog. Stimulierungstendenz sei ein subjektives Merkmal. Ob der Fotograf, der Autor des Buchs oder der Verleger auf die Erregung sexueller Reize abzielen, ist jedoch ohne Bedeutung. Maßgeblich ist vielmehr die objektive Tendenz¹², die der *Senat*, der das Fehlen der Stimulierungstendenz bei der Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern ohnehin als Ausnahme ansieht (Rn. 67), der fraglichen Abbildung als solcher sicher nicht absprechen würde. Dies zeigt, dass die Argumentation des *Senats* schon deshalb neben der Sache liegt, weil er auf die Abbildung abstellt. Entscheidend ist jedoch, dass die Schrift, im Beispielsfall also das medizinische Lehrbuch, in dem die Darstellung enthalten ist, in ihrer Gesamttendenz nicht pornographisch ist.¹³

Gänzlich unklar ist schließlich, warum (nur) „realitätsbezogene“ Darstellungen regelmäßig pornographisch sein sollen und wie diese Einschränkung zu verstehen sein soll. Der in § 184b Abs. 2 StGB a.F. genannte Fall der Wiedergabe eines tatsächlichen oder wirklichkeitsnahen Geschehens kann nicht gemeint sein, da der *Senat* ausdrücklich beansprucht, das Merkmal „pornographisch“ in Abs. 1 zu klären, der auch erkennbar fiktive Darstellungen erfasst.

4. Im Folgenden versucht der *Senat* dann darzulegen, warum im Fall des § 184b StGB außer der Darstellung der im Tatbestand genannten und nach seiner Ansicht in aller Regel

als degradierend anzusehenden sexuellen Handlungen und der ebenfalls regelmäßig zu bejahenden Stimulierungstendenz keine vergrößernde, anreißerische Darstellungsart erforderlich sei.

Dabei verweist er zunächst darauf, dass dem § 184b StGB a.F. – was im Übrigen auch für § 184 StGB gilt – nicht zu entnehmen sei, was unter „pornographisch“ zu verstehen sei, und erklärt dann, die Verwendung dieses Begriffs auch in §§ 184, 184a StGB zwingt nicht dazu, ihn in § 184b StGB a.F. ebenso auszulegen wie in den beiden vorgenannten Tatbeständen. Denn maßgeblich für die Auslegung eines Gesetzesbegriffs sei der Schutzzweck eines Tatbestandes, so dass es erforderlich sein könne, ein und dasselbe Merkmal in verschiedenen Tatbeständen unterschiedlich zu interpretieren.

Gegen diesen Verweis auf die Relativität der Rechtsbegriffe ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Allerdings ist von ihr auch der 2. *Strafsenat* in seiner oben (1.) genannten Entscheidung, in der Gewaltpornographie in Frage stand, ausgegangen und hat die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass der Begriff der Pornographie in § 184 Abs. 3 StGB a.F. anders als in Abs. 1 zu verstehen und auf das Merkmal der übersteigerten oder anreißerischen Darstellung zu verzichten sei. Denn nach dem Schutzzweck des damaligen Abs. 3 könne es nicht darauf ankommen, ob Darstellungen zur Stimulierung normal Denkender geeignet seien. Vielmehr sei auf den Betrachter abzustellen, der ohnehin zu abartigem, insbesondere gewalttätigem Sexualverhalten neige. Gleichwohl hat der *Senat* eine derartige Verselbstständigung des Begriffs der Pornographie für nicht gerechtfertigt erklärt, weil der Gesetzgeber, wenn er den Begriff der Pornographie in den einzelnen Absätzen des § 184 StGB a. F. einen jeweils verschiedenen Sinn hätte geben wollen, dieses ungewöhnliche Vorgehen im Gesetzeswortlaut hätte zum Ausdruck bringen müssen. Eine solche Absicht habe, wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergebe, aber nicht bestanden. Der *Senat* verweist hierfür auf den Regierungsentwurf des 4. StrRG, BT-Drs. VI/1552, S. 36, nach dem Gewalt- und Kinderpornographie in § 184a StGB geregelt sein sollten und in dem es heißt: „§ 184a ist nur anwendbar, wenn die Darstellung der Gewalttätigkeiten oder des sexuellen Missbrauchs von Kindern pornographischen Charakter hat; das Merkmal ‚pornographisch‘ ist hier ebenso auszulegen wie in § 184 [...]. Die in § 184a bezeichneten Erzeugnisse fallen ausnahmslos auch unter den Begriff der pornographischen Schriften [...] nach § 184.“

Die Erwägungen des 2. *Strafsenats* aus dem Jahr 1978 treffen im Ergebnis auch auf § 184b StGB in der jetzigen Fassung zu. Dass Gewalt-, Tier-, Kinder- und inzwischen auch Jugendpornographie nicht mehr in § 184 StGB, sondern in §§ 184a-c StGB geregelt sind, ändert nichts daran, dass, wie aus dem Regierungsentwurf des 4. StrRG ersichtlich ist, mit diesen Tatbeständen qualifizierte Formen der Pornographie erfasst werden sollen. Die ungewöhnliche Absicht, das Merkmal „pornographisch“ im Fall der Kinderpornographie in einem anderen, weiteren Sinn zu verwenden als in § 184 StGB, lässt sich, wie noch zu zeigen sein wird (siehe 9.), auch dem in dem Urteil wiedergegebenen Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags nicht entnehmen.

¹² Siehe *Eisele* (Fn. 3), § 184 Rn. 8; *Hörnle* (Fn. 5), § 184 Rn. 17.

¹³ Siehe *Eisele* (Fn. 3), § 184 Rn. 10; *Hörnle* (Fn. 5), § 184 Rn. 17, 22; *Laufhütte/Roggenbuck* (Fn. 6), § 184 Rn.10; anders *Wolters*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 136. Lfg., Stand: Oktober 2012, § 184 Rn. 6; *F. C. Schroeder*, *Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit*, 1992, S. 31.

5. Demgegenüber legt nach Ansicht des *Senats* ein Vergleich der Schutzzwecke des § 184 StGB und des § 184b StGB a.F. keine einheitliche Interpretation des Begriffs „pornographisch“ nahe.

Denn § 184 StGB solle den Bürger vor unerwünschter Konfrontation mit Pornographie schützen.¹⁴ Darüber hinaus diene er dem Jugendschutz, wobei auch hier vor allem der Schutz Jugendlicher vor der Konfrontation mit Pornographie gemeint sei.

Diese Thesen sind zwar originell, stellen die Dinge aber auf den Kopf, und der *Senat* dürfte mit ihnen allein stehen. Geht man von der gebräuchlichen Terminologie aus, die auch dem *Senat* bekannt sein dürfte, so dienen allein § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB und – in zweiter Linie – Nr. 7 dem so genannten Konfrontationsschutz.¹⁵ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Entscheidungen, auf die der *Senat* sich beruft. Vorrangiger Zweck, dem nach der Intention des Gesetzgebers auch – in zweiter Linie – Abs. 1 Nr. 6 dienen soll, ist vielmehr der Jugendschutz im Sinne des Schutzes Minderjähriger vor – befürchteten, aber nicht nachgewiesenen – negativen Folgen des Konsums von Pornographie für ihre Persönlichkeitsentwicklung.¹⁶ § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB ist bei minderjährigen „Opfern“ nicht anwendbar, da der Tatbestand bei verlangter Konfrontation mit Pornographie nicht erfüllt ist, Minderjährige aber, wie sich aus Abs. 1 Nr. 1 ergibt, auch vor der von ihnen gewünschten Möglichkeit des Pornographiekonsums – allerdings unter dem Gesichtspunkt des Jugendschutzes – geschützt werden.¹⁷

6. Überwiegend an der Sache vorbei geht es auch, wenn der *Senat* erklärt, § 184b StGB a.F. schütze anders als § 184 StGB nicht nur den Konsumenten der Abbildung, sondern auch die sexuelle Integrität des Kindes, das an ihrer Herstellung mitwirke. Insbesondere solle auch potentiellen Tätern kein Anreiz zu sexuellen Missbrauchstaten gewährt werden. Denn um Konsumentenschutz in dem vom *Senat* verstandenen Sinn des Konfrontationsschutzes geht es in § 184b StGB a.F. offensichtlich nicht.¹⁸ Das Verbreiten kinderpornographischer Schriften ist auch dann tatbestandsmäßig, wenn es ausschließlich auf Bestellung erfolgt. Ebenso offensichtlich ist, dass § 184b Abs. 1 StGB a.F., den der *Senat* erörtert, nicht dem Schutz von Kindern dient, die an der Herstellung von tatbestandsmäßigen Abbildungen mitwirken. Denn abgesehen davon, dass die Bestimmung nicht nur Abbildungen, sondern jede Form der Darstellung im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB erfasst, sind auch rein fiktive Inhalte tatbestandsmäßig.¹⁹

Um den Schutz potentieller künftiger kindlicher Darsteller ging es nur in § 184 Abs. 4, 5 StGB a.F. der die Darstellung sexuellen Kindesmissbrauchs verlangte, und auch dies nur solange sich der Tatbestand auf die Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens beschränkte.²⁰ Schon durch die Erweiterung um die Darstellung eines wirklichkeitsnahen Geschehens,²¹ durch die vor allem im Hinblick auf virtuelle Bilder – bei gleichbleibendem Strafraum – Strafbarkeit auch für Fälle vorgesehen wurde „in denen zwar nach dem äußeren Erscheinungsbild ein reales Geschehen wiedergegeben wird, jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass es sich um fiktive Darstellungen handelt“²², ist aus diesem Schutzzweck das Motiv für eine Verdachtsstrafe geworden. Erst recht gilt dies für § 184b StGB a.F., der auch in Abs. 2, 3 und 4 keine Darstellung von Kindesmissbrauch voraussetzt²³, weil es einer pornographischen Schrift „nämlich in der Regel nicht anzusehen ist, ob ein Kind zur Vornahme sexueller Handlungen bestimmt worden ist (§ 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB). Der Schrift lässt sich lediglich die Vornahme sexueller Handlungen durch Kinder entnehmen.“²⁴ Zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses²⁵ zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, nach dem Kinderpornographie eine „besonders schwere Form der sexuellen Ausbeutung von Kindern“²⁶ ist, ist der Bereich der Verdachtsstrafe also nochmals erweitert worden. Zur Strafbarkeit genügt jetzt eine fiktive Darstellung, die den Anschein der Wiedergabe von Realität erweckt, und bei der – falls sie ein tatsächliches Geschehen zeigen sollte – die bloße Möglichkeit besteht, dass es die Folge von Kindesmissbrauch ist.²⁷

Zutreffend an den Ausführungen des *Senats* zum Schutzzweck des § 184b StGB a.F. ist allein, dass die Bestimmung

²⁰ Zur Kritik an der Legitimation der § 184b Abs. 2 und 4 StGB durch diesen Schutzzweck siehe z.B. *Eschelbach* (Fn. 5), § 184b Rn. 2 ff.; *Popp*, ZIS 2012, 193 (198 ff.); *Scheffler*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dieter Herzberg zum 70. Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 627 (633 ff.).

²¹ Durch Art. 4. Nr. 4 IuKDG.

²² BT-Drs. 13/7934, S. 41.

²³ Siehe dazu auch *Popp*, ZIS 2012, 193 (200 f.).

²⁴ BT-Drs. 16/9646, S. 17; siehe auch BT-Drs. 16/3439, S. 9. Übersehen ist dabei, dass auch sexuelle Handlungen vor Kindern ausreichen. In der Konsequenz dieser Art von Strafgesetzgebung läge es, jede wirklichkeitsnahe Darstellung sexueller Handlungen ausreichen zu lassen, weil man der Darstellung nicht ansehen kann, ob die Handlungen vor einem Kind vorgenommen worden sind.

²⁵ Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates vom 22.12.2003. Siehe dazu *Richter-Appelt/Böllinger*, *Zeitschrift für Sexualforschung* 2002; 15 (69 ff.).

²⁶ Erwägungsgrund Nr. 5. Siehe aber Art. 1 lit. b ii, iii.

²⁷ Dabei bleibt es im Wesentlichen auch in § 184b StGB n.F. Allein der neue Tatbestand des Herstellens einer kinderpornographischen Schrift ohne Verbreitungsabsicht usw., § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB, ist auf den Fall der Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens beschränkt.

¹⁴ So im Gegensatz zu seiner Kommentierung des § 184 StGB auch *Eschelbach* (Fn. 5), § 184b Rn. 1.

¹⁵ Siehe dazu nur *Eisele* (Fn. 3), § 184 Rn. 5 m.w.N.

¹⁶ *Eisele* (Fn. 3), § 184 Rn. 5 m.w.N.; siehe auch *H. Schumann* (Fn. 6 – FS Lenckner), S. 569 f.

¹⁷ So zutreffend *Eschelbach* (Fn. 5), § 184 Rn. 52.

¹⁸ *Eschelbach* (Fn. 5), § 184b Rn. 1.

¹⁹ Siehe dazu auch *Fischer* (Fn. 3), § 184b Rn. 2d: Das Urteil „verknüpft Schutzzwecke der § 176 ff. und §§ 184 ff. ohne Rücksicht auf den Wortlaut der Vorschriften.“

auf der – wissenschaftlich allerdings nicht fundierten – Befürchtung beruht, pädophil Veranlagte könnten durch Kinderpornographie zu entsprechenden Taten veranlasst werden.²⁸ Gänzlich unerwähnt bleibt in dem Urteil dagegen, dass die Regelung zu kinderpornographischen Schriften, wie auch die Aufnahme des § 184b in § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG zeigt, ebenso wie die meisten Bestimmungen des § 184 StGB auch dem Jugendschutz dienen soll.²⁹ Der Gesetzgeber des 4. StrRG schätzte die Gefahr des Konsums von Gewalt- und Kinderpornographie für die Entwicklung Minderjähriger als so gravierend ein, dass er das bei einer Freigabe für Erwachsene und einer daraus folgenden breiten Streuung bestehende Risiko leichter Zugänglichkeit für Minderjährige nicht eingehen wollte und zusätzlich zu den auch für die qualifizierte Pornographie geltenden Jugendschutzbestimmungen des § 184 Abs. 1 StGB a.F. ein generelles Verbreitungsverbot usw. für erforderlich hielt.³⁰ Eben deshalb muss unter dem Merkmal „pornographisch“ in §§ 184 und 184b StGB a.F. dasselbe verstanden werden.

7. Demgegenüber erklärt das Urteil im nächsten Schritt der Argumentation, „schon nach dem Maßstab des Konsumentenschutzes“ – nach Ansicht des *Senats* also des Schutzes vor unverlangter Konfrontation –, sei das für einfache Pornographie erforderliche Element der vergrößernd-reißerischen Darstellung bei § 184b StGB a.F. nicht zu verlangen. Denn eine Schrift, die sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern zum Gegenstand habe, stelle entpersönlichte sexuelle Verhaltensweisen dar, und zwar nicht nur, wie es in Rn. 50 der Entscheidung noch heißt, „in aller Regel“, sondern stets. Die Degradierung der dargestellten Kinder zu Objekten fremder sexueller Begierde ergebe sich nämlich allein schon daraus, dass ihnen eine selbstbestimmte Mitwirkung an sexuellen Handlungen per se nicht möglich sei.

Dass Letzteres am Gesetz und an der Realität vorbeigeht, ist bereits oben (3.) dargelegt. Gänzlich unklar ist zudem, warum es dazu führen soll, dass „schon nach dem Maßstab des Konsumentenschutzes“, im Fall der Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern ihr vergrößernd-anreißerischer Charakter nicht erforderlich sei. Geht man von dem Pornographiebegriff des BGH zu § 184 StGB aus, nach dem inhaltlich die Darstellung entpersönlichter Sexualität, ferner die objektive Stimulationstendenz sowie als drittes Element die aufdringliche oder anreißerische Darstellungsart erforderlich sind³¹, so ist nicht begründbar, warum nur im Fall der Kinderpornographie das Vorhandensein des inhaltlichen Elements das der pornographischen Darstellungsart entbehrlich machen soll. Konsequenterweise müsste dies auch für § 184 StGB gelten.

8. Im Folgenden versucht der *Senat* allerdings zu begründen, warum die von ihm vertretene Ausweitung des Porno-

graphiebegriffs nur im Fall der Kinderpornographie erforderlich und auf ihn begrenzt sei.

Für den Verzicht auf die pornographische Darstellungsart soll vor allem die Verknüpfung des § 184b StGB a.F. mit dem Schutzzweck der Tatbestände des sexuellen Kindesmissbrauchs sprechen. Die Ausdehnung des vom Gesetzgeber angestrebten umfassenden Schutzes von Kindern vor sexuellem Missbrauch auf die Fälle mittelbarer Förderung in § 184b StGB a.F. lasse sich nur umsetzen, wenn die Strafbarkeit nicht noch eine vergrößernd-reißerische Darstellungsweise voraussetze. Dafür, dass diese Argumentation am Gesetz vorbei geht, kann auf das bereits oben (6.) Gesagte verwiesen werden.

9. Anschließend meint der *Senat*, sich auf den Willen des Gesetzgebers berufen zu können, der bei der Schaffung des § 184b StGB a.F. ersichtlich nicht davon ausgegangen sei, dass bei kinderpornographischen Schriften eine vergrößernd-reißerische Darstellungsweise erforderlich sei.

Auch diese Argumentation geht jedoch fehl. Denn die in der Entscheidung zitierten Ausführungen der Mehrheit des Rechtsausschusses des Bundestags besagen nicht etwa, dass das Merkmal „pornographisch“ in § 184b StGB a.F. anders zu verstehen sei als in § 184 StGB, sondern laufen in der Sache auf seine Streichung hinaus: Mit der Empfehlung, die vom EU-Rahmenbeschluss geforderten Bestimmungen über Jugendpornographie außerhalb des § 184b StGB in einen neu gefassten § 184c StGB einzustellen, wollte die Ausschussmehrheit klarstellen, dass es sich dabei um pornographische Schriften handeln muss. Für § 184b StGB genüge es nach ihrer Ansicht nämlich, „dass die Schrift den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand hat, ohne dass es auf den pornographischen Charakter der Darstellung (vergrößernde Darstellung des Sexuellen unter Ausklammerung aller sonstigen menschlichen Bezüge) ankommt, da sexuelle Handlungen mit Kindern generell verboten sind.“³² Diese Ausführungen der Mehrheit des Rechtsausschusses stehen jedoch einerseits in offensichtlichem Widerspruch dazu, dass sie den Gesetzentwurf der Bundesregierung, der das Merkmal „pornographisch“ enthielt, gebilligt und, wie auch in dem Urteil berichtet wird, den Antrag der Oppositionsfraktionen auf seine Streichung abgelehnt hat.³³ Andererseits stimmen sie aber zum Teil wörtlich mit der Begründung des Streichungsantrags der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen überein. Allerdings haben sowohl diese Fraktion als auch die Ausschussmehrheit übersehen, dass nach ihren eigenen Empfehlungen Gegenstand der Darstellung in § 184b StGB nicht mehr sexueller Kindesmissbrauch, sondern sexuelle Handlungen von, an und vor Kindern sein sollten. Die Beratungen des Rechtsausschusses sind daher ein Beispiel dafür, wie unsorgfältig der Gesetzgeber heute mit der Strafgesetzgebung, seiner „ultima ratio“, umgeht.³⁴ Als Grundlage für eine

²⁸ Siehe BT-Drs. 6/1552, S. 35; BT-Drs. 12/3001, S. 6.

²⁹ Siehe *Eisele* (Fn. 3), § 184b Rn. 1; *Heger* (Fn. 3), § 184b Rn. 1; *Laufhütte/Roggenbuck* (Fn. 5), § 184b Rn. 1; *Hilgendorf* (Fn. 5), § 184b Rn. 2.

³⁰ BT-Drs. 6/1552, S. 35 f.

³¹ BGHSt 37, 55 (59 f.).

³² BT-Drs. 16/9646, S. 18.

³³ BT-Drs. 16/9646, S. 11, 14.

³⁴ Siehe auch *Schünemann*, GA 2009, 213 (217 f.), der die Behauptung der Ausschussmehrheit, kinderpornographische Schriften müssten nicht pornographisch sein, als peinlich bezeichnet.

subjektive Auslegung des Gesetzes, insbesondere für die vom *Senat* vertretene Interpretation, eignet sich der Wille des Gesetzgebers, der das Merkmal „pornographisch“ beschließt, es zugleich aber – mit am beschlossenen Gesetzestext vorbeigehender Begründung – für nicht existent erklärt, wohl kaum.

10. Gleichwohl meint der *Senat* offenbar, aus der von ihm zitierten Äußerung der Mehrheit des Rechtsausschusses herleiten zu können, dass die Verbreitung usw. von Schriften mit Darstellungen sexuellen Missbrauchs von Kindern stets gem. § 184b StGB a.F. strafbar sei und solche Schriften deshalb – da dieses Merkmal fatalerweise doch noch im Gesetz steht – notwendigerweise als pornographisch einzustufen seien. Denn weitere Begründungen dazu finden sich nicht. Vielmehr wird erklärt, nach dem Schutzzweck des Tatbestands sei der Begriff „pornographisch“ nicht auf Darstellungen sexuellen Kindesmissbrauchs beschränkt. Denn erklärtes Ziel der Neufassung dieses Tatbestands sei gewesen, die als zu eng empfundene Erfassung nur der Darstellung von Taten gemäß §§ 176-176b StGB a.F. durch die Erweiterung auf solche, die sexuelle Handlungen von, an und vor Kindern zum Gegenstand haben, zu ersetzen. Diesem Ziel aber liefe eine auf Missbrauchsfälle begrenzte Auslegung des Merkmals „pornographisch“ ersichtlich zuwider.

Dass die dem Urteil zugrunde liegende Gesetzesfassung nicht auf einem Versehen beruht, sondern beabsichtigt war, ist zweifellos richtig. Wie sich daraus allerdings ergeben soll, dass Schriften mit dem tatbestandsmäßigen Darstellungsgegenstand grundsätzlich als „pornographisch“ anzusehen sind und dies nur dann nicht gilt, wenn es ausnahmsweise an der Stimulationstendenz fehlt, bleibt jedoch unklar. Die vom Standpunkt des *Senats*, das Merkmal „pornographisch“ sei in § 184b StGB a.F. eigenständig teleologisch zu interpretieren, zutreffende Feststellung, die Auslegung dürfe sich nicht an einer bestimmten vom Tatbestand erfassten Fallgruppe, sondern müsse sich am Schutzzweck des Tatbestands insgesamt orientieren, ändert daran nichts. Vielmehr entzieht sie der bisherigen Argumentation des Urteils, das den anzuwendenden Gesetzestext zwar mehrfach zitiert, sich aber an der Darstellung tatsächlichen Kindesmissbrauchs ausrichtet,³⁵ den Boden.

11. Im letzten Schritt seiner Begründung will der *Senat* dann zwar seiner Aussage zur Auslegung gerecht werden. Er setzt aber auch hier wieder bei der Darstellung von Missbrauchstaten an, meint jedoch, § 184b StGB a.F. könne nicht auf ihre Darstellung beschränkt werden. Dies begründet er allerdings nicht mit dem Gesetzestext, sondern damit, dass andernfalls die Darstellung von Handlungen, die den §§ 176-176b StGB nur deshalb nicht unterfallen, weil sie nicht i.S.v. § 184g StGB „von einiger Erheblichkeit“ sind, nicht von § 184b StGB a.F. erfasst würden. Da die Schwelle der Erheblichkeit gemäß § 184g StGB „im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut“ zu bestimmen sei und § 184b StGB a.F. schon mögliche Anreize für potenzielle Missbrauchstäter vermeiden sollte, könne der für den Tatbestand des Kindesmissbrauchs entwickelte Maßstab der Erheblichkeit für

§ 184b StGB a.F. nicht gelten. Im Ergebnis will der *Senat* die Schwelle der Erheblichkeit für diesen Tatbestand also offenbar niedriger setzen. Abgesehen davon, dass er nicht sagt, wo sie liegen oder wie sie bestimmt werden soll, setzt er sich damit in Widerspruch, zu seinen eigenen Ausführungen. Denn wenn § 184b StGB a.F. Anreize für potentielle Missbrauchstäter vermeiden und, wie es an früherer Stelle des Urteils heißt,³⁶ mittelbare Förderung von Kindesmissbrauch erfassen soll, schützt diese Bestimmung dasselbe Rechtsgut wie die Tatbestände des sexuellen Kindesmissbrauchs. Unter Hinweis auf das durch § 184b StGB a.F. geschützte Rechtsgut lässt sich die Absenkung der Schwelle der Erheblichkeit der sexuellen Handlung daher nicht begründen. Maßgeblich könnte nur sein, ab welchem Grad der Erheblichkeit eine Darstellung eine Anreizfunktion für eventuelle Missbrauchstäter hat.

Im Übrigen ist unklar, wie die Absenkung der Schwelle der Erheblichkeit der in § 184b StGB a.F. genannten sexuellen Handlungen zu der These des *Senats* führen soll, dass das Merkmal „pornographisch“ in diesem Tatbestand die für einfache Pornographie erforderliche Darstellungsweise nicht verlangt. Sollte der *Senat* meinen, ein geringerer Grad der Erheblichkeit der dargestellten Handlungen bedeute notwendigerweise, dass auch Schriften erfasst seien, die diese Handlungen nicht vergrößernd, aufdringlich oder anreißerisch in den Vordergrund stellen, so verwechselt er Gegenstand und Art der Darstellung.

12. Abschließend heißt es in dem Urteil, das Merkmal „pornographisch“ in § 184b StGB a.F. laufe trotz der in ihm vertretenen Ansicht nicht ins Leere, sondern diene dazu Fallgestaltungen auszuschneiden, in denen die dargestellte sexuelle Handlung keine Straftat darstellt und nicht überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt.

Dies führt dazu, dass der Begriff der Pornographie in § 184b StGB a.F. sich nicht nur von dem des § 184 StGB unterscheidet, sondern auch innerhalb dieser Bestimmung jedenfalls begrifflich zwischen zwei unterschiedlichen Arten von Pornographie zu unterscheiden ist.

Denn da die beiden vom *Senat* genannten negativen Voraussetzungen das Merkmal „pornographisch“ nur dann entfallen lassen sollen, wenn sie kumulativ gegeben sind, bedeutet dies, dass es bei der Darstellung einer Missbrauchstat stets erfüllt ist, also auch dann, wenn es nicht nur an der anreißerischen Darstellungsart, sondern auch an der Stimulationstendenz fehlt. Da dem Merkmal damit für diesen Fall seine strafbarkeitsbegrenzende Funktion genommen wird,³⁷ ist dies jedoch mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar.³⁸ Wird keine Missbrauchstat dargestellt, soll dagegen für die Beurteilung als pornographisch zwar noch die Stimulationstendenz erforderlich sein. Da der *Senat* ihr Fehlen jedoch als Ausnahmefall ansieht, sind derartige Darstellungen, wie es schon in Rn. 50 des Urteils heißt, jedoch „in aller Regel“ pornographisch.³⁹

³⁶ Siehe oben 8.

³⁷ So auch *Fischer* (Fn. 3), § 184b Rn. 2d.

³⁸ Siehe BVerfGE 126, 170 (198).

³⁹ Folgt man dem Urteil, so enthält § 184b StGB a.F. das Verbot, in Schriften, die verbreitet oder öffentlich zugänglich

³⁵ Siehe dazu *Fischer* (Fn. 3), § 184b Rn. 2d.

Als pornographisch i. S. d. § 184b StGB a.F. anzusehen sind demnach z. B. auch alle Darstellungen entwicklungsge­mäßiger sexueller Handlungen von noch nicht Vierzehnjährigen untereinander. Denn da § 176 StGB für die Täterschaft kein bestimmtes Alter verlangt, sind auch diese Handlungen tatbestandsmäßig, und die Strafbarkeit scheidet nur an § 19 StGB.⁴⁰ Um Kinderpornographie handelt es sich ferner auch bei Bildern, die zeigen wie z. B. eine Zwölfjährige aus Spaß eine geschlechtsbetonte – und damit stimulierende – Körperhaltung einnimmt, die sie in einer Zeitschrift oder einem Film gesehen hat. Geht man von der in der Literatur vertretenen Ansicht aus, wer die Eigenschaften einer in seinem Besitz befindlichen Sache verändere, verschaffe sich dadurch Besitz an dieser Sache (mit den neuen Eigenschaften),⁴¹ so haben Eltern, die in den beiden vorgenannten Fällen mit ihrem Mobiltelefon Aufnahmen von ihrem Kind gemacht oder zu machen versucht haben, um sie diesem z. B. mahnend vorzuhalten, sich gemäß § 184b Abs. 4 S. 1 StGB a.F. strafbar gemacht.⁴² Ist die Aufnahme gelungen, so besitzen sie nach h.M. jedenfalls eine kinderpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, § 184b Abs. 4 S. 2 StGB a.F.⁴³ Haben sie versucht, die Bilddatei an den Computer des anderen Elternteils, eines Erziehungsberaters oder des Kindes zu senden, so haben sie sich, wenn man die zuvor genannte Konstruktion akzeptiert, gemäß § 184b Abs. 2 StGB a.F. strafbar gemacht.⁴⁴

III. Zu den Ergebnissen des Urteils

Die nähere Betrachtung des vorliegenden Urteils hat die eingangs getroffene Feststellung, dass die Argumentation des *Senats* zur Begründung seiner Ergebnisse untauglich ist, bestätigt. Diese sind auch in der Sache verfehlt.

1. Schon dass das Gesetz das Merkmal „pornographisch“ sowohl in § 184 StGB als auch in den §§ 184a-d StGB ver-

---

gemacht werden, die Realität oder der Realität Entsprechendes darzustellen, und zwar auch dann, wenn das Dargestellte rechtlich nicht zu beanstanden ist und die Schrift – anders als z.B. bei § 131 StGB – auch keine zu missbilligende Tendenz aufweist. Kurz: Kinder dürfen nur als unnatürlich asexuelle Wesen dargestellt werden.

⁴⁰ KG NJW 1979, 1897.

⁴¹ So Popp, ZIS 2012, 193 (201); siehe ferner BGHSt 43, 366 (368); Eisele, (Fn. 3), § 184b Rn. 14; Hörnle (Fn. 5), § 184b Rn. 35; kritisch Eschelbach (Fn. 5), § 184b Rn. 28.

⁴² Nach § 184b StGB n.F. erübrigt sich diese Konstruktion, da gemäß Abs. 1 Nr. 3 das Herstellen einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, und nach Abs. 4 auch der Versuch des Herstellens strafbar sein soll.

⁴³ Nach § 184b StGB n.F. gemäß Abs. 3.

⁴⁴ Nach § 184b StGB n.F. gemäß Abs. 1 Nr. 2 StGB. – Zu prüfen wäre, ob die Eltern beim Herstellen, Besitz und Versenden der Aufnahme an den anderen Elternteil und den Erziehungsberater durch Art. 6 Abs. 2 GG gerechtfertigt sind. Für das Versenden an das Kind gilt der Tatbestandsauschluss des § 27 Abs. 4 JuSchG.

wendet, legt die Annahme nahe, dass es jeweils in demselben Sinn zu verstehen ist.⁴⁵ Bezüglich Gewalt- und Kinderpornographie entspricht diese Annahme dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers und stimmt mit seiner Absicht überein, auch durch die diesbezüglichen Tatbestände wie durch die meisten Bestimmungen des § 184 StGB Minderjährige vor den vermuteten negativen Einflüssen von Pornographie zu schützen (siehe II. 4., 6.). Eine für den Fall der Kinderpornographie abweichende Ansicht des Gesetzgebers, die als Grundlage einer Gesetzesauslegung tauglich wäre, lässt sich auch den Materialien zu § 184b StGB a.F. nicht entnehmen (siehe II. 9.). Geht man von dem Pornographiebegriff des BGH (siehe II. 7.) aus, so müssen dessen drei Elemente daher auch im Fall der Kinderpornographie gegeben sein. Ein zwingender Grund hiervon abzuweichen, ist nicht ersichtlich.

Zwar beruht § 184b StGB a.F. ebenso wie seine Vorgänger auf der Befürchtung, pädophil Veranlagte könnten durch kinderpornographische Darstellungen zu Missbrauchstaten angereizt werden, und diese Befürchtung mag auch für den Konsum von Schriften gelten, die nicht pornographisch sind, weil sie keine entpersönlichte Sexualität darstellen, für den – wie der 2. *Strafsenat* formuliert hat – „normal Denkenden“ nicht stimulierend wirken oder keine anreißerische oder aufdringliche Art der Darstellung aufweisen. Ebenso wie bei § 131 StGB, der nur extreme und keineswegs sämtliche Gewaltdarstellungen erfasst, die bei bestimmten Rezipienten unter bestimmten Umständen zu Aggressivität führen können, und ebenso wie bei § 111 StGB, der nur die Aufforderung zu rechtswidrigen Taten und nicht auch ihre Befürwortung erfasst, muss man sich – wenn man den Pornographiebegriff der h.M. vertritt – auch bei § 184b StGB a.F. damit abfinden, dass nicht alles, was möglicherweise Anlass zu Straftaten geben kann, strafbar ist.⁴⁶

2. In seinem Bestreben, die Strafbarkeit gemäß § 184b StGB a.F. zu erweitern, hat der *Senat* im Übrigen wohl übersehen, dass er damit eine Reduzierung des Anwendungsbereichs des § 184 StGB und auch eine „Strafbarkeitslücke“ bewirkt, die dem System der §§ 184 ff. StGB widersprechen und ebenfalls deutlich zeigen, dass das Merkmal „pornographisch“ in diesen Tatbeständen einheitlich zu verstehen ist.

§ 184b Abs. 1 StGB a.F. erfasst nur das Verbreiten, das öffentlich Zugänglichmachen und Vorbereitungshandlungen zu diesen Taten. Eine erkennbar fiktive kinderpornographische Schrift z. B. einem Minderjährigen oder an einem für Minderjährige zugänglichen oder einseharen Ort zugänglich

---

⁴⁵ So auch Fischer (Fn. 3), § 184b Rn. 2d. Nach dem vorliegenden Urteil ist das Merkmal „pornographisch“ in § 184b Abs. 1 S. 1 dagegen bei Darbietungen, die den sexuellen Missbrauch von Kindern zeigen, ohne Bedeutung. – Davon, dass „pornographisch“ in den Straftatbeständen, die dieses Merkmal enthalten, dasselbe bedeutet, gingen offenbar auch die Landesgesetzgeber in § 4 Abs. 1 Nr. 10 und Abs. 2 Nr. 1 JMStV aus (siehe Bay. LT-Drs. 14/10246, S. 16). Für Angebote, die Kindesmissbrauch zum Gegenstand haben, ist es als Folge der Ansicht des *Senats* in § 4 Abs. 1 Nr. 10 JMStV jedoch gegenstandslos.

⁴⁶ Ähnlich Fischer (Fn. 3), § 184b Rn. 2d.

zu machen oder sie auf die in § 184 Abs. 1 Nr. 3 oder 3a StGB bezeichnete Weise einem anderen anzubieten oder zu überlassen, ist nicht gem. § 184b Abs. 1 StGB a.F. strafbar.⁴⁷ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers, nach der auch Kinderpornographie pornographisch i.S.d. § 184 StGB ist, sind diese Taten durch § 184 Abs. 1 Nr. 1-3a StGB erfasst. Die Ansicht des *Senats* hätte dagegen zur Folge, dass es kinderpornographische Schriften gibt, für die die genannten Tatbestände des § 184 Abs. 1 StGB nicht gelten. Zwar würde dies nicht notwendigerweise zur Straflosigkeit führen. Denn wenn die Schrift zugleich ein Trägermedium i.S.d. § 1 Abs. 2 JuSchG ist, wären – da § 15 Abs. 2 Nr. JuSchG § 184b StGB ausdrücklich nennt – § 15 Abs. 1 Nr. 1-4 JuSchG anwendbar. Jedoch zeigt sich darin, dass – entgegen den Intentionen des Gesetzgebers – bei den hier fraglichen Tathandlungen § 184 Abs. 1 Nr. 1-3a StGB nicht eingreifen würde, stattdessen aber § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG für den Jugendschutz gegen nicht i.S.d. § 184 StGB pornographische Kinderpornographie in Anspruch genommen werden könnte, die Systemwidrigkeit der Ansicht des *Senats*.⁴⁸

Sie würde darüber hinaus aber auch zu einer „Strafbarkeitslücke“ führen, und zwar gerade beim Schutz vor unverlangter Konfrontation mit Pornographie, den der *Senat* fälschlich zu einem Zweck des § 184b StGB a.F. und sogar zum primären Ziel des § 184 StGB erklärt. Denn § 184b StGB a.F. sieht keinen Konfrontationsschutz vor. § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB aber, der diesen Schutz in erster Linie gewährleisten soll, setzt Pornographie i.S.d. § 184 StGB voraus und ist daher bei Darstellungen, die nur die vom *Senat* genannten Voraussetzungen von Kinderpornographie erfüllen, nicht anwendbar.

IV. Verbreitungsverbot für Nabokovs „Lolita“?

In dem oben erwähnten Urteil aus dem Jahr 1978 weist der 2. *Strafsenat* des BGH darauf hin, dass der Verzicht auf das Erfordernis der aufdringlichen oder anreißerischen Darstellung bei Kinderpornographie schwierige Abgrenzungsfragen in Fällen aufwerfen würde, in denen künstlerische Gestaltung der Darstellung zwar nicht den sexuellen Charakter, wohl aber das Anstößige nimmt. Auch dies hat der 1. *Strafsenat* jetzt wohl übersehen. So enthält z.B. Nabokovs Roman „Lolita“ Darstellungen sexuellen Kindesmissbrauchs, die nach Ansicht des *Senats* schon wegen dieses Inhalts kinderpornographisch sind. Da der *Senat* bei dem Urteil „pornographisch“ nicht auf die gesamte Schrift abstellt, sondern auf die einzelne in ihr enthaltene Darstellung und zudem der Anreizwirkung für potenzielle Missbrauchstäter wesentliche Bedeutung beimisst, erscheint zweifelhaft, ob die Gesamtaussage des Romans ihn vor der Tatbestandsmäßigkeit i.S.d.

⁴⁷ Für die Tathandlungen des § 184 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB gilt dies auch im Fall von (Pseudo-)Realkinderpornographie.

⁴⁸ Folge wäre z.B., dass derjenige, der einem 17-Jährigen ein Foto zeigt, dass diesen bei einer im Alter von 13 Jahren vorgenommenen entwicklungsgemäßen sexuellen Handlung zeigt, sich gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. JuSchG wegen schwerer Jugendgefährdung strafbar macht.

§ 184b Abs. 1 StGB a.F. bewahren könnte.⁴⁹ Seine Verbreitung begründet nach der vorliegenden Entscheidung jedenfalls ein strafrechtliches Risiko. Denn *Fischers* Urteil, die Verfolgungstimmung bei sexuellem Kindesmissbrauch weise „partielle Irrationalität“⁵⁰ auf, gilt wohl auch für Kinderpornographie.⁵¹

V. Zu § 184b StGB n.F.

Die Frage, ob Kinderpornographie die Eigenschaften der einfachen Pornographie des § 184 StGB aufweisen muss, stellt sich auch bei der Neufassung des § 184b StGB.⁵² Im Gegensatz zu dem Regierungsentwurf und dem gleichlautenden Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, die Kinderpornographie allein durch den Gegenstand der Darstellung definiert hatten⁵³, bestimmt § 184b StGB n.F. zwar ausdrücklich, dass es sich auch bei einer kinderpornographischen Schrift um eine „pornographische Schrift“ handeln müsse. Der Rechtsausschuss des Bundestags, auf dem diese Einfügung beruht, begründet sie jedoch nicht etwa damit, dass auch Kinderpornographie die Elemente einfacher Pornographie aufweisen müsse, sondern allein damit, dass für das Merkmal der pornographischen Schrift „auch im Rahmen des § 184b StGB ein Anwendungsbereich als Korrektiv verbleibe“. Denn wenn z. B. in Büchern oder Filmen, die den

⁴⁹ Wird sie bejaht, so dürfte die Rechtfertigung des Vertriebs durch Kunstfreiheit zumindest zweifelhaft sein. Denn nach den zu § 184b StGB vertretenen – allerdings für i.S.d. § 184 StGB pornographische Kinderpornographie entwickelten – Regeln ist Rechtfertigung durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG bei erkennbar fiktiver Kinderpornographie zwar denkbar, aber nur als Ausnahmefall vorstellbar (*Eisele* [Fn. 3], § 184 Rn. 12; *Hörnle* [Fn. 5], § 184b Rn. 45).

⁵⁰ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 53. Aufl. 2006, § 176 Rn. 2.

⁵¹ Siehe z.B. BGH NSTZ 2011, 570: Fotos eines vollständig bekleideten Jungen, der mit den Lippen eine Salatgurke umschließt, die „allein in der Fantasie eines späteren Betrachters“ als Darstellungen von Oralverkehr aufgefasst werden konnten, sollen mangels sexueller Handlung des Kindes zwar nicht unter § 184b StGB fallen, aber pornographisch i.S.d. § 184 StGB sein. Ausreichend dafür soll der „Sexualbezug“ der Fotos sein, der mit der pädophilen Disposition des Angeklagten und seiner Absicht begründet wird, die Bilder unter Pädophilen zu verbreiten, sie damit auf Oralverkehr mit einem Jungen anzusprechen und bei ihnen das Bedürfnis danach hervorzurufen. Die objektiven Elemente des Pornographiebegriffs der Rspr. werden in dem Urteil nicht erwähnt.

⁵² Geändert durch das 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht – v. 21.1.2015, BGBl. I 2015, S. 10.

⁵³ BT-Drs. 18/2954, BT-Drs. 18/2601, S. 8, 30. Ebenso die durch die Neufassung umzusetzenden Bestimmungen der Richtlinie 2011/92/EU sowie der Lanzarote-Konvention des Europarats (ETS 201), allerdings nur für bildliche Darstellungen, die Realität wiedergeben oder wiederzugeben scheinen, siehe Art. 2 lit. c) und Erwägungsgründe 3, 9, 46 der Richtlinie, Art. 20 Abs. 2 der Konvention.

sexuellen Missbrauch von Kindern schildern, nur einzelne Textteile oder Szenen sexuelle Handlungen darstellten, so führe dies noch nicht dazu, dass das gesamte Werk als pornographisch zu qualifizieren sei.⁵⁴ Ebenso wie die genannten Entwürfe dürfte dies auf der Vorstellung beruhen, Kinderpornographie setze allein einen tatbestandsmäßigen Darstellungsgegenstand voraus. Soweit es sich dabei um sexuellen Kindesmissbrauch oder um sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern handelt, scheint der Gesetzgeber daher die Tendenz der oben besprochenen Entscheidung, die Strafbarkeit gem. § 184b StGB auszudehnen, in der Sache ex post zu bestätigen. Ob andererseits das daraus resultierende Risiko eines Verbreitungsverbots z. B. für Nabokovs „Lolita“ durch die dem Merkmal der pornographischen Schrift zugewiesene Funktion, den Gesamtinhalt eines Werks für maßgeblich zu erklären, beseitigt wäre, erscheint dagegen angesichts dieser Tendenz des Urteils und der daran orientierten selektiven Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien allerdings fraglich.

Richtigerweise kann die Begründung, mit der das Merkmal der pornographischen Schrift in § 184b StGB n.F. aufgenommen worden ist, jedoch kein für seine Auslegung maßgeblicher Gesichtspunkt sein. Vielmehr ist es wie bisher als Verweis auf die Elemente der einfachen Pornographie zu verstehen.⁵⁵ Denn wenn man ihm lediglich die Funktion zu messen würde, die ihm der Rechtsausschuss des Bundestags zugestimmt hat, so würde dies zu denselben eigenartigen Ergebnissen und derselben Systemwidrigkeit führen wie das oben besprochene Urteil. Dies wäre aber nicht Folge einer bewussten Entscheidung, sondern die einer Anschauungslücke des Gesetzgebers. Als Schutzzweck des § 184b StGB wird in den oben erwähnten Gesetzentwürfen allein der der

⁵⁴ BT-Drs. 18/3202 (neu), S. 27. Die EU-Richtlinie und die Lanzarote-Konvention sehen eine solche Einschränkung für die von ihnen erfassten bildlichen Darstellungen (siehe Fn. 53) allerdings nicht vor. Als kinderpornographisch bezeichnen sie vielmehr Darstellungen als solche (Art. 2 lit. c ii, iv) bzw. „jegliches Material mit“ bestimmten Darstellungen, z. B. solchen eines Kindes, das an realen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen beteiligt ist (Art. 2 lit. c i, iii der Richtlinie; ähnlich Art. 20 Abs. 2 der Konvention). Hält man daran fest, dass das willkürliche Einnehmen einer geschlechtsbetonten Körperhaltung eine sexuelle Handlung ist, so müsste auch das in der oben besprochenen Entscheidung beispielhaft genannte medizinische Lehrbuch vom Tatbestand des § 184b StGB n.F. erfasst werden.

⁵⁵ Ein Verzicht auf die Merkmale einfacher Pornographie kommt nur in Betracht, wenn man die EU-Richtlinie und die Lanzarote-Konvention insoweit für zwingend und daher eine entsprechende Interpretation für geboten hält. Sie würde allerdings nur die von der Richtlinie und der Konvention erfassten bildlichen Darstellungen betreffen. Für diese müsste sie aber auch dazu führen, dass die Tatbestandsmäßigkeit einer Schrift entgegen der Intention des Gesetzgebers nicht von ihrem Gesamtinhalt (siehe oben Fn. 54) abhängt, die strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Merkmals der pornographischen Schrift also insgesamt beseitigt wird.

umzusetzenden RL 2011/93/EU und der Lanzarote-Konvention des Europarats (ETS 201) genannt: der „mittelbare Schutz von Kindern vor sexuellem Missbrauch“.⁵⁶ Der Jugendmedienschutz wird an keiner Stelle erwähnt, und die Folgen, die die oben genannte Ansicht für diesen Schutzzweck in § 184 StGB und insbesondere wegen des unveränderten Verweises auf § 184b StGB in § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG hätte, sind nicht gesehen. Wäre die Konsequenz für § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG erkannt und beabsichtigt gewesen, so hätte man § 15 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG, der die nicht pornographische Darstellung Minderjähriger in willkürlich eingenommener unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung betrifft, als überflüssig streichen müssen, da damit nach h.M. eine sexuelle Handlung i.S.d. § 184b StGB dargestellt wird, auf deren „Unnatürlichkeit“ es allerdings nicht ankommt.⁵⁷

⁵⁶ BT-Drs. 18/2601, S. 30.

⁵⁷ Da dies nicht geschehen ist, gibt es nach der Neufassung des § 184b StGB drei Varianten der geschlechtsbetonten Körperhaltung. Denn zu den beiden genannten kommt – ohne dass dies durch europäische Vorgaben gefordert wäre – in § 184b Abs. 1 Nr. 1a StGB die mangels (festgestellter) Willkürlichkeit nicht auf einer Handlung beruhende, sondern z.B. im Schlaf eingenommenen Haltung hinzu. Im Gegensatz zu der als sexuelle Handlung geltenden und ebenso wie im Fall von § 15 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG muss sie „unnatürlich“ geschlechtsbetont sein. Zudem muss das Kind „ganz oder teilweise unbekleidet“ sein. Zu Recht hat der Bundesrat (BR-Drs. 422/14, S. 2; BT-Drs. 18/2954, S. 9 f.) in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Zweifel geäußert, ob das Merkmal der „unnatürlich geschlechtsbetonten Körperhaltung“ dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG entspreche (hat dabei allerdings übersehen, dass dieser Grundsatz wegen § 27 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 3 Nr. 1 JuSchG auch für § 15 Abs. 1 Nr. 4 JuSchG gilt). In ihrer Gegenäußerung hat die Bundesregierung diese Bedenken – nicht ohne den Hinweis, dass das Bestimmtheitsgebot „auch nicht übersteigert werden“ dürfe – für unbegründet erklärt, weil der Begriff „unnatürlich“ deutlich mache, dass „insbesondere“ (?) geschlechtsbetonte Körperhaltungen gemeint seien, die für die Altersgruppe des abgebildeten Kindes „nicht angemessen“ seien (BT-Drs. 18/2954, S. 11). Jedoch ist die Angemessenheit einer solchen Körperhaltung nicht allein vom Lebensalter, sondern auch von der Ausrichtung der Erziehung, dem sozialen Umfeld und der biologischen Entwicklung eines Kindes abhängig. Auf diese individuellen Gegebenheiten des jeweils abgebildeten Kindes soll es aber sicher nicht ankommen. Vielmehr soll generell durch Strafrecht bestimmt werden, welche Körperhaltungen in Deutschland z.B. für Dreizehnjährige angemessen oder nicht angemessen sind. Da Maßstäbe für diese Entscheidung nicht angegeben werden und es allgemeine gesellschaftliche Wertvorstellungen, an die die Gerichte sich halten könnten, hierfür ebenso wenig geben dürfte wie zur Beurteilung der Anstandsverletzung bei Pornographie (oben Fn. 7), ist das Merkmal der Unnatürlichkeit ein Einfallstor für persönliche Überzeugungen der Gerichte und daher mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar. Noch deutlicher wird dies, wenn man

---

berücksichtigt, dass es gemäß § 15 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG und § 184c Abs. 1 Nr. 1b StGB n.F. auch „unnatürlich geschlechtsbetonte“ Körperhaltungen von z.B. Siebzehnjährigen gibt, von denen knapp zwei Drittel schon Geschlechtsverkehr hatten (siehe *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*, Jugendsexualität 2010, S. 113). Kurz: Wenn das Merkmal der unnatürlich geschlechtsbetonten Körperhaltung hinreichend bestimmt ist, dann ist es auch ein Tatbestand, der eine Tätigkeit „bei für die Jahreszeit schlechtem Wetter“ unter Strafe stellt. Im Bundesrat ist jedoch kein Antrag auf Anrufung des Vermittlungsausschusses gestellt worden (BR-Plenarprotokoll 929, S. 415).

---

50 Millionen Euro Geldbuße

Ein ordnungswidrigkeitenrechtliches Novum – Anmerkungen zum neuen Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) aus strafrechtlicher Sicht

Von Wiss. Mitarbeiter **Sebastian Laudien**, Hannover*

I. Einführung

Mit dem Bank Recovery and Resolution Directive-Umsetzungsgesetz (BRRD-Umsetzungsgesetz)¹ v. 10.12.2014 hat der Gesetzgeber die Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen umgesetzt und ist damit der Forderung zur Einführung eines Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes (SAG) nachgekommen. Das SAG ist seit dem 1.1.2015 in Kraft. In Ergänzung zum bereits bestehenden einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism, SSM) schafft das BRRD-Umsetzungsgesetz nun auch einen harmonisierten Regulierungsrahmen (Single Rulebook) für den Bereich der Sanierung und Abwicklung von in Schieflage geratenen Instituten.² In diesem Zusammenhang von herausragender Bedeutung ist die Implementierung eines einheitlichen Abwicklungsregimes (Single Resolution Mechanism, SRM) einschließlich eines einheitlichen Abwicklungsfonds (Single Resolution Funds, SRF). Das SAG normiert dabei erstmals für alle und nicht nur für systemrelevante Institute eine Pflicht zur Erstellung von Sanierungs- und Abwicklungsplänen.³

Das SAG sieht also vor, dass Institute nach Maßgabe ihrer Größe und Relevanz für das gesamte Finanzsystem ange-

messene Sanierungs- und Abwicklungspläne⁴ vorhalten (Proportionalitätsprinzip), sodass im Krisenfall (vgl. § 12 Abs. 1 SAG) organisatorische und ggf. auch geschäftspolitische Handlungsoptionen insoweit bekannt sind, als sichergestellt werden kann, dass ein Eingreifen des Fiskus zur Stützung eines in eine wirtschaftliche Schieflage geratenen Instituts zur Wahrung der Finanzstabilität nicht notwendig bzw. auf ein Mindestmaß reduziert ist.⁵

II. Bußgeldtatbestände des SAG

Um den erforderlichen Umsetzungsdruck zu erzeugen, werden im SAG wichtige Aspekte der Sanierungs- und Abwicklungsplanung durch Bußgeldvorschriften (§§ 172 ff. SAG) flankiert.⁶ Danach ist nach § 172 Abs. 1 SAG als bußgeldbewährte Ordnungswidrigkeit erfasst, dass

- ein Institut einer Aufforderung zur Erstellung oder aber seiner Pflicht zur Aktualisierung eines Sanierungsplans nicht nachkommt (Nr. 1-3),
- eine gruppeninterne finanzielle Unterstützung i.S.d. § 32 Abs. 1 SAG nicht oder nicht rechtzeitig angezeigt wird (Nr. 4),
- ein Verstoß gegen Informations- und Meldepflichten (§§ 42, 45 SAG) im Zusammenhang mit der Abwicklungsplanung erfolgt (Nr. 5-7) und
- ein Ausfall eines Instituts oder eines gruppenangehörigen Unternehmens entgegen der Mitteilungspflicht aus § 138 Abs. 1 SAG nicht oder nicht rechtzeitig angezeigt wird (Nr. 8).⁷

III. Höhe des zu erwartenden Bußgeldes

1. Verstöße nach Abs. 1 Nr. 5b, 6 und 7

Die Höhe der für die einzelnen Verstöße zu erwartenden Geldbuße ist gem. § 30 Abs. 2 S. 2 OWiG in § 172 Abs. 2 SAG geregelt. Es wird in Abhängigkeit ihres Gefährdungspotentials für die Finanzstabilität zwischen den verschiedenen Verstößen differenziert; mithin eine Unterscheidung dahin-

---

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht (Prof. Dr. Carsten Momsen) und Mitglied der Forschungsstelle für Bank- und Kapitalmarktrecht sowie Kapitalmarktstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover.

¹ BGBl. I 2014, S. 2091.

² Instruktiv zu den wesentlichen Regelungen des SAG sowie auch zu den bereits vorab durch das Trennbankengesetz (BGBl. I 2013, S. 3090) und die Mindestanforderungen an die Ausgestaltung von Sanierungsplänen (MaSan) getroffenen Regelungen vgl. *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)*, BaFin Journal Januar 2015, S. 16 f., abrufbar unter:

http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/BaFinJournal/2015/bj_1501.pdf?__blob=publicationFile&v=7

(23.3.2015).

³ Zu den vereinfachten Anforderungen und Befreiungen, von denen in Deutschland wohl insbesondere die Sparkassen, Genossenschafts- und Förderbanken profitieren dürften, vgl. für die Sanierungsplanung §§ 19 f. SAG und für die Abwicklungsplanung § 41 SAG; vgl. auch BT-Drs. 18/2575, S. 215. Aktuell steht hierzu zudem noch ein Leitlinienentwurf der European Banking Authority (EBA) zur Konsultation aus, der konkrete Kriterien bestimmt, welche Institute überdies nur vereinfachte Anforderungen zu erfüllen haben (abrufbar unter: <http://www.eba.europa.eu>).

---

⁴ Die Vorlage eines Sanierungsplans hat gem. § 12 Abs. 3 SAG nach Aufforderung durch die Aufsichtsbehörde (BaFin, vgl. § 3 Abs. 3 SAG) zu erfolgen. Die Erstellung der Abwicklungspläne obliegt nach § 40 Abs. 1 S. 1 SAG indes federführend der Abwicklungsbehörde (Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung [FMSA], vgl. § 3 Abs. 1 SAG). Gleichwohl können den betroffenen Instituten umfangreiche Informations- und Mitwirkungspflichten auferlegt werden (vgl. § 42 SAG).

⁵ BT-Drs. 18/2575, S. 2.

⁶ BT-Drs. 18/2575, S. 192.

⁷ Überblickartig zur Ausgestaltung der Pflichtenstellung der Institute gegenüber der Abwicklungsbehörde im Rahmen der Sanierungs- und Abwicklungsplanung vgl. Fn. 4.

gehend getroffen, wie schwer die einzelnen Verstöße im Interesse einer wirksamen Sanierungs- und Abwicklungsplanung wiegen.⁸ Verstößen nach Nr. 6 und 7 droht eine Geldbuße von bis zu € 200.000,- (Abs. 2 S. 1 Nr. 3). Verstößen nach Nr. 5b droht eine Geldbuße von bis zu einer Million Euro (Abs. 2 S. 1 Nr. 2).

2. Verstöße nach Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 4, 5a und 8

Von besonderem Interesse ist aber der angedrohte Höchstbetrag einer Geldbuße hinsichtlich aller übrigen Verstöße (Abs. 2 S. 1 Nr. 1), da hierfür eine Geldbuße von bis zu fünf Millionen Euro in Aussicht gestellt ist. Dies ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil nach § 172 Abs. 2 S. 2 SAG zudem § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG Anwendung findet.⁹ Danach verzehnfacht sich das Höchstmaß der Geldbuße der nach § 172 Abs. 2 S. 1 SAG genannten Tatbestände. Mithin droht juristischen Personen und Personenvereinigungen bei einem Verstoß nach Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 4, 5a und 8 – anders als natürlichen Personen, für die es bei gegebener Zurechenbarkeit nach § 9 OWiG beim genannten Höchstmaß nach Abs. 2 S. 1 bleibt – eine Geldbuße von bis zu 50 Millionen Euro.¹⁰ Damit dürften sich in der Tat selbst größere potentiell systemgefährdende Institute einem erheblichen Umsetzungsdruck ausgesetzt sehen.¹¹

IV. Funktionstheoretische Überlegungen zur Geldbuße nach § 172 Abs. 2 SAG

Angesichts dieses außergewöhnlich hohen Ausmaßes der angedrohten Geldbuße ist fraglich, ob mit § 172 SAG für den Bereich der Sanktionierung von Unternehmen – nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund aktueller Diskussionen um die Einführung einer strafrechtlichen Verbandshaftung¹² – somit eine neue Qualität der „Unternehmensstrafbarkeit“ erreicht ist. Freilich sind nach bestehendem Recht bereits (noch) höhere Geldbußen denkbar, insoweit der wirtschaftliche Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, gem. §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG abgeschöpft werden soll; zu erinnern ist hier bspw. an die Verfahren gegen Fer-

rostaal AG, MAN AG und Siemens AG.¹³ Eine dementsprechende Regelung findet sich auch in § 172 Abs. 3 SAG. Gemeinsam ist den genannten Verfahren jedoch, dass die festgesetzten Geldbußen jeweils nur deshalb in einem vergleichbaren oder z.T. auch noch größeren Ausmaß ergingen als es nach § 172 Abs. 2 SAG zu erwarten ist, weil ihnen allesamt der besagte Abschöpfungsgedanke des § 17 Abs. 4 OWiG zugrunde liegt. Funktionstheoretisch ist bei der Geldbuße aber sowohl zwischen ihrer ahndenden als auch ihrer abschöpfenden Funktion (sog. konfiskatorische Komponente) zu unterscheiden.¹⁴ Dies zeigt sich dann auch in der Konzeption des § 172 SAG: in Abs. 2 findet sich die ahndende und in Abs. 3 die abschöpfende Funktion der Geldbuße wieder.

Wenn nun aber bereits Abs. 2, der den Rahmen für die Bemessung des Sanktionsanteils der Geldbuße bestimmt, eine Sanktionierung bis zu einem Höchstbetrag von 50 Millionen Euro eröffnet, so bildet dies ein Novum im Ordnungswidrigkeitenrecht. Vergleichbare Größenordnungen für die Bemessung des ahndenden Teils einer Geldbuße sind ansonsten nur im Bereich des Kartell- und des Energiewirtschaftsrechts denkbar.¹⁵ Im Gegensatz zu den Vorschriften des Kartell- und Energiewirtschaftsrechts, bei denen die Bußgeldbemessung relativ in Abhängigkeit des weltweiten Gesamtumsatzes (§ 81 Abs. 4 S. 2 GWB) oder aber nach Maßgabe des aus der Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlöses (§ 95 Abs. 2 EnWG) erfolgt,¹⁶ formuliert § 172 Abs. 2 SAG einen absoluten Höchstbetrag der Geldbuße. Vorzugswürdig erscheint daran zunächst einmal, dass sich damit nicht die aus dem Kartellrecht bekannten Bedenken ob der Vereinbarkeit einer sog. umsatzbezogenen Geldbuße mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot stellen.¹⁷ Dass im Weiteren in Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und Abs. 4 zum Zwecke der Abschöpfung des aus der Ordnungswidrigkeit gezogenen wirtschaftlichen Vorteils gleichwohl auf den Jahresnettoumsatz sowie den im Gesamtkonzern ausgewiesenen Gesamtbetrag der Erträge – ähnlich dem umstrittenen Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“ i.S.d. § 81 Abs. 4 S. 3 GWB¹⁸ – abgestellt wird, ist unschädlich, da es hierbei nur um den vom ahndenden Teil abtrennbaren abschöpfenden Teil der Geldbuße geht. Da die

⁸ BT-Drs. 18/2575, S. 193.

⁹ Eine vergleichbare Regelung findet sich bislang nur in § 130 Abs. 3 S. 2 OWiG für Aufsichtspflichtverletzungen des Betriebsinhabers oder ihm nach § 9 OWiG gleichgestellter Personen; dort jedoch mit der Einschränkung, dass die Einsatzgeldbuße (nur) eine Million Euro beträgt, sodass juristischen Personen und Personenvereinigungen nach § 30 OWiG im Höchstmaß eine Geldbuße von bis zu zehn Millionen Euro droht; vgl. hierzu Rogall, in: Senge (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 4. Aufl. 2014, § 30 Rn. 31, 132.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 18/2575, S. 193; siehe auch Achenbach, wistra 2013, 369 (371).

¹¹ BT-Drs. 18/2575, S. 193.

¹² Zum Diskussionsstand instruktiv Momsen, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch*, Stand: 10.11.2014, § 14 Rn. 28.

¹³ Vgl. hierzu auch Willems, ZIS 2015, 40; Moosmayer/Gropp-Stadler, NZWiSt 2012, 241 (242 Fn. 5).

¹⁴ Achenbach, NZWiSt 2012, 321 (322 f.); ders., wistra 2013, 369 (371); Krumm, wistra 2014, 424 (426); Gürtler, in: Göhler (Hrsg.), *Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar*, 16. Aufl. 2012, § 17 Rn. 37a („Doppelcharakter“); Mitsch, in: Senge (Fn. 9), § 17 Rn. 4 ff. („einheitliche kombinierte Sanktion“).

¹⁵ Dazu Achenbach, NZWiSt 2012, 321 (322 Fn. 9).

¹⁶ Vgl. Klahold/Berndt, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, 2013, Kap. 3 A, Rn. 58; näher auch Rogall, in: Senge (Fn. 9), § 30 Rn. 133 m.w.N.; Gürtler (Fn. 13) § 3 Rn. 10; § 17 Rn. 48c, 48e.

¹⁷ Zu den durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber einer umsatzbezogenen Geldbuße Gürtler (Fn. 13), § 3 Rn. 10; § 17 Rn. 48c.

¹⁸ Näher Gürtler (Fn. 13), § 17 Rn. 48c.

Abschöpfungsfunktion der Geldbuße Ausdruck ihres nicht pönalen, sondern (bloßen) präventiv-ordnenden Charakters ist,¹⁹ unterliegt sie insoweit auch nicht den strengen strafrechtlichen Anforderungen. Ob ein solcher Absolutbetrag nun aber positiv, da prima facie von einem Höchstbetrag von bis zu 50 Millionen Euro durchaus die kriminalpolitisch erwünschten general- und spezialpräventiven Signale ausgehen können,²⁰ oder aber kritisch zu sehen ist, da die größeren potentiell systemgefährdenden Institute bereits heute z.T. Bilanzsummen jenseits der Billionen-Schwelle ausweisen²¹ und mithin ein solcher absoluter Höchstbetrag nur verhältnismäßig geringe Auswirkungen und Umsetzungsdruck zu entfalten droht, kann und soll an dieser Stelle nicht weitergehend beurteilt werden. Allerdings wird man wohl grundsätzlich einräumen müssen, dass die im Hinblick auf die für die Umsetzung des § 172 SAG verantwortlichen Abteilungen selbst nicht im operativen Geschäft tätig sind und insoweit regelmäßig weder Gewinn noch Verlust verursachen können, sodass der besagte Umsetzungsdruck jedenfalls in der Binnenperspektive durchaus ernster zu nehmen sein dürfte.

Auch ließe sich diskutieren, ob nicht mit der Festlegung eines absoluten Höchstbetrags Beweisschwierigkeiten zur Bestimmung des erlangten wirtschaftlichen Vorteils dahingehend ausgeräumt werden sollen, als sich nicht immer bzw. nur schwerlich bestimmen lassen wird, welchen wirtschaftlichen Vorteil das betreffende Institut durch die Nichteinhaltung der Pflichten aus dem SAG tatsächlich erlangt hat (vgl. § 172 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 SAG). Der wirtschaftliche Vorteil, der sich als Gewinn aufgrund der Ordnungswidrigkeit – also der Nichteinhaltung der Pflichten aus dem SAG – darstellen muss, kann freilich auch in ersparten Aufwendungen bestehen.²² Nichtsdestotrotz dürften erhebliche tatrichterliche Schwierigkeiten dahingehend bestehen, eben solche ersparte Aufwendungen in Bezug auf die Nichteinhaltung der Pflichten aus dem SAG zu konkretisieren.²³ Ohne erheblichen gutachterlichen Aufwand wird eine solche (institutsspezifische) Konkretisierung ersparter Aufwendungen wohl kaum auskommen. Und insoweit mit der Nichteinhaltung der Pflichten aus dem SAG wirtschaftlich messbare Wettbewerbsvorteile einhergehen, so wären diese ebenso zu berücksichtigen.

Unter funktionstheoretischen Gesichtspunkten bleibt aber in jedem Falle festzuhalten, dass die bislang bekannten Höchstbeträge für Geldbußen mit § 172 SAG – zumindest in

Bezug auf ihren ahndenden Teil – eine Ausweitung auf ein dem Ordnungswidrigkeitenrecht bis dato unbekanntes Höchstmaß erfahren haben. Dass dies auch aus sanktionenrechtlicher Sicht begrüßenswert erscheint, wird deutlich, wenn man sich die anhaltende internationale Kritik am deutschen Sanktionenrecht vergegenwärtigt, wonach die Geldbuße über ihre (bloße) Abschöpfungsfunktion hinaus – insbesondere mit Blick auf die Sanktionierung von Unternehmen – bislang einen wirksamen, verhältnismäßigen und spürbar abschreckenden Sanktionsanteil²⁴ vermissen lassen würde.²⁵ Mit der Stärkung des Sanktionsanteils innerhalb der Geldbußenbemessung wird mithin auch das sich anhand der Höhe der Geldbuße bemessene Maß des mit der Ordnungswidrigkeit verwirklichten Unrechts betont (vgl. auch § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG: „Bedeutung der Ordnungswidrigkeit“ und „Vorwurf, den der Täter trifft“).²⁶ Somit erfolgt eine Stärkung der repressiven Funktion der Geldbuße, die (wenigstens) gleichwertig neben der ihr immanenten abschöpfenden Funktion steht.²⁷ Abschließend lässt sich damit dann auch anhand von § 172 SAG exemplifizieren, dass es entgegen der Auffassung einzelner Befürworter des derzeit diskutierten Entwurfs eines Verbandsstrafrechts auch deshalb dessen Einführung nicht bedarf, weil das Ordnungswidrigkeitenrecht de lege lata sehr wohl die Möglichkeit eröffnet, unter Rückgriff auf § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG empfindliche Geldbußen – wohlgermerkt auch unter Betonung des Sanktionsteils – in Aussicht zu stellen. Quantitativ stehen ordnungswidrigkeitenrechtliche Vorschriften daher etwaigen strafrechtlichen Regelungen in nichts nach, sodass kriminalpolitische Bedenken insoweit unbegründet sind. Eine zusätzliche Abschöpfung des durch die Ordnungswidrigkeit erlangten wirtschaftlichen Vorteils – das sei an dieser Stelle nochmals betont – bleibt hiervon unbenommen.

²⁴ Zu den Anforderungen der sog. Mindesttrias im Einzelnen *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 7 Rn. 27.

²⁵ Vgl. *OECD*, Bericht über die Anwendung des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr und der Empfehlung des Rates zur weiteren Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, S. 83, abrufbar unter:

<http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/48967037.pdf> (23.3.2015);

siehe auch am Beispiel der 8. GWB-Novelle *Achenbach*, *wistra* 2013, 369 (371); wohl ebenso krit. *Moosmayer/Gropp-Stadler*, *NZWiSt* 2012, 241 (241 f.), die in Bezug auf die gegenwärtige Regelungslage angesichts der überragenden Bedeutung der konfiskatorischen Komponente (in der Praxis) auch von einem gesetzgeberischen „Kunstgriff“ sprechen.

²⁶ Zur Abgrenzung gegenüber der Kriminalstrafe, die ein „ehrenrühriges, autoritatives Unwerturteil“ beinhaltet, *Mitsch* (Fn. 13), § 17 Rn. 5 ff. m.w.N.; instruktiv auch zu den strafzumessungsrechtlichen Aspekten im Ordnungswidrigkeitenrecht *Krumm*, *wistra* 2014, 424 (425 f.).

²⁷ Vgl. auch *Mitsch* (Fn. 13), § 17 Rn. 10, der die abschöpfende Funktion (nur) als nachrangig bezeichnet.

¹⁹ *Gürtler* (Fn. 13), § 17 Rn. 37a; *Krumm*, *wistra* 2014, 424 (426).

²⁰ Vgl. BT-Drs. 18/2575, S. 193; grds. zur präventiven Funktion der Geldbuße *Mitsch* (Fn. 13), § 17 Rn. 9.

²¹ *Bundesverband deutscher Banken e.V. (BdB)*, Zahlen, Daten, Fakten der Kreditwirtschaft, Stand: 1.10.2014, S. 7, abrufbar unter: <https://bankenverband.de/media/publikationen/zahlen-daten.pdf> (23.3.2015).

²² *Krumm*, *wistra* 2014, 424 (427); *Gürtler* (Fn.13), § 17 Rn. 38 ff.

²³ Zu den tatrichterlichen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils bereits im Allgemeinen *Krumm*, *wistra* 2014, 424 (428 f.).

V. Abschließende Bemerkungen

Aus Sicht der Rechtspraxis dürfte ungeachtet der funktions-theoretischen Erwägungen aber gleichwohl von Interesse sein, dass in den Fällen, in denen der durch die Ordnungswidrigkeit wirtschaftlich erlangte Vorteil die in § 172 Abs. 2 SAG genannten Höchstbeträge der Geldbuße überschreitet, allein dieser maßgeblich für die Bestimmung der Gesamthöhe der Geldbuße bleibt (vgl. § 172 Abs. 3 S. 2 SAG).²⁸ Womit sich dann auch der Verdacht erhärtet, dass es sich bei der Regelung des Abs. 2 entweder um eine (bloße) gesetzgeberische Akzentuierung des Sanktionsteils der Geldbuße vor dem Hintergrund anhaltender internationaler Kritik an der Konzeption des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts oder aber um eine verdeckte Beweiserleichterung handelt, die die Schwierigkeiten kaschieren soll, die sich regelmäßig bei der Bestimmung des aus der Nichtbefolgung der Pflichten des SAG erlangten wirtschaftlichen Vorteils stellen dürften. Freilich ist diese Beweiserleichterung nur relativ, da bei der Bestimmung der konkreten Höhe der Geldbuße gleichwohl die allgemeinen Zumessungsvorschriften Anwendung finden (§ 17 Abs. 3 OWiG). D.h., dass es stets einer entsprechenden Begründung bedarf, um am Ende tatsächlich auch eine Geldbuße i.H.v. 50 Millionen Euro aussprechen zu können.

Einen weiteren aus strafrechtlicher Sicht interessanten Aspekt birgt der auch durch das SAG aufgegriffene Begriff der „Bestandsgefährdung“ (vgl. § 63 SAG). Denn damit ein Institut nach SAG abgewickelt werden kann, muss es nach § 62 Abs. 1 S 1 Nr. 1 SAG auch in seinem Bestand gefährdet sein. Dies kann wiederum durch Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit begründet sein (vgl. auch §§ 17 ff. InsO). Fraglich ist, ob damit auch eine begriffliche Kongruenz zu den Bankrottdelikten aus §§ 283 ff. StGB besteht. Nach h.M. besteht zwischen den Bankrottdelikten des StGB und dem Insolvenzrecht jedenfalls eine funktionale Akzessorietät.²⁹ Eine funktional akzessorische Auslegung verhindert dann bspw. auch, dass bereits jede Zahlungsstockung den strafrechtlich haftungsbegründenden Umstand der Zahlungsunfähigkeit erfüllt.³⁰ Dies kann aber in dieser Form nicht für die Vorschriften des SAG gelten, die zuvorderst im Interesse einer wirksamen Sanierungs- und Abwicklungsplanung auszulegen sind, da in der Tat bereits eine Zahlungsstockung eines potentiell systemgefährdenden Instituts eine nicht zu unterschätzende Gefährdung der Finanzstabilität begründen kann, insoweit der Markt dem fraglichen Institut sein Vertrauen entzieht. Folglich hat die Auslegung des Begriffs der Bestandsgefährdung für das SAG restriktiver, spezifisch aufsichtsrechtlich zu erfolgen.³¹ Um die gewünschte präven-

tive Verhaltenssteuerung (im Interesse einer effektiven Sanierungs- und Abwicklungsplanung) zu erzielen, die auch sicherstellen soll, dass es gar nicht erst zu einer Krisensituation kommt, muss hier deshalb früher bzw. niederschwelliger als bei den Bankrottdelikten angesetzt werden. Für die Rechtspraxis bedeutet dies, dass sich die ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftungsrisiken des SAG weitaus früher verwirklichen können als jene des übrigen Strafrechts.

---

²⁸ Es erfolgt auch weiterhin keine Kumulation von ahndendem und abschöpfendem Teil der Geldbuße.

²⁹ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, Vor § 283 Rn. 6 ff. m.w.N.

³⁰ Fischer (Fn. 29), Vor § 283 Rn. 8 f.

³¹ So wohl auch *BaFin*, BaFinJournal Januar 2015, S. 18 f., abrufbar unter:

http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/BaFinJournal/2015/bj_1501.pdf?__blob=publicationFile&v=7

(23.3.2015); vgl. hierzu auch die streng zivilrechtsakzessori-

---

sche Auslegung der Rspr. zur Insolvenzverschleppung BGH NStZ 2007, 643 (644); zur entsprechenden Auslegung der §§ 283 ff. StGB siehe *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, §§ 232-358, 4. Aufl. 2013, Vor §§ 283 bis 283d Rn. 97 f. m.w.N.

Das ICTY in der Krise? – Teil 1*

Der „Fall Harhoff“ im Kontext

Von Matthias Schuster, LL.M. (Sussex), Den Haag**

I. Einführung

Als im Mai 2013 das Jugoslawien-Tribunal (ICTY) in Den Haag sein zwanzigjähriges Bestehen mit einem Festakt in Anwesenheit des niederländischen Königs beging, konnte es auf eine erfolgreiche – für viele sogar erstaunlich erfolgreiche – Bilanz zurückblicken. Aus der kleinen, anfangs von den Vereinten Nationen fast stiefmütterlich behandelten Institution war ein bedeutendes internationales Strafgericht gewachsen.¹ Von 161 angeklagten Personen aus allen Staaten des ehemaligen Jugoslawien, in denen es nach dem Zerfall des Landes zu den vom ICTY zu ahndenden „schweren Verstöße[n] gegen das humanitäre Völkerrecht“ gekommen war,² befanden sich nur noch 25 im Verfahrensstadium. 69 Angeklagte waren rechtskräftig verurteilt, 18 waren freigesprochen worden. 13 Verfahren waren an Kroatien, Serbien und Bosnien und Herzegowina abgegeben worden; die restlichen waren aus unterschiedlichen Gründen eingestellt worden.³ Flüchtige gab es seit der Festnahme des vormaligen Führers der kroatischen Serben Goran Hadžić im Juli 2011 keine mehr.

Viele der Urteile und Entscheidungen des ICTY hatten Rechtsgeschichte geschrieben. Von der Bejahung der Zuständigkeit des VN-Sicherheitsrats zur Errichtung internationaler Strafgerichte (Tadić), über die Definition des Völkermordtatbestands (Krstić), zur Auslegung des Folterbegriffs (Kunarac) – die Rechtsprechung des Tribunals dürfte einen bleibenden Einfluss auf das Völkerstrafrecht haben. Durch die Umsetzung der seit 2004 verfolgten Arbeitsabschlußstrategie („completion strategy“) und der Errichtung des Internationalen Residualmechanismus für die Ad-hoc-Strafgerichtshöfe (MICT)⁴ stand die Tätigkeit des Tribunals vor einem in absehbarer Zeit zu erwartenden Ende.

* Der zweite Teil des Beitrages folgt in ZIS 5/2015.

** Der Autor ist der Rechtsberater in der Berufungskammer des Sondergerichtshofs für Libanon. Die Meinungen, die in diesem Artikel wiedergegeben werden, sind die des Autors allein und nicht notwendigerweise die des Sondergerichtshofs. Dieser Beitrag ist auch Teil des Bandes „10 Jahre Arbeitskreis Völkerstrafrecht – eine kleine Sammlung literarischer Geburtstagsgaben“, herausgegeben von Claus Kreß und erschienen beim Institute for International Peace and Security Law.

¹ Zur Vorgeschichte der Gründung des ICTY, vgl. Werle, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 48 ff.

² Art. 1 ICTY-Statut.

³ Zur aktuellen Übersicht, vgl. die Aufstellung des ICTY auf dessen Webseite:

<http://www.icty.org/sid/11186> (30.3.2015).

⁴ Vgl. Security Council, Resolution 1966 (2010) on the Establishment of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals with two branches, 22.12.2010, S/RES/1966. Der „Mechanism for International Criminal Tribunals“ übernimmt auch die Zuständigkeiten des Ruanda-Tribunals (ICTR).

Dennoch sah sich das Tribunal plötzlich heftiger Kritik ausgesetzt. Hauptgrund dafür waren zwei⁵ kontroverse Urteile der Berufungskammer von November 2012 und Februar 2013, in denen die Kammer – in jeweils teils anderer Besetzung und mit knappen Mehrheiten – die in der Vorinstanz ausgesprochenen Verurteilungen aufhob und die Angeklagten freisprach. In beiden Fällen hatten sich die Verfahren gegen vormals hochrangige Militärs gerichtet. Im Gotovina-Verfahren konnten nun die früheren kroatischen Generäle Ante Gotovina und Mladen Markač das Untersuchungsgefängnis verlassen und nach Kroatien zurückkehren, wo sie wie Helden empfangen wurden.⁶ Im Perišić-Verfahren war der Serbe Momčilo Perišić, der frühere Generalstabschef der jugoslawischen Armee, wieder ein freier Mann.

Freisprüche hatte es am ICTY natürlich schon vorher gegeben. Was die Gotovina- und Perišić-Urteile jedoch besonders hervorhob, waren sowohl die Prominenz der Angeklagten und ihre exponierte Rolle in den Konflikten der neunziger Jahren auf dem Boden des ehemaligen Jugoslawien als auch die von der Berufungskammer angeführten Begründungen und deren mögliche Folgen für eine effektive Durchsetzung des humanitären Völkerrechts.

Kritik kam auch aus einer womöglich eher überraschenden Ecke, nämlich durch einen am Tribunal tätigen Richter. Der Däne Frederik Harhoff – (nicht-ständiger) Ad-litem-Richter am ICTY seit 2007 – wählte in einer im Juni 2013 an 56 Adressaten gerichteten privaten E-Mail drastische Worte. Er zweifelte nicht nur an der Richtigkeit der Rechtsprechung der Berufungskammer in den Gotovina- und Perišić-Verfahren, sondern spekulierte auch über die Motive seiner Kollegen. Unter anderem stellte er die Frage, ob die Richter bei ihrer Entscheidungsfindung Druck von außen unterlegen seien. Dabei bezog er sich ausdrücklich auf den amerikanischen Gerichtspräsidenten Meron (der in beiden Verfahren den Vorsitz in der Berufungskammer hatte) und erwähnte den Druck, den dieser vorgeblich auf andere Richter ausübe,

⁵ Zur gleichen Zeit wurde die Berufungskammer des ICTR, die aus denselben Richtern wie die des ICTY besteht, wegen der im Mugenzi/Mugiraneza-Verfahren erfolgten Freisprüche kritisiert. Es würde jedoch den Umfang dieses Artikels übersteigen, hier weitere Einzelheiten auszuführen. Allerdings bleibt anzumerken, dass sich einige Kritikpunkte ähneln, insbesondere im Hinblick auf den Umfang und die Ausübung der Prüfungskompetenz der Berufungskammer (siehe ICTR, Ur. v. 4.2.2013 – 99-50-A [Mugenzi/Mugiraneza, Sondervotum Liu]).

⁶ Siehe Djikic, Le Monde diplomatique v. 11.1.2013, online abrufbar unter:

http://www.monde-diplomatique.de/pm/2013/01/11.mondeText.artikel.a0054.idx_19 (30.3.2015). Der dritte Angeklagte, Ivan Čermak, war schon von der Verfahrenskammer in erster Instanz freigesprochen worden.

womöglich im Interesse von bestimmten Staaten. Harhoff fügte an, dass er sich nunmehr in einem beruflichen und moralischen Dilemma befinde.

Nachdem Harhoffs E-Mail im Juni 2013 von einer unbekannt Person an die Presse weitergegeben wurde, kam es zu einer Kettenreaktion. Zum einen führte die Veröffentlichung der E-Mail zu einer heftig verlaufenden öffentlichen Diskussion, die schon bald in Verschwörungstheorien abglitt. Zum anderen hatte ihr Inhalt eine Reihe von Auswirkungen, deren volles Ausmaß bis jetzt noch nicht absehbar ist. So stellte der vor dem ICTY angeklagte Vojislav Šešelj erfolgreich den Antrag, Harhoff als einen der in seinem Verfahren sitzenden Richter wegen Befangenheit abzulehnen. Der Ausgang des Prozesses gegen den über elf Jahre in Untersuchungshaft sitzenden serbischen Politiker ist seitdem ungewiss. Auch im derzeit vor der Berufungskammer laufenden Stanišić/Župljanin-Verfahren haben die Angeklagten beantragt, ihre durch Harhoffs Mitwirkung erfolgten erstinstanzlichen Verurteilungen aufzuheben.

Der vorliegende Beitrag soll keine detaillierte Einzelkritik der Vorgänge am ICTY sein, sondern Übersichtscharakter haben. Aufmerksamkeit erfahren insbesondere die umstrittenen Urteile der Berufungskammer in Gotovina und Perišić (und in Bezug auf letzteres dessen teilweise Korrektur durch das folgende Urteil in Šainović) sowie die relevanten Entscheidungen in anderen Verfahren als Folge der Äußerungen Richter Harhoffs. Dabei werden einige auch über das ICTY hinausgehende materiell- und prozessrechtliche Probleme der internationalen Strafgerichtsbarkeit beleuchtet.

II. Die Gotovina- und Perišić-Urteile

Vergleichsweise schnell verhandelte und entschied die ICTY-Berufungskammer in den Gotovina- und Perišić-Verfahren. Aufgrund der großen Zahl der in den letzten Jahren vor der Berufungskammer eingelegten Rechtsmittel hatte sich die Dauer zwischen Verkündung des erstinstanzlichen Urteils und der Entscheidung der Berufungskammer stark verlängert. In einigen Verfahren betrug dieser Zeitraum über drei Jahre.⁷ Sowohl in Gotovina als auch in Perišić wurde schneller gearbeitet – die Verfahren unter Vorsitz des Gerichtspräsidenten fanden ihren Abschluss nach 19 bzw. 18 Monaten.⁸

1. Gotovina

a) Hintergrund und erstinstanzliches Urteil

Im Gotovina-Verfahren verhandelte das ICTY erst- und letztmalig über die Verantwortlichkeit von kroatischen An-

geklagten hinsichtlich der Ereignisse in der zum größten Teil von Serben bewohnten kroatischen Provinz Krajina im Sommer 1995. Zu jenem Zeitpunkt hatte Kroatien mit der „Operation Sturm“ („operation storm“) die Rückgewinnung dieses Gebiets, das sich einige Jahre früher für unabhängig erklärt hatte, eingeleitet. Die Anklageschrift warf den drei früheren kroatischen Generälen Ante Gotovina, Mladen Markač und Ivan Čermak vor, zusammen mit der politischen Führung Kroatiens während dieser Operation die serbische Bevölkerung in einer orchestrierten Aktion aus der Krajina vertrieben zu haben. Im Einzelnen sollten sich die Angeklagten der Verfolgung („persecutions“), Vertreibung („deportation“), anderer unmenschlicher Handlungen („other inhumane acts“), u.a. durch zwangsweise Überführung der Bevölkerung („forcible transfer“), und Mord als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verantwortlich gemacht haben. Daneben wurden einzelne Kriegsverbrechen angeklagt.⁹

In ihrem nach zweieinhalbjährigem Prozess¹⁰ verkündeten Urteil vom 15. April 2011 stellte die Verfahrenskammer es als erwiesen fest, dass die Angeklagten Gotovina und Markač an einem gemeinsamen verbrecherischen Unternehmen („joint criminal enterprise“, „JCE“) als besondere Form der täterschaftlichen Begehung mitgewirkt hatten. Dieses JCE hatte die ständige Entfernung der serbischen Bevölkerung aus der Krajina zum Ziel.¹¹ Die Kammer stützte sich dabei im Wesentlichen auf folgende von ihr auf Grundlage der Beweiswürdigung getroffene Feststellungen: Am 4. und 5. August 1995 griff die kroatische Armee vier Städte in der Krajina mit Artilleriefeuer an. Der Beschuss galt dabei nicht nur militärischen Zielen, sondern den Städten selbst. Er stellte deshalb einen unterschiedslosen Angriff auf die Städte und somit einen rechtswidrigen Angriff auf die dort befindliche Zivilbevölkerung bzw. zivile Objekte dar. Dieser Angriff, gepaart mit anderen Verbrechen gegen die serbische Bevölkerung, schuf eine Situation aus Furcht und Zwang, mit der Folge, dass den Menschen keine andere Möglichkeit blieb als zu fliehen.¹² Ungefähr 180.000 kroatische Serben wurden so vertrieben.¹³ Diese Vertreibung war das Ziel der politischen und militärischen Führung Kroatiens unter dem seinerzeitigen Präsidenten Franjo Tuđman. Die Mitschriften eines hochrangigen Treffens kurz vor Beginn der „Operation Sturm“ in Brioni („Brioni Transcripts“) sowie andere Äußerungen führender kroatischer Amtsträger, gesehen im Kontext der erfolgten Maßnahmen gegen die serbische Zivilbevölkerung einschließlich der Vertreibungen, zeigten klar diese Absicht

⁷ Vgl. z.B. das Lukić/Lukić-Verfahren gegen zwei Angeklagte, in dem das erstinstanzliche Urteil am 20.7.2009 erging und das Urteil der Berufungskammer am 4.12.2012. Im Šainović-Verfahren wurden in erster Instanz vier Angeklagte am 26.2.2009 verurteilt; die Entscheidung der Berufungskammer erfolgte erst am 23.1.2014.

⁸ In Gotovina erging das Urteil der Verfahrenskammer am 15.4.2011; das Berufungsurteil am 16.11.2012. In Perišić wurde das erstinstanzliche Urteil am 6.9.2011 verkündet; das Berufungsurteil folgte am 28.2.2013.

⁹ Siehe im Einzelnen ICTY, Anklageschrift v. 12.3.2008 – 06-90-T (Gotovina).

¹⁰ Siehe ICTY, Urte. v. 15.4.2011 – 06-90-T (Gotovina), Rn. 2660 ff.

¹¹ ICTY, Urte. v. 15.4.2011 – 06-90-T (Gotovina), Rn. 2303 ff.

¹² ICTY, Urte. v. 15.4.2011 – 06-90-T (Gotovina), Rn. 2305 (mit weiteren Nachweisen auf die entsprechenden Urteilspassagen).

¹³ Vgl. ICTY, Urte. v. 15.4.2011 – 06-90-T (Gotovina), Rn. 1712.

auf.¹⁴ Neben Tuđman waren unter anderem Gotovina und Markač Mitglieder des JCE. Beide waren anwesend in Brioni – Gotovina äußerte sich dort dahingehend, dass die beabsichtigte militärische Offensive im Rahmen der „Operation Sturm“ den Druck auf die serbische Zivilbevölkerung zu fliehen erhöhen würde – und beide gaben Befehle zum Angriff auf die vier Städte.¹⁵

Die Kammer verurteilte Gotovina und Markač aufgrund dieser Taten und weiterer Vergehen wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen. Gotovina erhielt eine Haftstrafe von 24 Jahren, Markač von 18 Jahren. Čermak wurde aus Mangel an Beweisen für eine Mittäterschaft freigesprochen.¹⁶

b) Das Urteil der Berufungskammer

Sowohl Gotovina als auch Markač legten Rechtsmittel vor der Berufungskammer ein. Die Anklagebehörde verzichtete auf weitere Schritte gegen Čermak. In ihrem nur 56-seitigen Urteil,¹⁷ das in einer Mehrheitsentscheidung von drei zu zwei Richtern am 16. November 2012 erging, hob die Berufungskammer das erstinstanzliche Urteil auf und sprach beide Angeklagte von allen Vorwürfen frei.¹⁸ Wie kam es dazu?

Einer der zentralen Angriffspunkte in den Berufungsschriftsätzen der Verteidigung war die Feststellung der Verfahrenskammer, dass es sich bei der Beschießung der vier Städte in der Krajina um einen rechtswidrigen Angriff auf die zivile Bevölkerung bzw. zivile Objekte gehandelt hatte. Die Verteidigung rügte insbesondere die Beweiswürdigung der Kammer im Hinblick auf die Analyse der Einschlagstellen von kroatischen Artilleriegranaten.

Die Berufungskammer befand zunächst, dass Prüfstein („touchstone“) der erstinstanzlichen Feststellungen im Hinblick auf die Existenz des JCEs mit dem Ziel der ständigen Vertreibung der serbischen Bevölkerung die nach Auffassung der Verfahrenskammer rechtswidrigen Angriffe auf die vier Städte gewesen seien.¹⁹ Das Vorliegen solcher Angriffe habe die Verfahrenskammer im Wesentlichen aufgrund des Ergebnisses der von ihr vorgenommenen sog. Einschlagsanalyse („impact analysis“) angenommen.²⁰ In der Tat ging die Verfahrenskammer nach Beweiswürdigung von der Vermutung aus, dass jedes Artilleriegeschoss, das von der kroatischen Armee abgefeuert wurde und in einem Radius von nicht mehr als 200 Metern um ein militärisches Ziel einschlug, bewusst

(„deliberately“) auf das Ziel geschossen wurde.²¹ Mit diesem „200-Meter-Standard“ als Maßstab befand die Verfahrenskammer, dass alle Einschlagstellen außerhalb eines solchen Radius, also entfernt von militärischen Zielen, zum Beweis eines rechtswidrigen Angriffs dienen.²²

Der 200-Meter-Standard wurde nun zum Ausgangspunkt der Demontage des erstinstanzlichen Urteils durch die Berufungskammer. Insbesondere stellte die Berufungskammer fest, dass die Verfahrenskammer es unterlassen habe zu erläutern, wie sie – angesichts verschiedener und teils widersprüchlicher Sachverständigenaussagen – zu diesem Standard gelangt war, und warum sie ihn gleichermaßen auf die Artillerieeinschläge in allen vier Städten angewendet hatte.²³ In den Augen der Berufungskammer war die Verfahrenskammer damit in zweifacher Hinsicht fehlerhaft vorgegangen. Zum einen habe sie auf den 200-Meter-Standard abgestellt, ohne dass dieser in irgendeiner Weise auf den zugelassenen Beweisen beruhte; zum anderen habe die Kammer es versäumt zu erläutern, wie sie zu ihrem Ergebnis gelangte.²⁴ Dies sollte allerdings die einzige, von allen fünf Richtern einstimmig getragene Feststellung im Berufungsurteil sein.

Die Berufungskammer überprüfte nun die restlichen Feststellungen der Verfahrenskammer zu den von Kroatien geführten Angriffen. Die Mehrheit der Richter befand als Erstes, dass der 200-Meter-Standard zentrales Kriterium für die Bestimmung gewesen sei, ob militärische Ziele in den vier Städten gezielt beschossen wurden (was gegen die Annahme eines rechtswidrigen Angriffs auf die Zivilbevölkerung spräche) oder ob die kroatische Armee unterschiedslos vorgegangen sei (was auf einen rechtswidrigen Angriff auf die Zivilbevölkerung hindeutete). Weitere Faktoren seien für diese Untersuchung nicht ausschlaggebend gewesen. Damit sei die Einschlagsanalyse nicht aufrecht zu erhalten.²⁵ Auch andere neben der Einschlagsanalyse von der Verfahrenskammer gewürdigte Beweise – wie zum Beispiel die Angriffsbefehle und ihre Umsetzung oder die im Brioni-Treffen gemachte Aussage von Gotovina, dass, falls es einen Befehl zum Angriff auf Knin gebe, die Stadt in einigen Stunden zerstört werden würde²⁶ – seien für sich genommen nicht ausreichend für den Befund, dass die Artillerieangriffe auf die Städte rechtswidrig gewesen seien. Die diesbezüglichen Feststellungen der Verfahrenskammer müssten deshalb aufgehoben werden.²⁷

Sodann wandte sich die Berufungskammer der Frage zu, ob die Verfahrenskammer aus anderen Gründen vernünftigerweise zu dem Ergebnis hätte gelangen können, dass ein JCE mit dem Ziel der ständigen Vertreibung der serbischen

¹⁴ ICTY, Urt. v. 15.4.2011 – 06-90-T (Gotovina), Rn. 2310 ff.

¹⁵ ICTY, Urt. v. 15.4.2011 – 06-90-T (Gotovina), Rn. 2368 ff., 2578 ff.

¹⁶ ICTY, Urt. v. 15.4.2011 – 06-90-T (Gotovina), Rn. 2619 ff.

¹⁷ Das erstinstanzliche Urteil der Verfahrenskammer belief sich auf mehr als 1.300 Seiten.

¹⁸ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina).

¹⁹ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 24. Schon diese Feststellung wurde mit der auch die meisten anderen Feststellungen betreffenden Mehrheit von drei zu zwei Richtern getroffen.

²⁰ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 25.

²¹ ICTY, Urt. v. 15.4.2011 – 06-90-T (Gotovina), Rn. 1898.

²² ICTY, Urt. v. 15.4.2011 – 06-90-T (Gotovina), Rn. 1903 ff., 1919 ff., 1932 f., 1940 f.

²³ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 58 ff.

²⁴ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 61.

²⁵ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 64 ff.

²⁶ Siehe ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 81 („[I]f there is an order to strike at Knin, we will destroy it in its entirety in a few hours.“).

²⁷ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 77 ff.

Bevölkerung bestanden hatte. Nach äußerst knapper Analyse stellte sie mehrheitlich fest, dass die Verfahrenskammer die Existenz eines JCEs zwar aus verschiedenen, sich gegenseitig verstärkenden Feststellungen hergeleitet habe, dies aber angesichts der Bedeutung, welche die Verfahrenskammer den irrtümlich für rechtswidrig erachteten Angriffen auf die vier Städte beigemessen habe, nicht aufrechterhalten werden könne.²⁸ Im Einzelnen befand die Mehrheit der Richter, dass weder die Protokolle des Brioni-Treffens, bestimmte Äußerungen von Präsident Tudman zur betreffenden Zeit und die nach den Angriffen begangenen Einzelverbrechen gegen serbische Zivilisten, noch die Maßnahmen, welche Kroatien später erließ, um eine Rückkehr der geflüchteten Serben zu verhindern, unzweifelhaft auf das Bestehen eines JCE hindeuteten.²⁹ Daher könne das Urteil der Verfahrenskammer auch unter diesem Aspekt nicht aufrechterhalten werden.

Mangels JCE hob die Berufungskammer mehrheitlich nun alle Verurteilungen der Angeklagten, die auf dieser Beteiligungsform beruhten, auf.³⁰ Auch eine Verurteilung nach anderen Beteiligungsmodellen aufgrund des vorhandenen Beweismaterials lehnte die Berufungskammer jedoch wiederum mehrheitlich ab.³¹ Damit blieb es ihr nur noch übrig, die Angeklagten freizusprechen.³²

c) Kritik am Urteil

Hauptpunkte einer Kritik am Gotovina-Urteil der Berufungskammer sind schon in ihm selbst in Gestalt der ablehnenden Sondervoten („dissenting opinions“) der Richter Agius und Pocar enthalten.³³

Hauptaugenmerk der beiden Richter in der Minderheit der Berufungskammer war zunächst der Umgang der Mehrheit mit dem berufungsinstanzlichen Überprüfungsmaßstab („standard of appellate review“). Dieser Maßstab ist in ständiger Rechtsprechung von der Berufungskammer entwickelt worden und an sich kaum jemals Gegenstand von Kontroversen. Laut ICTY-Statut obliegt es der Berufungskammer, über Berufungsanträge zu entscheiden, die „wegen eines Rechtsirrtums, der die Entscheidung fehlerhaft macht“ („error of law“) oder „wegen eines Tatsachenirrtums, der zu einem Fehlurteil geführt hat“ („error of fact“) gestellt wurden.³⁴ Die Berufungskammer hat dies ausfüllend so konkretisiert, dass sie im Falle eines Rechtsirrtums die korrekten rechtlichen Anforderungen klarstellt und diese auf das vorhandene Beweismaterial bezieht, um zu beurteilen, ob eine Tatsache

ohne begründeten Zweifel als bewiesen gilt.³⁵ Bei gerügten Tatsachenirrtümern hingegen legt sich die Berufungskammer normalerweise Zurückhaltung auf. Nur wenn keine verständige Verfahrenskammer („reasonable trial chamber“) zu der angegriffenen Tatsachenfeststellung gekommen wäre, kann die Berufungskammer intervenieren und selbst solche Feststellungen treffen.³⁶

Hier hatte die Berufungskammer einstimmig die fehlerhafte Anwendung des sog. 200-Meter-Standards durch die Verfahrenskammer festgestellt. Richter Agius bemängelte jedoch, dass die Mehrheit nicht begründet habe, um welche Art Irrtum es sich dabei handle.³⁷ Zwar bezeichne die Berufungskammer das Unterlassen der Verfahrenskammer, Gründe für die Anwendung des 200-Meter-Standards anzugeben, als Rechtsirrtum, damit sei jedoch noch nicht gesagt, ob die Anwendung des 200-Meter-Standards selbst ein Rechtsirrtum sei.³⁸ In einem solchen Falle (und Agius wies darauf hin, dass die Mehrheit dazu schwieg) hätte die Berufungskammer zunächst die korrekten rechtlichen Anforderungen darstellen müssen, bevor sie zu einer de novo-Überprüfung des vorhandenen Beweismaterials gelangen durfte. Dies war aber nicht geschehen.³⁹ Auch in Bezug auf andere mögliche Auslegungen der Mehrheitsmeinung hinsichtlich eines Rechtsirrtums bemängelte Agius, dass es unmöglich sei dieser zu entnehmen, was genau die Mehrheit beabsichtigt habe.⁴⁰ Falls die

²⁸ ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 91.

²⁹ ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 92 ff.

³⁰ ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 96 ff.

³¹ ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 136, 157.

³² ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 158.

³³ Vgl. Clark, *Journal of International Criminal Law and Justice* 11 (2013), 399; Solis, *Military Law Review* 215 (2013), 78; Vallentgoed, *Journal of Conflict & Security Law* 18 (2013), 25.

³⁴ Siehe Art. 25 ICTY-Statut.

³⁵ Siehe ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 12 („Where the Appeals Chamber finds an error of law in the trial judgement arising from the application of an incorrect legal standard, the Appeals Chamber will articulate the correct legal standard and review the relevant factual findings of the trial chamber accordingly. In so doing, the Appeals Chamber not only corrects the legal error, but, when necessary, also applies the correct legal standard to the evidence contained in the trial record and determines whether it is itself convinced beyond reasonable doubt as to the factual finding challenged by the appellant before that finding is confirmed on appeal.“).

³⁶ Siehe ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina), Rn. 13 („Regarding errors of fact, the Appeals Chamber will apply a standard of reasonableness. [...] In reviewing the findings of the Trial Chamber, the Appeals Chamber will only substitute its own findings for that of the Trial Chamber when no reasonable trier of fact could have reached the original decision.“).

³⁷ Vgl. ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 7, „[...] [T]he approach taken by the Majority [...] is extremely confusing and in no way resembles an application of the proper standard of review applicable to errors of law – or indeed any recognisable standard of review.“

³⁸ ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 9.

³⁹ ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 10 f.

⁴⁰ ICTY, Ur t. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 15, „[...] However, I find it is impossible

Mehrheit hingegen einen Tatsachenirrtum angenommen habe, dann habe sie unterlassen zu überprüfen, ob eine verständige Kammer auch ohne den 200-Meter-Standard auf Grundlage der festgestellten Einschlagstellen zu einer Rechtswidrigkeit der Angriffe hätte gelangen können.⁴¹

Als Nächstes kritisierte Agius die Art und Weise der in seinen Worten nur „vorgeblichen Überprüfung“ („purported review“) des erstinstanzlichen Urteils. Die de novo-Würdigung des vorhandenen Beweismaterials durch die Mehrheit in nur drei Absätzen bezeichnete er als „erschütternd“ („staggering“) und geringschätzig gegenüber der Verfahrenskammer, deren Feststellungen zur Rechtswidrigkeit der Angriffe auf die vier Städte über 200 Seiten umfasst hatten.⁴²

Agius führte detailliert an, warum seiner Ansicht nach das Vorgehen der Mehrheit auch in der Sache fehlerhaft war.⁴³ So wies er auf die unbestrittenen Sachverständigenaussagen im Prozess hin, aus denen sich ergebe, dass je weiter ein Einschlag von einem legitimen militärischen Ziel entfernt sei, die Wahrscheinlichkeit umso höher werde, dass das relevante Geschoss nicht auf dieses gefeuert wurde. Diese Beweismittel habe die Mehrheit vollständig unberücksichtigt gelassen. Im Ergebnis, so Agius, habe hier die Berufungskammer die von der Verfahrenskammer angenommene Schwankungsbreite („margin of error“) von 200 Metern durch nichts ersetzt und damit ad infinitum erhöht. Dies aber schließe jede Möglichkeit aus, einen Angriff als unterschiedslos zu qualifizieren.⁴⁴ Agius zeigte sich zudem überzeugt, dass die Verfahrenskammer neben dem 200-Meter-Standard noch weitere wichtige Feststellungen gemacht hatte, die auf einen unterschiedslosen und damit rechtswidrigen Charakter der Angriffe auf die vier Städte hindeuteten, wie z.B. die Tatsache, dass auf die Stadt Knin über 900 Geschosse in gerade einmal anderthalb Tagen gefeuert wurden, obwohl es von Seiten der Stadt keinen Widerstand gab.⁴⁵

Zudem bemängelte Agius an mehreren Stellen seines Votums, dass die Mehrheit die erstinstanzlichen Feststellungen in bestimmte einzelne Gesichtspunkte aufgespalten habe, ohne sich auf diese in ihrer Gesamtheit zu beziehen.⁴⁶ Im Ergebnis stand es für ihn nach Würdigung aller Umstände fest, dass die Verfahrenskammer nicht geirrt hatte, als sie die Angriffe auf die vier Städte für rechtswidrig befand.⁴⁷ Damit

---

to know exactly what the Majority is thinking in this respect, given its confusing, and confused, analysis.“

⁴¹ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 16.

⁴² ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 12.

⁴³ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 18.

⁴⁴ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 15 ff.

⁴⁵ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 21 ff.; siehe auch Rn. 28 ff.

⁴⁶ Siehe ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 3, 46.

⁴⁷ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 45 f.

stellte Richter Agius auch den Wegfall des JCE in Frage, überließ es aber Richter Pocar, eine detaillierte Kritik daran zu formulieren.⁴⁸

Auch Pocar wandte sich gegen die in seinen Augen durch die Mehrheit erfolgte Verletzung des Überprüfungsmaßstabs der Berufungskammer und kam in Bezug auf die Rechtswidrigkeit der kroatischen Angriffe auf die vier Städte zu ähnlichen Schlussfolgerungen wie zuvor sein Kollege Agius,⁴⁹ allerdings mit noch deutlicheren Worten.⁵⁰

Pocar kritisierte, dass die Analyse der Mehrheit in Bezug auf das JCE „unrichtig und irreführend“ („incorrect and misleading“) sei und Ausführungen enthalte, die entweder im Widerspruch zum erstinstanzlichen Urteil stünden oder nicht durch entsprechende Verweise belegt seien.⁵¹ So gebe die Mehrheit vor („pretends“), dass die Feststellungen der Verfahrenskammer zur Existenz eines JCE mit dem Ziel der permanenten Vertreibung in erster Linie auf dem Vorhandensein der rechtswidrigen Angriffe auf die vier Städte beruht hätten. Im Gegenteil habe die Verfahrenskammer gerade auch auf andere Indizien abgestellt, wie das Treffen in Brioni und die Vorbereitung der „Operation Sturm“, die gegen zurückgebliebene serbische Zivilisten begangene Verbrechen und die von Kroatien veranlassten Maßnahmen, die eine Rückkehr der geflüchteten Serben erschweren sollten.⁵² Die von der Mehrheit geäußerte Ansicht, die Protokolle des Treffens in Brioni könnten sich auch nur auf rechtmäßige Kampfaktionen bezogen haben, bezeichnete Pocar angesichts der detaillierten Diskussion zu diesem Punkt im erstinstanzlichen Urteil als „grotesk“.⁵³ Ebenfalls habe die Mehrheit das Urteil hinsichtlich der später erfolgten Maßnahmen zur Abschreckung von Rückkehrern missdeutet. Die Verfahrenskammer habe die kroatische Vorgehensweise dabei nicht als Beweis für eine erzwungene Flucht der Serben gewertet, sondern als

---

⁴⁸ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Agius), Rn. 47 ff. Richter Agius führte im Rest seines Votums aus, warum er mit der Mehrheit bezüglich der von dieser geprüften und dann abgelehnten Möglichkeit einer Verurteilung nach anderen Gesichtspunkten nicht einverstanden war (siehe auch a.a.O., Rn. 51 ff.).

⁴⁹ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Pocar), Rn. 3 ff.

⁵⁰ Siehe ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Pocar), Rn. 2, „Given the sheer volume of errors and misconstructions in the Majority’s reasoning and the fact that the Appeal Judgement misrepresents the Trial Chamber’s analysis, I will not discuss everything in detail.“ Rn. 5, „In my view, the Majority’s approach is wholly erroneous and in violation of our standard of review on appeal [...]“ Rn. 14, „[...] [T]he paucity of the legal analysis in the Majority’s reasoning opens more questions than it provides legal answers.“

⁵¹ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Pocar), Rn. 22 ff.

⁵² ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Pocar), Rn. 25.

⁵³ ICTY, Urt. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Pocar), Rn. 26.

ein Indiz für die bestehende Absicht einer permanenten Vertreibung der Flüchtenden herangezogen.⁵⁴

Schließlich ließ Pocar durchblicken, dass die Mehrheit es auf einen Freispruch der Angeklagten nahezu angelegt habe. Insoweit beließ er es bei der „offenen Frage“ („open question“), was die Mehrheit – selbst wenn sie anstrebte, Gotovina und Markač freizusprechen – damit erreichen wollte, das JCE als Ganzes zu verwerfen, anstatt sich auf die individuellen Tatbeiträge der beiden zu beschränken.⁵⁵

Die Sondervoten der Richter Agius und Pocar sind sowohl in ihrer Länge als auch in ihrer Schärfe ungewöhnlich. Insgesamt tragen sie fast schon die Züge einer Abrechnung mit den die Mehrheitsbegründung tragenden drei Richtern Meron, Güney und Robinson.⁵⁶ Bemerkenswert ist auch, dass der Chef der Anklagebehörde des Tribunals Brammertz zum ersten Mal in der Geschichte des Tribunals nach einer Entscheidung der Berufungskammer eine Presserklärung abgab, in der er sein Bedauern über das Urteil ausdrückte und explizit auf den Inhalt der Sondervoten verwies.⁵⁷

Es ist erstaunlich, dass die Mehrheit es trotz der augenscheinlich fundierten Angriffe auf ihre Begründung seitens zweier eminenter Richter der Berufungskammer nicht für nötig erachtete, in ihrem Urteil auf deren Kritik einzugehen oder überhaupt zur Kenntnis zu nehmen. Dies sollte ohne weiteres möglich gewesen sein, denn Sondervoten, in Deutschland nur auf Verfassungsgerichtsebene vorgesehen,⁵⁸ sind an den internationalen Strafgerichtshöfen gängige Praxis⁵⁹ und werden für gewöhnlich in ausreichender Zeit vor

Fertigstellung eines Urteils unter den Richtern zwecks Möglichkeit zur Stellungnahme zirkuliert. So können auch noch rechtzeitig eventuell vorhandene argumentative Schwachstellen des Mehrheitsentwurfs verbessert werden. Hier wäre es sicher angebracht gewesen, die Kritik der Minderheit zumindest in Bezug auf solche Punkte, in denen diese der Mehrheit Unklarheit oder Schweigen vorwarf, in das Urteil aufzunehmen und gegebenenfalls klarzustellen. Dass dies nicht geschehen ist, war und ist der Akzeptanz des Urteils abträglich.⁶⁰

2. Perišić

a) Hintergrund und erstinstanzliches Urteil

Der Serbe Momčilo Perišić war der ehemalige Generalstabschef der jugoslawischen Armee („VJ“) und in dieser Funktion deren höchstrangiger Offizier. Die VJ gehörte zur 1992 neugegründeten Bundesrepublik Jugoslawien, die aus Serbien und Montenegro bestand. Perišić wurde hauptsächlich Mitverantwortung für die zwischen August 1993 und November 1995 in Sarajevo und Srebrenica (im benachbarten Bosnien und Herzegowina) begangenen Verbrechen der Armee der bosnisch-serbischen Republika Srpska („VRS“) vorgeworfen. Insbesondere stellte die Anklageschrift auf Perišićs Rolle in der Erbringung von militärischen und logistischen Unterstützungsleistungen an die VRS durch die VJ ab. Angeklagt wurde Perišić deshalb wegen Beihilfe zu Mord, unmenschlichen Handlungen, Verfolgung und Ausrottung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und wegen Mordes und Angriffen auf die Zivilbevölkerung als Kriegsverbrechen. Darüber hinaus sollte er aufgrund seiner Vorgesetztenverantwortlichkeit für die von der VJ in Sarajevo und Srebrenica und bestimmte von der Armee der serbischen Krajina („SVK“) im Mai 1995 in der kroatischen Hauptstadt Zagreb begangenen Verbrechen belangt werden.⁶¹

In ihrem Urteil vom 6. September 2011 stellte die Verfahrenskammer zunächst als erwiesen fest, dass die VRS zwischen September 1992 und November 1995 die bosnische Hauptstadt Sarajevo u.a. mit Artillerie und Mörsern beschossen hatte. Gekoppelt mit dem Einsatz von Scharfschützen waren dadurch hunderte Zivilisten getötet und weitere Tausende verletzt worden. Im Sommer 1995 brachten Angehörige der VRS in Srebrenica zudem tausende muslimische Zivilisten um. Die Verfahrenskammer befand, dass insoweit die

Folgeverfahren frühere Entscheidungen noch einmal überdachten bzw. klarstellten.

⁶⁰ Z.B. begründete Richter Robinson (selbst einer der drei Richter in der Mehrheit) in seinem dem Urteil zustimmenden Sondervotum, weshalb seiner Ansicht nach hier eine Zurückverweisung an die Verfahrenskammer zwecks Durchführung eines neuen Verfahrens nicht angebracht war (siehe ICTY, Urte. v. 16.11.2012 – 06-90-A [Gotovina, Sondervotum Robinson], Rn. 17 ff.). Es ist unklar, warum solche wichtigen Erwägungen keinen Eingang in den Text des Urteils selbst fanden.

⁶¹ Siehe im Einzelnen ICTY, Anklageschrift v. 5.2.2008 – 04-81-PT (Perišić), Rn. 40 ff.

⁵⁴ ICTY, Urte. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Pocar), Rn. 28.

⁵⁵ ICTY, Urte. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Pocar), Rn. 30, „Finally, even if the Majority wished to acquit Gotovina and Markač entirely, one might wonder what the Majority wanted to achieve by quashing the mere existence of the JCE rather than concentrating on Gotovina’s and Markač’s significant contributions to the JCE. I leave it as an open question.“

⁵⁶ Siehe ICTY, Urte. v. 16.11.2012 – 06-90-A (Gotovina, Sondervotum Pocar), Rn. 39, „[...], I fundamentally dissent from the entire Appeal Judgement, which contradicts any sense of justice.“

⁵⁷ Stellungnahme des ICTY Anklägers Brammertz in Verbindung mit dem Gotovina und Markač Berufungsurteil v. 21.11.2012, online abrufbar unter:

http://www.icty.org/x/file/Press/Statements%20and%20Speeches/Prosecutor/121121_prosecutor_brammertz_en.pdf (30.3.2015).

⁵⁸ Siehe § 30 Abs. 2 BVerfGG. Die Möglichkeit eines Sondervotums ist auch an den meisten Landesverfassungsgerichten vorgesehen.

⁵⁹ Gerade im Bereich des Völkerstrafrechts, in dem noch viele Rechtsfragen ungeklärt sind, haben Sondervoten eine wichtige Funktion, denn sie gestatten einen gewissen Einblick in die zu einer Entscheidung hinführenden richterlichen Diskussionen und tragen damit zum weitergehenden Verständnis der Materie bei. Überzeugend geschriebene Sondervoten haben schon oft dazu beigetragen, dass Kammern in

Tatbestände von Mord (sowohl als Kriegsverbrechen als auch als Verbrechen gegen die Menschlichkeit), Verfolgung, Ausrottung und unmenschlichen Handlungen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie rechtswidrigen Angriffe auf Zivilisten als Kriegsverbrechen verwirklicht wurden.⁶² Die Kammer sah es ebenfalls als erwiesen an, dass die SVK im Mai 1995 Raketen auf Zagreb geschossen und dabei sieben Zivilisten getötet und 210 weitere verletzt hatte. Die Täter seien deshalb verantwortlich für Mord (auch hier als Kriegsverbrechen und als Verbrechen gegen die Menschlichkeit), unmenschliche Handlungen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und rechtswidrige Angriffe auf Zivilisten als Kriegsverbrechen.⁶³

Grundfrage des Verfahrens gegen Perišić war jedoch, ob ihm die Verbrechen der VRS und der SVK zugerechnet werden konnten. Die Verfahrenskammer stellte zunächst einstimmig fest, dass die VJ unter Aufsicht Perišićs der VRS und SVK umfangreiche Unterstützung in Gestalt von Munition, Treibstoff, Ersatzteilen, Training und technischer Hilfe hatte zukommen lassen.⁶⁴ Perišić persönlich traf sich regelmäßig mit den Befehlshabern beider Armeen, um mit diesen über deren Bedürfnisse zu sprechen.⁶⁵ Obendrein blieben viele Offiziere der VRS und der SVK zum damaligen Zeitpunkt weiterhin Angehörige der VJ.⁶⁶ Perišić gewährleistete dabei, dass der Status dieser Offiziere gesichert war.⁶⁷ Er machte auch deutlich, dass diejenigen VJ-Offiziere, die sich weigerten, an die VRS oder die SVK abgeordnet zu werden, entlassen werden würden.⁶⁸

Die Richter der Verfahrenskammer entzweiten sich aber an der Frage, ob Perišić als Gehilfe der von der VRS begangenen Verbrechen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 des ICTY-Statuts einzustufen sei. Die Mehrheit, bestehend aus den ad-litem-Richtern David und Picard, befand, dass die Voraussetzungen der Beihilfe erfüllt waren.⁶⁹ Davon war der Vorsitzende Richter Moloto nicht überzeugt.

Die Begründung der Mehrheit stützte sich auf die ständige Rechtsprechung des Tribunals zur Beihilfe. Hiernach verlangt der objektive Tatbestand eine wie auch immer gearbete Unterstützungshandlung des Gehilfen (ausreichend sind z.B. Ermutigung oder moralische Unterstützung des Haupttäters), die allerdings eine substantielle Wirkung („substantial effect“) auf die Begehung der Haupttat hat. Die Unterstützungshandlung muss dabei für die Haupttat nicht kausal sein. Für den subjektiven Tatbestand genügt es, wenn der Täter

weiß, dass sein Handeln der Begehung der Haupttat, die nicht genau konkretisiert sein muss, förderlich ist.⁷⁰

Nach Ansicht der Mehrheit hatte Perišić hier nicht nur die Kriegsführung der VRS unterstützt. Vielmehr seien die in Bosnien begangenen Verbrechen untrennbar mit der Strategie und den Zielen der VRS verbunden gewesen.⁷¹ Die VRS habe z.B. in Sarajevo keinen Unterschied zwischen zivilen und militärischen Zielen gemacht.⁷² Perišićs wiederholte logistische und personelle Unterstützung der VRS hätten es dieser erst ermöglicht, ihre Verbrechen zu begehen. Sein Handeln habe mithin die geforderte „substantielle Wirkung“ in Bezug auf die Haupttaten gehabt.⁷³ Die Mehrheit stellte weiterhin fest, dass Perišić über die Verbrechen der VRS genau informiert gewesen sei. Sie wies darauf hin, dass die Beschießung Sarajevos und der Einsatz von Scharfschützen gegen Zivilisten über einen Zeitraum von mehr als drei Jahren angedauert hätten und gut dokumentiert worden seien.⁷⁴ Bezüglich der Ereignisse in Srebrenica habe Perišić gewusst, dass die VRS dort mit hoher Wahrscheinlichkeit bestimmte Verbrechen gegen bosnische Muslime unter ihrer Herrschaft begehen würde.⁷⁵

Auch über Perišićs Verantwortlichkeit als Vorgesetzter waren sich die Richter nicht einig. Zwar lehnten sie hinsichtlich der Verbrechen in Sarajevo und Srebrenica einstimmig das Bestehen eines Über-/Unterordnungsverhältnisses mangels „tatsächlicher Kontrolle“ („effective control“) der VJ über die VRS ab. Die Mehrheit der Verfahrenskammer, bestehend wiederum aus den Richtern David und Picard, kam aber zu dem Schluss, dass Perišić aufgrund seiner besonderen Stellung eine solche Kontrolle über die SVK ausgeübt hatte und deshalb als Vorgesetzter für die Beschießung Zagrebs Verantwortung trug.⁷⁶

Im Ergebnis verurteilte die Kammer Perišić mehrheitlich in allen Anklagepunkten (mit Ausnahme des Verbrechens der Ausrottung) und sprach eine Haftstrafe von 27 Jahren aus.⁷⁷

Richter Moloto fügte dem Urteil zwei die Begründung und das Ergebnis ablehnende Sondervoten bei. Wesentlicher Punkt des ersten Votums war die seiner Auffassung nach unzureichende Beachtung der durch die Rechtsprechung des Tribunals entwickelten Grundsätze zur Gehilfenstrafbarkeit. Diese setze im objektiven Tatbestand nicht nur die Unterstützungshandlung voraus. Das Handeln des Täters müsse vielmehr gerade auf die Unterstützung der Verwirklichung der Begehung des jeweiligen Verbrechens gerichtet („specifically

⁶² ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 556 ff., 729 ff.

⁶³ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 591 ff.

⁶⁴ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 1007 ff., 1234 ff., 1262 f.

⁶⁵ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 943 ff.

⁶⁶ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 787.

⁶⁷ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 866, 880, 890, 896, 904.

⁶⁸ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 803 ff.

⁶⁹ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 1649 f.

⁷⁰ Siehe die Nachweise bei ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 124 ff.

⁷¹ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 1588.

⁷² ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 1590.

⁷³ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 1621 ff.

⁷⁴ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 1632 ff.

⁷⁵ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 1637 f. Nur für das Verbrechen der Ausrottung sah die Kammer hier eine Kenntnis Perišićs als nicht erwiesen an (ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T [Perišić], Rn. 1638 ff.).

⁷⁶ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 1769, 1779, 1784 f.

⁷⁷ ICTY, Urte. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 1835 ff.

directed“) sein.⁷⁸ Für eine Bestrafung müsse deshalb ein direkter Anknüpfungspunkt zwischen dem Handeln des Gehilfen und der Verbrechenbegehung bestehen.⁷⁹ Im vorliegenden Verfahren habe die Anklage jedoch nicht nachweisen können, dass eine solche Verbindung zwischen der allgemeinen Hilfe, welche die VJ unter Perišić an die VRS leistete, und den von dieser begangenen Verbrechen bestand. Es sei gerade nicht ausgeschlossen (und für eine Beihilfe nicht ausreichend), dass diese Hilfeleistung nur auf die Unterstützung der Kriegsanstrengungen der VRS – die an sich nicht strafbar waren – gerichtet war.⁸⁰ Auch hinsichtlich des subjektiven Tatbestands sah Moloto es nicht als erwiesen an, dass Perišić Kenntnis von den von der VRS begangenen Verbrechen hatte bzw. wusste, dass es zu einer Verbrechenbegehung kommen könnte.⁸¹ Moloto lehnte angesichts der Beweislage deshalb eine Strafbarkeit Perišićs ab.⁸²

Im zweiten Sondervotum zeigte sich Moloto auch nicht davon überzeugt, dass Perišić eine tatsächliche Kontrolle über diejenigen SVK-Offiziere hatte, die für den Beschuss Zagrebs verantwortlich waren.⁸³ Damit plädierte er auch hier für einen Freispruch Perišićs.⁸⁴

b) Das Urteil der Berufungskammer

Perišićs Berufungsschrift stütze sich in großem Umfang auf die Sondervoten Richter Molotos.⁸⁵ In dem auf 48 Seiten sehr knapp gehaltenen Urteil vom 28. Februar 2013 gab die Berufungskammer den Anträgen der Verteidigung mit einer Mehrheit von vier zu einem Richter statt, hob das erstinstanzliche Urteil auf und sprach Perišić frei.⁸⁶

Im Vordergrund der Entscheidung der Berufungskammer stand die Frage der „specific direction“ als Tatbestandsmerkmal der Beihilfe. Die Kammer nahm hier zunächst eine Rückschau auf ihre eigenen früheren Urteile vor. Sie wies darauf hin, dass schon im Tadić-Urteil der Berufungskammer

von 1999 das Merkmal der „specific direction“ in der Beschreibung der objektiven Anforderungen für eine Gehilfenstrafbarkeit erwähnt wurde.⁸⁷ Die Berufungskammer sei in nachfolgenden Urteilen nicht von dieser Definition abgewichen.⁸⁸ Zwar habe die Kammer im 2009 verkündeten Mrkšić/Šljivančanin-Urteil erwähnt, dass „specific direction“ kein „wesentlicher Bestandteil“ („essential ingredient“) der Beihilfe sei; dies sei aber nur beiläufig („in passing“) geschehen und noch dazu in einem anderen, nämlich den subjektiven Tatbestand betreffenden Kontext.⁸⁹ Diese Analyse werde durch spätere Urteile der Berufungskammer bestätigt. Von einem zwischenzeitlichen Aufgeben der Tadić-Rechtsprechung könne deshalb keine Rede sein.⁹⁰ In vielen Fällen sei es zwar nicht nötig, ausdrücklich auf „specific direction“ als „schuldhaftem Anknüpfungspunkt“ („culpable link“) zwischen der Unterstützung des Gehilfen und dem Verbrechen des Haupttäters abzustellen, weil dieser schon implizit in anderen Tatbestandsmerkmalen wie der objektiv erforderlichen „substantiellen Wirkung“ enthalten sein könne. Eine explizite Erörterung der besonderen Tatbezogenheit der Gehilfenhandlung sei jedoch immer dann nötig, wenn Angeklagte fernab („remote“) von der Begehung der Verbrechen seien.⁹¹ Da Perišić hier in Belgrad weit entfernt von den in Bosnien begangenen Verbrechen agierte, habe die Verfahrenskammer eine solche Erörterung rechtsfehlerhaft unterlassen. In der Folge sah sich die Berufungskammer dazu veranlasst, nach dem relevanten berufungsinstanzlichen Prüfungsmaßstab⁹² eine erneute Würdigung („de novo assessment“) des vorhandenen Beweismaterials unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses der „specific direction“ vorzunehmen.⁹³

Hierbei gelangte die Berufungskammer zu dem Ergebnis, dass Zweifel bestünden, ob die unter Perišićs Mitwirkung geleistete Hilfe an die VRS gerade auf die Verwirklichung der von der VRS begangenen Verbrechen gerichtet („specifically directed“) war. Auch die Verfahrenskammer habe festgestellt, dass die VRS keine kriminelle Organisation gewesen sei, sondern eine Krieg führende Armee. Der Umstand, dass die VRS eine Vielzahl von Verbrechen in Sarajevo und Srebrenica begangen habe, bedeute nicht, dass alle ihre Aktivitäten krimineller Natur gewesen seien. Die grundsätzliche Förderung der VRS durch die VJ für sich allein reiche deshalb nicht aus, um eine „specific direction“ in Bezug auf diese Verbrechen anzunehmen.⁹⁴ Darüber hinaus gebe es keine Hinweise, dass es eine Richtlinie („policy“) der jugoslawischen Führung gab, Hilfe gerade auf die Begehung von Verbrechen zu richten.⁹⁵ Zwar sei die unter Perišić geleistete

⁷⁸ ICTY, Urt. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić, Sondervotum Moloto zu Anklagepunkten 1-4 und 9-12), Rn. 8 ff., „The notion of ‚aiding and abetting‘ has been defined as an act specifically directed at providing assistance, encouragement or moral support to the principal perpetrator of the crime.“ Vgl. dagegen ICTY, Urt. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić), Rn. 126.

⁷⁹ ICTY, Urt. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić, Sondervotum Moloto zu Anklagepunkten 1-4 und 9-12), Rn. 10.

⁸⁰ ICTY, Urt. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić, Sondervotum Moloto zu Anklagepunkten 1-4 und 9-12), Rn. 13, 24 ff.

⁸¹ ICTY, Urt. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić, Sondervotum Moloto zu Anklagepunkten 1-4 und 9-12), Rn. 35 ff.

⁸² ICTY, Urt. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić, Sondervotum Moloto zu Anklagepunkten 1-4 und 9-12), Rn. 34, 85.

⁸³ ICTY, Urt. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić, Sondervotum Moloto zu Anklagepunkten 5-8), Rn. 87, 116.

⁸⁴ ICTY, Urt. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić, Sondervotum Moloto zu Anklagepunkten 5-8), Rn. 116.

⁸⁵ Siehe ICTY, Berufungsschrift v. 10.4.2012 – 04-81-A (Perišić).

⁸⁶ ICTY, Urt. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 122.

⁸⁷ ICTY, Urt. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 26 f.

⁸⁸ ICTY, Urt. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 28 ff.

⁸⁹ ICTY, Urt. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 32 ff., 41, 48.

⁹⁰ ICTY, Urt. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 35 f.

⁹¹ ICTY, Urt. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 37 ff.

⁹² Siehe im Text unter II. 1. c).

⁹³ ICTY, Urt. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 41 ff.

⁹⁴ ICTY, Urt. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 53.

⁹⁵ ICTY, Urt. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 54, 55.

Unterstützung an die VRS massiv gewesen, daraus lasse sich aber nicht unbedingt schlussfolgern, dass sie auf die Begehung von Verbrechen bezogen war.⁹⁶ Dementsprechend lasse sich nach der Beweiswürdigung nicht ausschließen, dass Perišićs Handeln auf die grundsätzlich legitimen Kriegsanstrengungen der VRS allgemein, und nicht auf die Begehung ihrer Verbrechen gerichtet gewesen sei.⁹⁷ Mithin sei die hier erforderliche „specific direction“ nicht nachgewiesen und Perišić nicht als Gehilfe zu verurteilen.⁹⁸

Am Ende ihrer Analyse unternahm die Berufungskammer allerdings folgende Klarstellung: Zwar sei die bloße Unterstützung einer Armee durch eine andere nicht ausreichend, um eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unterstützenden wegen Beihilfe zu Verbrechen des Unterstützten zu begründen. Dies heiße aber nicht, dass Militärs einer Zurechenbarkeit entgehen könnten, indem sie einfach die Begehung von Verbrechen an andere auslagerten. Sofern es erwiesen sei, dass eine vorgeblich selbständig agierende Gruppierung tatsächlich völlig unter der Kontrolle von Offizieren in einer anderen militärischen Gruppe stehe, so könnten jene für die Verbrechen der von ihr kontrollierten Gruppierung bestraft werden. Das gleiche gelte auch, wenn bestimmte Handlungen gerade auf die Unterstützung von Verbrechen gerichtet seien. Dies aber erfordere einen ausreichenden Anknüpfungspunkt, der in Bezug auf Perišić nicht gegeben war.⁹⁹

Im Hinblick auf die Vorgesetztenverantwortlichkeit Perišićs für Verbrechen der SVK in Zagreb stellte die Berufungskammer fest, dass die Verfahrenskammer es unterlassen habe, eine genaue Würdigung der Aussagen der relevanten Zeugen vorzunehmen, auf die sie sich stützte, um eine „tatsächliche Kontrolle“ Perišićs über die Offiziere der SVK anzunehmen.¹⁰⁰ Da auch dies ein Rechtsirrtum war, nahm die Berufungskammer erneut eine Beweiswürdigung vor und kam zu dem Ergebnis, dass eine solche Kontrolle Perišićs über die SVK hier nicht zweifelsfrei nachgewiesen konnte. Perišić war damit auch insoweit freizusprechen.¹⁰¹

c) Kritik am Urteil

Wie bei Gotovina war das Urteil der Berufungskammer nicht in allen Punkten einstimmig ergangen. In Kernpunkten der Begründung waren sich nur drei der fünf Richter einig.

Richter Meron und Agius, anders als in Gotovina diesmal einer Meinung, verteidigten in einem zustimmenden Sondervotum („separate opinion“) das Tatbestandsmerkmal der „specific direction“.¹⁰² Obwohl dieses ihrer Auffassung nach besser im subjektiven Tatbestand aufgehoben wäre, passe es doch auch vernünftigerweise („reasonably“) in den objekti-

ven Tatbestand.¹⁰³ Es gebe also keinen Grund, von der bisherigen Rechtsprechung der Berufungskammer abzuweichen. Eine Rechtsprechungsänderung solle prinzipiell auf unhaltbare Situationen beschränkt sein, zum Beispiel, wenn eine bestimmte getroffene Rechtsauslegung logisch unmöglich sei oder im Widerspruch zum Völkergewohnheitsrecht stehe.¹⁰⁴

Richterin Ramarason führte in ihrem dem Freispruch zustimmenden Sondervotum gleichwohl aus, dass „specific direction“ kein Merkmal des objektiven Tatbestandes der Beihilfe sei. Dies sei durch das Mrkšić/Šljivančanin-Urteil der Berufungskammer und spätere Entscheidungen klargestellt worden.¹⁰⁵ Vielmehr sei „specific direction“ implizit in den Voraussetzungen des subjektiven Tatbestandes enthalten.¹⁰⁶ Im vorliegenden Fall unterstütze sie deshalb im Ergebnis die Mehrheit, da deren Feststellungen zum objektiven Tatbestand auf den subjektiven Tatbestand übertragbar seien. Wenn Perišićs Handlungen nicht auf die Unterstützung der Verbrechen der VRS gerichtet gewesen seien, dann heiße das auch, dass er nicht den nötigen Vorsatz in Bezug auf diese Verbrechen gehabt habe.¹⁰⁷

Richter Liu hingegen kritisierte Perišićs Freispruch als Gehilfe unter Heranziehung des Kriteriums einer „specific direction“.¹⁰⁸ In seinem abweichenden Sondervotum wies er zunächst auf die unterschiedliche Bedeutung dieses Merkmals in früheren Verfahren hin. Zwar habe die Berufungskammer seit Tadić „specific direction“ in mehreren Urteilen erwähnt, ohne dem aber praktischen Stellenwert beizumessen. In Tadić selbst habe die Berufungskammer die Anforderungen für eine Gehilfenstrafbarkeit nur in Abgrenzung zu den Voraussetzungen der in diesem Urteil im Mittelpunkt stehenden Beteiligungsform des JCE erwähnt. Andere Urteile – er verwies ausdrücklich auf Mrkšić/Šljivančanin und Lukić/Lukić – zeigten, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der Beihilfe eine gesonderte Prüfung des Merkmals der „specific

¹⁰³ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Meron und Agius), Rn. 4.

¹⁰⁴ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Meron und Agius), Rn. 4. Diese Feststellung ist interessant, denn die Kammer hatte hier gerade nicht überprüft, ob sich das Erfordernis der „specific direction“ aus Völkergewohnheitsrecht ableiten lässt.

¹⁰⁵ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Ramarason), Rn. 2 ff.

¹⁰⁶ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Ramarason), Rn. 7 ff.

¹⁰⁷ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Ramarason), Rn. 10. Ramarason verwies hier (a.a.O. Fn. 35) u.a. auf folgende Feststellung der Mehrheit (ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A [Perišić], Rn. 60): „Having reviewed the relevant evidence, the Appeals Chamber, Judge Liu dissenting, also finds no proof that Perišić supported the provision of assistance specifically directed towards the VRS’s criminal activities. Instead, evidence on the record suggests that Perišić’s relevant actions were intended to aid the overall war effort.“

¹⁰⁸ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Liu).

⁹⁶ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 56 ff.

⁹⁷ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 63 ff.

⁹⁸ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 73 f.

⁹⁹ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 72.

¹⁰⁰ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 90 ff.

¹⁰¹ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić), Rn. 90 ff.

¹⁰² ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Meron und Agius).

direction“ nicht erforderten.¹⁰⁹ Dieses könne eine Rolle im subjektiven Tatbestand der Beihilfe spielen, sei im objektiven Tatbestand aber fehl am Platze.¹¹⁰ Auch der von der Berufungskammer ins Spiel gebrachte Aspekt der Entfernung eines Angeklagten von der Verbrechensbegehung sei nicht entscheidend für die Verortung einer „specific direction“ im objektiven Tatbestand. Vielmehr sei Hauptschwerpunkt hier die Frage, ob die Unterstützungshandlungen des Gehilfen eine substantielle Wirkung auf die vom Haupttäter begangenen Verbrechen hatten.¹¹¹

Da das Merkmal der „specific direction“ in früheren Fällen nicht stringent angewendet worden sei, habe die Berufungskammer nunmehr die Schwelle für die Tatbestandserfüllung der Beihilfe angehoben. Diese Verschiebung schaffe das Risiko, den Zweck der Gehilfenstrafbarkeit in Frage zu stellen, denn sie erlaube es denjenigen Personen, die wesentlich schwerste Verbrechen erst ermöglicht haben, der Verantwortung für ihr Verhalten zu entgehen.¹¹²

Liu listete dann noch einmal detailliert die Feststellungen der Verfahrenskammer im Hinblick auf die umfassende Hilfeleistung der VJ unter Perišić an die VRS und Perišićs Kenntnis der von der VRS begangenen Verbrechen auf.¹¹³ Er schloss mit der Bemerkung, dass Perišićs Handeln die Begehung von großangelegten Verbrechen der VRS durch beträchtliche und umfassende Hilfe möglich gemacht habe und demnach ein Paradebeispiel für strafrechtlich zu sanktionierende Beihilfe sei.¹¹⁴

Auch das Perišić-Urteil zog scharfe Kritik auf sich. Wie konnte es sein, so fragten manche, dass der höchstrangige Offizier der jugoslawischen Armee freigesprochen wurde, wenn doch unstrittig war, dass die bosnisch-serbische VRS, deren Angehörige eine Vielzahl von Verbrechen begangen hatten, völlig von Belgrads Unterstützung abhing? Vielen Beobachtern waren zudem die Implikationen des Urteils für die Zukunft offensichtlich. Welche Verantwortung tragen diejenigen, die Waffen und andere Kriegsausrüstungen an bestimmte Staaten oder Gruppierungen in Konfliktsituationen liefern, obwohl sie wissen, dass diese dadurch neben der

Verfolgung von legitimen Zielen in die Lage versetzt werden, auch Verbrechen zu begehen?¹¹⁵ Ein Blick auf die derzeitigen Krisenherde dieser Welt macht die Brisanz dieser Frage deutlich. Zudem erstaunte das plötzliche Interesse der Berufungskammer am Merkmal der „specific direction“, dem sie in ihrer vorherigen Rechtsprechung keine zentrale Aufmerksamkeit hatte zukommen lassen.

Es entspann sich deshalb zunächst eine vor allem in der Blogosphäre stattfindende Debatte ob der Rolle der „specific direction“. ¹¹⁶ Auch Zeitungskommentare begannen, sich dem Thema zu widmen.¹¹⁷ All dies wurde jedoch alsbald überlagert von der Diskussion um die E-Mail Richter Harhoffs.

Fortsetzung in ZIS 5/2015

---

¹¹⁵ Unter umgekehrten Vorzeichen hatte in der mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer die Verteidigung auf die Auswirkungen hingewiesen, die das Aufrechterhalten des erstinstanzlichen Urteils haben würde. Der Angeklagte bekräftigte dies in seinem Schlusswort: „My case is unique in the world. Never before was a chief of the General Staff of an army indicted and convicted for crimes that were committed by members of another army in another country. You are the Judges who are going to render a decision in accordance with your conscience and your sense for justice, but you have to do some soul searching if the decision that you make should have far reaching consequences to any Chief of General Staff of any army including NATO and other alliances as well as the policies pursued by other countries that are assisting wars currently being prosecuted in Afghanistan, Libya, Syria, Sudan, Yemen and elsewhere where crimes were committed and are still being committed.“ ICTY, Protokoll v. 30.10.2012 –04-81-A [Perišić], S. 84; siehe auch ICTY, Ur. v. 6.9.2011 – 04-81-T (Perišić, Sondervotum Moloto zu Anklagepunkten 1-4 und 9-12), Rn. 32 f.

¹¹⁶ Siehe z.B. *Stewart*, *Opinio Juris* v. 3.4.2013, online abrufbar unter:

<http://opiniojuris.org/2013/04/03/guest-post-the-icty-loses-its-way-on-complicity-part-1/> (30.3.2015);

Heller, *Opinio Juris* v. 2.6.2013, online abrufbar unter:

<http://opiniojuris.org/2013/06/02/why-the-ictys-specifically-directed-requirement-is-justified/> (30.3.2015).

¹¹⁷ Siehe *Judah*, *The Economist* v. 1.6.2013, online abrufbar unter:

<http://opiniojuris.org/2013/06/02/why-the-ictys-specifically-directed-requirement-is-justified> (30.3.2015);

Gordy, *NY Times* v. 2.6.2013, online abrufbar unter:

<http://www.nytimes.com/2013/06/03/opinion/global/what-happened-to-the-hague-tribunal.html> (30.3.2015);

vgl. auch eine Antwort bei *Ivanisević*, v. 11.6.2013, online abrufbar unter:

<http://www.balkaninsight.com/en/article/falling-out-of-love-with-the-hague-tribunal> (30.3.2015).

---

¹⁰⁹ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Liu), Rn. 2. Liu wies zu Recht auf die Sondervoten von zwei Richtern im Lukić/Lukić-Urteil hin, welche die Bekräftigung der Berufungskammer in diesem Verfahren bestätigten, dass „specific direction“ kein getrennt zu prüfendes Tatbestandsmerkmal sei (ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A [Perišić, Sondervotum Liu], Fn. 6).

¹¹⁰ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Liu), Fn. 7, „[S]pecific direction is a red herring when considered in the context of the actus reus of aiding and abetting liability.“

¹¹¹ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Liu), Fn. 8.

¹¹² ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Liu), Rn. 3.

¹¹³ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Liu), Rn. 4 ff.

¹¹⁴ ICTY, Ur. v. 28.2.2013 – 04-81-A (Perišić, Sondervotum Liu), Rn. 9.

Buchrezension

Klaus Boers/Thomas Feltes/Jörg Kinzig/Lawrence W. Sherman/Franz Streng/Gerson Trüg (Hrsg.), *Kriminologie – Kriminalpolitik – Strafrecht*, Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, 896 S., € 199,-.

I. Selbst wenn die in einer Festschrift sich Ausdruck verleihende besondere Ehrung nur den hellsten und strahlendsten Leuchttürmen der science community gebühren sollte: Mit dem Tübinger Kriminologen und Kriminalpolitikwissenschaftler *Hans-Jürgen Kerner* ist diese Ehrung einem wahrhaft „großen Gelehrten“ zuteil geworden, der als Doyen und maßgeblicher Mitgestalter der Kriminologie in den vergangenen vier Jahrzehnten in unvergleichlichem Maße allseitige Hochachtung und Verehrung im nationalen wie internationalen Wissenschaftsdiskurs genießt. Dies bezeugen zahlreiche Ehrungen und herausragende Ämter und Mitgliedschaften ebenso wie ehrenvolle Gastprofessuren (in Peking, Southampton, Pennsylvania, Melbourne und Cambridge), diverse Rufe anderer Juristenfakultäten – und nicht zuletzt die vorliegende, mit 75 Beiträgen renommiertes Fachvertreter/Innen und/oder Weggefährten (davon 21 aus der Feder ausländischer Kollegen/Innen) voluminösen und vom Verlag wie gewohnt zu einem höchst vorzeigbaren Werk zusammengeführten Festschrift. In dieser findet sich nachdrücklich bestätigt, was die Herausgeber in ihrem Vorwort gleichsam vorweg als zentrale Charakteristika von Werk und Wirken des Jubilars herausstreichen: Praxis- und Anwendungsbezogenheit, Interdisziplinarität und dezidiertes Interesse an aktuellen kriminalpolitischen Entwicklungen – was allerdings (mindestens) noch durch eine profunde Kenntnis und Einbeziehung der internationalen Debatten und Tendenzen zu ergänzen wäre.

II. Die Festschrift ist, den wesentlichen Forschungsinteressen des Jubilars folgend, in fünf Kapitel unterteilt, von denen die beiden ersten – zur „Kriminologie“ (23 Beiträge) sowie zu „Kriminalprävention und Kriminalpolitik“ (15 Beiträge) – erwartungsgemäß den Schwerpunkt bilden. Darüber hinaus ist aber auch das materielle „Strafrecht und Jugendstrafrecht“ (elf Beiträge), das Recht des „Strafverfahren[s]“ (fünf Beiträge) sowie das „Strafvollzug[s]“ (fünf Beiträge) vertreten. Im Ganzen findet sich daher eine bemerkenswerte Vielzahl wichtiger Fragestellungen thematisiert, was die Festschrift zu einer reich gefüllten Schatzkiste leistungsvoller Studien zu aktuellen Problemlagen und Diskussionen macht.

1. Die kriminologischen Beiträge setzen sich zu einem erheblichen Teil mit begrifflichen oder methodischen Grundfragen auseinander wie etwa zu alternativen Möglichkeiten der (auch qualitativen) Erfassung von „Kriminalität“ (sog. „Kriminalitätsindices“: *Feltes* S. 91, zugleich die praktische Relevanz auch für die richterliche Strafzumessung betonend), zu divergierenden Verstehensweisen des „Opfer“-Begriffs (in christlichen und islamischen Kulturen: *van Dijk/ Sarkeshikian* S. 291), zum Konzept der „Punitivität“ sowohl allgemein (*Kunz* S. 113, mit der bedenkenswerten Sorge, dass die „in

der globalen Weltgesellschaft unumgängliche Vereinheitlichung des Strafrechts [...] den Wandel von einem Bürger- zu einem Feindstrafrecht“ begünstige [S. 119]) als auch im Vergleich zwischen Ost- und Westdeutsche (*Reuband*, S. 191 [201 f.]: höheres Strafverlangen bei Ostdeutschen nicht in Bezug auf konkrete Delikte, wohl aber in abstracto), des Weiteren zu Begriff und Bedeutung der „angewandten Kriminologie“ (und zu möglichen Strategien, bei praxisnaher Forschung der Gefahr eines Verlusts der wissenschaftlichen Unabhängigkeit entgegenzuwirken, *Schöch*, S. 207) oder zu den Besonderheiten einer dezidiert „analytischen Kriminologie“ (*Wikeström/Treiber*, S. 319) bis hin zu der fundamentalen Frage, ob Kriminalität nicht (auch) bedingt ist durch Art und Intensität der strafrechtlichen Kontrolle (*Boers*, S. 33 [46] mit Blick auf Daten der „Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung“). Zum Teil wird dabei nicht weniger als ein Paradigmenwechsel kriminologischen Forschens (als einer Wissenschaft mit vielfältig „grenzüberschreitenden Perspektiven“ im eigenen Anspruch wie Gegenstand der Betrachtung, *Weis*, S. 305) für erforderlich gehalten durch die Ideen der „world risk society“ (*Kirchhoff*, S. 105) mit ihrer exorbitant gewachsenen gesellschaftlichen Komplexität und Kontingenz (*Takemura*, S. 275: „from clockwork life course to chaotic unstable human itinerancy“), die zugleich nachhaltig beeinflusst ist durch „großformatige historische, religiöse, politische, ökonomische und kulturelle Matrizes“ (*Sessar*, S. 237 [248] mit einer philosophiegeschichtlichen Kurzskeizze zum „Bösen“). Andere Beiträge resümieren das bisherige Wirken herausragender Institutionen der kriminologischen Forschung und Informationsvermittlung wie insbesondere der Kriminologischen Zentralstelle in Wiesbaden (*Dessecker/Egg*, S. 63) und des „Deutschen Präventionstages“ (*Marks*, S. 127) oder befassen sich mit spezifischen Tätergruppen, so beispielsweise mit dem auch international eher seltenen Phänomen von „Amoktäterinnen“ (*Bannenber*, S. 19; zur – abnehmenden – Divergenz des Kriminalitätsaufkommens im Geschlechterverhältnis *Neubacher*, S. 157), den Mitgliedern von „Jugendgangs“ (sowie den bestimmenden Motiven für ein Mitwirken: *Esbensen/ Winfree Jr.*, S. 77) oder den sog. „Intensivtätern“ (*Schwind/ Schwind*, S. 221, mit einem bedenkenswerten Plädoyer gegen „Kettenbewahrungen“).

Nicht zuletzt interessieren auch moderne Kriminalitätsformen und -bereiche wie vor allem die „Selbstmordattentate“ (mit kleiner Kulturgeschichte: *Müller-Dietz*, S. 143), wie schon seit längerem die „OK“ (*Stock*, S. 249) sowie die im Hellfeld eher selten in Erscheinung tretende, aber hohe Schäden verursachende „Wettbewerbskriminalität“ (*Bussmann*, S. 49). Zu letztgenannter findet sich die für die Anwendung der §§ 298 ff. StGB bedenkenswerte These formuliert, dass hierdurch nicht etwa – wie bisher angenommen – die Marktwirtschaft und der freie Wettbewerb geschützt werden, „sondern ein idealisiertes, domestiziertes Marktmodell“, das darauf gerichtet ist, „schwächere Marktteilnehmer wie Kunden, ausschreibende Behörden oder Unternehmen vor der Marktmacht von Unternehmen zu schützen“ (*ders.*, S. 57). Auch besonderen, potentiell kriminogenen Faktoren wie etwa ein Kindesmissbrauch für den späteren Drogenkonsum wird nachgespürt (*Augustyn/Thornberry*, S. 3); weiterhin geht es

auch umgekehrt um potentiell das Legalverhalten fördernde Einflussfaktoren wie die christliche Religiosität im Hinblick auf die Ausübung der elterlichen Gewalt (Pfeiffer/Baier, S. 171).

2. Wenn bei alledem die „Legitimationsgrundlage eines rechtsstaatlichen Strafrechts“ in der „Kanalisation“ bzw. „Formalisierung und Humanisierung der gesellschaftlichen Strafbedürfnisse zum Zwecke des Normerhalts“ (Feltes, S. 98) gesehen wird, so ist damit bereits die Brücke zum weiten Feld der „Kriminalprävention und Kriminalpolitik“ geschlagen: In Bezug auf ersteres kommt dabei auf kommunaler Ebene den sog. „Incivilities“, d.h. in der räumlichen Umgebung sichtbar ins Auge fallenden Verwahrlosungsercheinungen offenbar eine hohe Bedeutung für das Ausbreiten von Unsicherheitsgefühlen, Kriminalitätsfurcht und verminderter Lebensqualität zu (Hermann, S. 359 [369]). Eine positive Umweltgestaltung, etwa durch fortlaufende Pflege/Wartung, Beobachtung und Zugangskontrolle von Orten der sozialen Begegnung, durch „grüne Maßnahmen“ und Unterstützung sozial erwünschter Aktivitäten ist zugleich zentraler Fokus der neuerdings vermehrt Aufmerksamkeit auf sich ziehenden „Kriminalgeographie“ (Wulf/Obergfell/Fuchs, S. 531 [543 f.]). Dass ein ambitioniertes „community crime prevention program“ allerdings günstiger gesamtgesellschaftlicher und politischer Rahmenbedingungen bedarf, verdeutlicht Gönczöl am Beispiel eines postsozialistischen Staates Osteuropas (S. 333). Denn Kriminalprävention ist bekanntlich eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, wengleich der Polizei innerhalb derselben weithin eine „Schrittmacher- und Motorfunktion“ zugemessen wird. Eine solche erfordert jedoch eine reales Fundament, etwa durch Stärkung der kriminalpräventiven Aufgabe und Strategien in der polizeilichen Aus- und Fortbildung (Steffen, S. 485 [496 f.]). Daneben bleibt selbstredend noch genügend Raum für privat initiierte Präventionsprojekte, die allerdings zu ihrer Effektivierung auf eine frühzeitige wissenschaftliche Beratung und Begleitung nicht verzichten sollten: Sonst kann es ihnen ähnlich ergehen wie dem im Landkreis Friesland entwickelten Projekt gegen Schulgewalt, das bei der nachfolgenden Befragungsstudie – ungeachtet aller positiven Nebeneffekte (größere Sensibilität, Erlernen von Verteidigungstechniken) – keine gewaltreduzierende Wirkung erbrachte. Der Hannoveraner Kriminologe Meier ist von diesem Befund allerdings nicht überrascht, weil es doch dem allgemeinen Befund der Evaluationsforschung entspreche, „dass universelle Präventionsmaßnahmen mit Blick auf Delinquenz und Kriminalität regelmäßig geringere Effekte aufweisen als Maßnahmen der gezielten, selektiven oder indizierten Prävention“ (S. 415 [425]).

Zu den „Eckpunkten einer evidenzbasierten Kriminalprävention“ zählt Rössner nicht zuletzt die „Evidenz frühzeitiger Intervention“ in Gestalt einer schon in Familie, Schule und beim Sport stattfindenden Internalisierung von Normen, von Verantwortung und Selbstkontrolle (S. 457 [459 f.]). Hierfür sei jedoch auch die Sanktionierung bei Regelbrüchen ein wichtiger Faktor: „Normen können nur gelernt werden, wenn sie als äußere Ordnung sichtbar und von der Gemeinschaft gelebt werden“ (ders., S. 461). Die Sanktion müsse jedoch nicht notwendig eine formelle, insbesondere strafrechtliche

sein, zumal die praktische Relevanz der informellen Sozialkontrolle meist deutlich höher sei (ders., S. 466). Gerade die ihm inhärente Kombination von strafrechtlicher Intervention und sozialkonstruktivem Lernen erkläre, warum der Täter-Opfer-Ausgleich nachweislich positive Wirkungen nach sich ziehe (ders., S. 467 f.). Allerdings wird dieses „Erfolgsmodell“ in der Strafrechtspraxis wohl noch immer viel zu selten genutzt, obgleich die strafmildernde Berücksichtigung eines TOA bei der Sanktionsentscheidung dem Grunde nach inzwischen weithin Akzeptanz erfährt (Streng, S. 499 [509], anhand einer Befragung von Jura-Erstsemestern: Ausmaß der Berücksichtigung ist freilich umstritten). Für eine Stärkung der Schadenswiedergutmachung spricht u.a. auch der Umstand exorbitanter monetärer Kosten infolge krimineller Karrieren, wobei die selbst berichteten Schadensfolgen die offiziell registrierten noch weit übersteigen (Raffan Gowan/Farrington, S. 441 [453], auf der Basis einer Cambridger Langzeitstudie). Zwecks Reduzierung der kostspieligen „Überbevölkerung“ der Strafanstalten wird in Polen inzwischen eine elektronische Überwachung (entweder nach stationärer Teilverbüßung oder von Beginn an) praktiziert: Obgleich die bisherigen Erfahrungen ausnehmend positiv sind, hat dies jedoch offenbar keinen Einfluss auf das Ausmaß der Gefangenenpopulation, wenn Strafjustiz und Gesetzgebung (durch eine Expansion kurzzeitiger Freiheitsstrafen und eine restriktive Praxis bei der vorzeitigen Haftentlassung) punitiv agieren (Krajewski, S. 385 [398 ff.]). Vermehrte Anstrengungen zur Förderung der sozialen Wiedereingliederung von Straftätern, insbesondere durch verstärktes Augenmerk auf das „Übergangsmanagement“ und eine „Nachsorge“, sollten nach Ansicht von Sonnen in einem „Musterentwurf Landesresozialisierungsgesetz“ rechtsförmlich fixiert werden (S. 471).

Die Lückenhaftigkeit der bestehenden Kriminalstatistiken führt jedoch zu dem schon des Öfteren beklagten Missstand, dass der Informationsbedarf des Gesetzgebers häufig nicht durch verlässliche Daten gedeckt werden kann. Wie groß die Informationslücken eigentlich sind, zeigt die von Heinz erstellte „Wunschliste“ auf eindrucksvolle Weise (S. 345). Dass hierzu u.a. auch das Nichtwissen darüber zählt, bei welchen Tat- und Tätergruppen und wie häufig Strafverfahren nach §§ 153, 153a StPO (und mit welchen Auflagen/Weisungen) eingestellt werden, haben erst unlängst die Kontroversen um die Einstellungsentscheidungen im Fall Ecclestone und im Fall Edathy schmerzlich gezeigt. Ebenso unbekannt ist, wie oft und zu welchen Deliktsgruppen verfahrensbeendende Absprachen (§ 257c StPO) getroffen werden. Wie Heinz mit großer Berechtigung hervorhebt, sind aktuelle, umfassende und zuverlässige Zahlen jedoch die unverzichtbare Bedingung für eine rationale Kriminalpolitik: „Ohne Erfolgskontrolle ist das kriminalrechtliche System wie eine Firma ohne Buchhaltung, die in seliger Unkenntnis vom Ausmaß ihres Gewinns oder ihres Verlustes arbeitet“ (ders., S. 353). Es wäre daher mehr als wünschenswert, wenn die kriminalrechtlichen Institutionen den Wert kriminologischer Forschung (wieder) klarer sehen würden, etwa wie Walgrave im Lichte einer wechselhaften „Beziehungsgeschichte“ konstatiert: „Criminology is a fortunate phenomenon for the administra-

tion of criminal justice“ (*ders.*, S. 517 [528]). Die Internationalität kriminologischen Forschens und Erkennens lässt sich nicht zuletzt nutzen, um für vergleichbare (und nicht selten grenzüberschreitende) Kriminalitätsphänomene eine einheitliche, widerspruchsfreie Kriminalpolitik zu etablieren (*Klein*, S. 375, am Beispiel der europäischen und US-amerikanischen Reaktionen auf Straßengang: „Using the Eurogang Program“). Gewiss könnte damit auch der Verantwortungsscheu verantwortlicher Politik der Boden entzogen werden, wenn diese sich (wie etwa in Taiwan: *Ying-Chieh Lu*, S. 403) unter Verweis auf eine in der Bevölkerung vorherrschende Stimmung scheut, die nachgewiesenermaßen nicht kriminalitätsmindernde (und im Übrigen inhumane) Todesstrafe abzuschaffen. Das deutsche Schuldstrafrecht muss sich durch die neueren Erkenntnisse der Psychiatrie und Hirnforschung gewiss (bis auf Weiteres) nicht in toto delegitimiert sehen; ob sich aber nicht doch in manchen Details Änderungsbedarf zeigen wird, den ein aufgeklärtes Strafrecht nicht schlechthin ignorieren kann, dürfte – anders als *Nedopil* meint (S. 429 [436 ff.]) – noch keineswegs ausgemacht zu sein.

3. Gleichsam im Übergang zum materiellen Strafrecht, freilich noch auf einer rechtsgrundsätzlichen Ebene, fragt *Tonry* nach den Gründen, warum die einen Staaten eine weit repressivere Kriminalpolitik betreiben als andere (S. 661). Dass dabei keineswegs nur divergierende Standpunkte im Verhältnis der normativen Theorien (insbesondere Retributivismus vs. Konsequentialismus), sondern vor allem historische und kulturelle Zufälligkeiten eine maßgebliche Rolle spielen, ist zwar für Strafrechtstheoretiker ein ernüchternder, aber hinsichtlich der realpolitischen Zusammenhänge wohl kaum zu bezweifelnder Befund. Mitunter zeigen sich überraschend unterschiedliche Reichweiten des strafrechtlichen Zugriffs selbst in zentralen Deliktsbereichen des Kernstrafrechts, was *Weber* am Beispiel des „Falles Paulo Gabriele“ (auch als „Vatileaks-Affäre“ bekannt) schlaglichtartig veranschaulicht (S. 689). Dass ein solchermaßen „indiskretionsdeliktisches“ Tatverhalten im deutschen Strafrecht – abweichend von Art. 624 des *Codice penale italiano* – (bislang) nicht als Unrecht erfasst ist, beklagt *Weber* jedoch mit Recht nicht etwa als „unerträgliche Strafbarkeitslücke“, sondern sieht hierin gerade umgekehrt eine folgerichtige Konsequenz aus dem Fehlen eines hinreichenden Tatunrechts (S. 693). Nicht minder grundsätzlich werfen *Sherman/Harris* die – bislang wohl so gut wie nie ? gestellte – Frage auf, ob das Verursachen „tödlicher Kollateralschäden“ anlässlich von kriminalrechtlichen Maßnahmen das Strafrecht nicht vor allem dann interessieren sollte, wenn der Schaden oder gar der Verlust von Leben auf Seiten der Opfer entsteht (S. 651). In der Tat fehlt es dazu freilich noch gänzlich an empirischer Forschung wie auch an einer klärenden normativen Debatte (*dies.*, S. 659, mit dem Plädoyer nach Implementierung eines „lethality Audit“). Der Vermeidung ungewollter „Resozialisierungs-Schäden“ bei zur Bewährung verurteilten Straftätern dient die Bewährungshilfe, die allerdings wegen der hohen Fallbelastung und der aus der „Doppelrolle“ des Bewährungshelfers (einerseits Helfer, andererseits Kontrolleur) resultierenden schwierigen Gratwanderung seit längerem nach Optimierungsmöglichkeiten fragen lässt. *Kury/Sato*

plädieren nach skandinavischem und vor allem japanischem Vorbild für eine stärkere Einbeziehung von ehrenamtlichen Bewährungshelfern, ohne allerdings mitzuteilen, wie sich dann noch die Kontrollfunktion operationalisieren lassen soll (S. 637 [647]). Die Strafrestaussatzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe orientiert sich bekanntlich nicht allein nach Gefährlichkeitsüberlegungen, sondern gem. § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB zugleich an der Schuldschwere der begangenen Tat. *Czerner* hält die vom BVerfG (BVerfGE 88, 286) dekretierte (teilweise) Entziehung der per Gesetz dem Vollstreckungsgericht zugewiesenen Zuständigkeit unter dem Aspekt des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) für verfassungswidrig und plädiert beachtenswert (*de lege ferenda*) für eine vollständige Übertragung der Schuldschwerfeststellung auf das Tatgericht (S. 547)¹; nimmt man den „Schuld“-Begriff jedoch ernst, so kann die Mindestverbüßungsdauer nur in Ansehung des individuellen Unrechtsgehalts bemessen und nicht durch den Gesetzgeber pauschaliter (nach *Czerner* auf 20 Jahre, S. 559) festgelegt werden. Unsicherheiten zeigen sich jedoch nicht lediglich auf der Rechtsfolgen-, sondern ebenso auf der Tatbestandsseite der Tötungsdelikte und insbesondere im Kontext des § 211 StGB: *Kühl* veranschaulicht anhand ausgewählter Konstellationen, wie weit das „unsichere Terrain“ auch in diesem zentralen Bereich des Kernstrafrechts reicht (S. 621). Die von ihm erwogene Vergesetzlichung der „Rechtsfolgenlösung“ des BGH, damit auf diese Weise ihre Legitimität gesteigert werde (*ders.*, S. 633), kann die Unsicherheiten aber nicht abmildern, solange die hierzu berechtigenden „außergewöhnlichen Umstände“ nicht konkretisiert werden.

Das Erwachsenen- gleichermaßen wie das Jugendstrafrecht sind von *Hartmanns* Bestandsaufnahme zum „Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung“ angesprochen (S. 591): Anstelle der vom Gesetzgeber präferierten „ergebnisorientierten Konzeption“ (vgl. § 46a StGB, § 10 Abs. 1 Nr. 7 JGG, §§ 153a Abs. 1 Nr. 5, 155a, b StPO) empfiehlt er eine stärkere Verrechtlichung des Verfahrens, „das Opfern und Tätern unter dem Schutz und der Anleitung dafür geschulter dritter Personen einen umfassenden Tausch ermöglicht“ (*ders.*, S. 596: Hauptverhandlung ist für eine „friedenstiftende Konfliktlösung“ und eine „Übernahme von Verantwortung“ ein denkbar ungeeigneter Ort). *Trüg* sieht im Täter-Opfer-Ausgleich eine Form des staatlichen „Strafverzichts“, der aber den bereits durch die symbolische Wirkung des Schuldspruchs bewirkten „Schuldausgleich“ nicht in Frage stelle (S. 675). Hier wird man aber zu bedenken geben müssen, ob zu jenem Schuldausgleich nicht regelmäßig auch die Zufügung eines „Strafschmerzes“ gehört, um beim Täter die Einsicht in das verschuldete Unrecht spürbar werden zu lassen.² Die Einbeziehung auch der Opportunitätseinstellung nach § 153a StPO (*ders.*, S. 686) ignoriert zudem alle hiergegen

¹ In diesem Sinne ebenfalls *Duttge*, in: Müller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 271.

² Vgl. *Jakobs*, Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck, 2004, S. 32 f.

von Grund auf erhobenen Einwände.³ Die Problematik der „Konstruktion“ des Tatgeschehens durch Sachverständige erörtert *Eisenberg* facettenreich anhand eines konkreten Jugendstrafverfahrens (S. 577). Bedenkenswert ist dabei u.a. die Überlegung, ob nicht die in der Praxis durchaus gängige permanente Beobachtung des Beschuldigten durch den Sachverständigen mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar sein könnte (*ders.*, S. 583). Hinsichtlich des personellen Anwendungsbereichs von Jugendstrafrecht erneuern *Dünkel/Geng* unter Verweis auf neuere Erkenntnisse der Entwicklungspsychologie wie der Neurowissenschaften den schon anlässlich des Deutschen Juristentages 2002 diskutierten Vorschlag, ein „Jungtäterstrafrecht“ für Delinquenten bis zum 25. Lebensjahr einzuführen (S. 561). Diese besondere Vorsicht und Zurückhaltung gegenüber jugendbedingter „Schwäche“ ist aber in einem sehr spezifischen Kontext mittlerweile aufgegeben, wenn es nicht um Täter, sondern um Opfer geht: So hat der Gesetzgeber in der heftigen Kontroverse um die „Knabenbeschneidung“ mit § 1631d BGB eine Sonderbefugnis zur Vornahme sozial-religiös „indizierter“ Körperverletzungen geschaffen, die in anderen sozialen Kontexten jenseits der jüdischen und muslimischen Tradition ganz und gar unvorstellbar wäre. Obgleich etwa aus medizinrechtlicher Warte nahezu sämtliche Erfordernisse fallengelassen sind („medizinischer Standard“, „Facharzt“ etc.), streitet *Kreuzer* für die Entscheidung des Gesetzgebers aus Gründen der elterlichen Erziehungshoheit (Art. 6 Abs. 2 GG) und der weltanschaulichen Neutralität des Staates (Art. 4 Abs. 1, 140 GG) mitsamt dem ihr inhärenten Toleranzgebot (S. 605 [619]). Dieser Toleranzappell ist aber ersichtlich einseitig, weil er die Missachtung des Toleranzgebots gegenüber der – körper- wie religionsbezogenen – Freiheit der betroffenen Kinder nicht wahrnehmen will. Es dürfte aber kaum zu bezweifeln sein, „dass eine intolerante Sekte kein Recht hat, sich über Intoleranz zu beklagen [...]“.⁴

4. Auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts beleuchten *Villmow/Savinsky* anhand einer Aktenanalyse die Rechtswirklichkeit bei der Verhängung von Untersuchungshaft gegen Jugendliche und müssen dabei feststellen, dass die gesetzgeberischen Intentionen und Vorgaben (vgl. §§ 71-72a JGG) trotz ihrer Eindeutigkeit offenbar nicht (immer) hinreichend Beachtung finden (S. 759 [773]). Warum es aber trotz eines (nach Anklageerhebung: hinreichenden) Tatverdachts am Ende einer Hauptverhandlung mitunter zu einem Freispruch kommt (für sämtliche Verfahren: ca. 3 %), ist mit *Kinzig* in der Tat ein erklärungsbedürftiger Umstand, der näherer empirisch-dogmatischer Prüfung bedürfte (S. 727 [745]). Wenn Freisprüche in Verfahren wegen Vergewaltigung und sexueller Nötigung (siehe *Kachelmann* u.a.) wirklich „besonders häufig“ sein sollten (*ders.*, S. 744), so deutet dies zum einen auf ein Versagen der Strafjustiz bei Erheben der Anklage und Eröffnen des Hauptverfahrens (vgl. §§ 170 Abs. 1, 203 StPO); zum anderen mag hierfür – so *Frommel* – auch ein

falsch verstandener „Opferschutz“ mitursächlich sein (S. 697 [709 f.]: „kann im 21. Jahrhundert zum destruktiven Selbstläufer werden“). In einem solchen Fall bestünde zudem auch ein Gleichbehandlungsproblem, weil das heutige Kriminaljustizsystem bei sämtlichen Deliktsarten einen erheblichen „Fallschwund“ kennt und nur ein kleiner Anteil überhaupt noch öffentlich verhandelt wird: Nach *Jehle* werden aber auch Sexualstrafverfahren überwiegend schon im Ermittlungsverfahren eingestellt (S. 711 [722]). Neben den §§ 153 ff. StPO bildet die (euphemistisch so genannte) „Verständigung“ in der Hauptverhandlung (§ 257c StPO) eine Option zur „beschleunigten Verfahrenserledigung“. Um der essentiellen „Transparenz“ einer solchen Verständigung willen haben Gesetzgeber und zuletzt das Bundesverfassungsgericht größten Wert auf eine detaillierte Protokollierung gelegt (vgl. § 273 Abs. 1a StPO). *Kühne* beleuchtet die sich hieraus ergebenden komplexen Folgeprobleme und empfiehlt der tatgerichtlichen Praxis, „penibel darauf zu achten, die Vorschrift einzuhalten“ (S. 747 [757]). Die strikte Beachtung der neu geschaffenen Transparenzregeln (des Weiteren auch § 243 Abs. 4 StPO n.F.) mag eine notwendige Absicherung für ein akzeptierbares Abspracheverfahren sein; eine hinreichende Bedingung sind diese aber gewiss nicht.

5. Ausgewählte Fragestellungen des Strafvollzuges als einem „juristisch-interdisziplinären Grenzbereich par excellence“ (*Rixen*, S. 804) bilden, auch wenn selbiger bereits in den vorausgehenden Beiträgen zuweilen ins Blickfeld geriet, den zentralen Fokus des abschließenden Kapitels. An der Schnittstelle zur Bewährungshilfe liegt es, wenn *Cornel* die sog. „Strafrestaussatzungsquote“ bei Verbüßung einer zeitigen Freiheitsstrafe, d.h. den statistischen Anteil der vorzeitigen Haftentlassungen in Relation zur Entlassungsziffer nach Erreichen des Strafendes in den Blick nimmt (S. 777). Diese Quote hat sich in den vergangenen 17 Jahren aber offenbar kaum vermindert, was deliktenspezifische Besonderheiten, insbesondere in Bezug auf Sexualdelikte, nicht ausschließt. Angesichts eines Anteils an Vollverbüßern im Umfang von zuletzt (2010) 75 % sieht *Cornel* aber unter dem zentralen Blickwinkel des Resozialisierungsgebotes noch einigen „Entwicklungsbedarf“ (S. 788). Angesichts dieses Befundes stellt sich umso mehr die Frage nach den verbleibenden Optionen im Umgang mit den einsitzenden Strafgefangenen. Vor dem Hintergrund eines bislang lückenhaften Behandlungsangebotes im deutschen Strafvollzug berichten *Dölling/Fiedler/Wagner* von den ersten Ergebnissen eines Programms für rückfallgefährdete Gefangene in Baden-Württemberg (S. 791). Diese erscheinen offenbar ermutigend und legen einer Fortsetzung des Behandlungsprogramms nahe. Die *Autoren* weisen jedoch mit Recht darauf hin, dass jedwede Therapiemaßnahme stets „in ein umfassendes Behandlungskonzept eingebunden sein [muss], das auch die Nachsorge nach der Entlassung umfasst“ (*dies.*, S. 801). Die praktische Bedeutung fundierter Therapiemaßnahmen wird greifbar, wenn *Stelly/Thomas* unter Verweis auf das vom Jubilar geleitete DFG-Projekt „Lebenslagen von Jugendstrafgefangenen“ bestätigt sehen, dass jedenfalls diese Klientel „heute schwieriger ist als früher“ (S. 817 [827]). Relevante Faktoren sind u.a. das gewachsene Ausmaß an Suchtproblemen und generelle Schwie-

³ Zum Etikettenschwindel in Bezug auf den Charakter der „Auflage“ siehe kürzlich *Duttge*, in: Fahl u.a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke, 2015, S. 689.

⁴ *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 248, 250.

rigkeiten im Leistungsbereich, aber auch die zumeist signifikant schlechten sozialen Rahmenbedingungen. Die *Autoren* sehen dadurch die These bestätigt, dass von einer „zunehmenden Kriminalisierung von Armut“ ausgegangen werden müsse (*dies.*, S. 828). Inwieweit die Praxis auf Regelverletzungen während des Jugendstrafvollzuges eher sanktionierend oder mehr – und wenn ja: wie? – „erzieherisch“ reagiert, liegt nach Einschätzung von *Walter* weithin im Dunkeln und scheint von Ort zu Ort sehr verschieden zu sein (S. 831 [833]). Wesentlicher Ansatzpunkt für eine bessere Praxis sei es, die betreffende „Störung“ nicht „nach Art strafrechtlicher Begriffsdefinitionen“ aufzunehmen, sondern den Blick zu weiten und die jeweiligen „Kommunikationsstränge [zu] erfassen“ (*ders.*, S. 839). Auf der Rechtsfolgenseite gelte es zudem, die erzieherischen Möglichkeiten zu nutzen und dabei einer „Entwicklungsförderung“ Vorrang zu geben gegenüber der bislang offenbar zumeist praktizierten „Eingriffspädagogik“ (*ders.*, S. 840). Für das gesamte Strafvollzugsrecht ist die Menschenwürdegarantie bekanntlich der Fixstern jeder normativen Betrachtung: *Rixen* verdeutlicht jedoch anhand der einschlägigen Rechtsprechung, dass dieser fundamental die Subjektstellung verbürgende Schutz im Kontext der „Gefängniswelt“ bei näherem Hinsehen auf Tatbestands- wie Rechtsfolgenseite erheblich reduziert ist (S. 815: „erinnert [...] an einen Schweizer Käse“). Letzteres gründet sich darauf, dass selbst ein festgestellter (per definitionem gravierender) Verstoß i.d.R. keine staatshaftungsrechtliche Entschädigung zur Folge hat. In der Tat muss aber sehr bezweifelt werden, ob „von einer angemessenen [...] Kompensation erlittenen Unrechts die Rede sein kann, wenn dem Täter (hier: der öffentlichen Hand) nichts abverlangt wird – außer, dass mit der Urteilsverkündung der von ihm zu verantwortende Rechtsverstoß bekannt wird“ (*ders.*, S. 812). Dies erhellt schlaglichtartig den enormen Forschungsbedarf mit Blick auf die staatshaftungsrechtlichen Aspekte des Strafvollzuges (*ders.*, S. 815 f.).

III. Mit einem umfangreichen Anhang, der in chronologischer Ordnung nicht weniger als 375 (!) Publikationen des Jubilars auflistet (und dabei weitere 61 Buchbesprechungen, 100 Kurzreferate über Monographien und Aufsätze sowie 86 „andere Schriften verschiedener Art und verschiedenen Umfangs wie Skripte, Geleitworte“ etc. noch immer nicht erfasst, S. 843-891), gibt die Festschrift ein eindrucksvolles Zeugnis über die Gelehrsamkeit des Jubilars wie auch der beteiligten *Autorinnen* und *Autoren*, aber zugleich über den aktuellen Stand der Forschungen und Fragestellungen im „Grenzgebiet von Strafrecht, Kriminologie und Kriminalpolitik“. Der neugierige Leser stößt auf zahlreiche aktuelle Problemlagen und Perspektiven der nationalen wie internationalen Kriminalpolitik (wie: Einflüsse der Religion, des gesellschaftlichen Wandels zur „Risikogesellschaft“ und natürlich der modernen Neurowissenschaften) und belegt eindrucksvoll das Selbstverständnis einer Wissenschaft, für die „produktive interdisziplinäre Grenzüberschreitungen [...] Programm“ sind (*Rixen*, S. 803). Wie es der Zufall will, erreichte den *Rezensenten* kurz vor Abschluss seines Manuskripts eine neue Ausgabe des vom Jubilar betriebenen „Kriminologischen Informationsdienstes“: Die soeben bekannt gewordene Ent-

scheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Kopftuchverbot, so heißt es darin, sei „zwar nicht direkt kriminologisch relevant, hat aber um ein paar Ecken herum doch Bedeutung [...]“. Wer von dieser Erkenntnisneugier geleitet das vorliegende Werk zur Hand nimmt, wird reich beschert werden.

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen

Buchrezension

Nadja Fee Viola Groß, Chief Compliance Officer, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012, 276 S., € 72,-.

In der „Berliner Straßenreinigungs“-Entscheidung v. 17.7. 2009¹ hat sich der Bundesgerichtshof erstmals zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Compliance Officers geäußert und dadurch heftige Diskussionen in der Fachwelt angestoßen². In ihrer von Prof. Dr. Martina Benecke betreuten Dissertation befasst sich *Groß* mit dem Spannungsfeld zwischen dem Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich und der arbeits- bzw. gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, in der sich der Chief Compliance Officer (CCO) bewegt. Für ihre Analyse geht die *Verf.* vom Funktionsbild eines CCO einer börsennotierten Aktiengesellschaft außerhalb des Anwendungsbereichs des § 33 Abs. 1 WpHG aus.

Zunächst untersucht *Groß* die Bedeutung von Compliance, die sie als Gesamtheit aller Maßnahmen definiert, die das rechtmäßige Verhalten eines Unternehmens, ihrer Organe und Mitarbeiter sicherstellen soll, und grenzt sie von den Aufgaben der Corporate Governance und den Funktionen des Risikomanagements und der internen Revision ab. Sie stimmt der h.M. bei, dass es zwar grundsätzlich keine gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung eines Compliance-Systems gebe. Eine Gesamtanalogie zu speziellen finanzmarktrechtlichen Vorschriften lasse sich nicht ziehen und auch der Deutsche Corporate Governance Kodex spreche lediglich eine Empfehlung zur Compliance aus. Allerdings wiesen börsennotierte Aktiengesellschaften typischerweise eine Größe und Risikostruktur auf, die den Vorstand als Ausfluss der Geschäftsleitungspflichten nach den §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG dennoch faktisch zur Implementierung eines Compliance-Systems zwingen (S. 56), um den Organisations-, Überwachungs- und Legalitätspflichten genügen zu können. Dabei gehöre das Ob und der grundlegende Rahmen des Compliance-Systems zu der nicht delegierbaren kollektiven Leitungspflicht des Gesamtvorstands, während die nähere Organisation und Ausgestaltung im Wege der horizontalen Geschäftsverteilung auf ein Vorstandsresort übertragen werden könne (S. 59). Durch vertikale Aufgabenübertragung werde in der Regel ein von der Rechtsfunktion unabhängiger CCO damit beauftragt, der direkt einem Vorstandsmitglied als selbständige Stabsstelle untergeordnet sei und als oberste Beratungs- und Überwachungsinstanz in compliancerelevanten Themen fungiere (S. 61).

Im folgenden Teil untersucht *Groß* die Funktion des CCO. Sie hält ihn für einen leitenden Angestellten im Sinne von § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG, da seine Tätigkeit besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt und er seine Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen treffe. Dies ist grundsätzlich zutreffend, denn der CCO hat in Un-

ternehmen eine Führungsposition inne und typischerweise einen erheblichen eigenständigen Entscheidungsspielraum bei seiner Tätigkeit. Durch die enge Definition des leitenden Angestellten in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung wird jedoch typischerweise das Vorhandensein einer eigenständigen Personalkompetenz gefordert³; demzufolge dem CCO auch Personalhoheit zustehen und er über Ein- und Ausstellungen entscheiden können müsse, was jedoch allenfalls in Ausnahmekonstellationen der Fall sein dürfte. Die *Verf.* empfiehlt zudem, den CCO als Beschwerdestelle im Sinne von § 84 Abs. 1 BetrVG und § 13 Abs. 1 S. 1 AGG zu ernennen (S. 72 f.). In der Praxis dürfte dies unzweckmäßig sein, beschränkt sich die Aufgabe des CCO doch auf die Sicherstellung der Rechtmäßigkeit, nicht der Zweckmäßigkeit unternehmerischen Verhaltens. Eine unmittelbare Einbindung in arbeitsrechtliche Meinungsverschiedenheiten zwischen Mitarbeitern oder zwischen Arbeitnehmern und ihren Vorgesetzten dürfte die Zusammenarbeit des CCO mit der Belegschaft und dessen Akzeptanz eher erschweren als erleichtern.

Im Weiteren beschreibt die *Verf.* die üblichen und allgemein anerkannten Funktionen eines Compliance-Systems, nämlich Prävention und Schulung, Überwachung und Kontrolle sowie Reaktion und Sanktion und skizziert die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen für die Funktion des CCO, insbesondere die Soft Skills Durchsetzungsfähigkeit und Standfestigkeit, Führungskompetenz, Organisations- und Kommunikationsfähigkeit, Vertrauenswürdigkeit und Neutralität sowie Konfliktfähigkeit.

Im Hauptteil der Arbeit untersucht *Groß* die Konfliktfelder, in die der CCO bei der Wahrnehmung seiner Compliance-Funktion geraten kann. Um eine weitgehende tätigkeitsbezogene Unabhängigkeit im Unternehmen zu erreichen, hält es die *Verf.* für notwendig, die Compliance-Abteilung in einer eigenständigen Stabsfunktion zu organisieren. Dies ist in der Praxis typischerweise ohnehin so verwirklicht. Auch sollten nur solche Personen als CCO berufen werden, die zuvor keine operative Verantwortung im Unternehmen getragen haben, da anderenfalls Konflikte auftreten können, wenn der CCO seine frühere Tätigkeit untersuchen müsse. Die *Verf.* bejaht die disziplinarische Weisungsgebundenheit des CCO gegenüber dem Vorstand, dem er unmittelbar unterstellt sei. Da dem Vorstand die Entscheidung über das Ob und Wie der Compliance obliege, könne er dem CCO auch fachlich Weisungen für seine konkrete Tätigkeit geben. Auch bei Einrichtung einer Compliance-Organisation verbleibe dem Vorstand in seiner Leitungsfunktion das Kassations- und Letztentscheidungsrecht. Eine Analogie zur Weisungsfreiheit von Unternehmensbeauftragten lehnt *Groß* ab, da Unternehmensbeauftragte insbesondere die Wahrnehmung öffentlicher Interessen im Unternehmen sicherstellen sollen, während Aufgabe des CCO lediglich der Schutz des Unternehmens ist und er nicht zum Schutz öffentlicher Interessen tätig werde (S. 112). Gleichwohl setze eine Effektivität eines Compliance-Systems voraus, dass der CCO insbesondere bei seiner Kontroll- und Überwachungstätigkeit und bei internen Unter-

¹ BGHSt 54, 44 = BGH NJW 2009, 3173 = BGH NSStZ 2009, 686.

² Vgl. insbesondere Rotsch, ZJS 2009, 712; Rönnau/Schneider, ZIP 2010, 53; Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981; Raum, CCZ 2012, 197.

³ Koch, in: Dieterich/Hanau/Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 5 BetrVG Rn. 19.

suchungen weitgehend ohne einengende Weisungen des Vorstands agieren könne.

Als notwendige Befugnisse des CCO sieht die *Verf.* unbegrenzte Zugangs-, Auskunfts- und Einsichtsrechte in alle unternehmerischen Angelegenheiten an. Insbesondere müsse er jederzeit Einsicht in alle im Unternehmen vorhandenen Unterlagen, Bücher und Aufzeichnungen nehmen können. Ferner müsse ihm unbeschränkter Zugriff auf alle relevanten Informationen in EDV-Systemen oder anderen Informationsspeichern gewährt werden. Da derartige Rechte dem CCO originär nicht zustehen, müsse er durch den Vorstand mit entsprechenden Kompetenzen gegenüber anderen Unternehmensbereichen ausgestattet werden. In der Tat wird der CCO insbesondere seiner Kontrollaufgabe ohne derartige Befugnisse, zumindest was die zu überwachenden operativen Bereiche anbelangt, kaum wahrnehmen können. Alle Unternehmensunterlagen werden dem CCO aber in der Praxis nicht zugänglich sein. Zumindest in originären Vorstands- und Aufsichtsratsangelegenheiten wird dem CCO regelmäßig ein Einsichtsrecht versagt bleiben. Dies ist auch insoweit konsequent, als der CCO nur vom Vorstand abgeleitete, delegierte Aufgaben wahrnimmt.

Im Rahmen der notwendigen Berichterstattung stehe dem CCO das Recht zur Eskalation zum Vorstand zu. Dies ergebe sich schon aufgrund seiner Stellung als vom Vorstand eingesetzter Compliance-Verantwortlicher. Gegenstand heftiger Kontroversen ist die Frage, ob dem CCO eine Informationspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat obliegt, zumindest dann, wenn der Aufsichtsrat eine direkte Information einfordert. Eine derartige Berichtspflicht lehnt *Groß* ab. Aus der Kompetenzverteilung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand ergebe sich, dass allein der Vorstand nach § 90 AktG zur Informationsvermittlung gegenüber dem Aufsichtsrat verpflichtet und berechtigt ist. Zwar dürfe der Aufsichtsrat nach §§ 109 Abs. 1, 111 Abs. 2 AktG Sachverständige und Auskunftspersonen zur Beratung einzelner Gegenstände heranziehen, dies berechtige allerdings lediglich in Ausnahmefällen den Aufsichtsrat dazu, Mitarbeiter des Unternehmens direkt zu befragen (S. 122 ff.). Auch aus Gründen der Effektivität eines Compliance-Systems bedürfe es keiner regelmäßigen Berichterstattung des CCO gegenüber dem Aufsichtsrat. Während eine Pflicht zur Berichterstattung an den Aufsichtsrat von *Groß* grundsätzlich abgelehnt wird, bejaht sie in Einzelfällen ein Eskalationsrecht des CCO dann, wenn Vorstandsmitglieder selbst von compliancerelevanten Vorkommnissen betroffen sind oder entsprechende Verdachtsmomente bestehen, oder wenn der CCO bei seiner Aufgabenerfüllung durch den Vorstand behindert wird. *Groß* verlangt in diesem Fall allerdings, dass der CCO zunächst versucht, eine Lösung mit nicht betroffenen Vorstandsmitgliedern oder dem Gesamtvorstand zu erreichen. Nur dann, wenn der Gesamtvorstand rechtswidriges Verhandeln weiterhin ignoriere oder seine Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruhe, soll zur Wahrung der Interessen der Aktiengesellschaft eine ad-hoc-Berichterstattung an den Aufsichtsrat bzw. den Prüfungsausschuss des Aufsichtsrats möglich sein (S. 133 f.). Eine Meldung an externe Stellen sei dem CCO nur in dem extremen Ausnahmefall gestattet, dass eine unternehmensinterne Klä-

rung, insbesondere auch durch Eskalation an den Aufsichtsrat, für den CCO unzumutbar sei (S. 142).

In Bezug auf die kündigungsrechtliche Situation des CCO verneint *Groß* die Notwendigkeit, dem CCO einen besonderen Kündigungsschutz einzuräumen. Eine analoge Anwendung des Kündigungsschutzes nach § 84 Abs. 3 AktG lehnt die *Verf.* ab, da der Vorstand im Gegensatz zum CCO nur befristet bestellt werde und auch andere leitende Angestellte nach §§ 9, 10 und 14 Abs. 2 KSchG nur einen Abfindungsschutz genießen. Einen befristeten Ausschluss ordentlicher Kündigung hält die *Verf.* für nicht sachgerecht, da hierdurch in die Letztverantwortlichkeit des Vorstands für Compliance eingegriffen würde. Eine alternative Möglichkeit zur Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen Vorstand und CCO wäre es nach Auffassung der *Verf.*, die Kündigungsentcheidung auf den Aufsichtsrat zu verlagern.

Im letzten Teil ihrer Dissertation befasst sich *Groß* mit den straf- und zivilrechtlichen Haftungsrisiken des CCO. Die *Verf.* kritisiert dabei die Entscheidung des BGH zur Garantspflicht des Compliance Officers. So diene die Bestellung des CCO dazu, Schäden des Unternehmens, z. B. durch Reputationsverlust, zu verhindern. Eine Verpflichtung zum Schutz von Rechtsgütern außenstehender Dritter lasse sich daraus nicht herleiten (S. 175). Erst recht könne der CCO regelmäßig nicht als Überwachergarant eingestuft werden, da ihm typischerweise die notwendigen Anordnungs- und Entscheidungsrechte fehlen, um aus einer Gefahrenquelle Unternehmen resultierende Risiken beseitigen zu können (S. 177). Überlegungen, durch eine Beschränkung des Aufgabenbereichs des CCO im Anstellungsvertrag oder der Stellenbeschreibung vorzunehmen, um dessen persönliches Risiko zu begrenzen, steht *Groß* zu recht skeptisch gegenüber. Jede derartige Beschränkung würde die Effektivität eines Compliance-Systems erheblich beeinträchtigen. Letztlich verneint die *Verf.* ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko deshalb, weil selbst bei Annahme einer Garantienstellung dem CCO typischerweise die Erfolgsabwendung mangels Entscheidungsbefugnis überhaupt nicht möglich wäre.

Bei Untersuchung der zivilrechtlichen Haftung verneint *Groß* zunächst die Stellung des CCO als faktischem Organ, denn der CCO bestimmt weder noch innen noch nach außen die Geschicke der Gesellschaft. Danach untersucht die *Verf.*, ob die Grundsätze der Haftungsprivilegierung bei innerbetrieblichem Schadensausgleich zur Anwendung kommen können. Dies hätte zur Folge, dass der CCO bei leichtester Fahrlässigkeit gar nicht, bei mittlerer Fahrlässigkeit allenfalls anteilig und nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz voll haften würde. Sie vertritt die Auffassung, dass die Haftungsprivilegierung nur insoweit auf leitende Angestellte Anwendung finden könne, als diese nicht die Arbeitsorganisation und das Betriebsrisiko selbst steuern können, sondern in eine von ihnen nicht bestimmte Betriebsorganisation eingegliedert sind. Regelmäßig werde dies beim CCO aber nicht der Fall sein, sofern er (weitgehend) weisungsfrei tätig werden könne (S. 225). Stattdessen bejaht sie die analoge Anwendung der Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, wenn und soweit sich der CCO bei umfassender und weisungsfreier Aufgabendelegation an ihn in einer dem Vorstand vergleich-

baren Lage befinde. Richtig bemerkt sie, dass bei der Tätigkeit des CCO meist keine unternehmerische Entscheidung vorliege, so dass der Anwendungsbereich des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht eröffnet sei. Um dieses als ungerecht angesehene Ergebnis zu vermeiden, plädiert *Groß* dafür, die Grundsätze der von der Rechtsprechung inzwischen aufgegebenen Figur der „gefährdigen Tätigkeit“ zur Anwendung zu bringen (S. 230 f.). Ein vergleichbares Ergebnis könne man auch durch eine arbeitsvertragliche Haftungsbeschränkung erreichen. Gegenüber außenstehenden Dritten bestehe – vom Fall vorsätzlichen Verhaltens abgesehen – kaum ein Haftungsrisiko, da die nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter kaum betroffen seien und nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einer Strafnorm meist nur vorsätzliches Verhalten unter Strafe gestellt sei.

Groß gibt in ihrer Dissertation einen umfassenden Überblick über nahezu alle für die Stellung des CCO in einem Nichtfinanzinstitut bedeutsamen rechtlich problematischen Konstellationen. Während die Literatur meist Einzelprobleme untersucht, ist dieses Werk ein Kompendium nahezu aller wesentlichen Rechtsprobleme rund um den CCO, das ihresgleichen sucht. *Groß* stellt dabei nicht nur den Stand der juristischen Diskussion dar, sondern entwickelt eigenständige Lösungsvorschläge, bei denen Sie sowohl die individuellen Interessen des CCO einerseits im Blick hat und den Ausgleich mit den Erfordernissen eines effektiven Compliance-Systems andererseits nicht aus den Augen verliert. Gerade diejenigen, die Compliance-Systeme einrichten, insbesondere künftige CCOs oder Compliance-Verantwortliche, werden dieses Buch mit Gewinn lesen und können viele wichtige Anregungen für die konkrete Ausgestaltung der CCO-Funktion ziehen.

Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, München

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

Florian Knauer, Der Schutz der Psyche im Strafrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, 319 S., € 79,-.

Noch im Jahr 2011 mahnte *Jan-Christoph Bublitz* an, dass die Stellung und der Schutz der Psyche im Recht noch nicht systematisch untersucht worden seien.¹ Diese Lücke schließt nun die Habilitationsschrift von *Knauer*, die zudem der gesetzgeberischen Entwicklung der letzten Jahre Rechnung trägt, in der punktuellen Reformen ausdrücklich oder konkulent auf eine Ausdehnung oder Verschärfung der Strafbarkeit zur Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes der Psyche gerichtet waren (S. 1).

Die Arbeit *Knauers* teilt sich nach einer kurzen Einführung in fünf Abschnitte auf. Der historischen Entwicklung des Schutzes der Psyche im Strafrecht (S. 11-38) schließt sich eine Untersuchung der Straftatbestände an, deren Wortlaut, Sinn oder tatbestandsübergreifende Gesichtspunkte einen Bezug zur Psyche aufweisen (S. 39-105). In einem dritten Abschnitt unterzieht *Knauer* den Schutz der Psyche im geltenden Strafrecht einer kritischen Würdigung (S. 106-229), um in Abschnitt 4 zu kriminalpolitischen Reformüberlegungen zukommen (S. 230-286). Abschließend folgt mit dem fünften Abschnitt eine Zusammenfassung (S. 287-292).

Zunächst nimmt *Knauer* eine Bestimmung des Begriffs Psyche nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und der derzeitigen strafrechtlichen Verwendung vor. „Psyche“ ist danach die „seelische Grundstruktur“ oder das „innere Fundament“ des Menschen (S. 6). Auch diese Begriffsbestimmung ist jedoch durch Unschärfen geprägt, streiten sich doch seit Jahrtausenden die Gelehrten darüber, ob es eine Seele gibt und was nach modernen naturwissenschaftlichem Verständnis überhaupt parallel zum Begriff der Seele abgebildet werden kann. Auch das „innere Fundament“ eines Menschen ersetzt eine undefinierte Begrifflichkeit durch die nächste, denn was, bitte schön, macht das innere Fundament eines Menschen aus? Ein wenig technischer wird dann schon die weitergehende Präzision der Begriffsklärung, in der *Knauer* näher ausführt, dass dieses innere Fundament oder die seelische Grundstruktur des Menschen nicht nur dann verletzt ist, wenn die psychischen Folgen Krankheitswert besitzen. Daneben seien auch solche Beeinträchtigungen mit einzubeziehen, die „in sonstiger Weise aufgrund ihrer Intensität und Dauer besonders gravierend für das Opfer sind“ (S. 6). Auch diese Präzisierung ist vage. Wenn man bedenkt, wie sehr sich in der Diskussion um die Schuldunfähigkeit über die Bestimmung des Krankheitswerts gestritten wird, wird schnell klar, dass besonders gravierende Beeinträchtigungen für das Opfer vermutlich genauso streitig angenommen oder verneint werden können. Allerdings ist in einer Einführung auch keine klare Definition zu erwarten, sondern diese kann der Präzisierung im Rahmen der einzelnen Straftatbestände vorbehalten bleiben.

Im Rahmen der Einführung wird zudem eine Einschränkung des Untersuchungsstoffes vorgenommen. So kon-

zentriert sich die Arbeit auf negative Beeinträchtigungen der Psyche und klammert verbessernde Eingriffe in das Gehirn, die unter dem Schlagwort „Enhancements“ diskutiert werden, aus (S. 6). Weiterhin ausgenommen ist der Schutz der Psyche in anderen Rechtsgebieten und im Strafverfahrensrecht; der Fokus ist ausschließlich auf das materielle Strafrecht gerichtet (S. 8). Aber auch diese Vorschriften werden nur dann untersucht, wenn sie das Opfer schützen, so dass täterbezogene Vorschriften wie §§ 20, 21 StGB nicht ausgewertet werden. Auch Vorschriften aus dem Bereich der Rechtsfolgen und Rechtfertigungsgründe sind vom Untersuchungsgegenstand ausgeklammert (S. 7).

Nach der Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes und einem kurzen Blick auf Ziele, Methoden, Aufbau und Terminologie der Arbeit (S. 9 f.) folgt eine historische Betrachtung des Schutzes der Psyche im deutschen Strafrecht. Dabei differenziert *Knauer* nicht nur nach zeitlichen Abschnitten, sondern auch nach Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum. Bezüglich der Gesetzgebung arbeitet er heraus, dass schon in der Gesetzgebung der einzelnen Partikularstaaten im 18. und 19. Jahrhundert eigenständige Straftaten gegen die Geisteskräfte die Ausnahme waren, so dass auch das RStGB hierauf verzichtete (S. 15, 17). Nach 1871 wurden allerdings einige Straftatbestände, Qualifikationen oder Regelbeispiele eingeführt, die in bestimmten Teilbereichen die Psyche des Opfers schützten. Diese Erweiterung folgte jedoch keiner einheitlichen Linie. Teilweise gingen die Gesetzesänderungen auf europäische Verpflichtungen zurück, wie beispielsweise § 220a StGB a.F. (Völkermord, S. 18). Teilweise waren sie dem Bemühen um eine größere Bestimmtheit der Straftatbestände geschuldet, wie beispielsweise bei Änderungen der §§ 170d a.F., 343 Abs. 1 Var. 4 StGB (S. 18, 33). 2007 wurde schließlich der Straftatbestand des Nachstellens gem. § 238 StGB eingeführt und im Gesetzgebungsverfahren explizit auch auf den Schutz des Opfers vor psychischen Beeinträchtigungen abgestellt (S. 26). Diese Gesetzesänderungen hatten laut *Knauer* immer unterschiedliche Ziele, so dass man nicht behaupten könne, dass der Gesetzgeber zielgerichtet eine Ausweitung des Schutzes der Psyche vor Augen hatte (S. 33).

Im Rahmen einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung widmet sich *Knauer* verstärkt § 223 StGB, da der Auslegung dieses Straftatbestands im Hinblick auf den Schutz der Psyche eine große Bedeutung zukomme (S. 34). Hier werde deutlich, dass die Rechtsprechung vom RG über den BGH stets einen Körperbezug fordere (S. 19). Nur in wenigen Ausnahmen werde vom Erfordernis körperlicher Auswirkungen abgesehen (S. 22).

Den Diskussionsstand zum Schutz der Psyche in der Literatur bezeichnet *Knauer* als unterentwickelt (S. 37).

Nach diesem Rückblick folgt die Darstellung des Schutzes der Psyche nach geltendem Strafrecht in einem zweiten Abschnitt. Zunächst beschäftigt sich der *Autor* mit Straftatbeständen, deren Wortlaut einen Bezug zum Schutz der Psyche aufweist. Er beginnt mit den Grundtatbeständen der Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht nach § 171 StGB (S. 40), es folgen die Aussageerpressung gem. § 343 Abs. 1 StGB (S. 42) und Völkermord, Verbrechen gegen die

¹ *Bublitz*, RW 2011, 28.

Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gegen Personen, §§ 6, 7, 8 VStGB (S. 44). Danach spürt er der Psyche in den Qualifikationen der Bildung einer terroristischen Vereinigung, um einem anderen Menschen schwere körperliche oder seelische Schäden zuzufügen (§ 129a Abs. 2 Nr. 1 StGB), der schweren Körperverletzung gem. § 226 Abs. 1 Nr. 3 Var. 4 StGB und den Qualifikationen zum Schutz der seelischen Entwicklung in den Straftatbeständen der §§ 176a Abs. 2 Nr. 3, 225 Abs. 3 Nr. 2 und § 235 Abs. 4 Nr. 1 StGB nach (S. 48 ff.). Als Straftatbestände mit Sinnbezug zum Schutz der Psyche beleuchtet *Knauer* die Körperverletzung, die Misshandlung von Schutzbefohlenen, die Nachstellung, die Bedrohung, Straftaten gegen die persönliche Freiheit, gegen die sexuelle Selbstbestimmung und weitere, wie z.B. solche zum Schutz der Gesundheit, der Ehre oder gar solche aus dem Nebenstrafrecht, wie § 4 GewSchG oder § 31 Abs. 1 WStG (entwürdigende Behandlung, S. 52 ff.). Im Rahmen der Darstellung des Schutzes der Psyche nach tatbestandsübergreifenden Gesichtspunkten tauchen die zuvor genannten Straftatbestände wieder auf. So ist Schutzgut vieler der im vorigen Gliederungspunkt genannten Delikte nach überwiegender Ansicht auch die Psyche (S. 81 ff.), was nicht überraschend ist angesichts der Tatsache, dass eben der Wortlaut schon einen Bezug zur Psyche aufweist oder zumindest ein Sinnbezug hergestellt werden kann.

Dies ändert aber nichts an der Feststellung *Knauers*, dass die Psyche im geltenden Strafrecht nur fragmentarisch geschützt wird und vor allem dogmatisch unterentwickelt ist. Dieser fragmentarische Schutz hat nach dem *Verf.* zur Folge, dass der Schutz der Psyche weder einem einheitlichen Konzept folgt, noch eine einheitliche Terminologie hat. Auch der Strafrahmen sei aus nicht nachvollziehbaren Gründen sehr uneinheitlich (S. 102 f.). Die fehlende dogmatische oder unzureichende dogmatische Durchdringung ist laut *Knauer* dem Umstand geschuldet, dass der Schutz der Psyche in einer Vielzahl ganz unterschiedlicher Straftatbestände erfolgt, die über mehrere Abschnitte des Besonderen Teils des StGB verteilt sind. Dadurch seien Querverweise schwierig bzw. Parallelen und Unterschiede würden nicht gezogen, sondern vielmehr jeweils nur für den separaten Straftatbestand Ausführungen gemacht. Dies habe zur Folge, dass ein einheitliches Konzept des gesetzlichen Schutzes der Psyche bislang nicht herausgearbeitet werden konnte (S. 104 f.).

In einem dritten Abschnitt unterzieht *Knauer* daher zunächst den bisherigen Diskussionsstand in Bezug auf den Schutz der Psyche nach geltendem Strafrecht einer kritischen Würdigung. Angemahnt wird, dass der grundrechtliche Schutz der Psyche bislang nicht systematisch untersucht worden sei (S. 106), ebenso wenig seien Erkenntnisse aus anderen Rechtsgebieten in gebotenem Maße berücksichtigt worden (S. 116). Weitere Kritikpunkte sind die nicht ausreichende Berücksichtigung aktueller kriminalpolitischer Debatten mit Bezug zum Thema (S. 119), rechtsvergleichender Erkenntnisse vor allem aus den USA (S. 121), strafrechtshistorischer Erkenntnisse (S. 122), zeithistorischer Ereignisse, wie die Zersetzung von Regimegegnern in der DDR durch das Ministerium für Staatssicherheit (S. 125), kriminologischer und psychowissenschaftlicher Erkenntnisse (S. 133,

142). *Knauer* macht aber mehrere tragfähige Böden aus, die man in den strafrechtlichen Schutz der Psyche einziehen könnte (S. 228). So seien durch die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG die verfassungsrechtlichen Grenzen eines legitimen strafrechtlichen Schutzes der Psyche bestimmt worden (S. 149). Zudem könnten die psychiatrischen Klassifikationssysteme ICD-10 und DSM IV für die Auslegung des Begriffs des Gesundheitsschadens und anderer Gesetzesmerkmale nutzbar gemacht werden (S. 163 ff.). Insoweit unterzieht *Knauer* die in Abschnitt 2 vorgestellten Straftatbestände einer genaueren Betrachtung, um den Rechtsstoff zu systematisieren und die rechtlichen Begriffe näher zu konkretisieren (S. 195 ff.). Zumindest für den Straftatbestand der Körperverletzung gem. §§ 223, 229 StGB vertritt der *Verf.* eine enge Auslegung und sieht seelische Beeinträchtigungen als nicht erfasst an (S. 199 ff.). Damit verweigert *Knauer* den bislang anerkannten strafrechtlichen Schutz vor psychischen Verletzungen, sofern sie – jedenfalls nach h.M. – körperliche Auswirkungen haben. Strafbarkeitslücken würden nicht entstehen, sofern der strafrechtliche Schutz der Psyche durch eigenständige Strafvorschriften weiter verbessert würde (S. 207). Ob es zu solchen Reformen aber überhaupt kommt, ist ungewiss, so dass die Strafbarkeitslücken bei einer entsprechenden Auslegung zunächst im Raum stünden. Daher wirft auch *Knauer* die Frage auf, ob das geltende Strafrecht nach dieser engen Auslegung unter Berücksichtigung der §§ 238, 343 StGB die Psyche überhaupt noch in gebotenem Umfang zu schützen vermag (S. 229).

In einem vierten Abschnitt denkt der *Verf.* über eine Reform des Schutzes der Psyche im Strafrecht nach. Er benennt zwei kriminalpolitische Grundkonzeptionen; zum einen die Einführung eines allgemeinen Straftatbestandes, der die Psyche umfassend schützt. Zum anderen könnten mehrere spezielle Straftatbestände zum Schutz der Psyche vor besonderen Angriffsnormen neu geschaffen oder bestehende Vorschriften entsprechend geändert werden (S. 230). Die Forderung nach der Einführung eines allgemeinen, die Psyche global schützenden Straftatbestandes ist nicht neu, so dass *Knauer* diesen Punkt nur kurz aufgreift und als nicht gangbar ablehnt. Ein solcher Straftatbestand würde den Besonderheiten verschiedener Angriffsformen nicht gerecht und Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz aufkommen lassen (S. 232 f.). Vorzugswürdig ist daher für den *Verf.* die Einführung neuer beziehungsweise die Veränderung spezieller Straftatbestände, um die Psyche vor bestimmten Angriffsformen zu schützen (S. 233). Zunächst ist seiner Meinung nach der Straftatbestand der Nachstellung gem. § 238 StGB zu überarbeiten und zu ergänzen. Auf die Öffnungsklausel in Nr. 5 solle verzichtet und stattdessen Nr. 3 entsprechend ergänzt werden (S. 240). Sodann geht *Knauer* der Frage nach, ob die Einführung eines eigenständigen Mobbingtatbestandes ins StGB notwendig erscheint (S. 241). Mit Hinblick auf den bereits bestehenden Strafrechtsschutz vieler Mobbinghandlungen (S. 244 f.) hält der *Verf.* einen Straftatbestand gegen Mobbing für verzichtbar (S. 250). Reformbedarf sieht er dagegen im Hinblick auf psychische Folter (S. 251 ff.). Seiner Auffassung nach sollte der Straftatbestand der Aussage-

erpressung nach § 343 StGB entsprechend modifiziert und die Überschrift in „Folter“ umgeändert werden (S. 263). Angesichts des DDR-Unrechts gegen Regimegegner durch das Ministerium für Staatssicherheit erwägt Knauer außerdem die Notwendigkeit eines Zersetzungstatbestands (S. 264 ff.). Hier sieht der Verf. Handlungsbedarf und möchte einen eigenen Straftatbestand der Zersetzung im StGB implementieren, der die psychische Gesundheitsbeschädigung explizit erwähnt (S. 284).

Knauer ist daher weniger für eine Ausweitung der Strafbarkeit zum Schutz der Psyche als vielmehr für eine Präzisierung dieses Schutzes. Zielgenauer sei dieser von ihm vorgeschlagene Schutz in zweierlei Hinsicht. Die Psyche werde in weiterem Umfang als bisher unmittelbar als eigenständiges strafrechtliches Rechtsgut geschützt. Zudem würden ausschließlich strafwürdige Angriffe auf die Psyche unter Strafe gestellt (S. 285). Der Verf. ist für einen eigenen Abschnitt im StGB, der Straftaten gegen die Psyche erfasst (S. 286). Ein solcher Vorschlag hätte zweifellos den Charme, dass die zuvor von Knauer kritisierte dogmatische Unterentwicklung der fragmentarisch und in unterschiedlichen Abschnitten des StGB geregelten Straftatbestände zum Schutz der Psyche durch systematische Aufarbeitung und Kommentierung im Hinblick auf alle einschlägigen Regelungen eine einheitlichere Terminologie und ein grundlegendes Verständnis fördern würde.

Insgesamt ist die Lektüre dieser Arbeit ein Gewinn, ermöglicht sie doch eine Befassung mit ganz unterschiedlichen Bereichen im Besonderen Teil des StGB, die (auch) dem Schutz der Psyche dienen. Die rechtspolitischen Überlegungen knüpfen zudem an die aktuelle Diskussion um bereits umgesetzte Straftatbestände wie die Nachstellung oder angelegte, in Reformüberlegungen einbezogene Straftatbestände wie einen Mobbingtatbestand an. Wahrscheinlich liegt es an dem angemahnten fragmentarischen und unsystematisch erfolgenden strafrechtlichen Schutz der Psyche, dass in der Arbeit jedenfalls keine einheitliche, befriedigende Definition gewonnen werden konnte, was denn Psyche überhaupt ist und ausmacht. Richtig ist daher sicherlich das Schlusswort des Autors, dass die Individualrechtsgüter künftig in ihrer ganzen Breite größerer Aufmerksamkeit bedürfen (S. 292).

Prof. Dr. Anja Schieman, Münster